

materia de revocaciones de testamentos que, como generales y al parecer absolutos, se consignan en los arts. 738 y 739, antes explicados, según los cuales, el testamento anterior se revoca por otro posterior perfecto, sin más que por el hecho de otorgarlo, á no ser que el testador expresare en el posterior ser su voluntad que subsista el anterior en todo ó en parte y no puede ser revocado total ni parcialmente sino con las solemnidades necesarias para testar; puesto que, en ninguna de las hipótesis del art. 742, hay testamento posterior ni cumplimiento de las solemnidades necesarias para testar, sino todo lo contrario, defecto ó imperfección en las del testamento cerrado de que se trate y consiguiente insubsistencia del mismo por presunción de revocación tácita cuando por ésta se supone causada la imperfección en la cubierta, sellos ó firmas del mismo por la persona del testador si el testamento apareció en su domicilio, ó por la de aquella otra en cuyo poder se encontrare aquél, en los mismos casos de rotura de la cubierta ó quebranto de dichos sellos, á no ser que en estos dos supuestos se pruebe su autenticidad, ó en el de que, hallándose una y otros íntegros, el defecto consista en estar las firmas borradas, raspadas ó enmendadas, lo cual no obstará á la validez del testamento, mientras no se probare que fué entregado el pliego en que se estampan aaquellas con esos defectos que causarían originariamente su nulidad.

Nótese, que en el primer párrafo del art. 742, se dice «*cubiertas*», en plural, y en el segundo y tercero del mismo, «*cubierta*», en singular. Sin duda, el primero, se refiere á las dos: á la que previamente puede poner el testador á su testamento presentándolo al notario y testigos, en su sobre cerrado y á la que encima de éste, por no ser á propósito para contener en él el acta del otorgamiento, pueda ponerse, también, por el notario, según las reglas primera y segunda del art. 707; pero para los efectos de la solemnidad y de esta presunta revocación, no hay más cubierta que una, que es la última y, por consiguiente, sólo á su rotura, al quebranto de sus sellos y al hecho de estar borradas, raspadas ó enmendadas las firmas es á lo que puede y debe referirse el art. 742, siendo inútil y confuso el *plural* de su primer párrafo y más apropiado el *singular* de los dos restantes.

Quizá la primitiva redacción de este art. 742, aparte su redundancia, que decía «será *ineficaz*, y quedará sin efecto el testamento cerrado», etc., sea más congruente con el 715, que dice: «Es *nulo* el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección...», pues á tanto equivale que, al tiempo de abrirlo para protocolarlo, resulten aquéllas incumplidas, por imperfecciones en la cubierta, sellos ó firmas, que el nuevo texto de dicho art. 742, que comienza: «Se presume *revocado*...», para luego emplear las palabras *validez* y *válido* en los párrafos siguientes y, de modo implícito, referirse á los términos opuestos de *nulidad* y *nulo*; porque si es verdad

que el testador que otorga testamento cerrado con las formalidades de Derecho, y luego, al tiempo de abrirlo, se prueba ó se presume que las ha alterado ó destruido, deduciendo de ello un cambio en su voluntad, también lo es, que no subsistiendo la observancia de dichas solemnidades, lo más expedito y cierto es la conclusión de *nulidad* y no la solución oblicua de *presunta revocación* por, también supuesto, cambio de voluntad, incorporadas ambas presunciones á una tercera, cual es la de presumirse realizados los hechos, causa de la imperfección, por el mismo testador, á virtud de haber aparecido el testamento imperfecto en su domicilio. La solución de *nulidad* es más natural y lógica y más artificial la de *revocación* presunta.

Además, bien mirado, este artículo contradice todo el sistema del Código, revelado en el 715, y el carácter esencial, formal y solemne del testamento cerrado, tal como le conciben y regulan los arts. 706 á 714, puesto que, no obstante la falta de sus necesarias formalidades, admite su subsistencia y su validez, cuando estuviere rota su cubierta, quebrantados sus sellos, ó borradas, raspadas ó enmendadas sus firmas «si se probare su *autenticidad*», dentro de las diferentes circunstancias y supuestos del segundo y del tercer párrafo de dicho art. 742.

