

dre ó ascendiente mejorase á un hijo ó nieto ó le dejase el prelegado del quinto bajo una de estas condiciones, la mejora y el prelegado son válidas si la condicion se cumple.

Artículo 1052.—Si el testador hubiere instituído diversos herederos unos simplemente y otros bajo condicion, los primeros recibirán la herencia inmediatamente y los segundos en el tiempo y modo que se dispone en los artículos anteriores.

ORÍGENES

Ley 12, tit. IV, Partida 6.^a

Artículo 1054.—Si el testador hubiere sustituído heredero ó legatario bajo diversas condiciones copulativas deberán cumplirse todas; si fueren disyuntivas bastará el cumplimiento de una de ellas.

Si se hubieren instituído varios herederos bajo una sola condicion comun, bastará que la cumpla cualquiera de los instituídos.

ORÍGENES

Ley 13, tit. IV, Partida 6.^a

Artículo 1055.—Cuando la condicion dependiere en parte del instituído y en parte de la voluntad de un tercero, si dejó de cumplirse por causa del instituído ó por evento, se anula la institucion; lo contrario se observará, si la falta de cumplimiento se hubiere causado únicamente por la voluntad del tercero.

ORÍGENES

Ley 14, tit. IV, Partida 6.^a
Ley 22, tit. IX, Partida 6.^a

JURISPRUDENCIA

Con arreglo á las leyes 14, tit. IV y 22, título IX, Partida 6.^a, los legatarios ó herederos á quienes se deja una manda ó herencia condicionalmente solo pueden hacerla suya, á pesar de no haber cumplido la condicion, cuando éste cumplimiento no ha dependido de ellos, pero no cuando es voluntaria en el legatario ó heredero la falta de cumplimiento de la condicion impuesta por el testador (Sent. 5 Diciembre 1865).

COMENTARIO

Ademas de las condiciones de que ántes hemos hablado hay otras que son mixtas de potestativas y de la voluntad de un tercero como si se dijera: *mando á tal muger cien maravedís, ó fagola eredera, si casare con tal ome, si acaesciere que la muger se muera, ó aquel con quien la mandaba casar ante que se cumpla la condicion, non vale el establecimiento ó la manda. Mas si aquel con quien la mandava casar, queriendo ella cumplir el mandamiento, é el otro non quisiesse, estonce será la muger eredera... é no se embargará por esta razon. E si la muger non quisiere cumplir la condicion... non aurá el eredamiento, nin la manda.*

Pero esta como en todas las condiciones ha de ser posibles y arregladas á derecho, pues si en el ejemplo de la ley *aquel con quien la mandaba que casasse fuesse pariente della* valdria la manda ó institucion teniéndose la condicion por no puesta (Sent. 25 Julio 1848).

Artículo 1056.—El menor instituído heredero bajo condicion, puede cumplirla sin autorizacion del curador.

ORÍGENES

Ley 15, tit. IV, Partida 6.^a

COMENTARIO

Conditionibus pupillus, et sine tutoris auctoritate parere potest. Segun Bártolo, esta regla se entiende únicamente aplicable á los casos en que el cumplimiento de la condicion no lleve consigo enajenacion de bienes del menor, pues en otro caso no podrá prescindirse de la intervencion que las leyes señalan al tutor en estos actos.

Artículo 1057.—Lo dejado con expresion del objeto ó aplicacion que haya de dársele, puede pedirse desde luego, y es transmisible á los herederos, afianzando el cumplimiento de lo mandado por el testador.

Lo mismo ha de observarse cuando no pudiere cumplirse la condicion modal por causas independientes de la voluntad del legatario, si éste hubiere hecho cuanto pudiere para su cumplimiento.

ORÍGENES

Ley 21, tit. IX, Partida 6.^a

JURISPRUDENCIA

Quando el testador lega una finca con el gravámen de una pension á favor de un tercero, no constituye un legado puro, sinó modal, y tal gravámen va unido á la cosa legada si no se expresa lo contrario (Sent. 26 Mayo 1863).

COMENTARIO

Llábase condicion de modo ó modal, aque-

lla en que se indica el objeto del legado, como para que concluya su carrera, *ó porque case con tal ome. E la manda fecha en esta manera ú otra semejante, vale; e deve ser entregado della aquel a quien es fecha, dando recabdo que se trabajará de cumplir lo que mandó el testador: e gana el señorío de la cosa luego que lo ouiere cumplido. Eso mismo sería cuando trabajase quanto pudiere, maguer non se cumpliesse.*

CAPÍTULO XI

DE LA REVOCACION É INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

Artículo 1058.—Todo testamento es revocable á voluntad del testador hasta su muerte.

