

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

APTITUD TESTAMENTARIA DE LOS MENORES DE EDAD() (2)*

La ley argentina exige tener 18 años cumplidos para poder testar

FRANCISCO FERRARI CERETTI

SUMARIO

I. Concepto de capacidad de hecho y de derecho. II. Antecedentes históricos. III. Tesis dominante en la materia. IV. Legislación argentina relativa al tema. V. La capacidad para testar y la emancipación. VI. La capacidad de la mujer casada menor de edad. VII. Modo de contar la fecha. Instante en que comienza. VIII. Apreciación de una sugerencia presentada a la VII Jornada Notarial de Entre Ríos.

I. CONCEPTO DE CAPACIDAD DE HECHO Y DE DERECHO

Como enseña Arias(1)(3), todo sujeto de derecho necesita para realizar actos jurídicos, dos elementos indispensables: a) condiciones físicas suficientes para obrar con voluntad y discernimiento, y b) el reconocimiento del derecho acordándole la facultad de gozarlo. En resumen: necesita tener capacidad. Faltando los primeros, tiene incapacidad de hecho.

Si existe una prohibición expresa de la ley, falta el segundo, entonces, la persona es incapaz de derecho.

La capacidad es susceptible de graduación, se puede ser más o menos incapaz. Los incapaces de derecho carecen de caput o capacidad jurídica. El caput está integrado por tres elementos: libertad, ciudad y familia. En el antiguo derecho romano, los menores púberes eran plenamente capaces. La pubertad se alcanzaba a los 12 años por la mujer y a los 14 por los varones(2)(4).

Durante la República una ley praetoria, sin declararlos incapaces, acordaba un recurso legal a los menores de 25 años, para castigar al que abusare de su inexperiencia; luego, el pretor acordó la *in integrum restitutio* y el derecho imperial creó para dichos menores una curatela especial con lo que quedó terminada esta evolución y establecida prácticamente o de hecho esta incapacidad para obrar.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el derecho romano, era necesario llegar a la pubertad para que los individuos adquirieran, en principio, capacidad para disponer de sus bienes.

Esa capacidad de disponer no era total sin embargo, los púberes menores de 25 años la tenían condicionada y, en caso de lesión, estaban protegidos, como hemos expresado, con el recurso in integrum restituito.

Para enajenar ciertos predios válidamente, debían ser asistidos por un curador y autorizados por el Juez.

Así sucedía en materia de donaciones, en que la capacidad no se adquiría totalmente, sino después de los 25 años.

En materia de testamentos, pesaban razones como la del principio referente a la posibilidad de morir o no morir partim testatus y se consideraba la capacidad con un criterio muy distinto.

La cuestión de que los menores no pudieran testar en cualquier época de su vida, motivó que cuando menos, un menor de edad pudiera beneficiarse con la previsión de su padre y con el sentido que éste pudiera hacerlo por él.

Como sostiene Rébora(3)(5), esta posibilidad contraria a los caracteres del testamento moderno, constituyó en la antigüedad, el meollo de la sustitución pupilar.

Nuevas modalidades resultaron de la formación de los peculios y del reconocimiento de las facultades inherentes a la existencia de los mismos.

En la historia del derecho, con posterioridad y bajo tradiciones más o menos romanizantes, la facultad de disponer, en vida, hubo de ser ejercida frecuentemente en el plano de las convenciones nupciales y acomodarse con actos de disposiciones cuya consecuencia se postergaría hasta la disolución del matrimonio, provocada por la muerte.

En el derecho romano, la aptitud para testar válidamente se adquiría con la pubertad, fijada en 14 años para el hombre y 12 para la mujer(4)(6).

La capacidad para disponer por donación o por testamento fue transformándose lentamente, de acuerdo con los cambios operados en las costumbres generales.

Así es como el Código Napoleón (art. 904), manteniendo las donaciones hechas en ocasión de su matrimonio, aún para menores, autorizó para testar a todos los que hubieran cumplido 16 años, si bien limitando la facultad para disponer de lo que estaba consentido siendo mayores de edad.

Dispone la ley francesa: "Si tiene herederos reservatarios el menor puede disponer de la mitad de su cuota disponible. Si no los tiene, de la mitad de su fortuna."(5)(7)

Los precedentes romanos pasaron a la legislación española, que subsistió en la Argentina hasta la sanción del Código Civil.

