

Voces: APLICACION DE LA LEY EN EL TIEMPO ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ DEBERES DEL ESCRIBANO ~ ESCRIBANO ~ FORMA DEL TESTAMENTO ~ LEY APLICABLE ~ RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO ~ TESTAMENTO ~ TESTAMENTO POR ACTO PUBLICO ~ TESTIGO INHABIL ~ VIGENCIA DE LA NORMA

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M(CNCiv)(SalaM)

Fecha: 17/08/2016

Partes: F. Q., M. I. c. C., G. E. y otro s/ daños y perjuicios

Publicado en: LA LEY 05/12/2016, 05/12/2016, 10

Cita Online: AR/JUR/66494/2016

Hechos:

Se condenó a un escribano a indemnizar los daños derivados del otorgamiento de un testamento por acto público con un testigo inhábil. Apelado el decisorio, la Cámara redujo el monto de condena.

Sumarios:

1. El escribano que otorgó un testamento por acto público con un testigo inhábil —en el caso, la madre del heredero instituido—, convirtiendo al título en observable, debe responder por los daños derivados del suceso, pues aquel, como profesional del derecho, no puede limitarse a dar forma a los actos pasados en su presencia o ante su registro, sino que se compromete a observar un plan de prestación enderezado a que se obtenga un consejo jurídico eficaz (Ley 404, GCBA).
2. Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 2472 y 2466 del Código Civil y Comercial —que reiteran en lo sustancial los conceptos del art. 3625 del código sustituido— la forma del testamento se rige por la ley vigente al tiempo de testar, en tanto que su contenido, validez o nulidad deberán ser juzgados según la ley vigente al momento de la muerte de la causante.

Texto Completo: 2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 17 de 2016.

La doctora Benavente dijo:

I. La sentencia de fs. 286/299 hizo lugar a la demanda, con costas al demandado vencido. El Escribano C. expresó sus agravios a fs. 314/321, los que fueron contestados a fs. 323/332.

II. El 1º de noviembre de 2005, N. E. C. otorgó testamento por acto público a favor de su ahijada, M. I. F. Q. Murió un año más tarde —el 4 de diciembre de 2006— y su juicio sucesorio tramitó por ante el Juzgado Nacional en lo Civil n° 74. Vale decir, el testamento y la muerte de su autora ocurrieron durante la vigencia de la legislación derogada.

En tales condiciones, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 2472 y 2466 del Cód. Civil y Comercial —que reiteran en lo sustancial los conceptos del art. 3625 del código sustituido— la forma del testamento se rige por la ley vigente al tiempo de testar, en tanto que su contenido, validez o nulidad, deberán ser juzgados según la ley vigente al momento de la muerte de la causante.

III. Según se desprende del testamento otorgado por escritura N° 447, autorizado por el escribano G. E. C., N. E. C. instituyó como su única heredera a M. I. F. Q. Fueron testigos del acto P. E. O., M. E. R. y D. C. Q., esta última, madre de la beneficiaria del testamento. Al intentar vender el inmueble, la heredera fue informada de que el título era observable porque el testamento violaba la prohibición del art. 3664 del Cód. Civil.

Frente al juicio de responsabilidad civil promovido por la heredera instituida contra el escribano interviniente, la colega de grado consideró que el título no era perfecto porque el acto de última voluntad contiene un vicio formal con entidad para producir a la actora un daño que se proyecta sobre el valor de mercado del bien transmitido. Este menoscabo —concluyó— fue causado por culpa del escribano, ya que no pudo dejar de señalar a la testadora la inhabilidad de D. Q. para ser testigo del testamento en el que instituía a su

hija y de las consecuencias consiguientes.

