

brar cierto premio de los bienes del testador, cuya cantidad se graduaba segun la práctica y costumbre que habia en el lugar. Los autores disputan sobre si tenian ó no derecho para cobrarla, fuera del caso en que lo hubieran convenido así el testador y su testamentario; mas esta disputa parece terminada del todo por la disposicion de la cédula de 20 de Setiembre de 1786, que previene que los albaceas no puedan pretender pago alguno ni remuneracion por el trabajo que tengan como tales, mediante ser este un cargo piadoso, y de consiguiente gratuito. Mas el albacea dativo podrá cobrar, segun la práctica, como administrador ó apoderado.

DE LOS COMUNICADOS SECRETOS.—A veces sucede que el testador, ya sea porque quiere hacer alguna restitution, ó porque desea auxiliar despues de su muerte la sucesion que tuvo envuelta en profundo misterio y que quiere siga así, para no levantar un velo que debe estar corrido, ni despertar la guerra doméstica que pudiera encenderse entre los herederos legítimos y los parientes naturales del mismo testador; á veces sucede, repito, que este último encomienda en rigoroso secreto á su confesor el reparto de cierta suma de dinero que le entregará el albacea; ó encomienda el reparto al mismo albacea, dejándole instrucciones de palabra ó por escrito, á las que comunmente se llama *comunicados secretos*.

Hay disputa en el foro sobre si estos comunicados secretos deban manifestarse al juez que conoce de los inventarios, para que este vea que se ha cumplido tambien en esta parte con lo prevenido por el testador, ó si ni al juez se le deben confiar, sino que se entierren, digamos así, en el seno de la persona á quien el testador los confió en tan solemne momento, como es el de la muerte. Mientras no exista una disposicion terminante sobre este punto, la equidad y aun la justicia exigen lo segundo, por varias razones:

1ª Porque el dinero que deja el testador para los comunicados secretos, no puede sino salir del quinto de sus bienes cuando tiene herederos forzosos, descendientes, ó del tercio si solo tiene ascendientes, y en este caso bien puede disponer hasta de esta suma aun en favor de extraños, no habiendo por lo mismo inconveniente en que de cantidades que puede emplear con libertad el testador, tome una parte ó las entregue

íntegras al albacea ó confesor, para los encargos especiales y reservados que les haga.

2ª Porque aun cuando la comision de los comunicados secretos esté expuesta á abusos por parte de los albaceas encargados de cumplirla, que no están en obligacion de rendir cuentas de ella, basta que el testador haya dádoles toda su confianza; y quiere decir que si no corresponden á ella, tendrán una responsabilidad moral de gran peso.

3ª Porque aun cuando la ley previene que el confesor en la última enfermedad del testador no pueda heredar á este, la entrega del dinero que se hace á un confesor encargado de ciertos comunicados secretos, no es ciertamente por via de herencia, sino para hacer restitutiones ó pagos cuyo secreto resguarda la honra y el buen nombre del testador.

4ª Porque, en general, la costumbre de los comunicados secretos es un recurso que favorece la tranquilidad de conciencia de los testadores, sin ponerlos en el compromiso, ó de revelar al público secretos que pueden ser terribles para las familias, ó de callarlos por no sumir á sus hijos en un caos de pesares, ó amargarles el recuerdo de su padre con alguna falta que le rebajara en su concepto y reputacion. De manera que el uso de los comunicados secretos favorece la moral del hombre, lejos de perjudicarla.

Y 5ª Porque los inconvenientes que pudieran sobrevenir de los abusos en los comunicados secretos, son de mucha menor trascendencia que el peligro en que se pondria la conciencia y moralidad de los testadores si no tuvieran ese recurso para ocultar sus descarríos ó errores.

La ley de 10 de Agosto de 1857 dice (art. 20) sobre comunicados secretos, lo siguiente:

«En todo caso en que se dejen comunicados secretos, sea de palabra ó por escrito, tendrán los albaceas obligacion de darlos á conocer al juez de la testamentaria y al defensor fiscal, en el Distrito, ó á los promotores fiscales, ó los que hagan sus veces, en los Estados, con la reserva debida y antes de que se aprueben los inventarios; para que así pueda saberse si dichos comunicados son ó no contrarios á las leyes. En el primer caso impedirán dichos funcionarios su cumplimiento, y en el segundo cuidarán de que no lo tengan, haciendo que

esto se les acredite suficientemente. El albacea que no cumpla con estas prevenciones, pagará de su propio peculio una multa igual al 25 p^o del monto de los comunicados secretos.»

Habiendo ya hablado de todo lo relativo á la teórica y parte de la práctica de testamentos, pasemos ahora á tratar de los juicios que se ofrecen en las testamentarías.

CAPÍTULO II.

¿QUIÉN ES EL JUEZ COMPETENTE EN LOS JUICIOS DE TESTAMENTARIAS?

El conocimiento de los juicios que se ofrezcan sobre testamentarías, corresponde al juez ordinario del lugar en que murió el testador, ó de aquel en que estuviere la mayor parte de sus bienes. Los tribunales eclesiásticos están inhibidos para mezclarse en ningun caso en la nulidad de testamentos, juicios de inventarios, secuestro ó administración de bienes, aun cuando el testador, albacea ó heredero sean eclesiásticos. (Cédula de 13 de Junio de 1775.)

El conocimiento de las testamentarías de los militares corresponde asimismo al juez ordinario, pues así se mandó por el art. 4^o de la ley de 15 de Setiembre de 1823, que se declaró vigente por el decreto de 28 de Setiembre de 1848.