ORÍGENES

Ley 25, tit. I, Partida 6.^a
Ley 2.^a, tit. V, lib. III, Fuero Real.

JURISPRUDENCIA

La institucion de heredero hecha en las capitulaciones matrimoniales para el caso de morir los cónyuges intestados, es válida y no se opone á la libre facultad de testar, porque conservan el derecho de variar la institucion si lo creen conveniente (Sent. 30 Junio 1859).

No hay ley ni doctrina admitida por los tribunales que sancione el principio de la irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomun que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando contienen pacto ó convenio que la establezca (Sent. 21 Mayo 1860).

La ley 25, tit. I, Partida 6.^a, que dispone que ningun home non pueda facer testamento tan firme que non lo pueda despues mudar cuando quisiere fasta el dia en que muera, no es de un precepto tan absoluto que no deba subordinarse á lo que otras leyes del mismo Código tienen establecido para cerciorarse de la verdadera voluntad de los testadores (Sent. 1.^o Octubre 1860).

El hombre puede variar su voluntad hasta su muerte, segun el principio consignado en la ley 25, tit. I, Partida 6.^a Cualquiera excepcion de este principio debe interpretarse en sentido

restrictivo, como todo lo que tienda á coartar el libre ejercicio de tan importante derecho (Sent. 22 Junio 1865).

Si bien no puede otorgarse testamento tan firme que no pueda variarse hasta el día de la muerte, segun la ley 25, tit. I, Partida 6.^a, la 22 del mismo título y Partida ordena que prevalezca el primero y no los posteriores, cuando el testador manifiesta que aquel valga siempre y no otro que hubiere *ántes ni despues*, á no ser que dijere en el último señaladamente que revocaba el otro, y que no perjudicasen al que entónces otorgaba las palabras que expresara en el primero (Sent. 22 Febrero 1868).

Artículo 1059.—El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, á no ser que el segundo se hubiere otorgado por la falsa creencia de que el instituído heredero en el anterior había fallecido, en cuyo caso valdrá la institucion del primero y las mandas de ambos.

ORÍGENES

Leyes 21, 23 y 25, tit. I, Partida 6.^a

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 668 Cód. Vaud.—713 Austria.—572 Prusia.—1031 Bolivia.—753 Valais.—410 y 411 Tesino.

JURISPRUDENCIA

Por la declaracion de un testador hecha en

un documento con los mismos requisitos que exige la ley para la validez de las últimas voluntades, expresando su voluntad de revocar y anular un testamento anterior, queda este desatado (Sent. 1.º Febrero 1861).

Para que un testamento pueda revocar el otorgado válidamente con anterioridad, es necesario que el segundo se halle revestido de todos los requisitos que para semejantes actos prescriben las leyes (Sents. 26 Setiembre 1862, 18 Noviembre 1865 y 5 Marzo 1866).

El testamento posterior válidamente hecho deja sin valor ni efecto el anterior, con arreglo á las leyes, sin que sea necesario para ello declaracion de los tribunales (Sents. 5 Marzo 1866 y 18 Junio 1866).

Son inaplicables las leyes 21 y 25, tit. I, Partida 6.ª, que establecen que el testamento se desata por otro que fuere fecho despues, y que todo home fasta et dia de su muerte puede mudar su testamento et facer otro, cuando no es objeto de discusion el que un testador pudiera ó no revocar á su primer testamento, sinó si realmente fué su voluntad el revocarlo (Sentencia 22 Febrero 1870).

Es un principio general de derecho establecido en la ley de Partida, que el segundo testamento desata al primero, y que la voluntad del hombre es variable hasta su muerte (Sentencia 27 Noviembre 1872).

COMENTARIO

Al definir el testamento dijimos que uno de sus caracteres más notables es el de la revocabilidad, como expresion de la voluntad última del testador. *La voluntad del ome es de tal natura, que se muda en muchas maneras: e por ende ningun ome non puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda despues mudar quando quisiere fasta el dia que muera.*

Del mismo modo que el testamento se hace, se revoca. El testamento otorgado con todas las solemnidades de la ley, revoca al otorgado con anterioridad, porque en efecto, en el mero hecho de nombrar nuevo heredero sin referirse para nada al anteriormente nombrado, demuestra su voluntad de que el segundo, y no el primero, reciba la herencia. Este es el precepto sencillamente enunciado. La excepcion que consignamos en el artículo, es consecuencia necesaria de la interpretacion que lógicamente debe darse á la intencion del que otorgó el testamento.

