

general, además, se eleva la recompensa que ha de darse al administrador-depositario por sus trabajos, y se concede al arbitrio judicial facultades de señalar dentro de una escala gradual, entre el 4 y el 10 por 100, á fin de que se aprecien bien las circunstancias de cada caso. La reforma satisfaría las aspiraciones de todos y en particular las de los más ilustrados comentaristas de la Ley de 1855, si hubiese suprimido el núm. 3.º del artículo 1033 y aun la parte del segundo que se refiere á bienes raíces, porque en estas ventas, como aunque intervenga en ellas el administrador no realiza trabajo alguno, no habia motivo para que continuara percibiendo una cantidad cualquiera sobre sus productos.

Para fijar el tanto por ciento general de la administracion deben tenerse en cuenta la importancia del caudal, la calidad de los bienes, la distancia á que estén unos de otros, si hay ó no pleitos pendientes, y en suma todo lo que contribuya á determinar el trabajo empleado por el administrador en el desempeño de su cargo. Tambien es plausible que además de aquellas circunstancias, la Ley tenga en cuenta que el administrador puede prestar servicios extraordinarios que deben remunerársele, como sucede con los gastos de viaje que hubiere de verificar. Esta doctrina se extiende á casos análogos. Si es Abogado, debe cobrar los honorarios de los escritos que como tal suscriba ó de los informes que haga; si Procurador, los de sus gestiones, supuesta esa calidad; si Ingeniero, los de sus informes periciales ó su direccion facultativa. Pero en todos estos casos y otros semejantes, para prestar esos servicios extraordinarios á la herencia deben obtenerse prévia autorizacion del Juez.

Los artículos 1034 y 1035 son enteramente nuevos. Son oportunas las reglas que establecen, aun cuando hubiera sido de desear que diesen más latitud al administrador judicial para el nombramiento y separacion de sus subalternos y delegados. Estos obran bajo su direccion y su responsabilidad, y deben ser personas investidas con toda su confianza, así como el administrador debe tener toda la del Juez. A una igualdad tan marcada de situaciones corresponderá una igualdad análoga en dichos preceptos; tan libremente como el Juez obra en lo que se refiere á la eleccion del administrador judicial del ab-intestato, debiera proceder éste en lo que toca á la de sus dependientes y subalternos.

## TITULO X.

### De las testamentarias.

Este es el segundo de los juicios universales de que trata la Ley y el segundo tambien de los de sucesion. En el título anterior, de los ab-intestatos, hemos tenido ya necesidad de ocuparnos en las testamentarias, y las observaciones expuestas en ese título, son de aplicacion al que ahora nos ocupamos. Allí hemos dicho que los juicios de sucesion son en dos clases: de testamentaria y de ab-intestato, y que las mismas palabras que sirven para designar una y otro, indican su diferencia. Hemos expuesto nuestra opinion de que la Ley debia haber tratado en un solo título del juicio universal de sucesion, distinguiendo en él la existencia ó la falta del testamento para motivar las disposiciones aplicables á cada caso, y que la lógica pedia que primero se hubiera ocupado de las testamentarias y despues de los ab-intestatos, sin que nos parezca del todo convincente la razon que se da en abono del sistema de la Ley, de que el juicio de ab-intestato concluye por acomodarse á los trámites establecidos para las testamentarias, luego que haya herederos reconocidos, porque siempre resultará que el ab-intestato es la excepcion y las testamentarias la regla general.

Pasemos ya al título que nos ocupa, del cual, como han dicho muy bien los comentaristas, son un preliminar las disposiciones del ab-intestato, que hemos estudiado.

La palabra *testamentaria*, voz derivada de testamento, tiene gran extension dentro del lenguaje jurídico ó forense. Se entiende así todo lo que se refiere á la ejecucion de las últimas voluntades; y se da este nombre ya á la reunion de los albaceas testamentarios, ya al conjunto de documentos y demas papeles necesarios al objeto de cumplir la voluntad del testador, ya á las diligencias y operaciones que practican los ejecutores de la última voluntad, y ya por último á las mismas actuaciones judiciales que con tal objeto se promueven de oficio ó á instancia de parte. La Ley en el título que anotamos, al tratar de las *testamentarias* se refiere á las actuaciones judiciales que han de practicarse, bien de oficio ó á instancia de parte, en el caso en que fallecida una persona bajo testamento, para cumplir y llevar á efecto su última voluntad.