La ley española negaba la capacidad para disponer por testamento a los hijos que permanecieran bajo la patria potestad de sus padres, aunque

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establecía una excepción al "caballero o home letrado" que quisiera disponer de bienes que hubieran constituido peculium castrense. Y agregaba, "otro sí decimos que el mozo que es menor de 14 años et la moza que es menor de 12 años, magüer non sean en poder de su padre nin de su abuelo, non pueden facer testamento, et esto es porque los que son desta edat non han entendimiento cumplido"(6)(8).

Esta ley hacía coincidir la aptitud para testar con la necesaria para contraer matrimonio.

A semejanza del Código Francés, otros habían reconocido la aptitud para testar desde un límite inferior al de la mayoría de edad, pero con una valla respecto del volumen de las disposiciones.

Así, el Código Alemán de 1900, par. 2229, ha reconocido la aptitud para testar a los individuos que hayan cumplido - sin distinción de sexo - 16 años, mantenida por la ley de sucesiones del año 1928, pero el menor sólo puede disponer ante un juez o un notario; el suizo de 1907, art. 467 y el prusiano - que prohíbe el testamento ológrafo hasta la mayoría de edad (parte 1ª, tít. 12, arts. 17 - 19) - que permiten testar a quienes hayan cumplido 18 años; el brasileño de 1917, art. 1627, inc. 1, a quienes tengan 16 años cumplidos; el panameño de 1917, art. 695 confirmado en parte por la ley 43 de 1925, a quienes hayan cumplido 12; el venezolano, art. 837, inc. 1; el federal mexicano, art. 1306, inc. 1; el holandés, art. 944, a los 16 años; el de Nápoles, art. 820 y el de Luisiana, art. 1464, sin limitación de edad; el de Vaud, art. 562, a los 17 años, sin limitación; el de Austria, art. 569, sin limitación; el chileno, art. 1005, inc. 2; el uruguayo, art. 831, inc. 1; el boliviano, art. 459; el colombiano, art. 1061; el español, art. 663, con la limitación de prohibir el testamento ológrafo, a los menores de edad(7)(9).

En el Código soviético, el reconocimiento de la capacidad general, para obrar, de todo individuo que haya cumplido 18 años, ha eliminado la divergencia sobre la aptitud de los menores para testar(8)(10).

III. TESIS DOMINANTE EN LA MATERIA

El testamento, según opinión generalizada, exige un mayor grado de razón que los actos entre vivos.

Ese criterio tradicional ha sido mantenido por nuestro codificador, al exigir una perfecta razón, no así en lo que hace a la edad, sin un fundamento especial, según Lafaille(9)(11).

Para Fassi(10)(12), parece contradictorio que se otorgue la facultad de testar al menor de edad que está sometido a una incapacidad relativa.

Por lo que no es extraño que la habilidad para testar provoque controversias y críticas(11)(13) por carecer de sólida fundamentación, respondiendo a un tradicionalismo anterior a la generalización de los códigos sobre los actos jurídicos. Parecería que los actos de esta índole exigieran menos reflexión que los otros, lo que no es exacto.

A pesar de ello casi todos los códigos, incluso los más modernos, sin coincidir con la solución, admiten la facultad de testar al incapaz por su minoridad desde determinada edad, como surge de la nómina señalada en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el capítulo anterior.

Vélez Sársfield se ha mantenido en esto fiel a la tradición jurídica del derecho romano, en el que como hemos expresado, los menores adultos o los que hubieran cumplido 18 años, según las épocas, podían testar(12)(14).

Solamente después de haberse cumplido la tarea de coordinar los actos entre vivos con las disposiciones de última voluntad, conducentes a una profundización de la técnica jurídica, es que se han puesto de manifiesto las discrepancias.

No es por puro tradicionalismo que se ha acortado la inhabilidad; ello obedece a que el testamento es un acto personalísimo y, por tanto, privar al menor de su ejercicio, importa privarlo del derecho mismo.

Además, el menor que ha llegado a los 18 años, tiene desarrollados sus afectos y está en condiciones para querer favorecer a determinadas personas o destinar sus bienes a determinados fines.

El derecho a disponer de los bienes por testamento, está limitado tanto al menor como al mayor de edad, por la concurrencia de herederos forzosos, que es cuando una decisión equivocada resultaría más grave como dice Fassi y demás autores por él citados(13)(15).