Artículo 1060.—No obstante lo dispuesto en el artículo precedente no se invalidará el testamento anterior:

Primero. Cuando en él hubieren sido instituidos los hijos del testador, á ménos que en el posterior lo anule especialmente.

Segundo. Cuando el primero contuviere cláusula renunciatoria de la facultad de revocar el testamento, á no ser que en el segundo revocase señaladamente el anterior.

ORÍGENES

Ley 22, tit. I, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Otorgado un testamento con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, puede el testador disponer de sus bienes en favor de otras personas, pero queda sujeto, para hacerlo con éxito, á lo dispuesto en la ley 22, tit. I, Partida 6.ª, referente á la revocacion de la citada cláusula (Sents. 7 Mayo 1860, 1.º Octubre 1860 y 8 Mayo 1866).

No afecta á la esencia del testamento redactar en latin la cláusula derogatoria *ad cautelam*, ni por eso puede decirse que el documento deja de estar escrito en nuestro idioma (Sent. 26 Marzo 1861).

Una disposicion testamentaria solemne con cláusula derogatoria ó *ad cautelam* queda invalidada por el testamento posterior, igualmente solemne, que la revoca si en la memoria testamentaria, que forma parte integrante del mismo, se reproducen literalmente á este fin las palabras de la cláusula derogatoria (Sent. 19 Octubre 1861).

Aunque el principio de la revocabilidad de los testamentos se halle restringido por la excepcion comprendida en la ley 22, tit. I, Partida 6.ª, de que valga el primer testamento y no los posteriores, cuando el testador expresa en aquel que quiere que prevalezca para siempre puede sin embargo, derogarlo como la misma ley permite, cuando en otro posterior lo revoca *señaladamente*, y dice no estorbar para el nuevo testamento las palabras que dijera en el primero, sin necesidad de copiar literalmente las que fueren, pues la ley no exige esta circunstancia que tanto restringiria la libre voluntad de testar (Sent. 22 Junio 1865).

La revocacion de un testamento con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, debe hacerse para que sea válida y eficaz, segun lo prevenido en

la ley 22, tit. I, Partida 6.ª, diciendo el testador en su testamento posterior *señaladamente* que le revoca y no dañen ni perjudiquen al último testamento las palabras que en el primero ha consignado (Sent. 18 Junio 1866).

La ley de Partida establece la excepcion de que valga el testamento en que prevenga en testador que subsista para siempre, y que no quiere que valga otro que hubiese hecho ántes ó despues; pero esta excepcion está limitada para el caso en que mudase su voluntad y dijera en el prostrimero testamento *señaladamente* que revocaba ó que no tuviese daño á aquel testamento que ahora facia las palabras que dijere en el primero (Sents. 7 Enero 1873, 13 Junio 1877, 30 Octubre 1877).

COMENTARIO

Instituidos los hijos del testador por herederos, si aquél otorgare nuevo testamento con intencion de revocar el anterior, hará una de estas dos cosas: ó deshereda á los instituidos, y entónces queda revocado el primer testamento con tal que la desheredacion esté ajustada á la ley; ó instituye nuevo heredero pretiriendo á los hijos, de cuyo caso se ocupa el artículo que comentamos, pues habiendo dicho el legislador en otro lugar, que tal testamento *non es nada*, evidentemente ha de quedar válido y subsistente el otorgado con anterioridad.

En cuanto al segundo apartado de este artículo, dice la ley que si el testador renunció expresamente la facultad de revocar su testamento, esta renuncia es válida á pesar de las cláusulas de derogacion *general* que ponga en sus testamentos posteriores.

Aquella cláusula renunciatoria, sólo puede ser revocada de una manera especial; por eso dice la ley que valga el primer testamento *fuera si el testador dijese en el postrimero señaladamente que revocava el otro, e que non tuviese daño a aquel testamento que agora facia las palabras que dijo en el primero.*

Véase en la jurisprudencia cómo se aplica esta ley, cuyas palabras copiamos porque conviene que las mismas se empleen al hacer la revocacion especial necesaria en este caso.

