

intereses de los bienes hereditarios y de la misma especie que los donados (1).

Sobre el tenor de este artículo hay conformidad en todos los Códigos por ser evidente su justicia: los frutos é intereses no pueden deberse á la herencia sino desde que esta existe, y no comenzó á existir sino desde la muerte natural de aquel á quien se trata de heredar según el artículo 550: desde entonces tuvo principio la necesidad de colacionar, y á la herencia ó masa hereditaria corresponden y deben agregarse los frutos é intereses de todos los bienes que la componen, como son los sujetos á colacion. El donatario los percibió hasta entonces de buena fé, y de consiguiente, los hizo suyos: obligarle á su abono ó restitucion, equivaldria á arruinarle lejos de haberle favorecido por la donacion.

El abono ó restitucion habrá de hacerse por lo dispuesto en los artículos 429 y 430, teniéndose presente lo que se previene en la segunda parte de nuestro artículo.

ARTICULO 891.

Cuando el inmueble ó inmuebles donados escudieren el haber del donatario, y este los hubiere enagenado, los coherederos solo podrán repetir contra el tercer poseedor por el exceso y previa excusion de los bienes del donatario (2).

El donatario era dueño y de buena fé; es por lo tanto preciso consultar á la estabilidad de la enagenacion, y conciliarla en lo que sea posible con el sagrado derecho de la legitima que no pudo ser menoscabado por el donador: solo, pues, podrán repetir los co-

1. Los bienes, por solo el hecho de traerse á colacion, no causan réditos ni producen frutos para la herencia, mientras no se hace la particion.—Si computado el valor de los bienes, resulta que hay alguna parte que por exceder de cuanto podia aplicarse al donatario, debe ser devuelto por él, los intereses legales de esa parte ó los frutos se deben á la masa hereditaria desde el dia en que se abre la sucesion.—Arts. 4037 y 4038, tít. 5, cap. 7, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. Cuando el valor de los inmuebles donados excediere del haber del donatario, y éste los hubiere enagenado, los coherederos solo podrán repetir contra el tercer poseedor por el exceso y previa excusion de los bienes del donatario.—Art. 4036, tít. 5, cap. 7, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

herederos contra el tercer poseedor en cuanto la donacion fué inoficiosa y previa excusion en los bienes del donatario: vé el artículo 971.

ARTICULO 892.

Aunque los herederos no estén conformes en lo que alguno de ellos debe traer á colacion, se irá adelante en la particion, asegurando previamente con fianza, depósito ú otro equivalente, el derecho reclamado por aquellos (1).

La comunion de bienes como origen de discordias es odiosa, y no vale el pacto, *ne omnino divisio fiat*, ley 14, párrafo 2, título 3, libro 10 del Digesto: lo cierto y liquido no debe suspenderse por lo incierto é ilíquido.

Es conforme á lo establecido en los párrafos 9 y siguientes de la ley 1, título 6, y en el 7 de la 1, título 7, libro 37 del Digesto.

El Código Bávaro, libro 1, capítulo 3, artículo 15, número 21, pone y decide este caso en el sentido de nuestro artículo: "Si no hay conformidad sobre la suma que debe traerse á colacion, puede, no obstante, hacerse la particion; pero entonces el que debe realizar la colacion está obligado á dar fianza.

SECCION II.

DE LA PARTICION.

ARTICULO 893.

Todo coheredero que tenga la libre administracion y disposicion de sus bienes, puede pedir en cualquier tiempo la particion de la herencia (2).

1. Aunque los herederos no estén conformes en lo que alguno de ellos deba traer á colacion, no se suspenderá la particion de la herencia, asegurándose previamente el derecho reclamado por aquellos.—Art. 4039, tít. 5, cap. 7, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. Aprobados el inventario y la cuenta de administracion, el albacea debe hacer inmediatamente la particion de la herencia.—A ningun coheredero puede obligarse á permanecer en la indivision de los bienes, ni aun por prevencion expresa del testador.—Solo puede suspenderse una particion en virtud de convenio expreso de los interesados, y por un término que no pase de cinco años.—Todo coheredero que tenga la libre disposicion de sus bienes, puede pedir en cualquier tiempo la particion de la herencia.—El acreedor de un heredero ó legatario que ha trabado ejecucion en el derecho que estos tiene

La particion envuelve enagenacion, crea derechos y obligaciones, para todo lo cual es necesaria la libre administracion y disposicion de los bienes, en una palabra, capacidad de obligarse de parte del que la pide.

