

En lo que merece corrección este art. 1.049 es en que en el párrafo primero, que dice *frutos é intereses*, como si fueren cosas distintas, cuando realmente los últimos pueden ser considerados *frutos civiles*, comprendidos en las palabras finales del párrafo tercero del art. 355 y en igual párrafo del 451 (1), así como en el segundo párrafo de este 1.049 sustituye la palabra *frutos* que antes emplea por la de *rentas*, comprendidas en el mismo lugar de dicho art. 355; verdad es que este segundo párrafo del expresado art. 1.049 se limita á establecer el criterio para regular ó presumir la cuantía de las *rentas é intereses*, es decir, sólo de los *frutos civiles*, ya que los otros, naturales ó industriales, no lo necesitan, puesto que se regulan por el hecho de su producción tal cual ella se ofrezca en sus resultados.

En cuanto á los frutos naturales ó industriales pendientes, hay que distinguir los que lo estén al tiempo de hacerse la donación y al de traerse á colación. Los primeros pertenecerán al donatario y los segundos á la herencia, con reintegro en este segundo caso, al heredero forzoso que los colaciona, de los gastos ordinarios de cultivo y simiente y otros semejantes hechos para su producción, y además á la parte del producto líquido proporcional al tiempo de su posesión, restando de aquel reintegro de gastos la parte también proporcional correspondiente. Esta regla no es expresa en el Código para la colación; pues ninguna establece ni hace referencia alguna, pero es resultado de la combinación de los arts. 452 y 472 (2), relativos á la posesión y al usufructo que, dentro de aquél, es el criterio de mayor analogía. Los frutos civiles se entienden percibidos día por día y se prorratarán entre el heredero que colaciona y la herencia, por análogo criterio al que resulta establecido en el art. 474 (3) para el usufructo.

b. *Respecto de mejoras y desperfectos.*—No se registra otra regla especial para la colación, acerca de este punto, que la del párrafo segundo del art. 1.045, antes expuesto, combinada con las generales de Derecho análogas, teniendo en cuenta la calidad de necesarias, útiles y voluntarias de las mejoras, la distinción entre el aumento de valor que para las cosas produzcan y el importe de los gastos que para verificarlas se hicieron, así como, en cuanto á los desperfectos ó menoscabos, si proceden de culpa del donatario que colaciona ó son ajenos á ella, por criterio semejante al de los arts. 453, 454 (4) y 1.103, 1.104, 1.902 (5) y demás concordantes.

(1) Explicado el primero en los núms. 28 y 37, cap. 28.º, t. II, y el último en el núm. 34, cap. 16.º, t. III, 2.ª edic.

(2) Idem en el núm. 34, cap. 16.º, y núm. 39, cap. 17.º, t. III, 2.ª edic.

(3) Idem en el núm. 39, cap. 17.º, ídem id.

(4) Idem en el núm. 34, cap. 16.º, ídem id.

(5) Idem en los núms. 51 y 46, caps. 13.º y 38.º, t. IV, 2.ª edic.

c. *Respecto del influjo que deba tener en la partición cualquiera contienda sobre la colación.*—Á este supuesto especial provee el art. 1.050, disponiendo que «si entre los herederos surgiere contienda sobre la obligación de colacionar ó sobre los objetos que han de traerse á colación, no por eso dejará de proseguirse la partición, prestando la correspondiente fianza».

Previsor ha sido en este punto el Código, teniendo en cuenta, en materia tan compleja y circunstancial como la de la colación, que es de naturaleza muy á propósito para que se plantee y provoque todo género de cuestiones, cuya resolución dificultaría y aplazaría la práctica de las operaciones particionales, contra el criterio predominante en el Código en todo caso de comunidad de bienes y en la especie de ella que se llama partición de herencia, que preconizan los arts. 400 (1) y 1.051 (2), para que ningún copropietario esté obligado á permanecer en la copropiedad y ningún heredero en la indivisión de la herencia, principio que quedaría anulado, desde el momento en que no se pusiera el dique del art. 1.050 á las numerosas cuestiones relativas á la colación, que denuncia con singular relieve algún comentarista (3), al decir que esas cuestiones pueden promoverse, no sólo, como expresa el Código, por fórmula concisa, «sobre la obligación de colacionar ó sobre los objetos que han de traerse á colación», sino sobre otros variados aspectos á que la materia se presta, tales, por ejemplo: «si el padre malversó los bienes donados á un hijo incapaz ó menor de edad; si se trata de donación de frutos ó rentas, ó de donación de capital; si los gastos de equipo eran ó no ordinarios; si los regalos fueron ó no los de costumbre; si en la renuncia de una herencia ó en el hecho de no percibirse un crédito contra el heredero forzoso hubo ó no intención de donar; si un acto aparentemente oneroso contenía una donación simulada, ó una donación parcial; si en las mejoras hechas por el causante en fincas del heredero debe colacionarse el valor del beneficio ó el importe de los gastos hechos; si una declaración de deuda ó de pertenencia significaba un error ó una liberalidad; si el bisnieto debe llevar á colación lo donado á su padre y á su abuelo; si la finca valía más ó menos al tiempo de donar»... y tantas otras.

