

«poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública ó que haya de perjudicar á tercero», puesto que tales hipótesis son aplicables á la partición y no la generalidad del precepto del segundo párrafo del 1.710, de que el mandato expreso puede darse por instrumento público, privado y aun de palabra.

2.^a Se refiere á la capacidad para ser comisario ó contador-partidor. El Código no formula regla alguna *positiva* que la determine, antes bien, parece no exigir ninguna, al decir que, «el testador podrá encomendar la simple facultad de hacer la partición á cualquiera persona que no sea uno de los coherederos»; pero, como se trata de un mandato extrajudicial, cuya aceptación y cumplimiento pueden producir obligaciones y responsabilidades, habrá que estar á la general de capacidad para ser mandatario, que se deduce de los arts. 1.263 (1), que fija la regla de capacidad general para contratar y obligarse, y al 1.716 (2), al determinar la especial para ser mandatario lo mismo de los mayores que de los menores emancipados, que de la mujer casada con autorización de su marido, que no será necesaria, cuando esté separada legalmente de él y fuera autorizada para hacer la partición como albacea con arreglo al pár. 2.º del art. 893 (3); pero sí la *negativa* de que «no sea uno de los coherederos».

El fundamento de esta novedad y prohibición no puede ser otro que el temor de parcialidad como principales interesados en la partición, á los cuales, por el título universal de su sucesión, afectan desde luego los resultados de inventario, avalúo, liquidación y división. No están en igual caso los albaceas ni generalmente los legatarios, á no ser de parte alícuota, que, sin embargo, no se hallan comprendidos en la prohibición, aunque por analogía debieran estarlo, ni el notario autorizante ni el confesor en la última enfermedad, pues á este extremo no alcanza la letra ni el espíritu de las prohibiciones contenidas en los arts. 752 y 754 (4). Sólo los herederos son los expresamente excluidos, entendiéndose por tales todos los que figuren en la partición por título de herencia, sustitución ó fideicomiso universal, como forzosos ó como voluntarios, instituidos en pleno dominio, en nuda propiedad ó en usufructo y, por consiguiente, el cónyuge viudo, á diferencia de lo que sucedía en la práctica del Derecho anterior, de ser frecuentemente designado para este encargo por el premuerto, cuando, después del Código, puede ser albacea, pero no contador-partidor ó comisario. El Código no lo dice; pero por igual razón han de considerarse excluidos para

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

(2) Idem en el núm. 48, cap. 18.º, ídem, id.

(3) Idem en el núm. 34, cap. 20.º de este tomo.

(4) Ambos insertos y explicados en los núms. 61 y 63, cap. 5.º de este tomo.

serlo los representantes legítimos de cualquier heredero, como el padre, madre ó tutor de un heredero ó heredera, pues si es cierto que su nombramiento de contador-partidor procede de la designación del testador y que ellos personalmente no son herederos, y en este sentido podrían considerarse comprendidos en las palabras de la ley, «cualquiera persona, que no sea uno de los coherederos», al fin, la razón del precepto legal subsiste respecto de ellos por la racional presunción de su parcialidad en favor de su representado, que es heredero.

3.^a Consiste en la prescripción especial del segundo párrafo de este art. 1.057, para el caso de que alguno de los coherederos sea menor de edad ó sujeto á tutela, de que el comisario, *sólo en tal supuesto*, «deberá inventariar los bienes de la herencia, con citación de los coherederos, acreedores y legatarios»; lo que constituye una restricción especial en el ejercicio del cargo de comisario para tal supuesto, que no existe en los demás, como única garantía en esa especialidad, á la vez que la confirmación del sentido amplio con que el testador puede encomendar ó delegar en el comisario la práctica de la partición de su herencia; todo lo cual consagra la exaltación del principio de la soberanía civil individual del testador, para regular la partición de su herencia en que se inspiran estos dos arts. 1.056 y 1.057 del Código.