Téngase presente que los jueces deben dar parte á la primera autoridad política del lugar, al agente de instrucción pública, y al defensor fiscal ó al que haga sus veces, luego que se radique en los juzgados alguna testamentaria, para el pago del tanto por ciento al fisco y legado forzoso de bibliotecas públicas, segun lo prevenido en las leyes de 18 de Agosto de 1843, 14 de Julio de 1844, 10 de Agosto de 1857, y 18 de Mayo de 1859. Mas adelante diremos cómo se dan estos avisos, y véase lo dicho en la pág. 351 de esta obra.

CAPÍTULO III.

DE QUÉ MANERA SE PIDE LA APERTURA DE UN TESTAMENTO.

Cualquiera de los interesados que tenga el testamento cerrado, ó que sepa en poder de quién pára, y quiera la apertura

del él, se presentará ante el juez ordinario del lugar en que falleció el testador ó en que está la mayor parte de sus bienes, con un escrito concebido en estos términos:

Señor juez tantos, etc.: Fulano de tal, ante usted, como mas haya lugar en derecho y salvas las protestas oportunas, digo: que D. N., vecino de esta ciudad, murió aquí en tal dia, segun consta de la partida de entierro que debidamente acompaño, bajo el testamento cerrado que va unido en forma á esta demanda (ó que pára en poder de D. Mengano); y teniendo yo interés en que se cumpla lo que el difunto haya ordenado en dicho testamento, á usted suplico que habiendo por presentados ambos documentos, se abra el pliego cerrado, con las solemnidades legales, y que reduciéndose á escritura pública, examinados que sean los testigos, se dé á los interesados el testimonio que pidan y les corresponda. Por tanto,

A usted suplico, etc.

El juez provee: «Por presentado con los documentos que acompaña: cítese á los testigos que se mencionan, y con lo que dijeren se proveerá.»

Citados los testigos, comparecerán ante el juez y declararán precisamente que saben que el testador ha muerto, porque lo vieron ó lo han oído decir; que el pliego cerrado que se les enseña es el mismo que les presentó el testador, diciéndoles estar allí contenida su última voluntad; y que la firma que se les enseña y que dice «Fulano de tal,» es la misma que usaba el declarante para todos sus negocios, y que la puso de su puño y letra en union de los demas testigos que allí firmaron.

Si los testigos están ausentes ó han muerto, se abonarán sus firmas por medio de otros dos testigos mayores de toda excepcion, que digan ser la firma que se les enseña la misma del ausente ó muerto, y la que usa ó usaba para todos sus negocios.

Verificado esto, el juez provee: «Vistas estas diligencias, cítese á los testigos para la mañana de tal dia.»

En la junta citada el juez abre el testamento en presencia de los interesados y del escribano, lo lee primero para sí, y si ve que no tiene ninguna disposicion secreta, lo da al escribano para que lo publique, levantándose de todo esto una acta.

En seguida decreta el juez: «Vistas las anteriores diligen-

cias, se declara ser última voluntad testamentaria de D. Fulano de tal, la que en tantas fojas aparece, abierto el pliego presentado por D. N.: publíquese en consecuencia, escribiéndose en el protocolo del actuario: dénse á los interesados los testimonios que correspondan, y dése parte de esta testamentaria á la primera autoridad política, al defensor fiscal ó á quien haga sus veces, y al agente de instruccion pública.» (Véase lo que diré mas adelante al hablar de la presentacion del testamento abierto.)

CAPÍTULO IV.

DE CÓMO SE PIDE QUE SE ELEVE Á TESTAMENTO NUNCUPATIVO UNA SIMPLE MEMORIA TESTAMENTARIA.

Cualquiera de los interesados presenta al juez un escrito que dirá poco mas ó menos:

Señor juez tantos, etc.: Fulano de tal, ante usted, salvas las protestas oportunas, y como mejor proceda, digo: Que Don N., de esta vecindad, estando enfermo, pensó hacer testamento con arreglo á los apuntes que debidamente acompaño, cuyos apuntes fueron extendidos por Don Mengano, en presencia de D. S. y de D. X. (otros dos testigos por lo menos) que se hallaban allí presentes.

Atendida la gravedad que invadió repentinamente al enfermo, se procedió en el acto á buscar escribano; pero ya no hubo tiempo para ello, porque antes que este fuera hallado, murió aquel.

Estas circunstancias referidas prueban que Don Fulano manifestó su última voluntad de un modo claro y decisivo ante los tres testigos mencionados, únicos que pudieron estar presentes en aquellas circunstancias, los cuales son vecinos de este lugar, hábiles y bastantes en derecho, cuando otra cosa no se puede, como en el caso, para testificar esa última voluntad.

En tal virtud, pido á usted, que siendo examinados los referidos testigos D. X., D. P. y D. S., sobre si es cierto que hallándose juntos á la cabecera del enfermo D. Fulano de tal, dictó este el contenido de los apuntes que se acompañan, en un acto indivisible cuyos apuntes se les leerán y darán á conocer; y diciendo ellos que dichos apuntes están conformes con lo que oyeron de boca del enfermo, y que este dijo que aquella era su última voluntad; declarando asimismo sobre la imposibilidad de encontrar escribano que autorizara

el acto, y sobre la muerte del testador, que se acredita ademas por la partida de entierro que va unida á este escrito; hecho esto, repito, y estando los testigos conformes, á usted pido que se eleven á formal testamento nuncupativo las memorias testamentarias de D. Fulano de tal, y que protocolizándolas el escribano, se den los testimonios correspondientes. Por tanto,

A usted suplico.

