

SUCESIÓN: TESTAMENTO: NATURALEZA; CARÁCTER FORMAL; TESTAMENTO OTORGADO POR ACTO PÚBLICO; ACTUACIÓN DEL NOTARIO FUERA DE SU JURISDICCIÓN; PRUEBA: TESTIGOS DEL ACTO; IMPROCEDENCIA; TESTIGOS; DEPENDIENTES, GESTORES Y DEPENDIENTES DEL GESTOR DEL NOTARIO; INHABILIDAD; NULIDAD DEL TESTAMENTO*

DOCTRINA:

- 1) *El testamento es un acto formal en el cual las imposiciones legales lo son con el rigor propio de las formas solemnes. Por lo tanto, las formalidades testamentarias no son prescriptas como pruebas, sino como una forma esencial, y la falta de una sola forma, anula el testamento.*
- 2) *Si la prueba acerca de la actuación del notario fuera de jurisdicción se limitó a la resultante de los testimonios de testigos instrumentales, el art. 992 es obstáculo legal insalvable para que*
- 3) *la nulidad del testamento extendido por acto público progrese con ese fundamento.*
- 4) *En cuanto a la comprensión de la referencia a los dependientes del escribano del art. 990 del Cód. Civil, del cual es una réplica en ese aspecto el art. 3707 del mismo cuerpo legal, se ha pensado en la existencia de un vínculo de subordinación o sujeción que ordinariamente se traduce en la prestación de servicios por un precio.*
- 5) *Si la actividad del gestor para con el escribano consistió en la*

* Publicado en *El Derecho* del 5/6/98, fallo 48.641.

prestación de servicios por un precio, este rasgo es suficiente para considerar configurada la noción de “dependencia” prevista por el art. 3707 del Cód. Civil. Ello es así, pues si lo que pretende el artículo referido es asegurar la verdadera independencia de los testigos con relación al escribano, mal la podía exhibir quien estaba vinculado habitualmente con él por la prestación onerosa de servicios, hasta por elementales razones éticas.

- 5) *La falta de idoneidad de uno solo de los testigos implica el incumplimiento del art. 3654 del Cód. Civil. Ello así, sin que deba perderse de vista que los otros dos testigos eran parientes y dependientes del testigo aludido, quien era gestor de la escribanía a cargo del notario que intervino en el testamento y en la que trabajaba la demandada beneficiaria de los testamentos impugnados.*
- 6) *En consonancia con el rigor de los aspectos formales en materia testamentaria, en caso de duda sobre la observancia de alguna formalidad, el intérprete debe inclinarse por entenderla insatisfecha, bien que la facultad judicial al respecto deba ejercitarse “con mucha mesura”.*
- 7) *Corresponde declarar la nulidad de los dos testamentos impugnados, no sólo porque la solución seguida con fundamento en la inidoneidad de los testigos instrumentales ante las circunstan-*

cias del caso se presenta como una recta captación de la ley, sino porque, además, en el marco de la verdad real, no debe olvidarse que el impedimento del art. 992 del Cód. Civil fue el factor que obstó a que lisa y llanamente se concluyera que en los testamentos se violentó el art. 980 del cuerpo legal citado.

- 8) *La deposición de los testigos del testamento, fuera de los casos de la alegación del dolo o la violencia, tiene plena relevancia para todo aquello que no sea contradecir, variar ni alterar el contenido del instrumento público (del dictamen del Fiscal ante la Cámara).*
- 9) *En lo relativo al discernimiento del testador, el Código Civil remite al análisis del caso concreto, como cuestión de hecho, y a la formación del recto criterio judicial en la definición de la nulidad o no del acto de última voluntad (del dictamen del Fiscal ante la Cámara).*
- 10) *Si el inhabilitado del art. 152 bis del Cód. Civil puede testar, lejos estamos de poder considerar de manera apolínea las nociones de perfecta razón, sano juicio y completa razón de los arts. 3615 y 3616 del Cód. Civil (del dictamen del Fiscal ante la Cámara). M.M.F.L.*

Cámara Nacional Civil, Sala C, 4 de noviembre de 1997. Autos: “Folignoli, Gabriele c. La Falce, Josefina Adela s/nulidad de testamento.”

Dictamen del Fiscal ante la Cámara. - I. Vienen estos autos a consideración del Tribunal de V. E. a consecuencia de los recursos de apelación deducidos por

la parte demandada a fs. 589 y a fs. 592, por la actora, contra la sentencia de fs. 583 y sigtes., que con fecha 28 de agosto de 1996 rechazara la demanda. Los remedios procesales fueron concedidos a fs. 599 y a fs. 603.

Dichos recursos de apelación han sido mantenidos en esta instancia, mediante las piezas de fs. 608 y sigtes. -replicada a fs. 629 y sigtes.- y de fs. 618 y sigtes., replicada a fs. 638 y sigtes.

A fs. 646 vta. el Tribunal de V. E. ha decidido dar vista de las actuaciones a este Ministerio Público Fiscal.

II. De manera liminar, he de señalar que, en función de lo dispuesto por el art. 253, párr. 1º del Cód. Procesal, la consideración de los agravios por vía de la apelación excluye se decrete la nulidad articulada.