El cargo de *contador* no es delegable, pero no se reputa delegación el auxilio que necesite de los servicios periciales de otras personas para el cumplimiento de su misión; ó lo que es lo mismo, no cabe en él sustitución, á no estar expresamente autorizada por el testador, siendo de aplicar á este punto igual criterio legal que el expresamente establecido por el art. 909 (1), para el albaceazgo.

Como el de albacea, según el art. 898 (2), es voluntario el cargo de contador y también renunciable como aquél, á tenor del art. 899 (3) y del 1.732 (4) para el mandatario mediando justa causa, preceptos cuya aplicación por analogía, es evidente, si bien quedando obligado á indemnizar los perjuicios que por la renuncia cause, si no mediara aquella causa justa, y entre las que pueden serlo, la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo, conforme al art. 1.736 (5).

La duración del desempeño del cargo de *contador-partidor*, no tiene otro plazo que el designado por el testador, con ó sin prórrogas, por el mismo previstas, completándose la regla con la aplicación directa, si lo fuere el mismo albacea, como es frecuente, con lo dispuesto para la del

(1) Explicado en el núm. 37, cap. 20.º de este tomo.

(2) Idem en el núm. 35, ídem id.

(3) Idem, id.

(4) Idem en el núm. 48, cap. 18.º, t. IV, 2.ª edic.

(5) Idem, id.

albaceazgo por los arts. 904 á 906 (1) y por las necesidades reglamentarias del impuesto de derechos reales.

No obstante la equivalencia jurídica en que se encuentra el comisario con el mandatario, sobre todo cuando aquel cargo no está unido al de albacea y de lo dispuesto en el art. 1.711 (2) que, «á falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito, á no ser que el mandatario tenga por ocupación el desempeño de servicios de la especie á que se refiera el mandato, en cuyo caso se presume la obligación de retribuirlo», generalmente, por esto mismo de conferirse este encargo á personas profesionales, como abogados, notarios, etc., y habida consideración á lo penoso de estos trabajos, es de práctica constante su retribución, aplicándose el criterio del segundo párrafo de dicho art. 1.711 y del 908, en su segunda parte (3), respecto del albaceazgo, que será el aplicable si van unidos ambos cargos; consistiendo la retribución del contador-partidor en lo que previamente hubiera asignado el testador que le nombró, si prestó, su aceptación, sin reserva alguna, en lo que convinieran herederos y contador, ó, en su defecto, en cierta cantidad proporcional al importe de la herencia, siendo el tipo más generalmente acostumbrado, como intermedio, el 1 por 100, incluyendo ó no otros trabajos profesionales que la partición misma, aunque se relacionen con ella, como defensas en pleitos, intervención en arbitrajes ó servicios análogos, cuyos honorarios podrán ó no fijarse aparte, según se crea procedente en cada caso (4).

Á los contadores ó comisarios, como tales, no les corresponde, según este art. 1.057, más que la *simple facultad* de hacer la partición, pero no la custodia, administración ni representación y menos la libre disposición de los bienes de la herencia; pues aun en los casos, como en el del art. 1.062, en que por ser la cosa indivisible ó desmerecer mucho la indivisión haya que proceder á la venta en pública subasta á instancia de los herederos, ni para el pago de deudas ni bajo otro concepto alguno están facultados para llevarlo á cabo por sí. Podrá tener unas ú otras el que al cargo de contador-partidor una el de albacea ó administrador de la herencia, pero no por el carácter de partidor.

Este se concreta á la práctica de la partición, que es lo que el Código llama *simple facultad* de hacerla, siquiera en ella vayan integradas todas las atribuciones precisas para la práctica de las diferentes operaciones, *inventario, avalúo, liquidación, colación, división y adjudicación*, que

(1) Explicado en el núm. 43, cap. 20.º de este tomo.

(2) Idem en el núm. 40, cap. 18.º, t. IV, 2.ª edic.

(3) Explicado este último en el núm. 36, cap. 20.º de este tomo.