Ya hemos indicado en el título anterior las grandes reformas que

introdujo la ley de 1855 sobre el particular, en el que existía un verdadero caos. Los comentaristas de esa Ley hicieron notar que en ella se habían cometido omisiones de mucha importancia, tales como las relativas á los procedimientos para hacer uso del *derecho de deliberar*, y de la aceptación de la herencia á *beneficio de inventario*, del caso en que fueren menores los herederos y estuviesen sujetos á la patria potestad, de la forma en que hubieran de practicarse las particiones en el caso en que siendo menores los herederos del testador hubiera prohibido directa ó indirectamente la intervencion judicial; pero á pesar de tales omisiones, quizás naturales en una ley que tenía que organizar un punto tan importante como descuidado y confuso de nuestro antiguo procedimiento, en el que brillaba por su ausencia toda regla fija, á pesar de eso, no pudo ménos de reconocerse que la ley había entrado en el buen camino, había dado las reglas más precisas y había cortado las dilaciones y los abusos que en la práctica eran moneda corriente.

En el estudio comparativo que del título que examinamos hemos de hacer con las disposiciones de aquella ley, tendremos ocasion de observar en qué puntos ha venido á ampliarla ó corregirla la moderna, y en cuales otros ha dejado en pié alguna duda ó ha dado lugar á otras nuevas.

Desde luego la ley moderna es más ordenada. La de 1855, trataba toda la materia de testamentarias también en un título, pero sólo como por vía de introducción á ese título en sus diez primeros artículos disponía que el juicio de testamentaria podía ser voluntario y necesario, los casos en que procedía uno y otro, el Juez competente para conocer de ellos y las providencias necesarias á la prevención del juicio. La nueva Ley ha seguido otro orden. Divide el título en cuatro secciones: la primera encaminada á tratar de las disposiciones generales, en la que se ocupa de todos los puntos que la antigua ley trataba en sus diez primeros artículos: la segunda, y la más importante, la relativa al juicio voluntario de testamentaria; la tercera, al juicio necesario; y la cuarta á la administración de las testamentarias. Creemos la división, al par que conveniente, filosófica y ordenada.

Hemos dicho que el juicio de ab-intestato pasa á ser de testamentaria, y esto sucede desde luego cuando los herederos son de la clase de descendientes, ascendientes ó colaterales dentro del cuarto grado, y en otro caso después de hecha la declaración de herederos (art. 1001.)

En estos casos todas las disposiciones de este título son aplicables á los juicios de ab-intestato.

*Jurisprudencia.* Muriendo el presunto heredero, ántes que el testador, ó no aceptando la herencia, aunque la designación de heredero haya de verificarse según las leyes que arreglan las sucesiones intestadas, el juicio que debe intentarse, existiendo testamento, no puede ser el de ab-intestato, sino el de testamentaria. (S., 8 de Junio de 1861.)

Aceptada sin el beneficio de inventario la herencia de una persona, no es posible después de promover juicio de testamentaria sobre la misma herencia. (S., de 1º de Marzo de 1862.)

La reclamación de honorarios por un Abogado que ha intervenido en una testamentaria, no puede decirse que es un incidente de la misma, puesto que no afecta á los intereses de la testamentaria, y sí particularmente á los de aquellos entre quienes se ha distribuido la herencia. (Sentencia de 8 de Abril de 1865.)

El juicio que se ventila entre dos de los herederos sobre reclamación de herencia, y en cuyo juicio no son citados ni intervienen los demás interesados, no puede calificarse de testamentaria. (Sent. de 6 de Junio de 1868.)

