

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DE LA REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS Y LEGADOS(*) (569)

FRANCISCO FERRARI CERETTI

SUMARIO

I. Los principios que fundamentan la revocación. II, La facultad de revocarlo es esencial. III. No confiere a los instituidos o beneficiarios derecho alguno actual. IV. La revocación puede ser expresa o tácita. La expresa sólo puede hacerse por otro testamento. V. Los supuestos de revocación tácita. a) Testamento posterior, 1° El Código exigía la confirmación para mantener vigente el anterior. Antecedentes históricos. Voto del doctor Llambías. 2° El fallo plenario de las Cámaras Civiles. 3° La incompatibilidad, en el proyecto de Bibiloni, adoptado por la reforma de la ley 17711. 4° La interpretación del Instituto Argentino de Cultura Notarial. 5° Característica de la confirmación, 6° La compatibilidad exigida por la reforma. 7° La confirmación del testamento nulo por sus formas. 8° La retractación del testamento posterior. 9° Nulidad del testamento revocatorio. 10, Casos en que subsiste la revocación; b) Por celebración de matrimonio, 1° Presunción juris et de jure. 2° La presunción admite prueba en contra; c) Por falsa causa o por falta de causa; d) Por cancelación o destrucción del testamento. 1° Destrucción total o parcial. La apreciación judicial. 2° Existencia de varios ejemplares. 3° La rotura del pliego del testamento cerrado. 4° Destrucción por caso fortuito o de fuerza mayor, Inadmisibilidad de probar. 5° Alteraciones por accidente o por el hecho de un tercero, 6° La destrucción del testamento por acto público; e) Enajenación de la cosa legada. 1° Fundamento, 2° Actos que producen la revocación. 3° Venta bajo condición suspensiva. 4° La venta forzosa, 5° Boleto de compraventa. 6° Constitución de derechos reales de garantía sobre la cosa legada. 7° Revocación hecha fuera de la República; f) Por inejecución de las cargas impuestas; g) Revocación por ingratitud; h) El ejercicio de la acción y la prescripción.

El Título XIX de la Sección 1ª del Libro IV del Código Civil, que comprende veinte artículos, números 3824 a 3843, ha sido dedicado por el codificador a reglar este aspecto de los testamentos.

I. LOS PRINCIPIOS QUE FUNDAMENTAN LA REVOCACIÓN

El testamento responde a un acto volitivo del disponente; es un proyecto hasta tanto se produce la muerte de éste y, como tal, puede ser dejado sin efecto en cualquier instante, de acuerdo con el pensamiento cambiante del testador. Es un proyecto que el hombre hace para ser ejecutado después de su muerte. Está sujeto a su voluntad y puede dejarlo sin efecto por una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

manifestación contraria.

La revocación está en la esencia del testamento; es un derecho al que el testador no puede renunciar ni ser objeto de un contrato.

Cualquier acto celebrado con motivo del testamento sería sin ningún valor, como lo ha resuelto la Cámara Nacional Civil, Sala B(1)(570), el 25/3/ 955. El testamento debe exteriorizar siempre la última voluntad del testador, por lo que éste puede revocarlo en cualquier momento, aunque se hubiera comprometido por contrato a no usar de ese derecho.

El testador goza de entera libertad para revocarlo totalmente en todo o en parte, dejando sin efecto una cláusula cualquiera que contenga. Todo lo que el testador dispone en el testamento está sujeto a su voluntad. por lo que goza de entera libertad para dejarlo sin efecto, aun para actos tan graves como el del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, como lo dispone el art. 333, Cód. Civil.

II. LA FACULTAD DE REVOCARLO ES ESENCIAL

Para Rébora(2)(571), el derecho a efectuar tales revocaciones no puede ser válidamente renunciado ni restringido en manera alguna.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B(3)(572), con fecha 25/3/955, estableció que: "Así como el testador no podría obligarse válidamente a no revocar su testamento durante un término cualquiera, tampoco Puede fijar límite de duración al mismo".

En tal sentido la cláusula "válido por un año", agregada al final de un testamento, carece de eficacia jurídica, porque los testamentos son para tener efecto después de la muerte del testador (Cód. Civil, arts. 952, 3607, 3612 y 3824).

Si el testador pudiera declarar irrevocable el testamento, sea por propia voluntad o en virtud de una obligación preexistente. como dice Machado(4)(573), perdería su principal carácter de acto voluntario y variable. Es que el testamento es un acto voluntario espontáneo. por el cual el testador dispone expresamente de sus bienes para después de su muerte, momento en que, sólo entonces, adquiere verdadero valor, al haber quedado definitivamente irrevocable.

Mientras no ocurra el hecho de la muerte, es sólo la expresión de un deseo, que puede revocarse, de ahí que el Código no confiera a los instituidos ningún derecho actual.

Todo cuanto manifestamos surge claramente del texto del art. 3824, que dispone: "El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual".

La legislación anterior al Código - ley 25, Tít. 1, Partida 6ª admitía el testamento ad cautelam en el que el testador ponía una limitación a la facultad de revocarlo, estableciendo que no valdría la revocación si no contenía una cláusula especial que incluyera en el primer testamento, como dicen Prayones(5)(574)y Lafaille(6)(575).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nuestro codificador ha rechazado este principio, como surge de la nota al art. 3824: "El testador aun no podrá, por una declaración expresa de voluntad, dar al testamento el carácter de irrevocabilidad. Tal cláusula vendría a hacer predominar una voluntad más antigua sobre una voluntad más reciente; es decir, hacer perder a un testamento el carácter de un acto de última voluntad, carácter que debe ser esencial en las disposiciones testamentarias".

Es un derecho irrenunciable, como sostiene Fornieles(7)(576).

Confirman el art. 3824, las disposiciones contenidas en el art. 3531, en cuanto a que la partición por testamento está subordinada a la muerte del ascendiente, que puede revocarla durante su vida; y los principios generales establecidos en el art. 19, párrafo 2°, que permite renunciar los derechos conferidos por las leyes, sólo cuando miren el interés individual y no esté prohibida su renuncia; el 21, que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres, y el 872, que prohíbe a las personas renunciar a los derechos concedidos con miras al orden público más que al interés particular.

III. NO CONFIERE A LOS INSTITUIDOS O BENEFICIARIOS DERECHO ALGUNO ACTUAL

El párrafo final del art. 3824 determina que el testamento no confiere derechos actuales a los en él instituidos, ya sea en el carácter de herederos o legatarios; en una palabra. a nadie confiere derechos hasta tanto ocurra la muerte del testador, siempre que no se trate de legitimarios, que no podrían ser excluidos sin justa causa de desheredación (arts. 3714 y 3744 D sigts.), como dice Lafaille(8)(577).

El reconocimiento que se haga de una deuda. de un depósito. etc., no confiere un derecho actual, porque, si el testamento fuera revocado, no tendría valor.

A lo sumo podrían valer como principio de prueba por escrito, para demostrar la existencia del acto reconocido.

IV. LA REVOCACIÓN PUEDE SER EXPRESA O TÁCITA

El Código determina ciertos presupuestos que producen la revocación del testamento, algunos provocados directamente por el testador y otros, por causales ajenas a él.

La expresa sólo puede hacerse por otro testamento en alguna de las formas autorizadas por el Código. En ese sentido, nuestro codificador ha querido ser absoluto, como sostiene Prayones(9)(578), Fornieles(10)(579), Lafaille(11)(580)y Machado(12)(581). Al efecto, ha exigido como única forma para revocar el testamento la existencia de un testamento posterior.

Así lo dispone expresamente el art. 3827: "El testamento no puede ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

revocado sino por otro testamento posterior, hecho en alguna de las formas autorizadas por este Código". Funda esta disposición el hecho de que la revocación en esencia no es más que la expresión del cambio de voluntad del testador respecto de la disposición de sus bienes para después de su muerte y este cambio no puede hacerse sino en la forma testamentaria.

Afirmando ese pensamiento, la Cámara Civil la de la Capital(13)(582), el 17/11/44, sentenció que: "Para que el testamento quede revocado es menester la demostración de la existencia de otro, y no la mera posibilidad de que exista (art. 3827, Cód. Civil)".

En alguna de las formas autorizadas por este Código, consigna el artículo, de modo que no es necesario que la forma elegida para la revocación sea la misma del que se revoca, así, el hecho por escritura pública puede ser revocado por uno ológrafo o cerrado y recíprocamente.

La Cámara Civil la de la Capital(14)(583). el 15/5/919, estableció: "La revocación de un testamento es válida cuando se hace en un acto en forma ológrafa, aunque no contenga disposición expresa de voluntad".

Porque en toda revocación existe una disposición directa de bienes, desde que el testador deja sin efecto legados para beneficiar a los herederos en el orden legal.

El testador que. al pie de su testamento ológrafo de 24/4/912, intercaló la siguiente anotación: "Este testamento queda nulo en la fecha, marzo 21 /914. y firma". ha causado la revocación de aquel testamento, y esa manifestación es suficiente.

En ese sentido. la Cámara Nacional civil, Sala G, dijo el 14/10/ 80(15)(584): "La potestad de quien testa de modificar Su voluntad no requiere más fundamento que el deseo del testador, expresado con las solemnidades que la ley señala".

Lo indispensable es que contenga los requisitos esenciales de la forma elegida.

Es suficiente que manifieste, en forma clara, precisa y expresa, que revoca el testamento anterior, aunque no contenga otra disposición, para que quede revocado, porque lo que se requiere es la individualización del testamento anterior o bien la referencia de un modo general a cualquiera que exista, como dice Fornieles(16)(585). La revocación se rige por el orden de las fechas, cualquiera que sea la forma adoptada. Si los dos son de la misma fecha, ambos se destruyen y ninguno vale, a menos que se hubiera consignado la hora de su redacción.

Nuestro Código sigue el principio del derecho romano: la sola existencia de un segundo, a menos que exista confirmación del primero, causa la nulidad de éste.

V. LOS SUPUESTOS DE REVOCACIÓN TÁCITA

Fuera del caso de la revocación expresa, tratado en el párrafo anterior, la revocación tácita tiene lugar en los siguientes casos: a) por testamento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posterior; b) por celebración de matrimonio; e) por falta de causa; d) por cancelación o destrucción del testamento; e) por enajenación de la cosa legada; f) por inejecución de las cargas; g) por ingratitud.

a) TESTAMENTO POSTERIOR

1º El Código exigía la confirmación para mantener vigente el anterior.
Antecedentes históricos

El hecho de otorgar un nuevo testamento, si no contiene confirmación expresa del anterior, basta para considerarlo revocado, según la primitiva redacción del art. 3828, Cód. Civil, previa a la reforma introducida en 1968 por la ley 17711.