(4) Por la Resolución de la Dirección de los Registros, de 28 de Enero de 1898, se declaró que un notario puede ser contador y después protocolar en su notaría la partición, cobrando por ambas operaciones.

forman el llamado *cuaderno particional* y otras, anejo indispensable de algunas de ellas, como la liquidación de la sociedad conyugal y legal de gananciales, para fijar el verdadero caudal hereditario partible, por lo cual ha de concurrir en unión de los demás interesados en ella, cónyuge superstite y herederos del difunto ó demás socios de una sociedad á que el mismo pudiera pertenecer y que hubiera de liquidarse por su muerte para obtener de esas parciales liquidaciones ó deducir del caudal relicto por el testador las diferencias en pro ó en contra de la testamentaria y poder tomarlas en cuenta para la formación de la partición de herencia que le está encomendada, siendo mayor ó menor su intervención en estas liquidaciones accidentales y relacionadas con la de la herencia, según las facultades más ó menos amplias que se le hubieren conferido; pero, de todos modos, correspondiendo á su derecho la intervención necesaria en ellas circunscrita al cumplimiento de su cometido, y siempre al conocimiento de su resultado como un factor indispensable para la práctica de la partición.

Lo mismo en las particiones de la herencia hechas por el testador que en las verificadas por comisario designado en el testamento, ha de surgir con frecuencia la cuestión de si la mujer casada, ó más bien el cónyuge sobreviviente, en lo que se refiera á los gananciales ó á la liquidación de la sociedad legal, debe respetar lo hecho por el testador ó en su caso por el comisario, ó, por el contrario, es precisa la intervención en ambos casos del cónyuge sobreviviente, en cuanto á la liquidación y distribución de gananciales se refiera.

Si el testamento es ley para los herederos en general, y bajo este supuesto han de respetarse las disposiciones del causante, no puede darse ese alcance á la disposición testamentaria en cuanto á los gananciales, que desde el momento de la disolución legal existe un derecho privativo sobre la parte correspondiente al cónyuge superstite, derecho que sólo puede corresponder á la persona interesada y que no cabe desconocer ni menoscabar en las facultades cometidas al comisario por el testador, ni en las de éste al verificar por sí propio la partición, aun cuando se trata de un acto *mortis causa*.

Así, pues, en ambos casos, para la validez de las particiones y su inscripción en el Registro, en cuanto se refiera á la liquidación de la sociedad legal y adjudicación, por consiguiente, de los gananciales es indispensable la intervención del cónyuge sobreviviente (1).

No se olvide que en este caso de partición hecha por designación de comisario, éste obra por delegación del testador, y la partición tiene en

(1) Así lo tiene establecido la Dirección general de los Registros, según las Resoluciones de 10 de Enero de 1903, 26 de Febrero de 1906, 30 de Abril de 1907, 11 de Septiembre de 1907 y 29 de Enero de 1908.

principio la misma eficacia que si hubiera sido hecha por él, aunque entre los herederos haya alguno de menor edad ó sujeto á tutela, si bien en este art. 1.057, segundo párrafo, se consigna la prevención expresa de que, existiendo menor de edad ó sujetos á tutela entre los herederos, «el comisario deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los coherederos—herederos debió y quiso decir— acreedores y legatarios».

Esta es la única prevención legal que, en cuanto á formalidad ó modo de proceder exige el Código al comisario, cuya conducta, por lo demás, en el desempeño de su encargo tendrá sólo estas normas: las instrucciones especiales del testador para la formación de la partición, si las hubiere; lo que exija el cumplimiento de las disposiciones testamentarias que por la partición se ejecuten; lo que respecta á ciertos extremos, como la declaración en tiempo debido respecto del pago del impuesto de derechos reales, para evitar multas haga necesaria la ley y reglamento, y las reglas generalmente observadas en la práctica para esta clase de trabajos.