También, de manera proemial, señalaré que ajustaré mi dictamen a la consideración exclusiva de los temas que la ley pone al cuidado de esta oficina (arts. 117, incs. 4º y 6º; 117, e inc. 1º del art. 120, ley 1893 y art. 120 de la Constitución Nacional). Tales temas son, en este estado del proceso, dos. El primero, relativo a la validez de los testamentos de fecha 3 de junio de 1974 -pasado ante el Registro del Esc. Armando Gallardo- que en copia luce glosado a fs. 48/9 del expediente penal anejo, y de fecha 8 de mayo de 1975 -pasado ante el mismo notario- que en primer testimonio luce glosado a fs. 2/4 del expediente sucesorio de Don Ernesto Leggerini, que también tengo a la vista.

El primer plexo argumental que se trae a consideración del Tribunal, gira en torno a lo que podríamos llamar deficiencias extrínsecas de dichos instrumentos públicos. El segundo tipo de objeciones que se han traído a consideración del Pretorio, versan sobre la eventual falta de adecuado discernimiento por parte del testador, que habría estado afectado de diversas carencias, anejas a su senectud.

El señor juez de la anterior instancia encontró admisible el grado de discernimiento con el cual actuó el testador, pero decretó la nulidad de los testamentos, por haber actuado el notario interviniente fuera de su jurisdicción. Pues entendió demostrado que los testamentos fueron otorgados en esta Ciudad Capital, teniendo su registro notarial, el escribano Gallardo, en la Ciudad de La Plata. Lo que implicó la subsunción del tema bajo la hipótesis prevista en el art. 980 del Cód. Civil.

III. He de adelantar que comparto las conclusiones a las que ha llegado el señor juez de grado en su cuidada sentencia. Pero, parcialmente y con distintos fundamentos.

Es necesario advertir que el argumento considerado por el sentenciante en lo que toca a los testamentos, se ve enervado por la disposición contenida en el art. 992 del Cód. Civil. Dice a este respecto el Dr. Llabrás (*Tratado de derecho civil, Parte general*, N° 1673) que “una garantía de la fe que se ha querido asignar al instrumento público, consiste en el impedimento puesto por la ley para que los testigos y el oficial público puedan contradecir las constancias del documento si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia...La razón de la ley es clara. Ella no admite la deposición del oficial público o los testigos contra el instrumento, porque si se admitiera la posibilidad de hacer-

lo no habría derecho alguno seguro constituido por instrumento público y porque además no se sabría cuándo hablaban aquéllos la verdad: si cuando bajo su firma asentaron lo que consta en el acto, o cuando ante el juez declararon que aquello no era cierto...”. En el mismo sentido, véase ED, 109-278, fallo de la Cámara 1a. Civil y Comercial de Bahía Blanca, en fallo del 22 de setiembre de 1983 *in re* “Miguel, Horacio E. y otro c. Romero Tanera, Diana”.

Los argumentos que se traen a la especie para poner de relieve que los dichos de los testigos han sido introducidos por vía de prueba documental y no testimonial, son especiosos. A poco que se repare que lo actuado en sede policial no ha sido sino la instrucción de un proceso penal de acuerdo con el proceso provincial que, en ese momento, preveía la instrucción policial, donde los dichos de esos testigos no tienen otra entidad que la dicha. Es decir, que la declaración testimonial hecha en sede policial es declaración, tiene relevancia procesal y no es otra cosa que una declaración testimonial, pues no muda a esta especie de prueba, la circunstancia de que los dichos de los deponentes sean traídos al proceso, por otra vía instrumental que la indicada.

No obstante, debe repararse que los dichos de los testigos del proceso, que a su vez lo han sido de los testamentos, no pueden nulificarse *in totum*, porque sus exposiciones pueden tener otra virtualidad que contradecir, variar o alterar el contenido del instrumento.

Es más, la deposición de los testigos del testamento, fuera de los casos de la alegación del dolo o la violencia, es mi parecer que tienen *plena relevancia para todo aquello que no sea contradecir*, “*variar ni alterar el contenido del instrumento público*” (art. 992, Cód. Civil). Con lo cual no dejo de considerar el carácter opinativo de mi conclusión.

IV. Lo dicho implica que el análisis de la validez de cada uno de los testamentos, se debe hacer a partir del criterio antedicho. Así, nos encontramos ante el testamento del 3 de junio de 1974, pasado ante el notario Gallardo en el cual han actuado como testigos Doña Orfilia Aguirre de Rivelli, Doña Isabel Graciela Blanco y Don Rosendo Guillermo Iglesias. Y este testamento es nulo por carecer dichos testigos de adecuada idoneidad.

En efecto, debe repararse que la forma instrumental en el caso de los testamentos realizados mediante acto público (arts. 3622 y 3651 y sigtes., Cód. Civil) reviste carácter visceral -al decir de Spota-. Como V.E. lo ha dicho *in re* “Harrette, Horacio J. y otra c. El Trust Viviendas, S.A. de ahorro y préstamo para la vivienda” del 17 de setiembre de 1986 (ED, 126-174) a propósito de la escritura pública en la constitución del dominio, existen las llamadas formas solemnes absolutas y las relativas: o las antiguas *ad probationem* y *ad solemnitatem*. Y el Dr. Alterini, en sus precisiones, analiza -si bien en punto a la temática del contrato- estas alternativas de nulidad en orden a lo dispuesto por los arts. 1183, 976, 977, 1140 del Cód. Civil.

