

persona determinada de los mismos, señalados los en que han de constituir la mejora ú ordenado legado de especie, en cuyas hipótesis habrá de estarse preferentemente á lo dispuesto por el testador.

2.^a En otros casos, los contadores partidores deberán observar en la adjudicación la *posible igualdad*, por razón de su clase, aplicando bienes de las distintas especies y calidades del modo más aproximado que consientan las que tengan los bienes inventariados, distribuyendo proporcionalmente el metálico y demás cosas divisibles y procurando las mayores equivalencias y analogías en las adjudicaciones de los demás, compensando ó supliendo las pequeñas diferencias entre el valor de los bienes adjudicados con el complemento de cantidades en numerario ó en especies fungibles, por su valor; y prefiriendo al arbitrio de señalar individualmente á cada partícipe la aplicación de bienes determinados, la previa formación de tantos *lotes* como aquéllos sean, entre los que acreditaran la misma participación hereditaria; por ejemplo, entre los herederos forzosos que acrediten idéntico derecho á legítima sin mejora que los diferencie, numerando dichos lotes y procediendo á su sorteo con intervención de los interesados.

3.^a Será regla de prudencia y buena práctica, que en todo caso, los contadores exploren el deseo de los interesados en cuanto á la adjudicación de bienes en pago de su haber y su juicio respecto de las adjudicaciones proyectadas ó posibles á los demás, acomodándose hasta donde sea dable al resultado de esta exploración.

4.^a De todas suertes, los interesados no podrán impugnar la operación particional por motivos relativos á la *adjudicación*, á no ser que ésta se convierta en causa de perjuicio, debidamente comprobado, de sus derechos hereditarios.

e) COMPROBACIÓN.

15. Suele agregarse y es de buena práctica, inmediatamente después de concluida la sección de *adjudicación y pago*, otra con el título de *comprobación general*, á manera de síntesis que justifique la exacta y total distribución de los bienes objeto de la partición, y permita concluir por la afirmación de que resultan *bien hechas* todas las operaciones particionales, sin perjuicio de que estas comprobaciones se establezcan también parcialmente al final de cada adjudicación y pago á los partícipes, comparando lo adjudicado con el haber á cuyo pago se aplica; aunque hecho esto, no es indispensable aquélla.

No es esta una nueva operación, ni menos legalmente precisa, de la cuenta particional; pero sí es conveniente que en número ó *sección* aparte, dentro de la de adjudicación, queden cotejados y conformes el importe del haber de cada partícipe según el resultado de la *liquidación* y la suma de bienes ó valores que se le apliquen para su pago en la *adjudicación*.

Tampoco las *declaraciones* que dejamos definidas (1), y que son *comunes* á toda partición de herencia; por ejemplo, las relativas á las obligaciones de evicción y saneamiento entre los partícipes, la aparición posteriormente de bienes, derechos ú obligaciones no comprendidos en el inventario, y *especiales* de cada una según la circunstancialidad del caso, tienen el carácter de legalmente necesarias, como otra operación más de las que constituyen la partición de la herencia conforme á las leyes, si bien en la realidad se hacen indispensables y en la práctica se usan constantemente.

16. *El contenido* de la partición de herencia, ó sea los efectos jurídicos que produce, son los correspondientes, por una parte, al título de sucesión *mortis causa* de cada partícipe que figura en ella como heredero, legatario en pleno dominio ó en usufructo con la cualidad de forzoso ó voluntario, fideicomisario, fiduciario, etc., y, por otra, los que nacen de todo acto *inter vivos* de voluntades concordadas dado el carácter contractual que reviste la aprobación de una partición de herencia por personas capaces para ello, ó suplido su defecto de capacidad por la aprobación judicial ó requisitos legalmente necesarios.

El efecto capital es el de la *evicción y saneamiento*, que se deben los herederos entre sí y también respecto ó en favor de los legatarios, cuando sobreviene la reclamación de un tercero que priva á aquéllos ó á éstos, en virtud de sentencia firme, de alguna de las cosas abjudicadas en pago de su haber, para su indemnización ó reintegro á prorrata por los demás herederos, después de ser cumplida ó no la obligación de defenderle en el juicio, si oportunamente fueron citados de evicción; salvo el caso, dice la ley, de que la partición fuera hecha en vida por el padre ó testador que, «estonce los otros erederos non serían tenudos de fazerle enmienda alguna» (2).