En cualquier tiempo. El artículo 815 Frances es mas terminante, pues añade: "no obstante cualesquiera prohibiciones y convenciones en contrario;" y en esto es seguido generalmente por los otros Códigos, como tambien en que puede pactarse la suspension de la particion por un tiempo limitado que no pase de cinco años; el artículo 1038 Sardo añade al 815 Frances, "que siendo menor alguno de los herederos, pueda el testador prohibir la particion hasta espirar el año siguiente á la mayor edad del más joven; pero que el tribunal podrá, según la urgencia y gravedad de las circunstancias, permitir la particion:" casi lo mismo se dispone en el 1223 de la Luisiana.

en la herencia, y que ha obtenido sentencia de remate, puede pedir la particion, siempre que el pago no pueda hacerse con otros bienes.—El cesionario del heredero ó legatario puede pedir la particion.—Arts. 4040 á 4043, 4050 y 4051, tít. 5, lib. 4, cap. 8, cód. civ. vigente.

La comision dice: que el artículo 4041, contiene una disposicion muy justa; cual es, la de que en ningun caso y ni aun por disposicion expresa del testador, pueda obligarse á un heredero á que consienta en que los bienes permanezcan indivisos. La disposicion de la justicia y de la equidad, consiste en que, ademas de los gravísimos y palpables perjuicios que ocasiona la indivision, hay en su contra una razon incontestable. El heredero adquiere la propiedad desde la muerte del testador, y por consiguiente, la órden de esta y cualquiera otra disposicion relativa, deben de ser consideradas como un ataque á la libertad individual y aun á la propiedad misma, puesto que la indivision forzosa en realidad, lastima cuando menos el ejercicio de ese derecho. Y para subsanar el que alguna vez pueda ser necesaria la indivision, le pareció conveniente disponer en el artículo 4042, que ésta se extienda hasta cinco años y por convenio expreso de los interesados.

Respecto al artículo 4050, dice la misma comision, que en un principio de justicia se funda lo dispuesto en dicho artículo; porque si el acreedor de un heredero ha embargado legitimamente el derecho de éste y no hay otros bienes con que hacer el pago, debe tener facultad de pedir la particion, á fin de que no quede sin efecto el fallo dictado conforme á derecho.—N. de los EE.

El Código Frances siguió en esto al Derecho Romano, *in communione vel societate nemo compellitur invitus detineri*, ley 5, título 37, libro 3 del Código; *si conveniant, ne omnino divisio fiat hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est. Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet*: ley 14, párrafo 2, título 3, libro 10 del Digesto: se vé, pues, que el derecho Romano, permitiendo el pacto prohibitorio de la particion, no fijaba el tiempo de su duracion y el Frances lo ha fijado.

No es posible desconocer el estrecho parentesco de la sociedad y de la comunion de bienes, la cual, mediando pacto, viene a confundirse con aquella.

En las leyes 11, título 10, Partida 5 y 1, título 15, Partida 6, se espresan los inconvenientes de la comunion. La 11 habla de la sociedad formada para cierto tiempo ú objeto, y dispone que, á pesar de esto, se acabe por la renuncia de uno de los socios; pero como en estos casos es intempestiva, el renunciante *tenuetur ad interesse*.

Por Derecho Romano la sociedad puede ser perpétua, es decir, por la vida de los socios, mas no eterna; ley 1, título 2, libro 17 del Digesto.

El artículo 1844 Frances dice: "si no se ha pactado la duracion de la sociedad, se entiende á vida," aunque el 1869 admite en este caso la renuncia tempestiva: pero lo cierto es que en las sociedades hechas á tiempo determinado no limita este al de cinco años como lo hace el 815, en el pacto suspensivo de la particion; y yo no encuentro razon plausible de diferencia entre uno y otro caso.

En la primera redaccion de esta seccion se habian adoptado en artículos especiales las disposiciones del Código Frances y Sardo sobre la duracion del pacto prohibitorio de la particion, y para el caso de ser menor de edad uno de los coherederos: la comision descartó los tales artículos, y las palabras *en cualquier tiempo* rechazan todo pacto, aunque sea por tiempo limitado.

ARTICULO 894.

