

Las sentencias del arbitraje deben ser dictadas por mayoría absoluta de votos, quedando sin efecto el compromiso cuando no la hubiese, bien así como si no se dictara dentro de los plazos señalados, ó antes de dictarla desistieran de su compromiso unánimemente las personas que lo habían contraído.

## CAPÍTULO XV

### DE LAS TESTAMENTARIAS

El *Diccionario* de la Academia Española toma en tres distintas acepciones la palabra *testamentaria*: «Ejecución de lo dispuesto en el testamento y voluntad del testador. Reunión de los albaceas. Conjunto de documentos y papeles que convienen para el debido cumplimiento de la voluntad del testador.»

Las testamentarias pueden ser *extrajudiciales* y *judiciales*.

Llámanse *extrajudiciales* aquéllas que se practican sin intervención del juez, aunque en ellas se guarden y observen todas las reglas y prescripciones de la ley procesal.

Estas no constituyen juicio.

*Judiciales* son aquéllas en que se practican, ante juez ó tribunal competentes, y con intervención de los interesados, todas ó parte de las operaciones necesarias para la ejecución de un testamento.

El conjunto de estas operaciones recibe el nombre de *juicio de testamentaria*.

Los juicios de testamentaria son *universales*, porque

en ellos se deciden todas las acciones y derechos de diferentes personas sobre los bienes del testador (1).

Por su mismo carácter de universalidad son estos juicios más propensos que otros á dilaciones abusivas y á dispendiosos gastos (2).

Ahora, como antes, los juicios de testamentaria son ruinosos. Las testamentarias judiciales terminan en muchos casos, por no decir siempre, con la completa extinción de los bienes hereditarios.

Muy arraigado debe de hallarse en los ánimos este

(1) En el juicio de *petición de herencia* se comprenden también todas las cosas hereditarias, derechos y bienes: «*Nunc videamus quæ venient in hereditatis petitionem. Et placuit universas res hereditarias in hoc iudicium venire, sive jura, sive corpora sint.*» (*Dig.*, lib. V, tit. III, ley 18.) Sin embargo, este juicio no puede llamarse universal, á pesar de la relación que existe entre la petición y la división de la herencia: «*et generaliter eorum dumtaxat dividi hereditas potest, quorum peti potest*» (*Dig.*, lib. X, tit. II; lib. II, Ulp.), pues los juicios reciben el nombre de universales, no porque en ellos se pida una universalidad, ó sea todos los derechos y acciones de una persona, sino porque en ellos se discuten todos los derechos y acciones contra una persona.

(2) «Y en efecto, nada era más fácil á un litigante de mala fe que embrollar una testamentaria ó un concurso, introduciendo el caos en los procedimientos con mengua de la justicia, siendo una verdad lamentable que en costas judiciales se consumía á veces el todo ó la mayor parte del caudal.» (Manresa y Reus, *Com. á la ley de Enjuiciamiento civil de 1855*, tomo III, pág. 5.)

convencimiento cuando la prohibición expresa de que se intervenga judicialmente en las testamentarias, es cláusula obligada en todos los testamentos, y son pocos los herederos ó acreedores de recto juicio y sanos propósitos que pidan semejante intervención, á no verse á ello por extraordinarias y graves circunstancias compelidos.

Todas las cuestiones que en las testamentarias pueden presentarse, se reducen á los siguientes puntos capitales:

- 1.º Aseguramiento de los bienes relictos.
- 2.º Formación de inventarios y avalúo de los bienes inventariados.
- 3.º División ó partición de los mismos entre los diversos partícipes de la herencia.
- 4.º Adjudicación de las partes á cada uno de los dichos partícipes asignadas.

#### SECCIÓN PRIMERA

##### *De la prevención del juicio de testamentaria.*

Ordinariamente los bienes de las testamentarias pasan sin solución de continuidad á los herederos ó testamentarios, los cuales cuidan de su conservación.

Pero algunas veces ocurre que los interesados en la herencia no pueden por cualquier circunstancia atender á la seguridad y conservación de sus bienes, y en tales casos es absolutamente indispensable la intervención judicial, previniendo de oficio el juicio de testamentaria.