Sin expreso mandato del Juez que conoce de una testamentaria, no hay facultad en nadie, ni aun en la vida del causante, para disponer válidamente de cuanto puede afectar á los bienes en ella comprendidos. (Sentencia de 6 de Febrero de 1869.)

El auto declarando que procede el juicio de testamentaria, lejos de poner término al pleito ó hacer imposible su continuación, facilita el juicio mismo y hace necesaria su prosecución. (Sent. de 14 de Julio de 1871.)

Los actos de una testamentaria que han causado estado, deben subsistir mientras no se invaliden por otra ejecutoria. (Sent. de 17 de Enero de 1872.)

Haya lugar ó no á la provocación del juicio de testamentaria, esta circunstancia no perjudica los derechos que asistan á los que le tuvieren para pedir debidamente que se declare en justicia la validez ó nulidad del testamento. (Sent. de 28 de Enero de 1873.)

Los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil que se refieren á las reglas á que debe acomodarse la sustanciación del primer período del

juicio universal de testamentaria, son evidentemente inaplicables á un pleito sobre reivindicacion de bienes. (Sent. de 26 de Abril de 1878.)

Si resulta que el juicio de testamentaria promovido se siguió por todos sus trámites y en todas sus incidencias, con intervencion de la viuda, persona legítima al efecto, ántes y despues de la venta que hizo de los bienes que habia heredado de su marido y que en dicho juicio dedujo aquella todas las reclamaciones y utilizó todos los recursos que entendió convenirle, quedando por su virtud válida y eficazmente terminada; y que el recurrente no es heredero ni sucesor universal del heredero del difunto, sino un comprador de parte de las cosas hereditarias en estado de litigio y proindivision, con los derechos y acciones únicos propios de la naturaleza de los contratos de esta clase, sin tenerlos en consecuencia para pretender que se declarase nulo, ni que se abra el juicio de testamentaria legítimamente seguido y terminado, ni para promover otro nuevo sobre ello: por lo expuesto, la sentencia recurrida, al absolver de esta segunda peticion de la demanda, no infringe las leyes 19 y 20, tít. 22 de la Partida 3ª, relativas á la fuerza y efectos de la cosa juzgada, ni la doctrina legal sobre ello, porque la justicia de esta parte del fallo tiene su razon propia é independiente de todas leyes y doctrinas. (S. de 11 de Julio de 1879.)

La ley de Enjuiciamiento civil carece de retroactividad en lo que se refiere á las testamentarias y modo de sustanciarlas. (S. de 24 de Abril de 1880.)

### SECCION PRIMERA.

#### DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 1036. El juicio de testamentaria podrá ser voluntario ó necesario. (*Ley ant., art. 404.*)

Hemos dicho que la Ley da el nombre de juicio de testamentaria al conjunto de las actuaciones judiciales para llevar á efecto el inventario, avalúo, division y adjudicacion de los bienes que á su fallecimiento haya dejado alguna persona con arreglo á lo ordenado en su testamento. Así, pues, es necesario que exista disposicion testamentaria y que en ella el testador disponga de los bienes, ya en favor de una persona determinada, ya en favor de varias, y bien por medido de institucion de heredero ó bien en legados ó en cualquiera otra forma. Sin la existencia de esa disposicion testamentaria, no puede haber juicio de

testamentaria y sí de ab-intestato, de que hemos hablado. Como este juicio es universal, á él deben acudir tambien los acreedores del testador para que se les pague sus créditos con preferencia á los herederos y legatarios, pues segun la Ley 8ª, tít. 23, Partida 7ª, no hay herencia sin que previamente se paguen las deudas.