Sobreponer la prueba de la *autenticidad* á la observancia íntegra de la *solemnidad*, es negar todo el *régimen jurídico* esencial á los actos de la clase del testamento cerrado y posponer toda la *técnica del Derecho* á una libre racionalidad, no exenta, además, de grandes peligros, en cuanto á la certeza del hecho mismo de haberse otorgado un testamento y á su condición de *auténtico*, entregando este delicado problema, sin regla alguna para su solución, á las variadas circunstancialidades de cada caso y á la discrecional apreciación de prueba de los Tribunales; haciendo posible con ello, por ejemplo, que rota una cubierta de un testamento cerrado que aparecía en el domicilio del testador ó conservada por otra persona, y sustituido, con imitación perfecta en la caligrafía, por otro distinto, se obtenga, sin embargo, la declaración de autenticidad, favoreciendo con ello el fraude por falsedad y suplantación en este supuesto real y legalmente de toda posibilidad.

Aun dentro del singular criterio de este art. 742, causa extrañeza que en su parte final, y al tratarse de que las firmas de la carpeta se hallen borradas, raspadas ó enmendadas—fuera del caso de que se justifique que así hubiera entregado el pliego el mismo testador—, no se exija especialmente prueba alguna sobre la adveración de esas firmas y concurrencia al otorgamiento del notario y testigos en número y calidad suficientes para dicho acto, según las prescripciones de la regla 2.^a del art. 707 y sus concordantes 681, 685 y 686, y por no estar rota la cubierta ó quebrantados los sellos, hallándose íntegros una y otros, aunque con las firmas borradas, raspadas ó enmendadas, se de-

clare *llanamente* válido el testamento, con la única salvedad en contrario de que «no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador». Por último, es igualmente extraño que en los diferentes supuestos de este artículo no se haga la menor alusión á la copia autorizada del acta de otorgamiento, que debe constar en el protocolo reservado del notario, según el art. 710 (1).

Denunciamos á la *revisión* del Código, tanto la primera como la segunda redacción de este art. 742.

29. Creemos conveniente anotar aquí el recuerdo de un caso de nuestra práctica profesional. Se trataba de un testamento cerrado, en cuya acta de otorgamiento, después y además de los requisitos legales necesarios, se leía: «Ese testamento, una vez que fallezca el otorgante, habrá de ser abierto y publicado con las solemnidades legales y cumplidas las disposiciones que contiene, pues en él manifiesta el otorgante que ha consignado su última y deliberada voluntad haciendo constar: que por virtud del citado testamento, revoca *todas, todas* las disposiciones testamentarias que hasta la fecha tenga hechas, *para que ninguna valga*, sea cualquiera su forma, excepto la presente».

Consultados sobre varios extremos, uno de ellos, acerca de la nulidad de dicho testamento, porque uno de los cinco testigos necesarios que concurrieron á su otorgamiento no era *idóneo* por hallarse comprendido en la incapacidad legal, para serlo, del núm. 8.º del art. 681 como dependiente ó amanuense del notario autorizante, se formulaba en la consulta la siguiente pregunta: «4.ª ¿Constituye una declaración revocatoria del testamento de 14 de Septiembre de 1884—uno de los anteriores—y de cuantos hubiera hecho Don N. N. antes de 17 de Abril de 1891, el contenido de la carpeta ó acta de otorgamiento del testamento cerrado que lleva esta fecha y bajo el cual murió el testador?»; y en nuestro *dictamen* contestamos:

«Es de observar, en primer lugar, que da á esta pregunta el indicado carácter excepcional los términos singularísimos en que se halla concebida dicha acta de otorgamiento y las solemnidades legales que en ella concurren; puesto que, en orden á los primeros, no cabe desconocer que está fuera de toda necesidad y de la práctica notarial corriente en este punto el pasaje que empieza: «Ese testamento...» y concluye: «... haciendo constar que, por virtud del citado testamento *revoca todas, todas* las disposiciones testamentarias que hasta la fecha *tenga hechas, para que ninguna valga*, sea cualquiera su forma, excepto *la presente*».