Los tutores y curadores pueden pedir y admitir la particion pedida por otro, segun lo dispuesto en el artículo 238 (1).

Vé lo expuesto en el artículo de la referencia: por Derecho Romano no podía el tutor pedirla sin autorizacion judicial que no le era necesaria cuando la particion era pedida por otro: hoy necesita la autorizacion del consejo de familia para el primer caso y no para el segundo, por manera que el juez es reemplazado por el consejo.

ARTICULO 895.

El marido no puede pedir la particion á nombre de su muger, á menos que ella consienta, ni la muger sin autorizacion del marido y en su defecto la del juez.

Si la piden los otros coherederos, deberán dirigirse contra el marido y la muger juntamente (2).

Conforme con el artículo 818 Frances, salvo que este autoriza al marido para pedir la particion de los objetos muebles ó inmuebles que hayan recaido en su muger, cuando estén comprendidos en la comunion ó sociedad legal Francesa es diferente de la nuestra como se espone en el capítulo 4, título 6 de este libro.

La particion es enagenacion, y el marido no puede enagenar ni aun con el consentimiento de la muger segun el artículo 1280; pero como la particion es una enagenacion impropia y además forzosa, no viene comprendida en dicho artículo y el caso ha de regirse por lo dispuesto en este.

El segundo párrafo es una consecuencia de lo dispuesto en los 62 y 63; vé tambien lo dispuesto en el artículo 826.

ARTICULO 896.

Los coherederos bajo condicion no pueden

1. Por los incapacitados y por los ausentes deben pedir la particion sus representantes legítimos.—Art. 4044, tit. 5, lib. 4, cap. 8, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. El marido no puede pedir la particion á nombre de su muger sin consentimiento de ésta, ni la muger sin autorizacion del marido: el defecto de una ú otra se suplirá por el juez.—Art. 4045, tit. 5, lib. 4, cap. 8, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

pedir la particion hasta que aquella exista. Pero podrán pedir los otros coherederos, asegurando competentemente el derecho de aquellos para el caso de existir la condicion, y hasta saberse que esta ha faltado ó no pueda ya existir, la particion se entenderá provisional (1).

El heredero condicional no es todavía heredero de hecho, aunque puede llegar á serlo; y únicamente á los herederos, ya actuales ó de hecho corresponde el derecho de pedir la particion. Pero como puede llegar á existir la condicion, es justo que se provea á la seguridad de los primeros para este caso, y no puede menos de reputarse provisional la particion hasta saberse que ha faltado la condicion ó no puede ya existir.

ARTICULO 897.

Si antes de hacerse la particion muere uno de los coherederos, dejando dos ó más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos los que intervengan deberán obrar unidamente bajo una sola representacion, ó por un mismo procurador ó apoderado (2).

1. Los herederos bajo condicion no pueden pedir la particion hasta que aquella se cumpla.—Los coherederos del heredero condicional pueden pedir la particion asegurando competentemente el derecho de aquel para el caso de existir la condicion; y hasta saberse que ésta ha faltado ó no puede ya verificarse, la particion se tendrá como provisional.—Lo dispuesto en el artículo anterior se observará tambien cuando el albacea haga la particion en uso de sus facultades.—La particion se considerará provisional solo en cuanto á la parte en que consista el derecho pendiente, y en cuarto á las cauciones con que se haya asegurado.—Arts. 4046 á 4049, tit. 5, lib. 4, cap. 8, cód. civ. vigente.

La comision dice: que el artículo 4047, contiene una disposicion que dicta la necesidad, cuáles, que los coherederos puedan pedir la particion, asegurando la parte que deba corresponder al condicional y que mientras la condicion se cumple, la condicion se considera como provisional en los términos que fija el artículo 4049; y que la necesidad de esta disposicion consiste en que seria un verdadero mal que la particion se dilatara hasta el cumplimiento de la condicion que se haya puesto á algún heredero.—N. de los EE.

2. Si antes de hacerse la particion, muere uno de los coherederos, dejando dos ó más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero todos ellos deberán proceder de consuno y bajo una misma representacion.—Art. 4052, tit. 5, lib. 4, cap. 8, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

El derecho que para pedir la particion tenía el difunto coheredero no puede menos de pasar á sus herederos personales; y como la comunion es odiosa, bastará que uno solo de ellos pida la particion; pero todos los herederos del coheredero difunto, como que representan á este solo, tienen que obrar por un mismo procarador, porque *non potest in partes iudicium scindi: sed aut omnes heredes accipere id debent aut dare unum procuratorem, in quem omniun nomine iudicium agatur*, ley 48, título 2, libro 10 del Digesto.

