

Voces:

Nulidad de testamento ológrafo.

Pericial caligráfica. Valor.

En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 30 días de Octubre de 2014, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Carlos Enrique Ribera y Hugo O.H. Llobera (artículos 36 y 48 de la ley 5.827), para dictar sentencia en el juicio: **"BERTUZZI EILIIA ESTER C/ PATIÑO GLORIA MARTHA S/ NULIDAD DE TESTAMENTO"** y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Ribera y Llobera, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN

¿Es justa la sentencia apelada?

VOTACIÓN**A la cuestión planteada el Dr. Ribera dijo:**

1. La sentencia apelada (fs. 746/50) rechaza la acción entablada por Emilia Ester Bertuzzi contra Gloria Martha Patiño por nulidad del testamento ológrafo otorgado por Yalila Aisa, ya fallecida. Impone las costas a la actora vencida y difiere la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el art. 51 de la ley 8.904.

2. El referido decisorio es recurrido por la demandante (fs. 755), a cuyo fin expresa agravios (fs. 778/82), los cuales no obtuvieron respuesta de la demandada.

3. Agravios

Se agravia la apelante en primer lugar, porque el magistrado de la anterior instancia no hizo lugar a la acción instaurada por nulidad de testamento, basándose para ello en imprecisos e incompletos dictámenes periciales, tomados para sí por la sentenciadora.

Asimismo solicita la realización de un nuevo relevamiento pericial técnicamente acorde a la situación planteada.

Se queja además por cuanto se omitió en el fallo considerar su crítica, efectuada al momento de impugnar la pericial caligráfica, relativa a que el perito carecía del instrumental científico adecuado para realizar su informe, circunstancia expuesta por el experto al decir que no le era posible determinar la temporaneidad de la firma, atento que dicho estudio debe realizarse con medios químicos con los que no cuenta.

Señala que otro perito especializado debería realizar un estudio pormenorizado de las grafías con las técnicas químicas y elementales del estudio de la tinta y la escritura. Enfatiza en que debería haberse usado el método scopométrico.

Asegura que la sentenciadora se ha negado a admitir la realización de otro peritaje caligráfico, limitándose a decir que las explicaciones brindadas por el perito actuante fueron por demás claras y fundadas, situación que motiva el agravio de la recurrente, abundando la misma en consideraciones puntuales del peritaje realizado en autos.

En suma y por los fundamentos que expone, solicita que se revoque la sentencia dictada, con costas.

4. Antecedentes

i. Emilia Esther Bertuzzi interpone un pedido de nulidad de testamento ológrafo otorgado con fecha 7 de enero de 2007 por la hermana de su madre, Yalila Aisa, -de quien la actora entonces resulta ser sobrina- a favor de la demandada Gloria Patiño. Aduce que se presenta en su carácter de heredera de doña Esther Edelmira Romero, vínculo que surge de la declaratoria de herederos dictada en los autos "Aisa, Yalila y Romero, Esther Edelmira s/ Sucesión" con fecha 5 de julio de 2007, en la que se declaró que por fallecimiento de Teresa González le suceden en carácter de universales herederas sus hijas: Esther Edelmira Romero y Yalila Aisa.

Manifiesta que en dichos autos fue incorporado y protocolizado el testamento ológrafo que cuestiona.

Por otra parte refiere que en los autos "Bertuzzi, Emilio y Romero, Esther Edelmira s/ Sucesión", fue declarada

heredera con fecha 22 de octubre de 2003, conjuntamente con sus hermanos Carlos Alberto y Liliana Inés Bertuzzi.

Expresa la actora que dirige la acción contra quien resulta ser beneficiaria del testamento ológrafo otorgado el 7 de enero de 2007 por la causante, Gloria Martha Patiño instituida heredera respecto de bienes determinados y precisos: el inmueble de la calle Juncal 4287, localidad Olivos, Partido de Vicente López y los bienes, muebles y joyas existentes en el mismo.

Señala que el ámbito y estado psico físico en el cual Yalila Aisa testó de su puño y letra, no era propicio para hacerlo, ni para expresar la razón perfecta y completa que le exige la ley, dado que la situación de su salud le impedía cumplir con los requisitos exigidos, al punto que falleció 4 días después de ello.