Se entiende por *prevención del juicio de testamentaria*: el conjunto de diligencias practicadas por el juez para asegurar los bienes que constituyen la herencia, conforme á la naturaleza y clase de los mismos, y en los casos previstos por la ley y conforme á las disposiciones de ésta.

Son estos casos: 1.º El de ausencia de los herederos. 2.º El de menor edad de los mismos. 3.º El de hallarse incapacitados (1).

(1) Ley de Enjuiciamiento civil, art. 1.041.

Así como ninguna de las leyes procesales europeas coloca las testamentarias entre los procedimientos contenciosos, ni se las designa siquiera con este nombre ni con el de *ab intestato* cuando la sucesión es intestada, tampoco se habla en ellas de *intervención*.

Generalmente lo concerniente á testamentarias se trata en la parte no contenciosa, no haciendo de ellas juicios especiales, sino dictando reglas que en muchas de sus partes les son comunes con otros procedimientos.

La ley ginebrina, por ejemplo, se ocupa en varios títulos de la segunda parte (*procédures non contentieuses*) de la *imposición de sellos* (de l'apposition des scellés) (tít. XXXI); de *levantamiento de sellos* (tít. XXXII); de *inventario* (título XXXIII); de *las particiones y públicas subastas* (título XXXV); de *beneficio de inventario* (tít. XXXIX).

La imposición de sellos en Alemania, Francia, Italia, Bélgica y demás países que han adoptado este procedimiento con tal nombre, va encaminado al aseguramiento de los bienes y se extiende, no solamente á los casos de defunción, ó sea á las sucesiones, sino también á la disolución de comunidad y á otros casos en que pueda acordarla el tribunal.

No es preciso que cada una de estas circunstancias ocurra respectivamente en todos los herederos. Basta con que se dé en alguno de ellos.

Este procedimiento equivale al de *prevención* en los juicios de testamentaria y de *ab intestato*.

Según el art. 517 de la misma ley, procede la imposición de sellos de oficio:

«1.º Si entre los acreedores ó entre los que se consideran con derecho á la sucesión hay menores ó personas sujetas á interdicción que no tengan tutor, ó cuando el tutor esté ausente.

2.º Si el cónyuge ó los herederos, ó cualquiera de ellos estuviere ausente.

Serán impuestos en todos estos casos si el Procurador general lo requiere» (ils seront toujours apposés dans les cas ci-dessus si le Procureur général le requiert).

El art. 911 del Código de Procedimiento civil francés dispone que sea puesto el sello, ya por diligencia del Ministerio público, ya por declaración del alcalde (maire) ó de su adjunto (adjoint) en el común, y aun de oficio por el juez de paz:

«1.º Si el menor no tiene tutor y no hubiere pedido el sello ningún pariente.

2.º Si el cónyuge ó los herederos ó cualquiera de ellos se hallan ausentes.

3.º Si el difunto fué depositario público: en este caso no se pondrán los sellos sino por razón de este depósito y sobre los objetos que lo constituyan.

Los sellos no pueden imponerse sino por el juez de paz del lugar, ó por su suplente.» (Idem, art. 912.)

Estas disposiciones han servido de base con pequeñas variaciones á las de los restantes Códigos.

Pero convendría que en el primero **no** se autorizase la prevención por la sola ausencia de uno ó varios herederos, hallándose presentes ó legítimamente representados en el lugar del juicio los restantes.

A éstos debe dejar la ley el cuidado de asegurar los bienes. ¿Se teme que hagan desaparecer alguno de ellos en perjuicio de los ausentes?

Puede ocurrir, y de hecho ocurre con deplorable frecuencia, sobre todo en lo tocante á metálico, alhajas y valores. Pero la intervención del juez, ineficaz para impedir esas criminales rapiñas de algunos herederos, que suelen verificarse en los momentos posteriores á la muerte del testador y por las personas que le eran más allegadas, es fuente y origen de nuevos males y perjuicios.