17. La *partición de herencia* se extingue é invalida ó se modifica, según las leyes anteriores al Código, siempre que en ella se infería lesión *ultra dimidium* cuando se hizo por convención de los partícipes (3), porque equivalía á un contrato; pero cuando la partición se llevó á cabo por otras personas, como los contadores partidores, fué de práctica, aunque no de ley, reputar bastante motivo para la rescisión de la partición que la lesión ó perjuicio que sufría el heredero ascendiera á una *sexta parte* del importe de su haber. En tales casos, el partícipe podía pedir y obtener la rescisión de toda la operación particional.

Cualquier otro error de inclusión, valoración notoriamente inferior y perjudicial á uno de los interesados ú otro motivo que originara per-

(1) Núm. 8 de este capítulo.

(2) L. 9.^a, tít. 15, Part. VI.

(3) L. 2.^a, tít. 1.^o, lib. X, Nov. Rec.

juicio, demostrado que no ascendiere á la cuantía suficiente para rescindir la partición, podía servir, sin embargo, para reclamar su modificación, subsanándose el error ó falta y consiguiente perjuicio.

18. La acción para promover la partición de herencia se denominó de *familia erciscunde*, y se regula hoy, en su ejercicio, por los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, antes expresados (1).

§ 2.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

19. DOCTRINAS GENERALES, SUSTANTIVAS Y PROCESALES.—Si el testador no hace uso de la facultad concedida por la ley de Enjuiciamiento civil, estableciendo en su testamento reglas distintas de las que la misma ley prescribe para la formación del inventario, avalúo y liquidación de sus bienes, hay que seguir las determinadas en dicha ley (2).

Una testamentaria deja de existir, para el pago de sus deudas, desde el momento en que los bienes que la constituyen entran en poder de los herederos, en virtud de la división y adjudicación practicada, sin haberse hecho baja por aquéllas (3).

Las cuentas de testamentaria son reformables y no adquieren carácter ejecutorio hasta su aprobación, y pudiendo ser deducidos y abonados los gastos útiles y necesarios hechos en bienes de testamentaria, la sentencia que así lo acuerda, con reforma de las respectivas particiones, no infringe las leyes 13.^a y 19.^a, tít. 22, Partida III, y aplica debidamente la ley 16.^a, tít. 20, Partida III (4).

Conforme á lo prescrito en los arts. 1.038 y 1.039 de la ley de Enjuiciamiento civil, es parte legítima para promover el juicio voluntario de testamentaria «cualquiera de los herederos testamentarios»; y si bien el testador puede prohibir la prevención de dicho juicio, esa prohibición alcanza únicamente á los herederos voluntarios y á los legatarios de parte alicuota del caudal relicto, y no á los herederos forzosos ó necesarios, como lo son los hijos por razón de sus legítimas (5).

Ausentes de su domicilio algunas de las partes en una testamentaria necesaria, llamadas por edictos con arreglo al art. 417 de la ley de Enjuiciamiento civil, y debidamente representadas en el juicio por el Ministerio fiscal, á tenor del art. 418, la liquidación y adjudicación que en esta forma se hiciera del caudal hereditario, sería válida desde un principio, como practicada con la representación legal de los ausentes (6).

Si bien las leyes 10.^a y 11.^a, tít. 21, lib. X de la Novísima Recopilación, imponen á los testamentarios el deber de presentar á la aprobación judicial las

(1) Núm. 2 de este capítulo.

(2) Sent. 6 Junio 1867.

(3) Sent. 25 Enero 1861.

(4) Sent. 14 Octubre 1889.

(5) Sents. 6 Junio 1867, 4 Octubre 1876, 22 Junio 1880, 5 Julio 1887, 14 Mayo 1895.

(6) Sent. 13 Junio 1890.

cuentas y particiones de herencia en que estén interesados menores después de practicadas extrajudicialmente, sin cuyo requisito se infiere no han de perjudicar á aquéllos, no determinan que su omisión produzca la nulidad de las mismas particiones (1).

La falta de aprobación judicial no afecta á la validez de la partición (2).

No existe incompatibilidad alguna entre el precepto del art. 1.046 de la ley de Enjuiciamiento civil y el del 1.049, sino que uno y otro pueden ser juntamente aplicables, debiendo al efecto, en consonancia con éste, presentarse á la aprobación judicial las liquidaciones y particiones hechas extrajudicialmente, siempre que hubiese menores interesados, aunque lo hayan sido, según dice el mismo artículo, por contadores nombrados por el testador, y aun cuando éste haya prohibido la intervención judicial, que sólo tiene propiamente lugar en los respectivos juicios de testamentaria (3).

