

Redacción. Interpretación judicial. Mi fórmula de testamento *

Por **Carlos Nicolás Gattari**

En el capítulo anterior hemos encontrado una situación vital que coincide con el trialismo de Goldschmidt: a) el material es la dimensión sociológica, o sea, la voluntad del testador; otorgar un testamento; b) la ruta por la que debe caminar esa voluntad son las normas, estamos, pues, en la dimensión normológica, v. g. Código Civil; c) finalmente, cabe que flote sobre la voluntad y la norma el espíritu de la justicia, que constituye la dimensión dikelógica: la voluntad debe ser justa.

55. Redacción notarial del testamento

Con los tres contenidos, el notario enfrenta, él solo con su experiencia, la redacción del testamento (3656). La doctrina le atribuye su paternidad, a menos que todo el testamento o muchas cláusulas sean aportados por el propio testador, ilustrado normológica y dikelógicamente, situación más bien excepcional, pero que se da. Basta pensar que algunos otorgan testamentos ológrafos, extensos en el papel, escuetos en las disposiciones y muy bien hechos.

¿Con qué cuenta el notario para redactar por escrito el triple contexto? Pues con la palabra, que necesariamente debe ser escrita, ya que no hay más testamentos nuncupativos u orales. La oralidad es la expresión hablada de la voluntad del testador ante el notario, primer presupuesto del testamento, que

* El texto corresponde al capítulo VI de “Testamentos” de *Práctica notarial XVI*, en estudio.

debe legalizarse en justicia. Existe una tradición formularia notarial que se remonta quizá a principios de la Edad Media: Salatiel de Bolonia y Rolandino Passageri son la prueba. Pero los estilos han variado: clásico, romántico barroquizado, moderno y funcional, que es el último, con influencias judiciales que pretendo eludir en lo posible.

Las cláusulas y períodos deben tener más bien pocos miembros, el todo ajustado en la unidad que se centra en la voluntad del testador. Las manifestaciones que se le atribuyen a éste deben ser claras, sin reiteraciones inútiles ni elocución confusa u oscura. Si la originalidad de expresión es una cualidad del estilo, entiendo que el testamento debe poseerla en la medida posible porque, en efecto, el estilo notarial corre entre las riberas de la ley. Pero algún movimiento permiten éstas dentro del lecho del río de aguas pacíficas, mansas y claras, típicas de la autonomía.

Evitar los equívocos, las imprecisiones, las frases más bien abstractas y generales que suenan a huecas y frases hechas y, con mayor fuerza, las incorrectas que no responden a la realidad, como por ejemplo, el “dictar” que, llevándome de la fórmula común, he puesto en algunos testamentos míos viejos, cosa que habré de evitar, incluyendo las de este libro, salvo que copie otros modelos que las contengan. De todos modos, hasta ahora no afectan a los testamentos. No deja de ser un cumplimiento literal, aunque algo absurdo, de la norma, que imagina al notario amanuense.

El estilo debe ser oportuno, es decir, que guarde íntima relación con el asunto de que se trata teniendo en cuenta los sujetos a los que se dirige, que son el propio testador y los testigos, los jueces y toda aquella persona que por algún motivo deba leer el testamento. Y aquí viene la pregunta: ¿términos comunes o técnicos? Hace una veintena de años varios trataron el problema, sobre todo en *Revista Notarial*.

Las conclusiones a las que se llegó fueron las lógicas. De un lado, se prefirió resaltar las palabras comunes, en el sentido de no sembrar el texto con tecnicismos que pudieran ser difíciles de entender precisamente por el testador y los comparecientes, en especial en lo relativo a sus actuaciones. Pero sí se prefirió que si una palabra técnica indicaba acertadamente lo querido, evitando circunloquios, era trabajo del notario explicar las implicancias del vocablo, ej.: “derecho de acrecer”, “sustituto”, “legado”, etcétera.

Además, la aceptación y propuesta general fue que la redacción notarial nada tiene que ver con la forense, en general, ni con la judicial. En efecto, éstas deben ser narrativas y discursivas porque son necesarios los hechos que se discuten, para luego aplicar las normas que se deben elegir y discurrir sobre ellas para lograr la defensa de la parte representada buscando lo justo.

Lo notarial es distinto: lo principal es la parte narrativa no sólo en las actas, de sorteo, de comprobación, de notificación, etc. sino, sobre todo, en las escrituras comunes contractuales o negociales. Lo principal es el negocio que desarrollan los otorgantes en presencia del notario. Todo negocio ha tenido alguna audiencia oral precedente en la cual sí hubo necesidad de enseñar y de discurrir como también en las audiencias fedatarias.

Pero esa enseñanza y ese discurrir difícilmente forman parte de las escrituras. Tal es la causa por la cual en nuestros protocolos aparecen planas, sin sobresaltos, sin argumentos; difícilmente en ellas se citen las normas del Código Civil ni del de Comercio u otras normas, sino en forma excepcional. Una que entró el 1º de julio de 1968 masivamente con la reforma civil fue la referencia al consentimiento conyugal del 1277. Desde hace poco más de dos décadas nuestras referencias a las normas son casi exclusivamente las impositivas en la legitimación respectiva.

Y, a ese propósito, se observa que la composición general de las escrituras negociales, compraventa, donación, renta vitalicia y otras transmisivas se dividen en tres partes: la comparecencia, las declaraciones de los sujetos y las legitimaciones notariales. Hay una escritura de hace tres lustros, cuya invención me atribuyo, es aquella que contiene una bonificación de título porque necesita discurrir sobre las normas (*Práctica notarial* 7, cap. VII).

Volviendo: una cualidad del estilo notarial es la concisión, arte de expresar el pensamiento con el menor número de palabras posibles; vicio contrario es la difusión o redundancia; por decir una cosa mínima: la palabra “número” delante precisamente de un número se lleva la palma, en ocasiones más de 20 veces repetida; otro es el número del folio real que es el mismo en el inmueble y en todas las inscripciones de documentos: escrituras, sucesiones, reglamentos, partes indivisas, etcétera.