Fuera de la citación indicada para la formación de inventario, cuando entre los coherederos hay algún menor de edad ó sujeto á tutela, las operaciones particionales pueden practicarse con toda independencia de los interesados por el contador, y no será necesaria la aprobación judicial de las mismas (1) ni el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella, á no ser que perjudique la legítima de los herederos forzosos ó no se ajuste al testamento ó instrucciones especiales dadas por el testador para formarla, ya que la delegación que hizo el testador en el comisario mediante su designación para este encargo, atribuye á la partición igual fuerza que si se hubiera hecho por el testador mismo, puesto que así lo comprueba también la circunstancia expresada de que en el caso de haber herederos menores de edad ó sujetos á tutela, sólo se exige por el segundo párrafo del art. 1.057, que sean citados los herederos, legatarios y acreedores para la formación de inventario y nada más, pero sin que en ningún caso sea necesaria la aprobación judicial.

Sin embargo, la jurisprudencia (2), ha declarado que en estos casos, si los herederos forzosos desconfiaran del comisario y temieran que se les causara perjuicio en sus legítimas, podrían promover en cualquier tiempo, para evitarlo, el juicio de testamentaria; doctrina que nos pa-

(1) Así se ha declarado, reiteradamente, en varias Resoluciones de la Dirección de los Registros, de 5 de Octubre de 1893 y 21 y 22 de Enero de 1898, en la última de las cuales se deshace la aparente contradicción que ofrecen la de 18 de Diciembre de 1893, 9 de Septiembre y 12 de Noviembre de 1895.

(2) Sents. de 8 de Febrero de 1892, 17 de Octubre de 1893 y 14 de Mayo de 1895, insertas en el núm. 39 de este capítulo.

rece de interpretación muy extensiva y poco congruente con aquel otro sentido de fuerza y eficacia atribuída, por sí sola, á la partición formada por el comisario nombrado por el testador y á la falta de necesidad del consentimiento y aprobación de las particiones por los interesados ó de la judicial. No obstante aquellas declaraciones de la jurisprudencia que exceden á la ley, sustituyendo el perjuicio causado en la legítima por el temor de que se cause y el derecho de remediarle por la precaución de evitarle, á nombre de recelo ó desconfianza más ó menos fundados, nos parece fuera de toda duda que la regla establecida por el Código, es la expresada de no ser necesario dicho consentimiento de los interesados, ni menos la aprobación judicial, ni siquiera compatible con el supuesto del art. 1.057, que se reconozca á los herederos en este caso el derecho de promover el juicio voluntario de testamentaria con arreglo al art. 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil, en precaución ó por cautela, para los forzosos, de que se les pueda ocasionar con la partición que realice—no la realizada—perjuicio en su legítima por el comisario que el testador nombró en virtud del art. 1.057.

¿Y cómo se protocolará, entonces, y podrá inscribirse en el Registro de la propiedad la partición que el contador lleve á cabo sin intervención, consentimiento ni aprobación de los interesados, ni menos la judicial?

A juicio de la Dirección general de los Registros, y por los fundamentos que ella invoca (1)—los cuales podrían ser tachados de cierta amplitud excesiva en la interpretación del art. 91 del Reglamento notarial, más que por su verdadero sentido, por el de aplicación que le ha

(1) En la Resolución de 28 de Enero de 1892, que, extractados, son: «Que la falta de aprobación por los herederos forzosos de la partición verificada por el testador ó por el Comisario nombrado en el testamento, no es defecto que impida la inscripción de aquélla, y tampoco lo es la falta de aceptación de la herencia, porque el hecho, según se ha declarado en Resoluciones de 7 de Enero de 1875, 25 de Agosto de 1879 y 5 de Octubre de 1880, constituye jurídicamente una condición suspensiva de la transmisión del dominio, cuyo cumplimiento se retrotrae á la fecha en que se modificó la transmisión y con arreglo á los principios fundamentales sobre inscripción y á lo dispuesto en el art. 16 de la ley Hipotecaria, son inscribibles los títulos translativos de dominio, sujetos á condiciones suspensivas.