Para comprender mejor nuestro régimen legal, como sostuvo Llambías al emitir su voto en la sentencia de la Cámara Civil Capital, Sala A(17)(586), de 18/8/58, no es ocioso recordar sus antecedentes históricos.

a) El derecho romano primitivo sólo conoció un modo de revocar el testamento consistente en la confección de uno nuevo, siendo de notar que sólo era tenido por testamento el acto de última voluntad que contenía una institución de heredero. Aquel sistema se basaba en el principio según el cual una manifestación de voluntad cuyo efecto se ha producido por el empleo de ciertas formas no podía ser aniquilada sino por el nuevo empleo de las mismas formas (Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 1924, 7ª ed., pág. 883). Más adelante el derecho pretoriano admitió la revocación del testamento por su destrucción o la supresión de la institución de heredero, sin necesidad de la redacción de un nuevo testamento.

Luego, todavía, el derecho imperial agregó nuevos procedimientos de revocación, y admitió la redacción de codicilos por los que se institúan nuevos legados o se cambiaban los anteriores sin revocar el testamento preexistente (Girard, op. cit., pág. 885).

Así se hace compatible la existencia de un testamento, caracterizado por la institución de heredero (caput et fundamentum totius testamenti, según Gaius), con la de sucesivos codicilos, que tenían por objeto la adición de nuevas disposiciones de bienes o la modificación de las anteriores, sin afectar la condición del heredero instituido.

b) La influencia del derecho romano se hizo sentir diversamente en Francia. En las regiones de derecho escrito se conservaron los principios romanos acerca de los testamentos y de los codicilos.

Todo testamento debía contener una institución de heredero a quien se conceptuaba continuador de la persona del difunto y obligado a pagar las deudas de éste aun con sus propios bienes, si no hacía aceptación de la herencia con beneficio de inventario. Pero, paralelamente, se recurrió a menudo a los codicilos que estaban sometidos a formas más simples, útiles, con todo, para hacer legados según la voluntad del testador (conf. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 1924, ed. 9ª, t. 3, N° 2727, pág. 688; Colin y Capitant, cours élémentaire de droit civil français, 4ª ed., 1925, t. 3º, págs. 847 y 848). En cambio, en las regiones de aplicación de las "costumbres" se unificaron los testamentos y los codicilos bajo la primera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

denominación, pero con el concepto de los últimos; la institución de herederos no era admitida en los testamentos, porque, según la frase de Glanville: Solus Deus Heredem facere potest, non homo.

Hasta algunas costumbres llegaron a invalidar el testamento que insertaba una institución de heredero, si bien la generalidad la consideraba como legado, pues heredero era sólo el pariente nacido de la misma sangre del difunto (Planiol, op. cit., loc. cit.).

c) Al uniformarse la legislación civil de Francia con la sanción del Código Napoleón, éste se pronunció por la solución del derecho consuetudinario, de manera que no hubo diferencia esencial entre testamentos y codicilos. Más aún, el codicilo dejó de ser un concepto legal, para pasar a ser una noción del lenguaje vulgar que se aplica a un "segundo testamento, en general breve y sucinto, modificatorio de un testamento anterior, por lo común en alguna parte solamente" (Colin y Capitant, op. cit., pág. 848).

En lo que respecta al punto sobre el que versa la presente controversia judicial, cambiado como había quedado el concepto romano de testamento, ya no constituía un imperativo lógico imponer, de pleno derecho, la revocación tácita de unas disposiciones testamentarias por otras ulteriores en el tiempo. Se comprendía esta consecuencia en el Derecho romano por la incompatibilidad necesariamente existente entre dos testamentos, es decir, entre dos transmisiones universales a sujetos distintos no asociados entre sí por el título de la vocación sucesoria: si el testamento era un acto eminentemente revocable, debía considerarse que el primero quedaba ruptum por el segundo, en tales condiciones. Pero, en el sistema francés, la consecuencia no era forzosa, no porque resultasen compatibles dos transmisiones universales independientes, sino porque desde ya los testamentos no importaban necesariamente un llamado universal en favor del sucesor, y entonces el problema de la subsistencia de la eficacia del primer testamento quedaba convertido en uno de interpretación de la voluntad del causante.

Había que examinar el segundo testamento para descubrir a través de sus términos si había querido el testador alterar y en qué medida sus disposiciones precedentes. Por ello dispuso el art. 1036, Cód. Civil francés: "Los testamentos posteriores que no revoquen de una manera expresa los precedentes no anularán a éstos sino en cuanto a sus disposiciones incompatibles con las nuevas o contrarias a ellas". Con todo, la experiencia del nuevo sistema mostró, como dice Planiol, cuán dudosas resultaban algunas soluciones permitidas por el criterio legal.

En muchas situaciones, la revocación tácita era incierta, como ocurría cuando el testador, después de haber legado una cosa determinada a Pedro, dejaba todos sus bienes a Pablo: podía entenderse revocado el primer legado y también que se había querido mantenerlo, pues era una cuestión de interpretación de voluntad que los jueces podían apreciar soberanamente (Cass., abril 3/889, págs. 89, 1461, 8.89.1.312; Rouen, noviembre 16/875, D. 76, 2, 154, S. 76, 2, 47; Trib. Versailles, enero 7/870, D. 70.3.85; S. 71.2.77). Una abundante jurisprudencia, en Francia, indica

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que para que se opere la revocación tácita no se exige entre los testamentos en pugna una incompatibilidad material y absoluta, bastando una incompatibilidad puramente moral e intencional (Cass., julio 23/ 868, D. 68.1.4.945; Cass., junio 13/883, D. 84.1.159, S. 84.1.377; Bourges, enero 19 880, D. 80.2.183. En contra: Cass., junio 4/867, D. 67, 1, 331, S.67.1.235).

Las dificultades mayores nacen de la sucesiva redacción de testamentos que instituyen diferentes legatarios universales (nuestros herederos testamentarios) o diversos legatarios de cuota.

Se ha decidido que la segunda institución no destruye necesariamente la vocación del legatario consignado en un primer testamento, sino que establece la concurrencia de unos y otros llamados (Cass., julio 7/886, D. 87.1.75, S. 88.1.155). Pero también se ha resuelto que el segundo legado anula al primero (Besançon, marzo 9/881, D. 81.2.185; Cass., noviembre 21/888, D. 89.1.181, S. 89.1.55).

d) El Código Civil argentino. Las vacilaciones y contradicciones que exhiben los recordados pronunciamientos de los tribunales franceses que ya estaban en los comentaristas consultados en su tiempo por Vélez Sársfield, lo llevaron a separarse siquiera parcialmente del sistema francés, para adoptar un criterio más objetivo y seguro, con el que, según dice el mismo codificador, "evítanse las innumerables cuestiones que se ven en los comentadores del Código francés, sobre la incompatibilidad intencional del testador en sus disposiciones"(nota al art. 3828, in fine).

Con esa idea fue redactado el art. 3828, Cód. Civil., que reza así: El testamento posterior anula el anterior en todas sus partes, si no contiene confirmación del primero". (Versión anterior a la reforma de la ley 17711.)

Pese a lo escueto del texto, no ha sido pacífica la interpretación doctrinaria y jurisprudencial a que ha dado lugar.

a) La opinión más generalizada (Lafaille, H., t. 2, N° 668, pág. 434; Arias, J., Sucesiones, págs. 183/84; Prayones, pág. 451; Llerena, t. 10, pág. 254, N° 1; Machado, t. 10, págs. 322/24; Cám. Civ., Sala B, doctores Funes, Alsina y Podetti, J.A., 1955 - III, pág. 398; Cám. Civ. 1ª, doctores Barraquero, Casares, Mantilla, J.A., 1943 - I, pág. 910; ídem, doctores Tobal, Sauze, Coronado, J.A., t. 61, pág. 168; ídem, doctores Barraquero, Casares, Mantilla, J.A., 44, pág. 628 y L.L., t. 30, pág. 595; ídem, doctores Tobal, Coronado, Sauze, Grandoli, Barraquero, I -L., t. 30, pág. 595, en nota) se ha cerrado en torno de la liberalidad de los términos del Cód. Civil, art. 3828.

Para esta tesis, el texto es claro y terminante: todo testamento, por mínima que sea la disposición de bienes efectuada, aniquila los testamentos anteriores, por extensa y precisa que sea en éstos la regulación de la herencia, salvo que se haga "confirmación expresa" de estos testamentos precedentes.

Según entiende el autor de este voto, esa interpretación absoluta no resiste las siguientes objeciones: 1. Con tal criterio la ley traicionaría la voluntad del testador, en una materia en la que es esencial el respeto de esa misma voluntad, como ocurriría si se invalidase una minuciosa y detallada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distribución testamentaria de todos los bienes de una persona por el hecho de que ulteriormente beneficiase el testador a alguien con una modesta, tal vez insignificante, suma de dinero; 2. Con tal sistema, el codificador argentino habría creado un régimen reñido con todos sus precedentes, no sólo con el sistema francés, del que sin duda ha deseado apartarse Vélez, sino también con la legislación de Partidas, a la que se dice seguir en la nota al art. 3828. Pues, en esta última, ceñida fielmente al Derecho romano, el legado ulterior no invalidaba tácitamente la institución de heredero precedente; 3. La ley exigiría que la confirmación del primer testamento fuera "expresa", con lo cual el criterio que se impugna introduce una exigencia el carácter expreso de la confirmación - que la ley no consigna con ese rigor; 4. La ley habría creado, sin razón suficiente, una regulación de la herencia, que, por apartarse de lo querido por el testador, sería en ciertos supuestos absurda o inicua, resultado ingrato que es dable evitar con una correcta inteligencia del precepto sub examine.

b) Para otra opinión auspiciada por Rébora (Sucesiones, ed. 2ª, t. 2, pág. 469, nota 4431), por Fornieles (sucesiones, 2ª ed.) y por la Cám. 2ª, en la sentencia publicada en L.L., t. 32, pág. 334 y G. del F., t. 167, pág. 161, el alcance del art. 3828 no tiene rigor tan absoluto.

Así ha sostenido el doctor Perazzo Naón, en el recordado voto que integra la sentencia de la Cám. Civ. 2ª antes citada, que el art. 3828 debe ser interpretado en función de su fuente confesada, la legislación de Partidas, de donde se sigue que el testamento con efecto revocatorio es el que contiene una institución de heredero, ya que en esa legislación el legado ulterior no revocaba tácitamente las disposiciones precedentes.