Si los herederos presentes son honrados, la intervención del juez para asegurar los bienes de la testamentaría es inútil por lo menos. Si no lo son, cuando el juzgado llegue á intervenir ya habrán desaparecido todas aquellas cosas que, sin responsabilidad legal, se puedan hacer desaparecer.

En los otros dos casos no se autoriza la prevención del juicio cuando los menores ó incapacitados se hallan representados por sus padres. La ley supone que el amor de éstos es suficiente garantía para aquéllos.

Tampoco cuando el testador prohibió en su testamento la intervención judicial, facultando á una ó más personas para que, con cualquier carácter, practiquen extrajudicialmente la testamentaría.

Pero ¿qué será cuando el menor tenga tutores y se halle constituido el consejo de familia?

La ley de Enjuiciamiento civil no deja lugar á duda. El juez debe prevenir el juicio de testamentaría siempre que entre los herederos haya algún menor ó incapacitado, á no ser que estén representados por sus padres ó lo hubiera prohibido el testador. Estas son las únicas excepciones.

Pero el Código civil (art. 269, núm. 7.º) dice que el tutor necesita autorización del consejo de familia para proceder á la división de la herencia, de donde parece inferirse que ha querido encomendar á los tutores, con asistencia del consejo de familia, las garantías y protección que antes les prestaran los jueces, previniendo los juicios de testamentaría é interviniendo en ellos.

Si ni el tutor ni ninguno de los miembros del consejo de familia fuesen copartícipes en la herencia, ninguna dificultad habría en concederles semejantes atribuciones.

No así cuando todos ó algunos de ellos sean coherederos.

Sin embargo, esta dificultad pudiera obviarse con la intervención del protutor, el cual, no siendo pariente de la misma línea que el tutor, y hallándose obligado á defender en juicio y fuera de él los intereses de los menores, cuando sean opuestos á los del tutor, ofrece suficientes garantías.

Aun en la hipótesis de que el tutor, el protutor y los individuos del consejo de familia se hallen interesados en una herencia, podría evitarse la intervención judicial en ella, ya porque no siempre son encontrados y opuestos los intereses de los coherederos en el juicio de

testamentaria (1), ya bien porque bastaría en muchos casos con la indispensable aprobación judicial de las particiones al terminarse éstas, y en los de verdadera oposición nombrando un tutor especial y particular para cada uno de los menores cuyos intereses fuesen encontrados (2).

La intervención judicial resulta siempre gravosa y debe evitarse en todos los casos en que no sea absolutamente necesaria, aun tratándose sólo de la prevención del juicio.

La prevención del juicio se limita á las primeras medidas indispensables para el aseguramiento de los bienes, como ya se ha dicho.

La intervención judicial puede extenderse á todo el juicio hasta su terminación.

La intervención puede ser á petición de parte legítima ó por mandato de la ley, dando lugar á la división de los juicios de testamentaria en *necesarios y voluntarios*.

En los primeros es indispensable siempre la prevención; no así en los segundos, los cuales se tienen por prevenidos luego de haberse solicitado en forma la intervención.

(1) «*Qui familiae erciscundæ judicio agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem.*»—«El que ejercita la acción *familiae erciscundæ* no reconoce á su coheredero como adversario en el juicio.» (*Dig.*, lib. X, tít. II; *Scævola*, lib. XII, *Quest.*)

(2) Art. 968 del Código de Procedimiento civil de Francia, 882 y 954 del mismo, y 1.057 de la ley de Enjuiciamiento civil.

La prevención se hace dejando en lugares seguros, cerrados y sellados, los bienes, papeles, libros y efectos susceptibles de sustracción ú ocultación, depositando en persona abonada, bajo la responsabilidad del juez y mediante inventario, aquéllos á cuya conservación ó mantenimiento se deba atender, adoptando respecto á créditos, fincas, rentas y productos recogidos ó pendientes, las providencias y precauciones necesarias para evitar abusos y fraudes (1).