Me he desviado algo del tema, que es el testamento, y a él vuelvo. Hay que tener el arte suficiente para atribuirle al testador, a los testigos y a los demás comparecientes las palabras oportunas sin repetir, en el lugar que les compete y siguiendo una lógica interna dada por el asunto o configurada por la principalidad de las normas y de las disposiciones. Lejos de mí criticar la fórmula en uso, que tiene una larga tradición decantada, pero me atrevo a presentar otra composición que, por supuesto, explicaré cuando presente el modelo.

56. Interpretación judicial

El escribano, para poder desbrozar las ideas, las disposiciones, los motivos, las causas, definitivamente lo querido, debe necesariamente interpretar y, sobre todo, asesorar sobre lo que desea expresar el testador; en diálogo con él, que es quien debe llevar la voz cantante, el notario formula preguntas, se apoya en normas con toques docentes.

Esa interpretación basada en una expresión oral, la del testador, precisa ser entendida en profundidad y comprendida en toda su extensión. La posición del oficial público es ciertamente comprometida, según la norma: *fac et alteri quod tibi vis* (haz al otro lo que para ti quieres), lema que figura en la imparcialidad notarial. El notario, al tiempo que es intérprete, debe asesorar y ésta es la diferencia con el juez, porque si bien la interpretación se le atribuye, no puede asesorar.

La interpretación del juez ¿es la misma? Parecería que no. El juez se halla frente a un escrito, redactado directamente por el testador en el ológrafo y el cerrado, o ante un testamento público, redactado originalmente por el nota-

rio y ratificado por el causante. Es necesario reconocer que en el testamento público hay una doble interpretación: la primera es la del notario para poder redactarlo, luego el juez lo interpreta en función de ejecutarlo: redactar y ejecutar son distintos.

Es más, mientras el escribano interpretó de una manera que luego, en la misma audiencia preliminar, quizá hubo de corregir por falta suya o del testador, el juez se encuentra con esa voz que era viva ante el notario y ahora es *vox mortua*, pero sigue enviando mensajes. Y es tan *mortua* que el juez se ve constreñido no a rectificar, sino a bucear en toda la redacción del testamento para cotejar unos sectores con otros, dejando de lado el testimonio del notario y de los testigos (992).

a) *Ideas de Werner Goldschmidt*. La captación de los repartos autónomos en los contratos o actos enfrentan al propio interesado o a un tercero. El notario en el testamento está en presencia del repartidor autónomo, el testador, que tiene su propia captación lógica de la norma, la cual se abre también al escribano. En este sentido, el notario se halla en ventaja frente a los que operan *sobre* la captación lógica como terceros, v. g. los jueces (199).

Una de las afirmaciones de la norma es la descripción fiel del contenido. El método para averiguar si la norma describe fielmente los contenidos de las voluntades de los repartidores se llama interpretación, que opera en el pasado. Por eso, mientras la interpretación del notario de la voluntad del testador es presente y creativa para el futuro, la interpretación sobre el testamento otorgado compete al juez, que siempre está en el pasado pero para lanzarse al futuro (200).

El imperativo, la voluntad del testador, funciona desde su autor o desde el tercero, siempre para la actualidad. Es fiel en su expresión, pero puede ser infiel si no se cumple, situación que mueve al juez para interpretar en favor del testamento tal como está redactado. Normalmente la interpretación es hecha por persona diferente del autor de la norma. Así el juez interpreta un testamento.

¿Qué medios permiten hacer inferencias? Desde luego otras manifestaciones del mismo sujeto, es decir, del testador. Además, podemos suponer, salvo prueba en contrario, que el autor de la norma, en el caso, el testador, sea razonable. De allí que toda interpretación que conduzca al absurdo debe rechazarse. ¿Qué debe entenderse por la voluntad del autor? Debe completarse la intención del autor por medio del fin y, si hay varios, escoger alguno preferido (201, 266/67, 270).

Mi autor reproduce la sentencia dictada el 8-6-60 por la CNC, Sala V, en autos “Murray Fox, Luciano C., suc.,” LL 100-620, que dice (272):

“Lo correcto, para interpretar debidamente un testamento no es establecer el acierto o desacierto de la forma idiomática utilizada por el causante, sino descubrir la auténtica intención que inspiró a su autor, puesto que no sería justo contrariar su voluntad porque utilizó una expresión o una palabra equívoca.

“Siendo el testamento un documento autónomo, que se debe, en principio,

interpretar por sí mismo, solamente cuando los elementos de valoración contenidos en él no sean suficientes, cuando el análisis del documento considerado integralmente no ha eliminado la duda acerca de la verdadera voluntad del causante, podrán ser admitidas pruebas extrañas al instrumento mismo.

“Para descubrir fielmente el pensamiento fundamental del testador se debe recurrir a las diversas circunstancias atendibles de la causa, entre las que corresponde confrontar en el supuesto de autos, la posición personal del *de cuius* en sus relaciones con su familia y los legatarios, sus costumbres o hábitos de vida; sus manifestaciones acerca del sentido de sus propias disposiciones y de todas aquellas que pudieron gravitar en su ánimo en el momento de testar para determinarlo a querer o no alguna cosa respecto del destino que se ha de dar al patrimonio después de su muerte.

“Las disposiciones de última voluntad se deben interpretar de buena fe, atendiendo al sentido más conforme con las necesidades de la vida, para lo cual el juez debe tratar de descubrir, en su indagación, el medio o el fin económico que previó o inspiró al causante”.

b) *¿Qué piensa la jurisprudencia?* Reproduzco una sentencia advirtiendo la relación con lo notarial; al fin y al cabo, la interpretación que hacen los jueces puede recaer sobre las tres especies de testamentos, entre los cuales, el testamento por acto público que, según se halle redactado por el escribano, será claro y simple o podrá tener alguna incorrección, oscuridad, etcétera.

Una sentencia excelente, comprensiva de varios temas, es la dictada en autos “Estrugamou, Alejandro, suc.”, CNC, Sala C del 19 de marzo de 1981 (*RdN* 777-81-941):

“La interpretación de las disposiciones testamentarias es función judicial, la cual no está dirigida tanto a desentrañar el significado normal y corriente de las palabras empleadas, sino a indagar cuál ha sido la verdadera intención del causante. El arbitrio judicial tiene por límite el objeto de la interpretación, que es penetrar en el proceso volitivo del testador, *descubriendo su verdadero pensamiento para que él gobierne la trasmisión sucesoria*.