Por más que la Ley da á las testamentarias el nombre de juicio, solo puede entenderse esto en un sentido lato, porque en realidad no existen en ellas verdadera contienda entre partes, pues en el caso de suscitarse controversia, acerca del derecho á la herencia, á la legitimidad de los créditos, á la inclusion ó exclusion de bienes, etc., estas cuestiones aunque sean incidencias de las testamentarias, han de ventilarse en juicio ordinario. Pero como cada interesado tiene derecho á oponerse á las peticiones de los otros si le perjudican, y como, por otra parte, nada se lleva á efecto sin la aprobacion judicial, de aquí que no sea impropio el nombre de juicio. Este juicio puede tener fundamento en la voluntad de las partes interesadas en la herencia que crean conveniente reclamar la intervencion de la Autoridad judicial, ó en la necesidad de que ésta tome bajo su proteccion y tutela á ciertas personas desvalidas para ampararlas en sus legítimos derechos y evitar que sufran perjuicio ó menoscabo. De aquí la division de voluntario y necesario que la Ley hace de este juicio por al artículo que anotamos, cuya disposicion es la misma exactamente que la del artículo 404 de la Ley anterior, division filosófica y conveniente que, si en la práctica antigua no era conocida por estos nombres, se hallaba, sin embargo, establecida de hecho por la forma de prevenir el juicio y admitida tambien para los concursos.

Véase.—Consultas diversas sobre juicios de testamentaria. *Bol.*, tomo XXVII, pág. 273.—Tomo XXXI, páginas 17, 18, 405 y 530.—Tomo XXXVII, pág. 485.—Tomo XLVI, pág. 67, y tomo L, pág. 306.

Art. 1037. Será voluntario cuando lo promoviere parte legítima. (*Ley ant., art. 405.*)

La forma de los procedimientos en uno ú otro juicio es la misma, salvo ligeras modificaciones: ambos se dirigen al mismo fin. La diferencia capital entre ellos está en su origen, en las personas con derecho para promoverlos. Cuando una ó varias personas estén autorizadas legítimamente para promoverlo, entónces este juicio es voluntario y en los casos en que el Juez debe prevenirlo de oficio, necesario.

El artículo que anotamos, igual en un todo al 405 de la Ley anterior, lo demuestra así diciendo que ese juicio será voluntario cuando lo promoviere parte legítima, completando el pensamiento el artículo siguiente, que determina qué personas son las que deben considerarse como parte legítima.

*Jurisprudencia.*—No corresponde á esta clase de juicio aquel en que haya interesado menores. (Sent. de 13 de Marzo de 1861.)

El juicio voluntario de testamentaria no es medio legal de poner en cuestion y de perturbar los derechos de que se hallan en posesion y tranquilo goce terceros interesados, sino solamente una série de actuaciones judiciales dispuestos por la Ley de procedimientos y encaminadas á que los herederos, el cónyuge que sobreviva y los legatarios de parte alicuota del caudal lo distribuyan entre sí conforme á la voluntad del testador y á su propio derecho cuando no han podido ponerse de acuerdo en dividirla de otra suerte. (Sent. de 26 de Diciembre de 1876.)

El auto en que se declare nulo lo actuado en las diligencias sobre prevencion de un juicio de testamentaria no infringe la Ley 13, tít. 22 de la Partida 3ª, suponiendo contrario á la providencia en que se mandaron poner de manifiesto los inventarios y se señalare el término de ocho dias para impugnarlos, puesto que no es un verdadero juicio que define derecho alguno sustantivo, y por el contrario, remite á las partes al juicio voluntario de testamentaria, en el que pueden discutir ámpliamente sus derechos. (Sent. de 4 de Junio de 1877.)

La ley 1ª, tít. 14, Partida 3ª es inaplicable al fondo del auto que ordena abrir el juicio de testamentaria, y solo podrá alegarse en su caso sobre el extremo del recibimiento á prueba y ser objeto del recurso en la forma. (Sent. de 27 de Enero de 1879.)

Véase.—Sobre juicio voluntario de testamentaria. *Rev.*, tomo XVI, pág. 68.

Art 1038. Serán parte legítima para promoverlo:

- 1º Cualquiera de los herederos testamentarios.
- 2º El cónyuge que sobreviva.
- 3º Cualquiera de los legatarios de parte alicuota del caudal.
- 4º Cualquiera acreedor siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito. (*Ley ant.*, art. 406, párrafo tercero del 407 y 408.)

