

algun heredero menor de edad ó sujeto á tutela, debe el contador partidor testamentario inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, no atribuye directa ni indirectamente al contador la facultad, ni le impone el deber de representar en juicio á la herencia (1).

El cargo de contador partidor, encomendado por un testador á determinada persona, no constituye función esencialmente diferente de la de los albaceas, ni se distingue más que por la de especialidad del trabajo que se le encomienda, como puede distinguirse entre los albaceas mismos por las limitaciones con que unos y otros sean nombrados, así como por la inversa se les confiere á veces conjuntamente aquel encargo, sin que por ello se altere ni modifique el verdadero y único carácter que les presta la confianza del testador para el fin más ó menos extenso ó restricto del cumplimiento de su voluntad, que en ningún caso puede dejarse al mero arbitrio y discreción del nombrado; por lo que es manifiesto que son tan aplicables á los contadores partidores como á los albaceas las mismas reglas de funcionamiento, por su igual carácter y representación, y por concurrir idéntica razón legal para su aplicación (2).

Desde el momento en que la ley señala al viudo ó viuda una parte alícuota de los bienes del cónyuge premuerto en la forma y medida que establece el Código civil vigente, cuyo art. 807 les da recíprocamente el carácter de herederos forzosos, no puede ponerse en duda que se encuentran incluidos en la prohibición establecida en el art. 1.057, y se hallan, por tanto, incapacitados para ser nombrados partidores cuando concurren á la herencia con otros herederos del cónyuge difunto. No conformándose con esta doctrina se infringen dichos artículos y los 1.022 y 28 de la misma ley (3).

El viudo se halla incluso en la prohibición establecida en el art. 1.057 del Código para ser partidor de la herencia de su difunta esposa, porque es coheredero con los demás que con este carácter concurren á la herencia desde el momento en que la ley le señala una parte alícuota en los bienes del cónyuge premuerto, y viene á suceder á éste con ó sin su voluntad, aparte de que el art. 807 del mismo Código, clara y expresamente llama al viudo ó viuda herederos forzosos (4).

En el caso de ser autorizados los compromisarios para ultimar las operaciones de una testamentaria hasta el punto de poner á cada partícipe en aptitud de entrar á poseer lo que se le adjudicara, es evidente que si se extralimitase de sus atribuciones, puede suspender por justo motivo la entrega del haber hereditario á uno de los herederos (5).

Si estuviesen facultados los compromisarios ampliamente para regir el caudal indiviso y para nombrar administrador general de una testamentaria, podrían aprobar las cuentas del administrador por ellos nombrado, puesto que el examen y censura de tales cuentas es una consecuencia lógica y necesaria de aquella facultad (6).

- (1) Sent. 28 Abril 1897.
- (2) Sent. 5 Febrero 1908.
- (3) Sent. 13 Junio 1898.
- (4) Sent. 8 Febrero 1892.
- (5) Sent. 26 Junio 1896.
- (6) Idem id.

Si bien es cierto que los comisarios partidores nombrados por el testador, y á quienes encomendó éste expresamente la facultad de hacer la partición de sus bienes, deben inventariar los hereditarios con citación de los herederos, conforme á lo dispuesto en el art. 1.057 del Código civil, queda virtualmente subsanada la falta de dicha citación cuando los interesados manifiestan su conformidad con las operaciones particionales haciéndolo por los herederos menores de edad su defensor, que es el único que por la propia falta puede pedir la nulidad de aquéllas.

Si bien la viuda del testador debe abstenerse de practicar en el referido caso dichas operaciones si fuere partícipe en la herencia, con arreglo al art. 1.057, semejante intervención no sería motivo de nulidad de las operaciones si éstas hubiesen sido también practicadas por otros albaceas partidores nombrados *in solidum*.

Respecto de la viuda, su intervención implicaría necesariamente el trámite previo de la citación y subsanaría su falta (1).

No infringe los arts. 901, 904, 905 y 906 del Código civil, la sentencia que estima caducadas por el transcurso del plazo legal aplicable las facultades de un contador, sin que resulte que el testador haya previsto y determinado prórroga alguna, ni se haya pretendido de los herederos y del Juzgado antes de transcurrir el primer año del albaceazgo (2).

