

TESTAMENTOS. DIP. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.  
PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO.  
INSTITUCIÓN DE HEREDERO. ALBACEA

Resumen

*Testamento otorgado en el extranjero. El negocio sometido a consulta es un testamento con institución de herederos y designación de albaceas, y no un fideicomiso testamentario.*

Informes: DIP y Civil

Consulta

Se solicita evacuar las consultas que se exponen a continuación, vinculadas a testamento otorgado en el extranjero; a su invocación en proceso sucesorio en Uruguay, y a sus resultancias.

**HECHOS**

El 28.12.2018 se suscribió promesa de contratar por la cual AGRT, MOP, JDP, VHP, RAP, DOP y MHT, todos de nacionalidad inglesa y mayores de edad, cada uno actuando por intermedio de su representante, se obligaron a vender por el precio, plazo y demás condiciones allí expuestas a mi cliente FS la unidad-departamento empadronada con el n.º ...1/801 de Montevideo, con frente a la calle ... En ocasión de proceder a la confección del referido contrato se tuvo presente, por la suscrita, la documentación sobre la titularidad en el bien que proporcionaron los profesionales de la futura parte vendedora, a saber:

1. Primera copia de la escritura de compraventa/tradición autorizada en Montevideo por la Esc. MMRG el 11.11.2004, inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble de Montevideo el 15.11.2004 y por la cual el Sr. AA, ciudadano británico, siendo soltero y mayor de edad, adquirió, representado por el mandatario MA, de la sociedad «C S. A.» y en cumplimiento de promesas del 11.11.2003, la propiedad y posesión de la unidad 801 referida.
2. Certificado de resultancia de autos expedido por la actuario Esc. PG del Juzgado Letrado de Familia de ... Turno, el 4.10.2018, referente a los autos allí tramitados y caratulados «AA – Sucesión» IUE .../2018, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de Montevideo el 29.10.2018 y del cual resulta que: a) el Sr. AA falleció testado el 30.6.2017 en Wirral, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Nor-

te, siendo de estado civil divorciado de sus segundas nupcias con la Sra. BB, bajo las disposiciones del testamento otorgado el 20.6.2017 en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, traducido y apostillado; b) su sucesión fue declarada judicialmente abierta por auto n.º .../2018 de 5.2.2018; c) se efectuó el emplazamiento por el término legal, según publicaciones en el *Diario Oficial* y *El Redactor*, certificadas por la oficina actuaria a fs. ...; d) se presentó relación de bienes en la que se incluyeron la unidad 801, padrón ...1/801 de Montevideo, y acciones en sociedades, y e) por auto n.º .../2018 de 30.4.2018, atento a las resultancias de autos y en cuanto haya lugar por derecho y sin perjuicio, fueron declarados únicos y universales herederos del causante AA a sus herederos testamentarios AGRT, MOP, JDP, VHP y RAP. Y por el mencionado auto se tuvo presente la relación de bienes efectuada.

3. Fotocopias de la copia certificada por la abogada SW el 25.9.2017 en Wirral, Reino Unido, del testamento otorgado por AA el 20.6.2017 en el Reino Unido de Gran Bretaña; de la apostilla de dicha copia y de la traducción efectuada en Montevideo el 2.11.2017 por la traductora pública MU de ambos documentos. La copia certificada por la abogada SW, la apostilla y la traducción al español de ambos documentos se encuentran agregados al expediente sucesorio referido en el numeral precedente.

Fue en ocasión de estudiar la documentación relacionada —y especialmente el testamento— que le surgieron a la suscrita diferencias con las resultancias de la tramitación de la sucesión del causante AA.

En efecto, entendemos, en una primera instancia, que el testamento no se podía haber invocado por motivos formales; pero aun cuando se aceptare desde el punto de vista formal, la declaratoria de herederos no coincidiría con las disposiciones de última voluntad del testador, en el sentido de que dicha resolución declaró herederos a personas que no fueron designadas como tales en dicho testamento. En dicha orientación, y adelantando la opinión que más adelante se desarrollará, la suscrita entiende que en el testamento, el testador constituyó un fideicomiso y designó herederos en calidad de fiduciarios del fideicomiso testamentario dispuesto a sus hermanos DOP y MHT, y beneficiarios del fideicomiso, a AGRT, MOP, JDP, VHP y a RAP.

Tal opinión fue trasladada de inmediato a los profesionales de la futura parte vendedora y especialmente a los abogados MR y RG, que llevaron adelante la tramitación de la sucesión en cuestión, profesionales que acusaron recibo de ella, pero que *no compartieron*.

Atendiendo a las diferencias de opinión planteadas entre los profesionales intervinientes por las partes futura vendedora y compradora respecto al testamento invocado en la sucesión —tanto formales como de su contenido— y, como consecuencia, a las resultancias del proceso sucesorio en cuestión, se acordó en la promesa de contratar referida *ut supra* someter

a la opinión de las comisiones respectivas de la AEU dicho *testamento* y sus *resultancias sucesorias*, cuyas opiniones las partes acordaron aceptar siempre que dichas respuestas cuenten con la unanimidad o mayoría simples de la AEU. De estar divididas las distintas opiniones en forma pareja o de no obtenerse las respuestas a las consultas planteadas, las partes acordaron que dicha promesa de contratar se rescindiría de pleno derecho (lo expuesto precedentemente surge ampliamente detallado en la cláusula séptima de la promesa de contratar referida).

Se pasan a exponer las siguientes consideraciones y consultas respectivas.

## 1. TESTAMENTO OTORGADO POR CIUDADANO BRITÁNICO EN EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE

Entendemos que en la actuación notarial ante la existencia, como es el caso de un testamento otorgado por extranjero en el extranjero, debemos enfocar su estudio desde tres puntos de vista.

### I. Considerar la capacidad para testar

En tal sentido, y no siendo de aplicación las normas de los tratados de derecho civil internacional de Montevideo de 1889 ni de 1940, son de aplicación al caso las normas de derecho internacional privado de carácter nacional consagradas en el apéndice del Código Civil.

Aquí nos encontramos con los artículos 2393 y 2400, y si bien dichas normas nada dicen en forma expresa sobre la capacidad para testar, compartimos al respecto la interpretación que hace la Esc. SZEINBLUM,<sup>1</sup> en el sentido de entender que la capacidad para testar para con los países no signatarios de los tratados de Montevideo es la solución establecida en el Tratado de Montevideo de 1940; se regula, por lo tanto, la capacidad para otorgar testamento por la *ley del domicilio*.

Determinada la ley aplicable a la capacidad, procede ahora entrar en el examen de la legislación de Inglaterra, que es donde el Sr. AA otorgó el testamento.

Es precisamente al proceder al estudio de la ley de Inglaterra donde la suscrita encontró la mayor de las dificultades, ya que como es sabido, el derecho británico está basado en el «Common Law», es decir, derecho no codificado que proviene de las decisiones de los tribunales superiores y de la costumbre, y también de formación legislativa, por lo que no nos fue fácil abordar su estudio, máxime que no encontramos estudios específicos ni actuales en la materia que nos ocupa —testamento y derecho sucesorio—.

1 TERRA CORBO, Doelia; SZEINBLUM FELSCHER, Martha, y HERBERT, Ronald. «El testamento en el derecho internacional privado». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 74, n.º extraordinario (1988), pp. 557-565.

rio inglés— de autores nacionales. No encontramos tampoco material de autores ingleses al respecto en la biblioteca de la AEU. Encontramos sí en la referida biblioteca un trabajo de BELLVER CANO,<sup>2</sup> que nos ilustró sobre la función notarial en Inglaterra, y también un trabajo de RUBANO.<sup>3</sup>

Atendiendo a tal situación es que recurrimos, para orientarnos sobre el derecho inglés, a la embajada del Reino Unido en Uruguay. Pero allí se nos contestó que no prestan asesoramiento jurídico, lo cual nos llevó a considerar otras opciones de estudio. Cabe mencionar que en dicha embajada se nos proporcionó el teléfono de un abogado inglés radicado en Uruguay al que consultamos vía telefónica sobre la forma de los testamentos ingleses.

Recurrimos así a diversas publicaciones de España, en donde, atendiendo a la cantidad de ciudadanos británicos que habitan en dicho país, se ha estudiado el derecho inglés; especialmente, recurrimos a la publicación de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia «El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España», del notario Miguel Ángel CUEVAS ALDASORO (Murcia, 2018), y a la publicación de la doctora en derecho de la Universidad de Barcelona Miriam ANDERSON «Una aproximación al derecho de sucesiones inglés», los que nos ayudaron en la materia.

Del estudio realizado surge que en Inglaterra no es válido ningún testamento otorgado por persona que tenga una edad por debajo de los 18 años (sección séptima de la Wills Act, del 3.7.1837).