En tales casos, de surgir discrepancia ó contienda sobre cualquier punto relativo á la colación, la práctica de la partición proseguirá, sin embargo, ventilándose separada y paralelamente á aquélla, y las resultas de su solución constituirá una especie de partición adicional ó complementaria, si se declara procedente la colación, prorrateándose lo colacionable en la proporción que corresponda en la misma á cada uno de

(1) Explicado en el núm. 13, cap. 6.º, t. III, 2.ª edic.

(2) Idem en el núm. 51 de este capítulo.

(3) Manresa, ob. cit., t. VII, págs. 551 y 552.



los partícipes, y para garantizar este resultado es para lo que este art. 1.050 exige la prestación de fianza, que califica de *correspondiente*, es decir, suficiente ó proporcionada con la cuantía de lo colacionable sobre lo que se discrepa ó litiga, y aunque no lo diga, se sobreentiende que ha de ser prestada por el heredero que, en su caso, resulta obligado á colacionar y lo discuta ó resista. Si se entiende literalmente la palabra *fianza*, será la *personal* definida por el art. 1.822 (1); pero como el fin del precepto es el de establecer una garantía para la hipótesis de que se declare procedente la colación, cualquiera otra forma de ella, sea pignoratícia, hipotecaria, por forma de depósito ó consignación condicional, cumplirá los fines del precepto legal. Ocioso es decir que en ella se hará efectivo el acuerdo definitivo de ser procedente la colación, si el obligado á colacionar no lo cumpliere, ó que declarada improcedente tendrá el que la prestó el derecho de que le sea cancelada. En el primer caso, la partición se adicionará, según se ha dicho, prorrateándose lo colacionable en la proporción correspondiente á cada partícipe; en el segundo se tendrá la provisional anterior que se hizo, prescindiendo de la colación, como definitiva.

Es regla final y común á toda la materia de la colación que los preceptos legales de los arts. 1.035 á 1.050, antes explicados, y cuantas reglas complementarias por aplicación de analogía de otras del Código y demás doctrinales que quedan indicadas, se subordinarán al acuerdo unánime, cualquiera que él sea, de los herederos mayores de edad y que tuvieren la libre administración de sus bienes, sobre la distribución de la herencia de la manera que tengan por conveniente, conforme á lo dispuesto en el art. 1.058 (2).

c. *Liquidación de rentas y frutos, de impensas útiles y necesarias y de daños ocasionados por malicia y negligencia.*

En rigor de sistematización teórica, esto constituye otro de los elementos reales de la *liquidación*, puesto que, según el art. 1.063, «los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos y los daños ocasionados por malicia ó negligencia».

Todos estos motivos accidentales de responsabilidad ó participación entre los coherederos, se refieren á la fecha inicial de la muerte del testador, por cuyo hecho se causó y abrió la sucesión, es decir, al tiempo de *pro indiviso*, y no es posible cerrar la cuenta de los unos y de los otros de modo definitivo hasta que la indivisión cesa por la aprobación de la partición, protocolización de la misma, expedición de los testimo-

(1) Núm. 41, cap. 33.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Explicado en los núms. 52, 1.º, y 53 letra c, de este capítulo.

nios de su haber á cada partícipe y entrega de los bienes que le hayan sido adjudicados en pago, por lo que se hace preciso remitir á fecha inmediatamente posterior y por una especie de adición ó complemento de la misma, en la cual, sin embargo, además de la regla legal del art. 1.063, cabrá y será procedente consignar lo concerniente á estos extremos en alguna de las *declaraciones* finales de la partición y fijar las reglas más conducentes, según los casos, para llevarla á cabo.