Relata que la causante, de 79 años, ingresó al Instituto Cardiovascular Buenos Aires el 2 de enero de 2007 con un síndrome coronario agudo, permaneciendo en la sala de terapia de cuidados intensivos.

Dice que de la historia clínica surge que era diabética, hipertensa, padecía de insuficiencia renal crónica, y fue internada con un infarto agudo de miocardio anterior evolucionado, con función sistólica severamente deprimida.

Destaca que Aisa padecía de disnea, patología definida como falta de oxigenación del cerebro, lo que a su juicio, afecta las facultades mentales del paciente, y en consecuencia su discernimiento.

Señala que además, desde largo tiempo atrás, padecía una severa disfunción en la visión, lo que la "obligaba a la ayuda externa para ver con cierta normalidad" (fs. 101, párr. 3ro.).

Por los argumentos que esgrime, la actora sostiene que la causante no redactó ni firmó con su puño y letra el testamento y que en el supuesto caso que lo hubiera escrito, no se encontraba con la "razón perfecta" que exigen los arts. 3613 y 3614 del Código Civil, para darle validez al acto de última voluntad otorgado "in extremis", hecho que surge del cotejo de las fechas de internación y de fallecimiento.

También expresa que el léxico utilizado no se compadece con la educación ni con el conocimiento de la otorgante, ya que la forma y contenido de la redacción no corresponde a una persona común, por tratarse de una terminología jurídica llena de tecnicismos legales. Más aún dice, que la causante solo tuvo instrucción primaria y trabajó en una oficina municipal gran parte de su vida.

Por último hace notar la incoherencia de la manda testamentaria ya que el inmueble del que dispone Aisa, no le pertenecía en su totalidad sino que lo compartía en condominio con su madre, Teresa González.

Es por ello que se presenta a solicitar la nulidad del aludido testamento por las causales que indica, con costas a la contraria.

ii. Estos dichos son ampliados por la demandante (fs. 122/24) quien aclara, entre otros aspectos, que solicita la nulidad del testamento ológrafo otorgado por su tía Yalila Aisa en favor de Gloria Martha Patiño, por: falsedad de letra y firma, e incapacidad -falta de discernimiento de la de cujus- a la fecha del testamento ológrafo que se le atribuye.

iii. A su turno contesta demanda Gloria Martha Patiño (fs. 151/60 vta.) solicitando su rechazo con costas.

Realiza las negativas de rigor, y señala en primer lugar que de la historia clínica de Yalila Aisa surge que durante su internación, se mantuvo siempre en estado de lucidez, permaneciendo desde el día 6 de enero hasta el 10 en sala de cuidados intermedios.

Controvierte la afirmación respecto a que la edad de la causante la convierta en incapaz, y señala numerosos ejemplos de personas de más de ochenta años que se desempeñan con eficacia e idoneidad.

También afirma que nada obsta al otorgamiento del acto cuestionado la circunstancia de haber padecido Aisa diabetes, hipertensión o insuficiencia renal, ya que no son enfermedades que menoscaben el intelecto ni la comprensión de las acciones.

Dice que la actora no tenía trato con su tía, y asegurar como aquella hace, que el testamento no fue hecho de puño y letra de Aisa o que si lo hizo, no fue en uso de

sus facultades mentales, carece de toda lógica y viso de realidad.

Por el contrario, sostiene que Yalila Aisa estaba en estado de perfecta razón y nada dificultaba la expresión de su última voluntad.

Recuerda que el testamento fue declarado válido el 28 de diciembre de 2007 y protocolizado por escritura pública el 26 de noviembre de 2007.

Entiende que del líbello que se le traslada, surge contradictoriamente el reconocimiento de que Yalila Aisa otorgó el testamento cuya nulidad requiere.

Asegura que será demostrada la capacidad de la testadora, tanto por la pericial médica como por la caligráfica y por la prueba testimonial que se producirá.