De acuerdo con la compraventa suscrita el 22.11.2004 por la cual adquirió la unidad 801 de referencia el Sr. AA, este era mayor de edad en ese momento, por lo que se deduce que a la fecha del otorgamiento del testamento (20.6.2017), era mayor de 18 años, cumpliéndose así el requisito legal.

Esperamos que la posición expuesta sea compartida por la Comisión de Derecho Internacional Privado.

*Nota.* Presentado el proyecto de la presente consulta a los profesionales de la futura parte vendedora del bien con respecto a la capacidad del causante, expusieron el presente comentario, que se reproduce textualmente: «Informamos que bajo derecho inglés, aplica la presunción de que el testador es capaz para otorgar el testamento. Esto, eventualmente, puede ser cuestionado judicialmente, lo que no ha sucedido».

## II. Forma del testamento

Corresponde considerar a continuación la ley aplicable en cuanto a la forma para testar. Aquí, como se indicó, estamos ante un testamento otorgado en Inglaterra por ciudadano inglés.

2 BELLVER CANO, Antonio. «El notario en Inglaterra». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 18, n.º 3-4 (mar.-abr. 1932), pp. 85-93.

3 RUBANO, Iris Mariela. «El sistema del Common Law en el derecho inglés y el derecho de los EUA». En *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 18 (jul.-dic. 2000), pp. 69-77.

Como es sabido, y a diferencia de lo que ocurre en los tratados de Montevideo, el apéndice del Código Civil *no regula las formas testamentarias* como categoría autónoma, lo que ha dado lugar a distintas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales.

Así, nos encontramos con:

- a) La posición de la ya citada Esc. SZEINBLUM, publicada en esta revista y expuesta en ocasión del Ciclo de Conferencias organizado por la AEU, la que sigue los preceptos establecidos en el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 en cuanto a la forma de otorgar un testamento respecto de países no signatarios de los tratados de Montevideo; esto es, que debe ser otorgado por «acto público» como sinónimo de *instrumento público* para que el testamento sea válido en nuestro país, posición también sostenida por VAZ FERREIRA.
- b) La posición del Esc. Ronald HERBERT, quien mediante la calificación del testamento —acto jurídico unilateral— dentro del alcance de la categoría «actos jurídicos» (C. Civil, art. 2399) y la integración por los medios previstos en el artículo 16 del Código Civil, entre los que figuran los fundamentos de las leyes análogas —en el caso, el artículo 36 del Tratado—, le aplica a las formas testamentarias la ley del lugar donde fue otorgado el testamento (ley del lugar de celebración), posición también compartida por la profesora Cecilia FRESNEDO y María Laura CAPALBO.<sup>4</sup>
- c) El proyecto de la Ley General de Derecho Internacional Privado, que se encuentra a estudio del Parlamento y que regularía los dos aspectos considerados hasta ahora en cuanto a los testamentos —capacidad y forma—, disponiendo en su artículo 31 que: 1) el testamento escrito otorgado en el extranjero según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento es válido y eficaz en la República, y 2) la capacidad para otorgar testamento se rige por la ley del domicilio del testador al tiempo del otorgamiento.

A la luz de las distintas posiciones expuestas, corresponde analizar el testamento otorgado por el Sr. AA. Es así como nos encontramos que este fue otorgado *en documento privado*, redactado en forma mecanografiada y firmado por el testador ante dos testigos que, según nota agregada allí, estuvieron presentes al mismo tiempo y, a solicitud del testador y en presencia uno de otros, firmaron el testamento como testigos (uno de ellos era abogado). No surge de esta intervención de solicitador, notario o de funcionario público, ni su incorporación a registro o protocolo alguno.

No hemos encontrado disposición del derecho inglés que defina qué se entiende por «instrumento público» o de documento otorgado por «acto público». Si seguimos el trabajo de BELLVER citado, de él se desprende que «en Inglaterra no existen propiamente instrumentos públicos».

4 *Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones*, n.º 4 (nov. 2016), pp. 157-170.

Sí encontramos disposiciones que refieren al «Grant of Probate» —o simplemente «Probate»— que puede definirse como la «legalización de un testamento» en Inglaterra; su principal finalidad, según indica la Dra. ANDERSON en España, es la de verificar la autenticidad del testamento. Un testamento inglés con «Probate» proporciona garantías en cuanto a la validez formal del testamento. En principio, para que un testamento pueda ser plenamente ejecutado en Inglaterra, necesita la intervención de la autoridad pública, para que reconozca su autenticidad, y la concurrencia de los mínimos requisitos legalmente exigidos («Grant of Probate»); y por otro lado, nombre a la persona que en calidad de ejecutor —*executor*, *personal representative* u otras figuras— pueda llevar a cabo la liquidación de las deudas del causante y la entrega del patrimonio resultante a los beneficiarios («Grant of Administration», «Letters of Administration»).

La regulación de cómo ha de hacerse el mencionado «Probate», desde la legitimación activa para solicitarlo hasta los efectos de su expedición, pasando por los medios de prueba utilizables o la eventual notificación a terceros, se encuentra recogida en las denominadas «The Non-Contentious Probate Rules», de 1987. Como se señaló, su finalidad primordial es la de asegurar la autenticidad del testamento, además de darle reconocimiento y eficacia pública, y de proporcionar un pseudosistema de registro de últimas voluntades, confiriendo alguna probabilidad de que el testamento presentado es el último otorgado por el causante, ya que en Inglaterra no existe un registro de testamentos, sino el «Probate Registry».

En Inglaterra y Gales, la competencia para emitir el *grant of probate* corresponde a la División de Familia de las High Courts. Los *probates* se inscriben en un registro de Probates y la certificación expedida por el registrador o funcionario de dicho registro, que debe incorporar el testamento, es lo que sirve de título formal.

Del testamento otorgado por el Sr. AA se expidió una copia fiel por la abogada SW el 25.9.2017, en Wirral, copia que fue apostillada en Londres el 13.10.2017. La copia y la apostilla fueron traducidas en Uruguay por la traductora pública MU, en Montevideo, el 2.11.2017, documentos que fueron agregados al expediente sucesorio tramitado ante el Juzgado Letrado de Familia de ... Turno, como ya se expresó.

No surge agregado al expediente la validación del testamento por resolución judicial de los tribunales ingleses, es decir, el «Grant of Probate».

Si siguiéramos las posiciones de SZEINBLUM y VAZ FERREIRA, que se afilian a la opinión que para que sea válido y eficaz el testamento en Uruguay debe ser otorgado en instrumento público, deberíamos rechazar el testamento otorgado por el Sr. AA, por cuanto este lo fue en documento privado. Aun cuando se hubiera obtenido el «Probate», el documento público sería este y no el testamento. Esto traería como consecuencia inevitable rever todo el proceso sucesorio realizado, por cuanto este no debería haberse regulado por las normas de la sucesión testada, sino, por el contrario, por las normas de la intestada, modificando sustancialmente en tal caso, y

según entienda el juez, la declaratoria de herederos efectuada (de acuerdo a las normas de la sucesión intestada, deberían haber sido declarados herederos del causante sus hermanos DOP y MHT, y otros que puedan existir o sobrinos con derecho de representación —que ignoramos—, ya que el causante, como veremos más adelante, falleció sin descendencia legítima ni natural, divorciado y sin ascendencia viva).

Por el contrario, si seguimos las posiciones sustentadas por HERBERT y FRESNEDO, debemos remitirnos a la legislación inglesa para ver cuáles son los requisitos necesarios en dicho ordenamiento jurídico para la validez de los testamentos.

Dichos requisitos estarían dispuestos en la sección novena de la Wills Act de 3.7.1837, que establece:

Ningún testamento será válido a menos que: *a)* conste por escrito y esté firmado por el testador, o por cualquier persona en presencia y bajo la dirección de aquel; *b)* resulte que el testador se ha propuesto, por medio de su firma, dar eficacia al testamento; *c)* que la firma haya sido puesta o reconocida por el testador en presencia de dos o más testigos presentes al mismo tiempo, y *d)* que cada uno de los testigos: 1) autentifique y firme el testamento, o 2) reconozca su propia firma en presencia del testador, aunque no necesariamente en presencia de otro testigo, y sin que sea necesaria ninguna forma para atestiguar tal reconocimiento. [Comentario de la suscrita: como se advierte, no hay exigencia de intervención notarial alguna ni de funcionario público que avale su otorgamiento y suscripción.]

Todos estos requisitos, como ya se expresó, son controlados a los efectos de determinar la validez y eficacia del testamento otorgado en Inglaterra por los tribunales ingleses competentes, que emiten el «Probate».

Podemos inferir que el «Probate» forma parte de las formalidades requeridas para la eficacia del testamento, y a este lo expiden los tribunales ingleses. Siguiendo esta línea de pensamiento, si en Inglaterra existe una autoridad competente que autentica la validez de los testamentos otorgados en su territorio, debemos exigir dicha validación en nuestro país, a los efectos de dar la mayor seguridad jurídica al proceso sucesorio en cuestión, máxime si estamos frente a un testamento que no reúne las más elementales garantías de su otorgamiento originario.