“El juez no es un corrector, sino que ha de aceptar el testamento tal como está redactado y extraer su posible sentido aplicando las reglas de la sana crítica al elemento material en que la voluntad se debe descubrir. El intérprete no debe desnaturalizar una cláusula so pretexto de interpretarla, para *no convertirse de intérprete en disponente*.

“Es regla de prudencia y de buena interpretación lo que determina que las cláusulas testamentarias se han de entender en sentido gramatical, en tanto no se demuestre acabadamente que la voluntad del causante era distinta. Para juzgar sobre la claridad de las disposiciones testamentarias se parte del supuesto de que *las palabras han sido utilizadas en su verdadera y correcta acepción*, sobre todo si el testador era una persona culta, de educación superior, que sabía cómo redactar su testamento.

“En la interpretación testamentaria es principalmente útil la *apreciación conjunta del contenido* del testamento, aclarando unas oraciones por lo dispuesto en otras y relacionándolas con el grado de cultura y la construcción

gramatical propia del testador. Si las *disposiciones* son *contradictorias* habrá que *tratar de conciliarlas*. La incompatibilidad material de las disposiciones testamentarias tiene lugar cuando es absolutamente *imposible la ejecución simultánea de aquellas*.

“Siempre es aplicable el principio de conservación del acto o negocio jurídico con el denominado *favor testamenti*, según el cual si caben dos interpretaciones, de las cuales una favorece la validez de la cláusula en discusión y la otra a su ineficacia, el intérprete debe inclinarse por la primera”.

He puesto en cursiva algunas apreciaciones que se aplican directamente al escribano: a) el pensamiento del testador gobierna la trasmisión sucesoria; b) no convertirse de intérprete en disponente; c) utilizar las palabras en su verdadera acepción; d) conciliar disposiciones contradictorias y evitar la incompatibilidad de cláusulas de ejecución simultánea; e) para esto último sirve una visión conjunta del contenido. Por hipótesis, el notario debe tener cultura testamentaria en forma tal de no incurrir en errores, oscuridades, omisiones, contradicciones.

Podría copiar sentencias en las que se realizan interpretaciones configuradas por alguna calificación que las distingue de las demás; me limito a enumerar algunas. INTERPRETACIÓN:

- | | |
|--------------------------|----------------|
| 1. del alma del testador | ED 114-143 |
| 2. extensiva | JA 1986-I-694 |
| 3. forzada | ED 115-584 |
| 4. hipotética | LL 1989-D-409 |
| 5. intrínseca | ED 134-429 |
| 6. restrictiva | JA 21-974-87 |
| 7. subjetiva | LL 1988-A-148 |
| 8. vital | JA 1989-III-83 |

57. Diferencias entre escritura pública y testamentos y entre éstos

Una gran idea sobre el tema ha sido la de Alberto Villalba Welsh, en RN 888-86-1009, que descubre varias diferencias, las que resumo:

1. Comparecientes: en el testamento hay una sola parte negocial, el testador (3618);
 - en las demás escrituras pueden ser varios.
2. Otorgar testamento: por poder no se puede; en otras escrituras, sí (3607, 3619).
3. Otorga el de 18 años (3614), en las demás, el mayor de edad, salvo 128 y 131.
4. Sordo, mudo y sordomudo no testan por acto público (3651);
 - pueden testar en los otros, si escriben (3617, 3641, 3668/69);
 - en las demás escrituras, si presentan minuta (1000).
5. Los dementes testan en intervalos lúcidos (3615); en las comunes no operan (54, 3).

6. Consta la forma que usó el testador para hacer conocer su voluntad (3656/57).
7. Incompetencia: 985: cuarto grado; 3653, línea recta, total; colateral, tercer grado.
8. Firma: si sabe y dice no saber, testamento no vale (3660): nada se dice en las demás;
 - firma: si no sabe, puede hacerlo un testigo (3661): en demás, los testigos, no (1001).
9. Tres testigos obligatorios en testamento (3654); en demás, dos, optativos (1001, 1004);
 - 3 testigos en testamento público; 5 testigos en testamento cerrado (3666);
 - testigos: deben ver al testador (3658); demás, se presume, si no ¿qué atestiguan?
10. Idioma extraño: testamento en dos idiomas, que los testigos deben conocer (3663);
 - en las demás, presentan minuta sin testigos (999);
 - testigos residentes del lugar en testamento (3654); en las demás, no necesario.
11. Testamento: acto de última voluntad; otras escrituras, actos entre vivos (947).
12. Testamento; trasmite luego de la muerte; demás, transmiten en el acto (3607, 1184, 1).
13. Testamento: testador, herederos, legatarios, sustitutos, albaceas;
 - demás: comprador, vendedor, deudor, acreedor, poderdante, apoderado, etcétera.
14. Testamentos: tres formas, ológrafo, acto público, cerrado (especiales);
 - demás: escritura pública, escritura privada.
15. Testamentos: por acto público, en el protocolo es escritura pública (3654);
 - ológrafo y cerrado, documentos privados a protocolizar (704/05 CPCN).
16. Testamento cerrado: acta extraprotocolar (3666); demás actas, protocolos.
17. Ológrafo: escribe el testador; cerrado, puede escribir otra persona (3639).
18. Sin interrumpir: público y cerrado (3659, 3667); ológrafo, puede (3645, nota 3622).
19. Confirmar: testamento nulo, reproduce cláusulas (3629); otros actos, narra (1061).
20. Formas nulas: en testamento: nulifica disposición (3630); en otros, vale (987).

58. Mi fórmula testamentaria

Vuelvo a reconocer que esta fórmula no es una crítica a las otras, las cuales perduran hace mucho tiempo saludablemente. Es otro enfoque que, por serlo, deberé justificar, en lo que podría ser una variación del modelo consagrado. La tentativa es enriquecer las posibilidades de fórmulas de testamentos que puedan ser ofrecidos a los escribanos para su libre elección. En cuanto a la seguridad en ámbito judicial, creo que es la misma. De lo contrario, no lo haría. ¡Lejos de mí todo perjuicio!

