

tarles que se repartan estos de la manera que los herederos quieran, puesto que su derecho va con la finca, y allí donde se encuentre esta podrán ejercer aquel con independencia de la persona que la posea. No dice la Ley si esta hipoteca ha de ser primera ó segunda; pero entendemos que cualquiera que sea imposibilitará al acreedor hipotecario para promover el juicio, pues la Ley supone, y con razon, que al constituir la á su favor, al entregar el préstamo, previó las consecuencias que pudieran ocurrir, y debió asegurarse de que su crédito estaba garantido. El último miembro de ese número 1º, ya es más vago é indeterminado; dice solamente "ó con otra garantía suficiente." Aquí no puede referirse la ley á documentos, puesto que por muy ejecutivos que sean y por mucho que demuestren cumplidamente el crédito, no serán bastantes á tener asegurado y garantido este. Sin duda se refiere la Ley á fianza, que á nombre del deudor haya dado otra tercera persona, ó prenda que el acreedor tenga en su poder para responder de la deuda. En una palabra, á todas aquellas otras garantías que, sea cualquiera la distribucion que se haga del caudal relicto, asegure el crédito y no corra riesgo alguno.

El segundo número del artículo obedece á igual objeto: si los herederos dan fianza bastante á los acreedores á responder de sus créditos, lógico es también que caduque el derecho de éstos á promover el juicio de testamentaria, en el cual ya no tienen interes, puesto que su crédito está asegurado. Pero esta fianza, por prescripcion terminante de la Ley, ha de ser independiente de los bienes del finado. La razon de esto es evitar que, si sobre dichos bienes resultan otras responsabilidades, no queden defraudados los derechos de esos acreedores. Ahora, así como los acreedores pueden no promover el juicio, aun teniendo derecho para ello, así pueden también conformarse con fianza sobre los mismos bienes del finado. Lo que la Ley ha querido ha sido evitar que los herederos, en favor de los cuales está este artículo, excluyendo de la promocion del juicio á los acreedores, puedan obligar á esos acreedores á que se conformen con admitir garantías sobre los bienes del testador, porque esto pudiera redundar en perjuicio de esos acreedores.

Prestada la fianza, si sobre ella se suscitase contienda acerca de si es ó no suficiente, se sustanciará por los trámites de los incidentes.

Art. 1041. Será necesario el juicio de testamentaria en

los casos en que el Juez deba prevenirlo de oficio. Estos casos serán:

1º Cuando todos ó algunos de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio.

2º Cuando los herederos, ó cualquiera de ellos, sean menores ó estén incapacitados, á no ser que estén representados por sus padres. (*Ley ant., art. 407.*)

Este artículo, aun cuando tomado del 407 de la Ley anterior, tiene variaciones y supresiones importantes. En cuanto á éstas, ya hemos dicho que se ha suprimido su párrafo 3º que ha pasado á ser el 4º del art. 1038, y que en su virtud ya los acreedores no pueden pedir la prevencion del juicio necesario, sino que tienen derecho á promover el voluntario, si reunen las circunstancias que hemos examinado. Quedan, pues, en este artículo, los dos primeros párrafos de la Ley anterior, pero con algunas modificaciones.

En primer lugar, la antigua Ley decia que era necesario el juicio de testamentaria en los casos que pasaba á determinar, y la que anotamos dice que será necesario el juicio de testamentaria en los casos en que el Juez debe prevenirlo de oficio. De manera que este juicio se caracteriza por la intervencion necesaria del Juez, de oficio, y sin excitacion de parte. Pero como este precepto seria difícil de cumplir si la misma Ley no dijera en qué casos el Juez puede intervenir de esa manera, se completa el artículo diciendo que estos casos serán: 1º cuando todos ó algunos de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio: 2º cuando los herederos, ó cualquiera de ellos, sean menores ó estén incapacitados, á no ser que estén representados por sus padres.