Hemos dicho que este artículo completa el pensamiento del anterior al determinar qué personas son las que deben considerarse como parte legítima, ó sea con derecho á promover el juicio voluntario; declaracion necesaria, hasta el punto que sin ella seria difícil, si no imposible, resolver las dudas que irremisiblemente habrán de suscitarse.

El artículo que nos ocupa ha tomado del 406 de la Ley anterior sus cuatro primeros párrafos, si bien dándoles mejor redaccion, y se ha añadido el último, que figura con el núm. 4º, y que ántes formaba parte del artículo 407, ya en el juicio necesario. Son, pues, parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaria, segun el artículo que anotamos, los herederos testamentarios, el cónyuge que sobreviva, los legatarios de parte alicuota y los acreedores que presenten un título escrito que justifiquen cumplidamente su crédito. Nos ocuparemos de cada uno de ellos separadamente.

1º *Cualquiera de los herederos testamentarios.* Al decir la Ley herederos testamentarios, hace exclusion de los herederos legítimos, pues si los llamados á la herencia fueran los herederos legítimos por haber fallecido su causante sin testamento, entónces el juicio seria de *ab-intestato*, aunque para su tramitacion se siguiera el mismo orden establecido para las testamentarias, segun ya hemos dicho en el art. 1001. Siendo necesaria para el juicio de testamentaria una disposicion de última voluntad, en la que han de constar en una ú otra forma y en uno ú otro concepto las personas llamadas á la herencia, á estos herederos se refiere la Ley. Y como no hace distincion entre ellos, han de considerarse comprendidos en el caso los usufructuarios, los propietarios, fiduciarios, etc. Todo el que lleve el título de heredero testamentario, ya sea forzoso, ya voluntario, ya libre, ya con gravámen, será parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaria. De la division que la Ley hace del juicio de testamentaria y de las disposiciones que ordena para cada uno, se deduce que estos herederos han de ser mayores de edad, porque si fuesen menores ó incapacitados con arreglo al art. 1041, el juicio seria necesario. Ahora los tutores ó curadores de esos incapacitados ó menores, podrán promover el juicio, cuando el Juez no haya procedido á su prevencion, como despues veremos, pero en tal caso, la Ley ya modifica sus disposiciones y establece una sustanciacion especial.

2º *El cónyuge que sobreviva.* No podria, sin una gran injusticia, ne-

garse al cónyuge sobreviviente el derecho á promover el juicio voluntario de testamentaria. Aparte de que es el individuo que queda en la sociedad conyugal disuelta por la muerte del testador y la persona más caracterizada en la familia, este individuo puede haber aportado al matrimonio bienes propios, y es por otra parte, dueño de la mitad de los gananciales, si los hubiere, y su intervencion, por tanto, en todas las operaciones que se practiquen para llevar á efecto la liquidacion y particion de los bienes del difunto, es por todo extremo necesaria, al par que justa y conveniente, puesto que su derecho para intervenir es tanto ó más atendible que el de los herederos. Los del cónyuge sobreviviente, si éste hubiere fallecido, tendrá igual derecho, por el principio de que pasan al heredero los derechos y acciones del difunto, y el artículo 1065 dispone que se les cite para la formacion del inventario.

3º *Cualesquiera de los legatarios de parte alicuota.* Se refiere la Ley á los legatarios de una parte proporcional de la herencia, como si los lega el tercio, el quinto ú otra cualquier parte que esté contenida en el todo cierto número de veces. Estos legatarios tienen el mismo interés que los herederos en conocer el caudal hereditario y en que este no se distraiga ó se merme, puesto que su legado será mayor ó menor, segun que aquel aumente ó disminuya; y de aquí que la Ley los equipara á los herederos y les concede iguales derechos que á éstos para promover el juicio, con objeto de que se pongan en seguridad los bienes, y á su tiempo se repartan con arreglo á la voluntad del testador.

Por la razon contraria, la Ley niega este derecho á los legatarios de cosa genérica, específica ó de cantidad determinada. Estos, por regla general, no tienen interés en el aumento del caudal hereditario, porque sea éste cualquiera, aumente ó disminuya, ellos no han de recibir más ni ménos de lo que el testador les haya legado, y aun tienen accion real para reivindicar la cosa. Sin embargo en algunos casos pudieran tener estos legatarios este interés.