Por lo demás, se agrega, el segundo testamento puede confirmar "implícitamente" al primero, lo que ocurre en aquellos casos en que, por la diversa importancia de las disposiciones adoptadas en dos testamentos sucesivos, debe estimarse que, por la insignificancia de las disposiciones ulteriores, el testador, al no referirse a las principales disposiciones precedentes, ha entendido mantenerlas.

Por mi parte, así como desestimo la opinión que se expresó en el punto a) precedente, por las razones allí consignadas, encuentro que el argumento del doctor Perazzo Naón, al dar por sobrentendido, en una palabra, implícito entrelíneas, que el segundo testamento para ser revocatorio ha de incluir la institución de heredero, exagera las posibilidades del intérprete de la ley que debe atenerse al texto de ésta, tal como el legislador la ha redactado.

c) Según mi punto de vista, la clave de la interpretación que se busca radica en esa finalidad del codificador que aspiraba a eliminar las discusiones habidas en Francia "sobre la incompatibilidad intencional del testador en sus disposiciones", lo que estimó conseguir invirtiendo el principio del Código Napoleón, pero siempre con sujeción a la efectiva voluntad del testador, que en esta materia es imperioso atender y a la que ambos sistemas intentan hacer prevalecer siguiendo métodos diferentes. Así, en tanto que el art. 1036, Cód. Civil francés, interpreta que un segundo testamento que omita la mención del primero deja a éste subsistente en todo lo que no sea incompatible con las nuevas disposiciones, el art. 3828

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del Código argentino, a la inversa, preceptúa que, como principio, el segundo testamento revoca al primero del que nada dice, a menos que por la manifiesta compatibilidad entre las disposiciones deba entenderse que las primeras han sido "confirmadas" implícitamente por las últimas.

Este criterio que atribuye al legislador tiene sobre el sistema francés la innegable ventaja de eliminar toda discusión sobre el alcance de las disposiciones de uno y otro testamento, pues basta que tal discusión se suscite para que la revocación del primer testamento por el segundo quede establecida.

Y, para que ello ocurra, será legalmente indiferente que el testamento ulterior contenga o no institución de heredero, no obstante que en los hechos la discriminación será, por lo general, importante, pues en tanto que un legado particular de ordinario no dará lugar a la discusión de la subsistencia de las precedentes disposiciones del testador, otra cosa será si el segundo testamento crea un título universal que forzosamente habrá de incidir sobre dichas anteriores disposiciones del causante.

Y, como lo que el legislador argentino ha querido es evitar esas posibles discusiones, basta que ellas se insinúen para que por ello mismo resulte el primer testamento revocado. Desde el punto de vista legal el criterio que sustento se apoya, principalmente, en que, según los términos del art. 3828 que se examina, la confirmación "expresa" no es una exigencia de la ley, para la que debe entenderse suficiente una indudable confirmación "tácita" del anterior testamento.

La cuestión radica en la certeza de la confirmación y no en el modo expreso o tácito por el que la confirmación se haya manifestado. No debe aquí olvidarse que, como ha sido dicho por el señor agente fiscal, la voz "confirmación" no tiene el significado que le acuerdan los arts. 1059 y siguientes, Cód. Civil, si no se refiere al modo por el que se exterioriza la voluntad del autor del acto jurídico, exteriorización que puede hacerse en forma positiva o tácita (conf. arts. 914, in fine y 915, Cód. Civil).

Si la expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos por los que se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya protesta o declaración expresa contraria (art. 918, Cód. Civil), es para mí incuestionable que, no exigiendo el art. 3828. Cód. Civil, que la confirmación del primer testamento por el segundo sea expresa, basta para mantener aquél que se advierta con certidumbre la voluntad del testador en ese sentido (conf. Fornieles, op. cit., t. 2, N° 383, pág. 220).

De acuerdo con estos antecedentes, la Cámara confirmó el fallo del juez Antonio Collazo, que sentó este principio: "La voluntad abstracta de la ley que surgirá de la liberalidad del art. 3828, Cód. Civil, no puede forzosamente imponerse para sostener que un simple complemento de las disposiciones hechas por la causante importe revocar el testamento por acto público".

En el caso, por el testamento por acto público, la causante dejaba su patrimonio para la construcción de una escuela y, en el codicilo, redactado de su puño y letra, fechado y firmado, la disponente legaba a su chofer el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

auto de su propiedad.

La nota del art. 3828, Cód. Civil, se refiere al testamento que contiene institución de heredero, y no a un simple codicilo; en una palabra, indica que el testamento que contenga institución de herederos revoca al anterior, siempre que no lo confirme.

Como sostuvo el fiscal de Cámara, doctor Horacio Méndez Carreras, la aplicación del art. 3828 no puede ser abstracta ni mecánica.

En materia de testamentos debe prevalecer la voluntad del testador, que el juez debe cumplir, como dice Borda(18)(587).

Cumplir la voluntad del testador es siempre el propósito de la ley. Su voluntad es ley suprema en esta materia, según García Goyena(19)(588).

2º El fallo plenario de las Cámaras Civiles

En concordancia con la tesis sustentada en el fallo analizado en el apartado 1º, las Cámaras Civiles de esta Capital en pleno, con fecha 28/2/61(20)(589), resolvieron: "La redacción de un testamento no importa necesariamente la revocación de otro no mentado en aquél, anteriormente otorgado por el mismo testador, si por las circunstancias del caso aparece indudable la voluntad del otorgante en el sentido de mantener la eficacia de las disposiciones primitivas".

Porque las disposiciones legales que organizan la sucesión testamentaria han de interpretarse de conformidad con la presunta voluntad del testador, según los arts. 3727, 3729, 3764, 3798, 3811, 3813, 3816, 3818, 3819, 3878 y 3870, Cód. Civil.

El art. 3828, Cód. Civil, es interpretativo de la voluntad del testador de dejar sin efecto el testamento anterior.

Pero, como sostuvo Borda, "cuando es evidente que no existe esa voluntad, cuando el segundo permite inferir la intención de dejarlo subsistente, el primero debe ser respetado como expresión de la última voluntad del causante".

"En esta tarea de administrar justicia, dijo Chute, el juez tiene en esta materia una función que le está específicamente reservada: mantener en todo su vigor las disposiciones que son expresión de la verdadera y bien deliberada voluntad del testador."

"La solución, para Margarita Argúas, dependerá en cada caso de una apreciación circunstancial, que deberá efectuar el tribunal que juzga, con plena jurisdicción, ya que el codificador en la norma no ha exigido que la confirmación del primer testamento por el segundo sea «expresa», bastando que el texto de éste produzca en el intérprete judicial la certidumbre de que la voluntad del testador no ha sido en el sentido de revocar sus últimas voluntades expresadas en el primero."

En contra, la Cámara Civil 1ª Capital(21)(590), el 22/12/933, tenía resuelto que: "Cuando existe un precepto claro y categórico, como el del art. 3828, los jueces deben aplicarlo, aunque la equidad pueda aparecer lesionada en virtud de que la falta de confirmación expresa del testamento anterior se deba a ignorancia u olvido de la ley".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La misma Cámara Civil 1ª Capital(22)(591)sentenció que: "El documento de última voluntad, aunque sólo contenga una liberalidad, importa un testamento que anula el testamento anterior en que la causante disponía de todos sus bienes, no obsta que al efectuar esa manda la testadora no tuviera la intención de testar, pues el codificador, prescindiendo de la voluntad de la persona, le impone la voluntad abstracta de la ley, no admitiendo la subsistencia de un testamento anterior si el causante no enuncia expresamente esa voluntad de que subsista el testamento de fecha anterior".

Lafaille(23)(592), Fornieles(24)(593)y Rébora(25)(594)son partidarios del criterio interpretativo liberal establecido en el plenario antes mencionado.

3º La incompatibilidad, en el proyecto de Bibiloni adoptado por la reforma de la ley 17711

Ese criterio fue recogido por Bibiloni(26)(595)y ha servido de antecedente a la reforma introducida por la ley 17711 al art. 3828, Cód. Civil, que comentamos, según la cual ha quedado con esta redacción: "El testamento posterior revoca al anterior sólo en cuanto sea incompatible con las disposiciones de éste". Bibiloni había proyectado: "sino en la medida en que el último esté en contradicción con el primero".

Los extensos fundamentos que se dan para la reforma que auspició revelan la perspicacia del autor, que concluye de esta manera: "Con razón la legislación universal y no de ahora, la secular, en el mundo entero, ha juzgado que el que dispone sin tocar lo anteriormente decidido, resuelve tan claramente que el testamento anterior subsiste, como si lo dijera expresamente". "Y el peligro grave está en el testador que porque no innova, cree que no revoca el testamento primero, y no juzga que sea necesario decirlo."

4º La interpretación del Instituto Argentino de Cultura Notarial

Es significativo el comentario que sobre la reforma del art. 3828, Cód. Civil, formuló el Instituto Argentino de Cultura Notarial(27)(596): "El testamento posterior revoca al anterior sólo en cuanto sea incompatible con las disposiciones de éste, pero, en todo lo que no sea incompatible tiene plena validez. Para revocar un testamento anterior, por uno posterior, hay que hacerlo expresamente. Antes el testamento posterior anulaba al anterior en todas sus partes, si no contenía confirmación del primero".

Como sostiene Fassi(28)(597), el principio general en materia de revocación testamentaria es que no ha mediado intención revocatoria y, en la duda, deben considerarse compatibles las disposiciones contenidas en todos los testamentos.

Siguiendo ese criterio, la Cámara Nacional Civil, Sala C(29)(598), recientemente, 19/3/981, ha sentenciado: "La incompatibilidad material de las disposiciones testamentarias tiene lugar cuando es absolutamente imposible la ejecución simultánea de aquéllas".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hay incompatibilidad intencional cuando todas las disposiciones pueden cumplirse, pero no es ésa la intención del testador, tal como surge del conjunto de sus disposiciones.

Siempre la revocación es el resultado de una interpretación comparativa de dos o más testamentos de distinta fecha.

La determinación de compatibilidad o incompatibilidad constituye una cuestión de hecho; por lo que no es susceptible de los recursos de inconstitucionalidad o inaplicabilidad de la ley, salvo, como dice Fassi(30)(599), cuando la interpretación desnaturalice las cláusulas del testamento.

En los casos dudosos habría que interpretar comparativamente todos los testamentos en su contenido íntegro, para deducir de ellos la verdadera intención del testador, aun con el auxilio de prueba extrínseca para decidirse por la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones.