Bajo esta consideración, que la realidad de la materia y la práctica imponen, aunque operación de liquidación, por las circunstancias de tiempo posterior á la partición principal, y conocimiento de causa con que ha de verificarse, viene á convertirse en un régimen de los efectos de aquélla, respectó á esos extremos de frutos y rentas, impensas útiles y necesarias y daños imputables, en cuyo concepto se explican después entre los efectos de la partición (1), y como uno de los especiales de ella (2).

(1) Núm. 65, segundo, letra b, de este capítulo.

(2) En la Memoria anual del Tribunal Supremo de 1902 se hacen las siguientes atinadas observaciones, que pueden servir de autorizado complemento á lo antes expuesto: «En una de las sentencias del pasado año judicial ha tenido que resolver el Supremo tres cuestiones de Derecho acerca de la inteligencia y aplicación del Código civil, surgidas con ocasión de unas *particiones*, sobre las que debo llamar la atención, porque se refieren á preceptos legales del mismo, algún tanto oscuros ó poco terminantes, que ha sido necesario interpretar por los principios generales que regulan la materia de que respectivamente tratan, siendo la primera en que he de ocuparme, relativa á lo preceptuado en los arts. 1.035, 1.036 y 1.037 del expresado Cuerpo legal.

»Basta con la lectura atenta de los mismos para comprender que la palabra *colación* ha empleado el legislador en *dos* conceptos distintos; y por esto es por lo que, sin determinarlos bien, no es posible comprender el alcance y trascendencia de las disposiciones que aquéllos contienen, induciendo á fácil error su confusión. Uno es el de *aportación* á la masa hereditaria de lo que el heredero forzoso haya recibido en vida del testador ó tenga que recibir por testamento; otro el de su *computación*, ó sea el destino que haya de darse á los bienes colacionables, si la no colación sólo significara *exclusión* de tales bienes de la masa hereditaria, para que de ellos no se hiciera aprecio ninguno en unas particiones, ¿cómo había de salvarse el principio de la integridad de las legítimas, reconocido en los antedichos arts. 1.036 y 1.037? ¿Sobre qué base, con qué elementos se podría contar para resolver acerca de la inoficiosidad de lo donado? No; no es posible salvar el mencionado principio sin traer á la cuenta de las particiones todo lo que con relación á las legítimas deba computarse, ya sea para imputarlo á las mismas, ya á la mejora, ya, en su caso, al tercio de libre disposición. Es más: se hace absolutamente necesaria tal aportación para determinar la verdadera cuantía de la legítima; pues claro es que eliminando los bienes donados en una ú otra forma á los herederos forzosos, resultaría disminuido en su cuantía el haber hereditario, y falsa é inexacta la base de la partición, pues esta clase de donaciones no constituyen desmembraciones absolutas y definitivas del caudal. Establecido el régimen económico familiar, lo mismo en la legislación anterior al Código que dentro de éste, sobre el fundamento de los derechos legitimarios, importa ante todo salvar este régimen, y mientras el legislador clara y explícitamente no haya preceptuado algo en contrario, como en el caso del art. 1.041, las disposiciones que regulan dicho régimen deben



## E. ADJUDICACIÓN.

61. Es, según se ha dicho, otra de las operaciones de las que componen la partición de herencia, y consiste en la aplicación de bienes deter-

entenderse siempre en el sentido con que aparece informado y deben aceptarse todas las que sean consecuencias legítimas de su existencia.