Los Sres. Manresa y Reus citan dos ejemplos: cuando siendo forzosos los herederos, se tema que puedan cometerse ocultaciones ó fraudes con objeto de que el valor de la cosa legada exceda del de la cantidad de que el testador pueda disponer en favor de extraños; y cuando siendo aquellos voluntarios, los legados sean de tanta importancia que absorban el todo ó la mayor parte del caudal hereditario. Y

aun cuando estos legatarios no sean parte legítima para promover el juicio de testamentaria, opinan los citados comentaristas que no por eso dejarán de tenerlo para acudir al Juzgado á reclamar contra las ocultaciones ó abusos que se cometan en su perjuicio, ó demandar á los herederos morosos al pago del legado, en cuyo caso deberán ser considerados como acreedores, y bajo tal concepto podrán provocar el juicio necesario con arreglo al artículo 407, número 3º de la antigua Ley, que es el número 4º del artículo que anotamos.

Pero es el caso, que la nueva Ley ha incluido ese número 3º del artículo 407 de la anterior en el artículo que anotamos. ¿Estarán en su virtud esos legatarios comprendidos en este artículo y podrán prevenir el juicio voluntario de testamentaria? Entendemos que no, porque por más que en cierta manera aparezcan como acreedores á la herencia, no son en realidad tales acreedores á ella, sino á una sola cosa determinada de la misma y sujetos á las disposiciones legales que los posponen á los herederos forzosos, mientras que los verdaderos acreedores del testador tienen preferencia á esos mismos herederos forzosos. Aparte de que el artículo los excluye de ese derecho y solo le concede á los legatarios de parte alicuota; y en la inclusion expresa de estos últimos, como los mismos citados comentaristas reconocen, va implícitamente comprendida la exclusion de los demas, cualquiera que sea su derecho á la herencia.

Por más que esta limitacion no pareciese á dichos comentaristas conveniente, que opinaban que el derecho de promover el juicio voluntario debia haberse concedido á los legatarios de cosa ó cantidad determinada, cuando la mayor parte de la herencia haya de distribuirse entre ellos y sobre todo cuando haya motivos para presumir que el caudal hereditario no alcance á cubrir todos los gastos porque sean muchas las deudas ó por cualquier otro motivo, pues en estos casos es mayor el interés de los legatarios que el de los herederos para que se ponga en seguridad el caudal, aparte de que concedido ese derecho ningun perjuicio se ocasionaria á éstos, á pesar de opinion tan autorizada, y con la que nosotros estamos de acuerdo, es lo cierto que la nueva Ley no ha hecho innovacion ni aclaracion alguna en este punto, y que con arreglo á ella, esos legatarios, como todos los que no sean de parte alicuota, no tienen facultad para promover el juicio voluntario, y entendemos que ni aun el necesario, como despues explicaremos.

Hay que advertir que el derecho que este artículo concede á los herederos testamentarios, debe entenderse limitado, en cuanto á los herederos voluntarios, al caso en que el testador no haya dispuesto expresamente lo contrario. Para dichos herederos la voluntad del testador es la ley suprema, y están obligados á cumplir cuantas condiciones éste les imponga, siempre que no sean imposibles ni contrarias á la naturaleza y buenas costumbres, pues así lo disponen las leyes 3ª y 7ª, título 4º, Partida 4ª. Y si el testador les ordena que se distribuyan la herencia en la forma por él establecida, y les prohíbe expresamente acudir para ello á los Tribunales, no podrán promover el juicio de testamentaria sin incurrir en la pena que para este caso les haya impuesto el testador y están obligados á observar estrictamente las reglas por éste establecidas para el inventario, avalúo y division de sus bienes, pues así se desprende del precepto del artículo 1096. Y esta misma doctrina rige respecto de los legatarios. En cuanto á los herederos forzosos, como por la Ley 11, título 14, Partida 6ª, el testador no puede imponerles gravámen ni condicion alguna en su legítima, podrán promover dicho juicio aun cuando el testador lo haya prohibido, sin que por ello sufran menoscabo en su legítima.