Las claras distinciones hechas en la especie aludida por los señores magistrados que han opinado en el caso presente, permiten preguntarse si la intervención de los testigos en los testamentos realizados mediante escritura pública, revisten naturaleza de solemnidad absoluta o relativa.

Y en ese contexto, pienso que nos encontramos ante un tipo de solemnidad absoluta.

Debe advertirse que nuestro código fonal da a los potenciales testadores varias alternativas para expresar su última voluntad (art. 3622, Cód. Civil). Pero si el testador opta por una forma, debe cumplirse con la observancia de la ley (art. 3625 del mismo cuerpo legal). Y la ley (art. 3654) exige que el testamento por acto público, “debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar”.

En el caso que examinamos, los testigos no deberían tener ninguna de las inhabilidades especiales que el propio código fija en el capítulo II de la sección que analizamos (art. 3664). Pero deben carecer, también, de las inhabilidades generales, que el art. 990 del código exige para los que testifican en los instrumentos públicos.

Y aquí aparece, a mi juicio, la posibilidad de considerar las declaraciones de quienes han sido testigos en los testamentos, pues su declaración testimonial con incidencia en este proceso, del modo que se analiza, no tiene relevancia para contradecir, variar o alterar el contenido del testamento. Su declaración sólo se tiene en cuenta en cuanto viene a poner en evidencia que los testigos instrumentales se encontraban en la hipótesis de dependencia, o cuasidependencia, a que hace referencia el art. 990 del Cód. Civil.

No pueden ser testigos en los instrumentos públicos... “los dependientes del oficial público” y “los dependientes de otras oficinas que estén autorizadas para formar escrituras públicas”. Señala Llambías al comentar este texto (conf. op. et loc. cit., N° 1650) que “con esta incapacidad se quería evitar...que dos oficiales públicos con escritorios próximos se intercambiasen sus empleados para hacer constar testificaciones en verdad ficticias”.

En el primero de los testamentos que aquí consideramos son testigos, como se dijo, la Sra. Orfilia Aguirre de Rivelli, la Srta. Isabel Graciela Blanco y Sr. Rosendo Guillermo Iglesias. La primera (fs. 213 del sumario penal) ha dicho que durante 1973 y 1974 trabajaba con el escribano Gallardo. Explica que si bien no actuaba bajo relación de dependencia laboral, hacía para el notario trámites de gestoría. La misma situación tenía -dice- en 1974 la Srta. Blanco, agregando la declarante que siempre actuaba como testigo a pedido del escribano Gallardo.

El testigo Iglesias (fs. 191 y fs. 340 del sumario penal) dice que entre 1972 y 1976 trabajó como gestor para el mencionado notario, aunque sin relación de dependencia. Agrega que Aguirre y Blanco eran empleadas del escribano Gallardo.

De lo dicho aquí, considero que se sigue sin demasiada duda que, tanto la Sra. Aguirre como la Srta. Blanco, por lo menos, se encuentran incurso en la inhabilidad a la que antes nos referimos.

En lo que atañe al segundo testamento (fs. 2/4 del expediente sucesorio de Dn. Ernesto Leggerini) actúan como testigos el ya mencionado Iglesias y los Sres. Norberto José Brandolini y Hugo Daniel Falcone. De lo actuado a fs. 430 del sumario penal y a fs. 373 de estos obrados (respuestas a las preguntas 6a,

12a y 13a) surge que como el notario Gallardo necesitaba testigos con domicilio en La Plata, ya que tenía allí registro, pese a actuar en Buenos Aires, dice el testigo Falcone que su suegro, el Sr. Iglesias, para quien además trabajaba en temas de gestoría, le solicitó actuar como testigo. La misma situación es la de su primo Brandolini, que declaró a fs. 448 del sumario penal y fs. 244 de este proceso (respuestas a las preguntas 2a, 8a, 13a, 17a, 19a, 20a y 3a). Vale decir, que en el caso del segundo testamento, nos encontramos con testigos, que entre sí son familiares y dependientes de Iglesias que, a su pedido, han accedido a actuar como testigos testamentarios.

En lo que toca al testigo Iglesias (fs. 191 del sumario penal) el mismo reconoce su actuación como gestor de la escribanía Gallardo, diciendo que siempre fue testigo oficioso de lo actuado por el nombrado notario.

Si en el primer testamento, la inhabilidad de las dos testigos antes mencionadas surgía de su dependencia para con el escribano, en el caso del segundo testamento se trata directamente de varios miembros de una gestoría, que además trabajaban para el escribano, emparentados entre sí, por lo demás, que han actuado como testigos.

Pienso que es menester tener en cuenta el tipo de trabajo que realizan los gestores de esas escribanías atípicas. Estrictamente, tienen clientelas a quienes atienden en sus necesidades administrativas, por un precio. Esa relación, como así también la vinculación laboral que tienen entre sí los testigos, en mi criterio los inhabilitó para actuar como testigos testamentarios.