»Si se atiende á la doble referencia expresa que dicha acta hace al testamento á que sirve de cubierta, en la que se otorga y formaliza, al

(1) Explicado en el núm. 17, cap. 9.º de este tomo.

decir que «por virtud del citado testamento revoca *todas, etc...*», «para *que ninguna valga*, sea cualquiera su forma, excepto la presente», parece indudable que la mente del testador y el conjunto complejo de su voluntad consiste en que quedaran *revocadas* todas las disposiciones testamentarias anteriores, cualquiera que fuese su forma, pero, *precisamente*, para que lo fueran por virtud de este testamento de 1891 y que sólo éste subsistiera, como expresión deliberada y última de su voluntad, claro es, bajo el supuesto, para el testador indudable, *de que aquel testamento era perfectamente válido*; resultando, en esta hipótesis, de literal interpretación, que tal revocación sólo puede entenderse realizada por virtud ó en consecuencia de este último testamento, es decir, de su supuesta y precisa validez y como único instrumento mediante el cual se realizara la derogación ó revocación de los anteriores; lo cual equivale á entender que sólo existe tal *revocación*, si es válido el testamento, y que no siéndolo, aquélla no tiene lugar y quedan subsistentes los anteriores, ó sea el de 14 de Septiembre de 1884, ó cualquier otro precedente de que no se hace mención, pero al cual ó cuales también se refiere explícitamente el testador, al decir: «cualquiera que sea la forma en que se hubieran otorgado».

»Es indudable que tal solución se ajusta á la primera parte del art. 675, al preceptuar que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, reproducción de aquel otro texto de las leyes de Partida de que «las palabras del testador deben *entenderse llanamente* y como ellas suenan»; esto es, la aplicación, en primer término, como aconseja una buena doctrina hermenéutica del elemento *gramatical*, cuando él, por sí sólo, es suficiente, y no contradicho en su eficacia por otros de más trascendencia, para la interpretación del precepto legal ó cláusula, ó particulares dudosos, de actos jurídicos.

»Pero obsérvese que, conforme dicho artículo con esta buena teoría jurídica de la interpretación de leyes y demás actos de Derecho, añade: «á no ser que *aparezca claramente* que fué otra la voluntad del testador», y concluye previniendo que, «en caso de duda, se observará lo que *aparezca* más conforme á la *intención* del testador, según el *tenor* del *mismo testamento*».

»Toda la cuestión, pues, en este caso y desde este aspecto—aparte del que después resolveremos del valor legal, por las solemnidades que deba ó pudiera tener la referida acta notarial—, consistirá en poner en claro si la voluntad del testador se circunscribió á la revocación de los testamentos anteriores sólo y exclusivamente mediante la circunstancia indispensable de que tal revocación se realizara por el testamento de 1891 y la precisa sustitución de éste á las anteriores disposiciones testamentarias que hubiera otorgado, de tal suerte que esta condición integrara esen-

cialmente la voluntad de revocar, y á falta de ella no pudiera subsistir, quedando *sin eficacia*, según su *voluntad é intención*, no según su *letra*, que nada vale, ó mejor se ha de subordinar ante aquellos dos elementos psicológicos en el testador, conformes al *criterio legal* de interpretación de últimas voluntades que establece el citado art. 675; ó si, por el contrario, á la vista de ese pasaje del acta de otorgamiento, y habida consideración á los términos de su *conjunto* y á lo *expresivo*, categórico y resuelto de su pensamiento y voluntad de *revocar todas*, todas las disposiciones testamentarias anteriores, se creyera que estas dos manifestaciones de voluntad, que se dicen relacionadas en el orden de los hechos y propósito llevado á cabo por el testador, no tienen entre sí una integridad indivisa y esencial, sino que pueden y debían racionalmente, atendido *lo que se reputara establecido claramente* como *voluntad* del testador ó más conforme con la *intención* del mismo, separarse y distinguirse en *dos* determinaciones de voluntad, capaces de subsistir la una independientemente de la otra, á saber: 1.^a, la resolución firme y terminante de *revocar* y no dejar subsistente *ninguna* de sus disposiciones anteriores, y 2.^a, la de, en consecuencia de la ejecución ó cumplimiento de la anterior, el propósito derivado ó ulterior de establecer la nueva legalidad testamentaria para su sucesión, que se consignaba en el testamento cerrado referido de 1891, para esta sola hipótesis, en la natural creencia, el testador, de que fuera aquél válido, porque claro es que seguramente no estaba á su alcance el prever la contingencia de que la falta de número suficiente de testigos idóneos, por no serlo uno de los que intervinieron como tal, pudiera producir la nulidad de aquel testamento, sino que, á partir de la natural confianza que debió merecerle la competencia del notario, no tuvo cabida en su espíritu el más remoto recelo de que sobreviniera tal resultado de *nulidad*.