»Forzoso es, sin embargo, reconocer que al tratar el Código de la colación y al intentar regularla no ha estado muy feliz en la manera de hacerlo, ó más bien en la forma de expresar el pensamiento del legislador, porque constantemente emplea la misma palabra colación como si sólo tuviese un sentido, cual si entrañara un único concepto, dando lugar así á confusión de ideas, á aparentes contradicciones y á reglas que, aplicadas sobre la base de este concepto único, pugnarían con el principio fundamental de la integridad de las legítimas, siendo así que este principio es el que tiene que servir de norma constante para penetrar en el significado y espíritu de la ley que trata de esta materia. Cuando el Código habla del deber de colacionar, hay que entender, por regla general, que se refiere al de recibir ó no, en pago de la legítima correspondiente, lo donado al derecho correlativo en los coherederos de hacer, según los casos, esta imputación, sin que se pueda prescindir, salvo aquel en que aparezca clara la voluntad del legislador, de traer á la masa hereditaria los bienes con antelación recibidos por cualquiera de los herederos, pues, como antes queda indicado, no es posible suponer que tales bienes constituyan una desmembración del caudal, que para nada puedan y deban ser tenidos en cuenta al hacer las particiones. ¿Es que no hay gastos y adelantos que desmembran realmente el caudal, y que, por desmembrarlo, no deban estimarse en nada? Indudablemente existen; el Código los reconoce, aun empleando la misma forma confusa de expresión; y porque existen es por lo que, aparte tales gastos, ningunos otros están exentos del deber de ser aportados para los efectos que procedan. El art. 1.041 establece que no estarán sujetos á colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario ni los regalos de costumbre, y aun cuando el Código emplea igual expresión que aquella de que se vale en artículos precedentes, es evidente que su intención aquí ha tenido que ser distinta; porque, dada la naturaleza de estos gastos, que se hacen en virtud de los deberes que la ley natural y positiva impone á los padres, es evidente que excluyen el concepto de donación, y que sólo revelan las cargas inherentes al matrimonio, cuyo importe en ningún caso puede ni debe ser acumulable al haber hereditario, sin desnaturalizar fundamentalmente las obligaciones que se originan. Pero este mismo artículo hace resaltar la mediana redacción empleada al desarrollar la materia de las colaciones, pues que es preciso penetrar en la esencia y razón de las disposiciones respectivas para interpretar cada una de ellas rectamente, atendiendo á los principios fundamentales que las informan, entre los que descuella el de la institución jurídica de las legítimas, en relación con los deberes que el matrimonio engendra.

»No; ni los precedentes de nuestra anterior legislación, ni el sentido y tendencia del actual Código autoriza para entender de otro modo los preceptos legales referentes á la colación. El régimen legitimario, enfrente del de la libertad de testamentación podrá parecer mejor ó peor filosófica, racionalmente y en relación con las costumbres de la familia en tal ó cual región de este ó del otro país; pero, una vez establecido, obligan los principios que le informan al respeto de su integridad y á que los preceptos que les regulan sean entendidos en conformidad con aquéllos, cuando, desgraciadamente, dichos preceptos no parecen formulados con la precisión, claridad y distinción que debiera resplandecer siempre en la ley, y en el caso que nos ocupa se habría seguramente salvado la diferencia del Código que queda señalada, si no se hubiera generalizado tanto el empleo de la palabra *colación*; si sólo se hubiera empleado en el con-

minados de la misma, al pago del haber que, según la liquidación, corresponde á cada partícipe en aquélla; y, por tanto, constituye uno de sus *elementos formales*.

El Código no tenía por qué definirla, por lo conocido de su concepto, y no lo hace; pero contiene diversos preceptos relativos á la misma, que son los arts. 1.061, 1.062, 1.065 y 1.066. Los dos primeros, comprensivos de reglas para la adjudicación de los bienes de la herencia y los dos últimos concernientes á los *títulos* de los mismos.

Hay que observar que imperan sobre toda regla de adjudicación los arts. 1.056, 1.057 y 1.058, antes explicados (1).

Tanto en la partición hecha por el testador en vida (art. 1.056), como en la hecha de común acuerdo por los herederos mayores de edad, que tuvieren la libre administración de sus bienes, cuando aquél no la hubiere hecho por sí ó encomendado á otro esta facultad, habrá que estar y pasar por la primera sin otra limitación que no perjudique á la legítima de los herederos forzosos y no se podrá ir contra la segunda sino por aquellas causas que sean bastantes para anular ó rescindir las obligaciones.

La hecha por comisario, á que se refiere el art. 1.057, aunque no de efectos tan absolutos como la hecha por el testador, que en muchos casos habrá lugar á impugnar por los interesados, en cualquiera de sus operaciones, incluso en la de adjudicación, si por error, dolo ó culpa se infiere agravio á su derecho, participa en principio de la presunta *firmeza* de ésta, en cuanto constituye una delegación del testador, siempre que la comisión ó mandato del mismo resultaren cumplidos con arreglo á Derecho, y en caso contrario, es impugnabile en el juicio correspondiente.