En cuanto á estos casos, la Ley ha hecho modificaciones, con referencia á los de la antigua, tanto de forma como de fondo. Las de forma se reducen á haberse puesto en la moderna Ley "todos ó alguno de los herederos" que la antigua decia solo "los herederos." Sin duda la Ley ha querido alejar toda duda, determinando que basta que un solo heredero esté ausente para que el juicio sea necesario, siempre que concurren otras circunstancias que vamos á examinar. Estas en la antigua Ley eran, que esos herederos ausentes no tuvieran quien los representara legítimamente: pero la Ley moderna ha concretado el pensamiento diciendo que no tengan representante legítimo en el lugar del juicio. Y

en cuanto á los menores é incapacitados la antigua Ley disponia "que se hallasen ausentes ó presentes," disposicion que ha omitido la moderna, diciendo sencillamente "que sean menores ó estén incapacitados," y la antigua Ley decia, "si el testador no hubiera dispuesto lo contrario," y la moderna dice, "á no ser que estén representados por sus padres." Estas son, pues, las variaciones que ha introducido la nueva Ley; y vamos á ocuparnos de cada uno de los dos casos únicos en que el Juez debe prevenir el juicio, y por consecuencia este es necesario.

1º *Cuando todos ó alguno de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio.*—Este caso es idéntico al del art. 961, correspondiente al juicio de ab-intestato, y le abona la misma razon que á éste. Si los herederos ó cualquiera de ellos están ausentes, el Juez deberá practicar todas las diligencias necesarias para la seguridad de los bienes, dar sepultura al cadáver, si los demas herederos ó parientes no lo verifican. Si se sabe el paradero del heredero ó herederos ausentes, el Juez les dará el oportuno aviso de la muerte de la persona que les llama á su herencia, lo que practicará por medio de carta-orden ó de exhorto, siempre que residan en el mismo distrito ó fuera de él, ó por medio de edictos si el paradero fuese ignorado; y si no comparecen seguirá adoptando las demas disposiciones que ordena la Ley, para la seguridad de los bienes. Pero si esos herederos ausentes tienen representante legítimo en el lugar del juicio, el Juez no tendrá ya esa intervencion, y se abstendrá de adoptar medida alguna, como cesara en las que hubiera adoptado luego que se presenten el heredero ó herederos, ya personalmente ó por medio de persona legítimamente autorizada, á no ser que los interesados soliciten esa intervencion.

2º *Cuando los herederos, ó cualquiera de ellos, sean menores ó estén incapacitados, á no ser que estén representados por sus padres.*—Se entiende de estos herederos ya estén ausentes ó presentes, como consignaba la antigua Ley, y que la moderna no ha repetido, por innecesarios, puesto que como estos herederos no se encuentran imposibilitados de comparecer por sí por su ausencia, sino por circunstancias personales, físicas ó morales, de aquí que esa imposibilidad la tengan donde quiera que se encuentren, bien en el lugar del testador, bien en otro distinto.

El fundamento de esta disposicion está en la necesidad de que la

autoridad judicial preste su proteccion en virtud de la alta tutela que el Estado debe ejercer sobre estas personas desamparadas ó desvalidas, á fin de que no sufran perjuicio en sus intereses, y evite cualquiera abuso ó defraudacion que pudiera cometerse.

Este artículo pone una limitacion á la facultad del Juez para prevenir de oficio el juicio necesario de testamentaria: la de que estos menores ó incapacitados estén representados por sus padres. Y entendemos que esta circunstancia se refiere lo mismo á unos que á otros, es decir, lo mismo á los menores que á los incapacitados, entendiéndose por estos últimos á los locos, sordo-mudos, etc. Así, pues, siempre que uno ó más herederos estén constituidos en la menor edad y estén física ó moralmente incapacitados y no tengan padres que los representen, é igualmente el cónyuge sobreviviente y legatario de parte alícuota, si están constituidos en alguna de esas circunstancias, aun cuando los demas herederos lo estén en la mayor edad y presentes en el lugar del juicio, el Juez prevendrá este de oficio, y practicará desde luego todas las diligencias necesarias para la seguridad de los bienes, proveyendo de tutor ó curador á los menores ó incapacitados que no lo tengan, y sustanciará el juicio en la forma que despues examinaremos.