Segun el artículo 45 de la ley Hipotecaria, el legatario que no tenga derecho, segun las leyes, á promover el juicio de testamentaria, podrá pedir en cualquier tiempo anotacion preventiva sobre la misma cosa legada, si fuere determinada é inmueble; y si el legado no fuera de especie, podrá pedir el legatario la anotacion de su valor sobre cualesquiera bienes raices de la herencia, bastantes para cubrirlo dentro de los 180 dias siguientes á la muerte del testador. (Véanse los artículos siguientes de dicha Ley.)

La prohibicion del testador para que promuevan ese juicio, ha de ser expresa, porque de otro modo no puede considerárseles privados del derecho que tiene todo ciudadano para llevar sus contiendas y reclamaciones ante los Tribunales de justicia, como así lo ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de Setiembre de 1849.

4º *Cualquier acreedor, siempre que presente un título escrito que justifique cumplidamente su crédito.* Este precepto, aun cuando en un sentido más lato, formaba parte del artículo 407 de la antigua Ley, que facultaba á los acreedores para que solicitaran del Juez la prevenccion del juicio necesario de testamentaria. Tambien los Sres. Manresa

y Reus reclamaron contra la omision en la antigua Ley de los acreedores, opinando que debia considerárseles como parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentarias, y que la Ley solo les concedia este derecho respecto al juicio necesario. La nueva Ley ha diferido en este punto á la opinion de estos jurisconsultos, y la reforma es plausible y está conforme con la naturaleza de estos juicios.

Segun la Ley 8ª, título 33, Partida 7ª, "herencia es la heredad, é los bienes é los derechos de algun finado, sacando ende las deudas que devia, é las cosas que y fallaren ajenas." En virtud de esta Ley, como el derecho de los acreedores es preferente al de los herederos y legatarios, de cualquier clase que éstos sean, pues no hay herencia si hay deudas que absorban toda ella, siempre se ha permitido á los acreedores ser parte en los juicios de testamentaria. La antigua Ley de Enjuiciamiento no les negó, como no podia negar este derecho, pero se le concedió para ser parte solo en el juicio necesario. La nueva Ley ha reformado este punto y les concede ese derecho para promover el voluntario.

La razon de esta reforma no puede ser otra que la que daban los citados comentaristas. En los juicios necesarios de testamentaria, los inventarios han de formarse siempre judicialmente; los bienes se han de constituir en depósito, sin que pueda hacerse acuerdo alguno en contrario, y los interesados menores, incapacitados ó ausentes, no pueden dispensar al administrador de la prestacion de fianza. Y en el caso de astos acreedores no habia razon para estas medidas, porque si los acreedores pueden hasta condonar sus deudas, ha de permitírseles que hagan con los deudores los acuerdos y convenios que estimen conveniente, respecto á los puntos ántes dichos, sin obligarles á esos procedimientos costosos y dilatorios; y cuando en los juicios de concurso pueden hacer los acreedores convenios con el concursado y si tambien en el de testamentaria se les permite separarse de su seguimiento, en cualquier estado del juicio y adoptar los acuerdos que estimen conveniente, no habia razon tampoco para que no se les permitiera, sin separarse del juicio, formar los inventarios extrajudicialmente y acordar lo que les parezca sobre el depósito y fianza.

No todos los acreedores, sin embargo, tienen derecho para promover el juicio voluntario de testamentaria, como no lo tenian por la antigua

Ley para pedir la prevencion del necesario: es preciso ademas que esos acreedores presenten un título escrito que justifique cumplidamente su crédito.