Lo dicho significa que en ninguno de los dos testamentos se ha dado cumplimiento a la solemnidad absoluta que consiste en la concurrencia de tres testigos sobre los que no pese ninguna inhabilidad. Ni específica ni genérica, que es lo que a mi juicio se da cita en ambos casos. No escapa a mi conocimiento la habitualidad de esta operativa, pero tal situación no es suficiente, a mi juicio, para cohonstar la violación, lisa y llana de leyes de orden público.

A la luz de los antecedentes reseñados, llego a la conclusión de que no cabe sino decretar la nulidad de ambos testamentos al haberse omitido, en los dos, la concurrencia de los testigos hábiles a que hace referencia el art. 3654 del Cód. Civil. Así lo impera el art. 1044 del mismo cuerpo legal al no tener el acto testamentario -cada uno de los que aquí se examinan- “la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental y fuesen nulos los respectivos instrumentos”.

V. En lo que atañe al discernimiento del testador, poco es lo que deberé agregar. En primer lugar, porque a tenor de lo ya expuesto, se torna abstracto el tema propuesto. En segundo lugar, porque la sentencia apelada ha dicho todo lo relevante de la doctrina y ha examinado de manera cuidada la prueba arrojada.

Sólo me he de permitir una consideración de carácter general, y de carácter subsidiario en caso de que V. E. no compartiera lo dicho en punto a la nulidad de los testamentos.

Consideración para evidenciar el sentido fundamentalmente prudencial y opinativo que, en mi criterio, tiene este tipo de cuestiones. Lo que a la postre,

coloca al juez en el grave y decisivo trance de formar su criterio en base a la sana crítica, que en definitiva no es otra cosa que la expresión prudente de su íntima convicción de conciencia.

Si se analiza fraccionadamente el texto de los arts. 3615 y 3616 del Cód. Civil pareciera que no existe duda sobre la situación intelectual que debe poseer el testador: perfecta razón, sano juicio, completa razón. De allí que, de no existir esa situación, el testamento es nulo.

Pero si se analiza la nota al art. 3615 cit. se advertirá que ya el propio legislador sostiene un neto criterio judicialista, al considerar la situación de los que llama monomaniacos. Por cierto que el codificador es tributario no sólo del saber médico de su tiempo, sino fundamentalmente, de la antropología de raíz cartesiana; pero debe advertirse que al tratar del llamado “monomaniaco” y al disputar la tesis de Troplong, al que califica de “demasiado absoluto”, su postura -de jurista prudente- da dos pistas de relevancia. Que hoy, con el avance de los saberes médicos y los que versan sobre la psique o alma humana, permiten una interpretación menos unívoca de los conceptos antes recordados.

Dice Vélez, como conclusión de sus críticas: “Los jueces pueden tener el poder de apreciación para decidir de la capacidad de disponer en que puede haberse hallado el monomaniaco...¿No sería más prudente y más jurídico resolver la cuestión como cuestión de hecho según las circunstancias, el carácter, la extensión y la intensidad más o menos grande de la monomanía del testador, como también la rectitud y buen sentido en sus disposiciones?”

Esas dos pistas llevan a una sola conclusión: la remisión al análisis del caso concreto, como cuestión de hecho y a la formación del recto criterio judicial en la definición de la nulidad, o no, del acto de última voluntad.

Y esa indeterminación normativa que advertimos se ve robustecida con la inclusión del penúltimo párrafo del art. 152 bis del Código Civil, que en la reforma de 1968 (ley 17711 [ED, 21-961]) incluyó en su inc. 2º a los disminuidos en sus facultades. Cuya inhabilitación sólo impide, que, sin la conformidad del curador, no pueden tomar actos de disposición entre vivos.

Por lo tanto, si el inhabilitado del art. 152 bis puede testar, como lo acepta la generalidad de la doctrina, lejos estamos de poder considerar de manera apolínea las nociones de perfecta razón, sano juicio y completa razón de los arts. 3615 y 3616 del Cód. Civil.

Analizadas en el contexto apuntado, tanto la declaración de los testigos Porter (fs. 391 del sumario penal), Pistani (fs. 392 de los mismos y fs. 501/3 de este juicio), Barratelli (fs. 393 del sumario penal) y Gammarino de Guerra (fs. 404 del juicio agregado), entre otros, como lo actuado por derecho propio en los tres desalojos, que también he tenido a la vista, se impone coincidir en este punto, como ya se ha dicho, con lo expresado por el señor juez *a quo*. No empece a esa conclusión la referencia a algunos achaques a los que hace referencia, incluso, el propio causante, denotando una lúcida autoconciencia crítica; o las referencias aisladas de algunos testigos a la relación existente entre la heredera y el Sr. Leggerini.

VI. De todo lo expuesto, se sigue que en mi criterio son nulos los dos testamentos impugnados por deficiencia de la forma esencial. No obstante, en subsidio, dejo expresada mi convicción sobre la suficiencia de discernimiento del testador al otorgar ambos actos de última voluntad.

Por estos fundamentos, considero que deberá confirmarse lo decidido por el señor juez de la anterior instancia. Junio 25 de 1997. - *Carlos R. Sanz*.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los cuatro días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y siete, reunidos en Acuerdo los Sres. jueces de la Sala C de la Cámara Civil, para conocer del recurso interpuesto en autos: “Folignoli, Gabriele c. La Falce, Josefina Adela s/nulidad de testamento”, respecto de la sentencia corriente a fs. 583/588, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver. ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo, la votación se efectuó en el orden siguiente: Sres. Jueces de Cámara, Dres. Alterini, Ruda Bart y Galmarini.