(1000) MIL. Testamento de Francisco Bernardo. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, a cuatro de octubre de dos mil cinco, me constituyo, a pedido del interesado, en el Sanatorio Otamendi, calle Azcuéna-ga 870 y, notificada la Administración, en la habitación 400, donde ante mí, Francisco Povero, titular del registro notarial 1000, siendo las 14,30, comparecen Francisco BERNARDO, testador, Clara DAMASCO, Hieroteo LIMÓN, Andor BENÍTEZ, testigos, y Áurea TIRSA, casada, de 60 años, DNI 987, matrícula de médica, 3456, vecina de esta ciudad, todos mayores de edad, a quienes doy fe de conocer y declaran conocerse entre sí.

I. *Preliminar.* La doctora Áurea Tirsa expresa que atiende la salud del testador desde hace aproximadamente doce años. En este otorgamiento Francisco Bernardo se halla ubicado en tiempo y espacio con todas sus facultades normales.

II. *Disposiciones del testador.* Francisco Bernardo declara su formal voluntad de otorgar testamento, que yo, el autorizante, según sus instrucciones verbales de él recibidas, redacto así:

1) *Declaraciones extrapatrimoniales.* El testador declara ser católico, apostólico romano práctico. Ruega de sus herederos que, una vez fallecido, constituyan un fondo suficiente para aportar a la parroquia Nuestra Señora de Lourdes de esta ciudad, a fin de que se ponga intención diaria por su alma durante el plazo de cinco años.

2) *Institución de herederos.* Francisco Bernardo instituye como herederos a sus hermanos Cayo (31-3-31), Crispo (3-11-36) y Fausto (5-1-42) Bernardo. El testador manifiesta su deseo de que la casa donde habita con todos sus muebles se adjudique al último, es decir, a Fausto, quien convivió con él durante mucho tiempo.

3) *Sustitución de herederos.* Cualquier hermano que le prefallezca será sustituido por sus respectivos hijos: tres de Cayo, tres de Crispo y dos de Fausto, con derecho de acrecer por rama entre ellos, es decir, el acrecimiento procederá internamente en cada grupo.

4) *Legados:*

a) *Cantidad de dinero.* Lega la cantidad de treinta mil dólares estadounidenses a sus referidos ocho nietos, en la proporción de cada rama, esto es, diez mil a cada una.

b) *Inmuebles con sus muebles.* 1) Lega la finca de la avenida Belgrano 1038 a Pedro Márquez, DNI 345. 2) Lega la unidad 30, piso 20, avenida Gaona 2155,

a Petronio Tirso, DNI 567. 3) Lega dos tiempos compartidos en Roma y en Milán a Berenice y Prosdocia Como, DNI 123 y 321.

c) *Pinturas*. Lega los dos cuadros “Improvisación V y VI” de Kandinsky a su gran amiga Celeste Aída Gomera, DNI 432, siendo sustituto Nepomuceno Gutiérrez Pinto, DNI 234.

5) *Porción disponible*. Cumplidas las cuotas de los herederos y los legados, desea adjudicar la porción a la Fundación “Caritas Argentina”.

6) *Albacea*. Designa albacea al notario autorizante, Francisco Povero y, en caso de que no pueda o no quiera aceptar, nombra a su amigo, el contador Raúl Mestiere, DNI 786.

7) *Revocación*. Revoca íntegramente cualquier acto de última voluntad que haya otorgado, especialmente el testamento por acto público del 14 de setiembre de 2000 ante el notario Juan Bautista Duemille al folio 2000 del registro porteño 2000.

III. Declaraciones complementarias El testador no tiene observaciones que hacer y ratifica expresamente el testamento, por haber sido redactado según sus instrucciones. Los testigos, a su vez, afirman ver al testamento, ver, conocer y oír al testador y su conformidad.

IV. Datos personales ofrecidos por los recurrentes. Francisco Povero, nacido el 4 de octubre de 1926, de César y de Inocencia Galli, soltero, DNI 4321, vive en avenida Corrientes 1050, piso 25; Clara Damasco, soltera, de 36 años, DNI 1234, habita en avenida Córdoba 1025, piso 4; Hierroteo Limón, de 40 años, DNI 2341, mora en la calle Arenales 1080, piso 15 y Andor Benítez, casado, de 48 años, DNI 3412, domicilio en la calle Tucumán 1028, todos argentinos y vecinos de esta ciudad.

V. Constancias notariales. Dejo formal y expresa constancia de que se han llenado y cumplido todas las formalidades requeridas para el presente instrumento. El testador dice que no puede firmar por tener roto y enyesado su brazo derecho, no siendo zurdo; ruega de la doctora Áurea Tirsa que lo haga por él.

VI. Final. Leo este instrumento a los comparecientes. Lo firma la doctora Áurea Tirsa por sí y a ruego del testador; también lo suscriben los testigos. El testador estampa la impresión dígito pulgar izquierda por tener inhabilitada la mano derecha. Termina el acto, no interrumpido, a las 15,10.

ÁUREA TIRSA

Clara Damasco

Hierroteo Limón

Andor Benítez

sello

impresión dígito pulgar
izquierda

FRANCISCO POVERO

59. Explicación de la fórmula

Procedo a explicar la fórmula en todas sus partes. Como esta fórmula resulta ser aplicación de normas legales y, al propio tiempo, representa una composición diferencial, la separo en dos sectores: uno, la composición y otro, cada uno de los diversos capítulos y partes en que ha sido dividido. A este res-

pecto quiero aclarar que las separaciones en capítulos y asuntos: v. g. I, II, IV, a), b), c), etc. responden a su contenido docente, sin necesidad de volcarlo al protocolo, aunque también se puede presentar de ese modo, sin problemas.

a) *Composición o disposición.* La estructura general es la misma que figura en el párrafo

1. *Data y comparecencia.* La data comprende tanto el lugar como la fecha; el testamento fue otorgado el 4 de octubre de 2005 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, pero no en la oficina de Francisco Povero, sino en el Sanatorio Otamendi, tal calle, en la habitación 400, a pedido del interesado, es decir, del testador (71, 404 y 149, 9020).