La anterior Ley, por su art. 408, solo exigia que presentasen título que justificase cumplidamente ese crédito; la nueva exige que ese título sea escrito. Pero no creemos por esta palabra reformaba la ley anterior, hasta el punto de que sea bastante cualquier documento escrito; pues la palabra "título" y el adverbio "cumplidamente" demuestran que ese título ha de ser de los que traen aparejada ejecucion, ó de los que hacen prueba plena por sí mismos; y no solo aquellos, puesto que sin tener fuerza ejecutiva hay algunos que son suficientes á este objeto: porque una escritura pública que por el trascurso del tiempo haya perdido la fuerza ejecutiva, ó que no la tenga, por no ser líquida la cantidad de la deuda, es título bastante para que haga prueba cumplida del crédito, como la hacen la primera copia de una escritura pública, ó la segunda librada con citacion del deudor ó de sus herederos, una sentencia ejecutoria, un laudo arbitral ó un vale reconocido judicialmente. Una informacion de testigos, un documento meramente escriturario, no producirán esos efectos. En tal caso, será preciso acudir á la vía ordinaria para que se declare la legitimidad de sus créditos, y una vez obtenida en su favor una ejecutoria, entónces podrá acudir el acreedor á promover el juicio voluntario, si ya no estuviera promovido.

*Jurisprudencia.*—Segun el art. 406 de la ley de Enjuiciamiento civil (1038 de la actual), y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son parte legítima los herederos, pero no los que se crean con derecho á serlo. (Sent. de 29 de Setiembre de 1877.)

Aunque segun la ley de Enjuiciamiento civil, pueden promover el juicio de testamentaria los herederos, no basta la alegacion de esta cualidad para este efecto, si aquella se impugna, porque desde este momento existe una cuestion prévia que resolver y ha de ventilarse en juicio ordinario, acerca de si el derecho invocado es ó no cierto.—Idem, idem.

El art. 406 de la ley de Enjuiciamiento civil, designa taxativamente quiénes son parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaria, entre los cuales enumera á los legatarios de parte alicuota del caudal, ó cualquiera de ellos; sin que pueda hacerse extensi-

vo este derecho á otros que á los que en dicho artículo se mencionan, y habiéndose negado la personalidad á unos recurrentes para promover una testamentaria, porque aun en el caso de ser legatarios no lo son de parte alicuota, la Sala se ajusta estrictamente á lo que se dispone en este artículo. (Sent., de 22 de Junio de 1880.)

Art. 1039. Los herederos voluntarios y los legatarios de parte alicuota no podrán promover el juicio voluntario de testamentaria cuando el testador lo haya prohibido expresamente.

Este artículo, nuevo en la Ley, lo hemos explicado de una manera incidental al anotar el anterior, y su precepto está conforme con los principios que rigen las últimas voluntades. Hemos dicho que los herederos voluntarios han de respetar la voluntad del testador, que es la Ley suprema en la materia, y que si el testador les ordena la forma en que ha de llevarse á la práctica su disposicion testamentaria, y les prohíbe expresamente promover el juicio voluntario de testamentaria, no podrán en su virtud hacerlo sin incurrir en las penas que el testador los hubiera impuesto, en su caso. Este precepto es el que sanciona el artículo que anotamos, que se extiende, como es consiguiente, á los legatarios de parte alicuota, sin citar á los herederos forzosos por la razon que hemos dicho.

Art. 1040. Tampoco podrán promoverlo los acreedores:

1.º Cuando tengan asegurado su crédito con hipoteca voluntaria ó con otra garantía suficiente.

2.º Cuando en otro caso los herederos les dieran fianza bastante á responder de sus créditos, independientemente de los bienes del finado. (*Ley ant.*, art. 409.)

El primer número de este artículo es nuevo en la Ley, y el segundo está tomado del art. 409 de la anterior.

Como el objeto de la Ley es asegurar á los acreedores el pago de sus créditos, si este pago está ya asegurado y no corre riesgo alguno, no hay para qué dar entrada en el juicio á esos acreedores, puesto que sea cualquiera la forma ó la tramitacion que se dé al juicio y cualquiera el que obtenga los bienes del finado, ellos siempre tienen ántes y despues derecho preferente. Tal sucede, por ejemplo, con los acreedores hipotecarios. Si la deuda está garantida por medio de una hipoteca voluntaria sobre los bienes del deudor difunto, poco puede impor-