Sobre la cuestión propuesta el Dr. *Alterini* dijo:

I - La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción promovida por el sobrino del testador, hijo de una hermana, y declaró la nulidad de dos escrituras testamentarias que beneficiaban a la demandada, con costas por su orden y las comunes por mitades. Contra dicho pronunciamiento se agravian la demandada a fs. 608 y el actor a fs. 618, memoriales contestados a fs. 629 y 638, respectivamente.

II - El testamento es un acto formal en el cual las imposiciones legales lo son con el rigor propio de las formas solemnes. En ese sentido, expresa el art. 3632 del Cód. Civil en su primer párrafo: “Las últimas voluntades no pueden ser legalmente expresadas sino por un acto revestido de las formas testamentarias”. Esta norma tiene en mira tanto la necesaria adopción de alguna de las tipologías aceptadas por el Código, como las formalidades específicas de cada una de ellas. Como aclara Vélez Sársfield en su anotación al art. 3622, “...las formalidades testamentarias no son prescriptas como pruebas, sino como una forma esencial, y la falta de una sola forma anula el testamento”.

En particular, el art. 3654 establece: “El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar”.

El juzgador, en su meditada decisión, entendió que los dos testamentos por acto público habían sido otorgados fuera de la jurisdicción en la cual el notario interviniente estaba habilitado para autorizar escrituras. Su cuidadoso análisis de los testimonios de los testigos testamentarios, efectuado a fs. 587/587 vta., concluyó en que contrariamente a lo que consta en ambas escrituras, ellas fueron autorizadas en la Capital Federal y no en La Plata, por lo cual se habría violado la disposición del art. 980 del Cód. Civil que impone la actuación del escribano en los límites de su jurisdicción.

La demandada puntualiza que el art. 992 impide la decisión adoptada, pues: “Los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que tes-

tificaron el acto por dolo o violencia que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no valdrá”.

Como la prueba acerca de la actuación del notario fuera de jurisdicción se limitó a la resultante de los testimonios de testigos instrumentales, el art. 992 es obstáculo legal insalvable para que la nulidad progrese con ese fundamento.

Aunque el eventual incumplimiento de la norma del art. 980 del Cód. Civil no es esgrimible en estos actuados, en virtud de la previsión del art. 992, de todos modos las circunstancias señaladas por el juzgador arrojan sombras sobre la realidad del cumplimiento de los requisitos necesarios para la validez del testamento por acto público.

III - La estrictez de los requisitos formales lleva a la ponderación integral del ajuste de los testamentos a esos ineludibles requerimientos, extremo que lleva justamente a una de las desventajas que se resaltan con relación al testamento por acto público, la posibilidad de su invalidez por incumplimiento de formalidades (ver Graciela Medina, *Nulidad de testamento*, Buenos Aires, 1996, pág. 204).

Siempre en el marco de los aspectos formales, la Fiscalía de Cámara coincide con el actor (fs. 34 vta./36) en la nulidad de ambos testamentos, porque al menos algunos de los testigos en ambos instrumentos estarían comprendidos en la prohibición incluida en el art. 990 del Cód. Civil acerca de que: “No pueden ser testigos en los instrumentos públicos...los dependientes del oficial público...”

Me adelanto a un hipotético reparo a la postura de la Fiscalía, consistente en sostener la postura doctrinaria que interpreta que las incapacidades en materia testamentaria son específicas y, por tanto, de no ser aplicable el art. 990, regiría la directiva genérica del art. 3696 sobre que: “Pueden ser testigos en los testamentos, todas las personas a quienes la ley no les prohíbe serlo”.

Cualquiera sea la tesis que se adopte frente a la disputa enunciada (ver estado de la cuestión en Santiago C. Fassi, *Tratado de los testamentos*, Buenos Aires, 1970, vol. I, núms. 144/145, págs. 110/113), no incide en la suerte de estos actuados.

En verdad, no debe perderse de vista que la solución del art. 990, en lo que nos atañe, la supuesta dependencia de testigos con el escribano autorizante, es coincidente con el precepto específico en materia testamentaria contenido en el art. 3707, según el cual: “Tampoco pueden ser testigos en los testamentos, los parientes del escribano dentro del cuarto grado, los dependientes de su oficina, ni sus domésticos”.

En cuanto a la comprensión de la referencia a los dependientes del escribano del art. 990 del Cód. Civil, del cual es una réplica en ese aspecto el art. 3707, José María Orelle recuerda que se ha pensado en la existencia de un vínculo de subordinación jurídica y económica, con el alcance de que “supone una subordinación o sujeción que ordinariamente se traduce en la prestación de servicios por un precio” (en su comentario al art. 990 del Cód. Civil en el *Códi-*

go *Civil comentado, anotado y concordado* dirigido por Augusto C. Belluscio y coordinado por Eduardo A. Zannoni, t. 4, Buenos Aires, 1982, pág. 539).

