

Las segundas ó *judiciales*, las hechas judicialmente ó con intervención judicial en la práctica de todas sus operaciones, y hechas extrajudicialmente, pero con necesaria aprobación judicial.

53. En explicación de cada una de estas especies, hay que decir:

a. *Partición de la herencia hecha por el propio testador.*

No sin algún precedente en las leyes anteriores de Castilla, como en la práctica, según alguno de los civilistas y en el Derecho romano, sobre todo en el testamento hecho por el padre entre los hijos, el art. 1.056, pár. 1.º del Código, establece este caso, prescribiendo que, «cuando el testador hiciere por actos *inter 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».

Es esta la forma más auténtica y autorizada de llevar á cabo la división de una herencia; y son mayores los fundamentos y conveniencias que la justifican y aconsejan que los reparos que se le oponen.

La partición de la herencia es la ejecución del testamento y uno y otra son actos que, como todos los jurídicos, necesitan conformarse exactamente con las leyes que los regulan; pero, así como el testamento está sujeto sólo á las leyes generales, la partición lo está de modo indirecto á aquéllas á través del testamento mismo y de modo directo á éste, que es su ley especial.

No puede haber particiones válidas de testamento nulo, pero sí particiones nulas de testamento válido. Aparte el influjo que ciertas leyes generales tengan sobre las operaciones particionales de una herencia y su resultado, por ejemplo, con la liquidación y pago del impuesto ó en otras aplicaciones de efecto ulterior á su misma formación, la norma que rige la división de una herencia es la última voluntad que mediante ella se trata de ejecutar, y la voluntad ha de ser bien conocida y fielmente interpretada; y nada cumple mejor estas dos condiciones y la consiguiente nota de autenticidad, como el propio testador, autor de la misma, porque de este modo no se separa, como en los demás casos, el pensamiento del acto ó el propósito del resultado.

Igual juicio merece su eficacia, sustraída á la multitud de motivos de reclamación que una partición de herencia puede ofrecer y á los obstáculos, dilaciones y pleitos con que frecuentemente se da el triste espectáculo de desarmonías y enconadas contiendas entre los partícipes de una herencia, que así se contradicen y luchan á nombre de un título común creado por una voluntad bienhechora para todos ellos, puesto que no es lícito ir contra la partición hecha por el testador más que por el motivo único de que pueda perjudicar la legítima de los herederos forzosos, lo cual no es ninguna novedad, toda vez que tampoco puede perjudicarla en su testamento, y si el perjuicio se ocasiona en la partición y no en el testamento, el vicio de nulidad estará en la incongruencia de

la primera con el segundo, ó si, por el contrario, el perjuicio para la legítima de los herederos forzosos dimana ya del testamento, la partición, que es su reflejo, no es realmente la impugnada, sino el testamento mismo.

De lo expuesto, resulta: 1.º, que en realidad la única limitación ó motivo de impugnación que establece el art. 1.056 á la eficacia de la partición hecha por el testador, de que en ella no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, no es precepto nuevo ni especial, ni, por decirlo así, requisito distinto y aparte, sino que es el respecto á aquel principio que rige los testamentos, cuando el testador tiene sucesores de esa clase ó que mantiene la natural ecuación entre el testamento y la partición para que si en aquél no se perjudicó dicha legítima, tampoco en ésta pueda perjudicarse, á título de una ejecución del mismo, que sería infiel é incongruente.

2.º Que en todos los casos en los que, por no existir herederos forzosos, no pueda sobrevenir ese motivo de impugnación, todavía puede y debe entenderse, aunque el Código no lo diga en este art. 1.056, pero sí resulta de modo general, á los efectos de nulidad, rescisión ó modificación de las particiones, de los arts. 1.083 á 1.081, después explicados, que en toda partición hecha por el propio testador puede haber una causa natural de limitación más á su eficacia, cual es la de que la división de la herencia por él formulada no se ajuste á sus disposiciones testamentarias; á no ser que dicha división estuviere hecha, bien á continuación, en el mismo testamento, bien en otra disposición *mortis causa* posteriores, con las solemnidades debidas para testar, pues en ambos casos las cláusulas de partición se han de suponer que rectifican las de institución, á pesar de la unidad del acto interpretado con arreglo al criterio legal del art. 675 (1), por ser esto «lo que aparezca más conforme á la intención del testador», ó que la partición hecha en siguiente acto *mortis causa*, aunque se diga relativa á la ejecución de la anterior, constituye una nueva y revocatoria manifestación solemne de voluntad de la misma en los puntos en que ambas sean contradictorias.

