

Sobre constancias que deben sentarse en la carátula de un testamento cerrado ⁽¹⁾

TEXTO DEL ACTA NOTARIAL LEVANTADA EN LA CARATULA DEL TESTAMENTO

Certifico: que don J. de D. R., de este vecindario y persona de mi conocimiento me exhibió este sobre cerrado manifestándome que adentro se encuentra su última voluntad o testamento, escrito por otro y firmado por él, pidiéndome lo constatará así a los efectos legales. Encontrándose simultáneamente presentes don J. de D. R. y los testigos don J. C. L., don A. M., don E. M., repito don A. M., don E. M., don M. S., don P. C., de este vecindario, mayores de edad y de mi conocimiento, di lectura a la presente que en el mismo acto firman conmigo todos los nombrados. De que doy fe. — Montevideo, octubre catorce de mil novecientos treinta. (Siguen todas las firmas).

Escrito del Albacea

Los tres sobrinos de don J. de D. R. que se han presentado en autos para atacar la validez del testamento, han planteado en su escrito no sólo la nulidad del testamento, sino también, la falta de institución de heredero, y la

(1) En el Juzgado de Primera Instancia de lo Civil de Primer Turno, se abrió la sucesión de don J. de D. R. por parte de los sobrinos del causante.

Habiendo aparecido un testamento cerrado del de cujus, y una vez abierto éste, los sobrinos impugnaron su validez, por vicios de la carátula; e impugnaron, asimismo, la validez de la institución de heredero, hecha en la cláusula 18 del citado testamento, asesorados por los doctores Lorenzo Vicens Thievent y Antonio M. Feliche.

El albacea designado en el testamento, Dr. Juan Vicente Chiarino, defendió la validez del testamento y la de la institución de heredero. Pero el asunto no llegó a sustanciarse, porque planteada la controversia, la persona jurídica que había sido instituida heredera, llegó a una transacción con los herederos del causante, sin intervenir en ella el albacea.

Habiendo publicado el Dr. Vicens Thievent, en un importante tomo, el escrito de impugnación a que aludimos —entre otras piezas jurídicas— es de interés la publicación del escrito forense con que el albacea defendió la validez del testamento y la firmeza de la institución de heredero.

nulidad de lo que reputan un legado dejado a P. S. por la cláusula testamentaria décimoctava.

En lo que concierne a la nulidad del testamento, sus impugnantes, fundan su argumentación, en los siguientes extremos:

- a) falta de presentación simultánea, a testigos y escribano, del pliego conteniendo el testamento;
- b) falta de manifestación de voluntad simultánea, a testigos y escribano por parte del testador;
- c) falta de constancia de que el pliego estuviese sellado;
- d) el escribano no extendió el acta en la cubierta del testamento que presentó el testador, pues ha dicho: “este sobre”, y hoy no existe semejante “sobre” en el testamento que ha sido protocolizado.

Los dos primeros argumentos —falta de presentación y falta de manifestación simultánea a escribano y testigos— admiten ser contestados en un solo capítulo, pues tienen casi idénticos fundamentos.

I

Los dos primeros motivos de impugnación: falta de constancia en el acta, de que el testamento se haya presentado y de que el testador haya formulado su declaración, simultáneamente al escribano y testigos

No es ciertamente, la primera vez que se plantea este problema ante los Tribunales del país. Ya se ha debatido el punto; y *existe jurisprudencia uniforme, en apoyo de la tesis que sostengo* en estos autos.

Considero y defiendo que no es menester —bajo pena de nulidad— que en el acta que se extienda en la cobertura de un testamento cerrado, se deje establecido que la presentación y manifestación del testador fué hecha a los testigos y al escribano simultáneamente. *Es necesario que así se haga: pero no es menester que la constancia expresa se estampe en el acta, bajo pena de nulidad.*

Los señores R. A. formulan, en este capítulo, los mismos argumentos que ya fueron planteados y debatidos, sin éxito para ellos, hace treinta años. Esos argumentos podrían resumirse así:

- 1) La ley da tanta o mayor importancia a los testigos que al propio escribano. Art. 801, párrafos 1 y 3 y art. 802;
- 2) En el acta debe constar expresamente esa simultaneidad so pena de nulidad absoluta de acuerdo con esos mismos artículos y el 830;
- 3) El testigo debe enterarse de la manifestación que hace el testador, según los arts. 809 inc. 10 y 806;
- 4) El acta —en el presente caso— sería la fiel expresión de la reali-

dad; no es que el escribano haya omitido o incurrido en inexactitud, sino que hubo real incumplimiento de las prescripciones legales.

Hasta aquí, los argumentos de los impugnantes del testamento.

Toda esta argumentación, a mi juicio, olvida dos extremos igualmente importantes de nuestra ley civil.