Sostienen algunos autores que no es razonable la disposición legal que establece, para testar, una capacidad inferior a la ordinaria para disponer de los bienes. Se basan en que se trata de uno de los actos más serios de la vida y que, por tanto, requiere la plenitud de las facultades, a fin de no ser influenciado por pasiones del momento. Y por consiguiente que debe mantenerse el principio sencillo y armónico de que para poder disponer por testamento, es necesario tener la capacidad general (por la ley 17711, 21 años).

Prayones(14)(16) que encuentra justa la observación, dice: "El testamento es, en efecto, uno de los actos más serios y que mayor reposo requieren para efectuarlo." Sin embargo, sostiene, los inconvenientes que se han señalado al límite indicado - 18 años -, se encuentran muy atemperados por nuestro sistema sucesorio.

No existe en nuestra ley la libertad absoluta de testar. Si hay descendientes, ascendientes o cónyuge, la ley dispone motu proprio de una parte de los bienes a favor de éstos. No existe, pues, peligro de que la inexperiencia del menor de 18 años pueda perturbar el orden social. De ahí que no se haya sentido la necesidad de modificar la disposición legal. Las soluciones que dan Bibiloni(15)(17) en su anteproyecto y la Comisión de Reformas de 1936(16)(18), concuerdan con esta apreciación.

Dispone Bibiloni: "art. 4: No pueden testar los que no hayan cumplido 18 años" manteniendo la incapacidad antes de esa edad y agrega: "Tampoco lo pueden los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito", modificando el art. 3617, porque una cosa es no saber leer y escribir y otra "darse a entender por escrito".

Por su parte, la Comisión de Reformas. dice: "Disponemos que la capacidad de hecho, como la de derecho, deben concurrir a la fecha de testar, aunque se pierda luego la primera; no así la segunda que deberá

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

existir en el momento de la muerte.

'La capacidad de hecho se juzgará por la ley del domicilio del otorgante al tiempo del acto; la de derecho, el contenido, la validez o invalidez del testamento, por la misma ley con relación al día del deceso.

"Los arts... 3614... se reproducen, ordenados y corregidos convenientemente.

"Art. 2018: Para testar es menester que el otorgante goce de sus facultades mentales al realizar el acto. No podrán hacerlo quienes no hubieren cumplido 18 años...

"Cualquier alteración sobreviniente en la incapacidad de hecho, no afectará la validez del acto, pero la de derecho deberá también existir al momento del deceso."

IV. LEGISLACIÓN ARGENTINA RELATIVA AL TEMA

El Código Civil Argentino establece un principio general en materia de testamentos, en el art. 3606: "Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, con arreglo a las disposiciones de este Código."

La norma, como dice Lafaille(17)(19), no es del todo correcta porque ciertas personas, no obstante llenar el extremo de tener capacidad, de tener voluntad y de expresarla, sin embargo, no tienen capacidad para hacer testamento.

Tal sucede con las personas de existencia ideal, antes clasificadas como personas jurídicas de existencia necesaria o de existencia posible y por la reforma introducida por la ley 17711, como personas jurídicas de carácter público o privado (art. 33, Cód. Civil).

Estas entidades, a su disolución, podrán disponer de sus bienes de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, pero no podrán hacerlo por testamento.

El principio general es que todos pueden testar.

Si el derecho de testar es una consecuencia del derecho de propiedad, se deduce que todos los que pueden ser propietarios, también pueden hacer testamento, salvo los casos en que la ley lo prohíbe terminantemente, como sostiene Prayones(18)(20). Con arreglo al art. 3606, como consecuencia del expresado principio general, todas las personas pueden testar bajo el título de institución de herederos o bajo el título de legados, o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad.

Pero la misma ley establece casos de excepción en que no se tiene capacidad para testar, y a tal fin fija taxativamente tales casos. No existe posibilidad de formular interpretaciones analógicas. Únicamente están imposibilitadas de testar las personas determinadas por la ley. Para calificar la capacidad de testar debe atenderse solamente el tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte al instante de la muerte (art. 3613, Cód. Civil)(19)(21). Así lo ha interpretado también la Comisión de Reformas(19bis)(22).

La capacidad para testar se adquiere a los 18 años cumplidos, sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distinción de sexo, como lo dispone el art. 3614: "No pueden testar los menores de 18 años de uno u otro sexo."

Alcanzada esa edad, como dice Fornieles(20)(23), la ley no reconoce otras incapacidades que las derivadas de las condiciones mentales de agente (arts. 3615 y 3616), o las que se aplican a los sordomudos que no sepan leer ni escribir, en una palabra, darse a entender por escrito (arts. 3617 y 54, inc. 4).