3.º Que, por tanto, será nula, rescindible ó modificable la partición formada por el propio testador, cuando sea hecha por acto *inter vivos* y no se ajuste exactamente á la ley que deba regirla, que es el testamento del mismo, pues no habiéndose observado las solemnidades de Derecho en la partición que hizo el testador, sino las de los actos *inter vivos* no obstante ser notorio su cambio de voluntad, carece de eficacia legal la manifestación de la misma realizada en el segundo acto de partición para revocar la consignada en el primero de institución ó disposición testamentaria, otorgada con arreglo á Derecho.

Así fijada la doctrina, resulta que, la partición hecha por el testador

(1) Explicado en el núm. 10, cap. 19.º de este tomo.

no tiene en sí misma limitación alguna especial más que la de ajustarse al testamento, bien anterior y separado que aquél otorgara, bien conjunto ó simultáneo de la partición misma; pues la que consigna el art. 1.056 de que no se perjudique con ella á la legítima de los herederos forzosos, afecta realmente á la disposición testamentaria y no á la partición.

Lo absoluto de los términos literales del art. 1.056, al decir, *se pasará por ella*, refiriéndose lo mismo á la partición que el testador hiciere por acto entre vivos que por última voluntad, sin más limitación expresa que la de que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, pudiera creerse que se opone á esta doctrina; pero no debe entenderse así, si se tiene en cuenta que equivaldría á echar por tierra todas las formas de la testamentifacción y á autorizar que se testara en este caso sin las debidas solemnidades.

Á nombre de un criterio técnico, quizá exagerado, se califica de paradoja jurídica esta *autopartición* del testador, porque se echa de menos el precedente de un estado anterior de comunidad de bienes que la herencia yacente produce entre los partícipes desde la muerte del testador hasta que se ultima la división. El escrúpulo no parece estimable, ni aun por motivos técnico-jurídicos, puesto que ese período de duración efectiva, más ó menos larga según los casos, es más ideal que real, y al fin desaparece en todos ellos por el efecto capital, también jurídico, de retroactividad que produce la aceptación de la herencia, siempre referido al momento mismo de la muerte del testador; sin embargo del cual, se dan por cumplidos positivamente los dos momentos de la *delación* y adquisición de la herencia que integran este modo de adquirir los bienes y continuar la representación patrimonial del causante por el heredero en la sucesión *mortis causa*.

En cuanto á formas de esta partición, hecha por el testador, son dos: por acto *inter vivos* lo mismo que por disposición *mortis causa*; pero hay siempre que insistir en que no cabe la primera si no ha precedido la segunda, y que lo único legalmente posible es que en esta última se comprendan las dos, el testamento y la partición; pero no que pueda haber por acto *inter vivos* partición sin las solemnidades de Derecho de los de última voluntad, ó sea que en este caso procede el testamento perfecto, como lo prueban las mismas palabras de la ley, «cuando el *testador* hiciere por acto entre vivos», etc.; es decir, que antes de hacer la partición, tiene que haber testado.

Tampoco hay que confundir la partición hecha por acto *inter vivos* con las donaciones, ni puede tomarse la primera como equivalente de la segunda, cada uno de estos actos se gobiernan por reglas distintas, no siendo aplicables á éstas este art. 1.056 relativo á aquélla, y producen los efectos peculiares de su naturaleza. Así se comprueba conviniendo

no olvidar el principal punto de vista de esta doctrina, cual es que los actos de última voluntad, ó entre vivos de donación, son actos de *disposición*, y los de partición hecha por el testador, en una ó en otra forma, son siempre actos de últimas voluntades de mera ejecución, si no llevan envuelta ó conjunta la disposición, por expresarlo así, y observarse en ellos las solemnidades de Derecho establecidas para cualquier especie de testamentos válidos.