En primer lugar, que no hay nulidad por omisión de una formalidad, *sin que haya una disposición legal que, imperativamente, imponga esa formalidad*. Primero porque *las nulidades son siempre de estricta interpretación*, según un principio inconcuso de derecho; y segundo porque de acuerdo con el artículo 1560 del Código Civil sólo son nulidades absolutas —en materia de formalidades— las producidas “por omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos”

En segundo lugar que la ley civil ha especificado concreta y detalladamente *cuáles y cuándo son esenciales los requisitos o formalidades* a estamparse en el acta de un testamento cerrado para que ella sea válida y no nula. Se cita al efecto el art. 830 que expresa que deben observarse las formalidades establecidas para los testamentos, bajo pena de nulidad. Pero se olvidan claras disposiciones de artículos anteriores que no pueden menospreciarse para comprender el alcance del artículo 830.

Los arts. 801 y el art. 802 son fundamentales, para la discusión del problema sub-judice.

El art. 801 establece, con minuciosidad, cómo debe realizarse el acto que motiva el levantamiento del acta por parte del escribano en la carátula del testamento cerrado. Pero, al llegar al párrafo 4, establece *precisamente*, cuáles son las constancias que deben estamparse por parte del escribano que extiende el acta, en el sobrescrito o carátula, porque dice expresamente que el escribano levantará un acta “*donde conste la declaración expresada*”. ¿Qué declaración? La que fija el párrafo anterior del mismo artículo, al decir, a la letra, el Código: “...*declarando que allí se contiene su última voluntad, escrita o firmada por él o escrita por otro pero con la firma del testador*”.

He ahí un caso de nulidad: si el escribano, por ejemplo, omitiera decir que el testador declaró que el testamento había sido escrito por otro y firmado por él. Y no es ese el caso único de nulidad por falta de alguna de las constancias expresas que este artículo 801, exige se establezcan en el acta, pues en seguida, en su inciso siguiente, dice: “si el testador por impedimento que le sobrevenga, no pudiese firmar en el sobrescrito o cubierta, *se hará mención de la declaración que haya hecho y de su ruego a uno de los testigos para que firme a su nombre*”

Esos sí, son “*requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de este acto*” (art. 1560), porque son claramente exigidos por el art. 801. Y, a esos sí, se aplica el art. 830.

Esta interpretación exactísima del art. 801, se cierra definitivamente con el art. 802, que establece a la letra que “lo dispuesto en el inciso último

del art. 794 es aplicable al otorgamiento que se hace constar en la cubierta del testamento cerrado”

La referencia del art. 802 no es a todo el art. 794 —disposición que fija una serie de formalidades que debe cumplir rigurosamente en el testamento abierto el escribano —*sino pura y exclusivamente al inciso último de ese artículo* que dice que “durante la lectura y el otorgamiento *deben estar presentes* todos los testigos sin que baste que la lectura se verifique separadamente” Y bien; esta simultaneidad, quedó perfectamente establecida en el acta extendida por el escribano V., así como también quedó perfecta constancia de la declaración del testador que exige el inc. 4 del art. 801. Luego no puede aplicarse el art. 830, porque “las formalidades a que respectivamente quedan sujetos los diversos testamentos” fueron observadas en el caso en cuestión, en cuanto a las expresas constancias que es menester —de acuerdo con el Código— dejar establecidas en el acta.

Los arts. 801 y 802 del Código Civil establecen dos cosas: *las formalidades que se deben llenar en el acto del otorgamiento de un testamento solemne cerrado; y las constancias que, es preciso estampar, en el acta levantada por el escribano, de algunas, no de todas, sino de algunas de esas formalidades, que la ley detalla con precisión.*

Pero, ¿acaso el acta que se tacha de nulidad dice que no hayan estado presentes los testigos, todos, simultáneamente desde un principio; o, por lo menos, lo deja entrever?

No señor! No dice semejante cosa.

Lo que hay es que, de acuerdo con la redacción que ha dado el escribano al acta, necesariamente debía poner el tiempo del verbo —por dos veces— en primera persona.

El escribano no ha redactado la carátula —podía legítimamente hacerlo como lo hizo, pues no hay fórmulas sacramentales— como lo hacen generalmente otros escribanos. Ha empezado la redacción de la carátula poniendo el verbo y pronombre en primera persona del singular, al decir que “me exhibe” “manifestándome”, etc., etc., por una sencilla razón de sintaxis: porque a continuación va a decir: “*pidiéndome lo constatará así a los efectos legales*”. He ahí la razón clara de lo que sorprende, sin motivo, a los impugnadores del testamento.

Si el escribano autorizante hubiera iniciado el acta como suelen hacerlo otros escribanos: que “se presenta Fulano de Tal y expresa tal o cual cosa”, pero sin que Fulano de Tal haga o formalice una solicitud o pedido al escribano, entonces quizá pudiera interpretarse en diversa forma el uso del verbo y pronombre que hizo el escribano V. Pero la redacción que este escribano dió a la carátula, *lo llevaba necesariamente a hablar en primera persona*: “me exhibe, me manifiesta”. ¿Por qué? Porque a renglón seguido dice: “*pidiéndome lo constatará así a los efectos legales*” Y bien: ¿son acaso los testigos y el escribano *los que pueden hacer constar los requisitos y las declaraciones* que la ley exige para el testamento cerrado? De ninguna manera.