No podemos ménos de elogiar la adiccion que la nueva Ley ha hecho, respecto á la intervencion del padre de esos menores é incapacitados en el juicio, y al alejamiento en tal caso del Juez, porque si éste va solamente á amparar el derecho de esos menores é incapacitados, por mucho interes que ese funcionario tenga en cumplimiento de su deber, en amparar á esas personas, no ha de tenerle mayor que los padres de éstas, y existiendo los padres, justo y conveniente es que salgan los primeros á la defensa de los intereses de sus hijos y los representen legítimamente en el juicio. Dice la Ley únicamente "padres," y al usar esta palabra en plural, pudiera creerse que lo hacia para significar que solo los padres y no las madres tienen este derecho; pero como esa palabra va seguida de menores é incapacitados, de aquí que la Ley haya tenido que usarla en plural; pero desde luego entendemos que se refieren á ambos, y que en defecto de padre tendrán igual derecho las madres, pues éstas tienen hoy la patria potestad á falta de padre; y no otro fundamento que el de la patria potestad, es el que sirve de base al artículo que anotamos; y aun cuando hoy

existe la emancipacion legal por la edad, y á los veinticinco años los hijos salen de la patria potestad, como aquí la Ley al referirse á mayores de edad lo hace en el supuesto de que estén incapacitados, en tales circunstancias esas personas, sea cualquiera su edad, no pueden ejercer derechos por sí propios, necesitan ser representados por otras personas, y seguramente ningunas con más derecho que sus padres, ó en su defecto sus madres.

Aun cuando el número del artículo que anotamos no lo dice, por analogía con el anterior, entendemos que los padres han de estar en el el lugar del juicio: así lo dispone el núm. 1.º de este artículo para los representantes de los ausentes, y para el efecto de la Ley, ausentes son los menores ó incapacitados, puesto que aun estando en el lugar del juicio no pueden por sí comparecer en él.

Art. 1042. En estos casos cualquiera de los Jueces expresados en la regla 5.ª del art. 63 prevendrá el juicio, practicando las diligencias indicadas en dicha regla y en el art. 959. (*Ley ant., art. 412.*)

Este artículo trata de la competencia de los jueces para prevenir el juicio. El artículo de la Ley anterior decía que el Juez del lugar donde ocurriere el fallecimiento prevendría el juicio y remitiría al del domicilio los autos que hubiera formado para que éste los continuase con arreglo á derecho. Prévía la Ley sin duda, que el testador falleciese fuera de su domicilio sin que allí se encontrasen sus herederos ó persona legalmente autorizada para encargarse de los bienes, como se ordena también para los *ab-intestatos*. El artículo que anotamos dice sencillamente que cualquiera de los Jueces expresados en la regla 5.ª del art. 63 prevendrán el juicio, practicando las diligencias indicadas en dicha regla y en el art. 959.

El art. 63 dispone en su regla 5.ª que en los juicios de testamentaria ó *ab-intestato*, será competente el Juez del lugar en que hubiere tenido el finado su último domicilio. Si lo hubiere tenido en país extranjero, será Juez competente el del lugar de su último domicilio en España, ó donde estuviere la mayor parte de sus mayores bienes. No obstará esto á que los Jueces de primera instancia ó municipales del lugar donde alguno falleciere adopten las medidas necesarias para el enterramiento y exequias del difunto, y en su caso á que los mismos Jueces en cuya jurisdiccion tuvieren bienes tomen las me-