La hipótesis del art. 1.056, en su primer párrafo, contiene dos actos jurídicos, *testar*, instituir ó disponer por causa de muerte, y *partir*, dividir ó distribuir el caudal hereditario entre los instituidos ó llamados á suceder en él; cada uno de ellos necesita los elementos *personales, reales y formales* que según la ley les son indispensables, y entre ellos, el primero de las solemnidades necesarias en la clase de testamento de que se trate y el segundo de los requisitos notariales y del Registro que están asignados á los documentos de su naturaleza para que causen sus efectos y sean *inscribibles* en el Registro de la propiedad.

Esto no quiere decir, que no sea libre el testador en tales casos, sin otra limitación que la indicada, que no perjudique con ello la legítima de los herederos forzosos, para sustraerse á toda regla legal ó usual en la formación de inventario y práctica de avalúo ó de liquidación, ni les sean aplicables los preceptos de los arts. 1.061 y 1.062, como obligatorios, relativos á la formación de lotes para la adjudicación ó á la de la cosa indivisible, que quedan al arbitrio de su voluntad, siempre que resulten con la precisión, exactitud y autenticidad necesarias para que el acto sea propiamente particional, se ajuste á su derecho, según la disposición testamentaria, la formación de haberes de cada partícipe, y pueda, también, servir de base cierta, para deducir con igual exactitud los aumentos ó menoscabos que el caudal partible tuvo desde la división hecha por el testador hasta la muerte de éste, toda vez que pueden ser considerables según las circunstancias y el mayor ó menor tiempo transcurrido entre ambas fechas. Dedúcese de esto (1):

1.º Que la interpretación dada por la jurisprudencia al importante texto del art. 1.056, en sus palabras, «se pasará por ella», ha sido declarar que las particiones testamentarias hechas por el testador por acto entre vivos ó por última voluntad, «revisten *carácter obligatorio*» (2), es decir,

(1) Sin llegar á la regla 22.ª del art. 3.º de la ley de 2 de Abril de 1900, sobre impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, por la cual se declara que gozarán de la exención de aquél, los excesos ó diferencias que unos herederos deban abonar á otros, cuando en virtud del pár. 2.º del art. 1.056 y del 1.º del 1.062 del Cód. civ., les haya sido adjudicada en una finca mayor porción que la que les correspondiere por su haber hereditario, si bien esto no releva á cada heredero de abonar el impuesto sucesorio que les corresponda, con arreglo á la ley.

(2) Sents. 14 Marzo 1901 y 17 Abril 1906, insertas en el núm. 33 de este capítulo.

que no necesitan para su eficacia la aprobación y el consentimiento de los interesados, siempre que no perjudiquen la legítima de los herederos forzosos, que tienen derecho á la cuantía que represente su cuota legítima, conforme al art. 815 (1); pero en quedando éste á salvo, ninguno otro pueden invocar contra la división y distribución que de sus bienes quisiere hacer al testador en vida, y la doctrina que resulta establecida en diferentes Resoluciones de la Dirección general de los Registros (2), es idéntica, en cuanto declara que, la falta de aprobación de los herederos forzosos de la partición practicada por el testador — lo mismo que la practicada por comisario nombrado en testamento — no es defecto que impida la inscripción de aquélla — ni la hecha por el contador — y no se requiere para su validez el consentimiento de los interesados, sino que es simplemente un acto prevenido por las leyes y ejecutado como complementario del testamento para repartir y adjudicar á cada heredero la porción indivisa que había de corresponderle; por lo que dicha partición puede protocolizarse por medio de acta, según lo dispuesto en el art. 91 del reglamento notarial.

2.º Que, por regla general, los herederos forzosos no pueden promover el juicio voluntario de testamentaria contra la partición hecha por el testador y tan sólo tienen el derecho de impugnar la división del caudal hecha en aquélla, si perjudica á su legítima y de reclamar el complemento de la misma por la acción *ad supplementum*, con arreglo á este art. 1.056 y al 815.