»En suma: ¿quiso, pues, D. N. N. revocar *primero*, lisa y llanamente, y establecer *después* su nueva disposición testamentaria? ó ¿quiso, tan sólo, revocar á cambio y bajo la *precisa condición* de que tal revocación se hiciera, siempre que fuera válida la nueva disposición testamentaria que otorgaba, y, por consiguiente, que no siéndolo, no subsistiera semejante declaración revocatoria que consigna en el acta de la cubierta del testamento?

»Difícil sería pretender y obtener la declaración de este último extremo, falto de todo fundamento real y racional en que descansa la imputación al testador de este propósito negativo para la hipótesis ó contingencia de la nulidad del testamento, que evidentemente no estuvo ni pudo estar en su pensamiento.

»Más fácil y hacedero es que la interpretación se pronunciara, ayudada por la *letra* del referido pasaje, en favor de que la totalidad del pensamiento complejo del testador, y, por tanto, de su *voluntad é inten-*

ción, consista en la revocación de las disposiciones anteriores, por aquella que al presente otorgaba, *condicionando* lo primero con lo segundo.

»Á todas luces se manifiesta la *posibilidad*, y tal vez para algunos criterios, que no podrían tacharse de arbitrarios ni desprovistos de fundamento, *alguna probabilidad* de que, según en ellos, prosperase la interpretación racional de entender lo primero de aquellas hipótesis antes planteadas, ó sea que el testador quiso *dos cosas* perfectamente *distintas* y esencialmente *independientes*, aunque *relacionadas* en su aspiración *total*, para el supuesto, en su creencia y voluntad, de que fuera válido el testamento, á saber: una *en sí misma*, y sin hacerla depender de aquella validez, la manifiesta resolución de *revocar todas sus anteriores disposiciones testamentarias* ó no querer que subsistiera *ninguna*; y otra, la de que él proclamaba como última voluntad la que contiene el testamento cerrado á que se refiere este acta de otorgamiento de 17 de Abril de 1891, y que ahora, contra toda su previsión y creencia, resulta *nula*, por la falta de idoneidad de uno de los cinco testigos indispensables para su validez, según los referidos arts. 707, núm. 2.º, 681, núm. 8.º y 715, todos del Código civil.

»Lo *licito* de esta distinción, en cuanto á la interpretación que racionalmente puede hacerse del contenido del expresado pasaje del acta en cuestión, es evidente; y la prosperidad de una ú otra solución, caso de litis, es susceptible de *conjeturarse*, como posible, en uno ú otro sentido para la apreciación de los Tribunales, por virtud de la aplicación del *criterio legal* del art. 675 antes citado, del Código civil, y, por consiguiente, constituye este fondo capital de la consulta una cuestión de verdadero *pronóstico reservado* ante esa doble racional expectativa, que su solución jurídica ofrece en la estimación de aquéllos, según los puntos de vista que fueran predominantes, á su juicio, y la eficacia y fortuna de las alegaciones de las partes; no debiendo olvidarse que la revocación, por sí sola, de las disposiciones anteriores, no necesita más que de la voluntad indudable que la acuerde y la nueva legalidad testamentaria exige precisamente la desaparición de la anterior á que ha de sustituir.

»Pero queda por dilucidar un importante punto, que es, el *complemento* necesario para que supuesta la prosperidad en la apreciación de los Tribunales de aquella hipótesis de interpretación, mediante la cual, se distinguiera como clara y diferente la voluntad de revocar el testador todas sus anteriores disposiciones al testamento de 1891, independientemente de la validez de éste, se determine y aprecie cuál sería la *trascendencia legal* de aquella interpretación, ó si carecería de todo efecto en Derecho, y, por consiguiente, resultaría inútil semejante inteligencia de la verdadera voluntad del testador.

»En efecto, si el acta de otorgamiento del testamento cerrado de 17 de Abril de 1891, se considera sin otro valor é importancia que el de

un *accidente formal* del mismo que sigue su condición, *nulo* aquél, *nula* sería también ese acta, y faltos de toda eficacia los particulares que contiene, fuera la que quisiera la interpretación que se diera á las palabras del testador en aquel pasaje.