Prohibida expresamente por el testador, que no tenia herederos forzosos, toda intervención judicial en su testamentaria, nombrando contador y partidor con amplias facultades para practicar extrajudicialmente todas las operaciones, y hasta para resolver las dudas que pudieran suscitarse sobre la inteligencia y ejecución de su testamento, previniendo además que si alguno de sus herederos diese lugar á procedimientos judiciales quedaría excluido de la participación de la herencia; la sentencia que declara sobreseído el juicio de testamentaria y manda que el juez de primera instancia proceda á aprobar la cuenta y partición presentada por el contador, se dirige á que tenga el debido cumplimiento la voluntad del testador sobre aquellos extremos, y no infringe los arts. 406 y 422 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, ni la doctrina legal de que la voluntad del testador es la suprema ley del testamento, ni las leyes 3.^a y 6.^a, tít. 1.º, Partida VI (4).

Á instancia de los interesados, puede el Juez mandar que, de los productos de la administración de una testamentaria, se entregue por vía de alimentos á los herederos y legatarios y al cónyuge sobreviviente, hasta la cantidad que respectivamente pueda corresponderles como renta líquida de los bienes á que tengan derecho.

La Sala sentenciadora, apreciando la situación de heredera que tiene una de las partes, y de legataria del quinto la otra, y haciendo uso de la facultad que confiere el art. 1.100 de la ley de Enjuiciamiento civil, señaló la cantidad de 60.000 pesetas anuales, como alimentos que deberá percibir la viuda, sin perjuicio del resultado que ofrezca la liquidación definitiva del caudal hereditario, en cuya resolución se ha ajustado al precepto legal, y por ello el auto recurrido no infringe las leyes 5.^a, tít. 6.º, Part. VI; 100.^a, tít. 18.º, Part. III y VIII, tít. 16.º, lib. XI de la Novísima Recopilación (5).

Al señalar la Sala la cantidad de 20.000 pesetas mensuales como alimentos, no ha infringido el art. 1.100 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que la

(1) Sent. 29 Abril 1867.

(2) Sent. 30 Abril 1867.

(3) Sent. 12 Octubre 1896.

(4) Sents. 11 Julio 1877 y 27 Septiembre 1881.

(5) Sent. 30 Diciembre 1885.

expresada cantidad, ni excede del límite consignado en dicho artículo, ni deja de ser proporcionada á los productos del haber hereditario pro indiviso, según los datos acreeditados en los autos y sujetos á la apreciación del Tribunal Sentenciador (1).

Para los alimentos á que se refiere el art. 1.100 de la ley de Enjuiciamiento civil, como que han de salir del caudal del que los ha de recibir, no impone aquel artículo más regla para fijar la cantidad en que han de consistir, que no pase de la que pueda corresponder á los interesados, como renta líquida de los bienes á que tengan derecho, y, por consiguiente, dentro de este límite, el más ó el menos, no puede constituir infracción de ley (2).

Se parte de un supuesto inexacto, al suponer que el art. 1.100 de la ley de Enjuiciamiento civil atribuye al Juez de primera instancia la exclusiva competencia para señalar y graduar la cantidad que por vía de alimentos ha de entregarse á los herederos y legatarios y cónyuge sobreviviente, puesto que ni se hace tal declaración en el referido artículo, ni puede sobrentenderse, porque siendo apelable, como lo es en ambos efectos, el auto en el que se acuerda y señala la cantidad en que aquéllos han de consistir, una vez apelado, corresponde á las Audiencias en segunda instancia el conocimiento del asunto en toda su extensión, sin limitación de ninguna especie y con iguales facultades que el Juez para apreciar y determinar la cuantía de aquélla (3).

Por la misma razón de pedirse y concederse los alimentos, no con el carácter sustantivo de provisionales, esto es, por necesidad del que los pide y la obligación personal de otorgarlos contra quien se piden, sino como parte de la renta líquida de los bienes á que el demandante tenga derecho, serían inaplicables las leyes 4.^a y 5.^a, tít. 2.^o, Partida III; 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a y 6.^a, tít. 19, Partida V; 8.^a, tít. 13, Partida VI; el art. 18, lib. II de la ley de Enjuiciamiento civil; el 73 de la de Matrimonio civil y la jurisprudencia concordante con estos preceptos legales.

La falta de justificación concreta que, según la Sala sentenciadora, se advierte en los autos respecto á los verdaderos rendimientos de los bienes, no es obstáculo para que el Juez pueda fijar la cantidad de los alimentos, calculándolos equitativamente, pues concediéndose en el concepto de caber dentro de las rentas que correspondan al demandante, había éste de reintegrar el exceso resultante en la liquidación y adjudicación definitiva de los bienes; y estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe el art. 1.100 de la ley de Enjuiciamiento civil (4).