3.º Que, á pesar de la categórica declaración del art. 1.056, de que, «se pasará por ella» — la partición hecha por el testador —, de tal suerte puede estar desprovista de requisitos legales indispensables ó ser contraria á Derecho en su contenido ó modificada fundamentalmente ó hecha imposible por pérdida ó enajenación ulteriores de bienes adjudicados en la partición para pago de legítimas, ó por la transformación, disminución ó aumento considerable de los bienes distribuídos ó variada de modo importante la cuantía del caudal hereditario por razón de frutos, accesiones ó menoscabos que no pueda subsistir aquélla en conformidad al testamento, cuya ejecución representa y formaliza, ó, tampoco, conociéndose en armonía con la voluntad del testador que la hizo ó de las bases que la sirvieron de fundamento, según expresión de aquélla; é igualmente, por la muerte de un hijo sin descendientes ó renuncia ó incapacidad de algún heredero ó superveniencia de hijos no mencionados en la partición, como caso expreso de preterición en la misma, á que provee de modo general el art. 1.080.

4.º Que, en casos semejantes, no parece justo desconocer el derecho

(1) Explicado en el núm. 3.º, capítulo 15.º de este tomo.

(2) De 5 Octubre 1893 y 22 Enero 1898.

á impugnarla, modificarla ó rescindirla de parte de los interesados y aun de los mismos á promover el juicio de testamentaria como parte legítima para ello, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil, siendo en el sentido en que se pronunció la jurisprudencia, ya después de publicado el Código y conocido el precepto del art. 1.056, si bien en caso de fecha anterior á su promulgación y aplicando *la legislación* precedente, que no era tan terminante (1), y ésta se conforma con la regla general, respecto de *rescisión* de particiones, del art. 1.073 que, como los siguientes, hasta el 1.081, están dictados con carácter general para esta aplicación, sin contener otro precepto especial de excepción para la partición hecha por el difunto, que el del 1.075, al declarar, que no le es aplicable la rescisión por causa de lesión, «sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos ó de que aparezca, ó racionalmente se presume que fué otra la voluntad del testador», que es precepto inspirado en igual criterio que el antes expresado para casos ó supuestos semejantes á los que se dejan indicados, así como, tampoco, quedan obligados los herederos á la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados, según el núm. 1.º del art. 1.070, cuando el mismo testador hubiese hecho la partición, á no ser que aparezca, ó racionalmente se presume, haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima.

5.º Que, en cualquier modificación ó adición que en la partición se imponga por efecto de alguna de esas circunstancias ú otras análogas, habrá de tenerse, como criterio preferente, el de conservar dicha partición hecha por el difunto, antes que anularla, mientras sea posible, limitándose á modificarla ó adicionarla en lo que fuere preciso, sin rescindirla; pues, aunque el Código no provea á este posible y aun frecuente supuesto, ese es también su criterio, aun para las particiones en general, según los arts. 1.079 y 1.080, inspirados en el principio de conceder la mayor subsistencia posible á la partición realizada, por lo perturbador que es siempre el recurso de invalidación, y mucho más procedente la aplicación de este criterio á la hecha por el propio testador, que tiene un carácter obligatorio *explicito* para los herederos que no tienen otras, aunque las hechas por comisario nombrado por el testador, participan algo de esta naturaleza de obligatorias, para los herederos de un modo relativo, si su práctica se acomodó á las facultades que aquél confiriera á los comisarios y se observaron en ella las disposiciones legales que le fueran aplicables.

6.º Que, en su consecuencia, cuando sobrevengan esas circunstancias que produzcan, por causa del transcurso del tiempo ó de otros accidentes, alteración considerable en el caudal dividido por la partición que el testador hiciera en vida, se impone, por lo menos, la necesidad, sin per-

(1) Sent. de 29 de Noviembre de 1889, inserta en el núm. 21 de este capítulo.

uicio de pasar, en principio y en todo lo que sea posible y subsista de hecho y de Derecho, como cuando la partición se hizo por aquél, de practicar otra operación *adicional* y *complementaria* de la primitiva, coordinada debidamente con ésta. Esto constituye, sin duda, un posible é inevitable defecto que puede convertirse en cargo contra tal sistema de particiones hechas por el testador, puesto que no siempre, ó pocas veces, el tiempo que medie entre su fecha y la de su muerte y el necesario alcance y retroactividad de los efectos de la partición á esta *última* fecha, pueden dejarse á salvo con la practicada por el testador.