Presentada al Juzgado una partición de herencia hecha por la persona designada por el testador para efectuarla, y habiéndose sometido á examen y decisión judicial, á instancia y con asentimiento de todos los interesados, no cabe abrir otro juicio universal, prescindiendo de las actuaciones practicadas sobre la base de haberse llegado á formular la partición, y, por consiguiente, las diligencias preliminares á este acto. Negando en tal caso la apertura de dicho juicio, no se infringe la ley procesal y el art. 813 del Código civil (3).

**35. PARTICIÓN DE LA HERENCIA HECHA CONVENCIONALMENTE.**—Según lo dispuesto en el art. 1.058 del Código civil, los herederos mayores de edad pueden distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente (4).

Sólo puede estimarse eficaz el contrato sobre partición de bienes hereditarios cuando los interesados prestan su conformidad y se obligan á estar y pasar por ella, requiriéndose, por tanto, para que esta estipulación exista, el concurso simultáneo de la voluntad y consentimiento de los contratantes en todas las operaciones que parcialmente y en conjunto constituyen la esencia y son motivo de este especial contrato (5).

El convenio otorgado en documento privado, en cuya virtud los herederos acuerden dividir extrajudicialmente la herencia relicta por medio de una determinada persona, dándose por satisfechos con todo cuanto ésta practique, incluso la tasación de los bienes, á condición de que, presentándose algún obstáculo, se consulte á tres abogados y se pase por lo que digan de conformidad dos de ellos, no entraña creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos

- (1) Sent. 5 Octubre 1900.
- (2) Sent. 5 Febrero 1908.
- (3) Sent. 3 Febrero 1898.
- (4) Sents. 18 Enero 1904 y 17 Julio 1907.
- (5) Sents. 25 Octubre 1898 y 14 Marzo 1901.

reales, ni priva á los herederos de lo que pueda corresponderles sobre todos y cada uno de los bienes hereditarios, ni les imposibilita para pedir que el partidor cumpla su encargo, ni constituye un verdadero compromiso de amigable composición, ni, por tanto, adolece de vicio ó defecto que le invalide en el concepto de que estimándolo así se infrinjan los arts. 4.º, 1.059, 1.256, 1.280, números 1.º y 5.º, 1.300 y 1.821 del Código civil y el 828 de la ley de Enjuiciamiento (1).

Realizadas las particiones por acuerdo de los interesados, revisten el carácter de un verdadero contrato que sólo puede ser anulado por los vicios que determinan la nulidad de los mismos (2).

El asentimiento prestado por un interesado á cada una de las operaciones de la división de bienes, á medida que se van practicando, no constituye la expresión de su consentimiento al conjunto de la partición, en que generalmente se consignan advertencias y declaraciones de derechos entre los partícipes, que deben ser también objeto de contrato (3).

Mediando menores, no puede prestar asentimiento á la partición de la herencia el apoderado del tutor, careciendo éste de la autorización del Consejo de familia que exigen los arts. 264, núm. 5.º, y 269, núm. 7.º del Código civil, cuya omisión produciría la nulidad del contrato, conforme á lo preceptuado en el art. 1.259 del mismo Código (4).

Aun cuando en las operaciones particionales y divisorias de una herencia deban llenarse todas las condiciones de forma y fondo necesarias para la determinación de los respectivos derechos de los interesados, esto no obsta para que con ocasión de ellas puedan los mismos celebrar cuantos contratos, válidos en Derecho, estimen convenientes para el mejor éxito y finalidad de aquéllas, sin que la circunstancia y ocasión de su celebración sea eficaz para desvirtuar en lo más mínimo la fuerza y validez de lo pactado, desnaturalizando su verdadero carácter (5).

**36. PARTICIÓN DE LA HERENCIA EN QUE ESTÉN INTERESADOS MENORES.** Declarando la Sala sentenciadora que no existe disposición legal que, por la no presentación de las operaciones á la aprobación judicial, anule la liquidación y partición de la herencia en que esté interesado un menor de edad, no infringe el art. 1.049 de la ley procesal (6).

No es causa de nulidad de las operaciones particionales el hecho de haberlas sometido á la aprobación judicial, aun no siendo ésta necesaria, porque no hay ley ni precepto alguno que la prohíba (7).

No puede concederse un carácter solamente provisional á las divisiones de herencia judicialmente aprobadas sin perjuicio de las acciones que contra la partición correspondan á los interesados que entiendan haber sido lesionados sus derechos (8).

(1) Sent. 27 Marzo 1896.

(2) Sent. 28 Octubre 1905.