Se explaya además sobre circunstancias personales que definieron la relación de Aisa con sus sobrinos, siempre conflictiva, por cuanto si aquellos hubieran actuado con corrección, dedicación y amor, otra hubiera sido la última voluntad de su tía.

No obstante, prefirió testar como lo hizo -dice-, ya que nunca se ocuparon de ella.

Cuestiona que Aisa fuera una persona sin educación, por el contrario, alcanzó puestos de jerarquía, lo que acredita con la carta que el entonces Intendente de San Isidro le remitiera, despidiéndola elogiosamente en oportunidad de su jubilación como Directora General de Salud Pública.

Considera que no es necesario haber cursado una carrera universitaria para obtener determinado tipo de conocimientos que resultan accesibles para las personas por variados tipos de medios de información.

Reitera que Yalila Aisa se encontraba perfectamente lúcida el día que otorgó el testamento, tal como surge de los partes médicos y dan cuenta las personas que la atendieron, reuniendo el acto los requisitos que se exigen para el mismo (arts. 3606, 3067, 3613, 3639 del Código Civil).

Ofrece prueba y pide el rechazo de la demanda.

5. La nulidad del testamento ológrafo

Constituye un principio común que el testamento es un acto escrito y solemne, de modo tal que las formalidades exigidas por la ley para el otorgamiento de ese acto tienen el aludido carácter y su omisión, en principio genera la nulidad del mismo.

La nulidad predica ineficacia en razón de vicios o defectos constitutivos, ello es, que atañen a cualquiera de los presupuestos del acto testamentario o de una de sus disposiciones. Se trata de vicios sustanciales de legalidad, en relación a los sujetos -testador y beneficiarios de las disposiciones del testamento- el objeto y la forma (Zannoni, Eduardo, "Derecho de las Sucesiones", Tomo II, Ed. Astrea, pág. 615).

La más autorizada doctrina entiende que la exigencia del requisito de la *manuscrición* es comprensible: "sirve para establecer la autenticidad del acto, facilitando la prueba caligráfica si se adujera su falsedad. El cotejo de las letras extendido a todo el documento resulta más ilustrativo que reducido a la firma.." (Fassi, "Tratado de los Testamentos", t. 1, pág. 132, n° 177, cit. por Zannoni, ob.cit. pág. 352).

El artículo 3639 del Código Civil dicta sobre el particular que "el testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido", de lo que se extrae que para que exista dicha forma ordinaria de testamento, es necesario que concurren tres presupuestos, a saber: a) escritura de puño y letra del testador; b) fecha y c) firma y a su vez, que dichas formalidades deber ser observadas bajo pena de nulidad (CC0203, La Plata, "Lofeudo, María Esther s/ Sucesión", 106161, RSD-14-6 S 28-2-2006, sumario JUBA B354007).

No puedo dejar de señalar que la ley 26.378, promulgada el 6 de junio de 2008, aprueba en nuestro país la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Este instrumento internacional reafirma la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad ejerzan plenamente y sin discriminación los derechos humanos y

libertades fundamentales, tomando en consideración que la discapacidad es un concepto que evoluciona. Consagra como principio fundamental el de la autonomía individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. El art. 12 establece que los estados asegurarán que todas las medidas sobre capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de esas personas.

No veo necesario aplicar esos principios para resolver este caso concreto, porque lo cierto es que al enfatizar la jurisprudencia actual sobre el respeto a la voluntad del testador, cuando no se ha acreditado rigurosamente su incapacidad, por aplicación de la presunción establecida por el art. 3616 del C. Civ -en vigencia desde 1871- no hace sino seguir ese mismo criterio.

Como ya quedó dicho, el art. 3613 del Código de fondo establece la presunción de salud mental de la que goza toda persona no inhabilitada y pone en quien pide la nulidad del testamento la carga de la prueba de la falta de "completa razón".

De las constancias de la causa, no encuentro que haya logrado la parte actora acreditar la falta de "perfecta razón" de la testadora, ni en el momento preciso -el acto del testamento-, ni en la época más próxima posible a esa fecha, en consonancia con la terminología utilizada por nuestro Código (art. 375 C.P.C.C.).