La partición hecha por el testador, puede ser también *total* ó *parcial*, limitándose en ésta á ciertas aplicaciones de bienes, en pago del haber de algún heredero ó legatario, si bien tales disposiciones más que el carácter de una partición de herencia, que se refiera á la división y distribución de todos los bienes de la misma, tendrá el de una cláusula, prevención ó condición de su última voluntad. Lo mismo sucederá en cuanto á las limitaciones que nazcan de la fijación de condición, de plazo, de modo, y en general, de todos los elementos accidentales que consigne el testador en la partición que hiciera, pues todo está referido por el art. 1.056, pár. 1.º, al arbitrio de su voluntad, sin más limitación expresa que la indicada de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos y las generales de común aplicación de las leyes preceptivas; si bien los defectos que por razón de forma tuviere la partición hecha por el testador, podrán subsanarse después.

Por esto, no es preciso, para la validez de dicha partición, que resulte hecha de modo perfecto en documento público ni especialmente ante notario, si no lo fué por acto *mortis causa* que necesite las solemnidades de la clase de testamento en que se verifique; y si fué practicada por acto *inter vivos* puede serlo en documento privado, con ó sin testigos, generalmente firmado ó aunque no lo fuera, siempre que en todo caso se acredite ó no sea impugnada su autenticidad, procediéndose después, á base de esta principal circunstancia de ser auténtica, á la formalización, con arreglo á la ley, de la operación particional llevada á cabo por el difunto. Este artículo tiene como concordancia muy principal la del 1.271, segundo párrafo (1), al declarar que, sobre la herencia futura, no se podrá celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al art. 1.056 (2).

(1) Explicado en el núm. 47, cap. 10.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Confirman la doctrina expuesta, las autorizadas declaraciones que, acerca de particiones hechas por testador de si tienen ó no valor sin testamento anterior ó con testamento posterior que las modifique, y de su relación con los pactos y herencia futura, se hacen en la Memoria anual del Tribunal Supremo correspondiente al año 1904: «Dispone el art. 1.056 que 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

El segundo párrafo del art. 1.056, prescribiendo: «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 ar-

á la legítima de los herederos forzosos», y preceptúa el 1.271, en su segundo párrafo, que sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al artículo 1.056; y con relación á estas prescripciones legales se discutió ante los Tribunales y se sometió al Supremo la cuestión de si un contrato celebrado por dos cónyuges con uno de sus hijos haciendo la distribución de sus bienes, constituía sencillamente una partición hecha en vida, si este contrato era de los permitidos, y si después de celebrado pudo ó no uno de aquéllos disponer en testamento de sus bienes de distinta manera, siendo resuelta en el sentido de que tal contrato no tenía propiamente el carácter de una verdadera partición, que era en realidad contrato sobre herencia futura, y que, de todas suertes, aun las particiones hechas con sujeción estricta á lo que previene el art. 1.056, no obstan á que por un testamento posterior el testador varíe su voluntad.

»El precepto de este último artículo, á juicio del Tribunal Supremo, según doctrina que ha dejado consignada en el caso que nos ocupa, no tiene más alcance que el de poder hacer en vida lo que habría que hacer con una herencia después del fallecimiento de la persona de quien procede, bien para economizar este trabajo á los herederos, bien para realizar la adjudicación de los bienes de manera más conforme con la voluntad del testador, bien para evitar las cuestiones que luego pudieran surgir entre los interesados; y particiones así realizadas revisten entre éstos un carácter obligatorio, lo mismo si han sido hechas por la sola iniciativa del dueño de los bienes que con la concurrencia de alguno ó algunos de los interesados, que es el caso único á que puede referirse el párrafo 2.º del art. 1.271.