(3) Sent. 25 Octubre 1898.

(4) Idem id.

(5) Sent. 21 Enero 1907.

(6) Sent. 21 Febrero 1899.

(7) Sent. 5 Octubre 1900.

(8) Sent. 4 Abril 1905.

Los menores, sólo debidamente representados por su tutor, pueden intervenir, cuando sea procedente, en las particiones de su causante.

Al tutor no se le puede reconocer tal carácter, ni aun autorizado por el Consejo de familia, si éste le hubiere deferido el cargo, sin que previamente prestase la correspondiente fianza.

En el propio caso, la aprobación posterior de las particiones por el Consejo de familia, no es suficiente para subsanar aquel defecto esencial, por no ser el mismo la entidad á quien la ley confiere esta facultad, sino en todo caso la autoridad judicial, á tenor de lo prescrito en el art. 1.060 del Código civil, en relación con el 1.077 de la ley procesal, pues la autorización á que se refiere el núm. 7.º del art. 269 de aquel cuerpo legal, no tiene mayor trascendencia que la de habilitar al tutor para gestionar en representación de los menores.

No entendiéndolo así la Sala sentenciadora, infringe el art. 1.049 de la ley procesal, y, por aplicación indebida, el 1.309 y 1.312 del Código civil (1).

Cualesquiera que sean las irregularidades y omisiones de unas operaciones particionales, es manifiesto que presentadas á la aprobación judicial por la existencia de menores interesados en la herencia, sin oposición de ningún heredero, no obstante hallarse de manifiesto el expediente en la escribanía y haberse hecho las oportunas notificaciones á los partícipes, es de todo punto improcedente la pretensión de aquéllos, relativa á la dación de cuentas ya rendidas á la Autoridad por el albacea, y condenándole á verificarlo se infringe la ley de contrato, según los arts. 1.089 y 1.091 del Código civil, y la doctrina legal de que á nadie es lícito ir contra sus propios actos (2).

**37. CONTENIDO (EFECTOS JURÍDICOS DE LA PARTICIÓN DE HERENCIA).**—Tratándose de bienes de una testamentaria, vendidos por el administrador judicial de la misma, no pasan aquéllos directamente del causante al comprador, sino de aquél á sus herederos, y de éstos, representados por el administrador en cuyo nombre se otorgue la venta, al comprador; puesto que, según prescribe el art. 661 del Código civil, los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones (3).

El testamento constituye por sí solo título traslativo del dominio de la herencia, sin necesidad de que para esa transmisión se otorgue escritura de partición de bienes, la cual, según lo evidencian los arts. 1.051 y 1.068 del Código civil, tan sólo es necesaria para poner término á la comunidad inherente á la indivisión cuando hay más de un partícipe, cuyo título surte efecto á todas luces, aunque no se inscriba en el Registro de la Propiedad, entre otros casos, cuando el derecho de propiedad que se pretenda hacer efectivo no sea inscribible (4).

Los arts. 1.068 y 1.072 del Código civil no obstan á que todos los herederos interesados en un bien ó derecho pro indiviso puedan reclamarle sin aguardar á su partición ó adjudicación (5).

Del deber que el art. 1.065 del Código impone, al hacerse la partición, de entregar los títulos de adquisición ó pertenencia al heredero ó adjudicatario, no

(1) Sent. 1.º Febrero 1906.

(2) Sent. 2 Junio 1908.

(3) Sent. 3 Abril 1899.

(4) Sent. 31 Enero 1903.

(5) Sent. 19 Noviembre 1904.

se deriva la consecuencia de que hayan de subsanarse previamente los defectos de que para su inscripción adolezcan (1).

**38. DEUDAS HEREDITARIAS Y PAGO DE ACREEDORES.**—Apoderado sin restricción un individuo por sus coherederos para la administración de bienes, actuaciones judiciales y cuantas diligencias harían los otorgantes en persona, puede eficazmente recibir por sí y en nombre de aquéllos un requerimiento de pago en juicio ejecutivo promovido para el pago de una deuda del causante de todos; y al no estimarse así se infringen los arts. 154, 155, 911, 1.084, 1.710, 1.715, 1.888 y 1.891 del Código civil (2).

