

Testamento. Existencia de variaciones entre la copia y la escritura matriz. Aplicación del artículo 1009 del Código Civil. Testigos. Dependientes de la oficina del notario. Personas que comprende la expresión *

Doctrina:

- 1) *En virtud de lo previsto en el art. 1009 del Código Civil, ante la existencia de variaciones entre copia y matriz, se estará a la matriz, por ello carece de importancia que en la fotocopia falte una firma, ya que lo relevante es que la escritura matriz no adolece de defectos que tornen finalmente inválido el testamento.*
- 2) *El art. 3707 del Código Civil en cuanto establece que no pueden ser testigos en los testamentos*

los “dependientes de la oficina del notario”, comprende a todas aquellas personas que por su trabajo habitual en una notaría mantienen una relación de dependencia que las priva de la libertad espiritual necesaria para fiscalizar la fe que da el oficial público.

Cámara Nacional Civil, Sala L, mayo 9 de 2007. Autos: “C., E. F. c. G., C. M.”.

2ª Instancia. — Buenos Aires, mayo 9 de 2007.

El doctor *Liberma*n dijo:

Contra la sentencia de fs. 429/438 se alzó disconforme la parte actora, fundando su recurso de apelación a fs. 452/459, siendo contestado a 466/468. A

* Publicado en *La Ley* del 14/8/2007, fallo 111.707.

fs. 472/473 expresó sus fundamentos el señor Fiscal de Cámara, propiciando la confirmación del pronunciamiento.

I. La actora se agravió de la sentencia dictada en tanto la señora jueza de grado rechazó la demanda entablada y convalidó el testamento por acto público contenido en la escritura n.º..., de fecha 7 de diciembre de 1993. Alegó que la escritura fotocopiada el día 14/12/93 carece de la firma de uno de los testigos y por lo tanto es nula. También argumentó que resulta de aplicación el art. 1009 del Código Civil frente a una posible diferencia entre el texto de la escritura matriz y su testimonio, y no en caso de ausencia de firmas. Entendió el recurrente que la falta de cumplimiento de una sola de las formalidades previstas por el art. 3658 del Código Civil torna inválido el testamento. Por último reiteró que la Sra. L. M. B. era empleada del escribano V. al momento de otorgarse la escritura, lo que le impedía ser testigo de dicho acto (conf. art. 3707 del Código Civil).

II. Cabe señalar a título preliminar que en materia interpretativa de testamentos, lo único que interesa, como dice Borda, es la voluntad del causante (*Tratado... Sucesiones*, 4ª ed. act., Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 185). Lo decisivo es lo querido por el testador, aun cuando no haya acertado en su declaración testamentaria. La interpretación de las disposiciones testamentarias es una función judicial que está dirigida a indagar cuál ha sido la verdadera intención del causante (conf. Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte, *Régimen jurídico de los testamentos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1ª ed., 2005, pp. 242 y 244). En ese orden de ideas, se ha dicho con cita de Danz que “los preceptos imperativos –en nuestro derecho, las solemnidades testamentarias– necesitan ser interpretados y esta interpretación ha de ser restrictiva. Añade a este fundamento que el fin de estos preceptos de forma no es el restringir ni poner trabas al derecho individual de testar sino determinar qué declaraciones revelan la voluntad definitiva del testador. Y su interpretación, como la de toda declaración de voluntad, proceda de un grupo de personas en función de legislador o de un simple particular no debe olvidar nunca el fin que tales preceptos se proponen” (voto en disidencia de Estévez Brasa; CNCiv., Sala B, 29/5/89, JA 1989-IV-533).

La solemnidad del acto de testar tiene fundamento en distinguir meros proyectos con declaraciones de voluntad últimas y definitivas, y salvaguardar en lo posible su espontaneidad, sinceridad y ponderación (conf. Borda, op. cit., p. 217). Y si bien en los testamentos por acto público no cabe duda de que se debe cumplir con las formalidades previstas por el ordenamiento vigente, también es cierto que resulta de suma importancia desentrañar e interpretar la voluntad del testador.