IV. Es sabido que el testamento es un acto escrito, personal, indelegable y solemne. Este último carácter —solemne— se concreta en un doble orden de razones. Por un lado, la ley en forma expresa y taxativa establece cuáles son las especies de testamento y quienes pueden otorgarlos. En segundo término, una vez que el testador elige una de las formas admitidas, debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos de la especie designada, bajo pena de nulidad, sin que se pueda acudir a prueba extrínseca (conf. Greco, Roberto E., “La comunicación de la voluntad del testador al escribano en el testamento por acto público”, *Rev. del Notariado* 808, del 01/01/1987, p. 89). Está constituido por la declaración de voluntad de su autor —el testador— manifestada por escrito según alguna de las formas ad solemnitatem previstas en la ley (conf. Fassi, Santiago, “Tratado de los testamentos”, t. I, ed. Depalma, 1970, p. 93; Zannoni, Eduardo A., “Derecho de las sucesiones”, t. II, n° 1102, p. 335; Fornieles, Salvador, “Tratado de las sucesiones”, Tipográfica editora argentina, Bs. As. 1958, 4° ed., t. II, p. 257 ss.). Se trata de solemnidades sustanciales, cuya inobservancia priva de eficacia al acto como testamento (conf. Zannoni, op. cit., n° 1103, p. 335; Greco, Roberto E., “La comunicación de la voluntad del testador al escribano en el testamento por acto público”, cit.).

Dice Fornieles que “las formas testamentarias tienen por objeto asegurar que el instrumento donde constan las últimas voluntades de una persona es real y verdaderamente suyo, libremente realizado; son medidas protectoras contra el fraude, la sugestión o la violencia” (conf. Fornieles, S., op.cit., p. 257). Por tal motivo, como decían los glosadores, forma dat esse rei, es decir, la forma es lo que les da el ser. Este concepto fue plasmado por Vélez en el art. 3632, según el cual “las últimas voluntades no pueden ser legalmente expresadas sino por un acto revestido de las formas testamentarias”. En armonía con ello, su nota dice que éstas no tienen el valor de una prueba, sino que constituyen la esencia misma del acto. La solemnidad adquiere, de este modo, vida propia y constituye un fin en sí misma, desligada del objeto que se pudo tener en miras para crearla. Enseña Demolombe que “cuando ciertas formas son exigidas por la ley para la validez de un acto, su ejecución es rigurosamente necesaria en todos los casos, aunque los motivos que determinaron al legislador para imponerlas no se apliquen a la especie de que se trata” (Demolombe, cit. Por Fornieles, op.cit., p. 25. De allí, “la nulidad de un testamento por vicio en sus formas, causa la nulidad de todas las disposiciones que contiene (art. 3630).

V. Cada forma testamentaria tiene su regulación propia. Al respecto, el art. 3627 del Cód. Civil dispone: “La prueba de la observancia de las formalidades prescriptas para la validez de un testamento, debe resultar del testamento mismo, y no de los otros actos probados por testigos”. Esta norma, tomada casi literalmente de Aubry et Rau, debe interpretarse como que se encuentra prohibida la prueba extrínseca del cumplimiento de determinada solemnidad (conf. Fassi, Santiago, op.cit., n° 110, p. 95; Segovia, “El Código Civil de la República Argentina”, t. II, n° 12, p. 567). Por otra parte, tal como destaca la Sra. Jueza —con cita de un voto del Dr. Jorge Alterini— nuestro codificador se inclinó por la postura de Demolombe y de Troplong pues, cuando existen dudas respecto del cumplimiento de las formalidades expresamente exigidas por la ley, debe resolverse en contra del testamento (conf. Fassi, Santiago, op.cit., n° 11).

Al respecto, la legislación derogada —por la que se rige el presente— sigue la tradición de los autores franceses y exige que el testamento por acto público se celebre en presencia de tres testigos, cuya intervención se regula minuciosamente. El art. 3654 del código velezano establece que “...debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar”. A su vez dispone una serie de inhabilidades —o incapacidades— específicas y particulares en procura de garantizar que ninguno de ellos esté involucrado o no tiene interés en el contenido del testamento (conf. Zannoni, op.cit., p. 399 ss.). Así, de la misma manera que existen disposiciones generales en materia de capacidad (art. 3705), se prohíbe —v.gr.— que los ciegos, los sordos y los mudos puedan ser testigos (art. 3708). Idéntica prohibición pesa sobre algunas personas en razón del parentesco. En ese caso, no pueden ser testigos los ascendientes ni los descendientes del testador, sin limitación de grado (art. 3702), en tanto que los parientes colaterales y afines, podrán serlo siempre que el testamento no contenga alguna disposición a su favor (art. 3702). La inhabilidad para ser testigo, también alcanza a los parientes del escribano dentro del cuarto grado, los dependientes de su oficina y sus domésticos (art. 3707). La ley ha garantizado de este modo la independencia del escribano que, por cierto, debe ser lo más amplia posible (conf. Lafaille, Héctor,