didias necesarias para asegurarlos y poner en buena guarda los libros y papeles, remitiendo las diligencias practicadas al Juez á quien corresponda conocer de la testamentaria ó *ab-intestato*, y dejándole expedita su jurisdiccion. Y el art. 959 que el juicio de *ab-intestato* se prevendrá dejando en lugares seguros, cerrados y sellados, los bienes, papeles, libros y efectos susceptibles de sustraccion ú ocultacion, depositando en persona abonada, bajo la responsabilidad del Juez y mediante inventario, aquellos á cuya conservacion 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. Luego segun estos artículos son competentes para conocer del juicio necesario de testamentaria el Juez de primera instancia del lugar donde el finado hubiere tenido su último domicilio; si éste hubiere sido en el extranjero, el del lugar de su último domicilio en España ó donde estuviere la mayor parte de sus bienes, sin perjuicio de que el Juez de primera instancia ó el municipal en su defecto, del lugar del fallecimiento ó del que tenga la mayor parte de los bienes, adopten las medidas necesarias, sin perjuicio de la competencia del Juez del domicilio. Es una disposicion la de este artículo semejante, aun cuando más amplia y determinada, á la de la antigua Ley, y la misma adoptada para los *ab-intestatos* de que ya hemos hablado.

Los comentaristas de la antigua Ley plantearon á este propósito una cuestion á que daba lugar su art. 357 que, al hablar de los casos en que los Jueces de paz podrian practicar las diligencias en los *ab-intestatos*, ordenaba que si no fueren letrados lo harian con acuerdo de asesor. Se dudaba si por analogía habria también en las testamentarias que cumplir con ese requisito. Los Sres. Manresa y Reus resolvieron la duda negativamente, fundados, en primer lugar, en que la Ley no lo preceptuaba en las testamentarias y en que la Ley habia establecido esta diferencia entre éstas y los *ab-intestatos*, en razon á que en las testamentarias las atribuciones conferidas á los Jueces de paz, hoy municipales, están reducidas á la ocupacion de bienes y papeles del finado y á la adopcion de medidas urgentes y á las precauciones necesarias para evitar los abusos, para lo cual basta un regular criterio. Esta opinion que, con arreglo á la antigua Ley, era, en nuestro concepto, la procedente, tiene aun más fuerza en la nueva Ley, que no

habiendo consignado en los ab-intestatos el precepto de la antigua, respecto del asesor del Juez municipal, no hay ya ni la razon de analogía.

*Jurisprudencia.*—Cuándo una persona fallece en reino extranjero y no hay dato alguno que acredite que se domiciliase en el mismo ni ménos que fijase en él su residencia con intencion de perder ó abandonar su domicilio en España, debe presumirse que su ausencia fué accidental, y que su domicilio de derecho continuó en el lugar en que quedó establecida su familia para los efectos de este artículo. (S. de 2 de Agosto de 1866.)

Art. 1043. En el caso primero del art. 1041, luego que comparezcan los parientes, por sí ó por medio de representante legítimo, se les hará entrega de los bienes y efectos pertenecientes al finado, cesando la intervencion judicial, á no ser que la solicitare alguno de los que sean parte legítima para promover el juicio voluntario.

La disposicion de este artículo es la misma que la que consigna el párrafo segundo del art. 961 para la prevencion del ab-intestato, y la razon es idéntica. Si el juicio necesario de testamentaria se promueve por estar ausentes todos ó alguno de los herederos, presentándose éstos, la intervencion del Juez cesa, á no ser que alguno de ellos lo solicitare. El artículo que anotamos ha añadido unas palabras que no tiene el 961. Este dice que continuará el Juez interviniendo, aun presentes los parientes, si alguno de los interesados lo solicita, y el artículo que anotamos, y en la testamentaria esto han de solicitarlo los que sean parte legítima para promover el juicio voluntario: y como éste pueden promoverlo, no solo los herederos ó legatarios de parte alícuota sino tambien el cónyuge sobreviviente y los acreedores que presenten título escrito que justifique cumplidamente su crédito, de aquí que todas estas personas tengan derecho á pedir la continuacion de la intervencion judicial en la testamentaria, aun presentes ya todos los herederos.

