

alguna parte que por exceder de cuanto podía aplicarse al donatario, debe ser devuelta por él, los intereses legales de esta parte ó los frutos se deben á la masa hereditaria desde el día en que se abre la sucesión (art. 4,038, Cód. Civ.).

El donatario hasta el momento en que tiene necesidad de colacionar los bienes donados, percibe de buena fe los frutos de ellos, y por consiguiente, los hace suyos; y si se le obligara á restituirlos, se le causaría la ruina, lejos de recibir un beneficio por la donación.

Además, los frutos ó intereses no pueden deberse á la herencia, sino desde el momento en que ella existe, y no comienza su existencia sino desde el instante en que se abre la sucesión testamentaria ó legítima, por la muerte del autor de la herencia.

El artículo 4,039 del Código Civil establece una regla de interés público, declarando que, aunque los herederos no estén conformes en lo que alguno de ellos deba de traer á colación, no se debe suspender la partición de la herencia, asegurándose previamente el derecho reclamado por aquéllos.

Hemos dicho que la mencionada regla es de interés público, y no sin razón, porque la comunión de los bienes es el origen constante de discordias entre los copropietarios, y la sociedad tiene interés en que no existan. Además la repartición de lo cierto y líquido no debe suspenderse por lo de lo incierto ó ilíquido.

## LECCIÓN UNDÉCIMA.

### DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESION TESTAMENTARIA Y A LA LEGITIMA.

#### I.

#### DE LA PARTICIÓN.

Cuando muchos herederos son llamados á la vez á la sucesión, son copropietarios *pro-indiviso* de todos los bienes que la forman, esto es, cada uno de los herederos tiene el derecho de propiedad sobre cada uno de esos bienes, pero por una parte que no está materialmente determinada.

La situación en que se encuentran los herederos es lo que constituye la comunidad ó indivisión, que es preciso no confundir con la sociedad de la cual se diferencia esencialmente.

En efecto: la comunidad se forma por hechos extraños á la voluntad de los comuneros, en tanto que la sociedad se constituye por la voluntad expresa de los socios, que ponen sus bienes en común con el fin de obtener utilidades y repartirlas entre sí, proporcionalmente al importe de los bienes aportados por cada uno de ellos.

La comunidad produce la necesidad de dividir entre los herederos ó copropietarios los bienes que forman á aqué-

lla; y al acto de dividirlos es á lo que en el tecnicismo propio de la ciencia del derecho se le llama *partición*.

Así, pues, podemos definir á ésta diciendo que es la operación por la cual se determina la porción hereditaria que corresponde á cada uno de los herederos.

Una definición idéntica da la ley 1<sup>a</sup>, tít. 15, Partida VI, diciendo que la partición ó división de la herencia es el «departimiento que hacen los homes entre si de las cosas que han cumunalmente por ella.»

La experiencia ha demostrado cuanto tiene de perjudicial y antieconómica la indivisión, ya por las constantes disputas que suscita entre los copropietarios, motivo por el cual se decía desde los remotos tiempos de la legislación Romana, «*communio mater discordiarum*;» ya porque subtrae en cierta manera los bienes comunes de la circulación del comercio.

Tal es el motivo por el cual declara el art. 4,040 del Código Civil, que aprobados los inventarios y la cuenta de administración, el albacea debe hacer inmediatamente la partición de la herencia; y el art. 4,041, que á ningún coheredero puede obligarse á permanecer en la indivisión de los bienes, ni aun por prevención expresa del testador.<sup>1</sup>

La Exposición de motivos expresa el fundamento del segundo de los preceptos citados, en los términos siguientes: «En ningún caso ni aun por prevención expresa del testador, se puede obligar á un heredero á que consienta en que los bienes permanezcan indivisos. Además de los gravísimos y palpables perjuicios que ocasiona la indivisión, hay en su contra una razón incontestable. El heredero adquiere la propiedad desde la muerte del testador; por consiguiente, la orden de éste y cualquiera otra disposición re-

<sup>1</sup> Art. 3,788, Cód. Civ. de 1884. Reformado por la sustitución de las palabras, «en seguida,» en lugar de «inmediatamente.»

lativa deben ser consideradas como un ataque á la libertad individual y aun á la propiedad misma, puesto que la indivisión forzosa en realidad lastima cuando menos el ejercicio de ese derecho.»