Es de observarse respecto de esta demanda, que como las leyes quieren, y con razon, que los testamentos tengan las mayores solemnidades posibles, es preciso que conste no haberse podido hallar escribano, y que tampoco pudieron ser habidos mas que tres testigos ó los que sean, con tal que no sean menos de tres, y que sean vecinos del lugar, pues así lo exige la ley 4, tít. 2, P. 6. Sucede tambien que á veces el testador no dejó ni apuntes, sino que dijo de palabra delante de tres testigos cuando menos, y que sean vecinos del lugar, su última disposicion testamentaria, y en este caso tambien puede pedirse por medio de un escrito semejante al anterior, que aquella disposicion no escrita se eleve á testamento nuncupativo y formal, en virtud de la ley citada.

El juez provee al escrito anterior:

Por presentado con los documentos que se acompañan. Recíbanse las declaraciones á los testigos, y dése cuenta.

Se notifica el auto al que presentó el escrito, y se examinan los testigos por el juez, haciéndoles las mismas preguntas que se indican en el escrito; y estando conformes, y no habiendo oposicion por parte de alguno otro que se crea heredero, ó por parte del defensor (si se nombró alguno) el juez provee:

Vistas las anteriores diligencias, se declara por última disposicion testamentaria de Don Fulano de tal, con arreglo á la ley 4, tít. 2, P. 6, la hecha en apuntes por él mismo (ó la dicha de palabra) en presencia de los testigos D. N., D. B. y D. V., quienes tienen los requisitos legales, elevándose dicha memoria á testamento nuncupativo y formal, y condenándose á los interesados á estar y pasar por él ahora y en todo tiempo, para lo que interpone el presente juez su autoridad y judicial decreto, en cuanto ha lugar por derecho. En consecuencia, protocolícese dicha memoria por el actuario, dénse á los interesados los testimonios correspondientes, y dénse los

avisos que previenen las leyes, á la primera autoridad política, al señor defensor fiscal y al agente de instruccion pública. (Véase lo que digo adelante al hablar de la presentacion del testamento abierto.)

Pero si hubo oposicion para que se elevara á formal testamento nuncupativo la memoria testamentaria, y dicha oposicion fué hecha por parte de algun interesado, se ventilará la dicha oposicion en via ordinaria, y citadas las partes luego que estén conclusos los autos, fallará el juez lo conveniente. Otras veces sucede que no hay oposicion, sino que el heredero ó el defensor piden la práctica de algunas diligencias para mejor asegurar la verdad, y entonces se mandarán practicar por el juez las diligencias pedidas, siendo ellas oportunas, y conclusos los autos, cita el juez á sentencia y resuelve lo conveniente.

CAPÍTULO V.

QUÉ DILIGENCIAS DEBERÁN PRACTICARSE PRIMERAMENTE EN LAS SUCESIONES INTESTADAS.—DE LOS INVENTARIOS SOLEMNES.

Hemos visto ya los primeros trámites que tienen lugar cuando ha habido testamento cerrado para su apertura ó formalizacion, y ahora nos toca examinar las primeras diligencias que tendrán lugar cuando no ha habido testamento.

Sabedor el juez por denuncia ó de algun otro modo, de que álguien ha muerto sin testamento, dejando bienes y sin herederos notorios, debe proveer auto mandando se aseguren los bienes y papeles, sellándose las puertas, cajones, roperos, etc., y se recojan las llaves; se dé fé de estar muerto y se reciba informacion sobre la identidad del difunto. Si la muerte fué repentina, debe ademas mandar que reconozcan el cadáver un médico y un cirujano, para que digan si fué ó no natural la causa de la muerte.

Practicadas estas diligencias, se provee auto mandando dar sepultura al cadáver, cuyo acto se certifica por el escribano, si la muerte no fué natural. Despues nombrará el juez (si no hay parientes ó no estan allí) defensor á la herencia yacente, y se procederá á la formacion de los inventarios, levántán-

dose sucesivamente los sellos despues de asegurarse de su inviolabilidad, y asentarla por diligencia, así como la fractura de ellos, poniendo los bienes en depósito á contento del defensor.

No habiendo hijos ni herederos forzosos, se fijan edictos y se despachan exhortos para el pueblo de donde fué originario el difunto, y para los otros en que hubiese residido, llamando á sus herederos y acreedores con término perentorio.

Pretendiendo alguno la herencia, se presentará denunciando el intestado y pidiéndola, probando su parentesco con las partidas de bautismo, casamiento, cláusulas de testamento y demas documentos conducentes ú ofreciendo, á falta de ellos, informacion de testigos. De esta pretension y sus pruebas, se dará traslado al defensor ó albacea dativo que se nombrará ante todo, quien se conformará ó lo repugnará, segun le parezca; y oidas una y otra parte, declarará el juez al pretendiente por heredero ab-intestato mandando que, previa la aceptacion de la herencia y el juicio respectivo de inventarios, se le entreguen los bienes con la obligacion de hacer por el alma del difunto los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, y de dar cuenta al juez de haberlo practicado. (Véanse los párrafos 7, 8 y 9 de la Instruccion inserta en la ley 6, tít. 22, lib. 10 de la N.)