Más aún, en el peritaje médico producido en autos se ha dejado expresa constancia respecto a la facultad de Yalila Aisa para otorgar actos como el que se le adjudica, señalando el experto que "de la compulsión de la documental médica de autos surge que durante el examen clínico que se le practicó a la paciente el mismo día en que testó, su estado mental era lúcido, asimismo la historia clínica permite descartar el efecto de algún fármaco que pudiese haber enajenado la inteligencia y/o voluntad de doña Yalila Aisa al momento de testar" (respuesta 5, fs. 526).

Concluye la perito médica diciendo que: "del análisis exhaustivo y pormenorizado de la historia clínica de doña Yalila Aisa, no surgen indicios claros de anormalidad que den fe de que no existía la necesaria capacidad para conocer y querer en el momento de redactar el testamento. Ergo, debe

considerarse desde la óptica médico-legal que Doña Yalila Aisa mantenía íntegra su capacidad de obrar y era apta para la adopción de decisiones que versasen sobre sus propios intereses" (fs. 526).

Controvierte la demandante el peritaje médico (fs. 535/7) -contestado a fs. 548-, sin lograr conmover los fundamentos científicos en los que aquel se basó (arts. 474 y ccs. del C.P.C.C.).

Respecto del peritaje caligráfico (fs. 619/648), "impugnado" por Bertuzzi (fs. 650/7 vta.), procede el experto a contestar las observaciones efectuadas (fs. 702/08), rechazando las mismas y en particular el pedido de un nuevo peritaje, siendo desestimado por la sentenciadora de grado anterior mediante providencia de fs. 709.

Esta resolución, fue motivo de recursos de revocatoria y de apelación en subsidio (fs. 710/11 vta.), denegándose el primero, concediéndose el interpuesto subsidiariamente.

Señala la apelante que la prueba pericial caligráfica de autos denota poco profesionalismo, carece de fundamentos técnicos mínimos, abunda en respuestas evasivas e incompletas y conceptos vagos, limitándose a observaciones subjetivas sin sustento lógico.

Esta Cámara se pronunció oportunamente acerca del pedido de nulidad del peritaje caligráfico, expresando que el cuestionamiento de la pericial en el caso, en modo alguno implica su nulidad, prueba que será oportunamente merituada. En consecuencia se rechazó la nulidad solicitada (fs. 720/1).

No obstante ello, al apelar la sentencia definitiva, reitera el planteo de la cuestión al pedir en su expresión de agravios la realización de un nuevo relevamiento pericial en esta Alzada.

Entiendo que bien hubiera podido el apelante hacer uso del pedido de replanteo de prueba en esta instancia, mecanismo impugnativo a través del cual pudo intentar que se revise la decisión del Juez de 1º instancia que hubiera resuelto desestimar la producción de algún medio de prueba (arts. 255 inc. 2º y 383 del C.P.C.C.).

No obstante el recurrente prefirió acudir por vía de apelación subsidiaria, y someter el tema a decisión de esta

Alzada, que como quedó dicho, ya se pronunció al respecto (fs. 720/1). De manera que, no corresponde emitir nueva opinión ni abordar una cuestión ya decidida, pese a la insistencia del reclamo de nulidad del peritaje caligráfico, y de conformidad con el principio procesal de preclusión.

Por los fundamentos expresados, no habiéndose probado falta de idoneidad del experto ni acreditado por medio eficaz que el dictamen fuera incompleto, deberá estarse a las conclusiones del peritaje caligráfico que luce en la causa (fs. 619/648).