Las particiones hechas conforme á dichos arts. 1.056 y 1.058 se sus traen al influjo de toda regla legal ó práctica á que haya de ajustarse la

cepto de *aportación*; si se hubiere distinguido bien este concepto del de *imputación* para resolver, en relación con éste, los casos en que lo colacionable debe ser tenido en cuenta, en pago de la legítima, de mejora ó de la parte de libre disposición; y así podría entenderse lisa y llanamente la disposición del art. 1.041, á tenor, no sólo de su espíritu, sino de sus términos literales, en el sentido de que los gastos á que hace referencia no pueden ser apreciados como sumando del haber hereditario. Semejante confusión de expresión era la que indujo á error al Tribunal sentenciador en el caso que nos ocupa, pues por no distinguir, según es imprescindible, entre *aportación* é *imputación*, por entender que el Código, al decir que la colación no tendrá lugar..., relevaba siempre y en todo caso la obligación de aportar; declaró en este sentido no *colacionable* lo que un interesado en las particiones, lo que una hija había recibido en vida de su padre, no obstante que éste mismo aclaraba suficientemente en el testamento su voluntad de que el importe de estas donaciones se imputase, no ya en el tercio de la libre disposición, sino en el destinado á mejoras. Así lo entendió el Tribunal Supremo, y con este criterio resolvió la cuestión suscitada con motivo de la inteligencia é interpretación que procedía dar á los arts. 1.035, 1.036 y 1.037 del Código.»

(1) Núms. 52 y 53, letras *a*, *b* y *c*. de este capítulo.



adjudicación: como el testador lo haya dispuesto en la una, siempre que no perjudique á la legítima de los herederos forzosos; y de la manera que los herederos mayores y con la libre administración de sus bienes, lo hayan tenido por conveniente, en la otra; en tanto que á la hecha por comisario nombrado por el testador ó designado por los herederos ó judicialmente, ya le pueden ser aplicables las reglas de los citados arts. 1.061 y 1.062; las cuales, más que preceptos de estricta observancia, son pautas ó normas de aplicación preferente, aunque condicional y subordinada á la circunstancialidad del caso y adaptadas, por consiguiente á la *posibilidad* ó no de su práctica, de modo absoluto ó relativo.

Se fundan los preceptos de este artículo, en que en el tránsito que la partición representa mediante la adjudicación, entre el estado de comunidad, mientras dura la indivisión de la herencia y el de propiedad particular que para cada partícipe constituye la herencia ya dividida respecto de los bienes de la misma á cada uno adjudicados en pago de su haber, sin perjuicio de esta determinación singular, se mantenga, cuanto sea dable, aquel criterio de cosa *común* ó *universal* que para los herederos tiene la *herencia yacente*, antes de ser dividida.

Por razón de la cantidad, cuota ó participación que á cada uno corresponda en la sucesión, principalmente testada, y aun también en la intestada, según que, sucedan *in capita, pro iure representationis* é *in lineas*, puedan los herederos y los demás interesados ser más ó menos desiguales en cuanto á su participación ó cantidad de su haber hereditario; pero, por razón de la misma cosa común ó universal, que es la herencia, todos se consideran en abstracto, aunque en la medida que su cuota represente, sucesores en el *universum ius quod defunctus habuit* y con la misma legítima aspiración en *todos* á *todas* las cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie que formen el activo de la herencia; puesto que unos á otros nada se transmiten, ceden ni enajenan, y si la herencia es un modo derivativo de adquirir, no lo es entre ellos y del uno al otro, sino para cada uno de aquel á quien suceden, por igual lado hereditario, que es el causante común.

Por eso la norma *ideal*, por decirlo así, en materia de adjudicación, es que ésta se haga procurando guardar en la partición de la herencia, respecto de la misma, «*la posible igualdad*», adjudicando á cada uno de los herederos cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie. Este es, en substancia, el criterio que inspira el art. 1.061, y por el cual así se declara, más que se determina, al decir, «*haciendo lotes ó adjudicando á cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie*».