»El testador, ó sea el que testa, al que se refiere el Código, puede hacer la partición ó por última voluntad, en cuyo caso no existe dificultad alguna, ó por acto entre vivos, es decir, después de haber testado, por manifestación que no requiere las solemnidades de los testamentos con ó sin la intervención de las personas llamadas al disfrute de los bienes, y esta partición obliga en tanto en cuanto no se perjudique á la legítima de los herederos forzosos; pero cuando no se realizan en estas condiciones, cuando sin la norma y la base de un testamento y sin los requisitos por la ley exigidos para la expresión de las últimas voluntades hay quien se entretiene en una ú otra forma en hacer manifestación sobre la manera como hayan de distribuirse sus bienes, esta manifestación, siquiera tenga el carácter formal de partición, no puede producir efecto alguno, ni como testamento ni como contrato. Ni como testamento, por no serlo, porque la ley no admite esta especialísima manera de testar ni podría obstar, consiguientemente, á que los herederos llamados por la ley en el caso de un abintestato reclamasen la herencia; ni como contrato, por faltar el concurso de la parte á cuyo favor se pretendiera establecer el derecho. Y si se hacía intervenir á los interesados en la partición para dejar obligado á su autor, esto tendría todos los caracteres de un contrato sobre herencia futura que la ley no consiente desde el instante en que aquélla no descansa sobre testamento alguno, ni podría, consiguientemente, estimarse como desarrollo y complemento del mismo. El art. 1.056, y en relación con él el 1.271, son terminantes; nada, absolutamente nada, se puede pactar sobre herencias futuras, y si el testador quiere practicar por sí, en vida, más particiones, tiene que hacerlas sobre la base de un testamento, pues que de otra suerte dejaría él de ser testador y las particiones no merecerían propia y jurídicamente el nombre de tales, significando como significan aquellas operaciones que se realizan para inventariar, valorar y adjudicar los bienes de una herencia á las personas llamadas por el testador ó por la ley á heredar á éste,

tículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima á los demás hijos», no es un precepto distinto, aunque sí nuevo, por lo expreso en nuestro Derecho, sino una aplicación parcial de lo dispuesto en el párrafo anterior del mismo artículo. Lo único que pudiera tener de aquel carácter es su última parte, relativa á que se satisfaga en *metálico* su legítima á los demás hijos.

Es lo primero, porque sólo al padre, y no al ascendiente, ni al descendiente, ni á otro testador cualquiera, es á quien se concede el derecho de hacer por sí la partición, en el citado primer párrafo del art. 1.056, inspirándose, según se manifiesta, en que el mismo considera de interés para la familia, conservar indivisa una explotación agrícola, industrial ó fabril; y, si bien la hipótesis es la más racional y probable, no era impo-

y la circunstancia de que en aquélla se haga intervenir á los herederos no puede modificar en lo más mínimo las condiciones esenciales de las mismas. Tales fueron las condiciones que sustancial y fundamentalmente tuvo presente el Tribunal Supremo para mantener la nulidad del contrato á que antes se ha hecho referencia, estimándolo como contrato sobre herencia futura, en atención á que lo pactado entre los padres y uno de los hijos no descansaba sobre testamento alguno, y porque en él sólo se revelaba la intención de favorecer irrevocablemente á éste, en perjuicio de una hija; pero hubo además otra razón tan poderosa como las anteriores que entraña distinta cuestión de Derecho.