Deben prevenir el juicio los jueces competentes para conocer de él, ó sea el del lugar en que hubiere tenido el finado su último domicilio, y habiéndolo tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, ó donde tuviere la mayor parte de los bienes.

Esto no quita para que los jueces de primera instancia, ó los municipales del lugar donde alguno fallece sin que haya en el mismo parientes ó herederos, adopten las medidas necesarias para el enterramiento, seguridad de libros y papeles, etc., haciendo también esto último los del lugar donde los bienes, libros y papeles estuvieran, remitiendo las diligencias practicadas al juez á quien corresponda conocer de las testamenterías.

#### SECCIÓN SEGUNDA

##### *Del juicio voluntario de testamentaria.*

Es juicio voluntario de testamentaria *el promovido por parte legítima.*

(1) Art. 959 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Son parte legítima para promoverlo: 1.º Cualquiera de los herederos testamentarios. 2.º El cónyuge sobreviviente. 3.º Los legatarios de parte alícuota. 4.º Los acreedores con título escrito que justifiquen cumplidamente su crédito (1).

Los herederos voluntarios y los legatarios de parte alícuota no pueden promover este juicio cuando lo prohibió expresamente el testador, lo cual se explica porque, arrancando todo su derecho de la voluntad de éste, á ella deben sujetarse.

No así el cónyuge y los herederos necesarios, pues los derechos de éstos se basan en los preceptos de la ley, siendo independientes de la voluntad del testador, al igual que el de los acreedores.

Pero cuando los acreedores tienen asegurado su crédito con hipoteca, ó cuando los herederos les afianzan el cobro con bienes independientes de los que pertenecen á la testamentaria, cesa el derecho de pedir la intervención judicial de ésta (2).

El juicio de testamentaria se promueve por medio de escrito, acompañado de la correspondiente partida mortuoria y del testamento del finado.

No siendo posible adquirir la partida de defunción, puede probarse ésta por otros medios.

El juez, habiendo por prevenido el juicio, debe mandar que se cite en forma á todos los que hayan de ser parte en él, es decir, á los herederos, al cónyuge sobreviviente, á los legatarios de parte alícuota, al acreedor

(1) Ley de Enjuiciamiento civil, art. 1.038.

(2) Ley de Enjuiciamiento civil, artículos 1.039 y 1040.

ó acreedores que hubieren promovido el juicio, y al representante del Ministerio público cuando éste haya de intervenir, por ausencia ó incapacidad de alguno de los interesados, mientras se le nombra tutor.

Puede pedirse la prevención del juicio en el escrito en que se promueva éste, y en tal caso se procederá inmediatamente al aseguramiento de los bienes en la forma en que se hace cuando el juicio es necesario, si la petición se formuló en un plazo determinado después del fallecimiento. Treinta días fija la ley de Enjuiciamiento civil. Solicitada después de ese término, ya no debe practicarse en la misma forma, que ocasionaría sólo vejámenes, sin producir ventajas, habiendo tenido tiempo más que suficiente, durante él, los que hubieran querido distraer ú ocultar los bienes hereditarios susceptibles de ocultación, para ocultarlos ó distraerlos.

Pasado, pues, tal plazo, la prevención debe limitarse á formar judicialmente los inventarios.

### SECCIÓN TERCERA

#### *Formación de inventarios.*

El inventario es *una relación detallada, hecha por escrito, de los bienes, derechos y acciones pertenecientes á la testamentaria, y de los créditos contra la misma.*

El inventario puede hacerse judicial y extrajudicialmente.

Cuando ni el que hubiere solicitado la intervención judicial, ni otro alguno de los interesados, pidan que se

formen judicialmente los inventarios, deben hacerse éstos extrajudicialmente.

La intervención del juez en estos juicios ha de limitarse, por regla general, á todos aquellos actos y diligencias para que fuese expresamente reclamada, absteniéndose en todo lo restante.

En el caso de haberse de formar judicialmente el inventario, se dará comisión para ello al actuario, el cual practicará las operaciones á presencia de las partes que, previa la debida citación, concurrieren al acto.