»Que, según los arts. 76 y 91 del Reglamento del Notariado, corresponde á los Notarios la protocolización de toda clase de actos y contratos prevenidos por las leyes, así como extender ó autorizar actos á instancia de parte, en que se consigne los hechos y circunstancias que presencien y les consten y que por su naturaleza no sean materia de contrato.

»Que la partición hecha por el contador en virtud de las facultades que le confirió el testador, no es materia de contrato, porque, conforme queda establecido, no se requiere para su validez el consentimiento de los interesados, sino que es simplemente un acto prevenido por las leyes y ejecutado por aquél, como complementario del testamento, para partir y adjudicar á cada heredero la porción indivisa que habia de corresponderle, y en tal concepto dicha partición puede y debe protocolarse por medio de acta, según lo dispuesto en el expresado art. 91 de dicho reglamento.»

dado la práctica y por la no interrumpida de ser siempre el último acto de las operaciones particionales de una testamentaria, su aprobación en escritura pública por los interesados, mediando y precediendo ó no la judicial en ciertos casos y autorizándose en aquélla la expedición de los correspondientes testimonios de su haber para cada partícipe—, es posible y legal que la partición de herencia hecha por contador ó comisario nombrado por el testador con arreglo al art. 1.057 del Código, se eleve á instrumento público y se protocolice por medio de *acta notarial* con el sólo requerimiento del contador, aunque no se justifique la aceptación de la herencia por los herederos ni la aprobación de la partición por éstos, debiendo *pasarse por ella* lo mismo que si la hubiera hecho el testador, si se ajustó el contador al testamento é instrucciones ó bases testamentarias ó legales, con arreglo á las cuales debía formularla y no perjudicó la legítima de los herederos forzosos, si los hubiere.

De no entenderse así, carecería de sentido y finalidad dicho art. 1.057, que se refiere á un acto *unilateral* fehaciente y eficaz, consistente en la partición de una herencia y realizado con arreglo á Derecho por la persona ó personas á quien el testador invistió, por una verdadera *delegación*, de las facultades que él no quiso ejercer por sí mismo como se lo permite el art. 1.056; siendo iguales, en realidad, los supuestos de este artículo y del siguiente 1.057, expresamente relacionados el uno con el otro, según se deduce, no sólo de su espíritu, sino de la referencia expresa que el segundo párrafo del 1.057 hace al 1.056, como disposición común á ambos; y no procediendo, por tanto, que se haga depender la eficacia de la partición hecha por contador, facultado por el testador, en la hipótesis del art. 1.057, del otorgamiento de escritura de aprobación por los interesados, sin que esto signifique, por otra parte, que los mismos no puedan reclamar contra la partición lo que á su derecho convenga dentro de los términos expresados; ni que sean igualmente aplicables á la partición hecha por comisario, preceptos excepcional y singularmente establecidos para la hecha por el testador; por ejemplo, el del art. 1.070, relativo á la evicción; el del 1.075 respecto á la rescisión y el de no ser aplicables á aquélla las prescripciones de los arts. 1.061 y 1.062, concernientes á la práctica de la adjudicación.

En resumen: la eficacia es igual, y el mismo el criterio legal que las rige, en cuanto á su valor, *por sí mismas*, sin intervención, concurso ni aprobación ulterior judicial ó de interesados en la partición hecha por el testador ó por otra persona que él designe; pero con la capitalísima diferencia entre ambas, de que la hecha por el testador, sólo puede ser impugnada por el único motivo de perjudicar á la legítima de los herederos forzosos; mientras que la practicada por comisario puede ser impugnada por cualquiera causa legal suficiente y probada, cuando no se ha ejecutado *con arreglo á Derecho*.

c. Partición de herencia hecha por convención de los herederos mayores de edad.—Es ésta de carácter *convencional*. Se funda en el consentimiento de los partícipes de una herencia y de rigurosa equivalencia á un *contrato*, cuyos privilegios y reglas generales le son aplicables en cuanto á la forma, si bien para su perfección ó eficacia puede reputarse aquélla libre (1), en cuanto que son fundamentales los arts. 1.254 y 1.278 (2) que declaran el consentimiento base de la perfección jurídica de los contratos.