“Curso de Derecho Civil. Sucesiones” T. II, ed. Ariel, Bs. As. 1922, p. 248). Asimismo, además de la prohibición que contiene el art. 3653 —que impide al notario redactar el testamento cuando sea pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea y en línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive— el art. 3664 establece un caso diferente. Dicha norma prescribe que “el escribano y los testigos en un testamento por acto público, sus esposas y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrían aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor”. Se trata, según Rébora, de una inhabilidad (conf. Rébora, Juan Carlos, “Derecho de las sucesiones”, T. 1, p. 114), en tanto que otros autores entienden que la ley establece una incapacidad de derecho (conf. Hernández, Lidia B.-Ugarte, Luis Alejandro, “Régimen jurídico de los testamentos”, Ad Hoc, 1° ed., Bs. As. 2005, p. 201). El fundamento de la prohibición es la sospecha de que estas personas tienen un interés personal, suspicacia que puede ser destruida, sin embargo, por prueba en contrario. Vale decir, se presume —en principio— que existió captación de voluntad del causante que, si bien es suficiente para decretar la nulidad de las disposiciones consiguientes, admite ser desvirtuada siempre que se demuestre que en las mandas no ha mediado influencia o aprovechamiento (conf. Hernández-Ugarte, op.cit., p. 201; Fassi, Santiago, “Tratado de los testamentos”, t. 1, p. 289). En esa línea —y a pesar de lo dispuesto por la norma— se ha sostenido que si el testigo es pariente del testador y del beneficiario, resulta inaplicable la prohibición del art. 3664, la cual debe interpretarse a la luz de lo dispuesto por los arts. 3686 y 3739 (conf. Fornieles, op.cit., t. II, p. 300; Fassi, op.cit., p. 289).

Lo expuesto hasta aquí deja sin sustento el primer agravio en la medida que ha quedado claro —en rigor, ya lo estaba a partir de la muy fundada sentencia apelada— que la madre de la actora, beneficiaria del testamento, era inhábil para ser testigo del acto. Podrá afirmarse que, en el caso, no existió, coacción, aprovechamiento y menos aún captación de voluntad, pero no es éste el ámbito donde debe alegarse y probarse la referida circunstancia.

VI. En cuanto a la responsabilidad civil del escribano tampoco hay mucho para agregar a la enjundiosa sentencia recurrida.

La doctrina siempre ha destacado la figura y el rol del escribano en la preparación y confección del testamento (conf. Fornieles, op. cit., p. 288 ss.; Rébora, op. cit., p. 249, Fassi, op. cit., p. 174, n° 248; Hernández-Ugarte, op. cit., p. 203). Se ha entendido que la función notarial inherente al documento es unitaria y comprende las siguientes tareas: 1) asesoramiento de las partes; 2) confección del documento, que supone la satisfacción de varios recaudos, entre ellos, el estudio de títulos; 3) la labor fedataria o autenticadora; 4) la conservación del protocolo y el deber de expedir copias de las escrituras; 5) el cumplimiento de la legislación registral; 6) guardar el secreto profesional (conf. Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes, Prov. de Buenos Aires, agosto 1981, comisión 3ª).

Es innegable que cuando una persona decide testar por acto público, el rol del escribano no se limita a la función mecánica de recibir la comunicación de la voluntad y volcarla en la escritura. Como profesional del derecho que es, debe analizar la declaración de voluntad, formular las preguntas necesarias, proporcionar las explicaciones a las dudas que se planteen y traducir jurídicamente todo aquello que la persona le indique, lo que quiere realizar, para que el acto represente en la medida más fiel posible su voluntad, pero sin errores o vicios. Fundamentalmente antes de redactar el testamento deberá informar al testador cuáles son aquellas formalidades que deben cumplirse de manera inexcusable, tratando de evitar que, por un mal asesoramiento, se frustre el acto o una parte de éste. Esta tarea surge sin dificultad de los deberes jurídicos impuestos por la Ley 404 de Regulación del Notariado del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en los arts. 20, art. 77 inc. h) (conforme al texto del artículo 24 de la Ley 3933, BOCBA N° 3793, del 17/11/2011); el art. 29 y el art. 60 de la misma norma local.