20. ELEMENTOS REALES.—La herencia, así con arreglo á la antigua como á la nueva legislación y á la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, se compone del conjunto de bienes, derechos y obligaciones del causante, aunque con la obligación de levantar las cargas, cuyo gravamen y no el de liquidar y pagar antes de enajenar, es el que sanciona la doctrina establecida para determinados casos de no haber herencia para el heredero, sino en el remanente que quedase después de pagados los legados y las deudas (5).

(1) Sent. 7 Mayo 1886.

(2) Sent. 26 Marzo 1888.

(3) Idem id.

(4) Sent. 24 Diciembre 1888.

(5) Sents. 21 Junio 1869, 12 Diciembre 1873, 9 Febrero 1901, 30 Abril 1906.

No es de estimar la infracción de la ley 8.^a, tít. 33 de la Partida VII, por la sentencia que no desconoce que constituyen la herencia todos los bienes del finado, sin deducir las deudas que sobre ellos gravan (1).

Aun no existiendo en la herencia, no cabe considerar que deja de formar parte de ella el metálico entregado, aparte de la legítima, á un hijo no heredero por el que lo fuese, si á éste se le impuso su abono como procedente de la misma herencia.

La insignificancia de la cantidad satisfecha en aquella forma no implica el incumplimiento de la voluntad del testador, si éste dejó al libre arbitrio de su albacea la distribución del remanente de sus bienes después de pagadas las legítimas (2).

21. INVENTARIO Y AVALÚO.—El inventario de una herencia ha de ser la descripción de los bienes y derechos que á la misma correspondan en el estado que tenían á la muerte de aquél á quien pertenecieron, según lo prevenido en las leyes 5.^a, tít. 6.^o, Partida VI; 109.^a, tít. 18, Partida III (3).

Según la ley, deben incluirse en el inventario todos los bienes, derechos, acciones y obligaciones del finado, y existiendo en la testamentaria de que se trata, como lo afirman los contadores en uno de los supuestos, créditos procedentes del ejercicio de la abogacía, que no se incluyeron por considerarlos irrealizables en todo ó en parte, reservando su derecho á los interesados en cuanto á los desconocidos, la sentencia infringe la ley 5.^a, tít. 6.^o, Partida VI, porque aprueba implícitamente dicha irregularidad, al prestar su aprobación, en general, á las operaciones particionales (4).

Ni la conformidad de los contadores ni la oferta de uno de los herederos de responder del valor de los bienes muebles inventariados que faltasen, excluye su adición al inventario, porque lo procedente para la liquidación del caudal de una testamentaria es inventariar cuantos bienes correspondan al mismo (5).

Si el otorgante de un testamento, al hacer en éste partición de sus bienes, no los describe en su totalidad, limitándose á decir con respecto á la mejora hecha en favor de alguno de sus hijos, que la establece «en las casas de sus moradas, con todos los muebles, ropas, enseres, utensilios y, en general, con todo lo que á su fallecimiento se encontrase dentro de las mismas, sin reserva alguna», esta partición adolece de un vicio sustancial, porque esos bienes indeterminados y no descritos están sin inventariar, y no habiendo inventario no hay términos hábiles de liquidar y dividir la herencia (6).

El administrador de un abintestato tiene la personalidad necesaria para representar los intereses de los herederos en autos promovidos para la exclusión de una finca del inventario, sin que le sea aplicable la excepción que expresa el final del art. 1.008 de la ley de Enjuiciamiento civil, por haber sido promovido y continuar el juicio á instancia de los mencionados herederos (7).

(1) Sent. 20 Noviembre 1899.

(2) Sent. 27 Diciembre 1899.

(3) Sent. 15 Enero 1883.

(4) Sent. 10 Diciembre 1884.

(5) Sent. 14 Octubre 1889.

(6) Sent. 29 Noviembre 1889.

(7) Sent. 2 Octubre 1890.

Siendo el avalúo que sirvió de base al testador para hacer la partición anterior al testamento, y mucho más á la época en que se abrió la sucesión, es indispensable conocer los aumentos ó menoscabos que hayan tenido los bienes durante ese tiempo, como único medio de liquidar la herencia con toda exactitud, y de poder estimar si las mejoras hechas caben ó no en tercio y quinto del caudal relicto (1).