No suscribimos opiniones respetables (3) que entienden «podrá hacerse en escritura pública, en documento privado y aun sin escrito de ninguna clase fuera de las aplicaciones á la inscripción en el Registro de la propiedad cuando de inmuebles se trate. La naturaleza y la materia de las operaciones particionales, que forzosamente exige el empleo de formas escritas y de contabilidad que hacen imposible utilizar las meramente verbales ó no escritas, y la visible analogía con el caso de una partición convencional entre los interesados, aunque la letra no se ajuste al tenor de los supuestos de los núms. 1.º y 4.º y párrafo final del art. 1.280 (4), ya por referirse el uno á «los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles», como es lo más probable que existan de esa clase en una herencia, y el otro á «la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios», que en la primera hay una semejanza grande con el convenio sobre su partición y distribución, siendo lo menos la hipótesis expresa de la ley, si sólo se trata de algunos de los comprendidos en la herencia, que la tácita de tratarse de la partición y adjudicación de todos ellos entre los interesados, exigen la *forma escrita* y aun el documento público ó por lo menos privado, no excediendo su cuantía de 1.500 pesetas, siquiera puedan existir pactos

(1) «Habiendo aprobado todos los herederos instituidos por la testadora las particiones hechas por los albaceas, tal aprobación obliga á los otorgantes, toda vez que, con relación á los mismos, constituye aquélla un verdadero contrato.» (Res. Dir. gen. Reg. 4 Abril 1903.)

«Para los efectos de la inscripción de la respectiva escritura de partición de bienes, sólo puede subsanarse aquel defecto reformando las operaciones particionales por medio de otra escritura, ó prestando los legatarios su consentimiento á las mismas.» (Res. Dir. gen. Reg. 18 Mayo 1900.)

«El adjudicar á unos herederos todos los bienes que constituyen la herencia, imponiéndoles la obligación de satisfacer en metálico la parte proporcional correspondiente á su coheredero, no es acto de partición, sino de enajenación, y, por tanto, no debe surtir efecto, sin el consentimiento de dichos herederos.» (Res. Dir. gen. Reg. 10 Enero 1903.)

(2) Explicados en los núms. 32 y 17, caps. 8.º y 3.º, respectivamente, t. IV, 2.ª edic.

(3) Navarro Amandi, ob. cit., t. III, pág. 472, y Manresa, que con él se conforma, ob. cit., t. VII, pág. 612.

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

verbales previos concernientes á la partición — difícilmente ó punto menos que imposible á todas sus operaciones—, los cuales se elevan más tarde á la forma escrita mediante el recurso del art. 1.279 (1).

La regla de capacidad para la partición convencional no se refiere á todos los partícipes de la herencia por cualquier título, sino sólo á los herederos, y la determinan dos condiciones: que sean mayores de edad y que tengan la *libre administración* de sus bienes, ó sea que no estén sujetos á tutela, patria potestad ó autoridad marital, los cuales no podrán hacer por sí una partición convencional ó por contrato, aunque se supla legalmente su defecto de capacidad, al amparo de este art. 1.058, no por la consideración de contrato que el caso tenga, ni porque no puedan contratar, siempre que se supla su falta de capacidad debidamente, sino porque este artículo constituye un precepto de excepción permisivo de una forma especial de hacer la partición, sólo concedida taxativamente á los mayores que tengan la libre administración de sus bienes, sin duda por la razón que ponen de relieve las últimas palabras del mismo artículo, al decir, refiriéndose á los herederos que reúnan esas dos condiciones, que «podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente», arbitrio de la soberanía civil de aquéllos, en plena capacidad legal, que la ley no ha querido conceder á los que tienen defecto de ella, como son los menores ó los mayores que carecen de la libre administración de sus bienes.