El testamento es un acto personalísimo, y así lo establece expresamente el art. 3619: "Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero."

Pensamiento ratificado por la nota: "Revocamos por este artículo todas las Leyes Recopiladas que disponen sobre el poder para testar, y el modo de ejercerlo por el comisario."

Y por el art. 1890: "El mandato no da representación ni se extiende a las disposiciones de última voluntad..."

El codificador, como afirma Prayones(21)(24), ha derogado el antiguo testamento llamado de "comisarios", por el que se investía a una persona de ciertos poderes para distribuir los bienes.

"Era todo un recurso inútil, porque si había de nombrarse un comisario para que después hiciese lo que el testador le prescribía, más sencillo era que éste testase directamente."

La ley considera que el menor de edad no tiene el discernimiento necesario para regirse en los actos de la vida civil, y, al efecto, establece su incapacidad general. Pero al determinar la incapacidad para hacer testamento, no habla del menor de edad, sino que expresamente se refiere al menor de 18 años.

El codificador argentino se ha inspirado para esto en el antiguo Código Prusiano, que confería facultad para testar a partir de los 18 años, coincidentemente con el Código Civil italiano de 1865, art. 763, inc. 1), solución reproducida en el Código Italiano de 1942, art. 591, inc. 1, y en el suizo, art. 467, además de los que hemos citado en el capítulo precedente. La capacidad es norma genérica en las personas, por lo que el art. 3614 equivale a decir que pueden testar los que ya son mayores de 18 años. Y como la ley no dispone limitaciones, significa que pueden hacerlo en cualquiera de las formas admitidas en nuestro derecho. Salvo prueba en contrario, se reputa que el testamento ológrafo fue hecho cumplidos los 18 años, si así resulta de su fecha y el testador fallece habiendo alcanzado esa edad. Si ha sido redactado en varias fechas, valdrá íntegramente si lo concluye cuando lo termine cumplidos los 18 años.

Igualmente el testamento cerrado firmado por un menor de 18 años, valdrá si fue cerrado y se labró el acta por el escribano, cuando tenía cumplidos los 18 años, dice Fassi(22)(25).

Para Segovia(23)(26), la ley quita el derecho de testar al menor de 18 años y se lo acuerda pleno y perfecto al mayor de esa edad.

Lo que importa una incapacidad de derecho para el adulto menor de 18 años y una capacidad de derecho, en el mayor de esa edad y menor de 22

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

años, ahora 21 años, que coexiste en ambos casos con la incapacidad relativa de hecho.

De acuerdo con el art. 3611, la ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer el testamento, es lo que decide su capacidad o incapacidad para testar.

Como lo señala Machado(24)(27), es necesario no confundir la capacidad de hecho con la de derecho.

En este caso, cuando la ley dice: el menor de 18 años no puede testar, equivale a decir, el menor de esa edad es incapaz de realizar el acto; es, pues, a la acción, al hecho que se impone la incapacidad.

La capacidad de derecho se refiere a la facultad que nace del hecho autorizado para realizarlo, así, a modo de ejemplo, el que puede hacer testamento sólo está autorizado a disponer de tal cantidad de sus bienes, según sea la clase de herederos que dejase.

En los contratos, la incapacidad puede ser absoluta o relativa. La incapacidad relativa depende del cumplimiento de ciertas formalidades que deben llenarse para que el acto tenga validez, pero, reconociendo la existencia del consentimiento. Por el contrario, en la incapacidad absoluta falta ese consentimiento, que es la base del contrato, sin el cual no puede existir.

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

Un contrato hecho por un menor púber, sin la intervención de su representante necesario, puede confirmarse. Mientras que el testamento hecho por un menor de 18 años es absolutamente nulo, aunque el testador fallezca a la mayor edad.

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

Cuando la ley prohíbe al menor de 18 años el hacer testamento, no crea una incapacidad de derecho, porque no limita una facultad concedida con anterioridad, determina la capacidad de hecho para obrar, que está en sus manos fijar; y así como ha dicho: el menor de 10 años no puede consentir, también dice: el menor de 18 años no puede transmitir sus bienes por testamento, es incapaz para hacerlo.

Cumplidos los 18 años, su libertad de disponer es absoluta, sujetándose a las leyes que determinan la capacidad de derecho y que rijan en el momento de su fallecimiento (arts. 54, 3606 y 3614).