Al respecto, recuerda Bueres que tiempo atrás la doctrina francesa —sobre todo los primeros comentaristas del Code— tendió a liberar de responsabilidad al profesional por la falta de eficiencia en sus consejos, quedando reducido a llevar a cabo las tareas notariales, como si fuera un mero confeccionador de documentos (conf. Bueres, Alberto J., “Responsabilidad Civil del Escribano”, t. 1, Hammurabi, 1984, p. 84; ver también Ferrari Ceretti, Francisco, “Responsabilidad civil del Escribano”, JA, 1986-II, p. 722). Nuestro codificador, en cambio,

entendió que la función de asesoramiento es amplia (conf. Hernández-Ugarte, op. cit., p. 204). El escribano, como profesional del derecho que es, no puede limitarse a dar forma a los actos pasados en su presencia o ante su registro, sino que debe ilustrar a las partes acerca de los alcances del negocio, su conveniencia o inconveniencia, etc. Se trata de una aplicación concreta del deber de información que, en el caso, constituye una obligación de fines, pues el escribano se compromete a observar un plan de prestación enderezado a que se obtenga un consejo jurídico eficaz (conf. Bueres, op. cit., p. 85). Incluso, si tiene dudas sobre la legalidad del acto, tiene el deber de advertir a las partes y, si insisten en llevarlo a cabo, deben dejar constancia de esa insistencia en la escritura. Es que, si hicieren una escritura nula, pueden ser demandados por los hechos y omisiones que causaren perjuicios en el ejercicio irregular de sus funciones (conf. Ferrari Ceretti, “Responsabilidad civil del escribano”, op. cit., p. 723). En tales condiciones, en el caso, al explicar los requisitos preparatorios del testamento, el escribano debió señalar no sólo que debían concurrir tres testigos, sino que ninguno de ellos debía tener relación de parentesco con la heredera instituida. Ese era, por cierto, uno de los datos más importantes que debía proporcionar.

A partir de las obligaciones impuestas por las norma que reglamenta la actividad —Ley 404 del GCBA y su decreto reglamentario— se desprende que, su incumplimiento, puede generar responsabilidad civil en la medida que se configuren todos los requisitos para ello: antijuridicidad, factor de atribución, daño y nexo de causalidad— .

VII. Pues bien, en la sentencia se hace un prolijo y exhaustivo tratamiento de los presupuestos de la responsabilidad civil y su configuración en el caso. Por cierto, los agravios del accionado no logran revertir mínimamente las acertadas conclusiones del pronunciamiento. No es dudoso que un vicio en el testamento puede provocar que la transmisión mortis causae torne observable el título, cuanto menos hasta que éste quede saneado por el paso del tiempo. Sólo resultan fundadas —a mi juicio— las quejas atinentes a la entidad económica del daño pues su existencia —con los caracteres propios del daño resarcible— se encuentra sobradamente demostrada por la sola imperfección sobrevenida al título, debido al mal asesoramiento del demandado.

De todos modos, un somero repaso a los requisitos de la responsabilidad civil, pone en evidencia la falta de fundamentos de los agravios.

Se ha sostenido que el incumplimiento de la ley o de los códigos de deontología, integran el marco de la juridicidad (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Breves reflexiones sobre la responsabilidad del escribano”, Revista de la Facultad”. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Volumen 6, n° 1, págs. 371 a 401, año 1998). Por tanto, verificado el incumplimiento de los deberes que impone al escribano la Ley 404, este elemento debe tenerse por configurado.

Desde otro ángulo, la responsabilidad del escribano deriva, habitualmente, de un hecho personal, por su culpa o dolo. Cuando —como en el caso— asume una obligación de resultado, ni siquiera es indispensable la prueba de la culpa, sino basta el incumplimiento —o el mal cumplimiento— para que surja el deber de responder (conf. Trigo Represas, Félix A., “Responsabilidad civil del escribano público”, Revista del Notariado, n° 871, Año CVI, enero-marzo 2003, p. 40).