La forma, si hay mínimas desviaciones en relación con lo previsto en la ley, no puede llevar a declarar la nulidad de un testamento. Llama la atención Borda, citando a Fornieles, sobre algunas soluciones incompatibles con el recto acto de juzgar (p. 218). Las exigencias formales no deben interpretarse fuera del contexto del sistema globalmente considerado, olvidando el fin último del ordenamiento, que es preservar las características antes enunciadas que ha

menester tenga un acto de disposición de última voluntad. Nuevamente Danz, traído por Borda, expresaba que las firmas no son un fin en sí y es deber de los jueces hacer que la intención del causante no se estrelle contra los preceptos formales, evitando así –citaba a Ennecerus– resultados absurdos (en Borda, op. cit., p. 219). Las exigencias formales en materia testamentaria no pueden aplicarse en forma aislada, con prescindencia del sistema general de la ley y olvido de la finalidad de la disposición (conf. voto de Gondra, cit. en sentencia de Garzón Maceda, con menciones adicionales de Orgaz, Spota y Rezzónico, ED 13-7). La interpretación de la ley ha de atenerse al contexto general del ordenamiento jurídico (CSJN, cit. por Calatayud, en CNCiv., Sala C, 29/6/65, confirmando por mayoría aquélla, ED 13-16).

III. Ciertamente la especie no suscita en realidad un problema interpretativo de la clarísima voluntad de la testadora, si no si ha sido expresada con adecuación a las firmas legales.

Con relación a este punto resulta relevante realizar algunas consideraciones. De la copia certificada de la escritura matriz acompañada a fs. 393/394 por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires resulta que la causante designó albacea testamentario al Dr. E. J. G. (ver fs. 394). Posteriormente, el 1º/11/95, a raíz del fallecimiento de éste, nombró para esa función a su cuñada O. G. de D. y a su sobrino J. C. G. De lo dicho hasta aquí se desprende que la intención de la Sra. A. era que a su muerte se pudiera ejecutar el testamento. Para eso tomó la precaución de nombrar nuevos albaceas que debían hacer cumplir las mandas testamentarias (ver fs. 74/77).

Es de reiterar que el formalismo en los actos públicos está establecido por la ley para proteger la autenticidad de la expresión de la voluntad de quien la hace, para proteger del error o la violencia, pero no para ser observado por el formalismo mismo. De allí que anular el testamento por un homenaje a las formas no es ni puede ser el fin querido por la ley (C. J. Salta, Sala II, 31-VIII-70, JA Reseñas 1971-628, reseña 55).

En definitiva, se advierte que A. A. quiso dejar sus bienes a las personas individualizadas en el testamento cuya copia certificada luce agregada a fs. 393/394, y a ese fin tomó todos los recaudos necesarios.

Nada cabe señalar respecto del testamento ológrafo acompañado por el notario, atento a que la agregación de dicho instrumento fue denegada como hecho nuevo (ver 190/191). Tampoco corresponde detenerse en el planteo esgrimido por el actor en el punto III de los agravios, sino únicamente mencionar que el escribano, al dejar constancia en la escritura de que la testadora le dictó el testamento (ver fs. 393), dio acabado cumplimiento al art. 3656 del Código Civil. Al respecto sostiene Fassi que el art. 3657 del Código Civil, que exige que el escribano deje constancia de si ha hecho el testamento o de si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones, se trata de una mención superflua, pues concierne a la etapa de preparación del acto, y toda esa etapa queda cubierta por la lectura de la escritura al testador en presencia de los testigos (conf. Fassi, *Tratado de los testamentos*, t. 1, p. 179, N° 259).

IV. Por otra parte, tal como sostuvo la anterior sentenciante en su decisio-

rio, entiendo que en el art. 1009 del Código Civil se encuentra la solución en este punto al presente caso: en caso de variación entre copia y matriz, se estará a la matriz.

Como instrumento público por excelencia, la escritura pública matriz del art. 979, inc. 1° del Código Civil, muestra todo su señorío de forma y prueba [...] Si la copia de la escritura difiere de la matriz, son las constancias de esta última las que prevalecen (conf. Armella, Cristina, en *Código Civil, Comentado...*, Bueres - Highton, tomo 2C, p. 130, Hammurabi, Buenos Aires, reimpr. 2005). También se ha dicho que las diferencias entre un testamento por acto público solamente firmado por el letrado de quien aparece instituido heredero testamentario y la copia acompañada por la escribana que no fue confeccionada en folios notariales pudieron generar sospechas, la cuestión queda resuelta por el art. 1009 del Código Civil, en cuanto dispone que “si hubiera alguna variación entre la copia y la escritura matriz, se estará a lo que ésta contenga” (CNCiv., Sala F, 06/04/06, “Sueid, María c. Tula, Evaristo Diógenes s/ nulidad de testamento”, *DJ*, 12/07/06, 771).

Sin perjuicio –tal como señalé precedentemente– de adherir a la corriente que se inclina particularmente por interpretar cuál fue la real voluntad del testador al momento de otorgar el testamento, entiendo que tampoco se deben perder de vista las formalidades que el legislador tuvo en cuenta para dar eficacia a dicho acto jurídico. Por ende considero que en el caso particular las firmas contenidas en la escritura matriz deben ser cotejadas con su copia de la misma manera que la totalidad del texto. De esta manera cabe rechazar las críticas dirigidas en torno a que, frente a la ausencia de firmas, no resulta de aplicación dicha normativa.