Se podrá argumentar en contra de que no es necesario obtener el «Probate», de que este no dota de validez adicional al testamento ni de facultades adicionales a los albaceas, y que se trata de un mero procedimiento formal (no de derecho sustantivo). Pero existiendo como tal en el país de otorgamiento del testamento, lo debemos exigir para, repito, dotar de mayor seguridad jurídica al proceso.

Siguiendo estos requisitos, podemos concluir que el testamento otorgado por el Sr. AA no se ajustó a la normativa vigente en su país, por lo que de acuerdo con la posición que se está analizando, el testamento no sería válido y eficaz en el Uruguay.

De no considerar al «Probate» como un requisito formal más, nos llevaría, por el contrario, a considerar la validez y eficacia del testamento en nuestro país, pues entendemos que el testamento se ajustaría a los requisitos expuestos *ut supra* (excluido el «Probate»).

A las mismas conclusiones se llegaría de estar vigente el artículo 31 del proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado que se encuentra a consideración del Parlamento de nuestro país.

La suscrita comparte la posición sustentada por HERBERT y FRESNEDO en cuanto considera que rigen para las formas de los testamentos las normas del país donde este fue otorgado.

Para el caso concreto, como ya se expresó, el testamento del Sr. AA fue otorgado en Inglaterra, por lo que *desde el punto de vista de su forma*, nos debemos ajustar a su normativa, la que, como ya se expresó, es de dificultosa aplicación para la suscrita.

Por lo expuesto, entendemos que en el caso concreto, al faltar la presentación del requisito formal, que es el «Grant of Probate», *no se podría haber dado por válido y eficaz el testamento en nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, invocarlo en el proceso sucesorio.*

A nuestro criterio, tanto si se hubiera considerado la posición de SZEINBLUM como la de HERBERT, el testamento invocado *no podría haber sido considerado válido y eficaz* a la luz de los argumentos expuestos; por lo tanto, la sucesión se debería haber tramitado por las normas de la sucesión intestada y haberse procedido a la declaratoria de herederos conforme a dichas normas.

En cuanto a la posición adoptada al respecto por los profesionales que tramitaron la sucesión del Sr. AA, según le manifestaron a la suscrita, consideraron, a la hora de tramitar la sucesión en nuestro país, que el testamento había sido otorgado en «acto público» y con las mayores formalidades exigidas por el Reino Unido, ya que entendieron que la copia certificada por abogado en Inglaterra del testamento le daba tal carácter a todo el documento, incluido el testamento. No compartimos tal opinión, ya que dichos profesionales no tuvieron en cuenta que la copia certificada —lo que para nosotros sería un testimonio notarial por exhibición— no le da al documento certificado o «testimoniado» —para nosotros— el carácter de público. «Pública» sería la copia certificada por el abogado inglés, pero *no el testamento*, que sigue siendo privado.

*Nota.* El último comentario expuesto por los profesionales de la parte futura vendedora del bien con respecto a las formalidades del testamento, contenido en correo electrónico enviado a la suscrita el 7.2.2019, cambiaría la postura inicial que tuvieron a la hora de aceptar el testamento a los efectos de tramitar la sucesión, ya que manifestaron en dicho correo lo que se reproduce textualmente a continuación:

Entendemos que corresponde la aplicación de ley inglesa y no transpolar o exigir las formalidades propias de la ley uruguaya, Se aprecia que

el testamento fue firmado por el testador ante dos testigos, y se obtuvo el «grant of probate». [Y que] respecto de la intervención mediante «grant of probate», el testamento fue otorgado por el causante de conformidad con los requerimientos de la ley inglesa. En este sentido, el testamento fue presentado ante el Probate Registry de forma debida, y el «grant of probate» fue emitido con fecha 18.5.2018, conforme surge de la constancia que se adjunta. Actualmente, nuestro cliente está tramitando la apostilla y envió a Uruguay del «grant of probate» [por] si fuera necesaria su exhibición. La obtención del «grante of probate» constituye la confirmación de que el testamento debe aceptarse como válido y eficaz, y de que el testador era capaz a efectos de su otorgamiento.

Tomamos conocimiento por este medio de que el Probate se habría otorgado, pero *con fecha posterior a la declaratoria de herederos en nuestro país, que lo fue el 30.4.2018*, y que el executor designado en Inglaterra sería el Sr. DOP.

Si bien el Probate sería de fecha posterior a la declaratoria de herederos, confirmaría que el testamento se ajustó a la formalidad del derecho inglés. Y teniendo presente que ya se tramitó la sucesión en nuestro país invocando tal testamento, para despejar dudas sobre su validez, a nuestro entender se debería presentar el Probate con la copia del testamento anexo, apostillados y traducidos, en el expediente sucesorio, juntamente con la solicitud de rectificación eventual de declaratoria de herederos, a la que nos referiremos más adelante.

Pero como todo este tema es opinable, es de nuestro interés conocer cuál es la posición actual de la Comisión de Derecho Internacional Privado y, por ende, de la Asociación de Escribanos del Uruguay en cuanto a determinar, en primer lugar, qué norma se debe aplicar con relación a las formas exigidas para el testamento de referencia y, en segundo lugar, si se entiende que es la del lugar del otorgamiento, determinar si el testamento de referencia se ajustó o no a la normativa del derecho inglés. En este último punto, quizás la comisión respectiva entienda que no es su materia, pero, y a pesar de ello, solicitamos tenga a bien orientarnos al respecto, atendiendo a la complejidad del caso planteado.

Como se advierte, el tema es de suma importancia por las consecuencias jurídicas que ello implica en la trasmisión de los bienes sucesorios.

### III. Contenido del testamento

De acuerdo con el artículo 2400 del Código Civil, la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al tiempo de fallecimiento de la persona rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

De considerar la comisión respectiva de la AEU que el testamento del Sr. AA es válido y eficaz de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico —al igual que los profesionales de la parte futura vendedora del bien y la nuestra, de aceptarse el «Probate» de fecha posterior a la declaratoria de

herederos—, debemos estar, para la tramitación de la sucesión, a nuestro ordenamiento jurídico y —a nuestro entender en lo que cabe— a su armonización con el derecho inglés.

El proceso sucesorio, como ya se expresó, se llevó a cabo ante el Juzgado Letrado de Familia de ... Turno en el expediente n.º .../2018. En él se adjuntó certificado expedido por el Registro de Testamentos, a cargo de la Suprema Corte de Justicia, del que surgió la inexistencia de testamentos inscriptos en Uruguay (el testamento invocado no fue comunicado a dicho Registro).

Comparecieron los actualmente designados cinco herederos testamentarios y, además, los hermanos del causante, DOP y MHT, invocando estos últimos su calidad de albaceas.

Se acreditó en autos que el causante falleció siendo de estado civil divorciado de sus segundas nupcias con la Sra. BB, así como que sus padres estaban fallecidos y que falleció sin descendencia legítima ni natural. Se infiere del expediente que el causante no tenía herederos con derecho a legítima ni cónyuge con derecho a porción conyugal.

Corresponde, entonces, analizar el testamento a través de la traducción efectuada por la traductora pública MU.

De su lectura surge, en una primera instancia, que no hay una designación expresa de herederos (en la forma que habitualmente los notarios dejamos asentado en nuestras escrituras). Atento a ello es que debemos proceder a interpretar *cuál fue la voluntad del testador*, y como bien expresa el informante de la Comisión de Derecho Civil en respuesta a consulta publicada,<sup>5</sup> «la voluntad del testador es la ley suprema en el testamento». Pero la búsqueda de la verdadera voluntad del testador, en el caso concreto, deja dudas.

En efecto, de acuerdo con los escritos presentados en el proceso judicial, los Sres. DOP y MHT comparecieron en su calidad de albaceas designados en el testamento, y los restantes, en su calidad de herederos. Se tuvo presente por el Sr. juez del Juzgado Letrado de Familia de ... turno que DOP y MHT comparecieron en tal calidad según decreto .../2018. No surge del expediente que comparecieran en calidad de albaceas con tenencia de bienes. Tampoco se efectuó inventario de los bienes.

Ahora bien: ¿surge claramente del testamento que el testador designó como sus herederos a AGRT, MOP, JDP, VHP y a RAP? En nuestra opinión, no fue así. Por el contrario, entendemos que designó herederos en calidad de fiduciarios testamentarios a sus hermanos DOP y MHT, y beneficiarios de dicho fideicomiso testamentario a sus cinco sobrinos. Esta posición no fue de recibo por los profesionales de la futura parte vendedora del bien por entender,

5 *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 80, n.º 7-12 (jul.-dic. 1994), pp. 368 y ss.

en primer lugar, que el testamento fue otorgado y regido de conformidad con la legislación del Reino Unido, y, por tanto, la voluntad del testador debe interpretarse a la luz de dicho ordenamiento y los institutos existentes en dicho orden jurídico. La única limitación es la afectación del orden jurídico patrio, circunstancia que no ocurre en el caso ante la inexistencia de asignaciones forzosas de toda naturaleza.