También está fuera de discusión que la imperfección del título trae aparejado un daño que implica una disminución del valor de venta de la cosa. Como bien señala la Sra. Juez a quo, no importa que, en los hechos, no se haya solicitado la nulidad del testamento, pues basta la verificación del defecto para que se debilite el título con proyección sobre su valor de venta. La dificultad radica en cómo corresponde establecer su cuantía.

Finalmente, la relación causal surge inequívoca porque el menoscabo del título deriva directamente del obrar del notario, concretamente, por no haber verificado y asesorado a la testadora para evitar que, por una cuestión formal, se perjudique la perfección del título.

Dije ya que más allá del daño verificado, esto es, de la aptitud del defecto para tornar observable el título, cabe preguntarse cuál es su magnitud y cómo cuantificarlo. No puede ignorarse a esta altura de los hechos que la causante, N. E. C., murió viuda y sin herederos forzosos, extremos éstos que surgen corroborados por

elementos objetivos que se desprenden de las constancias del juicio sucesorio del esposo de C. (ver fs. 9 de los autos “C., N. E. s/ sucesión testamentaria”, expte. N° 16.530/2007). A su vez, el testamento en el que nombra como su única heredera a M. I. F. Q. fue aprobado en cuanto a sus formas por el Juez que interviene en el juicio sucesorio, previa conformidad del Sr. Fiscal (ver fs. 26 vta. y 27). En tales condiciones, las chances concretas de ser atacado no son altas, sino más bien escasas.

No puede perderse de vista que para probar la magnitud del perjuicio sólo se produjeron dos pruebas. Una de ellas, la tasación de fs. 212/213 que estimó el valor del inmueble al momento de la venta en la suma de U\$S 167.200. También se acreditó que el precio de venta inicialmente convenido fue de U\$S 150.000 pero fue disminuido de común acuerdo entre la compradora y la vendedora a U\$S 123.000, precisamente por la falla que exhibe el título. Pero esta reducción —que obedece, sin duda, a la puja negociada entre la heredera y la compradora y a la mayor o menor sagacidad o perspicacia de una y otra, como se dice en los agravios— significa que fue la propia actora quien calculó la medida del daño consiguiente y pretende ahora que el escribano demandado —que no fue parte en esa negociación— afronte en esa medida la parte del precio que ha resignado. No parece la manera adecuada de establecer el monto del perjuicio, más aún cuando no se han acreditado otros extremos —v.gr.— si existieron o no otros potenciales interesados, si el bien fue o no publicado para la venta en periódicos del lugar, cuál fue —en su caso— la actitud adoptada por otros interesados al comprobar la falla en la transmisión o título antecedente.

Pienso que la cuantificación del menoscabo que se dice experimentado, debe ser apreciada judicialmente. Para ello, deberán computarse las circunstancias antedichas, entre ellas —por supuesto— el valor aproximado de mercado de la cosa. Sobre esa base, en uso de la facultad evaluatoria, propongo al Acuerdo fijar en la suma de U\$S 10.000 —o su equivalente en moneda nacional, según la cotización que publique el Banco Nación al momento del pago— el monto del perjuicio.

En síntesis. Si mis colegas me acompañan, postulo reducir el monto de la condena a la suma indicada de U\$S 10.000 o su equivalente en pesos al día del pago, confirmando la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de apelación. De compartirse, las costas de Alzada se distribuyen en un 70% a la demandada y en el 30% a la actora (art. 71 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Las doctoras De los Santos y Díaz de Vivar adhieren por análogas consideraciones al voto precedente.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: 1) Reducir el monto de la condena a la suma indicada de U\$S 10.000 o su equivalente en pesos al día del pago. 2) Confirmar la sentencia en todo lo demás que decide y fue materia de apelación. 3) Imponer las costas de Alzada en un 70% a la demandada y en el 30% a la actora (art. 71 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 4) Diferir la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia, para una vez que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior (artículo 14 del Arancel). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — María I. Benavente. — Mabel De los Santos. — Elisa M. Díaz de Vivar.