En otros términos, la división de los bienes es de interés público, y por lo mismo, no puede diferirse ó suspenderse, ni aun por la voluntad del testador, de cuyo arbitrio no puede depender ese interés.

Sin embargo, se puede suspender una partición en virtud de convenio expreso de los interesados, por un término que no pase de cinco años; porque el interés de los herederos puede exigir que la división se difiera, á fin de evitar perjuicios notorios que les resultaría si la llevaran á término inmediatamente (art. 4,042, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Los términos del artículo 4,042 del Código Civil que establece esta excepción, nos autorizan para sostener, que vencido el plazo de cinco años por el cual se puede suspender la partición, no es prorrogable. De otra manera se burlaría la prohibición de la ley que impide la indivisión de los bienes, y se prolongaría indefinidamente, para lo cual bastaría que al vencimiento de los primeros cinco años, se renovara por otros cinco, y así sucesivamente.

El mismo efecto, esto es, la indivisión prolongada por un tiempo mayor de cinco años, se puede obtener sin incurrir en la violación de la ley, mediante la celebración de un contrato de sociedad, porque en virtud de la ficción de aquélla, las sociedades constituyen personas morales distintas de cada uno de los socios considerados personalmente, las cuales son propietarios de los bienes aportados por éstos.

<sup>1</sup> Art. 3,790, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«Sólo puede suspenderse una partición en el caso del art. 3,651, ó en virtud de convenio expreso de los interesados. Habiendo menores entre ellos, deberá oirse al tutor y al Ministerio público, y el auto en que se apruebe el convenio, determinará el tiempo que debe durar la indivisión.»

Se ha suscitado la controversia entre los comentaristas del Código Francés, que sanciona la misma excepción en su art. 815, sobre el efecto jurídico del convenio celebrado por los interesados en virtud del cual se obligaran á permanecer en la indivisión por más de cinco años; y la mayoría sostiene que tal convenio es nulo solamente en cuanto al exceso de ese tiempo, y que debe reducirse, ó mejor dicho, que debe valer por los cinco años permitidos por la ley; porque los herederos que consienten en permanecer en la indivisión durante diez años, con mayor razón otorgan su consentimiento por cinco.<sup>1</sup>

La división de la herencia se obtiene por medio de la acción conocida en el derecho Romano con el nombre de «*familia eriscunda*,» cuyos elementos constitutivos son los siguientes:

I. La calidad de coheredero del demandante, la cual debe probar acompañando el documento respectivo, esto es, el testamento en que fué instituído, ó testimonio de la declaración judicial reconociéndolo como heredero, en el caso de sucesión intestada:

II. Que el demandado ó los demandados, tengan también la calidad de herederos.

El objeto de esta acción, como ya lo hemos indicado, es obtener la disolución de la comunidad, que se repartan entre los coherederos los bienes hereditarios y que se arreglen los derechos y obligaciones que han surgido entre aquéllos con motivo de los mismos bienes; y tiene el carácter de doble, es decir, que cada uno de los herederos puede ejercitarla, de manera que puede ser actor ó demandado.

<sup>1</sup> Laurent, tomo X, núm. 239; Toullier, tomo IV, núm. 406; Demolombe, tomo XV, núm. 501; Huc, tomo V, núm. 283; Duranton, tomo VII, núm. 81; Baudry Lacantinerie y Wahl, Des successions, tomo II, núm. 2,768; Fuzier Herman, art. 815, núm. 72; Le Sellyer, tomo II, núm. 1,071; Jelvincourt, tomo II, pág. 45; nota 1<sup>a</sup>, Thiry, tomo II, núm. 159, etc., etc.