Comparecen el testador, su médica de cabecera y los testigos. Pongo los datos de la médica inicialmente para que se advierta que su presencia responde inicialmente a esa función. En cambio, no pongo los datos personales ni del testador ni de los testigos. ¿A qué se debe su falta en este lugar, la comparecencia, y por qué están desplazados al final de las declaraciones de los comparecientes?

En el volumen I, 2ª ed. de *Práctica notarial*, en “Principios doctrinales” distingo hasta cinco en las escrituras; me interesa el de concentración. Este último consiste en que “todo lo que se refiere a una unidad conceptual se procura colocar en un solo capítulo de modo que se evita la dispersión de elementos sobre los cuales opera el principio de composición y se distribuyen alrededor de cada tema de interés configurándose individualmente” (p. 99).

Si cualquier escritura es causada por la comparecencia de los sujetos, ¿por qué no habré de colocar en la comparecencia a “los comparecientes”, si no tengo motivo para desplazarlos? Ésta es ya una primera diferencia, e importante, con la fórmula común. En ella, por lo general, se coloca a los testigos al final del texto aclarando que están presentes desde el comienzo. Así, este lugar físico del sector de la escritura, la comparecencia, es único técnicamente hablando, salvo excepciones.

¿Por qué no pongo los datos personales detrás de cada uno de los sujetos? También doy tres razones en el citado libro, pp. 228/30. En primer lugar, por el principio de composición. Si lo más importante es la compraventa, la donación, el testamento, etc., cuando más rápido lleguemos al negocio, mejor. ¿Cuántas páginas llevan los datos personales de cinco, diez o veinte personas: 2, 3?

Igualmente ¿cuántas páginas lleva la justificación de la existencia y actos de una sociedad, con el estatuto, reformas, inscripciones, actas de asamblea, de directorio, autorización del acto?

Luego, hay una razón dogmática; cuando el notario da fe de conocer a Francisco Povero, a Áurea Tirsa, a los tres testigos, sólo se comprende responsablemente la individualización de los sujetos con sus nombres y apellido y ningún otro dato, incluso ni la individualización ni la fe de conocer implican la plena fe del 993 porque son “juicios” y no “hechos materiales sensibles”.

La tercera razón es vital: si acaso una escritura notarial ingresa en juicio penal, y aun civil, se va a encontrar con que algún juez responsabilizará de todos

los datos personales porque están en la comparecencia que se atribuye al notario, “ante mí”. El secretario podrá preguntarle: Escribano, ¿no sabe que ese domicilio no existe? ¿Vd. no afirma que es casado? ¿No se fijó en que el DNI es falso?

Creo que son fundamentos suficientes como para justificar el desplazamiento hacia las declaraciones complementarias: evicción, saneamiento... datos personales ofrecidos por los sujetos.

2) *Preliminar, disposiciones*. Concluida la comparecencia existe un *preliminar* en este testamento, que no se da en otros. La médica personal afirma “la perfecta razón” de que goza el testador, de 79 años de edad, pues es el día de su cumpleaños, hay que felicitarlo que lo celebre con un testamento. Creo que es el lugar correcto porque despeja inicialmente las dudas que pueda provocar su edad.

Las *disposiciones* son múltiples: declaraciones extrapatrimoniales que, aun cuando se refieran a una suma de dinero por su alma, constituyen una rogación a sus herederos y no una orden, que cumplirán de la manera en que ellos convengan: hacer un pago poco después del deceso o bien anualmente. El testador no indica una suma determinada, que seguramente tampoco le indicarán en la parroquia, dejándolo a voluntad de los rogados.

Las patrimoniales comienzan en forma rápida con la institución de herederos. Ésta es también una novedad, quizá la más importante de la fórmula. En efecto, en mi larga experiencia de referencista durante un cuarto de siglo he visto testamentos, pero ninguno que comenzase con la institución hereditaria. Con una fuerte influencia judicial de las declaratorias, todos los testamentos vistos, y creo que todos los demás, la imitan.

Las declaratorias, como toda sentencia definitiva de primera instancia, deben contener, según el 163 del CPCCN, lo siguiente, que cotejo con el testamento común:

- 1) mención de lugar y fecha
 - igual en los testamentos (1001, 3657 y leyes notariales)
- 2) nombre y apellido de las partes
 - en los testamentos: cómo se llama el testador, (médica, testigos)
- 3) relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio
- 4) la consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el artículo anterior
 - el testador informa sobre sus hijos y su cónyuge, relaciones de familia;
 - el testador suele disponer los legados
- 5) Los fundamentos y la aplicación de la ley
 - en ámbito notarial no suelen citarse las leyes (salvo 1277)
- 6) La decisión expresa, positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificando según correspondiere por ley, declarando el derecho...
 - instituye herederos a los hijos citados y a la cónyuge
- 9) La firma del juez
 - el testamento es acto entre vivos, firman todos los comparecientes;

— autoriza el notario, es decir, suscribe.

3) *Declaraciones*. Son, por parte del testador, la revocación de otros testamentos, la conformidad con la redacción del actual; las de los testigos acerca de sus percepciones sensoriales.

4) *Datos personales ofrecidos por los recurrentes*. Aquí están los desplazados datos personales que, especialmente en el testamento, deben cumplir ciertas formalidades. Primero: se indica que son ofrecidos por los interesados, lo cual quiere decir que el notario es pasivo como que los recibe, pero no se responsabiliza por ellos. Segundo: ninguno de estos datos son fedatarios; sobre ellos no recae la plena fe del 993.

Cuando el notario tiene a la vista el DNI hay dos posibilidades: a) si se trata de un acta en la cual certifico el DNI, su número, quién figura como su titular, si votó en tal fecha, etc., y si expido una fotocopia como copia fiel de su original, que tengo a la vista, hay plena fe porque el objeto del acta es precisamente esa certificación; b) si lo pongo entre los datos personales en una compraventa, donación, testamento, etc., aunque lo tengo a la vista, ese dato no es fedatario, porque mi actuación principal es el negocio y no la certificación de cualquier dato personal.