El funcionario es el escribano: los demás son testigos —ya lo dice la ley— que deben estar presentes, que son necesarios para la validez del acto, que deben enterarse de la manifestación del testador, que deben estar simultáneamente presentes, etc., etc., pero que, *como no son ellos los que extienden el acta, como no son ellos el funcionario que debe hacer constar la declaración escribiendo lo que el testador le dice, resulta evidente que la solicitud tenía que ser hecha exclusivamente al escribano*. Y de ahí, que los tres verbos y pronombres aparezcan en singular, en forma coordinada, armónica y perfectamente lógica, de acuerdo con una elemental norma de sintaxis.

Este argumento que surge naturalmente del acta, no es una sutileza.

Basta comparar, en efecto, el acta extendida por el escribano V. con las que otros escribanos extienden. Por ejemplo, véase este formulario usado por don Solano A. Riestra en su obra “Ensayos Jurídico-Notariales”:

“...compareció el vecino de esta localidad N. N., persona de mi conocimiento de que doy fe, declarando que dentro de este pliego cerrado y sellado está contenida la expresión de su última voluntad escrita y firmada de su puño y letra. En su testimonio, levanta esta acta de la que da lectura hallándose presentes simultáneamente el testador y testigos que lo son los señores.....”

En esta acta y en muchas otras análogas, se explica el uso del gerundio “declarando” porque no sigue ninguna solicitud especial al escribano. Además el empleo del verbo en gerundio, permitiría al escribano hacer la constancia de la simultánea comparecencia de los testigos, *desde el principio*; y, sin embargo, *no la hace constar el formulario de Riestra*.

Y, el argumento que dejo expresado, que surge naturalmente de la redacción del acta, desbarata, por completo, el pretendido razonamiento de los impugnantes cuando llegan a sostener que el acta está redactada así, porque los testigos no estaban y recién comparecieron después. La cosa no tiene consistencia, carece de fuerza y de pruebas; el argumento *a silentio* que pretende deducirse no tiene ni apariencia de seriedad, y no merece mayor réplica.

Por último cabe añadir algo más, para que quede bien clara la economía general de la ley civil en materia de testamento, a los efectos de permitir una interpretación exacta. Cuando la ley civil quiere constancias expresadas en el acta del testamento cerrado, lo pide —como no podía menos de hacerlo— expresamente, con manifiesta y total claridad y de acuerdo con la exigencia del art. 1560. Por ejemplo, prueba de ello son el art. 803 y los incisos N.os 2 y 3 del art. 805, que demuestran bien a las claras que lo que desea el legisador que conste en forma clara en el acta levantada por el escribano, es *la declaración del testador*, confirmando lo que ya expresara en el inc. 4 del art. 801. Lo mismo puede decirse de los arts. 799 y 806.

Además, parecen ignorar los impugnantes del testamento, la existencia y el valor del art. 1158 del Código de Procedimiento Civil.

Según consta de la diligencia realizada por el Juzgado, de acuerdo con lo que estatuye el artículo mencionado, la declaración coincidente de los

cinco testigos no puede ser más definitiva. *Declararon* —estaban todos los testigos y el escribano sin faltar uno solo— *que sus firmas eran de su puño y letra; declararon que vieron que todas, incluso la del testador, —aclaran para más garantía—, fueron puestas en un solo acto; y añadieron que en su concepto el pliego que se les ha puesto de manifiesto, se encontraba cerrado, sellado y lacrado como lo estaba en el acto de su otorgamiento. ¿Se quieren más garantías de autenticidad? Porque, al fin y al cabo, lo que desea el Código —y de ahí su escrupulosidad al fijar el cúmulo de requisitos— es la seguridad plena de la autenticidad del testamento. Y, en el caso, respaldada ella, sin ningún género de dudas.*

II

El tercer motivo de impugnación: falta de constancia de que el pliego estuviere sellado

Los señores R. A. formulan su segunda impugnación en mérito a las siguientes consideraciones:

1) La constancia de estar sellado el testamento es la más importante de todas, para evitar la hipótesis de una sustitución.

2) El escribano dice que le fué entregado un sobre cerrado; no dice que estuviere sellado. Y, ¿es concebible que el escribano no viera los sellos?

3) Es menester que exista, en el acta, la constancia de estar sellado el testamento, so pena de nulidad.

Si la anterior causa de impugnación debe considerarse carente de fuerza necesaria para hacer declarar nulo el testamento, me parece que esta segunda es menos fuerte, sobre todo habiendo ya dentro de nuestro país, jurisprudencia muy interesante al respecto.