«Uno de los cónyuges contratantes, el padre, después de otorgado el contrato, testó alterando y modificando la distribución que en aquél había hecho de sus bienes, y se pretendía que lo dispuesto por este testamento era ineficaz en cuanto contravenía lo pactado. Claro y evidente es que si dicho contrato llevaba en sí un vicio de nulidad, según lo que queda expuesto, en nada podía obstar á la validez del testamento bajo el cual falleció el expresado cónyuge; pero la doctrina declarada, al resolver esta cuestión, no se detuvo en dicha consideración, sino que fué desarrollada en toda su debida extensión, afirmándose que aun cuando se dé el caso de que el testador haga unas verdaderas particiones y aun cuando á estas particiones concurren los interesados en ellas, no por esto se entiende coartada en lo más mínimo la facultad del testador para variar hasta el último momento su voluntad. Ya queda explicado el sentido, alcance y concepto de la partición, que no es realmente sino el complemento de un testamento modificable por su naturaleza según la voluntad del testador, y no es posible, por lo tanto, legal ni racionalmente, estimar que por este medio y procedimiento se pueda convertir en intangible é inalterable una última voluntad cuando la legislación común no atribuye en ningún caso el carácter de contrato, cual en otras legislaciones forales acontece, á los testamentos, y siendo así que en aquélla es facultad inherente á la testamentifacción activa la de que quien tiene la de testar pueda hacerlo cuantas veces le plazca hasta su última hora sin coartación ni limitación de ningún género, sin que nadie pueda cohibírsela por medio de contrato, coartación que, aparte esta razón fundamental, podría producir el inmenso daño de no poder atender á necesidades imperiosas y legítimas ó á satisfacciones de deudas morales y sagradas que pudieran surgir dentro y fuera de la familia con posterioridad. Las particiones legítimamente hechas en vida podrán producir efecto de contrato, pero es después de la muerte del testador, siempre que se refieran á un testamento legalmente válido y subsistente; pero su naturaleza, alcance y finalidad no consienten que sirvan para desvirtuar en lo más mínimo el principio fundamental de la libertad de testamentifacción.»

sible que tuviera otras aplicaciones tratándose de un testador con herederos forzosos aunque no fueran hijos.

La posibilidad legal que se reconoce de que disponga el pago en metálico de su legítima á los demás hijos, no es *preceptiva*, sino *permisiva* y, por tanto, no hay obstáculo legal en que se arbitre otra forma de compensación si la naturaleza y valor respectivo de los bienes lo permitiera.

Los motivos á que responde, pueden ser muy fundados, y en tal caso son plausibles, porque favorecen el desarrollo económico de la riqueza, son consecuencia de la natural indivisibilidad ó perjudicial división de ciertas cosas y responden á estímulos dignos de respeto y al conocimiento que el padre—y claro es que también la madre, aunque el Código no lo diga—tendrán más que nadie de que es mejor, en interés de la familia, conservar indivisa cualquiera de aquellas explotaciones, agrícola, industrial ó fabril y pudiéramos añadir comercial, científica, artística, etc., puesto que las denominaciones que emplea el Código son incompletas, han de ser tomadas *ad exemplum* y comprensivas de otras análogas, y aunque no se trate de la granja de labor, de la casa de transportes ó de la fábrica de tejidos, que citan en la mención legal, pero sí del establecimiento mercantil de cualquiera clase, la biblioteca general ó especial científica y literaria, ó los elementos para el ejercicio de cualquiera técnica manual ó profesional, será aplicable el mismo criterio legal.

b. *Partición de herencia hecha por comisario designado por el testador.*—Esta es la forma más usual de la partición extrajudicial. El art. 1.057, denomina *comisario*, á la persona nombrada por el testador para hacerla. En el fondo es un caso de *delegación* del testador y su naturaleza jurídica la de un *mandato especial*, que suele confundirse con el *albaceazgo*, cuando á éste se conceden facultades especiales para la práctica de la partición con arreglo al art. 901 (1). En el uso forense y en las leyes procesales, se denominan *contadores-partidores*.

Tres son las principales novedades que ofrece el texto de este artículo:

1.<sup>a</sup> La forma de la designación del contador, siendo lo corriente que se haga en el testamento mismo; pero, según el Código, puede ser por acto *inter vivos* ó *mortis causa*, cada una con los requisitos ó solemnidades correspondientes á su naturaleza. La hecha por testamento, tendrá las que correspondan á éste; pero la que se hiciera por acto *inter vivos*, no dice el Código cuáles sean, ni siquiera que se consigne en documento público; pero dada su verdadera equivalencia jurídica con el mandato, le es aplicable el núm. 5.<sup>o</sup> del art. 1.280 (2), en el particular relativo al

(1) Explicado en el núm. 40, cap. 20.<sup>o</sup> de este tomo.

(2) Idem en el núm. 47, cap. 10.<sup>o</sup>, t. IV, 2.<sup>a</sup> edic.