Invadiendo el Código Civil el terreno propio del Código de Procedimientos, determina en los artículos 4,043 y siguientes á qué personas corresponde el ejercicio de la acción mencionada; y según esos preceptos pueden ejercitarla:

1<sup>o</sup> Todo coheredero que tenga la libre disposición de sus bienes, puede pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia (art. 4,043, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2<sup>o</sup> Por los incapacitados y por los ausentes deben pedir la partición sus representantes (art. 4,044, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

3<sup>o</sup> El marido sólo puede pedir la partición en nombre de su mujer con el consentimiento de ésta, y la mujer sólo con la autorización del marido; el defecto de uno y otra se debe suplir por el juez (art. 4,045, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

Esta restricción se ha impuesto, porque la partición de los bienes es atributiva y no declarativa de la propiedad, é importa enajenación, porque constituye una especie de permuta en virtud de la cual cede el heredero los derechos que tenía sobre cada una de las cosas que forman el caudal hereditario por cosas que forman su haber y que en lo sucesivo le pertenecen exclusivamente.

Desde luego se comprende que en esta operación pueden resultar perjudicados los intereses de la mujer casada, y por tal motivo, que esté sujeta respecto de la partición á las mismas restricciones á que la somete el artículo 207 del Código Civil, que le prohíbe contratar y obligarse sin la autorización del marido:<sup>4</sup>

4<sup>o</sup> El acreedor de un heredero ó legatario que ha trabado ejecución en el derecho que éstos tienen en la herencia,

<sup>1</sup> Art. 1,874, Cód. de Proc. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,875, Cód. de Proc. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 1,876, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 198, Cód. Civ. de 1884.

y que ha obtenido sentencia de remate, puede pedir la partición, siempre que el pago no pueda hacerse con otros bienes (art. 4,050, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La Exposición de motivos funda este precepto diciendo, que si el acreedor de un heredero ha embargado legítimamente el derecho de éste y no hay otros bienes con que hacer el pago, debe tener facultad de pedir la partición, á fin de que no quede sin efecto el fallo dictado conforme á derecho.

5º El cesionario del heredero ó legatario puede pedir la partición (art. 4,051, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón es, porque en virtud de la cesión, se ha subrogado el cesionario en todos los derechos y acciones del heredero, y obra como ejercitando uno de esos derechos, el de hacer que cese la indivisión y que se repartan los bienes entre los coherederos en las porciones que determina la ley, si son forzosos, ó el testador si son voluntarios:

6º El heredero ó los herederos de uno de los coherederos del difunto.

El art. 4,052 del Código Civil declara que, si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos ó más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero que todos ellos deberán proceder de consuno y bajo una misma representación.<sup>3</sup>

Este precepto se funda en la misma razón que el artículo 44 del Código de Procedimientos, que ordena, que siempre que dos ó más personas ejerciten una misma acción ú opongan la misma excepción, litiguen unidas y bajo una misma representación por la necesidad de evitar que los interesados formulen peticiones múltiples y contradictorias

1 Art. 1,879, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 1,880, Cód. de Proc. de 1884.

3 Art. 1,881, Cód. de Proc. de 1884.

que enerven el curso del juicio y hagan difícil, si no imposible, la terminación de éste.

Si alguno ó algunos de los herederos han sido instituidos bajo condición, no pueden pedir la partición, sino hasta que aquélla se cumpla; porque entretanto no tienen ningún derecho sobre los bienes hereditarios (art. 4,046, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Pero sus coherederos pueden pedir la partición, asegurando competentemente su derecho para el caso de que se verifique la condición; y hasta que se sepa si ésta ha faltado ó no puede verificarse ya, la partición se tiene como provisional, lo cual se entiende en cuanto á la parte en que consista el derecho pendiente, y en cuanto á las cauciones con que se haya asegurado. La partición tiene también el carácter de provisional cuando el albacea hace la partición en uso de sus facultades, si hay uno ó varios herederos condicionales (arts. 4,047 á 4,049, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