22. CONTENIDO.—Según doctrina consignada por el Tribunal Supremo, las diligencias de inventario, cuenta y partición de los bienes de una testamentaria, debidamente protocolizadas, constituyen el título de pertenencia de los bienes que hayan correspondido á los respectivos herederos, y, por consiguiente, no basta el genérico que nace del testamento, ni puede invocarse éste sólo contra un coheredero ó legatario de parte alícuota, cuando existe en su favor una adjudicación fundada en el propio testamento (2).

De acuerdo con los preceptos en que se inspira la ley Hipotecaria, y con el que contiene el art. 33 del reglamento para su ejecución, se ha establecido por el Tribunal Supremo en las sentencias de 21 de Mayo de 1890 y 23 de Mayo de 1899, la doctrina legal de que los bienes inmuebles de una herencia adjudicada á alguno de los partícipes con la obligación de abonar las deudas ó cargas hereditarias, implica la constitución de un derecho real en dichos bienes, los cuales, desde que en aquel concepto se incriben en el Registro de la Propiedad, se hallan especialmente afectos por voluntad de los herederos al pago de las deudas, quedando subordinada á esta responsabilidad cualquiera transmisión ó gravamen posterior de que los inmuebles puedan ser objeto (3).

La sentencia que no exime al hijo de la obligación de colacionar las cantidades ó donaciones que hubiese recibido de su padre, sino que sustancialmente declara que, según la voluntad expresa del testador, mientras no se liquide y divida el caudal testamentario, tiene derecho el hijo á percibir la pensión alimenticia que aquél le señaló en el testamento, sin perjuicio de que en su día se deduzca y colacione el exceso que pueda haber entre el importe de la referida pensión y el producto del legado no infringe las leyes 5.ª, tít. 33, Partida VII, y 29.ª de Toro, ó sea la 5.ª, tít. 3.º, libro X de la Novísima Recopilación (4).

Cualquiera de los interesados en una herencia puede ejercitar su derecho en cuanto á pedir la nulidad de venta de bienes de la misma, sin necesidad de obtener el consentimiento de los demás herederos, porque con ello no prejuzga el derecho de éstos ni pide que á éstos obligue el fallo que se dicte, extremo que únicamente afecta al comprador y demandado, y en tal concepto la sentencia denegatoria de dicha nulidad no infringe las leyes 12.ª y 20.ª, tít. 23, Partida III (5).

Los productos del arrendamiento de un inmueble obtenido con posterioridad á la muerte del testador deben figurar como ingreso en las cuentas de administración, y estimándolo así no se infringen las leyes 1.ª y 4.ª, tít. 4.º, libro X de la Novísima Recopilación (6).

(1) Sent. 29 Noviembre 1889.

(2) Sents. 25 Enero 1874, 4 Julio 1877, 11 Febrero 1882, 9 Enero 1886.

(3) Sent. 12 Diciembre 1900.

(4) Sent. 20 Marzo 1891.

(5) Sent. 27 Octubre 1891.

(6) Sent. 30 Enero 1893.

Al mandar que se practique liquidación de frutos y obligar á los interesados á traer á colación los percibidos, no se infringe la ley 6.ª, tít. 15, Partida VI, antes al contrario, se cumple lo dispuesto en ella, sobre que el heredero que hubiese recibido frutos, debe traerlos á partición entre los demás coherederos (1).

23. ACCIONES.—La acción de petición de herencia debe ejercitarse contra el que posee en concepto de heredero y no contra el poseedor en virtud de título singular, conforme á la jurisprudencia admitida por el Tribunal Supremo (2).

24. El ejercicio de la acción de petición de herencia lleva consigo la anulación de los actos ó contratos ilegales celebrados durante su curso que puedan oponerse á su progreso (3).

ART. II

CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Texto.

25. SUPUESTO LEGAL DE LA PARTICIÓN DE HERENCIA.

Art. 1.051. Ningún coheredero podrá ser obligado á permanecer en la indivisión de la herencia, á menos que el testador prohíba expresamente la división.

Pero, aun cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad.

26. ESPECIES DE LA PARTICIÓN DE HERENCIA.

a. Hecha por el propio testador.

Art. 1.056. Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos ó por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos.

El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima á los demás hijos.

b. Hecha por comisario designado por el testador.

Art. 1.057. El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* ó *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno de menor edad ó sujeto á tutela; pero el comisario deberá en este caso inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios.

(1) Sent. 28 Mayo 1877.

(2) Sents. 28 Junio 1866, y 9 Diciembre de 1871.

(3) Sent. 30 Marzo 1889.