Tal es la orientación que surge del Código Civil Argentino, al reconocer la aptitud para testar a todo individuo que haya cumplido 18 años, sin subordinarlo al régimen de la patria potestad (art. 286), ni restringirla del punto de vista del volumen de los bienes, como dicen Rébora(25)(28) y Salvat(26)(29).

Como sostiene Llerena(27)(30), pasada la edad de 18 años, aunque no haya llegado a la mayor edad, la capacidad de testar es absoluta y no necesita el testador asistencia ni consentimiento de los tutores o de sus padres para hacer el testamento (art. 286) que dispone: "No es precisa la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autorización del padre... ni para las disposiciones de última voluntad ni cuando reconociere sus hijos naturales", ahora extramatrimoniales.

Respecto del reconocimiento de los hijos extramatrimoniales, Machado(28)(31) es partidario de restringir el derecho de hacerlo antes de los 18 años, pues si se admitiera la teoría contraria, se llegaría a permitir el reconocimiento a los 14 años, suponiendo una capacidad física anterior para generar, que la ley ha desconocido, pues no les permite casarse sino después de esa edad.

Si la ley no les permite disponer de sus bienes por testamento sino a los 18 años, quiere decir que antes de esa edad no pueden nombrar herederos, y esa disposición sería destruida en parte, si se les permitiera reconocer hijos naturales (extramatrimoniales), pues entonces designarían los herederos que les han de suceder.

Es de señalar que la ley 14394, art. 14(29)(32), ha fijado la edad para contraer matrimonio en 14 años para la mujer y 16 para el hombre y que el decreto - ley 8204/63 (ley 18327)(30)(33) en su art. 41, ha fijado la edad mínima para reconocer hijos a los que a la fecha del nacimiento de quien se ha de reconocer no hubieren tenido la edad requerida para contraer matrimonio, salvo que la mujer demuestre haber dado a luz con anterioridad y el varón cuando sea autorizado judicialmente.

En cuanto a la mujer casada mayor de 18 años, no necesitaba autorización del marido para hacer su testamento o revocar el que hubiere hecho, por la ley 2393 (Cód. Civil, art. 57) ni por la ley de derechos civiles de la mujer (ley 11357, arts. 1° y 7°) y menos después de la ley 17711, que en su art. 1° ha acordado plena capacidad civil a la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado.

V. LA CAPACIDAD PARA TESTAR Y LA EMANCIPACIÓN

Surge aquí la cuestión de la capacidad o incapacidad de los menores emancipados o sea de aquellos menores cuyo status ha sido modificado por el matrimonio, art. 128, Cód. Civil y art. 131, Cód. Civil, los cuales los habilitan para todos los actos de la vida civil aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan o no hijos (art. 133, Cód. Civil), salvo lo dispuesto en el Cód. Civil, arts. 134 y 135. Pero la habilitación para todos los actos de la vida civil tiene un límite en aquellos que están regidos por normas especiales, como ocurre con el testamento (art. 3614).

La solución que admitiría la aptitud del menor emancipado, antes de haber cumplido 18 años, para otorgar testamento, fundada en el argumento que contempla la posibilidad de la paternidad, como sostiene Rébora(31)(34), no es decisiva, porque igualmente podría ser padre un menor fuera de matrimonio, y no habría cómo justificar que la paternidad autorizara el testamento en un caso y lo negara en el otro.

En los sistemas positivos en los que la habilidad para contraer matrimonio se alcanza con anterioridad a la edad en que se puede testar, se ha planteado la cuestión si la emancipación que origina el matrimonio anticipa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la edad para disponer por testamento. La respuesta predominante sostiene que la capacidad de testar es independiente de la que el menor adquiere al casarse, por su emancipación(32)(35).

En nuestro derecho surge el mismo problema. El art. 133, Cód. Civil, establece: "La emancipación por matrimonio es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil...".

El precepto en su primera parte sienta un principio clarísimo: La capacidad es la regla y sólo cede ante expresas excepciones.

Prosigue: "...salvo lo dispuesto en los arts. 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan o no hijos."

Estos artículos contienen excepciones expresas, en las que no se menciona la capacidad para testar, porque ésta está expresamente contemplada por el art. 3614.

Como hemos visto, dicho artículo prohíbe testar a todo menor de 18 años, sin distinción entre emancipados y no emancipados, y debe ser aplicado tal cual lo redactó Vélez Sársfield.