Esta regla no puede ser distinta de la necesaria para contratar, no suscribiendo nosotros, tampoco, la opinión (2) de que el acto particional sea un mero acto de administración que se limite á sustituir lo abstracto por lo concreto en el derecho de los partícipes, sino que necesita en los herederos que conciertan las particiones la verdadera libre disposición de bienes; y si es verdad que este art. 1.058 sólo menciona la *libre administración*, pocas líneas antes, en el 1.052, refiriéndose al derecho de los herederos de pedir en cualquier tiempo la partición, les exige para ello «que tenga la libre administración y *disposición* de sus bienes», y sería ilógico y extraño que se exigiera mayor capacidad para *pedir* que para *convenir* ó *hacer* la partición. La regla de capacidad es la misma en uno y en otro artículo, aunque sea deficiente su expresión en el segundo y pleonástica en el primero, porque quien tiene la libre disposición suele tener la libre administración, fuera de casos y combinaciones especiales, por ejemplo las diferentes situaciones de régimen á que pueden estar sometidos los parafernales, los casos de separación legal de bienes por interdicción ó ausencia del marido y la administración, sin libre disposición de la mujer en ellos y otros análogos.

(1) Explicado en el núm. 17, cap. 3.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Manresa, ob. cit., t. VII, pág. 610.

La condición de *mayores de edad* en los herederos que han de venir la partición, es terminante y en cuanto á si ella equivale ó no á la emancipación por cualquiera de los medios del art. 314 (1), la solución es negativa y habrá que considerar el caso comprendido en el espíritu de la regla del 317 (2).

La partición se reputa también *convencional*, hecha entre los herederos que tengan la libre disposición y administración de sus bienes, aun cuando no la realicen personalmente por sí, sino por el intermedio ó con el concurso de otros expertos en esta clase de trabajos, ó sea nombrando ellos, de común acuerdo, uno ó más contadores que la verifiquen; que es una de las prácticas más usuales. Estos son verdaderos mandatarios de todos los interesados para el fin común de la formación de la partición, si bien pueden ser nombrados varios en representación respectiva de los diferentes herederos; la variante consiste en que no influye en el carácter contractual de la convención, sino en la esfera de relaciones y responsabilidades entre herederos y contadores por ellos nombrados juntamente ó con separación, ó sea entre mandantes y mandatarios.

También conserva ese carácter *contractual*, y en ciertos casos puede ser de excelentes resultados y de preferencia indudable, sobre todo cuando se trata de testamentarias complejas y difíciles, atendida la importancia de su capital, el número y calidad de los partícipes, el temor de que sobrevengan discordias entre ellos y el deseo de defenderles de sus propias rectificaciones, poco meditadas y menos convenientes, la forma especial de que, aprovechando un primer momento de cordial conformidad, designan personas aptas de igual confianza entonces para todos los herederos, sometiéndose al resultado de la operación particional que ellas practiquen, con tal, es claro, que no tenga, por causa de Derecho, vicio legal de nulidad ó motivo suficiente y probado de rescisión ó modificación, que siempre se ha de procurar dejar á salvo, las cuales han de llevar á efecto su cometido dentro del plazo suficiente y bajo las reglas que se establezcan, sin que puedan ser sustituidos los nombrados, ni variados los términos de su encargo, sino por el unánime acuerdo, ó sea *mutuo disenso* de todos los interesados ú otorgantes de este convenio de naturaleza jurídica especial, y comprensivo, en realidad, de varios contratos, como son, el de mandato irrevocable, por pacto especial entre los mandantes, el de compromiso de amigable composición y el de transacción. Por eso los términos de redacción de este contrato exigen el mayor esmero y cau-

(1) Explicado en los núms. 7 y 8, cap. 8.º, t. II, y núms. 13 y 14, cap. 29.º, t. V, 2.ª edic.

(2) Idem id. y núms. 17 á 19, idem, id.