El artículo que anotamos se refiere únicamente á los herederos ausentes que no tengan representante legítimo en el lugar del juicio. ¿Estarán comprendidos en esta disposicion los padres de los herederos menores ó incapacitados que representan legítimamente á sus hijos, si esos padres no están en el lugar del juicio cuando se promueve este y despues se presentan en él á nombre de aquellos? Así como hemos dicho

que en nuestra opinion para que el juicio necesario no se prevenga y no intervenga el Juez, en el caso de herederos menores ó incapacitados, es preciso que sus padres estén en el lugar del juicio, por analogía con el núm. 1º del art. 1041, así tambien por analogía entendemos que si los padres de los menores ó incapacitados se personan en el lugar del juicio debe cesar la intervencion judicial si algun interesado no la solicita; esto es, las personas que pueden promover el juicio voluntario.

Art. 1044. Aunque sean menores, ó estén incapacitados los herederos, no se podrá prevenir el juicio necesario de testamentaria cuando el testador lo haya prohibido expresamente.

Si se hubieren incoado las diligencias preventivas á que se refiere el art. 1042, se sobrererà en ellas luego que con la copia del testamento se acredite dicha prohibicion. (*Ley ant.*, art. 407, núm. 2º)

Este artículo tiene una colocacion impropia. Ha debido seguir inmediatamente al núm. 2º del art. 1041, ya por un párrafo aparte, ó ya por otro artículo, pues su precepto no es otra cosa que una excepcion á ese número: así estaba en la Ley anterior y así está el art. 1039, que es otra excepcion del art. 1038, igual á esta. Dispone el núm. 2º del art. 1041 que será necesario el juicio de testamentaria cuando los herederos, ó cualquiera de ellos, sean menores ó estén incapacitados, á no ser que estén representados por sus padres; y el artículo que anotamos que, aunque sean menores ó estén incapacitados los herederos, no se podrá prevenir el juicio necesario de testamentaria cuando el testador lo haya prohibido expresamente. Se ve, pues, que este artículo es una excepcion del núm. 2º del 1041, y que ha debido colocarse inmediatamente á él.

Por lo demas la excepcion es justa y conveniente, y la abonan las mismas razones que á la consignada por el art. 1039 á la disposicion general del 1038, respecto á la promocion del juicio voluntario, y está sancionada tambien por nuestra antigua jurisprudencia. Cuando el testador prohíbe la intervencion judicial, el Juez habrá de abstenerse de prevenir el juicio, respetando la voluntad del testador, porque en verdad que nadie con más derecho ni con más conocimiento de causa que el testador podrá adoptar las medidas necesarias para la conservacion del caudal y

para que llegue íntegro á poder de las personas á quienes ha elegido por sus herederos.

Una duda se suscitó entre los comentaristas de la antigua Ley á propósito de la prohibicion por el testador de la intervencion judicial; la de si dada esta prohibicion de prevenir el juicio necesario de testamentaria podrian promover el voluntario las que sean parte legítima para ello. Los Sres. Manresa y Reus opinaban que respecto al cónyuge sobreviviente, no puede haber dificultad, toda vez que ninguna condicion ni gravámen puede imponerle el testador, y lo mismo en cuanto á los herederos forzosos; y en cuanto á los herederos y legatarios, como para éstos la voluntad del testador es la Ley suprema, y están obligados á cumplir cuantas condiciones les imponga, siempre que no sean imposibles ni contrarias á su naturaleza y buenas costumbres, éstos no podian promover el juicio de testamentaria si el testador se lo prohíbe, sin incurrir en la pena que para este caso las haya impuesto, sino que han de observar para el inventario, avalúo, y division de la herencia las reglas por el testador establecidas, debiendo tenerse presente que la limitacion de que se trata tiene por objeto impedir en las testamentarias la intervencion judicial de oficio, y de consiguiente aun cuando el testador haya nombrado testamentarios ó contadores y haya ordenado que en los autos de su testamentaria no intervenga la autoridad judicial, fuera del caso en que lo haya prohibido expresa y terminantemente á sus herederos voluntarios y legatarios, podrán promover el juicio voluntario los que sean parte legítima.