Sólo por una omisión el art. 133 no alude a los emancipados por habilitación de edad, que contempla el art. 131, pero es indudable que la situación es la misma, como sostiene Bustamante Alsina(33)(36), para quien los efectos de la emancipación voluntaria no pueden ser distintos, sobre todo si la ley no los ha regulado separadamente y, además, el art. 128 hace cesar la incapacidad de los menores por emancipación antes de que fueren mayores sin distingo alguno, según Rébora(34)(37) y Borda(35)(38).

En conclusión, como resolvió la Cám. Civ. 1ª Cap., con el voto del Dr. Barraquero(36)(39), la integridad de esta capacidad civil - la de testar - exige, aparte de la edad de 18 años como mínimo (art. 3614), tres condiciones esenciales: la capacidad mental (arts. 3615 y 3616); las cualidades físicas e intelectuales requeridas por las formas de los testamentos (art. 3624), y la facultad de determinarse - intención y libertad - (arts. 922 y 3619).

VI. LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA MENOR DE EDAD

Existen regímenes especiales dentro de cuyas disposiciones se niega, por ejemplo, que la menor de edad casada pueda otorgar testamento si no ha cumplido 18 años.

En nuestro derecho, la ley 11357 de derechos civiles de la mujer, en su art. 7º, no ha derogado ese concepto, dice: "La mujer casada menor de edad tiene los mismos derechos civiles que la mujer casada mayor de edad, con la salvedad de que para hacer actos de disposición de sus bienes, necesita la venia del marido, cuando éste sea mayor de edad. Cuando el marido fuere menor de edad o se negare a acordar su venia, la mujer necesitará la correspondiente autorización judicial."

La misma ley, art. 1º, acordaba a la mujer casada (soltera, divorciada o viuda) la capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre mayor de edad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero, la restricción del art. 7°, transcrito, creaba una nueva dificultad. Un texto tan proclive a soluciones absurdas, que no figuraba en el despacho de la Comisión Parlamentaria Especial, fue introducido en el curso de un debate confuso, según Fassi(37)(40).

Ese texto tuvo la apariencia de darle a la mujer casada menor de edad una situación jurídica mucho más favorable que la que confiere la emancipación al varón casado menor de edad.

Sólo puede interpretarse como una equiparación de todas las mujeres casadas, respecto de la administración de sus bienes, la libre disposición de sus salarios, la posibilidad de obligarse en los actos normales de la vida cotidiana. Pero, nunca que la haya capacitado para disponer de sus bienes por actos entre vivos, sin la venia de su marido o del juez. Tampoco que la haya capacitado para disponer de sus bienes después de su muerte, antes de cumplidos los 18 años, porque este asunto no fue parte del debate legislativo. Además, porque el art. 7°, ley 11357, no modificó la norma del art. 3614(38)(41).

Finalmente, la ley 17711 de reforma al Código Civil, al derogar ese art. 7° ha suprimido la norma que atribuía aparentemente esa desconcertante capacidad a la mujer casada menor de edad, para poder testar antes del plazo fijado por el art. 3614.

La modificación introducida al art. 1° de la ley 11357, por la reforma del código, determina:

"Art. 1°: La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil." Por consiguiente, la plena capacidad civil que se atribuye a la mujer no es otra que la que goza el hombre. Si el hombre no puede testar antes de haber cumplido los 18 años, la mujer tampoco puede hacerlo. Por otra parte, el art. 3614, dice expresamente: "de uno u otro sexo". Luego, en nuestro derecho, están disipadas todas las dudas.

VII. MODO DE CONTAR LA FECHA. INSTANTE EN QUE COMIENZA

La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre el momento en que se adquiere la capacidad para testar: si es un momento o sobre un día.

Entre los autores italianos, Cicu(39)(42) entiende que debe haber transcurrido íntegramente el día del cumpleaños.

En contra, Gangi(40)(43) dice que el plazo debe contarse hora por hora. Según el primero, una persona nacida el 1°/1/940 a las 8 horas, tendría facultad para testar recién a partir de la medianoche del 1°/1/958; para el segundo, podría hacerlo válidamente desde las 8 horas del 1°/1/958.

Como explica Puig Peña(41)(44), la misma controversia se suscita en la doctrina española.