La formación de los inventarios judiciales es larga y dispendiosa, prestándose á muchos abusos. La descripción de los bienes ha de ser detallada y clara, de manera que no pueda confundírseles. Pero hay en las testamentarias infinidad de pequeños objetos y de baratijas, cuyo valor no iguala al de los gastos que supone el escribirlos y detallarlos. Precisa catalogar las bibliotecas, inventariar los documentos de los archivos de familia, donde puede haber, ó *puede creerse que hay, escrituras, documentos y papeles de importancia*, y todo esto supone muchos pliegos de papel escritos, mucho tiempo para escribirlos y muchas costas ocasionadas.

Las cuestiones más graves que en materia de inventarios pueden ofrecerse son las relativas á inclusión ó exclusión de bienes, las cuales han de ventilarse por los trámites del juicio ordinario, conforme á la importancia de las mismas, es decir, en juicios de mayor ó de menor cuantía respectivamente.

Claro es que tales cuestiones lo son de propiedad. Se disputa en ellas si tales ó cuales bienes ó fincas pertenecían al testador, ó son de la propiedad particular de

alguno de los herederos ó de un tercero, únicas razones por las cuales procede su inclusión en los inventarios, ó la exclusión de los mismos.

Son, pues, las tales cuestiones incidentes naturales de esta clase de juicios; pero suele ser también éste el camino por donde más fácilmente el litigante de mala fe embrolla y alarga las testamentarias.

Convendría, pues, establecer un procedimiento más sencillo para resolver estas cuestiones y todas las demás que con motivo de la formación de inventarios pudieran ofrecerse.

Todas ellas debieran proponerse de una vez á la terminación del inventario, y decidirse en un solo acto de naturaleza oral (1).

(1) En Francia se forman los inventarios con asistencia del cónyuge sobreviviente, de los presuntos herederos, del testamentario cuando le hay, de los donatarios y legatarios universales ó á título universal, sea en propiedad, sea en usufructo, si habitase dentro del radio de cinco miriámetros; si residieren más allá de esta distancia, se llamará para todos los ausentes un notario nombrado por el presidente del tribunal de primera instancia para representarlos. (Art. 942 del Cód. de Proc. civ.)

Se hacen los inventarios por un notario, exigiéndose en ellos, además de las formalidades comunes á todos los actos notariales, las propias de esta clase de diligencias, como expresión de nombres, de lugares, descripción detallada de los objetos, etc., que comprende en nueve números diferentes el art. 943 del mismo Código.

Las dificultades que puedan ofrecerse al tiempo de la formación del inventario ó las reclamaciones que con mo-

Las propuestas con posterioridad, siendo anterior su causa, ó deberían rechazarse, ó por lo menos tramitarse á expensas exclusivamente de quien las propusiera.

El avalúo, ó sea la estimación del valor de los bienes inventariados; que en España puede hacerse independientemente del inventario, esto es, mediante acto posterior á la simple relación de bienes, debiera siempre verificarse simultáneamente, resolviéndose las dificultades que se ofrecieran, ya por mutuo acuerdo de las partes, de los peritos por ella nombrados, ya, en último término, por el juez ó tribunal al tiempo mismo que todas las demás cuestiones incidentales que con motivo del inventario se promoviesen, y por el mismo procedimiento.

Cuando los inventarios se hacen extrajudicialmente, por regla general se practican á la vez la descripción y

tivo de él puedan hacerse, no las resuelve el notario, sino que éste hará que las partes acudan al presidente del tribunal de primera instancia para que resuelva *en réserve* (en juicio sumarísimo). (Art. 944).

Parecida disposición contiene el art. 542 de la ley del Cantón de Ginebra.

«El presidente, según éste, resolverá por vía sumaria y en Cámara de consejo» (celui-ci statuera par voie de procédure sommaire et en Chambre du conseil).

En Italia, cuando surge contienda (quando sorge contesa) entre los interesados sobre si un objeto cualquiera debe ó no inventariarse, el oficial debe describirlo en el inventario, haciendo mención de las observaciones é instancias de las partes. (Art. 872 del Cód. de Proc. civ.)

la estimación ó avalúo. ¿Por qué dejarlo en los inventarios judiciales para que lo verifiquen los contadores al practicar las operaciones divisorias? (1).