Con efecto, esa ha sido la intencion del Legislador, como lo demuestra la misma Ley al dar reglas para citar y representar en el juicio voluntario á los herederos menores é incapacitados ó ausentes, lo que significa que se ha previsto el caso de que se trata, pues fuera de él, ó el juicio será voluntario, ó no habrá juicio, por haberlo prohibido el testador, doctrina que está conforme con la sancionada por las disposiciones recopiladas que disponen que "cuando el padre nombra en su testamento contador y partididor extrajudicial y las partes están conformes en que tenga efecto, no debe impedirse por la justicia aun cuando haya menores ó ausentes." Luego si las partes no están conformes con el nombramiento de contadores hecho por el testador, podrán acudir al Juez para todas las operaciones de la particion.

Otra duda á que daba lugar el artículo de la antigua Ley, corres-

pondiente al que anotamos, la ha resuelto el de la moderna, por la excepcion al número 2º del artículo 1041. Se dudaba de si en la disposicion de la Ley de que el juicio fuera necesario cuando los herederos fueran menores ó incapacitados, salvo el caso en que el testador hubiere dispuesto lo contrario, estaba comprendido en la regla general el caso en que los herederos menores ó incapacitados estuvieran bajo la patria potestad.

Los Sres. Manresa y Reus opinaban por la negativa, es decir, porque el caso estaba comprendido en la excepcion y no en la regla general, por más que la Ley no lo habia dicho, en su concepto por innecesario, porque en los autores de la Ley entraria la idea de que no habria Juez alguno que se atreviera á conculcar los sagrados derechos de la patria potestad, y que ni en el terreno legal ni en el de la conveniencia puede ser permitido al Juez prevenir de oficio una testamentaria ó un ab-intestato, sin otra razon que por ser menores ó incapacitados los herederos, cuando éstos se hallen bajo el poder de su padre.

Para probar que en el terreno legal no podia hacerse esto, alegaban las disposiciones de nuestras leyes que tanto confian en el amor paternal y en el celo y obligaciones que naturalmente y por instinto tienen los padres por los intereses y bienestar de sus hijos, que ninguna les impone la obligacion de hacer inventario de los bienes de éstos, de que son administradores y usufructuarios, al paso que impone á los tutores la de hacerlo solemnemente con otorgamiento del Juez y por medio de Escribano público, en términos que si no lo hacen, pueden ser removidos por sospechosos, (ley 15, título 16, Partida 6ª,) y hasta declaran válidas las ventas que el padre hiciere sin decreto judicial de los bienes adventicios del hijo, en el caso de que acepte la herencia ó aquel deje bienes suficientes para indemnizarle (ley 24, tít. 13, Part. 5ª), y las palabras de Gregorio López en su glosa 5ª á dicha ley. *Neque enim absurdum est si patria potestas, quae naturalis est, et primitiva, plus possit quam tutoris potestas*, así como las doctrinas de nuestros expositores de derecho, entre ellos Antonio Gómez, en su comentario á la ley 48 de Toro, Arjona, Castillo, Goyena, Escriche y otros, que todos convienen en que el padre no está obligado á hacer inventario solemne de los bienes adventicios de los hijos que están bajo su patria potestad, y que bastará que hagan una descripcion individual de dichos bienes ante Escribano,

ó en relacion jurada y afirmada por él á presencia de los hijos, si son capaces para ello, ó de dos testigos, pero sin intervencion judicial.

En el terreno de la conveniencia, tampoco la encontraban en que el Juez proceda de oficio á la formacion de inventarios ni á las demas diligencias preventivas del juicio necesario de testamentaria en el caso de que tratamos, ya por la humillacion que resultaria para la dignidad de un padre, á quien la naturaleza y las leyes dan tanta importancia, y lo que se rebajaria ante la sociedad y ante sus propios hijos, si al fallecimiento de su consorte se entrometiera el Juez á ocupar los bienes, libros y papeles de la sociedad conyugal, con el objeto de evitar abusos y fraudes, en perjuicio de los hijos menores, abusos que los padres son los primeros interesados en evitar, y que seguramente no han de causar, y que en su consecuencia falta el fundamento de la Ley para ordenar tal intervencion por parte de la autoridad judicial.