Para Fassi(42)(45), idéntica cuestión se plantea en el derecho argentino, que al prohibir testar a los menores de 18 años, confiere capacidad cuando se ha cumplido esa edad. Por cuanto debe establecerse cuándo vence el plazo durante el cual no se alcanza la edad de 18 años. Si nos detenemos en el hecho del nacimiento, habría que considerar cumplidos los 18 años a la hora del nacimiento del 18 aniversario. Es decir, si una persona nació el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1°/1/940, a las 9 horas, habría cumplido sus 18 años de edad a las 9 horas del día 1°/1/958. Pero ese no es el sentido generalizado del cumpleaños, que se ubica y celebra el 1°/1/958, sin atender a la hora del nacimiento, que por lo común se ha olvidado y no se pone empeño en averiguarlo.

Esta es la razón que indudablemente ha movido al codificador para establecer en el art. 128: "Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren 21 años."

Es decir, que la incapacidad no cesa en la hora del nacimiento, sino desde el comienzo del día en que se cumplen los 21 años.

Así, una persona nacida el 1°/1/940 sería menor hasta el 31/12/ 961, a la medianoche, y mayor desde el 1°/1/962 a la 0 hora, según Salvat(43)(46) y Busso(44)(47), Orgaz(45)(48) y Borda(46)(49).

Para Busso, el día entero dentro del cual se cumplen los 21 años, es el primero de la mayoría de edad, es decir, que la minoridad cesa a las 24 horas del día anterior. Según Salvat, éste es el sistema de nuestro Código y que impera también en el derecho inglés, donde ha sido criticado(47)(50). Por tanto, no se toma en consideración la hora en que ha comenzado la vida de la persona.

No sucede lo mismo en otras legislaciones. La tesis de Busso, Orgaz y Fassi, se ajusta a la opinión compartida por la generalidad de las personas, que entienden cumplir sus años en el aniversario del día en que nacieron, con total prescindencia de la hora.

Ese pensamiento contraría lo dispuesto en el art. 27, Cód.. Civil, según el cual: "Todos los plazos serán continuos y completos, debiendo terminar en la media noche del último día."

El problema consiste en saber si la disposición del art. 128 sólo rige para la adquisición de la capacidad por mayoría de edad, y no rige en todo otro supuesto de adquisición de capacidad, en que se debería retornar a la regla del art. 27, por cuanto según establece el art. 29, las disposiciones de los artículos anteriores tratadas en el mismo Título II relativo a "los modos de contar los intervalos de derecho" serán aplicables a todos los plazos señalados por las leyes.

Orgaz sostiene que el art. 128 es una regla aplicable no sólo con respecto a la adultez sino también a las edades especiales establecidas por la ley para actos determinados(48)(51).

Amplitud analógica que no acoge Borda(49)(52), de manera más explícita que la predominante en la doctrina nacional, que se refiere a la necesidad de haber cumplido los 18 años. En realidad el problema que se plantea es determinar cuándo se ha cumplido esa edad(50)(53). Para dilucidar el problema, a nuestro modo de pensar, en este caso particular que tratamos, debe considerarse que la redacción dada por el codificador al art. 3614 es distinta de la del mentado art. 128.

El art. 128 menciona: "el día en que cumplieren 21 años", mientras que el art. 3614, dice: "no pueden testar los menores de 18 años".

Para establecer cuándo los menores tienen 18 años, no debe considerarse la hora en que se ha producido el hecho físico del nacimiento ni el sentido generalizado del cumpleaños, sino que debe recurrirse a los preceptos que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

determinan la manera de contar los plazos en nuestro derecho.

Al respecto los arts. 24 y 27 establecen: El día es el intervalo que corre entre medianoche y medianoche. Los plazos de días no se cuentan de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha. Todos los plazos serán continuos y completos, debiendo siempre terminar en la medianoche del último día.

Concepto especificado por el legislador, al decir en el precepto: "y así, los actos que deben ejecutarse en o dentro de cierto plazo, valen si se ejecutan antes de la medianoche en que termina el último día del plazo".

Por lo que por la redacción del art. 3614, el día en que se cumple el aniversario del nacimiento, el menor tiene 18 años y adquiere la capacidad a la medianoche, para testar, como sostiene Cicu.

Respecto de la costumbre o concepto generalizado "que el cumpleaños se cumple el día aniversario del nacimiento", no debe olvidarse que en nuestro derecho el art. 17, Cód. Civil, antes y después de la reforma de la ley 17711, preceptúa concretamente que "los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos", con el actual agregado: "o en situaciones no regladas legalmente".