La cláusula llamada *ad cautelam* no es esencialmente distinta de la renuncia de la facultad de revocar el testamento, pues consiste en declarar que aquel testamento se ejecute puntualmente y en todas sus partes, sin que se entienda revocado por cualquier otro otorgado posteriormente, á ménos que en el postrimero

se hallen escritas literalmente tales ó cuales palabras, frases, máximas ó cláusulas. Esta costumbre se admitió como una garantía y un medio de asegurar la libertad del testador, que de esta manera puede escaparse á las sugestiones con que algunos traten de arrancarle una declaracion contraria á su voluntad.

Artículo 1061.—El testador que voluntariamente abre el testamento cerrado ó quebranta sellos, firmas, sobres ó cuerdas del mismo, lo anula en todas sus partes.

ORÍGENES

Ley 24, tit. I, Partida 6.ª

JURISPRUDENCIA

Segun la ley 24, tit. IV, Partida 6.ª, quebrantando á sabiendas el fazedor del testamento alguno de los sellos, fajando alguna de las cuerdas, rayando las señales que hubiese fecho en la escritura el escribano público, ó rompiéndola, se desata el testamento; disposicion que facilita al testador el medio de dejar sin efecto en cualquier tiempo y sin formalidad alguna cuanto hubiere ordenado, si varia de voluntad (Sents. 1.º Febrero 1861 y 18 Noviembre 1861).

Si bien el testamento cerrado queda nulo de derecho segun la ley 24, tit. I, Partida 6.ª, cuando el testador rompe ó inutiliza intencionalmente su cubierta ó borra la firma ó signo del escribano que le autoriza, esta ley no tiene aplicacion alguna cuando el testamento cuya validez se cuestiona aparece cerrado y no consta que las alteraciones que se notaran en su cubierta fueran hechas por mano del testador, ni aún en tal hipótesis con ánimo de inutilizarlo; y cuando por otra parte concurriendo en él las solemnidades que otras leyes establecen para su otorgamiento y no dudándose de su identidad no se ha alegado contra el mismo falsedad y suplantacion (Sent. 18 Setiembre 1865).

Artículo 1062.—El testador se hace ineficaz en los casos taxativamente marcados por la ley.

ORÍGENES

Leyes 10 y 11, tit. VII, Partida 6.ª

Leyes 1.ª, 5.ª y 7.ª, tit. VIII, Partida 6.ª

Ley 8.ª, tít. VI, lib. X, Nov. Rec. (24 de Toro).

Ley 1.ª, tít. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

JURISPRUDENCIA

El hecho de que un testador haya intentado variar su testamento ó de que no tenga relaciones con el heredero de confianza que ha nombrado, no puede amenguar la fuerza legal del testamento reconocido como válido (Sentencia 21 Abril 1860).

No puede estimarse de hecho escrito un testamento, ó quedar sin efecto sus disposiciones ya cumplidas por haber sobrevenido el caso fortuito del incendio del archivo donde se custodiaba la matriz (Sent. 21 Abril 1866).

Artículo 1063.—Se anula parcialmente el testamento:

Primero. Por el nacimiento de un hijo del testador, no instituido en el testamento.

Segundo. En el caso del párrafo segundo del art. 204 (1), si la disposición testamentaria contraviniese á lo preceptuado en el mismo.

ORIGENES

Ley 20, tít. I, Partida 6.ª

Ley 8.ª, tít. XVI, Partida 4.ª

COMENTARIO

Los *posthumos* se clasifican en naturales que son los hijos que nacen despues de la muerte del padre; y civiles que son los nacidos despues del otorgamiento del testamento y se llaman así por analogía. Unos y otros anulan el testamento en la parte que les perjudica.

En cuanto al segundo párrafo de este artículo la ley dice: *que si alguno oviese fecho testamento é despues porfijasse a otro de manera que se tornasse en poder dél, se desataria*

(1) Véase pág. 141.

el testamento. Mas como los adoptados no son herederos forzosos entendemos que esta disposición de la ley ha quedado reducida á los términos que expresamos, esto es, en cuanto contraviene el precepto que dejamos consignado en el párr. 2.º del art. 204.

Artículo 1064.—Toda disposición testamentaria será ineficaz respecto del heredero ó legatario que muere ántes que el testador, ó ántes que se cumpla la condición de que dependa la institución ó legado.