Hasta aquí la transcripción literal de dicho primer punto de observación.

Compartimos dicho punto de vista, en el sentido de que debemos interpretar la voluntad del testador a la luz del ordenamiento jurídico inglés, que tan distinto al nuestro es. Y al respecto: ¿qué encontramos en este derecho? En primer lugar, que la figura del heredero tal cual la concebimos en nuestro derecho no es en absoluto relevante, hasta el punto de no ostentar ni tan solo un *nomen* que lo identifique (como señala ANDERSON, en España), aunque la palabra *heredero* y *heredera* existen en la lengua inglesa y pueden ser utilizados en el testamento; tampoco el derecho inglés conoce, en nuestros términos, el instituto de la *legítima*.

Abierta la sucesión, es preciso distinguir entre la administración y la posterior distribución del remanente entre los beneficiarios designados en el testamento. Es así que lo más relevante de dicho derecho a la hora de interpretar la voluntad del testador sea la figura de los *personal representatives*, que podrían equipararse a los albaceas, al administrador o a un representante del caudal hereditario concebido como patrimonio autónomo. Estos *personal representatives* actúan como *trustees*, con poder de disposición. Según ANDERSON, el *trustee* haría las veces de un administrador en beneficio ajeno, aunque revestido de la titularidad legal o formal de los bienes.

De acuerdo con CUEVAS ALDASORO —ya citado—, regiría en la materia la «Administration of Estates Act» de 1925. Como consecuencia del fallecimiento del causante, la herencia se transmite a los *personal representatives*, que son *executors* si han sido nombrados por el testador en el testamento. Sus principales obligaciones son obtener un *grant of representation*, tomar posesión y administrar los bienes de la herencia, averiguar y pagar las deudas y responsabilidades de la herencia y distribuir el patrimonio neto de acuerdo al testamento. Los *executors* pueden ser designados por el testador condicionalmente, temporalmente o solo para determinados bienes integrados en la herencia, y no se pueden nombrar más de cuatro. Todos los bienes y derechos hereditarios se transfieren a los *personal representatives*; dichos representantes tienen la obligación de tomar posesión y administrar los bienes. Dicha administración de los bienes hereditarios comprende su disposición. Continúa dicho autor mencionando que la sección 39 de la Administration of Estates Act de 1925 atribuye a los *personal representatives*, en relación con los bienes muebles, todos los poderes y facultades propios de un representante personal, incluso la de tomar dinero a crédito con garantías; y en relación con los inmuebles, todas las facultades que confiere a los *trustees* la parte I de la Trusts of Land and

Appointment of Trusttess Act de 1996. Esta ley, de 24.7.1996, dice en su sección 6.1 que, en ejercicio de sus funciones, los *trustees* —y por tanto, los *personal representatives*— tienen sobre los inmuebles «todos los poderes de un propietario absoluto». Señala además que el *trust* es uno de los institutos más típicos del Common Law.

De acuerdo con ANDERSON, los *personal representative* ostentan la titularidad fiduciaria del caudal relicto, con un poder, pero no obligación de enajenar, y con la facultad de posponer la distribución de los bienes hasta el momento en que les parezca oportuno; y todo ello, sin perjuicio de su responsabilidad en la gestión del patrimonio. También se encontrarían dentro de sus funciones las de satisfacer los gastos del funeral y de la administración, así como el pago de deudas del causante, con cargo al dinero en efectivo existente en el caudal relicto y al que resulte de la enajenación de bienes. Y agrega que realizadas dichas operaciones, se procede a la distribución del remanente entre los destinatarios finales.

Según el trabajo referido *ut supra* de RUBANO LAPASTA,

el *trust* es un concepto fundamental del derecho inglés y es la creación más importante de la Equity. Tiene diferentes efectos. Se utiliza como medio de protección de incapaces y de la mujer casada, en la liquidación de sucesiones, en las fundaciones y entidades de utilidad pública, y en la actualidad, destinada a salvaguardar el patrimonio familiar frente a la alta carga tributaria que gravan a las sucesiones hereditarias. Los bienes transferidos a «trustees» no están gravados. Dicha transferencia debe realizarse tres años antes de acaecida la muerte. En los hechos, la situación es la siguiente: una persona —el constituyente del *trust*— estipula que determinados bienes serán administrados por uno o varios *trustees*, en interés de una o varias personas. El *trustee* no es el representante de los *cestuis* o beneficiarios del *trust*; es el propietario de los bienes, y en consecuencia, dispone libremente de estos sin dar cuenta a nadie de su gestión. Los *cestuis* no tienen derecho sobre los bienes objeto del *trust*; solo tienen derecho a percibir los intereses. En consecuencia, se trata de una forma distinta del derecho de propiedad. El titular de este derecho no puede usar, gozar y disponer del bien. Esto marca una de las diferencias con nuestro derecho.

Los Dres. RG y MR —profesionales que tramitaron la sucesión del causante AA en Uruguay— nos manifestaron que, según opinión que recabaron de colegas del Reino Unido, de acuerdo con su ordenamiento jurídico, no se constituyó un fideicomiso a través del testamento. Señalan que en el Reino Unido se reconoce la figura del fideicomiso formal como el regulado por la ley 17.703, aunque con particularidades propias de dicho ordenamiento. Agregan que la legislación referida regula la figura del albacea, distinguiendo distintos grados o alcance en las facultades que el testador le confiere. En uno de dichos grados, el albacea (*executor*) obra como una especie de *trustee* que, a la postre, le confiere amplias facultades de administración. Esto determina que en el testamento, y atendiendo a las facultades conferidas por el causante a sus hermanos, el Sr. AA haya

utilizado los términos *executor* y *trustee*, pero jamás con la voluntad de constituir un fideicomiso formal. La utilización del término *trustee* en la traducción lineal —y no de fondo jurídico— conllevó al empleo del término *fiduciario*, pero esta circunstancia es una cuestión exclusivamente lingüística que no incide en la naturaleza jurídica del instituyo en cuestión. Manifestaron, además, que con relación a esto último,

es evidente que la figura del albacea y la del fiduciario son incompatibles y, por tanto, observar únicamente el testamento como fideicomiso, ignorando el término albacea (*executor*), deja sin sentido o contenido esta designación. En efecto, únicamente es jurídicamente válido y razonable, desde el punto de vista de una interpretación armónica, atender a la figura del albacea con facultades amplias (albacea con tenencia de bienes o *executor/trustee*, en derecho inglés) que concluir que la voluntad del testador fue constituir un fideicomiso, borrando el término *albacea (executor)* que surge a texto expreso.

Hasta aquí una de las opiniones vertidas por los profesionales referidos en cuanto a su posición contraria con respecto a nuestra interpretación del contenido del testamento. La suscripta no comparte dichos argumentos, ya que considera que los *executors* actúan como *trustees*; no son figuras incompatibles, lo cual surge de los fundamentos legales expuestos *ut supra*.

Pero lo más importante es considerar las palabras del testador y, en especial, en su orden. Es así que de la cláusula segunda surge que este manifestó: «Designo a mi hermano DOP, domiciliado en ..., y a mi hermana MHT, domiciliada en ..., como albaceas y fiduciarios de este testamento, y dispongo que mis fiduciarios paguen todas mis deudas, gastos funerarios y testamentarios». Queda claro que son albaceas y también fiduciarios.

Y agrega el testador en la cláusula siguiente (tercera):

Dejo todos mis bienes muebles e inmuebles, de cualquier naturaleza y dondequiera que se encuentren, o que no hayan sido por el presente o por cualquier codicilo del mismo dispuestos, a mis fiduciarios para que los vendan, reclamen y conviertan los mismos en dinero con la facultad de posponer la venta, reclamación y conversión de los mismos en la medida en que en su absoluta discreción consideren apropiado, sin responsabilidad por pérdidas, y a partir de entonces: dividir el resto de mi patrimonio en las siguientes dos partes iguales, y mantener dichas partes en fideicomiso [...].

A nuestro entender, interpretamos, a la luz de las palabras del testador, que este designó a sus hermanos como sus herederos, al expresar: «Dejo todos mis bienes e inmuebles, de cualquier naturaleza [...] a mis fiduciarios». Y los instituyó en calidad de, justamente, fiduciarios. Surge claro que no fue la voluntad del testador que sus cinco sobrinos dispusieran de sus bienes, tal como resulta de la declaratoria de herederos efectuada.