La aspiración de la *igualdad posible*, como fórmula ideal de la adjudicación, va seguida, para realizarla, de aquella prescripción que parece

comprehensiva de *tres procedimientos*, á saber: la formación de lotes; la adjudicación, sin formarlos, á cada uno de los coherederos de cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie; ó estos dos procedimientos reunidos, ó sea formación de lotes en los cuales se agrupen cosas de la misma naturaleza, calidad ó especie, para la composición de cada uno de los mismos. ¿Cuál será la verdadera inteligencia y eficacia de dicho art. 1.061, en cuanto á la práctica de *adjudicación*, por esos tres procedimientos que parecen contenidos y prescritos en el mismo?

Bueno será advertir, que el tercero de ellos, compuesto de los otros dos, no es realmente distinto, porque debe aspirarse, si se emplea el de lotes, á que éstos se formen con aquella posible igualdad de composición en cuanto á la naturaleza, calidad y especie de las cosas que integren cada uno; pero bien puede suceder que esto sea absolutamente imposible y que para ser iguales en valor, atendido el de los bienes inventariados, y congruentes con el haber de cada partícipe se imponga la necesidad de hacerlos esencialmente diferentes en la naturaleza, calidad ó especie de las cosas de que se formen, y como no es posible variar la calidad de las que tenga la masa hereditaria á repartir, en estos casos ha de renunciarse forzosamente á tal condición de relativa homogeneidad, ya se haga la adjudicación previa la formación de lotes, ya directa y discrecionalmente de los bienes, sin este requisito preparatorio.

La formación de lotes consiste en tantas agrupaciones de bienes ó *unidades reales* como sean los herederos ó sucesores á título universal ó legatarios de parte alícuota — pues los demás que lo son á título singular como legatarios, donatarios fideicomisarios particulares, suceden en la especie, género ó cantidad que singularmente les está legada, donada ó es objeto de fideicomiso —, hechas con la *posible igualdad*, dice el art. 1.061, la cual sólo ha de ser de *cantidad* y de *naturaleza, calidad ó especie*, cuando, sean iguales también en cantidad las participaciones del haber reconocido á cada heredero, pero sólo de lo último y no de lo primero, cuando sean desiguales aquéllas; esto es, que las expresadas palabras del Código no se refieren á la igualdad *cuantitativa*, sino á la *cualitativa*, porque la cuantía de la participación hereditaria es resultado de la *liquidación* y la naturaleza, calidad ó especie en la determinación de bienes para su pago, lo es de la *adjudicación*.

La aplicación en la misma de estos diferentes factores, conocido y predeterminado, á la vez que necesario é invariable el de la cuantía, y circunstancial y variable el otro, el de la aplicación de bienes más ó menos homogéneos ó heterogéneos, ha de regirse por un criterio de relativa libertad respecto del segundo sobre la base forzosa del primero, sin otra regulación que la de la posible igualdad en la adjudicación de cosas, por su naturaleza, calidad ó especie, hasta donde lo permitan las de los bienes inventariados y partibles.



En el procedimiento de *lotes*, la desigualdad será de las mismas dos clases; absoluta é invariable, la de la *cantidad*, cuando sean desiguales las participaciones correspondientes á cada heredero, y relativa y variable la de la *calidad*; y para la posible combinación de ambas, así como, en general, para la adjudicación, deberán tenerse presentes, según lo que las circunstancias del caso permitan ó aconsejen, las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Se podrá reputar como una sola cuota y referir á su pago un solo lote de los formados, la que pertenezca á todos los que, reunidos, hereden por representación de otra persona, á fin de no subdividir con exceso el número de lotes, que haría más difícil su formación y que impediría la práctica del sistema sujetando todos á la elección y sorteo con los coherederos.

2.<sup>a</sup> Si las cuotas ó participaciones de todos ellos fuesen iguales, los lotes deberán ser tantos cuantos fueren los mismos.

3.<sup>a</sup> Si fueren desiguales las participaciones de cada heredero, cabrá optar en la formación de lotes por cualquiera de estas tres fórmulas: 1.<sup>a</sup>, igualarlas de antemano, para los efectos de la formación de lotes, adjudicando previamente á cada uno de los herederos de cuota desigual mayor que la de los demás los bienes necesarios para cubrir ese exceso en la diferencia, procurando siempre elegirlos de entre varios iguales ó análogos que existieran en el activo de la herencia, de suerte que aun después de aplicados algunos para aquel fin, queden todavía otros semejantes en el proindiviso; y luego de hecho esto, como quedan igualadas las cuotas, proceder, en la formación de lotes, sobre esta base más fácil de cuotas iguales, complementando con la que les corresponda la adjudicación ya hecha por separado y anticipadamente á los que las tenían mayores.