Varios de los argumentos hechos anteriormente para defender la validez del testamento, son perfectamente aplicables a esta nueva causa de supuesta nulidad. Por ejemplo, lo que llevo dicho sobre cuáles son, únicamente, las formalidades exigidas por la ley bajo pena de declarar nulo el testamento; el valor que tiene el art. 1158 del Código de Procedimiento Civil y la prolijidad y exactitud de las declaraciones que constan en el acta labrada por el Sr. Juez antes de la apertura del testamento, en la cual se dice expresamente que *escribano y testigos —todos— declaran que está el pliego cerrado, sellado y lacrado como en el acto de su otorgamiento*; la necesidad de interpretar *strictu sensu* las disposiciones que se refieren a las nulidades; la aplicación que tiene en estos casos el art. 1560 del C. Civil; la distinción muy importante que existe *entre exigir la realización de un hecho y exigir la constancia expresa de que ese hecho se cumplió*; etc., etc.

A todo ello cabe agregar algunas nuevas consideraciones.

En la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración tomo I, pág. 113, el Dr. Pablo de María publicó un estudio defendiendo la tesis de que

un testamento cerrado no es nulo, porque falte en el acta de su carátula, la constancia de que se dió lectura del acta en presencia de los testigos simultáneamente presentes, ni por falta de constancia de que estuviere sellado.

Nótese antes que nada, que don Pablo de María *fué más allá todavía, al sostener que no era imprescindible la constancia de la lectura ante los testigos simultáneamente presentes*. Y, por cierto que no le faltaba razón al interpretar —como lo hizo— la referencia del art. 802 al 794, pues es exactísimo que sólo alude al último inciso del citado art. 794, que establece la necesidad de la simultaneidad de presencia de los testigos; pero sin referirse a los dos incisos anteriores del mismo artículo que exigen, para el testamento abierto, que el escribano conozca al otorgante y *lo haga constar así*, y que debe leer el testamento al otorgante, a presencia de los testigos *haciéndolo igualmente constar* en forma expresa.

Y aquí cabría sacar buen partido de este argumento de De María, para el capítulo anteriormente estudiado. Porque, en efecto, si la ley civil no exige bajo pena de nulidad, que se deje constancia de que la lectura del acta se hizo estando simultáneamente presentes el testador y testigos, *¿cómo podría entonces exigir* bajo pena de nulidad, que se hiciera constar la comparecencia de los testigos desde el principio del acto?

Pero, sigamos con De María. El ilustre jurisconsulto hace argumentos de indudable interés perfectamente aplicables al caso y llega a una interpretación muy razonable del art. 802, y que resuelve el asunto en forma definitiva. Debe añadirse que la lectura de este estudio de De María tiene también una enorme importancia porque en él transcribe el acta cuya validez defendió con brillo. *Y esa acta es muy inferior* a la del Escribano V., pues, ni siquiera hace la menor alusión a la comparecencia simultánea de los testigos, en ninguna forma y en ningún momento, siendo así que *en el caso ahora en cuestión, esa constancia está fijada y recalcada doblemente*.

Al referirse el Dr. De María a la no constancia de estar sellado el testamento, lo da por resuelto en forma negativa, con la más absoluta convicción, refiriéndose además a dos casos de jurisprudencia favorable.

Dicen los señores R. A. que la constancia del sello es la más importante para evitar la hipótesis de una sustitución. Con decir que esta constancia debe considerarse como la más importante no se adelanta nada, porque *el problema no puede sino colocarse en estos términos precisos*: la constancia del sello, ¿es o no una constancia exigida por la ley civil bajo pena de nulidad? Y, entendido —vuelvo a insistir— que una cosa es la exigencia del sello, y otra muy diferente es la exigencia de la constancia de que los sellos estaban; y demostrado que *lo que la ley exige*, bajo pena de nulidad, es que el pliego esté sellado, pero que en ninguna parte exige bajo pena de nulidad, la constancia de ese hecho, *la cuestión está resuelta*, y el argumento de los impugnantes no pasa de ser un argumento efectista, hábilmente desarrollado por la ilustre defensa de los Sres. R. A.

De que el escribano no haya dicho, por último, que estaba sellado, *no se deduce que el escribano no vió los sellos*. El argumento es trivial. Además para algo existe la diligencia del art. 1158 del C. de Procedimiento Civil. Y para algo manifestó el escribano —y con él todos los testigos sin discrepancias— *que los sellos estaban, tal cual, en el acto de su otorgamiento*.

III

La jurisprudencia y la doctrina francesa

Es menester dedicar párrafo aparte a las numerosas referencias que hacen los impugnantes, a la doctrina francesa y a la jurisprudencia de los Tribunales franceses.

Dos aclaraciones previas.

En este, como en todos los pleitos, la solución *hay que buscarla en la ley*. La observación puede parecer obvia; pero conviene repetirla. Si el asunto está resuelto en el Código, la doctrina contraria *es inútil invocarla*. En todo caso servirá para demostrar el error del Código o lo añejo o equivocado de sus disposiciones, para prestigiar una reforma; *pero mientras la ley rija hay que respetarla íntegra y celosamente*. Y, si la doctrina es extranjera hay que tener doble cuidado, pues *más de una vez se refiere a leyes que no son idénticas a la nuestra* y entonces su aplicación resulta vanamente buscada.