5) *Constancias notariales*. Recién aquí el notario tiene su aparición en el escenario. La primera constancia es el cumplimiento de las formalidades; el segundo es atribuir al testador la declaración de que no puede firmar por tener rotos y enyesados su brazo y mano derechos. Ésta es una declaración vulgar “roto” y no medical, que no exige Vélez; además, por estar enyesado, es perceptible a todos los presentes. Por fin, ruega a la doctora que firme por él.

¿Qué pasaría si fuera un enyesado falso? El notario opera *de visu et auditu*: si el testador afirma tener rotos y enyesados su brazo y mano derechos y esto oye el notario y los demás y también ven ese “enyesado”, el notario cumplió su función. No puede pedirle al testador que se descalce el yeso; eso está fuera de su competencia material y sería meter duda en un acto fedante. Por si acaso alguien preguntara por qué no firmó con la izquierda, el testador declara no ser zurdo.

6) *Final*. Son tres segmentos: a) la lectura por el notario y las firmas de cuatro; b) la impresión dígito pulgar izquierda del testador, que no puede obrar con la derecha; c) la acción ininterrumpida y su final a las 15,10, o sea, 40 minutos desde las 14,30, inicio del comparendo.

60. Leyes y formalidades cumplidas

Comparencia: Francisco Povero informa que ya se ha visto la data, o sea el lugar y la fecha; respecto del primero le pareció conveniente que la Administración se notificara de la causa de su presencia. Le hicieron saber que Francisco Bernardo, de la habitación 400, les había dicho anteayer que hoy debía otorgar testamento ante él. No había problema.

En mis formularios no suelo poner el carácter de los comparecientes porque imagino que las enunciaciones de la comparencia respecto de los sujetos son a modo de obra teatral escrita. En las primeras páginas figuran los

nombres de los actores y el carácter que asumen surge luego en las diversas escenas. Aquí, por ser acto solemne, he preferido guiarme por el 77b, ley 404: las escrituras públicas deberán expresar el carácter que invistan los comparecientes que no son partes en el acto o negocio documentado.

En el caso, expreso, además, el carácter del testador Francisco Bernardo; Áurea Tirsa, médica y los otros tres, testigos. De ellos, tiene carácter de parte, en sentido negocial, sólo el testador; los demás no son partes negociales; para ello basta evidenciar sus funciones: ni la médica ni los testigos se refieren al propio patrimonio de cada uno.

En cuanto a la médica, doctora Áurea Tirsa, indico la mayoría de edad, estado civil y vecindad, según el Código, además –por supuesto– de su nombre y apellido (1001). Pero le agrego la edad por el 79c, ley 404, que, al final ordena al notario expresar nombre y apellido, edad, estado civil y vecindad del firmante a ruego y dará fe de conocerlo.

En este punto deseo aclarar para que se tenga muy presente que, si existe infracción al Código Civil, podría haber alguna nulidad; en cambio, si la infracción va contra una norma de una ley notarial, a lo sumo el notario cae bajo disciplina, pero nunca habrá nulidad, ni relativa y mucho menos absoluta por esa causa. La ley notarial, como local, es adjetiva.

Los otros datos: DNI y matrícula profesional figuran a mérito del 77b ley 404, que permite hacer constar cualquier otro dato identificatorio requerido por ley, por los interesados o por el notario, cuando éste lo considere conveniente (155c, 9020).

En la última parte de la comparecencia se lee: “a quienes doy fe de conocer y declaran conocerse entre sí”. Me remito para valorizar esta cercanía entre los dos conocimientos al párrafo 39 del volumen 15 de esta colección; además resalto, como se hace al estudiar el testamento, que la falta de la fe de conocer no lo anula, salvo que falle la individualización (1001, 1004).

I. Preliminar. La médica formula dos declaraciones: a) es médica de cabecera del testador desde hace doce años; luego puede conocer la “perfecta razón” que ha mostrado en ese período que b) hoy, con el testamento, alcanzan una cumbre, al expresar que se halla ubicado en tiempo y espacio con todas sus facultades normales. Frente a esta declaración de un profesional de la salud que, además, atiende hace tiempo al testador, nada le cabe declarar al notario. De otro lado, recuerdo que el mismo Vélez dice que al notario no le compete esa función (párr. 22).

II. Disposiciones del testador. Llamo la atención sobre este párrafo trimembre inicial que he preferido tomar textualmente del modelo de Alberto J. Villalba Welsh por tener las virtudes de lo perfecto; mejor, imposible (párr. 18): *Francisco Bernardo declara su firme voluntad de otorgar testamento que yo, el autorizante, según sus instrucciones verbales de él recibidas, redacto así.*

a) En el primer miembro Bernardo “declara”, esto es, es una voluntad negocial; lo que declara es su voluntad, resaltando que es firme; voluntad de ¿de qué?: de “otorgar” testamento. “Otorgar”, otro verbo referido al negocio, porque el testador es el único que, al expresar su voluntad, lo realiza. Los dos ver-

bos son expresiones esenciales de voluntad, en este caso, porque puede haber declaraciones de ciencia, que no son negociales, v. g. si alguien describe su propiedad.

b) El segundo miembro es la frase causal “según sus instrucciones de él recibidas”. Con esto hemos superado el falso “dictar”, que critica justamente D’Alessio. Aquí hay una referencia manifiesta, sobre las instrucciones verbales, al sujeto activo, que es el testador, señalándose también al sujeto pasivo porque esas instrucciones fueron recibidas por el notario. Ellas son recepticias dirigidas en primer lugar al notario y, a través de él, al juez y a los demás interesados.

c) El tercer miembro es totalmente activo del escribano. En efecto, asume la primera persona: “yo, el autorizante”; luego atraviesa la frase incidental referida a las instrucciones, para dirigirse directamente a su acción: “redacto así”. La oración “yo, el autorizante, redacto así” significa la intervención del escribano en el testamento, desde que éste nace en las palabras instructivas del testador hasta la exteriorización jurídica en el instrumento público notarial que conforma.