Las disposiciones contenidas en los arts. 1.082 y 1.084 del Código civil no restringen ni en modo alguno limitan el derecho del acreedor hereditario para ejercitar las acciones derivadas de su título de crédito, exigiendo el pago de su importe, aunque la herencia estuviera pro indiviso; puesto que el primero de los citados preceptos no hace más que establecer en favor del acreedor una facultad que puede ó no utilizar á su libre arbitrio, cual es la de oponerse á que la partición se lleve á efecto hasta que se le pague ó afiance el crédito; y el segundo, ó sea el art. 1.084, no subordina el ejercicio de la acción al hecho de que la herencia se haya dividido, sino que consagrando el principio de que cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias, faculta al acreedor para reclamar la deuda por entero de cualquiera de los herederos puros, y concede al demandado el derecho á que sus coherederos sean citados y emplazados, á menos de estar el mismo designado por el testador ó por la partición para pagar las deudas hereditarias (3).

No habiendo utilizado el acreedor personal de la testamentaria el derecho establecido en favor de los hereditarios por el art. 1.082 del mismo Código, y habiéndose inscrito en el Registro de la Propiedad las particiones, donde para el pago de deudas se adjudicó á los herederos una finca con posterioridad á la hipoteca constituida por aquéllos sobre la misma en garantía de un crédito hipotecario, es manifiesta la preferencia de éste sobre aquel otro acreedor para cobrarse en el precio del mencionado inmueble (4).

Con sujeción á lo prevenido en el artículo 1.084 del Código civil, tal y como fué interpretado por reciente jurisprudencia, cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias (5).

Dirigiéndose una demanda sobre pago de pesetas contra la representación de una herencia, por el carácter solidario de las obligaciones de los herederos para con los acreedores, á tenor de lo prescrito en el art. 1.084 del Código y las consecuencias legales que produce toda solidaridad, según precepto del 1.441, es manifiesto que uno de los herederos pudo asumir la representación de los demás en beneficio de ésta sin necesidad de poder de los mismos, y sólo por razón de la situación de todos ellos en el pleito, careciendo, por lo tanto, de aplicación á un caso tan especial el art. 1.408 de la ley procesal y 1.084 del Código civil, este último si el demandante no se limitó á exigir á cada uno de

(1) Sent. 24 Mayo 1905.

(2) Sent. 24 Junio 1897.

(3) Sent. 9 Enero 1901.

(4) Sent. 9 Febrero 1901.

(5) Sent. 3 Abril 1903.

los herederos su parte proporcional en la deuda, por lo que, en el mismo caso, caería por su base la supuesta infracción de los artículos 312 y 919 de la citada ley (1).

**39. PROHIBICIÓN DEL TESTADOR DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA PARTICIÓN DE SU HERENCIA.**—Obligados los herederos voluntarios á respetar las disposiciones del testador, relativas á su herencia, habiendo prohibido el que nombró á los recurrentes, sus herederos universales: toda intervención judicial en la suya, la sentencia que así lo declara, es conforme con la voluntad del testador (2).

El art. 1.057 del Código civil, que en general otorga á los testadores el derecho de encomendar por actos *inter vivos* ó *mortis causa* á cualquier persona que no sea uno de los coherederos, la simple facultad de hacer la partición, en nada ha alterado ni modificado el derecho que tienen los herederos legítimos á promover el juicio voluntario de testamentaria en la forma que expresan los artículos de la ley procesal de que se deja hecho mérito; sin que pueda sostenerse que el citado art. 1.057 haya venido en mengua de los derechos legitimarios á derogar el precepto de nuestro antiguo Derecho, que ha servido de fundamento á la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de que los herederos forzosos deben recibir su porción legítima libremente y sin ningún agravamiento y sin ninguna condición (3).

Concediendo el art. 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil á los herederos testamentarios el derecho de promover el juicio voluntario de testamentaria, lo infringe la sentencia que aplica indebidamente á los herederos forzosos la prohibición del testador, en cuanto á la intervención judicial, porque aquélla sólo alcanza á los herederos voluntarios ó legatarios de parte alícuota, según lo prescribe el art. 1.039 de la mencionada ley, y lo tiene declarado el Tribunal Supremo en repetidas sentencias.

No se opone á lo expuesto lo que prescribe el art. 1.046 de la ley, si el testador, al nombrar contadores y partidores para el inventario, avalúo y división de los bienes, no alteró el derecho absoluto de los herederos forzosos para promover el juicio universal, y si únicamente determinó el modo ó forma de practicar las operaciones, dejando á los herederos la obligación de respetarlas según el carácter que cada uno representase (4).