IV - En el testamento fechado el 3 de junio de 1974 fueron testigos Ana Orfilia Aguirre de Rivelli, Isabel Graciela Blanco y Rosendo Guillermo Iglesias (fs. 26 vta.), mientras que en el suscripto el 8 de mayo de 1975 lo fueron, nuevamente el último de los indicados y también Víctor Norberto José Brandolini y Hugo Daniel Falcone (fs. 28 vta.). Ambas escrituras testamentarias fueron autorizadas por el escribano Armando M. Gallardo.

V - En cuanto a los testigos instrumentales en el primero de los testamentos, la Sra. de Rivelli refiere a fs. 213 del expediente penal adjunto que en los años 1973 y 1974 realizaba trabajos de gestoría para el escribano Gallardo y a fs. 213 precisa con relación a la testigo Blanco que “para el año 1974 trabajaba como gestora del escribano Gallardo; o sea con la misma relación de dependencia que la dicente”.

La testigo Blanco expresa a fs. 191 que “se desempeñó como empleada para gestiones de gestores que el escribano Armando M. Gallardo poseía como empleados en su escribanía”. A fs. 191 vta. puntualiza: “Que conoce a la testigo Ana Orfilia Aguirre, por el nombre de Ana Aguirre, y ésta fue empleada del citado escribano...realizaba trámites de gestoría para las empleadas del escribano...”.

Con estos dos testimonios es suficiente para advertir con toda claridad que ambos testigos están incurso en la prohibición del art. 3707 del Cód. Civil. La testigo Rivelli llega a reconocer que la testigo Blanco tenía “la misma relación de dependencia que la dicente” y esta última que la Sra. de Rivelli “fue empleada del citado escribano”. Incluso el testigo Iglesias tampoco es idóneo, pero de ello me ocuparé en ocasión de detenerme en el otro testamento cuestionado.

VI - En lo atinente a los testigos en el segundo testamento, Iglesias manifiesta a fs. 340 del juicio penal: “Que recuerda haber trabajado como gestor administrativo para el escribano Armando Gallardo, no en relación de dependencia, sino realizando algunos trabajos aislados; que ello fue aproximadamente entre los años 1972 a 1976, o sea por espacio de cuatro años”. Con respecto a Brandolini “dice que fue empleado del dicente en oportunidad de poseer la gestoría...” y que Falcone “es su yerno, y colaboraba con el exponente en su gestoría”.

El testigo Brandolini significa a fs. 448/448vta. “que la relación que pudo haber tenido con el citado escribano es por parte de Rosendo Guillermo Iglesias, quien se encontraba al frente de la gestoría...y para quien el dicente era empleado”. Reitera que conoce a Iglesias “por haber trabajado para éste en la gestoría que antes mencionó” y a Falcone “por ser el yerno de Iglesias y haber trabajado con el dicente en la precitada gestoría”. A fs. 244 de la causa principal, al evacuar la pregunta 1ª, expresa que “era gestor y tenía relaciones de trabajo con la escribanía donde trabajaba la demandada”.

Falcone dice a fs. 430 de los autos penales que a Iglesias “lo conoce por ser su suegro” y a Brandolini, “también lo conoce por ser su primo”. Agrega que “se desempeñaba en la gestoría de su suegro, en la parte de automotores”. A fs.

373 vta. del expediente principal, al responder a la pregunta 15ª, precisa: “Que Brandolini y el declarante eran empleados de Iglesias, y trabajábamos en la parte Automotores, pero no eran gestores de escribanías, el que era gestor era Iglesias”.

Surge con claridad que la gestoría conducida por Iglesias tenía relaciones habituales con el escribano, por cierto que remuneradas. Tal circunstancia le generó subordinación con el escribano, al menos en el ámbito propio de sus gestiones onerosas. En definitiva, la actividad del gestor para con el escribano consistió “en la prestación de servicios por un precio” y este rasgo, como vimos, es suficiente para considerar configurada la noción de “dependencia” prevista por el art. 3707 del Cód. Civil.

Si lo que procura asegurar el art. 3707 es la verdadera independencia de los testigos con relación al escribano, mal la podía exhibir quien estaba vinculado habitualmente con él por la prestación onerosa de servicios, hasta por elementales razones éticas. Este testigo tenía relaciones de trabajo con el escribano y además con la propia demandada, que trabajaba en la notaría y se encargaba de algunos pagos, como lo precisa el testigo Brandolini en sus contestaciones a las preguntas 1ª, 19ª y 31ª, vertidas en su declaración de fs. 244 del principal.

Basta meritar la situación de Iglesias para derivar en la nulidad instrumental, porque la falta de idoneidad de uno solo de los testigos implica el incumplimiento del art. 3654 del Cód. Civil. Sin embargo, tampoco debe perderse de vista que los otros dos testigos son parientes y dependientes de quien se presenta como gestor de la escribanía en la que trabajaba la demandada beneficiaria de los testamentos impugnados.

VII - En consonancia con el rigor de los aspectos formales en materia testamentaria, coincido con la postura que pone énfasis en que en caso de duda sobre la observancia de alguna formalidad, el intérprete debe inclinarse por entenderla insatisfecha, bien que la facultad judicial al respecto deba ejercitarse “con mucha mesura” (Fassi, ob. cit., N° 118, págs. 99/100).