Esta declaración que formula el notario es su función asesora principal; de un lado, las instrucciones; del otro lado, la composición de esa materia que recibe del testador y, por fin, la elocución, esto es, el texto concreto del testamento. En definitiva, recibe la materia, es decir, las instrucciones de una voluntad afirmada, para modelar la redacción según las intenciones y directivas del testador, conforme a la ley, con palabras claras, significativas y precisas.

1) *Declaraciones extrapatrimoniales*. Se llaman extrapatrimoniales porque no tienen que ver con el aspecto crematístico o de cosas materiales. Tal la declaración de fe que realiza al testador sobre su catolicidad. En cuanto a los fondos, que parecerían acercarse a la materialidad, no deja de manifestar un ruego que puede ser atendido, o no, y cuyo monto deja libre (3722).

2) *Institución de herederos*. Como el causante carece de herederos forzosos: descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite, nombra a sus hermanos por aprecio y por sentido familiar, pero podría haber designado a cualquier otra persona o institución (3565, 3567, 3570, 3585). Pone nombres y un solo apellido porque es el común; además menciona las fechas de nacimiento sin otros datos, pero podría haber colocado sus números de documentos y otros.

En la misma disposición formula un legado particular a su hermano Fausto Bernardo porque, como soltero que era, el testador aceptó la convivencia con Fausto y su familia, es decir, sus sobrinos e hijos de aquel. Incluye no sólo la casa sino también “todos” los muebles, es decir, los muebles que forman el ajuar de la casa y que se encuentran en ella (3763). Deja libre a los hermanos la interpretación de que deben ser más, o sea, todos, como v. g. un piano y una biblioteca.

3) *Sustitución de herederos*. El testador prevé que alguno de los hermanos, nombrados herederos pueda fallecer antes que él y, para tal caso, los sustituye por sus respectivos hijos –que no nombra– pero numera: 3 de Cayo, 3 de Crispo y 2 de Fausto. Son 8 sobrinos, de los cuales sólo ingresará el grupo si su pa-

dre prefallece al causante (3724/26). La sustitución se produce, pues, por rama de los colaterales del testador, que son tres. Se necesitan las partidas de nacimiento.

Además, declara expresamente que otorga el derecho de acrecer entre los sobrinos que puedan heredarle, en sustitución del padre premuerto, con la aclaración pertinente, ese derecho de acrecer procede internamente en cada uno de los tres grupos. Si, por ventura, rechazan la herencia los hijos v. g. de Fausto fallecido, que son dos, entiendo que ese tercio debe adjudicarse por partes iguales a los otros dos grupos de primos que quedarían con la mitad de su porción (3811).

4) *Legados*. Son varios: a) suma de dinero a las tres ramas de sobrinos por partes iguales. b) Tres inmuebles con sus respectivos legatarios, el último a Benice y a Prosdocia, con derecho de acrecer, esta vez por “la voluntad presunta del difunto”, o sea, implícita (3811 y nota al 3810). c) El último legado son dos pinturas, nada menos que de Vassili Kandinsky, uno de los promotores del arte moderno, junto con Mondrian, Malevitch y otros. Una fortuna. Hay sustitución (3731).

5) *Porción disponible*. La porción disponible, que se extrae del 3593, cuando éste atribuye a la porción legítima: los 4/5, es del resto, o sea, 1/5. En este modelo, ese quinto lo adjudica el testador a la Fundación “Caritas Argentina”, diferente de “Caritas Capital”. La Fundación se deberá presentar en autos por apoderado, pero sólo podrá retirar ese capital cuando hayan sido cumplidas las cuotas de los herederos y los legados. El testador podría haber dispuesto mayor porción, desde el momento en que los hermanos no son herederos forzosos.

6) *Albaceas*. Tiene designados a dos sin indicar funciones precisas que, sin embargo, las normas establecen. El 3844 da la potestad de nombrar albacea en el mismo testamento, como en el caso. Las facultades que posee son las necesarias para ejecutar la voluntad del testador. Como son dos, cumplen la función de albacea según el orden en que están designados (3851, 3870).

7) *Revocación*. De cualquier testamento y, en particular, de uno otorgado por acto público, que cita. El 3824, con sutileza de cierto humor negro, dice que el testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte, de lo cual se desprendería que después no puede hacerlo. La revocación se realiza por otro testamento o por un acto especial; sin embargo, si las disposiciones de éste son compatibles con las del anterior, son válidas (3826/28).

Retractación. Hecha en forma testamentaria por el autor del testamento posterior, hace revivir sin necesidad de declaración expresa sus primeras disposiciones. Pero si la retractación contuviere nuevas disposiciones, no hace entonces revivir las que contenía el primer testamento si no hubiera expresado que tal era su intención (3831).

De la norma se concluye que la retractación es diversa de la revocación: podríamos decir que la revocación se da cuando el testador abroga el acto público de su última voluntad por resolución de anularlo para el cumplimiento de nuevas intenciones y esto puede celebrarlo subjetiva u objetivamente; es sub-

jetivo cuando él mismo otorga otra escritura con iguales formalidades para abrogarlo y objetivo, cuando contrae matrimonio o cuando enajena la cosa legada (3824, 3826, 3838).

La retractación consiste en el segundo acto por el cual el testador vuelve atrás por voluntad negativa y contraria a la voluntad positiva manifestada en el primer testamento, del cual se desdice. Salvo que contuviese nuevas disposiciones, caso en el cual deberá reiterar las que contenía el primer testamento (3831), o sea, las nuevas del segundo y las antiguas del primero.

III. Declaraciones complementarias. El testador manifiesta su voluntad en doble forma: a) negativamente, no formula observaciones; b) positivamente, ratifica el testamento. Es importante destacar que en este inciso indica la causa de la positividad: “por haber sido redactado según sus instrucciones”. La ratificación es el acto que aprueba y asume lo hecho por otro; aquí el notario elaboró la redacción, el testador la asume y aprueba. La causa, “sus instrucciones”. Recuerda el inicio del capítulo II en que constan las que dio el testador, recibidas por el notario. No se las “dictó”.