La ley de 10 de Agosto de 1857 previene lo siguiente en su art. 12:

«En los intestados se nombrará tambien administrador (que no podrá serlo el defensor de los bienes) con las mismas formalidades y obligaciones que se han dicho cuando hay nulidad de testamento. Y tanto el administrador como el defensor, cesarán en su encargo en el momento en que se declare quiénes son los herederos ab-intestato. El denunciante, si lo hubiere, no podrá ser defensor ni administrador.»

Digamos algo sobre los inventarios solemnes.

Se llaman inventarios los registros que se forman para saber á punto fijo los bienes que dejó el testador. El objeto principal de los inventarios consiste en que se repartan exactamente todos los bienes del testador sin que haya ocultacion de ninguna clase, pues si algun interesado advierte que la hay, puede presentarse ante el juez ordinario contra el ocultador, y

el descubrimiento de la ocultacion se seguirá en juicio ordinario.

Los inventarios pueden considerarse tambien como un beneficio concedido al heredero, pues cuando este admite la herencia expresando que usará del beneficio de inventarios, como hemos dicho ya antes, no está obligado á pagar mas allá de lo que alcancen los bienes, y deducida la cuarta falcidia, que es otro beneficio. (LL. 5 y 6, tít. 6, P. 6.)

En la práctica no es preciso que se exprese terminantemente la condicion de usar el heredero del beneficio de inventarios, pues basta que pida su formacion para que se entienda.

Los inventarios son solemnes ó extrajudiciales. Hablaremos aquí de los primeros, y reservaremos el capítulo siguiente para los segundos.

Los inventarios solemnes son los que se hacen observando las solemnidades prescritas por el derecho. Los inventarios se deben hacer en el lugar del domicilio del difunto; y si tenia dos, en aquel en que falleció; y si murió fuera de ambos, en cualquiera de ellos á prevención. (Tapia, Febr. Nov., tom. 6, tít. 1, cap. 1, núms. 3 y 4.) El conocimiento en los juicios de inventarios corresponde al juez secular ordinario, por las razones que dimos en el capítulo segundo de esta seccion.

Antiguamente todos los inventarios eran solemnes; pero con el tiempo se introdujo la costumbre de hacerlos extrajudicialmente con la aprobacion legal posterior, en virtud de una real cédula que veremos despues. Hoy, los inventarios solemnes no tienen lugar mas que en el caso de morir una persona abintestato, sin dejar herederos forzosos en el lugar, segun lo que queda dicho.

Puede haber tambien inventarios solemnes á petición de parte, y entonces las solemnidades son las siguientes:

La viuda ó cualquiera de los interesados presenta escrito al juez con expresion del fallecimiento del testador, hijos y herederos instituidos, remitiéndose al testamento que debe acompañarse, pidiendo se proceda á la formacion de inventarios y avalúo de los bienes, y designando los peritos que tuviere á bien, si no los hay nombrados. Si es menor alguno de los hijos, por medio de un otrosí se pide que se le nombre curador, si el padre no le nombró tutor, en cuyo caso solo pide

que se le discierna el cargo. El juez provee de conformidad, previniendo se cite á los interesados, y nombrando curador al menor, si es pupilo, ó mandando que lo nombre por sí mismo, si ha salido de la edad pupilar; y que se notifique al nombrado para que acepte, jure y dé fianza. Hecho esto se le discierne el cargo, y en seguida se notifica á los interesados este auto y el nombramiento de peritos, los que (si no hay contradiccion) juran el fiel cumplimiento.

Si alguno de los interesados está ausente, se le cita por medio de exhorto para la formacion de los inventarios, que habrán de comenzarse dentro de treinta dias; aperebiéndole de que, pasado el término, se seguirán y le pararán perjuicio no compareciendo por sí ó por apoderado. No sabiéndose dónde está, se le cita por medio de avisos en los periódicos, y se le nombra defensor, que es un curador *ad litem*.

Despues se da principio al inventario, notándolo por dias, con expresion de la hora en que se interrumpe en cada uno, listando los bienes y valuándolos, si se quiere al mismo tiempo; y se dejarán en depósito á la viuda ó hijos que vivieren en la casa, ó á la persona que designaren los interesados. Concluido el inventario, el que lo formó hace el juramento y protesta de ser aquellos todos los bienes, y de agregar los que de nuevo hallare; y con él lo firmarán los testigos, peritos y escribano, supliéndose la firma del perito que no sepa, por otro á su nombre.

Se exigen ademas como requisitos para el inventario solemne: que se haga ante juez y escribano, bien que la asistencia del juez no es corriente sino cuando hay numerario y alhajas preciosas; que se inventarién todos los bienes del difunto, con inclusion de deudas activas y pasivas, cosas litigiosas y demas; que se exprese el dia, mes y año en que se empieza y acaba; que asistan á su formacion tres testigos vecinos del lugar y que conozcan al heredero; que firme el que lo hace, y no sabiendo lo hará un escribano por él, aunque esto no se practica; y que se empiece y acabe dentro del término legal.

Los inventarios, sean solemnes ó extrajudiciales, se han de comenzar dentro de los treinta dias siguientes al de la muerte del testador, y lo comun es que se comiencen despues de los

nueve dias de su fallecimiento. (Febr. Nov. de Tap., tom. 6, tít. 1, cap. 2, núm. 1.) Es de advertir que los herederos del que murió intestado pueden pedir que la formacion de inventarios se haga por memorias extrajudiciales.

CAPÍTULO VI.

DE LA PRESENTACION DEL TESTAMENTO ABIERTO, Y DE LOS INVENTARIOS SIMPLES Ó POR MEMORIAS EXTRAJUDICIALES.