Ante tan poderosas razones, así se venia observando en la práctica, no dando entrada á la autoridad judicial en las testamentarias, aun cuando hubiera menores ó incapacitados, si éstos estaban bajo la potestad de sus padres; y atendiendo sin duda á estas razones la nueva Ley ha convertido en precepto la jurisprudencia, ordenando que no se prevendrá de oficio la testamentaria, aun cuando haya menores, si éstos están representados por sus padres. Y por más que el artículo no dice que estos hijos han de estar bajo la patria potestad, esto creemos que ha querido decir, y esto ha de entenderse, pues no otra cosa quieren decir las palabras "que estén representados por sus padres."

Los Sres. Manresa y Reus hicieron observar oportunamente que no se entienda que esto quiera decir que el padre no debe formar el inventario y particion de bienes de la herencia en que tengan parte sus hijos, sino que el juez no debe prevenir de oficio la testamentaria ó el ab-intestato, cuando los herederos menores ó incapitados están bajo la patria potestad, porque no puede ser más celosa y diligente la autoridad del Juez, que la potestad y cariño del padre; pero que éste faltaria á los deberes y obligaciones que ese mismo cariño le impone, y la autoridad que se le concede le exige, si no formalizara judicial ó extrajudicialmente dichas operaciones, presentándolas en su caso á la aprobacion judicial.

Como las diligencias que en virtud de lo que dispone el art. 1042 tie-

nen carácter de urgencia, y han de practicarse luego que ocurra el fallecimiento, dispone el párrafo segundo del artículo que anotamos, que si se hubieren incoado estas diligencias preventivas, se sobreseerá en ellas luego que con la copia del testamento se acredite dicha prohibicion. Y tal como nosotros hemos explicado ésta, en el testamento deberá constar ademas de ella el nombramiento de contadores-partidores hecho por el testador, pues en otro caso seguirá el Juez interviniendo hasta donde la Ley le permite.

Art. 1045. Cuando el testador haya prohibido la intervencion judicial en su testamentaria, para que esta prohibicion produzca los efectos expresados en el artículo anterior y en el 1039, será necesario que aquel haya nombrado una ó más personas, facultándolas para que con el carácter de albaceas, contadores ó cualquiera otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria.

Este artículo, nuevo en la Ley, viene á sancionar lo que en la práctica se verificaba, apoyada por las prescripciones de nuestras antiguas leyes.

Generalmente los testadores suelen conferir las facultades necesarias al efecto á los albaceas testamentarios ó contadores partidores que al efecto nombran en el testamento, para que extrajudicialmente formen el inventario, avalúo, liquidacion y division de sus bienes, sin intervencion de la autoridad judicial. La Real cédula de 4 de Noviembre de 1791 (ley 10, tít. 21, lib. 11 de la Novísima Recopilacion), explica de esta manera la causa que se tuvo para conceder á los testadores esa facultad. "Con el fin—dice—de evitar que el caudal de los pupilos y huérfanos se disipase en diligencias judiciales y en costas que por lo comun causaban los llamados padres generales de menores, y defensores de ausentes," cuyos oficios, por gravosos se han consumido en muchos pueblos del reino, adoptó el mi consejo el medio de conceder permiso á los testadores para que luego que fallezcan formen los apremios, cuentas y particiones de sus bienes, los albaceas, tutores ó testamentarios que señalen como sugetos imparciales, íntegros y de su total confianza, cumpliendo despues dichos testamentarios con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobacion, y que se protocolicen en los oficios del Juzgado del Juez ante quien se presenten. Consiguiente á estas providencias, y habiéndose promovido expediente