¿Cómo se define un fideicomiso testamentario? La Dra. Ema CAROZZI lo ha definido como

aquella disposición testamentaria en la cual el testador fideicomitente instituye al fiduciario en calidad de heredero, coheredero o legatario, esta-

bleciendo las instrucciones que el mismo deberá seguir tanto respecto de la administración o gestión del patrimonio, de la cuota hereditaria o de los bienes recibidos respectivamente como el destino final que a los mismos debe darse.

Mediante este tipo de fideicomiso por disposición del testador se transmiten, a su fallecimiento, todos o parte de sus bienes a un fiduciario, quien en carácter de heredero, coheredero o legatario —según se haya dispuesto en el testamento— asumirá el encargo de administrar dichos bienes en la forma dispuesta por el fideicomitente, en beneficio de las personas designadas, y finalmente los transmitirá a quienes hayan sido designados como destinatarios definitivos de los bienes (beneficiarios).

Si bien el fiduciario es heredero, a diferencia del heredero común, no va a actuar en beneficio propio, sino a favor del tercero designado por el testador.

En el fideicomiso testamentario, el fiduciario —que sucede al causante en la propiedad de los bienes— no se beneficia de lo heredado, sino que cumple una misión, esto es, el encargo fiduciario en utilidad del fideicomisario o beneficiario. El beneficiario no es heredero del causante, esto es, no sucede al fideicomitente, según el Dr. Roberto BORRELLI.<sup>6</sup>

Atendiendo a lo expuesto precedentemente, no le caben dudas a la suscrita que en el testamento referido, el testador dispuso la constitución de un fideicomiso testamentario, designando a sus dos hermanos, que devinieron herederos y fiduciarios de toda la herencia, y a sus cinco sobrinos como beneficiarios del fideicomiso.

Otro de los argumentos sostenido por los Dres. RG y MR para no aceptar que en el testamento se constituyó un fideicomiso testamentario es que este no se ajusta a las disposiciones de la ley 17.703, en virtud de que esta, sostiene, incluye una serie de exigencias que no están contenidas en el testamento en cuestión. Indican que varias de las estipulaciones requeridas en los instrumentos constitutivos del fideicomiso bajo el artículo 4.º de la ley 17.703 —por ejemplo, la determinación del procedimiento en que los bienes podrán ser incorporados al fideicomiso, el plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria, los derechos y obligaciones del fiduciario, y el modo de sustituirlo si cesare— no se incluyen. También señalan que en dicho testamento se incluye una cláusula de designación de beneficiarios en forma sucesiva, procediendo la sustitución a la muerte del beneficiario anterior, lo que se encuentra prohibido y se declara absolutamente nulo bajo el derecho uruguayo conforme al artículo 9.º de la ley 17.703.

Llegado a este punto, a la suscrita se le presentan dudas respecto a si el fideicomiso constituido en el testamento es válido o no en nuestro ordenamiento jurídico.

6 BORRELLI, Roberto. «Fideicomiso de planificación patrimonial». En *Revista de Derecho y Tribunales*, n.º 9 (feb. 2009), pp. 117-151.

Y la primera interrogante surge en cuanto a la forma, ya que en el artículo 2.º de la ley 17.703 se exige que sea otorgado por escrito y que se requerirá la escritura pública en los casos en que dicha solemnidad sea requerida por la ley. Más adelante señala que el fideicomiso testamentario podrá constituirse por testamento abierto o cerrado; y es aquí donde se presenta la primera interrogante, ya que en nuestro derecho, los testamentos abiertos deben ser otorgados en escritura pública, y el testamento en estudio no lo fue. ¿Es nulo, entonces, el fideicomiso testamentario contenido en un testamento otorgado en el extranjero en documento privado?

Si bien dejamos planteada la interrogante, podría interpretarse, al no mencionar la ley específicamente la escritura pública, que el testamento inglés, al ser abierto, ya cumple con el requisito legal, y, por lo tanto, darse por cumplida la formalidad. ¿Debemos exigir más formalidad para la constitución del fideicomiso testamentario que la exigida en el país donde se otorgó el testamento?

Los demás elementos, mínimos, que exige la ley que debe contener la cláusula por la que se constituye el fideicomiso serían: el nombre del fiduciario —que están establecidos en el testamento—; la calidad en que el fiduciario adquiere los bienes —sería, según nuestro criterio, el de heredero—; la individualización de los bienes objeto del fideicomiso —aquí el fideicomiso fue de toda la herencia—; los fines del fideicomiso —serían los de administración y disposición—; las facultades del fiduciario; el plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria; el destino de los bienes al finalizar el fideicomiso, y el nombre y datos personales de los beneficiarios, todos elementos que, a nuestro entender, están contemplados en el testamento.

En cuanto a la cláusula en que se designan beneficiarios en forma sucesiva, procediendo la sustitución a la muerte del beneficiario anterior, sería nula. Pero esa cláusula no anula todo el fideicomiso.

Si se entiende que el fideicomiso es nulo, como los bienes no pueden volver al fideicomitente porque este falleció, tienen que pasar a sus herederos, y estos, a nuestro entender, son los hermanos del causante y no sus sobrinos (lo mismo pasaría si los fiduciarios no aceptaran el fideicomiso). Esta interpretación tampoco es de recibo por los Dres. RG y MR, quienes entienden que como en el testamento se encuentran las referencias a los cinco sobrinos como «beneficiaries», y si bien no hay una alusión explícita a la palabra *herederos*, del testamento surgiría, a su criterio, que serían los beneficiarios del patrimonio del causante. Citan que en materia sucesoria rige el principio de primacía de la voluntad del causante, sin que sea necesario incluir una referencia explícita a «herederos» ni se exigen fórmulas sacramentales. Se remiten al artículo 780 del Código Civil, que dispone: «Aun cuando el testador no haya usado materialmente la palabra *heredero*, si su voluntad está clara acerca de ese concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia».

Es justamente basándonos en esa disposición que entendemos que la voluntad del testador fue clara en cuanto a quien le dejaba su herencia, es decir, a quienes nombraba sus herederos. Esto es, dejó todos sus bienes a sus hermanos y no a sus sobrinos. Los sobrinos se beneficiarían con el remanente del dinero que quedara luego de que los herederos dispusieran, cuando quisieran, de los bienes heredados. No está claro, para nosotros, que la voluntad del testador fue nombrar a sus sobrinos, como sostienen los abogados que tramitaron la sucesión.

Siendo tan complejo este tema, los Dres. MR y RG entendieron que no se constituyó en el testamento un fideicomiso testamentario, pero consideraron que al reconocer nuestro Código Civil en el artículo 986 la figura del albacea con tenencia de bienes, dicha figura se adecuaría perfectamente a la voluntad consignada en el testamento.

A raíz de todas las interrogantes planteadas por la suscrita, esta no puede dejar de considerar la interpretación expuesta precedentemente, si bien cabe mencionar que ella no surge del proceso sucesorio en cuestión, ya que quienes comparecieron en calidad de albaceas lo fueron sin indicar la tenencia de bienes.

Siguiendo esa línea de pensamiento, los albaceas serían los encargados de vender los bienes del causante para, luego, repartir el dinero entre los herederos. Esto no se refleja en el certificado de resultancia de autos, que nada menciona sobre los albaceas y su tenencia de bienes.

De considerarse esta opción de interpretación, los albaceas para disponer de los bienes deberían pedir la autorización judicial y tener la anuencia de los herederos;<sup>7</sup> sin perjuicio, sin lugar a dudas, de la rectificación de la declaratoria de herederos, y si así lo considera el juez de la sede.

Otro de los argumentos expuestos por los profesionales mencionados a la hora de sostener la declaratoria de herederos que solicitaron es que, desde el punto de vista procesal, la interpretación del contenido del testamento ya habría sido laudado en el marco del proceso sucesorio, en tanto, sostienen, la sede hizo lugar a la designación como albaceas de los hermanos y la declaración como herederos de los sobrinos. No compartimos dicho criterio por entender que no es objeto del proceso sucesorio laudarse sobre la validez o no del testamento y de su contenido.

Dejamos, entonces, planteadas las consultas a la comisión respectiva de la AEU a los efectos de que expida su opinión sobre cuál fue la última voluntad del testador en cuanto a la designación de herederos y la disposición de sus bienes, y, en definitiva, sobre el contenido general del testamento y su validez en nuestro ordenamiento jurídico.

7 Nos remitimos, para ello, a la consulta evacuada en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 87, n.º 7-12 (jul.-dic. 2001), pp. 304-307.

## 2. CERTIFICADO DE RESULTANCIA DE AUTOS

Atendiendo a las respuestas que se consignen a todos los interrogantes planteados en el presente es que entendemos que el certificado de resultancia de autos se deberá ajustar atendiendo a ellas, pero por sobre todo, y en última instancia, se dependerá de lo que disponga la sede judicial respectiva, ya que, como se expresó, dictó resolución nombrando herederos testamentarios a los cinco sobrinos mencionados. También cabría la modificación del asiento registral.