El 3658 dice: “Bajo pena de nulidad el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos, que deben verlo...”. ¿A quién se refiere ese “lo” de “verlo”, al testamento o al testador? Varias sentencias aclaran que se refiere al testador y no al testamento. Pero hallé que escrituras de testamentos lo aplican a los dos. No es obligatorio. Pensé que es mejor esta fórmula del doblete pues ver al testador como sujeto es complementado con ver el objeto, testamento sobre el cual pone la firma o la impresión digital, esto es, implica doble percepción ligando a los dos términos.

IV. Datos personales. Primero y, aunque no conste para nada en la redacción, me refiero al juicio de capacidad que muchos notarios ponen. Yo también puse “capaz” hasta 1975, en que una nota a fallo de Carlos A. Pelosi, en la que me criticó expresamente, me convenció de que carecía de sentido. La capacidad del sujeto es un juicio interno del notario, presumido, pero no exteriorizado.

Esto ahora es claro: el 77, d, ley 404 final dice: *El juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental.* Y cuán importante sea tenerlo en cuenta se deduce de lo que expresa críticamente Jaime Giralt Font, asesor notarial del Colegio porteño, en las reuniones con los penalistas que celebra el citado Colegio. En ámbito penal se imputa al notario no sólo la falta de fe de conocer, sino también la falta de fe de la capacidad. No la pongamos más.

Para los datos personales me guío por el Código, la 404 porteña y el 155, ley 9020 bonaerense. En el 1001, el Código Civil exige los nombres y apellidos, mayoría de edad, estado de familia, domicilio o vecindad. El 77a, de ley 404, añade el orden de las nupcias y el nombre del cónyuge, cuando los sujetos negociales fuesen casados, divorciados o viudos. En el testamento el único sujeto negocial es el testador, por ello, según las leyes, figuran los datos de Francisco Bernardo, el testador.

No así la médica ni los testigos, son solteras y casados sin indicar nupcias

ni nombre del cónyuge, porque no son sujetos negociales. Además, el 44, decreto 1624, reglamentario de la ley 404, determina que “sólo será necesario consignar el orden de las nupcias y el nombre del cónyuge de los sujetos negociales, cuando ello resultare relevante por la naturaleza del acto”.

En consecuencia, existe una doble situación en que no interesan las nupcias ni el cónyuge: a) cuando el compareciente no es sujeto negocial, como por ejemplo, la médica y los testigos y b) en los sujetos negociales dos posibilidades según tengan trascendencia, o no, en algún sentido: v. g. 1) la tiene en el comprador por el carácter ganancial del bien y 2) no en el apoderado porque, si bien es sujeto que realiza el negocio, el impacto de la eficacia jurídica se dirige al poderdante.

Respecto de los testigos, el 3657 impone al escribano, bajo pena de nulidad, el deber de colocar “su edad”. Siempre que falta en un testamento, tanto los referencistas y los inspectores formularán la observación “por la nulidad”. La jurisprudencia hace más de cincuenta años que, ante tal observación, ha dictaminado que basta con que diga “mayores de edad” y, en mi formulario, puse la edad, que se suple con la fecha de nacimiento y la mayoría.

El 3657 está dentro del cap. II, “De los testamentos por acto público”, del Título XII “De las formas de los testamentos”, no en el que se refiere precisamente a los testigos, sobre los que versa el Título XIII “De los testigos en los testamentos”. Pues bien, en este título, que es el específico y es lo único que trata, el 3705 dice: “Los testigos de un testamento deben ser varones mayores de edad”. Si bien el 1, ley 11357, atribuye plena capacidad civil a la mujer, se mantienen los “mayores”. Frente a esto, ¿cómo es posible que se siga observando la falta de edad si está “mayores”?

V. *Constancias notariales*. Hay dos, una del escribano y otra del testador. La primera hace constar que se llenaron las formalidades a que se refieren el 3626/27, 3630, 3632. Es una afirmación del escribano que, aunque no tiene el deber de manifestarla, conviene en un doble aspecto: hacia afuera, a los efectos de significarlo y hacia adentro, para resaltarlo ante sí como acto de conciencia.

La otra es la rogación del testador a la médica para que firme por él. Indica como causa de no poder hacerlo su brazo y su mano quebrados y enyesados, lo que es percibido por cada uno de los presentes. Además, aclara que no es zurdo y, al no serlo, tampoco utiliza esa mano para firmar. En definitiva, declara no ser ambidiestro, con lo que elimina la duda de que alguien lo pensara.

VI. *Final*. Varios son los temas: a) la lectura; b) las firmas; c) la conclusión del acto.

a) *Lectura*. Dice el 1001 que “el escribano, concluida la escritura, debe leerla a las partes”. Si bien la 9020 bonaerense no lo indica directamente, sí se remite al Código Civil (155, I). En cambio, el 79a, ley 404 porteña expresa que “el notario deberá leer la escritura, sin perjuicio del derecho de los intervinientes de leer por sí, formalidad esta que será obligatoria para el otorgante sordo”. De todo se deduce que el escribano es quien debe leer el testamento y las escrituras.

Se debe recordar que el 3651 dice que el sordo, el mudo y el sordomudo no pueden testar por acto público, es decir, en escritura pública ante notario. Pero pueden hacerlo tanto en el ológrafo como en el cerrado si saben escribir. En realidad, el “ológrafo” necesariamente debe ser escrito por la mano del testador, porque eso significa la palabra griega *olo-grafo*; en cuanto al cerrado, al serlo, presupone algo dentro y ¿qué podría ser sino un escrito que se afirma ser un “testamento”?

Destaco que en el proyecto de la comisión 685/95, el grupo 2424/26 sobre testamento por acto público nada dice del sordo, pero remite al grupo 271/85. El 281 expresamente dispone que “si alguna de las personas otorgantes del acto es sorda, debe leer por sí misma la escritura y el escribano debe dejar constancia antes de la firma de esa lectura y de la conformidad con el contenido de aquella”.

b) Firmas. Código Civil: “la escritura debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano” (1001). Poco antes, en el mismo lugar reconoce que “si alguna de las partes no sabe firmar debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento”. A la inversa, en los testamentos si el testador sabe firmar, informando la causa por la cual no suscribe, o alguno de los testigos no sabe firmar, puede hacerlo un testigo u otra persona (3662/63).