Me inclino por pensar en que el pronunciamiento por la nulidad de ambos testamentos se concreta en un marco de prudencia, no sólo porque la solución seguida acerca de la inidoneidad de los testigos instrumentales ante las circunstancias del caso se presenta como una recta captación de la ley, sino a mayor abundamiento porque en el marco de la verdad real, tampoco puede olvidarse que el impedimento del art. 992 fue el factor que obstó a que lisa y llanamente se concluyera que en los testamentos se violentó el art. 980 del Cód. Civil.

VIII - Ante la ineficacia del testamento, al menos en aspectos formales, se convierte en abstracta la hipótesis de la existencia de defectos substantivos, por lo cual es estéril e inconducente que me detenga en ellos.

IX - En cuanto al planteamiento subsidiario de la demandada de nulidad de la sentencia por presunta falta de integración de la litis, es evidente que si se declara la nulidad de los testamentos por no ser idóneos los testigos instru-

mentales, no está en juego una hipotética falsedad de aquéllos. Por tanto, la petición es improcedente.

X - En cuanto a las costas, es compartible el criterio del juzgador, del que se agravia el actor, de distribuirlas en el orden causado. La posibilidad consagrada por el art. 68 *in fine* se corresponde con las peculiaridades de este expediente, pues si bien de ser compartido mi voto progresará la acción promovida, es indudable que su condición de beneficiaria en los dos testamentos, pudo hacer creer razonablemente a la demandada, fundada en esa apariencia de eficacia, que le asistía derecho para resistir la demanda, incluso en la alzada.

XI - Por las consideraciones antecedentes y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía de Cámara, voto porque se confirme la sentencia apelada, en todo cuanto decide, con costas de segunda instancia en el orden causado.

Por razones análogas, los Dres. *Ruda Bart* y *Galmarini*, adhirieron al voto que antecede.

Y *Vistos*: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por la Fiscalía de Cámara, se confirma la sentencia apelada en todo cuando decide, con costas de segunda instancia en el orden causado. Una vez regulados los honorarios de primera instancia, se fijarán los de la alzada. Notifíquese y devuélvase. - *José Luis Galmarini*. - *Javier Mario Ruda Bart*. - *Jorge Horacio Alterini*.

NOTA A FALLO ¿DOS NULIDADES TESTAMENTARIAS?*

Por Juan Cruz Ceriani Cernadas y Ana María Alles Monasterio

La sentencia de 2ª instancia arriba a una conclusión -la nulidad de dos testamentos- que, al menos en parte de su argumentación, pareciera haber sido compelida por la inaplicabilidad de una norma legal, debiendo acudir a otras con cuya interpretación no coincidimos, totalmente, para ambos supuestos.

Nos referimos a la norma del art. 980 del Cód. Civil que, a tenor de las declaraciones testimoniales recogidas en la 1ª instancia, había sido evidentemente conculcada puesto que el oficial público actuó fuera “del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones” (Art. 980 *in fine*). De haberse podido realizar esa comprobación por los dichos de personas ajenas al acto testamentario y que, por ello, no hubieran caído dentro de la expresa prohibición del Art. 992, no cabe duda de que ése habría sido el argumento central- y prácticamente único- para que en ambas instancias se declarase la nulidad de los testamentos.

Así lo reconoce, de alguna forma, el vocal de sala preopinante cuando afirma que “en el marco de la verdad real tampoco puede olvidarse que el impedimento del Art. 992 fue el factor que obstó a que lisa y llanamente se concluyera que en los dos testamentos se violentó el Art. 980 del Cód. Civil”.

* Publicado en *El Derecho* del 5/6/98.

Como es sabido, existen dos grandes corrientes en la doctrina judicial y jurídica argentina -que también se observan en Francia y en Italia- (Fassi, *Tratado de los testamentos*, Bs. As., 1970, vol. II, págs. 439 y sigtes.) respecto de la mayor o menor rigidez interpretativa en materia de nulidades testamentarias. La una, aplica estrictamente los textos legales y anula todos los actos que carezcan de alguna de las formalidades exigidas para cada forma testamentaria. La otra, considera demasiado severa esa posición y cuando una inobservancia formal no esté acompañada de otro problema sustancial, o que haga al fin principal perseguido por la formalidad, se inclina por la validez del testamento aun cuando falte alguna de las exigencias legales.

La primera de dichas corrientes es seguida por el mismo Fassi, entre otros autores, y por numerosa jurisprudencia -incluso, pareciera, por el fallo que comentamos-. La segunda, encabezada por Fornieles (*Tratado...* II, págs. 257/62), tiene la firme adhesión de Borda, tanto doctrinaria como judicial. Sostienen, no sin razón, que la interpretación debe inspirarse en el gran principio *voluntas ante omnia* y aplicarse con un criterio amplio y flexible. No en otro criterio se ha fundado -hasta generalizarse en todos los frentes, incluyendo el restrictivo- la solución favorable a la validez del testamento por acto público cuando no se ha consignado la edad de los testigos y sólo se ha expresado que son mayores de edad (aunque hoy parezca mentira existieron, en un pasado no demasiado remoto, fallos que anularon testamentos por ese motivo). Algo similar, pero no tan pacífico, sucede en los casos de haberse omitido la mención de la ciudad -o pueblo- a la que pertenece el domicilio de los testigos, considerándose que es la misma en la que tuvo lugar la escritura testamentaria, se ha llegado a admitir la intervención de testigos cuya residencia estaba fuera de la Capital Federal, pese a la clara disposición del 3701 del Cód. Civil (CNC, Sala G, JA, del 18/9/85).