El derecho que otorga en general á los testadores el art. 1.057 del Código civil, para encomendar la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos, en nada altera ni modifica el derecho de los herederos legítimos para promover el juicio voluntario de testamentaria, sin que pueda sostenerse que dicho artículo haya venido á perjudicar los derechos legitimarios, ni á derogar el precepto de nuestro antiguo Derecho, que ha servido de fundamento á la constante jurisprudencia de que los herederos forzosos han de recibir su legítima libre de todo gravamen y condición (5).

(1) Sent. 2 Octubre 1907.

(2) Sent. 23 Noviembre 1882.

(3) Sents. 8 Febrero 1892 y 14 Mayo 1895.

(4) Sent. 1.º Diciembre 1891.

(5) Sent. 17 Octubre 1893.

El heredero forzoso tiene derecho, aun contra la voluntad del testador, de promover el juicio voluntario de testamentaría cuando lo estime conveniente á sus intereses, no habiendo prescrito (1).

Instado un juicio necesario de testamentaría por parte legítima, y no habiendo prohibido el testador, cuya voluntad tampoco podría prevalecer ante el derecho de los herederos forzosos, no infringe el art. 1.401 de la ley de Enjuiciamiento civil la sentencia que desestima la oposición á la prevención de un juicio de aquella clase (2).

La cláusula testamentaria prohibitiva de la intervención judicial, bajo la pena de pérdida de los derechos hereditarios adquiridos en virtud del testamento por el heredero ó legatario que promoviere juicio de testamentaría ó suscite reclamación judicial de cualquiera clase, no es aplicable al caso de que, terminadas las operaciones testamentarias, uno de aquéllos demandase un derecho no procedente de la voluntad del testador, sino de la ley: observando esta doctrina no se infringe el art. 275 del Código civil.

Con mayor razón no comprendería dicha cláusula á los demás herederos que se limitaren á defenderse y defender las operaciones testamentarias de dicha demanda en el particular objeto de la misma (3).

40. EXTINCIÓN DE LA PARTICIÓN DE HERENCIA (*nullidad y prescripción*).—Al protocolizarse la partición y posesionarse los herederos de las respectivas participaciones en la herencia, cesan los albaceas en sus funciones y quedan terminadas la testamentaría y la indivisión del caudal (4).

Declarada la nulidad de un testamento respecto de la cláusula de institución de heredero, no puede menos de ser nula á su vez la testamentaría que tomó su origen de la expresada disposición testamentaria, sin que á ello obste el auto judicial que en aquélla recayó, aprobando, con la salvedad ordinaria, de «en cuanto ha lugar en derecho», las operaciones de división, cuenta y partición practicadas, el cual, ni por el asunto en que se dictó, ni por su forma, ni menos por la nulidad declarada de los actos particionales á que puso término, puede tener el carácter ni la autoridad de cosa juzgada (5).

El principio en que descansa el precepto del Código civil relativo á la imprescriptibilidad de las acciones que á los coherederos competía para pedir la partición de la herencia, cual es el de entenderse que quien posee de consuno, ó en común y pro indiviso, lo hace en nombre de todos los interesados, ha sido reconocido, tanto por el Derecho antiguo, en la ley 2.<sup>a</sup>, tít. 18, libro XI de la Novísima Recopilación, y corroborado por diferentes sentencias del Tribunal Supremo, como por el art. 1.965 del Código civil (6).

Subsistiendo legalmente la comunidad con relación á la herencia en conjunto, y no habiendo poseído los herederos individualmente, como dueños, la parte de bienes que uno y otro administren, son inaplicables al caso el art. 1.957 del Código civil, porque ninguno de los coherederos podía prescribir contra el

(1) Sent. 24 Diciembre 1895.

(2) Sent. 3 Julio 1897.

(3) Sent. 19 Noviembre 1901.

(4) Sent. 28 Mayo 1907.

(5) Sent. 28 Enero 1892.

(6) Sent. 15 Abril 1904.

otro, sino en concepto de copropietario y para la comunidad, y el 1.965, porque, dada dicha comunidad, ningún copropietario está obligado á permanecer en ella, y puede en cualquier tiempo pedir que la cosa común se divida conforme al art. 400 del repetido Código, siendo, por imprescriptible, la acción, como lo es para solicitar la partición de la herencia, según el citado art. 1.965 (1).