7. La contundencia de la prueba caligráfica.

Del mismo surge que "de acuerdo con los estudios, exámenes y análisis realizados sobre los instrumentos INDUBITADO-DUBITADO, en autos y a las evidencias que se desprenden de la documentación gráfica adjunta, este Perito dictamina que: 1- se encuentran concordancias afines entre la firma y los textos dubitados del testamento ológrafo puesto a consideración pericial, con las firmas y grafías aportadas como base de cotejo, por lo que formalmente surgen identidades comunes; 2- Con relación a "si la escritura del Testamento que se impugna fue realizada en un solo acto" de acuerdo a la técnica pericial caligráfica no es posible efectuar la determinación solicitada, dado que la tinta utilizada en la confección del mismo no es evolutiva por lo que no se puede determinar contemporaneidad; 3- con respecto a "si la firma se corresponde con la tinta y contemporaneidad del texto", la conclusión se divide en dos partes: a) por el tema tinta, de acuerdo al examen físico con lupa monocular estereoscópica se observa similar tonalidad tintórea y símil grosor del elemento escritor; b) con relación a la contemporaneidad, reitero no es posible determinar a tratarse de tinta no evolutiva; 4- Referido a "tipo de letra entre grafía, firma y rúbrica", los textos lo fueron con letra tipo cursiva corriente, las firmas semilegibles presentan caracteres semejantes a ese tipo de letras y la rúbrica es de tipo sencilla; 5- Con relación a "explique diferencias y características que puedan determinar el parecido o no, la autenticidad o exclusión de ella entre los elementos indubitados propuestos y el elemento dubitado, es decir el

testamento adjudicado a la occisa Sra. Yalila Aisa", el detalle de las características que fundamentan mi opinión fue explicitado precedentemente a lo que me remito" (fs.647 vta/8).

Es dable recordar que esta Sala se ha pronunciado reiteradamente con relación a la prueba pericial, sosteniendo que estos son auxiliares de la justicia cuya misión consiste en contribuir a formar la convicción del Magistrado quien, no obstante no estar ligado categóricamente a las conclusiones del peritaje, que es solo un elemento informativo sujeto a la apreciación del juez (SCBA, Ac. y Sent. 1957-IV-54; 1961-V-490), no significa que éste pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo (conf. causas 45.416 del 23-2-88, Sala 1º).

En la hipótesis, entiendo que las apreciaciones del perito calígrafo tienen fundamentos científicos suficientemente sólidos como para tener en cuenta a la hora de decidir (arts. 474, 384 del C.P.C.C.). En cuanto a las manifestaciones vertidas por las partes, cuadra señalar que la desinteligencia de los litigantes con la opinión del perito, no resulta suficiente sino se arriman evidencias capaces de convencer al sentenciador que lo dicho por el especialista es incorrecto, que sus conclusiones son erradas, o que los datos proporcionados son equívocos o mendaces. Por ende, la crítica que se reduce a la mera discrepancia con el experto y valoraciones practicadas por éste, no puede ser receptada, ya que el dictamen técnico debe ser atacado con fundamentos de igual naturaleza (arts. 474, 384 del CPCC.). Ello se aplica entonces a la discrepancia manifestada en la presentación de fs. 650/7 vta., la cual carece de los requisitos para desvirtuar el peritaje reseñado.

Destaco además que el código de rito no contempla la impugnación propiamente dicha, sino que se refiere al pedido de explicaciones, el que *podrá* ser requerido por el Juez si lo considerase conveniente (art. 473 del CPCC.), destacando por otra parte que la apelante en su escrito se limitó a impugnar sin requerir explicación alguna. No obstante ello

el experto las brinda satisfactoriamente a mi criterio en su presentación de fs. 702/8 vta.

En consecuencia, valoradas las pruebas aportadas a la causa a la luz de la sana crítica, juzgo acertada la decisión del Magistrado de Primera Instancia en cuanto propicia el rechazo de la acción de nulidad de testamento.

Como corolario, y por los fundamentos hasta aquí expuestos, propongo que se confirme la sentencia de Primera Instancia venida en revisión (arts.1038, 1044, 3630, 3639 y ccs. del Código Civil y arts. 375, 384, 421, 474 y conc. del CPCC.).

Por todo ello y fundamentos expuestos, voto por la **AFIRMATIVA**

Por los mismos fundamentos que los señalados el **Dr. Llobera** votó también por la **AFIRMATIVA**.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada (fs. 714/50).

Visto el resultado del recurso interpuesto las costas de esta Alzada se imponen a la actora apelante en su condición de vencida (art. 68 del CPCC.). Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad legal (art. 31, 51 de la ley 8.904).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Carlos Enrique Ribera Hugo O.H. Llobera

Juez Juez

Miguel L. Alvarez

Secretario