La segunda aclaración: los Sres. R. A. hablan de Jurisprudencia —en términos un tanto ambiguos— pero cuando se refieren a casos concretos no pueden más que citar jurisprudencia francesa y no nacional. Y, si la jurisprudencia nacional *no tiene entre nosotros más valor* que lo que ella pueda significar como antecedente a tenerse en cuenta, *¿a qué título podrá invocarse*, poco menos que como razón suprema, la jurisprudencia no nacional, sino extranjera?

El artículo concordante con el 801 del C. Civil, es dentro del Código Francés, el 976.

Afirmo que el Código Francés es bastante distinto al nuestro. No sólo porque dentro de la ley francesa no existe un artículo correlativo a nuestro 802, sino también porque dentro del 976 francés hay una diferencia marcada con el 801 de nuestro Código.

La diferencia consiste en lo siguiente: mientras el 801 del Código Civil especifica en su inc. 4 qué es lo que debe hacer constar el escribano autorizante (“... un acta en la que conste la declaración expresada”), y ese artículo se complementa con el siguiente 802, la disposición francesa del 976 no especifica de ninguna manera las constancias que deberá dejar establecidas el escribano autorizante. Después de hablar de los diversos requisitos que se deberán cumplir para el testamento “secret ou mystique” el art. 976 del C. Francés dice simplemente así: “le notaire en dressera l'acte de suscription...” Esta redacción motivó en Francia una discusión famosa en torno del pronom-

bre “*en*” Según una opinión generalizada el pronombre delante del verbo (“*en dresserá*”) implicaba referir *el pronombre a todos los requisitos detallados* en la parte anterior del mismo artículo 976. Pero, según Coin-Delisle, por el contrario, el pronombre “*en*” *se refería puramente a la palabra testamento*, de modo que el sentido del artículo sería este: “*le notaire dresserá l’acte de suscription du testament...*” y quedaba a cargo del escribano, libremente, dejar las constancias *que creyere oportunas*.

Este problema está muy bien planteado en Marcadé tomo 4 pág. 35 in fine y siguientes. Y, conocida es la influencia que tuvo Marcadé sobre Tristán Narvaja. Pues bien: el legislador patrio, que conocía esa discusión en Francia, pues Marcadé estuvo siempre al alcance de su mano, prefirió dar al artículo 801 una redacción distinta del 796 francés, buscando con ello de solucionar aquel problema, al detallar y especificar las constancias que debían ser estampadas por parte del escribano autorizante.

Es fácil notar en nuestra ley civil las apreciables diferencias que hay en la materia con la legislación francesa, porque como queda expuesto, en la nuestra se establece *cuáles son las constancias imprescindibles y cuáles no son imprescindibles* (como constancias —entendámanos— aunque sea menester dar cumplimiento a los requisitos, que es cosa distinta como quedó dicho y repetido antes). Por eso, es natural afirmar que la jurisprudencia francesa, en general, y aún la misma doctrina, poco, muy poco puede decidir en este problema, *que está decidido por nuestra ley, resuelto en casos por nuestra jurisprudencia y comentada por nuestros jurisconsultos*.

Es necesario agregar que la jurisprudencia francesa tendría que ser celosamente estudiada, pues a través de referencias que pueden verse en Baudry-Lacantinerie et Colin (tomo XI edición de 1905), números 2137 y siguientes, no parece ser tan uniforme y tan precisa como lo suponen los impugnantes del testamento de don J. de D. R.

Además, Baudry afirma en el tomo citado número 2139, pág. 124, que hay una diferencia enorme entre el testamento abierto y el testamento cerrado, pues para el primero el Código Francés exige “*menciones expresas*” de ciertas formalidades, mientras que en acto del testamento cerrado basta con “*simples constancias*”, dando a unas y otras expresiones, un sentido totalmente diferente. Y añade que la jurisprudencia está conforme con esa tesis y los autores la aprueban.

El propio Baudry sostiene (misma pág. N° 2140) que es evidente que el “*en dresserá*” se refiere a todo lo anterior y no puede aplicarse a las formalidades que a continuación sigue describiendo el art. 976 del Código Francés. Quedaría, de acuerdo con este criterio, fuera de los requisitos indispensables, la constancia de que el acta estaba firmada por el testador, por el escribano y por los testigos, *conjuntamente*.

¿Debe pues privar la jurisprudencia y la doctrina francesa para resolver el asunto, ante disposiciones de la ley que son claras, resoluciones de nuestros Tribunales que son concordantes y estudios de ilustres jurisconsultos que coinciden?

IV

El cuarto motivo de impugnación: el escribano no extendió el acta en la cubierta del testamento que presentó el testador, pues ha dicho "este sobre" y hoy no existe semejante "sobre" sino que es una hoja de papel sellado.

En esta última objeción, los señores R. A. nuevamente insisten en insinuar algo que no se han atrevido a sostener de frente: la suplantación de las disposiciones testamentarias.

La objeción no merece ser considerada in extenso: carece de consistencia en sí misma.