Si la condición impuesta conduce a la perplejidad debe considerársela nula, por resultar de imposible cumplimiento por presentar una radical incompatibilidad en las exigencias de su contexto. Ejemplo: "sea Juan mi heredero, si Pedro es mi heredero". Puesto que si uno es heredero el otro no puede serlo.

5º Característica de la confirmación

Antes de la reforma introducida por la ley 17711, el testamento posterior anulaba al anterior en todas sus partes si no contenía confirmación del primero.

La confirmación debe ser "expresa", puesto que no se presume. Fornieles(31)(600), de quien disintimos, sostiene la validez de la confirmación tácita.

La redacción del artículo 3828 no era adecuada, porque sólo se confirman los actos nulos o anulables y aquí se trata de la revocación de un testamento válido, como se desprende claramente de la nota y lo señala Machado(32)(601). Por tal motivo, no es necesario reproducir el testamento para confirmarlo. En esto no existe contradicción con el art. 3829, que se refiere expresamente al testamento nulo por sus formas, que debe ser íntegramente reproducido.

Los actos absolutamente nulos no son susceptibles de confirmación (art. 1047, Cód. Civil), por lo que en tal caso el único remedio posible es la transcripción íntegra, lo que equivale a la realización de un nuevo testamento distinto del anterior.

6º La compatibilidad exigida por la reforma

La reforma introducida por la ley 17711 ha cambiado la situación, como hemos expresado en párrafos precedentes. Ahora, sólo en caso de incompatibilidad se produce la revocación del testamento anterior.

7º La confirmación del testamento nulo por sus formas

El art. 3829 contempla, como hemos dicho, la confirmación de un testamento anterior nulo por sus formas, dice así: "Art. 3829. - El testador no puede confirmar sin reproducir las disposiciones contenidas en un testamento nulo por sus formas, aunque el acto esté revestido de todas las formalidades requeridas para la validez de los testamentos".

En realidad, como afirma Prayones(33)(602), no se trata de una confirmación sino de un testamento nuevo, que reúna todas las formas legales.

El testador no puede confirmar un testamento nulo por sus formas, aunque esté revestido de todas las formalidades requeridas para la validez de los testamentos sin reproducirlo íntegramente, como preceptúa el Código.

La ley, en este caso, se aparta de la teoría general de la confirmación de los actos, y lo hace porque el derecho hereditario está revestido de formalidades que tienden a asegurar la mejor expresión de la voluntad del disponente.

Es una reiteración de lo expuesto en el art. 3629, Cód. Civil, primera parte, en que se exige para confirmarlo expresamente, como lo hace el 3829. la reproducción íntegra.

En cambio, si el testamento anterior ha quedado sin efecto por haber caducado - ya no se trata de revocación - por incapacidad de los legatarios o de los herederos instituidos, y fuera válido en sus formas, bastaría con hacer referencia a él.

Sería el caso de haberse instituido heredera a una persona que falleciere antes que el testador y en el que se nombró albacea o se hicieron legados, en que bastaría que se instituyera un nuevo heredero manifestando que se somete en lo demás a todo lo dispuesto en el testamento anterior, para que haya confirmación expresa.

En tal caso se compatibilizan los dos testamentos y serían igualmente válidos. De todas maneras, como dice Segovia(34)(603), en el Título "De la revocación de los testamentos", no pertenece tratar de su confirmación.

8º La retractación del testamento posterior

El testador, después de quitar validez por un segundo testamento a un primero, puede restarle validez al segundo por un tercero.

En la retractación son necesarios tres actos: un primer testamento; un segundo, revocando el primero, y la retractación en forma testamentaria del segundo testamento, con lo que queda válido el primero.

Para que esto suceda, basta que el testador manifieste que deja sin efecto el segundo testamento.

Si el tercer testamento es declarado nulo por vicios de forma, el primero subsiste, porque, en tal caso, como sostiene Llerena(35)(604), no hay testamento, ya que la forma es de la esencia del acto, y éste, en virtud del art. 3827, es indispensable para que se opere la revocación.

La revocación puede hacerse pura y simple, sin necesidad de instituir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nuevos legados o herederos, y no es necesario reproducir las disposiciones del primero, que adquiere validez por la retractación del segundo.

El testador puede hacer nuevas disposiciones de bienes, en cuyo caso no revive el primer testamento, salvo que manifieste expresamente que ésa es su intención.

Así lo expresa claramente el art. 3831, Cód. Civil, al disponer: "La retractación hecha en forma testamentaria por el autor del testamento posterior, hace revivir sin necesidad de declaración expresa sus primeras disposiciones. Pero si la retractación contuviese nuevas disposiciones. no hace entonces revivir las que contenía el primer testamento, si no hubiese expresado que tal era su intención".

En ese sentido, la Suprema Corte de Buenos Aires(36)(605), el 9/11/44, y la Cámara Civil Capital(37)(606), el 20/7/62, han sostenido que: "La revocación de un testamento sin que en ella se enuncien nuevas disposiciones testamentarias, tiene el efecto de hacer revivir un testamento otorgado con fecha anterior a la del revocado".

El codificador, en la nota, cita el Cód. Civil austríaco, cuyo art. 723, establece: "Si se revoca un testamento escrito posteriormente, el anterior vuelve a quedar en pie, con tal que esté redactado por escrito".

Vélez Sársfield se ha volcado por esta solución apartándose de los autores franceses, que sostienen que las circunstancias del caso determinarán si el testador ha querido revivir el primero.

La razón de nuestra ley es la misma en todos los casos: la revocación hace revivir el primer testamento. Es la misma solución que da el Cód. Civil alemán, art. 2229, ap. 2: "Si el segundo testamento es revocado. el anterior recobra vida como si su revocatoria nunca hubiera tenido lugar".

Según Alberto Corti Videla(38)(607), "lo indudable es que una tercera manifestación de voluntad del testador ha tenido por objeto destruir la segunda; pero no podríamos, en verdad, decir que es igualmente indudable que aquél tuvo la voluntad de revalidar el primer testamento"

Pero la solución de nuestro Código ha sido mantenida por Bibiloni(39)(608), al proyectar la refundición de los arts. 3828 y 3821, y por la Comisión de Reformas de 1936(40)(609), en el art. 2084.

Por tanto, dentro de nuestro Código, para que la revocatoria o retractación del testamento posterior no haga revivir el anterior, es preciso: o que el testador lo exprese así en términos precisos, "expresos", o que, al retractarse, formule una nueva disposición de sus bienes.

9º Nulidad del testamento revocatorio

Si el testamento posterior se declara nulo por vicios de forma, dice la primera parte del art. 3830, el anterior subsiste, porque, no existiendo testamento posterior, el anterior queda con toda su fuerza.

10º Casos en que subsiste la revocación

Dice la segunda parte del art. 3830: "Pero si las nuevas disposiciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contenidas en el testamento posterior fallasen por razón de incapacidad de los herederos o legatarios, o llegasen a caducar por cualquiera causa, valdría siempre la revocación del primer testamento causada por la existencia del segundo". El Código habla aquí de cualquier causa de caducidad de las disposiciones testamentarias, a más de la incapacidad de los beneficiarios.

Si el testamento posterior se anula por incapacidad del testador o por tener vicios de dolo, violencia o error, el anterior subsiste. Cuando la nulidad del testamento se produce por incapacidad del testador, la revocación contenida en él cae con el testamento, impidiendo la revocación del primero.

b) POR CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO

1º Presunción juris et de jure

La celebración del matrimonio con posterioridad al otorgamiento del testamento es causal de su revocación, porque la ley supone, sin admitir prueba en contrario, que la existencia de nuevos herederos importa un cambio de voluntad.

Así lo dispone expresamente el art. 3826: "Todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada, queda revocado desde que contraiga matrimonio".

El Código no distingue ni el lugar donde se ha celebrado el matrimonio ni el lugar donde se ha otorgado el testamento, siempre que sea del caso la aplicación de la ley argentina.

Así lo ha resuelto el Superior Tribunal de Entre Ríos(41)(610)el 1º/9/942, al sentenciar:

"El art. 3826, Cód. Civil, en base a una presunción juris et de jure, como es el del cambio de voluntad del testador, por ulteriores nupcias, declara la caducidad automática y total de su testamento anterior".

También la Cámara Civil Primera Capital(42)(611), el 22/11/34, resolvió: "La circunstancia de que el matrimonio se contraiga con la misma persona beneficiada por el testamento de fecha anterior al casamiento, no impide la revocación ex lege del testamento preceptuada por el art. 3826, Cód. Civil".

Y la Suprema Corte de Buenos Aires(43)(612), el 7/10/80, dijo: "Del art. 3826, Cód. Civil, emerge la presunción de que quien contrae matrimonio se considera que ha alterado su voluntad afectiva, por lo cual el testamento que con anterioridad pueda haberse efectuado se considera revocado".

2º La presunción admite prueba en contra

Sin embargo, los Tribunales, en ciertas circunstancias, han sostenido la validez de los testamentos otorgados por quienes con posterioridad contrajeron nupcias.

En ese sentido, Díaz de Guijarro(44)(613)sostiene que el art. 3826, si bien contiene una presunción juris et de jure, reconoce que ella no es absoluta y deja resquicios para contemplar situaciones especiales que puedan

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presentarse.

Por su parte, la Cámara Civil Capital, Sala D(45)(614), el 27/6/63, estableció que "la revocación legal del testamento por ulterior casamiento del testador se funda en la voluntad presumida del mismo, como consecuencia del desplazamiento de deberes y afectos que el matrimonio supone".

La presunción de cambio de voluntad testamentaria del disponente por su ulterior matrimonio admite prueba en contrario.

Cuando el causante redacta sus disposiciones testamentarias teniendo en vista su próximo casamiento, y así lo expresa, pierde vigencia la presunción legal del art. 3826, Cód. Civil. Es que la voluntad presumida de la ley debe ceder ante la voluntad real del testador.

Para fundar este concepto, al emitir su voto en el mencionado fallo, el doctor Cichero, manifestó: "La imperatividad de una ley no se determina por el tono más o menos enfático de su redacción, sino por su contenido".

"No parece tener ese carácter el precepto que nos ocupa, ya que Su falta de aplicación no compromete el orden de la familia ni su régimen económico, suficientemente resguardados por las disposiciones relativas a la legítima de los herederos forzosos, fuertemente influidas, ellas sí, por la noción de orden público."

"La aplicación mecánica importará tanto como servir para su fin contrario al que motivó su sanción, sería aplicar lo que Ihering llamó «el fin no querido por la ley»."