4.<sup>a</sup> Formar sucesiva, y no simultáneamente, los lotes, uno á uno, de mayor á menor, si todas las participaciones fueren distintas ó las mayores y diferentes, hasta quedar sólo las iguales, cuidando, en la composición de todos, de conservar por dividir para los sucesivos, bienes de igual ó análoga naturaleza, calidad y especie á los aplicados anteriormente para pago de las cuotas de iguales por mayores.

5.<sup>a</sup> Igualar las cuotas desiguales, según la relación de cuantía que tengan entre sí, tomando por base la participación menor y aplicándolas á las diferentes y mayores, haciendo de éstas tantas como en ellas quepan de la menor, formando luego tantos lotes, no como herederos, cuotas ó participaciones, sino en igual número que el de cuotas que resulte de este cálculo, reducidas á la cuantía de la menor y adjudicando á cada heredero en pago, más ó menos lotes, según sea preciso, atendido el número de cuotas iguales á la del menor partícipe, que comprenda la participación de cada uno.

6.<sup>a</sup> No obstante la libertad discrecional, fuera del caso de instruc-

ciones ó reglas especiales establecidas por el testador ó por los herederos que nombraron el contador partidor, éste viene obligado, en la formación de lotes ó en las adjudicaciones directas, á regir su arbitrio por todas las limitaciones legales que al mismo se imponen principalmente, entre otros motivos: por razón de la integridad cuantitativa y libre de la *legítima* de los herederos forzosos, según el art. 813 (1), y de ésta en relación con los legados en el caso de reducción del art. 821 (2), aunque la primera debe resultar ya satisfecha de la operación particional anterior, ó *liquidación*, por razón de las *reservas*, ordinaria ó especial, de los arts. 968 y siguientes y 811 (3), en cuanto obliguen á determinadas adjudicaciones, ó por la *reversión* del 812 (4), que también las produce para la devolución de los objetos donados por el ascendiente al descendiente, por la combinación en algunos casos, como los efectos circunstanciales de ciertos legados, como los de especie ó de las reglas establecidas para su pago, según los artículos correspondientes de los 858 á 891 (5); por los efectos del derecho de acrecer conforme á los arts. 981 á 987 (6), y aun por los relativos á la aceptación de herencia, según que ésta se haga puramente ó á beneficio de inventario con arreglo á los arts. 998 (7) y concordantes; por la indivisibilidad de las servidumbres ó por su consolidación, según los arts. 535 y 546, núm. 1.º (8); por razón de censos con que puedan estar gravadas fincas, que no pueden dividirse entre dos ó más personas sin consentimiento expreso del censalista, aunque se adquieran á título de herencia, según los arts. 16, 18 y 169 (9), etc.

7.<sup>a</sup> El criterio, en todo caso, á que debe ajustarse la adjudicación, ha de ser también el de procurar que, tanto en la directamente hecha á cada partícipe, como en la preparada por la previa formación de lotes, no se divida el dominio de las cosas ni se afecte su libertad constituyendo censos, servidumbres, hipotecas, y, en general, gravámenes, y que cuando fuera indispensable mantener servidumbres forzosas ó establecer voluntarias ú otras cargas, se delimiten y definan los derechos y obligaciones respectivas de los partícipes, como adjudicatarios de las cosas gravadas con toda exactitud.

8.<sup>a</sup> No han de incluirse tampoco en la adjudicación otras cosas que

(1) Explicado en el núm. 110, cap. 15.º de este tomo.

(2) Idem id.

(3) Idem en los núms. 117 á 161, cap. 15.º, y en el núm. 24, cap. 27.º idem id.

(4) Idem en los núms. 162 á 171, cap. 15.º idem id.

(5) Idem en los núms. 48 á 69, cap. 18.º idem id.

(6) Idem en el núm. 45, cap. 12.º idem id.

(7) Idem en los núms. 33, 39 y 40, cap. 26.º idem id.

(8) Idem en los núms. 61 y 76, cap. 17.º, t. III, 2.ª edic.

(9) Idem en el núm. 74, cap. 18.º, t. III.