41. CRITERIO DE TRANSICIÓN.—La regla duodécima de las disposiciones transitorias para la aplicación del Código civil, en nada ha cambiado ni modificado las citadas disposiciones procesales y doctrina del Tribunal Supremo, que fija su recta inteligencia, porque éstas se refieren al modo y forma de practicar las operaciones particionales, y aquélla al derecho que en la partición de la herencia testamentaria ó abintestato de los fallecidos después de hallarse en vigor el nuevo Código, tengan, con arreglo á éste, los interesados en la misma (2).

Declarándose que puede hacer las particiones de la herencia uno de los coherederos, no obstante haber fallecido el testador después de estar vigente el Código civil, en razón á que el testamento fué otorgado antes de su publicación, se interpretan rectamente el art. 1.057 de aquel cuerpo legal y las disposiciones transitorias 4.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup>, porque, según éstas, el testamento es válido y eficaz y surte todos sus efectos, sin más limitaciones que las que aquellas disposiciones establecen, y al ordenarse en la 12.<sup>a</sup> que la herencia del fallecido después del Código, sea ó no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al mismo, pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias, se refiere sólo al modo de hacer la partición, en relación con la cuantía en que deba distribuirse la herencia, como lo demuestra con toda claridad el último párrafo de la citada disposición, así como la 2.<sup>a</sup>, sin que á esta doctrina se oponga la de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 1892, que nada resolvió, por no ser objeto de aquel recurso, respecto del art. 1.057 del Código, en relación con el derecho transitorio (3).

42. INVENTARIO.—El heredero tiene derecho á pedir que los bienes de la herencia sean excluidos del inventario del caudal de la consorte del testador; y reconociéndolo así, no infringe la Sala sentenciadora la ley 28.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, Partida III, y el art. 348 del Código civil (4).

Apareciendo del testimonio de un inventario que en éste se incluyeron los mismos bienes á que se refiere el respectivo testamento, y habiéndose aquél aprobado sin oposición por parte de los interesados en la testamentaría, es obvio que no pudieron ni debieron valuarse más bienes que los comprendidos en él, con arreglo á lo dispuesto en el art. 441 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 (5).

No puede estimarse infringido el art. 1.066 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque, limitado este artículo, de carácter meramente adjetivo, á marcar el orden del inventario, nada resuelve ni determina acerca de los bienes que deban ser objeto de aquél, no pudiendo, como no puede, entenderse la frase «bienes de la herencia», sino como sinónima, en su sentido más genérico, y

(1) Sent. 29 Diciembre 1905.

(2) Sent. 8 Febrero 1892.

(3) Sent. 21 Abril 1904.

(4) Sent. 20 Febrero 1890.

(5) Sent. 12 Mayo 1892.

comprehensiva de todos aquellos que por la naturaleza y fines del juicio deban ser tenidos en cuenta para los efectos de las liquidaciones de las testamentarias (1).

No infringe los arts. 1.073, 1.074 y 1.079 del Código civil la sentencia que, sin confundir la nulidad con la rescisión y sin desconocer que las particiones son rescindibles por las mismas causas que las obligaciones, acuerda que, en conformidad al último citado artículo, sea una partición adicionada con bienes no incluidos en el inventario, por estimar que el valor de los mismos no asciende á la cuarta parte del caudal relicto (2).

Según el art. 1.079 del Código civil, las omisiones en las operaciones divisorias de los objetos ó valores de una herencia no dan lugar á la rescisión, sino á la adición de lo omitido (3).

El art. 1.079 del Código civil prevé el caso de que en la partición de bienes de una herencia se omitan, sin distinguir de causas, objetos ó valores que á la misma pertenezcan; y el propio artículo establece, como medio legal de subsanar este defecto, que la partición se complete ó adicione con los objetos ó valores omitidos, sin que á las últimas palabras del citado artículo pueda atribuirse la significación de que es indispensable la existencia de los mismos valores y objetos para que pueda ejercitarse la acción que nace de su precepto, cuando el Tribunal sentenciador estima probado que á ellos han sustituido otros bienes que figuran en el haber de la testamentaria (4).

**43. LIQUIDACIÓN.**—Las cantidades que ingresan en la sociedad conyugal como gananciales, sólo pueden formar parte del haber hereditario, si existen á la disolución del matrimonio, lo cual incumbe justificar al heredero, cuando afirma dicha existencia (5).