"La presunción de la ley debe ceder ante la prueba cabal de que no existió tal voluntad revocatoria."

"Claro está que tal demostración requiere pruebas calificadas, asertivas y convincentes, cuya eficacia debe quedar librada a la prudente apreciación judicial."

A su vez, la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala Primera(46)(615), el 5/10/79, estableció: "La razón de ser de la revocación tácita del testamento, prevista por el art. 3826, Cód. Civil, consiste en que el ulterior matrimonio del testador hace presumir un desplazamiento de sus efectos, que privaría de sustento a su anterior disposición de última voluntad; pero, cuando las posteriores nupcias se contraen con la persona beneficiaria del testamento, lejos de producirse un desplazamiento se opera una confirmación de los afectos del disponente en cabeza de quien ha elegido como cónyuge y a favor de quien había testado, que importa confirmación y no revocatoria del testamento".

Borda(47)(616)sostiene: "Tiene lógica presumir la revocación cuando el testamento favorece a otras personas, pero si la beneficiaria es la misma con la cual luego el testador casó, es obvio que no hay revocación".

A raíz del casamiento Posterior, aparece un Heredero forzoso: el cónyuge. Posteriormente pueden aparecer nuevos herederos forzosos: los hijos.

De subsistir el testamento, se produciría la preterición de toda una serie de herederos forzosos, que, de acuerdo con el art. 3715, Cód. Civil - en su anterior redacción -, provocaban la nulidad del testamento, aunque valgan las mandas en cuanto no sean inoficiosas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La reforma introducida por la ley 17711 al art. 3715 ha modificado la situación. Ahora bien, la preterición de algún heredero forzoso no invalida la institución hereditaria, sino que, salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido en el testamento. La actual redacción del art. 3715 es como sigue: La preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido".

El art. 3826, Cód. Civil, acuerda una protección más enérgica que el art. 3715, pues no anula la institución de heredero, sino que deja, sin efecto todo el testamento, al ser causa de su revocación, sin perjuicio de la validez del reconocimiento de los hijos ilegítimos que en él hubiera hecho.

Así lo han establecido numerosos fallos: Cámara Civil Capital, Sala B(48)(617), el 8/11/62, que sentenció: "La revocación de un testamento no afecta la validez del reconocimiento de los hijos ilegítimos o extramatrimoniales efectuado en él".

La Cámara Federal Capital(49)(618), el 9/9/47, dijo que "la revocación legal por contraer matrimonio, establecida en el art. 3826, Cód. Civil, no puede borrar el hecho natural de la paternidad libremente reconocida por persona no impedida de hecho ni legalmente, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 333, Cód. Civil, que declara irrevocable el reconocimiento que los padres hagan de sus hijos naturales, ya sea por escritura pública, ante los jueces o de cualquier otra manera (Llerena, t. 2, pág. 147; Machado, t. 1, pág. 612).

En el mismo sentido se pronuncia Jorge Rodríguez Aimé(50)(619), que analiza el reconocimiento en los casos del art. 332, que establece que es irrevocable el hecho por escritura pública, ante los jueces o de otra manera, y del 333, que admite la revocación del reconocimiento cuando se hace en forma expresa, pero no en el caso que estudiamos de revocación tácita por matrimonio. Así lo confirma el fallo de la Cámara Civil 2ª de La Plata(51)(620), de 15/7/930, que estableció: "La revocatoria del testamento por acto público, en razón de las nuevas nupcias contraídas por el testador, no invalida el reconocimiento de la filiación legítima que dicha expresión de voluntad contiene ese acto auténtico a favor de personas que invocan la calidad de herederos".

En la práctica se presentan distintas situaciones, que es necesario considerar: Si se anula un matrimonio que se considera putativo, el testamento efectuado por esa persona no queda revocado porque la ley exige un acto válido y, el matrimonio, en ese caso lo es.

Si una persona soltera otorga testamento en favor de su concubina, con quien después celebra matrimonio in articulo mortis y fallece antes de los treinta días de contraído, de acuerdo con el art. 3826, el testamento queda revocado; y, de acuerdo con el art. 3673, en su anterior redacción. La sucesión no tiene lugar, con lo que, a pesar de las precauciones tomadas, se encuentra perjudicada.

Ahora, en la versión de la ley 17711, si el matrimonio se celebra para resolver una situación de hecho, no pierde su vocación hereditaria.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Antes de la reforma, los autores se presentaban divididos en la solución; para unos, con el testamento, el causante había querido dar mayor fuerza a su primitiva manifestación.

Otros se inclinan por la solución del art. 3.572 cuando no se trata del caso de una captación de herencia, como explica Prayones(52)(621).

La demostración de que el testamento conserva. en tal caso. Su plena vigencia requiere pruebas calificadas y convincentes. cuya eficacia queda librada a la prudente apreciación de los jueces, según Fassi(53)(622).

Recapitulando, el matrimonio anulado no revoca el testamento sino desde el momento que se dicta la sentencia que lo declara nulo. Por tanto mientras no se dicte la sentencia, el testamento debe considerarse anulado.

El matrimonio putativo, si ambos son de buena fe y es anulado la revocación subsiste, si el juicio sucesorio es abierto antes que se declare la nulidad. Caso contrario, declarada la nulidad del matrimonio, cesa el derecho legitimario del cónyuge y, entonces, no hay razón para que subsista la revocación.

Si uno solo era de buena fe, surgirá en su favor la revocación del testamento del de mala fe, si la sucesión se abre antes de la sentencia que declara la nulidad del matrimonio. Si ambos habían otorgado testamento, ambos quedan revocados desde la sentencia, según Fassi(54)(623).

Para Rébora(55)(624), sólo se produce la caducidad respecto de la que obra de buena fe, que es la única protegida en los derechos y en la vocación hereditaria que pueden derivar del matrimonio anulado.

El matrimonio in extremis también es revocatorio, como hemos dicho, salvo que se haya contraído para regularizar una situación de hecho.

c) POR FALSA CAUSA O POR FALTA DE CAUSA

El art. 3832, Cód. Civil. dispone: "Toda disposición testamentaria fundada en una falsa causa o en una causa que no tiene efecto, queda sin valor alguno". En este caso no se produce precisamente la revocación, sino que el principio genérico de los actos jurídicos en tales circunstancias produce la nulidad. Cuando se invoca una circunstancia que luego no existe o desaparece, hay un error esencial y se produce la nulidad.

La causa, como afirman Fornieles(56)(625), Lafaille(57)(626) y Fassi(58)(627), es necesario que esté expresamente declarada en el testamento, como lo confirma Goyena, art. 721, citado en la nota del codificador, y surge claramente del contexto del precepto.

Además, es preciso que la causa expresada sea de tal naturaleza que permita suponer que, de no haber existido el testador, no habría escrito su disposición. La causa debe constar dentro del acto porque en esta materia no son admisibles las pruebas extrañas al propio instrumento.

En una causa que no tiene efecto, como sucede con los legados condicionales, cuando falta la condición, cae la institución hereditaria o el legado, establecido en el segundo testamento, y no puede decirse que se haya revocado el primero, como sucede en el ejemplo dado por el codificador en la nota.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Al respecto, son suficientemente ilustrativos los ejemplos que da Machado(59)(628).

d) POR CANCELACIÓN O DESTRUCCIÓN DEL TESTAMENTO
1º Destrucción total o parcial. La apreciación judicial

El art. 3833, Cód. Civil, dispone: «La cancelación o destrucción de un testamento ológrafo, hecha por el mismo testador, o por otra persona de su orden, importa su revocación cuando no existe sino un solo testamento original. Si fuesen varios, el testamento no queda revocado, mientras no se hubiesen destruido o cancelado todos sus originales».

Cuando una persona rompe o testa su testamento ológrafo, o el pliego que encierra el cerrado, se presume que lo revoca.

La cancelación o destrucción debe ser una decisión del testador, que puede obrar personalmente o encomendar a un tercero la destrucción, pero tiene que ser un acto deliberado.

La forma de provocar la destrucción admite toda clase de procedimientos: rotura total o parcial, testado del escrito o de la firma son actos que tienden a aniquilar el testamento y hacer imposible su ejecución, según Fassi(60)(629).

Como acto revocatorio, no es suficiente que se convierta el testamento en una bola o pelota, tirada entre papeles inservibles; o si apareciera arrugado, mojado, sucio, roto en el doblado o estrujado de otra manera, según Fornieles(61)(630).

La determinación de los supuestos en que debe admitirse la revocación constituye una cuestión de hecho, librada a la apreciación judicial. para el legislador argentino, el testador, en todos esos casos, pone de manifiesto el cambio de voluntad.

La Cámara Civil 2ª(62)(631), el 27/3/31. resolvió que el art. 3833. al presumir que la cancelación o destrucción de un testamento, cuando existe un solo original, consagra un principio absoluto, sin distinción entre destrucción total o parcial, y no libra la solución al arbitrio del juez.

El doctor Salvat, al emitir su voto, sostuvo: "la ley no hace distinción alguna entre destrucción total o parcial. La ley tampoco deja a salvo la prueba de parte de los interesados de que el testador. destruyendo su testamento en una u otra forma, no haya tenido la intención de revocarlo".

"La seguridad y estabilidad de los derechos que un testamento compromete siempre, exige, en mi opinión, que así sea y justifica que el legislador haya consagrado con carácter absoluto el principio antes mencionado y cortado de raíz las controversias que sol: re este punto se han presentado ante los tribunales de otros países."

Sin embargo, no es ésta la doctrina generalizada. La revocación tácita resultante de la destrucción de testamento puede no ser sino parcial. Ejemplo, si el causante hubiera testado o borrado alguna de sus disposiciones, dejando intactas la fecha y la firma, se entiende que las disposiciones canceladas son las únicas revocadas y que el testamento valdrá en lo demás (Daloz. 1888 - 149: Durantón. 9 - 647: Troplong. 3. Nº

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2111; Aubry y Rau, 7. N° 725; Demolombe, 5. n° 251; Laurent, 14. N° 245). Se debe investigar la naturaleza de la laceración y las circunstancias de la causa para determinar si el testador ha querido revocar o no el testamento (Daloz, 1899 - 1° - 406).

Para Tobal, el pleito se reduce a decidir si el de autos se encuentra en uno de esos supuestos (arts. 3833 y 3836). en que juega una voluntad determinada de la ley que, independientemente del propósito que haya podido tener el testador, le impone otra, en cuya virtud el testamento se tiene por revocado.