Por la cédula de 4 de Noviembre de 1791 (L. 10, tít. 21, lib. 10 de la N.) se mandó fuese extensivo y sirviese de regla general el modo adoptado por el consejo, de conceder permiso á los testadores para que luego que fallezcan, los tutores, albaceas ó testamentarios que señalen, formen los aprecios, cuentas y particiones de los bienes de aquellos, como sujetos imparciales, íntegros y de toda su confianza, cumpliendo despues estos con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobacion, y que se protocolicen en los oficios del juzgado ante quien se presenten, cuya disposicion se extendió á las testamentarias de los individuos del ejército y demas que gozan el fuero de guerra, por la cédula de 18 de Mayo de 1795. (L. 11, tít. 21, lib. 10 de la N.)

Supuesta la citada determinacion, y en los casos en que no deba procederse por inventario solemne, el albacea ó los herederos presentan un escrito al juez, pidiéndole licencia para la formacion de los inventarios por memorias simples ó extrajudiciales. El escrito dice poco mas ó menos:

Señor juez tantos, etc.: Fulano de tal, ante usted, como mejor proceda y salvas las protestas oportunas, digo: que D. Mengano falleció en esta ciudad, en tal fecha, segun consta de la partida de entierro que va adjunta á este escrito, bajo el testamento que debidamente acompaño (ó que corre en autos, ó que se declaró nuncupativo, de simple memoria que era)—ó sin dejar hecho testamento—y conviniendo á la testamentaria de dicho D. Mengano el que se formen los inventarios de sus bienes de la manera mas sencilla, á usted pido se sirva concederme licencia para la formacion de dichos inventarios por memorias simples ó extrajudiciales, on el concepto de que

luego que se terminen, serán presentados para su judicial aprobacion. Por tanto,

A usted suplico, etc.

El juez provee:

Por presentado con los documentos que acompaña. Se ha por radicada en este juzgado la testamentaria, ó el intestado, de D. Fulano, lo que se participará á la primera autoridad política de este departamento (canton, ó lo que sea), á la Instruccion pública y al señor defensor fiscal (si lo hubiere en el lugar), con cuya previa citacion se concede al albacea la licencia que solicita para la formacion de inventarios por memorias extrajudiciales, con la calidad de presentarlas para su legal aprobacion; y cítese en consecuencia á los interesados, á la formacion de dichos inventarios.

El escribano pondrá los oficios respectivos á la autoridad política, agente de instruccion pública y defensor fiscal, y cuyos oficios dirán poco mas ó menos:

Juzgado tantos, etc. En esta fecha queda radicada en este juzgado de mi cargo, y en el oficio público de D. Fulano (el escribano) la testamentaria, ó el intestado, de D. N. Lo que comunico á V. E., (ó V. S., ó el tratamiento respectivo) en cumplimiento de la ley de la materia, esperando se sirva contestarme de enterado, y sirviéndose aceptar al mismo tiempo las protestas de mi consideracion, etc.

El lugar y la fecha.

Firma del juez.—Sr. etc.

El escribano agregará á los autos, copias simples de estos oficios, asentando por diligencia haberlos enviado, y agregará igualmente las contestaciones que á ellos recaigan. (Véase lo dicho en la página 366 de esta obra.)

Procede entonces el que pidió la licencia á formar los inventarios, para lo cual llamará peritos que avalúen los bienes, y si los bienes están en diversos puntos, se nombrarán por medio de exhorto los peritos necesarios, debiendo ratificar todas sus firmas, tambien por medio de exhorto, cuando estén ausentes los referidos peritos.

Hechos los inventarios, presentará el que pidió la licencia un escrito concebido en estos términos:

Señor juez tantos, etc. Fulano de tal, ante usted, por el ocurso que mas haya lugar en derecho, y salvas las protestas oportunas, di-

go: que en tal fecha pedí licencia para la formación de los inventarios á bienes de la testamentaria de D. Mengano, procediendo en ellos por memorias simples ó extrajudiciales; y habiéndome concedido dicha licencia, he formado los inventarios, y los presento ahora en tantas fojas, suplicando á usted se sirva darles la debida aprobación, condenando á los interesados á estar y pasar por ellos ahora y en todo tiempo, y que hecho esto se me devuelvan para formar la cuenta de albaceazgo (si es que no la acompaña á los inventarios, pues bien pudiera hacerlo). Por tanto,

A usted suplico, etc.

El juez provee:

Por presentado con los documentos que se acompañan. Córrase traslado á los interesados por el término de tres días.

Si los interesados están conformes con los inventarios, pueden renunciar el traslado al hacerseles la notificación, ó manifestar su conformidad por medio de un escrito; pero si no están conformes, harán los reparos que crean oportunos, y de ellos se correrá traslado al que formó los inventarios.

Si el albacea hizo los inventarios y no acompañó á ellos la cuenta de albaceazgo, se le devolverán los repetidos inventarios luego que estén conformes los interesados; y presentada despues la referida cuenta, se correrá traslado de ella á los mismos interesados, y si objetan algo se hará saber al albacea para que conteste.

Arregladas las desavenencias que hubiere habido, y estando ya conformes todos los interesados con los dichos inventarios, provee el juez autos citadas las partes, y pronunciará definitiva dentro de ocho días, aprobando los inventarios en esta forma:

Vistos con las memorias extrajudiciales presentadas por la parte del albacea (heredero ó lo que fuere), de consentimiento de los interesados se aprueban estas, elevándolas á formales y jurídicos inventarios, para lo cual interpone el presente juez la autoridad de su oficio y judicial decreto, cuanto ha lugar por derecho, condenando á las partes á estar y pasar por ellos ahora y en todo tiempo, y dándose á los interesados los testimonios correspondientes. Así definitivamente juzgando, etc.