La fianza que los herederos deben dar á los acreedores de la herencia, para privarles de su derecho á intervenir en los juicios universales de liquidación y partición de la misma es de carácter judicial, porque, además de producir sus efectos dentro del juicio sin la directa aceptación de la persona á cuyo favor se presta, no los produce sino mediante y en virtud de providencia judicial; y en su consecuencia, es visto que el fiador, en tal caso, no puede pedir excusión de bienes del deudor principal, á tenor de lo dispuesto en el art. 1.856 del Código civil (6).

Aun cuando puedan estimarse fuera de la sociedad conyugal los bienes parafenales de la mujer, cuya administración conserva y retiene, por no haber hecho entrega de los mismos al marido para el efecto de tener que incluirlos en el inventario de los que á la muerte de éste han de ser objeto de la liquidación de la expresada sociedad, no se infringen los arts. 1.382, 348 y 349 del Código civil, acordando la mencionada inclusión en el caso de estimar la Sala sentenciadora que, por haber sido aquéllos objeto de transformaciones y reformas de importancia que merecen el concepto de gananciales que tienen que ser

- (1) Sent. 10 Diciembre 1901.
- (2) Sent. 9 Abril 1904.
- (3) Sent. 27 Junio 1907.
- (4) Sent. 2 Julio 1908.
- (5) Sent. 30 Enero 1893.
- (6) Sent. 30 Diciembre 1896.

convenientemente liquidados, esta circunstancia hace presumir la intervención del marido en su administración, y por ello la inclusión de tales bienes en aquel inventario, no implica el desconocimiento del dominio que en ellos tenga la mujer, sino que se justifica por la conveniencia y aun la necesidad de hacer la expresada liquidación sobre la base del reconocimiento del carácter de los bienes (1).

No se comete infracción de hecho, por entender que en el pasivo de una herencia deben sustituirse los capitales de censo por los que fueron redimidos, porque siendo aquéllos el gravamen real y efectivo que pesaba sobre los bienes, la redención, si importase menos, cedería en beneficio del heredero, y no sería carga de la herencia si ascendiera á mayor suma que la representada por el capital del censo (2).

No es de estimar la infracción de los arts. 657, 1.216, 1.218, 1.296, 1.407 y 1.417 del Código civil, si la Sala sentenciadora, apreciando el resultado de las pruebas, resuelve que no puede ser baja del cuerpo general de bienes de la testamentaria del marido una cantidad adjudicada al mismo al fallecimiento de su primera mujer, no desconociendo la naturaleza de tales bienes, sino entendiendo que no se ha justificado que aquéllos ingresasen en la última sociedad conyugal al contraer el segundo matrimonio, siendo, por tanto, de rigurosa aplicación el art. 1.407 del Código citado (3).

**44. COLACIÓN.**—Autorizados los compromisarios en el doble concepto de liquidadores, partidores y amigables componedores, para practicar las definitivas operaciones de una testamentaria y para decidir con espíritu de justicia y conciliadora equidad las cuestiones indicadas hasta entonces y las que pudieran surgir en adelante relativas á las operaciones susodichas, sin otra ni más limitación que la expresamente designada en la respectiva escritura, es á todas luces evidente que dentro de las facultades conferidas á los compromisarios está comprendida la resolución de las cuestiones referentes, así al derecho que cada heredero pretendiera tener en el caudal partible, como á la colación de los bienes que hubieran percibido en vida de la testadora, sin más excepción que la establecida por los mismos interesados, y sea cual fuere el tiempo y la ocasión en que las cuestiones se hubieran propuesto (4).

Procede traer al caudal hereditario, para ser dividida entre todos los herederos, la cantidad entregada á uno de ellos por el administrador de la testamentaria (5).

Los arts. 1.038 y 1.043 del Código civil se limitan á declarar como regla general, ya la obligación de colacionar que tienen los nietos cuando suceden al abuelo en representación del padre, ya el carácter de colacionables de las cantidades satisfechas por la redención del servicio militar y otros gastos análogos (6).

La obligación impuesta por la ley al heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean á una sucesión, de traer á la masa hereditaria los

- (1) Sent. 10 Diciembre 1901.
- (2) Sent. 29 Mayo 1905.
- (3) Sent. 9 Octubre 1907.
- (4) Sent. 26 Junio 1896.
- (5) Sent. 21 Marzo 1898.
- (6) Idem id.