En resumen, si bien la suscrita no hubiera aceptado como válido y eficaz el testamento invocado y hubiera tramitado la sucesión por las normas de la intestada, esta no fue la interpretación de los profesionales que tramitaron dicha sucesión, y es a raíz de dicha situación que se plantean, a la hora de vender el bien inmueble relacionado en la sucesión, todas las interrogantes planteadas en el presente (como ya se expresó, la proyectada venta se llevará a cabo o no atendiendo a las resultancias de las consultas planteadas en el presente).

### Informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado

#### RELACION DE HECHOS: ANTECEDENTES

1. AA, soltero, hubo el inmueble padrón ...1 de Montevideo por título compraventa y modo tradición de la sociedad anónima C.

2. AA otorgó testamento el 20.6.2017 en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

3. Falleció el 30.6.2017, en la ciudad de Wirral, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, siendo de estado civil divorciado de sus segundas nupcias con BB.

4. Su sucesión se tramitó en la ciudad de Montevideo. Conforme al certificado de resultancias de autos de 30.4.2018, fueron declarados únicos y universales herederos de AA a sus herederos testamentarios —sobrinos del causante— AGRT, MOP, JDP, VHP, RAP y HH. Heredaron un bien inmueble padrón ...1 en la ciudad de Montevideo y acciones societarias.

5. El 28.12.2018, AGRT, MOP, JDP, VHP y HH otorgaron promesa de compraventa con FS, en documento privado con firmas certificadas y protocolizado por la Esc. MMRG.

Actualmente, la consultante solicita se tengan a bien evacuar las consultas vinculadas: a) validez del testamento otorgado en el extranjero, y b) la resultancia del proceso sucesorio iniciado en Uruguay.

## CONSULTA

Solicita dictamen de la Comisión de Derecho Internacional Privado de la Asociación de Escribanos del Uruguay sobre:

- 1) qué norma se debe aplicar en relación con las formas exigidas para el testamento de referencia;
- 2) si se entiende que es la del lugar del otorgamiento, determinar si el testamento de referencias se ajustó o no al derecho inglés;
- 3) si el fideicomiso constituido en el testamento de referencia es válido o no en nuestro ordenamiento jurídico;
- 4) cuál fue la última voluntad del testador en cuanto a la designación de herederos y la disposición de sus bienes, y sobre el contenido general del testamento y su validez en nuestro ordenamiento jurídico.

## NUESTRO INFORME

En el caso traído a la consulta de esta comisión se plantean dos temas: una cuestión de forma y una cuestión de fondo. En cuanto a la forma, cabe hacer tres subdistinciones: la forma relativa a los testamentos, la forma del fideicomiso y, además, la forma de los poderes —que la consultante no agrega—, todos ellos otorgados o constituidos en Gran Bretaña. Respecto del fondo, y en base al deslinde anterior, corresponde determinar por qué ley se rige el fondo del testamento, del fideicomiso y de los poderes antes citados.

La comisión ha podido comprobar que no existe tratado alguno respecto a estas materias entre Gran Bretaña y la República Oriental del Uruguay, por lo que corresponde la aplicación del derecho autónomo uruguayo contenido en la parte final de nuestro Código Civil. Para una mayor dilucidación del problema, corresponde dividir la evacuación de la consulta en distintas partes.

### I. Forma del testamento

De la búsqueda efectuada pudo comprobarse que no existe una categoría específica referida a la «forma de los testamentos» y tampoco una categoría más general concerniente a la «forma». El artículo 2400 menciona que «la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria».

La doctrina ha considerado, sin embargo, que el testamento tiene autonomía jurídica y que, por tanto, correspondería ubicarlo mejor en el artículo 2399, que establece lo siguiente:

Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad por su parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.

De acuerdo con lo consignado, el artículo 2399 no resuelve cuál es la ley aplicable a los actos —entre otros aspectos a considerar—, sino que remite la solución al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889. Y esa remisión no la realiza a todo el título X, denominado «De los actos jurídicos», que comprende los artículos 32 a 39, sino exclusivamente a los artículos 34 a 38. Por tanto, queda excluido en la remisión el artículo 32, que establece la forma escrita y la calidad del documento que se regiría por «la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse», y también el artículo 39 final, destinado a las formas de los instrumentos públicos y privados.

Para esta comisión, existe un vacío legal que deberá ser integrado de conformidad con el artículo 16 del AGRTU:

Cuando ocurra un negocio civil que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogos, y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso.

En el caso planteado, no solo se plantea solucionar un conflicto de leyes, sino igualmente lo que la doctrina moderna ha denominado «un conflicto de civilizaciones» o «un conflicto de culturas». Este calificativo obedece a que enfrenta dos culturas diferentes: la anglosajona y la civilista. Análogo dilema se plantea en el otorgamiento de los poderes provenientes del extranjero cuando la ley del lugar de cumplimiento del poder exige un documento en escritura pública y la ley del lugar del otorgamiento desconoce qué se entiende por tal; se trataría de lo que en derecho internacional privado se denomina «una institución desconocida», la cual está expresamente regulada en el artículo 3.º de la convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado (CIDIP II, Montevideo, 1979), que dice así:

Cuando la ley de un Estado Parte contenga instituciones o procedimientos esenciales para su correcta aplicación y esas instituciones o procedimientos no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, este podrá negarse a aplicar dicha ley siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos.

Para solucionar esta disyuntiva, entonces, la doctrina notarial, que ha sido la que ha marcado el rumbo desde antiguo, ha considerado que cabe remitirse —ya como norma análoga, ya como doctrina más recibida— a la convención interamericana sobre régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero (CIDIP I, Panamá, 1975), ratificada por Uruguay. Brevemente, allí se establece:

Cuando en el Estado en que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme a la ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 7 de la presente Convención.

Y el artículo 7c dispone que, respecto de la forma, bastaría con la consignación de la voluntad del otorgante en documento privado con firmas «autenticadas» (no dice con firmas autenticadas «notarialmente»). De lo anterior se colige, entonces, que este ciudadano inglés, con estrechas vinculaciones con su patria de origen —ante lo cual no cabe una eventual aplicación de la excepción de fraude a la ley—, ha otorgado un testamento en Gran Bretaña en documento privado con firmas «autenticadas», lo que se obtuvo con el *grant of probate*, aun cuando haya sido realizado con posterioridad al acto (la Convención tampoco exige simultaneidad de actuaciones). Por lo expuesto, esta comisión concluye que dicha formalidad debe ser aceptada en Uruguay, como lo ha hecho con los poderes provenientes del extranjero.

## II. Forma del fideicomiso

Tratándose de situaciones problemáticas similares, solo cabe agregar en este apartado que el mismo razonamiento ha de realizarse para el fideicomiso otorgado en Gran Bretaña con efectos —totales o parciales— en nuestro país. Este será válido si consta en documento privado con firmas debidamente «autenticadas», de acuerdo con las reglas del país del otorgamiento.

## III. Forma de los poderes

Nos remitimos en este apartado a lo ya consignado en el apartado I.

## IV. Fondo del testamento

En cuanto al fondo del testamento, la situación varía notablemente. Se regirá por la ley donde se tramite la sucesión. Como se ha consignado, el artículo 2400 consagra la fragmentación en materia sucesoria, por lo que los bienes, derechos y obligaciones ubicados en Uruguay se verán regidos por la ley uruguaya.

Pero esta Comisión entiende que no es este el problema —o el único problema a dilucidar en cuanto al fondo—, sino cuál ha sido la verdadera intención, la real manifestación de voluntad del testador al otorgar el referido documento. ¿Se trata de una institución de herederos o de la creación de un fideicomiso? Y el asunto no es baladí, por cuanto los sujetos agraciados por la disposición de última voluntad pueden variar según se determine una cosa o la otra.

Al existir bienes en Uruguay, la sucesión se tramitó en nuestro país como correspondía, de acuerdo con los bienes aquí situados. El problema consiste en discutir cuál fue la voluntad del testador. Según lo entiende nuestra comisión, lo que allí existe es la institución de un fideicomiso del cual serían beneficiarios los sobrinos, en cuanto habla de «albaceas y fidu-

ciarios». De conformidad con el derecho inglés, considerando a los albaceas como *personal representatives*, se opera una transferencia de bienes a favor de los fiduciarios que, en principio, serían los herederos.

Si existe un fideicomiso y no una institución de herederos, los herederos serían los hermanos del causante y, eventualmente, sus sobrinos, si acuden en representación de un progenitor prefallecido, hermano del causante. Si, en cambio, los sobrinos son hijos de los dos hermanos mencionados en la consulta, no podrían ser declarados herederos. Todo lo expuesto sin dejar de considerar que, en cualquier caso, los beneficiarios del fideicomiso son los sobrinos allí consignados. El tema debe ser aclarado debidamente por las partes involucradas en el diferendo para una correcta tramitación de la sucesión del difunto.