Lo contrario debe practicarse entre los coherederos llamados inmediatamente y en nombre propio á la herencia, pues no podrán obrar unidamente por un mismo procurador ó apoderado *pluribus cundem procuratorem non est permittendum dare: quoniam res expediri non potest circa adjudicationes, et condemnationes: Planes permittendum dare si uni coheredi plures heredes existant*; ley 42, párrafo 6, título 3, libro 3 del Digesto.

ARTICULO 898.

En cuanto á la division de la herencia de un ausente, se estará á lo dispuesto en el título 11 del libro 1 (1).

Vé los capítulos 3 y 4 del título á que se refiere este artículo.

ARTICULO 899.

Quando el difunto hizo por acto entre vivos ó por última voluntad la particion de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique á la legítima de los herederos forzosos (2).

1. Respecto de la division de los bienes de un ausente, se observará lo dispuesto en el título 13 del libro 1º que se haya consignado en las notas de fojas 237 á 253 del tomo primero de esta obra.—Art. 4053, tit. 5, lib. 4, cap. 8, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. El dueño de los bienes que tenga herederos forzosos, puede hacer la particion de aquellos por acto entre vivos, sujetandose á las reglas siguientes:—1º. Que todos los herederos sean mayores de edad.—2º. Que de hecho reciba cada uno de ellos los bienes que le correspondan.—3º. Que la particion se reduzca á escritura pública, y sea aceptada expresamente por los herederos.—En el caso del artículo anterior, el dueño de los bienes puede reservarse la parte que conforme á la ley es de libre disposicion; y

Conforme con el 1225 de la Luisiana; "no há lugar á la particion, si el difunto lo ha respecto de ella y de cualesquiera otros bienes que adquiriera despues de la particion, no tendrán derecho los herederos forzosos sino en el caso de intestado.—Cuando los herederos no sean forzosos, se observará lo dispuesto para las donaciones entre vivos.—Si la particion se hiciere por última voluntad, se cumplirá en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos.—Arts. 4054 á 4057, tit. 5, lib. 4, cap. 8, cód. civ. vigente.

La comision dice: que los artículos 4054 á 4057, tratan de un punto, que si fuera atentamente examinado por los testadores, desde luego los decidiria á vencer la repugnancia, que ciertamente causa disponer en vida de los bienes á fin de evitar disgustos y complicaciones entre los herederos. En dichos artículos se dispone: que el que tenga herederos forzosos, pueda hacer por acto entre vivos la particion con las tres condiciones consignadas en el artículo 4054, cuya justicia es manifiesta. Como en este caso quedaba la duda de si el dueño de los bienes podía despues disponer á su arbitrio tanto de la parte libre que se hubiera reservado, como de los demás bienes que pudiera adquirir; ó si á su muerte considerándose este caudal como divisible, debería quedar sujeto á las reglas comunes de particion. Desde luego pareció á la citada comision más justa y conveniente la primera resolucion, porque una vez aceptada la particion por los herederos, renuncian estos de hecho á los derechos que podian corresponderles sobre la parte libre y sobre los bienes futuros; y de otra manera, la particion no produciria bien alguno; sino que por el contrario, ella seria una nueva fuente de disgustos, porque así como el dueño no debe tener parte alguna en los aumentos de las legítimas de sus herederos, de la misma manera estos deben quedar excluidos de los que tengan los bienes de aquel, que desde que se hizo la particion, quedaron enteramente separados de la antigua masa hereditaria. Por esta razon puede, pues, el dueño en este caso, disponer libremente de todos los bienes que conserve al hacerse la particion y de los que adquiriera en lo sucesivo; pero muriendo intestado, nada más justo que reviva el derecho de los herederos forzosos como se determina expresamente en el artículo 4055.

Dice tambien la citada comision, que en el artículo 4056, en el caso de herencia voluntaria, le pareció determinar que se observara lo dispuesto respecto de donaciones; porque aunque el acto lleve el nombre de particion, no es más, en realidad, que una donacion, y como tal, debe sujetarse á las reglas establecidas para este contrato.