El acta de apertura es definitiva al respecto. Basta leerla para darse cuenta que la autenticidad del testamento está perfectamente garantida. De modo que es supérfluo todo razonamiento que tienda a probar lo contrario, si no viene asistido de la prueba necesaria e imprescindible. No basta, pues, echar una sombra porque el escribano haya podido emplear mal una palabra. Si es que la empleó mal. *Sobre*, según el diccionario de la Real Academia Española edición de 1925, es la "cubierta, por lo común de papel, en que se incluye la carta, comunicación, tarjeta, etc."

El propio Código Civil demuestra que toma la palabra *sobre*, *cubierta*, *sobrescrito*, como sinónimos en el sentido de que es todo aquello que encierra el testamento que, por ser cerrado, no va a presentarse en forma tal que permita ser conocido en parte o en todo.

Además, no es *sobre* una palabra que deba ser empleada en forma tal que, por el solo hecho de emplearla y no encontrar luego lo que comercialmente se usa como sobre de correo, ya puedan tejerse semejantes suposiciones que permitan echar por tierra la voluntad última de un testador, sin ofrecer un asomo de prueba de que hubo una suplantación.

V

Doctrina y jurisprudencia nacionales

La tesis que sostengo en autos, es la que ha contado con el apoyo de la jurisprudencia nacional, y ha sido sostenida eficazmente por figuras renombradas del foro nacional, y por escribanos destacadísimos.

En la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, (tomo I, pág. 113, correspondiente al mes de enero de 1895, el Dr. Pablo De María publicó un trabajo definitivo al respecto. Ese importante estudio, fué reproducido íntegramente en la Revista de la Asociación de Escribanos (tomo I, pág. 49), correspondiente a febrero de 1905. El valor del estudio del Dr. De María era tal, que mereció ser reproducido diez años más tarde, en la citada revista gremial de los escribanos.

Don Solano A. Riestra —un verdadero maestro entre los notarios nacionales— en su obra “La contratación notarial” (tomo II, N.os 61 al 66), estudia los problemas que suscita la carátula de un testamento cerrado para el escribano autorizante y sin perjuicio de proponer un formulario que esté por encima de toda discusión, al hacer el estudio analítico de los problemas, llega a conclusiones análogas a las que en estos autos sostengo, invocando además el testimonio del aludido trabajo de don Pablo De María.

En los manuales teórico-prácticos para el uso de los escribanos, se publicaron fórmulas de acta para carátula de testamento cerrado, que no contienen las constancias que según los Sres. R. A., serían indispensables para la validez de los testamentos cerrados. Puedo citar la obra de don Eduardo Garçao, “Manual Teórico-práctico del escribano” (edición de 1905, pág. 57); lo mismo puede decirse del “Manual del Escribano” de Somoza y de “Ensayos jurídicos notariales” vieja obra de don Solano A. Riestra. Otras obras como “El escribano uruguayo” del escribano Luis P. Barbeito (edición de 1898), presentan modelos de carátulas completísimos, pero cuando el autor habla de lo que, por ley debe contener el acta que extienda el escribano, en materia de constancias, no aparecen estas en que toman base los impugnadores, para sostener la supuesta nulidad del testamento (obra citada, pág. 89).

También podría citar jurisprudencia concordante que evito de hacer por no prolongar el escrito. Ya dije antes que don Pablo De María en su aludido trabajo, invoca dos casos de jurisprudencia conforme. A esos casos podría agregar otros, igualmente interesantes y fundamentales, emanados de los Tribunales de Apelaciones, que permiten afirmar que la jurisprudencia uruguaya se inclina a la tesis que en autos vengo sosteniendo.

VI

Cinco argumentos para demostrar que no hay institución de heredero

Los señores R. A., amparan su pretendido derecho en cinco argumentos que he de refutar:

a) la cláusula 18 del testamento establece un legado, pero no instituye heredero, porque si bien no es imprescindible que se emplee la palabra heredero”, la calidad de tal debe surgir en forma inequívoca. (Artículos 776 y 780 del Código Civil);

b) el testador ha dicho en esa cláusula: “se entregará”; y sólo los legatarios necesitan que les “entreguen” mientras que los herederos suceden al difunto, desde el momento mismo de la apertura de la sucesión. (Artículos 776, 1037 y 938 del Código Civil);

c) la cláusula 18 establece una disposición modal, característica de los legados. (Artículo 956 del Código Civil);

d) el causante dejó establecida en su cláusula 2 del testamento que su

esposa era su heredera, sin manifestar sustitución alguna: queda, pues, clara en ese sentido, la voluntad del testador;

e) el legislador sólo estableció el acrecimiento en los legados de la cláusula 17, excluyendo deliberadamente esa posibilidad en la cláusula 18.

Muy brevemente, dada la extensión que ya ha tomado este escrito, voy a refutar los argumentos que acabo de resumir.

EN CUANTO AL PRIMERO. — La cita del artículo 780 del Código Civil, decide precisamente el punto, pero en sentido contrario al que se pretende. Aún cuando el testador no “haya usado materialmente la palabra heredero —dice la ley— si su voluntad está clara acerca de este concepto, “ valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia”.