## V. Fondo del fideicomiso

Esta comisión entiende que respecto del fondo del fideicomiso, se trata de un tema a resolver por la Comisión de Derecho Civil.

## VI. Fondo de los poderes

El fondo de los poderes se regirá por la ley del lugar donde dichos poderes deben cumplirse, la cual considerará si son suficientes o no para el acto encomendado.

## VII. Conclusiones

1. El testamento otorgado no merece objeciones desde el punto de vista formal, pues se encuentra provisto de las garantías formales mínimas establecidas por la doctrina notarial, en virtud de que se ha resuelto no solo un conflicto de leyes, sino también un conflicto de culturas o de civilizaciones.

2. Por las mismas razones, no cabría objetar la formalidad del fideicomiso instituido, por lo que no corresponde agregar otros comentarios al respecto.

3. En cuanto al fondo del documento, este se sujetará al derecho uruguayo respecto de los «bienes» aquí ubicados. No obstante, el tema a discutir es la real voluntad del otorgante testamentario al disponer por última voluntad. De las expresiones utilizadas en el documento, esta comisión entiende que se creó un fideicomiso por vía testamentaria y que no hubo una institución de herederos en un sentido estricto.

4. En tal caso, habría que rever la sucesión tramitada y justificar los lazos de parentesco, de acuerdo con el orden de llamamiento del orden jurídico uruguayo, para determinar quiénes efectivamente son los herederos del causante, sin perjuicio de afirmar que, para esta comisión, no

es discutible la calidad de beneficiarios del fideicomiso respecto de los sobrinos del causante.

5. La forma del fideicomiso testamentario no merece objeciones por los motivos expuestos.

6. A los poderes otorgados en el extranjero les corresponde el mismo razonamiento, o más bien, es a raíz de la interpretación de estos instrumentos que se ha asentado la doctrina notarial que hoy se extiende a todos los documentos provenientes del exterior que se vean imposibilitados de cumplir los requisitos formales exigidos por el foro, debido a que existe un conflicto de culturas o de civilizaciones.

Solo cabe agregar una reflexión final. Como todos sabemos, la ley 18.362, de 6 de octubre de 2008 (de Rendición de Cuentas), contiene un artículo, el 291, que en su inciso 5 se expresa de la siguiente manera:

Para los poderes provenientes del extranjero, de tratarse de documento privado, se exigirá la doble formalidad de certificación notarial de firmas en origen y posterior protocolización en nuestro país, y de legalización y traducción en legal forma, de corresponder.

La disposición se halla en contradicción con el artículo 7c de la convención interamericana sobre el régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero de 1975, el cual se expresa en los siguientes términos: «c) La firma del otorgante deberá ser autenticada».

Según opinión de la comisión, debe primar esta última solución por varios motivos. En primer término, Uruguay ha ratificado la convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado de 1979, que en su artículo 1.º consagra la primacía del tratado sobre las soluciones legales. En segundo lugar, porque nuestra disciplina ha tenido un giro radical y ha adoptado a nivel mundial una concepción esencialmente privatista de la materia, lo que quiere decir que si el acto es considerado lícito —lo que sucede en los tres casos bajo análisis—, debe imperar un criterio de favor hacia la validez del acto y no a su anulación. En tercer lugar, el artículo 291 luce excesivamente restrictivo, puesto que no tiene en cuenta que hay países donde no existe la figura del notario —ni siquiera el anglosajón—, y que en tal hipótesis, la tarea de autenticación debe ser cumplida por otro funcionario. Por último, debemos recordar la incidencia de los derechos humanos en todas las ramas del derecho en este siglo XXI, y también en el derecho internacional privado, protegiendo en este caso la libre expresión del pensamiento, más allá de la forma en que esta se exprese.

Escs. Alejandro Achard,  
Alezandra Lupi y Mariana Ulery  
Informantes

Aprobado el informe por los Escs. Gabriela Macé, Stella Bonfiglio y Ruben Santos Belandro.

## Solicitud de ampliación de informe

Se solicita pásese a informe de la Comisión de Derecho Civil —tal como entiende la Comisión de Derecho Internacional Privado en su informe— la consulta efectuada para que esta se expida sobre la validez o no del fideicomiso testamentario constituido; *fecho*, vuelva a la Comisión de Derecho Internacional Privado para que esta amplíe las conclusiones, todo en base a las siguientes consideraciones.

1. Tal como surge del informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado, esta se expidió sobre los temas consultados en cuanto a **i)** la forma del *a)* testamento, *b)* del fideicomiso y *c)* de los poderes, así como **ii)** del fondo del *a)* testamento y *b)* de los poderes, pero no así del fideicomiso testamentario, sobre el cual entendió debía resolver la Comisión de Derecho Civil.

Atendiendo a la relevancia de tal informe para solicitar la rectificación de la declaratoria de herederos en cuestión es que se solicita se expida la Comisión de Derecho Civil sobre la validez o no en nuestro ordenamiento jurídico del fideicomiso testamentario dispuesto en el testamento.

Se solicita dicho informe por inferir del informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado que el derecho que regiría dicho fideicomiso sería el nacional.

La posición de la suscrita —de que el fideicomiso es válido en nuestro país— surge ampliamente detallada en la consulta inicial y no fue compartida por los profesionales de la parte futura vendedora del bien, quienes entendieron que no se constituyó un fideicomiso testamentario y que, de haberlo sido, este sería nulo.

2. Informado que sea el tema referido precedentemente, se solicita que la Comisión de Derecho Internacional Privado —de ser considerado válido el fideicomiso por la Comisión de Derecho Civil— aclare las conclusiones a que arriba en los puntos tratados en los numerales 3 y 4 del capítulo VII de «Conclusiones», en cuanto que a la suscrita no le queda claro lo que esta entiende sobre cuál fue la voluntad del testador. Por un lado, informa que se creó un fideicomiso testamentario y que no hay una institución de heredero en sentido estricto; a continuación, establece que se debe ir al orden de llamamiento del orden jurídico nacional para determinar los herederos del causante. No lo entendemos.

En nuestra opinión, surge claramente del testamento que el fideicomiso creado refiere a toda la herencia y no a una parte de ella; por lo tanto, al fallecimiento del testador, todos sus bienes se transmitieron al fideicomiso en la persona de los dos fiduciarios nombrados, que son herederos que no actuarán en beneficio propio, sino a favor de los beneficiarios. No se transmitió la herencia a otros herederos. Nombró herederos en carácter de fiduciarios a los dos hermanos citados en el testamento y a nadie más.

Ahora bien, si tenemos en cuenta la que entendemos es la opinión de la comisión, al reverse el trámite sucesorio, el juez debería nombrar herederos a *todos los hermanos del causante y a eventuales sobrinos de hermanos prefallecidos*, y tener presente la constitución del fideicomiso testamentario a favor de los cinco sobrinos y la designación de los dos fiduciarios nombrados por el testador. Si esto es así, ¿a quién se le transmitiría la herencia? ¿A quienes sean declarados herederos o al fideicomiso?

Si el causante tuviera otros hermanos, además de los nombrados en el testamento, ¿estos heredarían también?; ¿qué heredarían?

Como quizás estemos interpretando erróneamente el informe emitido, nos gustaría que la comisión nos expusiera, en un ensayo, la declaratoria de herederos, atendiendo a la opinión por esta vertida, para que nos ilustre más cabalmente de su posición.

Se debe tener presente que el informe en cuestión será presentado ante el juzgado correspondiente a los efectos de solicitar la rectificación de la declaratoria de herederos, y nos gustaría que fuera lo más claro posible.

3. Si la Comisión de Derecho Civil entendiera que el fideicomiso testamentario no se ajusta a las normas del derecho uruguayo y, por lo tanto, entendiera que *no* es válido, entendemos que sí cabría aplicar el orden de llamamiento de nuestro ordenamiento jurídico y solicitar que fueran declarados herederos todos los hermanos del causante y los sobrinos de hermanos prefallecidos. Lo mismo pasaría si los fiduciarios no aceptaren el fideicomiso.

4. Adjuntamos nuevamente los poderes invocados en la consulta original para vuestra consideración.

5. *Aclaración.* Con respecto a la redacción del informe, en la «Relación de hechos: antecedentes» realizada al evacuar la consulta, cabe precisar que en el trámite sucesorio fueron declarados herederos a los cinco sobrinos del causante —AGRT, MOP, JDP, VHP y RAP— y no HH, y que lo que se firmó a la fecha fue una promesa de contratar —negocio preliminar— y *no una promesa con certificación notarial y protocolización*, como surge erróneamente indicado en el punto 5. El negocio preliminar, además, fue firmado por los cinco sobrinos y por los dos hermanos del causante designados fiduciarios en el testamento.

## Informe de la Comisión de Derecho Civil

### RELACIÓN DE HECHOS

I. AA, soltero, hubo el inmueble padrón ...1 de Montevideo por título compraventa y modo tradición de la sociedad anónima C.