Si el testador no nombró partidor de sus bienes en el testamento, ó no hizo él mismo esa particion, se hará en dicha

sentencia prevencion á los interesados para que nombren la persona que les parezca bien, y harán el nombramiento al hacerseles la notificación del auto.

CAPÍTULO VII.

DE LA PARTICION DE LA HERENCIA.

Particion de herencia es la division y distribución que se hace de los bienes hereditarios entre los co-herederos, dando á cada uno la parte que le corresponde segun la voluntad del difunto, ó en su defecto, con arreglo á lo dispuesto por las leyes. (L. 1, tít. 15, P. 6.)

La particion se puede hacer judicial ó extrajudicialmente. Se hace judicialmente cuando por ausencia, menor edad ó incapacidad de algun heredero, se requiere la vigilancia ó intervencion del juez, á fin de evitar perjuicios á los que personalmente no pueden evitarlos. Se hace extrajudicialmente ó sin intervencion del juez, en los casos siguientes:

1º Cuando los herederos son mayores de veinticinco años, pues entonces pueden hacer por sí propios la particion, reduciéndola ó no á escritura pública, segun les parezca. (LL. 3, tít. 4, lib. 3, F. R., y 1 y 2, tít. 1, lib. 10, F. J.)

2º Cuando el testador, dejando algun hijo menor de edad, nombra tutor que no sea partícipe en la herencia, ú otras personas de confianza, á quienes da facultad para hacer el inventario, la tasacion y particion, sin acudir al juez para otra cosa mas que para la aprobacion de las diligencias practicadas. (L. 10 y nota 10, tít. 20, lib. 10, N. R.)

3º Cuando el testador dejare hecha la particion, la cual será válida, bien que si perjudicare á los herederos descendientes ó ascendientes en su legítima, habrá de suplirse ó completarse la falta que haya en esta. (L. 9, tít. 15, P. 6.)

Pueden pedir la particion:

1º Todos y cada uno de los herederos ó partícipes en la herencia del difunto, que sean mayores de veinticinco años, y tengan capacidad legal para administrar sus bienes. (L. 2, tít. 15, P. 6.)

2º Por los menores ó incapaces, como dementes, fátuos, etc., sus curadores ó defensores, debiendo nombrárseles al efecto, si no los tuvieren.

3º La viuda del difunto, aunque no sea heredera, para que se le satisfagan sus gananciales y demas derechos que le pertenezcan.

4º El que pretenda ser partícipe ó heredero, con tal que posea la herencia, pues si no la posee y se le niega la calidad de partícipe ó co-heredero, no será admitido al juicio divisorio sino despues que se le haya declarado heredero en juicio ordinario.

5º El extraño que antes de la division hubiese comprado de alguno de los herederos la parte que le correspondia de la herencia, porque mediante la venta se le transmitieron todas las acciones que tenia el vendedor.

6º El fisco, cuando por delito de algun heredero recayó en aquel la parte á que tenia derecho; cuando alguno de los herederos se hallare ausente, pueden los presentes pedir la particion; pero el juez debe darle traslado de la pretension de estos con el término competente para que exponga lo que le convenga.

Si los herederos presentes no hicieron mencion del ausente, ó se ignorase que existia, y se hiciere la particion sin contar con él ó su defensor, no valdrá en cuanto al mismo, ni por consiguiente podrá perjudicarle; pero será válido con respecto á los presentes, los cuales deberán dar al ausente, cuando parezca, la parte que le corresponda.

La particion ha de pedirse ante el juez del territorio en que estuvieren situados los bienes de la herencia; pero si el juez del lugar donde estuvo domiciliado el difunto y á quien corresponde el conocimiento del inventario, hubiere intervenido en este, á él debe pedirse la particion, como perteneciente al mismo negocio. (LL. 32, tít. 3, P. 3 y 1 al medio, tít. 6 y 10, tít. 15, P. 6.)

La accion con que se pide la division de la herencia, llamada por los romanos *familiæ erciscundæ*, es mixta, esto es, real y personal; es real en cuanto tiene por objeto efectuar la particion de comunes, y es personal en razon de las prestaciones ó indemnizaciones personales que se exigen por hecho, daños

ó gastos; pues si alguno de los herederos percibe ó luera algo al fondo comun, debe dar la correspondiente parte á los demas; si por su culpa ó negligencia se irroga algun daño á los bienes hereditarios, debe resarcirlos; y si hace algunos gastos útiles á dichos bienes, debe ser reintegrado por los co-herederos.

CAPÍTULO VIII.

DE LO QUE DEBE TENER PRESENTE EL PARTIDOR DE LA HERENCIA.

Inventariados y tasados los bienes, es preciso hacer en seguida la liquidacion de ellos para averiguar lo que pertenece á cada uno de los consortes, si el difunto era casado, ya por el fondo ó capital que respectivamente pusieron en la sociedad conyugal, ya en razon de los gananciales ú otro derecho, y repartir y adjudicar luego á cada heredero lo que le correspondia de los bienes líquidos de la herencia. A este efecto se pasan los autos á los contadores partidores, ya sea el judicial ó ya el designado por las partes ó el testador. El partidor debe tener presente todo lo que dejamos dicho sobre mejoras y legados, y tambien los derechos que corresponden al cónyuge que sobrevive si lo hay, y son los siguientes:

Al cónyuge viudo han concedido las leyes cierto derecho á los bienes de su cónyuge, y al mismo tiempo le han impuesto ciertas obligaciones que ha parecido conveniente reunir y explicar aquí.