Marcadé —tratadista preferente para el codificador patrio— estudia el punto para llegar a la solución de que, en esta materia, hay que buscar de desentrañar *la voluntad del causante, la intención del testador, cualesquiera sean las palabras usadas en el testamento*, aún empleando algunas que pudieren —por sí solas— dar a entender que no hay heredero sino legatario (Marcadé, tomo 4º, Nº 95, pág. 70 y sigt.). Lo mismo ha sostenido victoriosamente en nuestro país el Dr. Rodolfo Sayagués Lasso, siendo Fiscal de lo Civil, con acopio de fundamentos lógicos y doctrinarios (Vistas Fscaleas, tomo I, pág. 607 y sigt.). “Hay en cada caso discutido, dice Sayagués Lasso, *una cuestión de interpretación de la voluntad del testador*. Este puede haber “ usado *palabras inadecuadas para expresar su voluntad* y tal cosa puede ocurrir cuando se trata *especialmente* de testamentos cerrados, redactado muchas veces, sin el auxilio o sin el consejo de personas de versación jurídica. . . ” (pág. 608). “Uno de los caracteres típicos del heredero, dice también ese ilustrado jurisconsulto, *es el derecho de la universalidad de los bienes, actual o eventual*” (pág. 615, obra citada). Y aclara a continuación su pensamiento reputando que hay heredero y no legatario, “si uno se encuentra *en presencia de instituidos aunque sea con el nombre de legatarios, cuyas cuotas no son fijas o irrevocablemente determinadas*, sino que pueden “ oscilar” (pág. 616). Y agrega que, poco importan las modalidades de la institución, y la cantidad o la proporción.

La cláusula 18 del testamento al disponer del sobrante en la forma que lo hace, da carácter de universalidad a la institución; y por eso no es menester que emplee la palabra heredero, materialmente, para que así se entienda. Por tanto la aplicación estricta del art. 780 no puede llevar a considerar que el testamento de don J. de D. R. carece de institución de heredero, sino que, por el contrario, *permite sostener con plena convicción* que no se precisa salir de la ley civil para reputar válida la institución de heredero que se ha hecho. Todo, es un problema de averiguación: *la intención del testador*: de inmediato probaré que la intención del causante no pudo ser más que esa.

EN CUANTO AL SEGUNDO. — Carece de toda significación el que el testador haya empleado —y empleado mal— el verbo “entregar” Y la argumentación que sobre el mal empleo de una palabra se teja, es necesariamente

te artificiosa. Ya dije que un jurisconsulto de las dotes del Dr. Sayagués Lasso sostuvo que, *aunque alguien se llamase en el testamento "legatario" podría ser en verdad heredero si la intención del causante aparecía clara*. Y, cabe agregar que la vista fiscal mencionada dió lugar a una sentencia concordante del Juez de lo Civil Dr. Regules, que fué consentida (obra citada pág. 624 y siguientes).

EN CUANTO A LO TERCERO. — Tendría que repetir lo que acabo de exponer en el párrafo anterior. La persona jurídica que quedaba instituída heredera, tiene a su cargo varias obras, todas importantes e inconclusas. Nada tiene de extraño que el testador haya expresado su deseo, manifestando qué inversión prefería para el importante remanente de sus bienes. Decir esto, no era ni podía ser excluyente de *su decidida voluntad* de instituir heredero, a quien se dejaba el sobrante de la sucesión, o sea sucediéndole en parte de la universalidad de sus bienes, lo que es característico del heredero.

EN CUANTO AL ARGUMENTO CUARTO.—La lectura, serena, del testamento que está incorporado a los autos, lleva a la conclusión inequívica de que el testador tuvo la intención de instituir un heredero en la cláusula 18. No es exacto que haya dicho que su esposa era su heredera. *Ha dicho algo muy diferente*. Al fundar su situación familiar, ha expresado en la cláusula segunda de su testamento: "declaro no tener hijos naturales ni adoptivos ni más herederos forzosos que mi legítima esposa"

¡Esto no es decir que instituye heredera a su esposa, y a quien no instituye! Porque con la misma medida —gramatical y jurídica— con que los señores R. A. miden la expresión "se entregará", puede decirse que la esposa del causante *no era su heredera forzosa en una sucesión testamentaria*, de acuerdo con el art. 884 y 885 del Código Civil, pues todo lo que podía exigir —si hubiere habido motivo a ello— era la porción conyugal, que es cosa muy distinta.

El señor R., al testar, comienza por decir cuál es su situación familiar, en 1930. No tiene hijos legítimos, ni naturales, ni adoptivos; no tiene más que a su esposa, a quien va a dejar en situación muy clara puesto que *establece para ella un legado* —con verdadera y real característica de legado— en la cláusula novena. Pagados todos los legados, pagado incluso el legado de su esposa —su parte de gananciales no tenía por qué ser considerada en el testamento— quedaría un remanente, como parte de la universalidad de sus bienes; y entonces, don J. de D. R., dispuso de él, en su cláusula décima-octava, completando así su testamento y demostrando a las claras cuál era su intención, su libre voluntad. Frente a esta manera de plantear el asunto, ¿era acaso necesario pensar en sustitución de herederos?