Quizás influido por la aludida inaplicabilidad del art. 980, el fallo que anotamos da rienda suelta al criterio restrictivo, basándose en la calidad de dependientes de la escribanía de algunos de los testigos.

Resulta conveniente explorar la terminología empleada, tanto por el codificador (exégesis histórico-jurídica) cuanto por la doctrina laboral moderna. En ningún lugar del Código Civil se define a los dependientes, ni siquiera por aproximación. Pero en una normativa que es más o menos coetánea, el Código de Comercio, uno de cuyos autores es el propio Vélez, los dependientes se incluyen, junto con los factores y encargados, dentro de los agentes auxiliares del comercio (libro I, Tít. IV, Cap. IV), resultando indudable su sujeción -no sólo jurídica sino laboral- al comerciante; tanto es así que los últimos artículos del capítulo IV (155 a 160) se refieren específicamente al régimen laboral de los factores y dependientes. Podemos inferir, cuando menos, que en la mente del codificador civil campeaba esta definición de los dependientes -empleados, con cierta jerarquía, pero empleados al fin- cuando los mencionó en sede civil.

Si el derecho positivo del país tiene una connotación abarcativa, que utiliza un léxico común a todas sus ramas, no se nos escapa cuál es el alcance de la

denominada “relación de dependencia” en el derecho laboral. Para que dicha relación se configure se exige un mínimo de días y de horas semanales trabajadas, en directa dependencia del principal. En el supuesto de configurarse esa relación entran a jugar, además, otras regulaciones que pertenecen al sistema de la seguridad social. Indudablemente, la problemática de los gestores de escribanías aparece como sustancialmente diferente. Carecen de directa dependencia de los notarios, atienden varias escribanías y/o estudios de abogados simultáneamente -a las que acuden sólo si deben llevar o traer despacho, y por los escasos minutos que dicha tarea les insume-; cobran por cada diligencia realizada (y si no hay, no cobran nada); pueden, por decisión de ellos o de los profesionales que utilizan sus servicios, dejar de prestarlos en cualquier momento, sin expresión de causa ni indemnización de ninguna naturaleza; son, en fin, verdaderos trabajadores autónomos y así aportan a la caja respectiva.

Por ello, plantear la cuestión -tal cual lo hace la doctrina citada en el fallo del *Código Civil Comentado...* Belluscio - Zannoni, t. 4., Bs. As., 1982, pág. 539, referida a los verdaderos dependientes- como que en ambos casos *sub lite* existe un vínculo de subordinación jurídica y económica con el alcance de que “supone una subordinación o sujeción que ordinariamente se traduce en la prestación de servicios por un precio”, nos parece, cuando menos, excesivo. Cuantísimos profesionales y otras personas prestan servicios por un precio y carecen en absoluto de subordinación de especie alguna.

Por otra parte, es evidente que las declaraciones testimoniales en sede judicial de los testigos del primer testamento no son para nada esclarecedoras. Una de ellas afirma ser gestora; y expresa con referencia a la otra que también era gestora, pero agrega “o sea con la misma relación de dependencia que la dicente”. La aludida, a su vez, afirma que fue empleada para gestiones de gestores que el escribano poseía como empleados de su escribanía, lo cual parece una relación muy indirecta. En definitiva, dichas deposiciones son confusas y contradictorias en cuanto a la calidad de gestoras o de empleadas. No sucede lo mismo, empero, en lo que se refiere al segundo testamento. El único testigo que compareció en ambas escrituras -Iglesias- es totalmente explícito al afirmar que había trabajado como gestor administrativo del escribano, sin relación de dependencia. Respecto de los dos restantes testigos también las declaraciones son precisas: eran empleados del gestor, no del notario; y no sería de aplicación un supuesto carácter transitivo.

Como se ve, podría haber sido distinta la solución para las dos disposiciones testamentarias por acto público: la primera deja fundadas dudas en lo concerniente a si existía o no relación de dependencia y, habiéndose inclinado el fallo por afirmar su existencia, no deja de ser una solución adecuada. En cuanto a la segunda, no consideramos lo mismo.

De intento dejamos de lado argumentaciones que podrían resultar interesantes respecto de la auténtica necesidad de los testigos en los testamentos por acto público. La reforma de 1968 suprimió los testigos de todas las escrituras públicas, dada la característica confianza que se deposita en el oficial público

interviniente. Dejó incólumes los testigos testamentarios, lo que ha sido criticado por buena parte de la doctrina. Pero todo ello sería *de lege ferenda*.

Después de todas estas disquisiciones volvemos a resaltar la importancia de lo que la sentencia de Cámara denominó “verdad real”, como omnipresente en el pensamiento del juzgador. Y si hemos hecho hincapié en tratar de separar la figura del gestor de la del verdadero dependiente, es también en beneficio de otra verdad real: no se los debe ni puede asimilar. Quienes consulten la jurisprudencia que surge de este fallo -en definitiva justo pero, al menos parcialmente, por otros motivos- sería aconsejable que pudieran discernir las diferentes cuestiones aquí analizadas.