Tiene derecho el cónyuge que sobrevive, á la mitad de los bienes gananciales habidos durante el matrimonio. Este derecho se funda en la sociedad ó *compañía legal* que hay entre los casados, como efecto civil del matrimonio. (Todo el tít. 9, lib. 5, R., ó 4, lib. 10, N.) No tiene lugar en el caso de divorcio, pues el cónyuge que dió motivo á él, pierde el derecho á los gananciales; tampoco en el de apostasía de cualquiera de ellos, y aunque por derecho antiguo se perdía por el delito de traicion, abolida por el nuestro constitucional la pena de confiscacion que le era consiguiente, y causa de aquella pérdida, subsiste el derecho. Tambien lo pierde á favor de los

herederos de su marido la viuda que vive deshonestamente. (L. 5 del mismo.)

No se reputan bienes gananciales los que tenían los cónyuges antes del matrimonio, los cuales quedan propios de aquel de quien eran (L. 4, tít. 9, lib. 5, R., 6 3, tít. 4, lib. 10, N.), ni las herencias y donaciones que se hicieron á alguno de ellos (L. 5 de d. tít.), aunque las remuneratorias, si lo son de servicio hecho por los dos, en opinion de algunos autores (Gutier. quest. prac. 119, y García de conjug. n. 125), pertenecen á la compañía; ni por último, los bienes castrenses ó cuasi-castrenses, si no es que sean ganados á costa de ambos (LL. 3 y 5, tít. 9, lib. 5, R.; 6 2 y 5, tít. 4, lib. 10, N.); mas todos los demas que cualquiera de los cónyuges adquiriere por otro título con su trabajo ó industria, son y se reputan gananciales (L. 2), los mismo que los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de los de uno solo, de modo que si á este le dejan una herencia, será de él solo; pero los frutos de ella serán comunes, de donde infieren algunos intérpretes que lo que gana el marido como juez, abogado ó médico, es comun y se reputa por gananciales. Son tales tambien los frutos pendientes al tiempo de disolverse la compañía; pero con la distincion de que en los árboles y viñas es menester que hayan aparecido, mas nó en los sembrados, en los cuales entran los gastos hechos en su beneficio. (L. 10, tít. 4, lib. 3, Fuero Real.) Las mejoras ó aumentos de los bienes de cualquiera de ellos, si han provenido de la industria ó del trabajo, pertenecen á la compañía; mas no si son obra del tiempo. Esta doctrina de las mejoras, en opinion de Febrero (Feb., lib. 1, cap. 4, § 3, n. 75), se entiende solo en cuanto á lo gastado en hacerla, y de en cuanto al mayor valor de la finca, y no tiene lugar en los bienes amayorzgados. (Sala, lib. 1, tít. 4, n. 19.) Si uno de los cónyuges adquiere algo por derecho de retracto, la cosa será solo de él; pero el otro tendrá derecho á la mitad del precio que costó. (Gom. en la ley 70 de Toro, n. 28.) Lo mismo debe decirse de la cosa permutada, respecto de la cual solo tendrá el otro derecho á la mitad de los guantes, vueltas ó ribete, si lo hubo. Si se comprare alguna cosa con dinero de uno solo, la cosa será comun, y el comprador podrá sacar su

precio del cúmulo de gananciales. (L. 11, tít. 4, lib. 3 del Fuero Real.)

Antes de aplicar al cónyuge que sobrevive la mitad que de ellos le corresponde, deben pagarse las deudas que sean de la compañía; y por eso la mujer que renuncia su derecho á ella, queda libre de pagar parte alguna de las que hubiere contraído su marido durante el matrimonio. (L. 9, tít. 9, lib. 5, Rec., 6 9, tít. 4, lib. 10, N.) Se reputan como deudas de la compañía la dote de las hijas, y las donaciones *propter nuptias* á los hijos, pues es carga del matrimonio y deben sacarse de los gananciales, ya sea que los dos la hubiesen dado ó hecho, ya sea solo el marido. Pero si los gananciales no alcanzaren, se pagará por mitad, de los bienes propios de ambos, si ambos la prometieron, ó de los del marido solo, si solo él la prometió. (L. 8 de d. tít., 6 4, tít. 3, lib. 10.)

La ley 7 del título 13 de la Partida 6 concede á la viuda pobre el derecho de heredar la cuarta parte de los bienes de su marido, aunque deje herederos legítimos, y esta es la que se llama comunmente *cuarta marital*, que no es matemática, pues no puede pasar de cien libras de oro, sea cual fuere el caudal del marido. Febrero refiere la opinion de algunos autores que extienden este derecho al viudo pobre respecto de los bienes de su mujer; pero cita al mismo tiempo un caso práctico en contra. (Febr., part. 1, cap. 1, § 9, n. 183.) Como el objeto de la ley fué que la mujer que habia disfrutado comodidades en vida de su marido, no se viese en su muerte reducida á la indigencia, al paso que sus hijos podian abundar en riquezas, opina Alvarez (lib. 3, tít. 1, § 1, en la nota), que supuesta la ley 1 del tít. 8, lib. 5 de la Rec., que es la 1ª del tít. 20 del lib. 10 de la Nov., se puede dudar con fundamento que tenga ya lugar la cuarta marital, pudiendo bastar á aquel objeto la mitad de gananciales que debe haber la viuda. Sala, sin embargo, opina (tít. 8, lib. 2, n. 7), que subsiste, fundado en que la ley de Recopilacion no puede ser derogatoria de la de Partida, porque aquella nada estableció en perjuicio de los acreedores, entre los cuales reputa á la mujer por la cuarta marital, la cual debe sacarse de todos los bienes del marido como deuda legal, á cuyo pago están sujetos todos, aunque el marido haya muerto testado, si no es que