Por otro lado, el perito calígrafo en su peritaje, particularmente tenido en cuenta por la anterior sentenciante, precisó que en el testimonio de fecha 14/12/93 falta la firma de Alfredo Castro (ver fs. 317 vta.). Carece de importancia que en la fotocopia falte una firma, ya que lo relevante es que la escritura matriz no adolece de defectos que tornen finalmente inválido el testamento.

En este contexto, y a raíz de que en el caso de autos resulta de aplicación el art. 1009, considero que en nada incide que los demandados no hayan probado la falla de la fotocopidora, por cuanto fue el propio accionante quien no pudo probar la firma faltante del testigo en la escritura matriz. Tampoco demostró que Castro haya suscripto la escritura en una fecha posterior al 7 de diciembre de 1993. En conclusión, lo cierto es que siendo el actor quien pretendía que se declarara la nulidad del testamento, pesaba sobre él la carga de llevar a cabo los aportes probatorios de los extremos fácticos que darían sustento a su pretensión (conf. art. 377 del Cód. Proc.).

V. Con relación a las manifestaciones articuladas tendientes a comprobar la relación laboral que vinculaba a la testigo L. M. B. con el escribano V. al momento de la escritura, corresponde señalar que dicho planteo no reviste una crítica concreta y razonada o juicio impugnativo de los errores fácticos y jurídicos en que habría incurrido la sentenciante en los términos del art. 265 del Código Procesal. Sino que más bien implica una nueva valoración de la prueba producida, que roza los límites de la deserción del recurso.

Sin perjuicio de ello quiero realizar algunas precisiones. Si bien el art. 990 del Código Civil señala quiénes se encuentran imposibilitados de ser testigos en los instrumentos públicos, la mayoría de los autores entiende que, en el supuesto específico de los testamentos, es el art. 3707 la norma que regula dicha cuestión. Dispone que los “dependientes de la oficina del notario” —entre otros supuestos más que allí menciona— no pueden ser testigos en los testamentos. En cuanto al vocablo “dependiente” usado por el codificador en reemplazo de la palabra “amanuense” que usa el Código francés en su art. 975, tiene un sentido más amplio que el de empleado asalariado. En nuestro concepto comprende todas aquellas personas que por su “trabajo habitual” en una notaría mantienen una relación de dependencia que las priva de la libertad espiritual necesaria para fiscalizar la fe que da el oficial público. Para ello la jurisprudencia francesa tiene resuelto que lo que constituye la cualidad de dependiente del notario es el “trabajo habitual” en el estudio de un notario [...] Con respecto a qué debe entenderse por “empleado de oficina” es cuestión librada a la apreciación judicial, que debe ser hecha en base a los caracteres de habitualidad, continuidad, permanencia, obligatoriedad y subordinación, situación de dependencia que impida al testigo tener la necesaria independencia para fiscalizar la fe que da el notario (CNCiv., Sala B, 14/7/52, JA 1952-III-329, con remisión al dictamen fiscal).

Conforme entendió la señora jueza de grado en su decisorio, y tal como señalara el señor Fiscal de Cámara en su dictamen a fs. 472 vta., no se advierte que, a la fecha en que se otorgó el testamento, los testigos hayan estado inmersos en una relación de dependencia laboral con el notario. De esta manera considero que los trámites realizados por la testigo M. B. para el escribano, con una contraprestación en dinero, han sido actos aislados, que caracterizan una colaboración transitoria o accidental, por no haberse demostrado que por esa época dicha tarea haya sido habitual y permanente como para equiparla a la noción de dependencia (ver declaración de fs. 248/249).

VI. Por las consideraciones expuestas precedentemente y los propios fundamentos de la sentencia en crisis, propongo al acuerdo confirmar el fallo recurrido en todo lo que ha sido materia de agravio, con costas dealzada a cargo de la parte actora atento el resultado de la apelación (art. 68 Código Procesal).

Los doctores *Rebaudi Basavilbaso* y *Pérez Pardo*, por análogas razones, votan en igual sentido.

Por lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos el Tribunal decide: confirmar el fallo recurrido en todo lo que ha sido materia de agravio, con costas de alzada a cargo de la parte actora atento el resultado de la apelación (art. 68 Código Procesal).

Regístrese, notifíquese y al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho y oportunamente devuélvase. — *Víctor F. Liberman*. — *O. Hilarío Rebaudi Basavilbaso*. — *Marcela Pérez Pardo*.