En otros términos, cuando hay uno ó varios instituidos bajo condición, pueden los demás herederos, cuyos derechos no están subordinados á esta modalidad, pedir la partición de la herencia, y el albacea hacerla sin la gestión de ellos, en uso de las facultades propias de su cargo; pero siempre que se garantice competentemente el derecho de los herederos condicionales, á fin de que si se verifica la condición no quede burlado. Y como de realizarse ésta habría que entregar á los herederos condicionales sus porciones respectivas, de aquí la necesidad de que respecto de ellos sea la partición provisional.

La Exposición de motivos explica los principios expuestos en los términos siguientes: «El artículo 4,047 contiene una disposición que dicta la necesidad. Como sería un verdadero mal que la partición se dilatara hasta el cumpli-

1 Art. 1,877, Cód. de Proc. de 1884.

2 Art. 1,878, Cód. de Proc. de 1884.

miento de la condición que se haya puesto á algún heredero, se dispone: que los coherederos puedan pedir la partición, asegurando la parte que deba corresponder al condicional, y que mientras la condición se cumple, la partición se considera como provisional, en los términos que fija el artículo 4,049.»

En cuanto á la división de los bienes del ausente, dice el artículo 4,053 del Código Civil, debe observarse lo dispuesto en el título 13 del libro I.<sup>1</sup>

Como á este respecto hemos hecho ya las explicaciones correspondientes en el tomo I de esta obra, remitimos á ellas á nuestros lectores.<sup>2</sup>

Pero la acción para pedir la partición no es perpetua, sino que, como todas las demás acciones que otorga la ley, debe ejercitarse dentro de un plazo determinado, pasado el cual se extingue; porque así lo exige el interés público que no puede permitir que el dominio de los bienes que forman el caudal hereditario permanezca indefinidamente incierto.

Tal es el motivo por el cual declaran los artículos 4,102 y 4,104 del Código Civil, que la acción para pedir la partición de la herencia prescribe á los veinte años contra el heredero que ha poseído el todo ó parte de ella en nombre propio; y que el término para la prescripción se cuenta desde el día en que falleció el autor de la herencia.<sup>3</sup>

Estos preceptos se fundan en la presunción de que los bienes poseídos por uno de los coherederos á título de propietario exclusivo de ellos y sin contradicción de los demás durante el tiempo requerido por la ley, se le ha entregado en virtud de una partición hecha en la forma que prescribe la ley.

1 Art. 1,882, Cód. de Proc. de 1884.

2 Págs. 452 y sig., y 466 y sig.

3 Arts. 3,799 y 3,801, Cód. Civ. de 1884.

Pero si todos los coherederos poseen en común la herencia ó alguno en nombre de todos, no tiene lugar la prescripción, porque entonces falta uno de los requisitos esenciales que para ésta exige la ley (art. 4,103, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En efecto: si para la prescripción de las cosas y derechos es necesaria la posesión, y si ésta es, según el artículo 919 del Código Civil, la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos ó por otro en nuestro nombre, lógica y necesariamente se infiere que no pueden adquirir por prescripción aquellos que no poseen en nombre propio, sino en el de otras personas.<sup>2</sup>

La partición puede hacerse *judicial* y *extrajudicialmente*.

Según el artículo 4,091 del Código Civil, sólo será judicial la partición en los casos siguientes:

I. Si fuere menor alguno de los interesados:

II. Si la mayoría de éstos lo exigiere.<sup>3</sup>

En el primer caso debe ser judicial la partición, porque así encuentra mayor garantía el menor, por la necesaria vigilancia é intervención del Ministerio público y del juez; y en el segundo, porque siendo libres los herederos para pactar todo aquello que estimen más conveniente á sus intereses, los convenios que celebren sobre el particular deben ser cumplidos y encontrar el amparo y protección de la ley y de la autoridad judicial.