fuese tan rico, que dejándole menos le dejase con que vivir. Muerto el marido, tiene su viuda el derecho para cobrar, y los herederos, comisarios ó ejecutores del testamento, obligación de entregarle la dote que llevó al matrimonio, debiendo hacerse esta devolución inmediatamente si los bienes dotales eran raíces, ó dentro de un año si eran muebles (L. 31, tít. 11, P. 4), á no ser que se pactase otra cosa en la carta de dote (Gomez en la ley 50 de Toro, n. 46); y los frutos de la dote pertenecen á la viuda desde la muerte de su marido, si no es que consista en dinero, cuyo producto es del que negocia con él. (Idem n. 47.) Este derecho de la mujer pasa á sus herederos, si muere sin hijos antes que su marido; mas cesa si ella cometió adulterio; si pactó con su marido que sobreviviéndole ganaria la dote, y finalmente, si fuere costumbre en el lugar que por muerte de la mujer quede al viudo no habiendo hijos. (L. 33, tít. 11, P. 4.) La accion de la mujer por su dote contra los bienes del marido es hipotecaria, porque estos tienen hipoteca tácita y legal á favor de aquella (D. L. 33, y la 17 del mismo tít. y P.), y el pago de ella es preferente á los demas créditos que no sean hipotecarios privilegiados (L. 33, tít. 13, P. 5), entre los que se enumera este, y á los que solo prefieren los singularmente privilegiados. (Véase sobre créditos privilegiados lo dicho en la pág. 273 de esta obra; y en cuanto á los derechos del cónyuge que sobrevive, con arreglo á las leyes, véase lo dicho sobre los herederos.)

Los herederos ó ejecutores del marido tienen obligación de entregar tambien á su viuda las donas ó arras, segun ella elija, debiendo hacer esta eleccion dentro de veinte dias despues de requerida por ellos; y si pasado el término no lo hiciere, pierde el derecho de elegir, y recibirá la que aquellos quieran darle de las dos cosas; si no hubo arras, tiene derecho á lo que el esposo le dió siendo desposados. (LL. 1, 2 y 4, tít. 2, lib. 5 R., ó 6, 1 y 3, tít. 3, lib. 10 Nov.) Tambien lo tiene al lecho cotidiano, decente y conforme á su estado y calidad. (L. 6, tít. 6, lib. 3 del Fuero Real.) Ademas de estos derechos que las leyes conceden á la viuda, se le deben dar en opinion de Gregorio López (Greg. Lóp. sobre la ley 31, tít. 11, P. 4), los alimentos por todo un año, si durante él retienen los herederos la dote, y lo sufre el caudal del marido. Mas concluido

el año cesa esta obligación, aunque no se haya restituido la dote (Gomez en la ley 50 de Toro, n. 48); y tambien en el caso de que la viuda tenga bienes de que mantenerse, ó de que se le haya restituido la dote antes del año, y en otros que trae Gomez. (Gomez allí mismo.) Pero si queda en cinta, se le deben los alimentos, aunque tenga bienes y se le haya restituido la dote. (Espin. gl. 14, n. 107.)—(Las precauciones, órden y forma con que debe averiguarse la certidumbre de la preñez de la viuda, y evitar el fraude, se explican en la ley 17, tít. 6 de la P. 6. Mas advierte Febrero que no todas son necesarias, y deberá estarse á la costumbre que haya en el pueblo, como insinúa la misma ley.)

El valor de las arras debe deducirse de la parte líquida del marido como deuda suya, y de la misma deben sacarse los alimentos de la viuda, si queda en cinta; por la razon, dice Febrero, de que se dan al póstumo que trae en el vientre, á quien tiene obligación de mantener el padre; mas si no queda en cinta, pero sí con hijos que viven con ella, lo gastado y consumido por todos en sus alimentos, se ha de deducir del cúmulo del caudal inventariado; porque aunque por la muerte del marido se disolvió la sociedad conyugal, dura ó se contrae (Sala, lib. 1, tít. 4, n. 18) de nuevo tácitamente con sus herederos, en cuanto al lucro, por la comunión ó division de los bienes de todos. Si no quedó en cinta ni con hijos en su compañía, debe distinguirse si trajo dote, ó hay gananciales ó no; si ni trajo dote ni hay gananciales, tampoco se le deben alimentos; si hubo gananciales, se le darán los alimentos durante el año de la retencion de aquella, no del caudal del marido, porque aunque este es deudor de la dote y la viuda acreedora por ella, ninguna ley manda que el deudor alimente á su acreedor; pero sí de cuenta de los herederos, porque la dote, ínterin no se restituye, retiene los privilegios que durante el matrimonio tenia; y como uno de ellos es la obligación de alimentos en el marido, tienen la misma sus herederos que lo representan, mientras no la restituyen (Gomez en la ley 50 de Toro, n. 48): entendiéndose esto por solo el año en que legalmente pueden retener la dote, pues pasado él, cesa la obligación, por la facultad que tiene la viuda de obligarlos judicialmente á la devolución; y si pedida no se la entregaren, podrá exigir los