El Código Civil declara revocados los testamentos que se cancelaren o destruyeren por el testador. Si el de autos está cancelado o destruido, su invalidez se impone por mandato de la ley. No obstante esa afirmación categórica, analizando las peculiaridades del caso y del detenido estudio de la voluntad de la testadora y basado en la doctrina de los autores modernos, se pronunció por la validez del testamento cuestionado, lo que no fue aceptado por la mayoría del tribunal.

También, la Cámara Civil 2ª Capital(63)(632), el 26/2/40, dijo que en cuanto a la presunción del art. 3835, cuando el testamento roto o cancelado se encuentra en casa del testador, se presume que ha sido roto o cancelado por él; es una presunción que no desvirtúan ciertas declaraciones de testigos y hechos.

Si el testamento apareció partido en dos, no puede alegarse que sea válido por el hecho de que es legible y porque la destrucción es parcial, declaró la Cámara Civil la Capital(64)(633), el 15/9/41.

2º) Existencia de varios ejemplares

Como hemos dicho, cuando el testamento está extendido en un solo ejemplar, basta su destrucción para que quede sin efecto. No sucede lo mismo cuando se han redactado varios ejemplares. En tal sentido, el último párrafo del art. 3833, Cód. Civil, dispone: "Si fuesen varios, el testamento no queda revocado, mientras no se hubiesen destruido o cancelado todos sus originales".

El legislador ha querido significar que la destrucción de todos los ejemplares produce la revocación tácita, sin perjuicio de que, por otras vías - revocación expresa o ulterior testamento -, se pueda llegar al mismo resultado.

Puede suceder que el testador haya distribuido varios ejemplares y que, no obstante la orden para que los terceros procedan a la destrucción de los que se encontraren en su posesión, no cumplan el mandato, lo que plantea el interrogante de si el testamento en tal caso ha quedado revocado o no.

Si ello sucediere, el testamento conservará su valor, pero el mandatario deberá responder de los daños y perjuicios que la validez del testamento ocasione a quienes se hubieran beneficiado con la revocación, según Fassi(65)(634)y Segovia(66)(635).

3º) La rotura del pliego del testamento cerrado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La rotura del pliego que contiene un testamento cerrado, como sostiene el codificador en la nota al art. 3836, Cód. Civil, es el hecho más manifiesto de la voluntad revocatoria del disponente.

El testamento está roto, pero nada impide que el contenido del pliego, si está escrito, fechado y firmado por el testador, se convierta en testamento ológrafo, como dispone el art. 3670.

En el caso, es indispensable que esa voluntad se demuestre de alguna manera, para destruir la presunción que arroja el hecho de haber destruido precisamente el pliego que era el requisito esencial del testamento cerrado, como dice el codificador en la nota del precepto legal, que dispone: "Art. 3836. La rotura hecha por el testador del pliego que encierra un testamento cerrado, importa la revocación del testamento, aunque el pliego del testamento quede sano y reúna las formalidades requeridas para los testamentos ológrafos".

Entre esta disposición del art. 3836 y el art. 3670 existe una manifiesta contradicción, que Prayones(67)(636) y Lafaille(68)(637) deciden en favor del último.

Se fundan en que si el testador realmente hubiera querido revocar el testamento, hubiera destruido el pliego y el contenido, y que el testamento ológrafo vale por sí donde se encuentre, siempre que reúna los requisitos que la ley establece.

Este art. 3836 crea dudas que podrían haber sido despejadas, según Lafaille, con sólo aplicar la doctrina de las fuentes y reglas conexas del mismo Código.

4° Destrucción por caso fortuito o de fuerza mayor. Inadmisibilidad de probar

Dispone el art. 3837, Cód. Civil: "Si el testamento hubiese sido enteramente destruido por un caso fortuito o por fuerza mayor, los herederos instituidos o los legatarios no serán admitidos a probar las disposiciones que el testamento contenía".

La norma es concluyente; ni siquiera se pueden invocar cláusulas concretas de un testamento anterior para indicar las disposiciones del testamento destruido, ni los borradores de éste y menos los testigos, aunque hubiere principio de prueba por escrito, como tampoco la copia fotográfica del testamento mismo.

Si la destrucción es total, aunque sea por causas fortuitas, no permite descubrir cuáles son las disposiciones, y, entonces, la ley no admite que los legatarios o los herederos puedan ofrecer prueba.

Esta disposición se fundamenta en que la prueba del testamento debe resultar del testamento mismo, no admitiéndose ninguna otra por perfecta que sea, según Prayones(69)(638), y porque lo que está destruido ya no existe.

Aunque el precepto no lo dice, debe comprender tanto el caso fortuito como el de fuerza mayor causado por un tercero, en el que sólo será admitida la prueba al efecto de demostrar el culpable y hacerle recaer la sanción del art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3296, que determina la incapacidad para suceder al causante.

La prohibición de probar las disposiciones que contenía el testamento destruido es lógica, cuando el hecho sucede durante la vida del causante, y, éste, que tiene conocimiento de él, no rehace el testamento, con lo que revela su voluntad de dejar sin efecto sus mandas y provoca la revocación. Distinto es si el testador no tiene conocimiento del caso fortuito o de fuerza mayor que provoca la destrucción o desaparición del testamento, que está contemplado en el art. 3834.

El art. 3837, Cód. Civil, contempla la actitud pasiva del testador, que habiendo conocido la destrucción total del testamento por caso fortuito o de fuerza mayor, no lo reelabora, y, de tal modo, mediante un acto negativo, lo revoca asintiendo a la obra del acontecer extraño a él; de igual modo, si el testador reconoció la destrucción llevada a cabo por un tercero y tampoco otorgó nuevo testamento, provocando la revocación.

Pero, si el causante ignoró ambas destrucciones, no hubo revocación, y el artículo no se aplica, pues él se refiere a un supuesto de revocación, según se lo menciona en el Código.

5° Alteraciones por accidente o por el hecho de un tercero

Las alteraciones ocasionadas por un accidente o por un tercero no pueden ser causa de revocación, porque toda esta materia gira en derredor de la presunta voluntad del testador.

Pero, para que conserve validez, es preciso que puedan conocerse exactamente las disposiciones que contenga.

Es lo que surge del art. 3834: "Las alteraciones que un testamento pueda haber sufrido por un simple accidente, o por el hecho de un tercero sin orden del testador, no influyen en el contenido del acto, si pueden conocerse exactamente las disposiciones que contenga".

Ese conocimiento puede obtenerse por todo género de pruebas, aunque fueran tomadas fuera del testamento, sostiene Segovia(70)(639), contra la opinión de Llerena(71)(640), porque la prueba debe resultar del testamento mismo (art. 3627) y de Machado(72)(641), porque sería pretender rehacerlo hasta por medio de la prueba testimonial; sería hacer un nuevo testamento en una forma no autorizada por el Código.

En tales supuestos, la prueba a producir es sumamente dificultosa, y el legislador, para suplirla, ha tratado de salvarla mediante presunciones en el art. 3835, Cód. Civil.

Si el testamento se encontrara en poder de un tercero, la prueba del art. 3835 se invierte, presumiéndose que la destrucción o cancelación ha sido obra del tercero, como afirman Fassi(73)(642) y Rébora(74)(643).

6° La destrucción del testamento por acto público

Las disposiciones precedentemente analizadas contemplan el testamento ológrafo y, por excepción, el cerrado.

No se refieren al testamento por acto público, porque su destrucción es más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

difícil, pero no imposible.

El testamento por acto público forma parte del protocolo que conserva el escribano o el archivo general, por lo que sería necesario suprimir la escritura matriz o el tomo íntegro y las copias extendidas por el escribano.

Machado(75)(644) y Rébora(76)(645) sostienen que nuestro Código no prevé el caso de que el testamento por acto público sea revocado tácitamente, porque no hay acto alguno que pueda hacer presuponer la voluntad de revocarlo.

El único caso en que podría llegar a tener aplicación el art. 3834, Cód. Civil, sería cuando la matriz se encontrara roída en la parte principal o que fuera totalmente destruida por un incendio; pero, entonces la solución se daría con el otorgamiento de una nueva escritura.

En este supuesto, la jurisprudencia extranjera(77)(646) nos informa del caso de un testamento público desaparecido por destrucción del protocolo durante la guerra civil española, en que la Cámara Civil casó un fallo de Segunda Instancia y, en mérito al art. 280 del Reglamento del Notariado, aprobado en 1:935, admitió la reconstrucción del testamento destruido, por medios supletorios, como son la declaración de los testigos intervinientes, la certificación de la Audiencia y el Registro de Ultimas Voluntades.

También la Corte de París(78)(647), el 31/1/57, ha admitido que, cuando el testamento ha sido destruido después de la muerte del de cujus, la prueba de la existencia debe ser admitida aun por testigos y por presunciones, porque, según M. Savatier, cualquiera que fuera la causa de la destrucción posterior al deceso, los derechos de los legatarios estaban adquiridos.

Es sumamente interesante el caso planteado en nuestros tribunales de la pérdida de un expediente en el que se había ordenado la protocolización de un testamento ológrafo, oportunamente agregado a él, del que el actuario había expedido copia certificada, admitida por la Cámara Nacional Civil, Sala C(79)(648), el 26/8/980, sentando esta doctrina: "El art. 3837, Cód. Civil, contempla la actitud pasiva del testador, que habiendo conocido la destrucción total del testamento por caso fortuito o por fuerza mayor, no lo reelabora y, de tal modo, mediante un acto negativo, lo revoca asintiendo a la obra del acontecer extraño a él; de igual modo, si el testador reconoció la destrucción llevada a cabo por un tercero y tampoco realizó su testamento, también lo revocó. Pero si el causante ignoró una y otra destrucción, no hubo revocación y el artículo no tiene aplicación, pues él se refiere a un supuesto de revocación según su ubicación en el Código".

La hipótesis de destrucción por caso fortuito alcanza a los testamentos notariales, pero, en lo que a éstos concierne, sólo surgiría seriamente si lo destruido fuera la escritura original, y aun así, con la reserva que debe formularse a causa de la posibilidad de dolo, que obligaría a proceder minuciosamente.

Habría que reconocer que no estaría enteramente destruido un testamento notarial del que subsistiera copia auténtica, pues por el camino que se orientase a otra solución se llegaría también a la conclusión de que la destrucción de un testamento protocolizado crea la necesidad de prescindir de él, aunque en el juicio de protocolización se conserve copia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Tanto en el caso de desaparición fortuita del testamento, en la que cabría subsumir el actuar intencional o culposo de terceros ajenos y desvinculados a las partes, como en el del supuesto de conducta dolosa de quienes se verían desplazados de la herencia por el testamento, es viable atender a la prueba supletoria y, de acuerdo con su mérito, dar por reconstruido el original.