Y LLEGAMOS AL QUINTO PUNTO. — "La vocación a recoger eventualmente toda la herencia —dicen textualmente los señores R. A. a fs. 22— con deducción de los legados, no ha sido expresada..." ¿En qué razón se apoyan? En un argumento *a contrario* profundamente inexacto.

Lo deducen de que por la cláusula 17 el testador estableció el acrecimiento, y en cambio nada dijo en la cláusula 18.

La cláusula 17, dice: “Dejo la suma de cuatro mil quinientos pesos para que se celebren misas en sufragio de mi alma y distribuyo ese dinero en la siguiente forma...” Lo distribuye a continuación entre diversas Iglesias y Congregaciones Religiosas y termina la disposición testamentaria con estas palabras: “Si alguna o algunas de las instituciones o templos expresados en esta cláusula no llevaren lo que les asigno, acrecerá por partes iguales y con el fin, a los demás nombrados en esta cláusula”

En otras palabras: el testador fijó en cuatro mil quinientos pesos la suma a distribuirse entre diversos Templos y Congregaciones, para misas en sufragio de su alma. Y establecida esa cantidad, hizo el reparto de la expresada cantidad. ¿Alguna institución no lleva su parte? Pues, entonces, *no va a acrecer al remanente de que se hablará en la cláusula siguiente, puesto que ese legado de la cláusula 17 tiene un fin especial*: misas en sufragio del alma del causante; sino que acrecerá proporcionalmente a las otras instituciones que ya reciben una cantidad *para ese mismo* fin de rezar misas en sufragio del alma del testador.

Los señores R. A. olvidan que el argumento *a contrario sensu* es el más peligroso de los argumentos. Y, no sólo lo hacen valer en el afán de consolidar sus puntos de vista, sino que además, para poder hacerlo, llegan a su salvador argumento a contrario, retorciendo —como es fácil apreciarlo— el sentido de la cláusula 17, para que eso les facilite el razonamiento que desean formular.

Pero, eso mismo, prueba acabadamente su falta de consistencia.

Estamos frente a un caso típico de argumento a contrario, que, por probar demasiado, no prueba nada.

Cuando el testador ha formulado una afirmación en la cláusula 17, no ha hecho ni lógica ni implícitamente, una negación, relativa a la cláusula siguiente. Todo lo que se diga en contra, será un argumento de estéril sutileza al margen de toda lógica y de toda razón.

Si el problema de interpretación de las cláusulas testamentarias es un problema de averiguación de voluntad del causante, tratando de desentrañar su intención, hay que basarse —para esa averiguación— *en hechos concretos o en circunstancias fehacientes*, pero no en sutilezas interpretativas, al amparo de las cuales puede sostenerse todas las hipótesis.

Un hecho concreto tenían los impugnadores del testamento, sobre el cual bien podrían haber tejido sus razonamientos.

Don J. de D. R. testó en 1930, viviendo su esposa. En ese testamento —cualquiera sea la interpretación que se dé a su cláusula 18— *quedaban fuera todos sus parientes*, porque salvo un legado a una cuñada (cláusula 14), no había la menor mención ni favor para hermanos o sobrinos: expresamente quedaban excluidos. Corren los años y fallece su esposa. Pero desde que la esposa fallece, hasta la fecha de la muerte del causante, han corrido tam-

bién los años, y se han amontonado los meses. Sin embargo el causante no llegó a reformar su testamento.

En ese interín, los sentimientos afectivos de J. de D. R. para con sus sobrinos, ni los de éstos para con aquél, habían sufrido el menor cambio o mutación. Ningún hecho nuevo acaeció ni nada había cambiado en lo más mínimo: es esta una verdad indiscutible.

Sin embargo, don J. de D. R. *no reformó su testamento*. Hay en esta actitud una demostración clara de que el causante entendía que sus disposiciones testamentarias seguían comprendiendo, íntegramente el total de sus bienes, sin que quedase ninguna porción excluída. La lectura íntegra del testamento del causante, demuestra que el testador quiso disponer de todos sus bienes; que tuvo claramente esa intención. Si él hubiere entendido que con la muerte de su esposa, la situación cambiaba y quedaría, por lo menos un lote, excluído de su disposición de última voluntad, don J. de D. R. no hubiere dejado de reformar su testamento, habiendo dispuesto —como dispuso— para ello, de tiempo más que suficiente.

Por eso, porque del conjunto del testamento, del conjunto de circunstancias y del conjunto de hechos, no surge la interpretación, intencionada y hábil pero falsa, de la cláusula 18 que hacen los impugnadores del testamento, es que considero que estoy en lo cierto cuando interpreto la voluntad, la intención del testador en la forma que lo hago, defendiendo no sólo la validez incommovible del testamento, sino también la institución de heredero que contiene en su cláusula citada.

Dr. Juan Vicente Chiarino