En el primer caso, cuando hubiere varios menores representados por un solo tutor, como entonces hay notoriamente oposición entre los intereses de ellos, hay necesidad de nombrarle á cada uno un tutor especial para que intervenga en el examen y revisión de la cuenta de partición, como lo ordena el artículo 535 del Código Civil, á fin de que uno ó

1 Art. 3,800, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 822, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,997, Cód. Civ. de 1884.

varios no obtengan ventajas con perjuicio de los demás (art. 4,092, del Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Los acreedores hereditarios legalmente reconocidos pueden oponerse á que se lleve á cabo la partición mientras no se pague su crédito, si ya estuviere vencido el plazo; y si no lo estuviere mientras no se les asegure debidamente el pago.

Esta facultad, sancionada por el artículo 4,099 del Código Civil no autoriza á los acreedores para que impidan que se haga la cuenta de partición, sino para que, hecha y aprobada judicialmente, no se consume por la entrega á cada uno de los herederos de los bienes que se les hubieren adjudicado en ella; y tiene por objeto evitar á los acreedores los perjuicios que necesariamente se les ocasionarían, si tuvieran que ejercitar sus derechos contra cada uno de los herederos por la parte correspondiente de sus créditos, es decir, tiene por objeto evitar que haya en caso de falta de pago tantos juicios como son los herederos.<sup>2</sup>

El artículo 4,100 del Código complementa al 4,099, declarando que la garantía de que habla este precepto, debe ser la misma que aseguraba el crédito; y que si éste no estaba garantizado, se dará la que designe el juez, si no hubiere convenio entre los interesados.<sup>3</sup>

Ciertamente que no son dignos de alabanza los autores del precepto á que aludimos, ni por la forma de éste ni por su fondo; y desde luego llama la atención que facultando á los acreedores el artículo 4,099 para oponerse á que se lleve á efecto la partición mientras no se les garantice el pago de sus créditos por vencer, diga luego el artículo 4,100 que esa garantía debe ser la misma que aseguraba el cré-

<sup>4</sup> Arts. 432, Cód. Civ. de 1884. El art. 4,092 del Código de 1870 fué suprimido.

<sup>1</sup> Art. 1,901, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,922, Cód. de Proced. de 1884.

dito. Si ya está garantizado el pago de ésta, ¿á qué fin permitir al acreedor que suspenda los efectos de la cuenta de partición, sobre todo cuando la decisión judicial no puede ser otra sino que estando ya garantizado el pago no hay lugar á que se suspendan los efectos de dicha cuenta?

La verdad es que ese precepto se sancionó sin meditación alguna, y sin preveer su inutilidad y el resultado ridículo á que conduce su aplicación respecto de los créditos garantizados desde antes.

Ese mismo precepto faculta al juez para que, si no llegaran los interesados á un acuerdo con los acreedores acerca de la especie de garantía que se les debe otorgar, él mismo la designe. A nuestro juicio es exorbitante esta facultad y se puede prestar á abusos perjudiciales, ya para los acreedores porque la garantía decretada por el juez sea insignificante, ya para los herederos porque sea exagerada y gravosa.

Pero el arbitrio del juez cesa, si el acreedor estuviere sujeto á tutela, pues entonces el crédito se debe garantizar forzosamente con hipoteca, previa autorización de aquel funcionario, según expresamente lo declara el artículo 4,101 del Código Civil.<sup>1</sup>

Fácil es comprender que este precepto no tiene otro objeto que establecer un privilegio en beneficio de los menores é incapacitados, á fin de hacerles seguro el reembolso de sus créditos, y que aun la autorización del juez para la constitución de la hipoteca está encaminada al mismo fin, para que con la necesaria intervención del Ministerio público y de aquel funcionario se evite que la garantía sea ineficaz, ya por la clase de bienes sobre los cuales se constituye la hipoteca, ya por la insuficiencia de ellos.

<sup>1</sup> Art. 1,923, Cód. de Proced. de 1884.