La recepción de la doctrina del art. 3837 no puede hacerse extensiva a cuando acaeció la destrucción o desaparición del testamento por extravío, después de la muerte del testador, que, además de ser un precepto de interpretación restrictiva, está ubicado en el Código en el Título que trata la revocación de los testamentos y de los legados.

Como sostiene Zannoni(80)(649), la pérdida, sustracción o destrucción del testamento, a partir de la apertura de la sucesión, provocarán exclusivamente un problema de prueba del contenido del testamento, pero en ningún caso de revocación.

e) POR ENAJENACIÓN DE LA COSA LEGADA

1º Fundamento

Esta es otra forma de revocación tácita del testamento. Se fundamenta en la presunta voluntad del testador. Si una persona lega una cosa a otra y luego la vende o dona a un tercero, es evidente que su intención ha cambiado y, con ello, ha revocado el testamento.

Lo que causa la revocación del legado es la voluntad del causante contraria a la subsistencia del beneficio, como sostienen Lafaille(81)(650), Prayones(82)(651), Fassi(83)(652), Llerena(84)(653), Machado(85)(654) y Rébora(86)(655). Lo que decide no es la pérdida del dominio, sino la voluntad revocatoria.

La nota del codificador, que reproduce a Troplong, es suficientemente explícita: "Es preciso penetrarse de una verdad, y es que no basta la enajenación para revocar el legado, sino la voluntad de enajenar manifestada por el testador. Cuando hago una donación a un incapaz, no hay enajenación; y, sin embargo, el legado es revocado por la razón de que mi voluntad no concurre ya con la liberalidad que había hecho".

El art. 3838, Cód. Civil, es preciso y suficientemente claro en cuanto al pensamiento del codificador: "Toda enajenación de la cosa legada, sea por título gratuito u oneroso, o con pacto de retroventa, causa la revocación del legado, aunque la enajenación resulte nula y aunque la cosa vuelva al dominio del testador".

Como sostiene Guastavino(87)(656), "la revocación extingue definitivamente el legado y la liberalidad sólo podría recobrar eficacia en virtud de otro acto testamentario del causante, aun cuando la cosa objeto del legado primitivo hubiere reingresado a su patrimonio".

La enajenación voluntaria de la cosa legada es un supuesto de revocación y extingue el legado, "aunque la cosa vuelva al dominio del testador", según ese art. 3838.

En cambio, la enajenación forzosa es un supuesto de "caducidad" y no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

impide la eficacia del legado, si la cosa vuelve al dominio del testador", como dispone el art. 3840, Cód. Civil.

La Cámara Nacional Civil, Sala A, el 8/6/71(88)(657), estableció: Para que la enajenación de la cosa tenga efectos revocatorios del legado de la misma, es menester que el acto de enajenación haya sido efectuado por el propio testador o por medio de apoderado con poder especial para el acto, no produciendo tales efectos la enajenación mediante apoderado con poder general, salvo que la operación haya sido ratificada con posterioridad por el testador.

Cuando la enajenación de la cosa legada es ajena a la voluntad del testador, la revocación del legado no tiene lugar, como ocurre si la venta es hecha por disposición judicial de la cosa legada a instancia de los acreedores del testador (art. 3840). En cambio, si está presente la voluntad de enajenar del testador, la revocación se produce, aunque el acto de enajenación sea nulo por alguna causa ajena a la voluntad del autor del acto.

2° Actos que producen la revocación

El art. 3838, Cód. Civil, responde en forma absoluta a los actos que producen la revocación del legado : "toda enajenación de la cosa legada", luego, como dice Machado(89)(658), en cualquier forma que el testador haya manifestado la voluntad de disponer de la cosa en favor de otro, privándose de su dominio, importará una revocación.

La venta en sus más variadas formas: permuta, donación, etc., y cualquier acto que importe la intención de enajenar la cosa legada causan la revocación del legado.

3° Venta bajo condición suspensiva

Cuando la venta ha sido hecha bajo condición suspensiva, algunos autores sostienen que produce la revocación, porque demuestra el cambio de voluntad del testador y no existe razón para mantener el legado; participan de este razonamiento Delvincurt, Durantón y Coin Delisle.

En contrario, Demolombe, Toullier, Vazeille, Pujol, Aubry y Rau, Troplong, mencionados por Machado(90)(659), sostienen que esa enajenación no causa la revocación, porque, si la condición no se cumple, no habrá existido enajenación, ni en derecho ni en hecho.

Al menos, sostiene Demolombe, será necesario que los términos del acto y las circunstancias del hecho establezcan la voluntad de no mantener el legado desde la enajenación.

Si ha enajenado la cosa en cualquier forma que sea, sostiene Machado, ha demostrado la intención de disponer de ella y, por consiguiente, se debe considerar revocado el legado.

El artículo, como hemos dicho, es concluyente: "Toda enajenación de la cosa legada", sin distinción alguna. Lo cierto es que ha enajenado la cosa y demostrado esa voluntad, en esto concuerda Llerena(91)(660); y, como lo señalan Prayones(92)(661), Lafaille(93)(662) y Rébora(94)(663), que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

afirman, nosotros extendemos la afirmación a todas las enajenaciones bajo condición resolutoria, las que se encuentran, sin duda, dentro de lo que podría llamarse el espíritu de esta disposición.

Para que no se produzca la revocación, debe existir una cláusula expresa, dejando aclarado que enajena con pacto de retroventa para poder recuperar el bien y poder satisfacer el legado, caso en que valdrá si, al abrirse la sucesión, el bien ha sido recuperado, como sostiene Fassi(95)(664).

Pero esto es harina de otro costal, porque el precepto de la ley es bien claro, cuando dice: "aunque la enajenación resulte nula y aunque la cosa vuelva al dominio del testador".

4° La venta forzosa

Puede suceder que la venta sea forzosa, en la que ya no hay un cambio de voluntad del testador, cuando se produce por acción de los acreedores, por expropiación o por división de condominio.

Los autores dividen su pensamiento y se plantean una serie de interrogantes, que, a nuestro modo de pensar, no caben frente a la clara disposición del art. 3840, Cód. Civil: "La venta hecha por disposición judicial de la cosa legada a instancia de los acreedores del testador, no revoca el legado, si la cosa vuelve al dominio del testador".

Pensamos con Lafaille(96)(665), Segovia(97)(666), Fornieles(98)(667), Quinteros(99)(668) y Rébora(100)(669) que en estos casos la cosa salió del dominio del disponente por un acto ajeno a su voluntad y, entonces, no tiene efectos revocatorios, si la cosa vendida en vida del testador vuelve a su patrimonio, debiendo extenderse el concepto a todos los casos comprendidos en el art. 1324, incs. 3° y 4°: "Nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tiene lugar en los casos siguientes: [...] 3° Cuando la cosa fuese indivisible y perteneciese a varios individuos, y alguno de ellos exigiese el remate; 4° Cuando los bienes del propietario de la cosa hubieren de ser rematados en virtud de ejecución judicial".

Permite pensar así el dicho de Aubry y Rau (7, 525, n° 725, aps. 46 y 47): "la enajenación de la cosa legada no hace presumir la revocación del legado, sino cuando ella procede de la voluntad del testador. La presunción de revocación no tiene lugar ni en la venta forzada obtenida por los acreedores ni en la venta por licitación provocada por sus condóminos".

Como sostiene Fassi(101)(670), la norma no puede ser interpretada restrictivamente, y, más allá de su texto, "en el caso de expropiación por causa de utilidad pública", existe una mayor razón para resolver lo mismo. Igual sucederá en la división del condominio, no provocada por el testador.

Advertimos que en este último caso, si sólo se le adjudicara una parte del bien, el legado se ejercerá sobre esa parte.

5° Boletos de compraventa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Referente a los boletos de compraventa, sostiene Fassi(102)(671) que se está en presencia del ánimo indudable de enajenar, razón por la cual considera que la suscripción de un boleto de compraventa, con posterioridad al legado, importa su revocatoria, si aquél tiene por objeto la cosa legada.

Disentimos de tal pensamiento y nos inclinamos por Fornieles(103)(672), cuando estamos en presencia de un hecho que implica cambio de voluntad, como lo constituye la enajenación que produce la revocación del testamento, y, cuando no hay enajenación, no hay revocación. Pretender otra cosa es quitar a la ley su precisión y seguridad.

En apoyo de esa afirmación, cita un fallo de la Corte de Casación de París, que resolvió: para que se desvirtúe la voluntad del causante claramente manifestada en su testamento, el legislador exige que ella se manifieste en un acto consumado, nuevo testamento o enajenación; no basta un simple proyecto, una intención manifestada pero no ejecutada.

Es el argumento que sostuvieron Tobal y Barraquero, para fundar el fallo de la Cámara Civil Primera Capital(104)(673), de 29/9/931: "No habiéndose llenado los extremos para que exista la adquisición, escritura pública, posesión y finalmente publicidad registral, mal puede hablarse de enajenación, requisito indispensable para el juego del art. 3838, Cód. Civil, según el cual no se ha revocado el legado si no se ha efectuado la venta mediante escritura pública, inscrita en el Registro de la Propiedad".

6º Constitución de derechos reales de garantía sobre la cosa legada

Como sostiene el codificador en la nota, "aunque en el Derecho se dice que la hipoteca es una manera de enajenación, es, sin embargo una enajenación impropia, que no hace salir la cosa del dominio del testador y por esto no revoca el legado".

Pensamiento que ha volcado en el art. 3839, Cód. Civil: "La hipoteca de la cosa legada, o la constitución de ella en prenda, en seguridad de una obligación, no causa la revocación del legado; pero la cosa pasa al legatario con la hipoteca o prenda que la grava".

En este caso, el testador no puede haber tenido la intención de revocar el legado, sino el de limitarlo, y así como cuando enajena una parte de la cosa, el legado no se revoca con respecto al resto, en el caso de la constitución de derechos reales, no se revoca el legado, pero éste pasa al beneficiario con el gravamen constituido.

7º Revocación hecha fuera de la República

Es un principio general que el testador puede revocar su testamento en cualquier lugar en que se encuentre.

En presencia de esa circunstancia, el art. 3825, Cód. Civil, dispone: "La revocación de un testamento hecho fuera de la República, por persona que no tiene su domicilio en el Estado, es válida, cuando es ejecutada según la ley del lugar en que el testador tenía a ese tiempo su domicilio; y si es hecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la República, cuando es ejecutada según la disposición de este Título".