»Pero es el caso que, bien observadas todas las circunstancias del caso consultado, resulta que el acta referida contiene *todas* las condiciones legales y de solemnidad necesarias, *sin que le falte ninguna*—por lo explícito y comprensivo de sus términos en cuanto á la intervención de la fe notarial, y extremos en que ha de prestarse, número de testigos idóneos que, descontado el que no lo es, figuran en su otorgamiento, y demás requisitos, en general—, al efecto de reunir todas las circunstancias exigidas por el Código, en el art. 694 y concordantes, para el *testamento abierto*, y que la misma eficacia de la manifestación explícita de revocación de todas las disposiciones testamentarias anteriores, que la referida acta contiene, si llegara á considerarse, por la estimación del Tribunal, dentro de esta hipótesis, como de sentido propio é independiente y de eficacia suficiente aislada, respecto del testamento cerrado que había de sustituir, en el caso de haber sido válido, á dichas anteriores disposiciones testamentarias, expresamente revocadas por el testador en el mencionado acto, vendría á darse la *solución legal*, en conclusión, de que tal *voluntad de revocar* estaba contenida en una manifestación con solemnidades bastantes, que la hacía, para el fin de su cumplimiento independiente, de una *equivalencia legal* perfecta á la de un *testamento abierto*, y quedaba amparada la eficacia de la *revocación* con el criterio legal que, según el Código, ha de regir el valor de la revocación de los testamentos, conforme al art. 738 del mismo, á tenor del cual, «el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte, *sino con las solemnidades necesarias para testar*».

»Ahora bien; una vez que es indudable concurren en el caso de la consulta, y por lo que á la manifestación de *revocación* se refiere, todas las correspondientes al llamado *testamento abierto*, es evidente que, dentro de esta hipótesis, que no tiene nada de *improbable* y menos de *imposible*, resultaría: 1.º, revocado el testamento de 14 de Septiembre de 1884, y todos los anteriores que hubiere otorgado el testador; 2.º, nulo, por falta de número suficiente de testigos idóneos el testamento cerrado de 17 de Abril de 1891; y 3.º, si, como parece, no existe ningún otro posterior, *fallecido abintestato* el Don N. N., siendo llamados á su sucesión aquellos parientes que le sobrevivan y á quienes corresponda, con arreglo á la ley; que es esto último, lo que se hace materia de la quinta y final pregunta de la consulta, que queda con esto contestada, sin necesidad de hacerla objeto de nuevas y separadas consideraciones.»

ART. III

RÉGIMEN VIGENTE

§ 1.º

Criterio de transición.

30. REGLAS DE DERECHO.

Primera. Es expresa en el Código, acerca de este punto, la que se contiene en la *segunda* de las *disposiciones transitorias* del mismo (1), según la cual, no obstante la prescripción terminante del segundo párrafo del art. 737 (2), que preceptúa: «se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento, si no la hiciere con ciertas palabras ó señales», dichas cláusulas *ad cautelam*, contenidas en testamentos que se hubiesen otorgado ó escrito antes de regir el Código, *producirán su efecto*, y así lo ha reconocido la jurisprudencia (3), si bien la revocación ó modificación de un testamento ó de cualquiera de las cláusulas en él contenidas—y, por consiguiente, de las derogatorias y *ad cautelam*—, no podrá verificarse después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo.

La dicción del Código en dicha disposición transitoria, no mencionando más que las cláusulas *ad cautelam* que se tenían en el Derecho anterior como una *especie* del *género* de las derogatorias, *generales* ó *especiales*, si se interpreta á la letra, no comprende todas las variedades de esta nomenclatura y deja sin *criterio de transición* á todas las que no sean *ad cautelam* en el sentido de referirse éstas á palabras, signos ó contraseñas, sin cuya exacta invocación y forma especial no podía revocar el testamento posterior al anterior que la contenía, siendo así que el mismo Código, en su art. 737, distingue entre las cláusulas derogatorias de disposiciones futuras, es decir, las generales ó especiales, derogatorias de testamentos posteriores—pero sin contraseña—, y aquellas otras en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento, si no la hiciere con ciertas palabras ó señales, que son las conocidas con el sobrenombre de *ad cautelam*.

Entendemos, sin embargo de aquella mención singular de las mismas hecha por la *segunda* disposición transitoria, que en aquel mismo criterio de transición han de considerarse comprendidas todas las cláusulas

(1) Inserta en el núm. 16 de este capítulo.

(2) Explicado en el núm. 26 de este capítulo.

(3) Sent. 21 Abril 1896, inserta en el núm. 19 de este capítulo.