ORIGENES

Leyes 34 y 35, tít. IX, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1039 Cod. Francia.—1690 Luisiana.—679 Vaud.—747 Neufchatel.—416 Tesino.—Ley única, tít. LI, lib. VI, Código.—Leyes 4.ª y 5.ª, tít. II, lib. XXXVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Es principio de derecho que cuando los instituidos herederos por testamento no existen, no pueden ocupar su lugar los que no lo son, caducando desde luégo la institución (Sentencia 28 Junio 1866).

Sent. 24 Abril 1867.

Sent. 27 Junio 1867.

CONCORDANCIAS

El fallecimiento del testador, en las instituciones y legados puros, y el cumplimiento de la condición en el modo y forma que hemos dicho en el oportuno lugar convierten el *derecho* lo que no era más que *esperanza*. Hasta que ha llegado, pues uno de esos dos momentos el derecho no ha nacido no ha *cedido ni venido el día*, como dijeron los jurisconsultos romanos, de que se sigue que falleciendo ántes, aquella parte del testamento se hace ineficaz.

CAPÍTULO XII

DE LOS ALBACEAS Ó TESTAMENTARIOS (1)

Artículo 1065.—El testador puede nombrar uno ó más albaceas aunque no estén presentes al otorgamiento.

ORIGENES

Leyes 1.ª y 3.ª, tít. X, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 1025 Cód. Francia.—1052 Holanda.—1885 Portugal.—903 Italia.—1651 Luisiana.—1008 Bolivia.—903 Rusia.—889 Cerdeña.

JURISPRUDENCIA

Al juez de primera instancia corresponde el nombramiento de albacea dativo, que puede hacer al ménos por analogía, cuando faltan todos los designados por el testador para el puntual cumplimiento de sus disposiciones y el heredero carece de persona que especialmente le represente (Sent. 29 Marzo 1869).

Quando un testador designa explícitamente al cura y síndico del pueblo para que administren y distribuyan todos sus bienes en la manera y forma que determina en su testamento; si por renuncia personal de los que ejercían dichos cargos se nombrase judicial y supletoriamente un administrador, esto no empeceria ni destruiría el legítimo derecho de los sucesores en aquellos cargos para reclamar la administración, ántes bien, guardaria perfecta conformidad con la voluntad del testador (Sent. 15 Marzo 1870).

COMENTARIO

La misión de los albaceas es cumplir las disposiciones testamentarias de la manera que para este fin les hubiere autorizado el testador, y en su defecto en la forma que decimos en este capítulo.

La ley de Fuero Real (8.ª, tít. V, lib. III) señala algunas incapacidades para ser albacea;

(1) Reciben tambien por las leyes de Partida los nombres de *Cabezaleros* y *Mansesores*.

no las consignamos porque unas están derogadas, otras no son *usadas ni guardadas*, y las que subsisten son incapacidades no relativas é este cargo exclusivamente, sino á todos los cargos de esta y otra clase, como es el menor de 17 años, el loco, el condenado á interdicción, etc.

Quando el testador no hubiere nombrado albacea en su testamento, estará obligado á cumplir su voluntad, y por lo tanto, se reputará como albacea *legítimo* el instituido heredero en el mismo testamento, pues adquiere la obligación de cumplir y ejecutar la voluntad del testador. Mas cómo esta obligación nace de la aceptación de la herencia, puede preguntarse: ¿los actos de albaceazgo que necesariamente hayan de practicarse sin esperar á la aceptación de la herencia (como entierro, funerales, etc.), quién habrá de practicarlos? Parece que en este tiempo el cargo de albacea legítimo corresponde al pariente más próximo del testador, esto es, aquel que le hubiera sucedido á fallecer intestado. En el caso de morir sin testamento, el juez nombra albacea *dativo*, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil (artículos 359 y 360).

Artículo 1066.—Las facultades de los albaceas serán las que designe el testador con arreglo á las leyes.

ORIGENES

Leyes 1.ª y 3.ª, tít. X, Partida 6.ª

Ley 32, tít. IX, Partida 6.ª

Leyes 12 y 14, tít. V, lib. III, Fuero Real.

Ley única, tít. V, lib. V, OO. RR. de Castilla.

JURISPRUDENCIA

No puede decirse que falta personalidad á un albacea para presentarse en juicio á defender los derechos de una testamentaria yacente, cuando por ésta está autorizado para respresentarla (Sent. 7 Junio 1862).

No puede admitirse como doctrina legal la