El extranjero que no está domiciliado en la República, que revoca un testamento otorgado con anterioridad, puede hacerlo de acuerdo con la ley del lugar en que lo otorgó o bien según la ley del lugar en que el testador tenía a ese tiempo su domicilio.

Los testamentos hechos en el extranjero por personas domiciliadas en la República son revocables según las disposiciones del lugar donde se otorgaron o las disposiciones del Código argentino.

Finalmente, los testamentos hechos en la Argentina, sin distinción de nacionalidad y domicilio, deben revocarse de acuerdo con el Código argentino.

Según Lafaille(105)(674), este acto nunca debería vincularse con la ley que rige las disposiciones originarias, porque se trata de actos independientes. La revocación es un acto nuevo, a veces, un nuevo testamento.

f) POR INEJECUCIÓN DE LAS CARGAS IMPUESTAS

Al lado de las revocaciones tácitas, en que la revocación de los legados se produce por la voluntad contraria del testador expresada mediante la enajenación de la cosa o por la interpretación de su voluntad, como dicen Lafaille(106)(675) y Prayones(107)(676), existen dos causales paralelas, que requieren la intervención judicial para que se deje sin efecto la disposición testamentaria. Ellas son: el incumplimiento de las cargas impuestas y la ingratitud.

Abierta la sucesión por muerte del testador y puesto el legatario en posesión del legado, éste puede ser revocado por inejecución de las cargas, cuando tales cargas son la causa final de la disposición testamentaria. Así lo establece expresamente el art. 3841, Cód. Civil: "Los legados pueden ser revocados, después de la muerte del testador, por inejecución de las cargas impuestas al legatario, cuando éstas son la causa final de su disposición".

Es por de más explícita la nota del codificador: "cuando la carga al legatario es la causa final, el legado es meramente accesorio; la carga es lo principal".

En el caso del legado hecho al albacea, que debe velar sobre el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, la carga es lo principal y el legado lo accesorio.

Pero, si el testador lega una suma de dinero a X con cargo de pagar lo que debe a C, y, antes de morir, él mismo paga la deuda, el legado no quedará revocado, porque la carga no era lo principal ni el motivo único del legado, pues que era mínima con respecto al importe de la cantidad legada.

El codificador - apartándose de la doctrina consagrada en materia de donaciones, al establecer que éstas podrán ser demandadas desde que el donatario hubiese incurrido en mora respecto de las cargas impuestas a la donación (art. 1849, Cód. Civil), lo que importa decir que dicha revocación debe ser pronunciada judicialmente, como sostienen Demolombe(108)(677), Fassi(109)(678), Fornieles(110)(679) y Acuña

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Anzorena(111)(680)- impuso que la revocación fundada en la inejecución de las cargas por el legatario depende aún de otra circunstancia, igualmente susceptible de su apreciación por el juez: la de que el cargo sea la causa final.

Como afirman Aubry y Rau(112)(681), el juez reconocerá la procedencia de la revocación, cuando el cargo aparezca revestido de tal interés que su inejecución deba traducirse en revocación; mientras que, en los demás casos, o sea que ese interés preponderante no sea reconocido, sólo habrá lugar para perseguir al legatario por su ejecución.

En esta materia es suficientemente ilustrativo el ejemplo de Troplong(113)(682), que reproducen casi todos los autores, Machado(114)(683)y Prayones(115)(684).

Lafaille(116)(685)y Segovia(117)(686)consideran inconveniente la exigencia final del art. 3841, por "establecer con las donaciones una distinción inaceptable en derecho" y "que tampoco tiene razón de ser en estos casos"; lo que ha sido refutado por Acuña Anzorena(118)(687), Machado(119)(688)y Llerena(120)(689), que no la consideran contraria a los arts. ,3774(*) (690)y 3842(**)(691), que disponen la aplicación a los legados de las normas establecidas para las donaciones entre vivos (arts. 1848 a 1868) y reputan la exigencia como justa y razonable, por respetar la presunta voluntad del testador, lo que no ocurre en las donaciones, porque en éstas se manifiesta en forma expresa y no tácitamente.

La cuestión, como sostienen Aubry y Rau(121)(692), Llerena(122)(693), Rébora(123)(694)y Laurent(124)(695), consiste en saber si las cargas impuestas al legatario presentan un carácter tal de imperativo, que su inejecución deba entrañar la revocación del legado, no da lugar sino a una simple apreciación de la voluntad del testador.

La acción de revocación corresponde a los herederos (art. 1852) y no al beneficiario del cargo (art. 1853), que no se verá perjudicado por la revocación (art. 1851).

En cuanto a los terceros que hayan adquirido derechos sobre inmuebles u objetos no fungibles recibidos por el legatario, la revocación podrá alcanzarlos en los casos en que ella deba tener efecto retroactivo (arts. 1855, 1856 y 2670).

En resumen, todo lo referente a la interposición de la demanda y a los efectos de la, sentencia, es regido por las disposiciones vigentes para la revocación por la misma causa de las donaciones entre vivos, como expresamente lo dispone el art. 3842.

Para que tenga lugar la acción de revocación es necesario que el legatario haya sido constituido en mora (art. 1849), y así lo ha resuelto la Cámara Civil Primera Capital(125)(696). el 16/3/37, al establecer: "No procede declarar la caducidad del legado de usufructo de una finca, que se solicita en base al incumplimiento de las cargas impuestas por el testador a la legataria, si ésta no ha sido constituida en mora mediante la correspondiente interpelación".

g) REVOCACIÓN POR INGRATITUD

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Código dedica el último artículo de este Título a la revocación de los legados por causas de ingratitud. Como dice Prayones(126)(697), lo menos que podría exigirse al beneficiado por un acto de generosidad del testador es que tenga un poco de gratitud para con su benefactor, cierto respeto a su persona y a su memoria.

Cuando existe ingratitud el legado queda revocado. Las causales de ingratitud son personales a los legatarios y no afectan al testamento mismo.

El testamento, aunque se declare revocado con respecto a algún legatario, se cumplirá con respecto a los demás, subsistiendo la institución de los otros, como sostiene Machado(127)(698).

El codificador, al tratar de la incapacidad para suceder en los arts. 3291 a 3296, ha establecido causales de indignidad, mientras que el art. 3843 menciona las causales de revocación de los legados por ingratitud.

Esta duplicidad de legislación ha sido señalada por los autores con agudo sentido crítico, como Segovia(128)(699) y Rébora(129)(700), como inconveniente por superfetación de las normas, al igual que la desigualdad de las causas fijadas en el art. 1858, para la revocación de las donaciones y las establecidas para los legados en este art. 3843.

Si bien se trata de institutos que guardan analogía con el presente, son distintos y las causales también.

Como dicen Fassi(130)(701), Machado(131)(702) y Prayones(132)(703), no se puede pedir la revocación de los legados por otras causas que las mencionadas; la ley hace una enumeración taxativa de los casos de ingratitud, con el objeto de evitar interpretaciones diversas y las largas discusiones a que pudiera dar lugar.

Es por demás ilustrativo el fallo de los Tribunales franceses, que sentenció: "En el caso de un testamento falso que beneficiaba en mayor grado al legatario, la Corte de París, con fecha 10/7/58, rechazó la demanda de revocación del testamento, como sanción al falsario, porque las causales de revocación por ingratitud están perfectamente establecidas en los arts. 955 y 1046, Cód. Civil francés, similares a nuestros arts. 1858 y 3291 y siguientes, y es imposible admitir otras"(133)(704).

El art. 3843, Cód. Civil, dispone: "La revocación por causa de ingratitud no puede tener lugar sino en los casos siguientes:

1° Si el legatario ha intentado la muerte del testador.

2° Si ha ejercido sevicia o cometido delito o injurias graves contra el testador después de otorgado el testamento.

3° Si ha hecho una injuria grave a su memoria".

Las causales son claras y excluyentes: La primera no requiere mayor explicación, repugna a los principios más elementales de moralidad social: permitir que el victimario goce del beneficio acordado por la víctima.

Mientras que el art. 3291 exige la previa condenación en juicio, el presente inciso sólo exige que el legatario haya intentado la muerte del testador.

La segunda comprende la falta de prestación de auxilio al enfermo; los malos tratos; las injurias cometidas en vida contra el testador y después de otorgado el testamento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los casos de sevicia se aplican aun a los menores de edad, pero mayores de 18 años, y a los incapaces bajo curatela, que hubieran perdido su capacidad después de otorgado el testamento.

El Código se refiere a las ofensas personales al testador, y, por tanto, no pueden ser extendidas a sus parientes, por más íntimamente ligados que se encuentren a ellas; y tampoco puede aceptarse extender a los bienes lo establecido para las personas.

Por el contrario, la Cámara Nacional Civil Capital, Sala B(134)(705)resolvió, con fecha 30/9/953 : "Procede la revocación de la cláusula testamentaria que instituye heredero, si el instituido fue condenado en el fuero criminal por repetidas defraudaciones cometidas contra la testadora, después de otorgado el testamento".

El tercer inciso comprende el caso cometido después de abierta la sucesión y recibido el legado. Aquí no se pueden establecer reglas fijas, y es necesario tener en cuenta la condición social de las personas y la intención de injuriar del legatario. Por lo que queda subordinada al criterio judicial la determinación de la gravedad que el caso revista.

h) EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN Y LA PRESCRIPCIÓN

La acción para pedir la revocación del legado por ingratitud sólo compete a los herederos del testador, que son los continuadores de su persona (arts. 1852 y 3842, Cód. Civil), y así lo ha resuelto la Cámara Nacional Civil, Sala B(135)(706), el 11/9/953.

Los efectos de la revocación, si se trata de legados particulares, no se retrotraen más allá de la demanda, y, si se trata de legados a título universal, no tiene efecto sino a partir de la sentencia que la ha pronunciado, como sostiene Fassi(136)(707).

La prescripción de esa acción se produce por el transcurso del plazo de un año, contado desde el día que la injuria se hizo o desde que llegó a conocimiento de los herederos (art. 4034); pero, como los herederos no pueden entablar la acción mientras no estén en posesión de la herencia, mientras no pueda imputárseles mora, se suspende el curso de la prescripción, por aplicación del art. 3980, como lo estableció la Cámara Nacional Civil, Sala B(137)(708)en el citado fallo de 11/9/953.

Al heredero incumbe probar la ingratitud; en cambio, la prueba del transcurso del plazo de un año, desde la producción del hecho, para que proceda la prescripción o para que la injuria sea perdonada, está a cargo del legatario.