II. AA otorgó testamento el 20.6.2017, en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

**III.** En el referido testamento, el testador expreso, entre otras disposiciones:

2. Designo a mi hermano DOP, domiciliado en [...], y a mi hermana MHT, domiciliada en [...], como albaceas y fiduciarios de este testamento, y dispongo que mis fiduciarios paguen todas mis deudas, gastos funerarios y testamentarios.

3. Dejo todos mis bienes muebles e inmuebles, de cualquier naturaleza y dondequiera que se encuentren, o que no hayan sido por el presente o por cualquier codicilo del mismo dispuestos, a mis fiduciarios para que los vendan, reclamen y conviertan los mismos en dinero, con la facultad de posponer la venta, reclamación y conversión de los mismos en la medida en que en su absoluta discreción consideren apropiado, sin responsabilidad por pérdidas, y a partir de entonces: [...].

Dividir el *resto* de mi patrimonio en las siguientes DOS (2) partes iguales y mantener dichas partes en fideicomiso: [...] a) En cuanto a UNA (1) tal parte a mi sobrino AGRT domiciliado [...]. b) En cuanto a UNA (1) tal parte a MOP, domiciliado en [...]; JDP, domiciliado en [...]; VHP, domiciliada en [...], y RAP, domiciliado en [...], En caso de que me sobrevivan, y si sobrevive más de uno, en partes iguales, *disponiendo* absolutamente que si el, ella o ellos fallecen antes que yo o antes de adquirir este derecho, dejando descendencia, entonces operará la sustitución, y si hubiere más de un hijo, estos recibirán en partes iguales la parte de mi patrimonio que dicho beneficiario hubiera recibido si hubiera alcanzado a adquirir este derecho.

4. Serán aplicables las disposiciones habituales y las disposiciones especiales de la Society of Trust and Estate Practitioners (2.ª edición).

## LA CONSULTA

Se solicita el informe de la Comisión de Derecho Civil acerca de la validez del fideicomiso testamentario cuya copia luce agregada en las actuaciones respectivas. La solicitud referida se realiza porque, según el informe de la Comisión de Derecho Internacional Privado, el derecho que regiría dicho fideicomiso sería el nacional.

## OPINIÓN DE LA CONSULTANTE

La escribana consultante entiende que se trata de un fideicomiso válido en nuestro país. Manifiesta que designó herederos en calidad de fiduciarios testamentarios a sus hermanos DOP y MHT, y beneficiarios de dicho fideicomiso testamentario a sus cinco sobrinos:

A nuestro entender, interpretamos, a la luz de las palabras del testador, que este designó a sus hermanos como herederos al expresar: «Dejo todos mis bienes e inmuebles, de cualquier naturaleza, a mis fiduciarios», y los instruyó en calidad, justamente, de fiduciarios. Surge claro que no fue voluntad del testador que sus cinco sobrinos dispusieran de sus bienes, tal como resulta de la declaratoria de bienes efectuada.

## NUESTRO INFORME

### La interpretación de la voluntad testamentaria; consideraciones generales

La interpretación de la voluntad testamentaria difiere de la de los negocios jurídicos en general.

BETTI expresa:<sup>8</sup>

Para ser objeto de interpretación, la declaración o el comportamiento que constituye el negocio debe responder a aquellos mismos requisitos de estructura a los que deba satisfacer para configurar un negocio existente y válido, ya que los requisitos de relevancia para la interpretación se hallan ligados por un nexo de armónica coherencia a los requisitos estructurales de validez y de existencia jurídica [...]. Y cuando se habla de reconocibilidad objetiva como hecho social, debe entenderse que las manifestaciones en cuestión sean reconocibles no por cualquiera, dónde y cómo sea, sino donde y como ellas tengan relevancia jurídica en relación con la contraparte interesada —cuando hay una contraparte— o en el círculo social del disponente —cuando no hay contraparte—, y de conformidad con la estructura típica del negocio en cuestión. Existe un punto de relevancia para el tratamiento interpretativo —punto de relevancia hermenéutica— que el jurista intérprete debe buscar en una sede que es diversa según la estructura relevante para la eficacia jurídica del negocio.

BETTI<sup>9</sup> dice también que

constituye un error la reducción de todos los negocios al común denominador de la voluntad verdadera, ya que esto es el aplanamiento que conduce a desconocer del todo el diferente punto de relevancia hermenéutica y a hacer un tratamiento tendencialmente uniforme y paralelo entre los negocios *inter vivos* o *mortis causa* [...]. Precisamente, la arbitrariedad de semejante aplanamiento de perspectiva debe poner en guardia frente a la atendibilidad del resultado que se persigue, ya que desconoce, entre otras cosas, también la profunda diferencia en la función económico-social inherente al carácter *mortis causa* de la disposición que viene destinada no a componer un conflicto de intereses (como sucede por lo general en el contrato), sino a crear una relación sucesoria entre causante y sucesor (heredero instituido o legatario). Los que pueden tener un interés confluyente con el beneficiario de la disposición —el heredero legítimo *ab intestato* o, respectivamente, el heredero gravado con el legado— no son «parte» de la relación sucesoria, sino terceros, y por ello, extraños, cuyo interés viene a ser protegido solo ocasionalmente en caso de nulidad de la disposición.

8 BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, s/a., pp. 349 y ss.

9 BETTI, Emilio. Ob. cit., p. 354.

En el subexámine, para la interpretación de la declaración de voluntad testamentaria debe tomarse en cuenta el escenario tanto social como jurídico en que fue realizada.

En ese orden de ideas, cabe inferir que la voluntad del testador fue la de instituir herederos a sus sobrinos y designar albaceas con tenencia de bienes a sus hermanos.

No parece lógico que si el testador hubiere querido otorgar un fideicomiso testamentario, utilizare la expresión «albaceas», que es refractaria de la figura del fideicomiso. Por el contrario, como expresa LARENZ,<sup>10</sup> el significado decisivo de la declaración es aquí, en principio, aquel que el testador mismo ha unido a la declaración, en tanto que de algún modo pueda averiguarse.

Se comparten las expresiones de los profesionales RG y MR en cuanto a que no existen fórmulas sacramentales y, por lo tanto, la expresión «beneficiarios» que luce en el testamento puede equivaler a «designación de herederos». Al respecto, el artículo 780 del Código Civil expresa:

El testador puede disponer a título universal o de *herencia* y a título particular o de *legado* (artículo 853).

Sin embargo, aun cuando el testador no haya usado materialmente la palabra *heredero*, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia.

En nuestra opinión, en la duda acerca de varias interpretaciones, debe privilegiarse la que aboga por la validez de la disposición, si ella es acorde con la voluntad del causante.

## CONCLUSIÓN

El caso sometido a consulta debe interpretarse como un testamento por el que el testador instituyó herederos a los llamados «beneficiarios» y designó albaceas con tenencia de bienes a sus hermanos.

Esc. Roque Molla  
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Mariana Abó, M.<sup>a</sup> Marcela Aldana, Sabrina Buono, M.<sup>a</sup> Inés Casatroja, Daniella Cianciarulo, Andrea Crosa, Gustavo Echavarría, Regina Felder, Nicolás García Rodríguez, Adriana Goldberg, Carlos Groisman, José Pedro Illia, Adriana

<sup>10</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil*, parte general. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, s/a., p. 470.

Inciarte, M.<sup>a</sup> del Rosario Marchese, Francisco Mastropierro, Roque Molla, Margarita Puertollano, M.<sup>a</sup> del Pilar Ramírez, María Sienra, Verónica Ubillos y Juan Pablo Villar, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Roque Molla.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar  
Coordinadores

*Informes aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU  
el 18.6.2019 (DIP) y el 21.1.2020 (Civil), expediente 2072/2019.*

## DONACIÓN

### Resumen

*La donación que motiva la consulta es del tipo de donación onerosa o modal. El modo impuesto a la donataria de vender el bien y entregar la mitad del precio a su hermana es válido y no desvirtúa el carácter gratuito del negocio.*

Informe: Civil

## Consulta

### I. HECHOS

**A.** El inmueble ubicado en la manzana de la localidad catastral de Salto, padrón número ..., señalado con el número «UNO» en el plano de mensura y división del Agr. XX, inscripto en Catastro con el n.º ... el ..., según el cual tiene una superficie de ..., lo hubo CR, casada, por donación modal que le efectuó NR, según escritura que autorizó la Esc. YY en Salto el 22.4.2014, la que fue debidamente inscripta. En dicha escritura se solicitó, por parte de la donante NR como condición modal a la donataria CR, que dentro del plazo de 15 años, a contar del día siguiente al de su fallecimiento, procediese a la venta del inmueble referido, y que con el producido líquido de ella, descontados todos los gastos e impuestos, se repartiera por partes iguales entre la nombrada donataria y su hermana MR.

**B.** La donante NR falleció en 2014.