Terminado el inventario, debe citarse á junta de herederos para ponerse de acuerdo en lo concerniente á la administración del caudal y al nombramiento de uno ó más contadores para que practiquen las operaciones divisorias del mismo, siguiéndose para estos nombramientos y para dirimir las discordias que con su motivo se promoviesen, las reglas generales para el nombramiento de toda suerte de peritos.

Puede señalárseles, á petición de parte, un plazo prudencial para que desempeñen su cometido, haciéndoseles responsables de los daños y perjuicios ocasionados por su morosidad, caso de que no lo verificasen.

Los contadores, aun cuando el avalúo de los bienes se hubiese verificado al tiempo de hacerse el inventario, procederán al de los respectivos lotes de adjudicación (hijuelas), valiéndose de peritos cuando fuese necesario.

Terminadas las operaciones divisorias y de adjudicación, deben ponerse de manifiesto á las partes para que puedan examinarlas y prestarlas su conformidad.

Si se la prestan, mandará el juez protocolarlas, dando por terminado el juicio.

En otro caso, las reclamaciones que sobre ellas se hagan se ventilarán todas en acto oral en junta de herederos, de la cual debe levantarse acta.

(1) Art. 1.077 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.



Habiendo conformidad en esta junta, se ejecutará lo acordado, haciéndose por el contador dirimente, si lo hubiese, ó por los otros contadores, fuese uno ó fuesen varios, las reformas acordadas.

Cuando no hay conformidad se da al asunto la tramitación del juicio ordinario que por la cuantía le corresponda (1).

Como generalmente suele ser de mayor cuantía, la no conformidad en las divisiones da ocasión al presente á un nuevo pleito civil ordinario largo y dispendioso.

Convendría, por lo mismo, que el juez ó el tribunal ante los cuales se verificase la junta, pudieran, oídas las alegaciones de las partes, resolver los puntos controvertidos (2).

(1) Art. 1.088 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) En Francia, cuando las particiones hayan de hacerse judicialmente, debe solicitarse ante el tribunal.

Este, en la misma providencia en que se acuerda la partición, nombra un juez comisario cuando á ello há lugar, y manda que los inmuebles, si los hay, sean tasados por peritos, nombrándose éstos con las debidas formalidades, procediéndose á la partición, cuando es posible, ó á la venta con arreglo á lo prescrito en el título de la venta de bienes inmuebles.

Estas operaciones pueden ser presididas por el juez comisario ó por un notario.

Cuando se haya de proceder á la venta y ocurriesen dificultades sobre el llamado cuaderno de cargas, se resolverán en audiencia por el tribunal, sin escritos, y por simple acto de procurador á procurador.

En los demás casos el notario debe formar un proceso

verbal separado sobre las dificultades y alegaciones de las partes, que será remitido á la Secretaría del tribunal, y el juez comisario manda á las partes á la Audiencia, con indicación del día que deben comparecer en ella, sirviendo dicha indicación de emplazamiento. (Artículos 966, 969, 970 y siguientes del Cód. de Proc. civ.)

En Ginebra se sigue un procedimiento parecido:

«Cuando se promueven dificultades ó contestaciones entre las partes sobre la partición, el notario comisionado para practicarlas, formará proceso verbal, exponiendo dichas dificultades y alegaciones, remitiendo á éstas ante el tribunal.» (Art. 560.)

«Si después de leído dicho proceso verbal á las partes no se conforman, el notario dará testimonio de él á la parte que lo reclame para solicitar la *homologación* (aprobación) ante el tribunal y que resuelva sobre las contestaciones (et faire dire droit sur les contestations).

Si el tribunal aprueba la partición (prononce l'homologation du partage), ésta queda terminada, salvo que se vuelva á enviar al notario para proceder al sorteo de lotes, cuando á él haya lugar.» (Artículos 562 y 563.)