Por lo que esa costumbre generalizada, en nuestro criterio, no puede alterar el precepto concluyente del art. 24: "los plazos no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la medianoche en que termina el día de su fecha."

No pensamos como Llambías(51)(54), cuando sostiene que "no es posible aceptar la ficción de un imperio de la ley que, de hecho, no rige cuando los individuos sujetos a su obediencia no se sienten obligados en conciencia a respetarla".

"No es posible desconocer mediante una teórica proclamación de la carencia de virtualidad normativa de la costumbre, lo que sería puramente nominal, y resultaría desconocido por la vida del derecho."

Afirmamos que los individuos están obligados a respetar las normas impuestas por las leyes y éstas sólo no pueden ser derogadas, en todo o en parte, sino por otras leyes, como establecía la primera parte del art. 17 Cód. Civil, hoy suprimida.

Los individuos siempre tienen la posibilidad de reglar la ley acomodándola a la costumbre mediante la pertinente reforma legislativa.

Mientras esto no ocurra, están obligados a respetarla y cumplirla tal cual es.

VIII. APRECIACIÓN DE UNA SUGERENCIA PRESENTADA A LA VII JORNADA NOTARIAL DE ENTRE RÍOS

Fundado en que los tratadistas no han realizado un estudio profundo del art. 3614, Cód. Civil, ante normas como las de los arts. 55, 286, 131, 134, 135, 921, 3606 y la nota del art. 3614, que permitirían testar a los menores que no tuvieran 18 años cumplidos, Miranda(52)(55) sostiene que es posible hacerlo.

Ninguna de las mencionadas disposiciones ha derogado la específica que en materia de testamentos señala el art. 3614.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si repasamos el derecho antiguo - mencionado en los primeros capítulos - vemos que, antes de la reforma de la ley 17711, existían en el derecho comparado disposiciones más liberales que las establecidas en nuestra ley, las que se han pronunciado por el nuevo derecho que se invoca.

La tesis que sustenta es peligrosa y suficiente para desechar los argumentos vertidos.

El mismo autor reconoce que si un notario instrumentara el testamento de un menor de 15 años, se expondría a su impugnación judicial, y que de prosperar ésta, se volvería a una situación igual a la que ocurriría si tal menor no hubiera testado.

Lo real es que el vigente art. 3614, mientras no sea modificado, es la ley vigente a la que los notarios deben ajustar su actuación.

Para los partidarios del nuevo derecho, queda siempre la posibilidad de que el legislador sancione la modificación del actual precepto.

EFFECTOS DE LA CADUCIDAD DE LOS PODERES IRREVOCABLES(*)(56)

NORBERTO GARCÍA

El tema I: "Efectos de la caducidad de los poderes irrevocables" entendemos que en realidad está referido a la problemática de si vencido el plazo establecido, el poder sigue vigente o no, en consideración a que el plazo se establecería sólo para la irrevocabilidad.

Esta situación está contemplada en el art. 1977 del Cód. Civil que establece que a los efectos de la irrevocabilidad, el mandato, además de cumplir determinadas condiciones que ahora no están en estudio, debe estar limitado en el tiempo.

Esta limitación en el tiempo, aclaramos, puede ser determinada o determinable y puede surgir del contrato que dio origen a la escritura de apoderamiento o puede surgir de esta escritura.

En nuestra actuación profesional encontramos que las escrituras de apoderamiento, en las que el poderdante otorga poder especial irrevocable, en los términos del art. 1977 del Cód. Civil, son redactadas de dos formas distintas, con relación a la limitación en el tiempo.

En un primer caso se otorga poder especial irrevocable por tres años, por ejemplo. En un segundo caso se otorga poder especial con cláusula de irrevocabilidad limitada en el tiempo, utilizándose para ello distintas redacciones y puntuación; por ejemplo: se otorga poder especial, irrevocable por tres años; o se otorga poder especial, que es irrevocable por tres años, etcétera.

En un primer caso, entendemos que el poder caduca en razón de que fue otorgado en consideración al art. 1977 del Cód. Civil que establece que el mandato (y no la cláusula de irrevocabilidad) para ser irrevocable debe ser limitado en el tiempo; por lo que con esta redacción ajustada perfectamente al artículo, al cumplirse el plazo y de acuerdo con el art. 1960 del Cód. Civil, el mandato caduca.

No cabe en este caso suponer que el mandante pretendió otorgar un poder que siguiera vigente, pues expresamente dictó lo contrario.