Por último, dice la espresada comision, que al dictar en el artículo 4057, que si la particion se hiciere por única y última voluntad ya sea entre herederos forzosos, ya sea entre extraños, se cumpla en cuanto no perjudique las

arreglado entre sus herederos legítimos á extraños."

La particion hecha por el testador era la más firme entre los romanos, pues no se rescindía por la lesion enorme si quedaba salva la legítima, ley 10, título 36, libro 3 del Código, pero no se estendia esta facultad hasta poderse cometer á otro.

La ley 7, título 1, Partida 6 autoriza al padre para partir lo suyo entre sus hijos y nietos.

La 19 de Toro ó 3 recopilada, título 6; libro 10, autorizó tambien al padre y abuelo para señalar la mejora en cosa determinada, pero sin poder cometer esta facultad á otra persona, y nosotros lo habemos admitido en el artículo 661.

Cuando los herederos no sean forzosos mal podrán ir contra la voluntad del que los ha favorecido; y si son hijos ó descendientes deben respetar el juicio y la voluntad del padre en cuanto no menoscabe su legítima.

ARTICULO 900.

La simple facultad de hacer la particion puede cometerse en vida ó en muerte á otro cualquiera, oon tal que no sea uno de los coherederos.

Segun la ley 19 de Toro, citada en el artículo anterior, no procedia esta facultad; pero la recopilada 10, título 21, libro 10, y su nota, apoyan á mi parecer, nuestro artículo, y comprende hasta el caso de quedar hijos menores.

Voet, número 5, título 2, libro 10, la sostiene como conforme á Derecho Romano y á equidad; pero habla en sentido de poderse cometer con la misma libertad que tenia el testador de dar más ó ménos; la ley recopilada se limita al simple acto de particion segun el respectivo derecho que tengan por la voluntad del testador, y cuyo ejercicio no puede en mi opinion cometerse ó delegarse; ni podía, segun las leyes del título 19 libro 10, Novisima Recopilacion.

legítimas; lo hizo así, porque en este caso no hay diferencia sustancial entre ella y la que debe hacer el albacea, supuesto que nunca pueden atacarse los derechos de los acreedores, ni del fisco en su caso.—N. de los EE.

Se escluye á los cohederos, porque el interés del partidor se hallaria en oposicion con el de los otros, como en el artículo 661 se escluye al mismo mejorado.

Téngase presente la estension que se dá á esta facultad en el artículo 663.

ARTICULO 901.

Los tres artículos anteriores se observarán aun cuando entre los coherederos haya alguno de menor edad ó sujeto á curaduría; pero el comisario deberá siempre inventariar los bienes de la herencia con citacion de los coherederos, acreedores y legatarios.

Véase lo espuesto en los dos anteriores: la necesidad que se impone al comisario guarda conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 244; habiendo un menor, ha de haber siempre inventario.

ARTICULO 902.

Cuando el difunto no hizo la particion cometió esta facultad á otro, si todos los coherederos se encuentran en el caso del artículo 893 y están presentes, podrán, de comuu acuerdo ó por mayoría absoluta, partir la herencia en el modo ó forma que convenga judicial ó extrajudicialmente (1).

Teniendo todos los coherederos la libre administracion y disposicion de sus bienes segun el artículo 893, y hallándose todos ellos presentes, á ellos solos ó á su mayoría

1. El albacea formará el proyecto de particion por sí mismo ó lo encargará á otra persona de acuerdo con la mayoría de los herederos.—Si no hubiere mayoría, el juez nombrará al contador, escogiéndole entre los que hubieren sido propuestos por el albacea ó por los herederos.—El albacea separará en primer lugar la parte que corresponda al cónyuge que sobreviva, conforme á las capitulaciones matrimoniales y á las disposiciones que arreglan los bienes dotales y la sociedad legal.—Se deducirá en seguida la parte que conforme á derecho fuere de libre disposicion del testador.—Con ellas se pagarán los legados; observándose el orden y demás disposiciones sobre preferencia y reducion contenidas en el capítulo 7, título 2º de este Libro.—Lo que sobre se agragará al resto del caudal hereditario; el cual se dividirá entre los herederos por partes proporcionales á sus legítimas ó á las cuotas que el testador les haya asignado.—Arts. 4064 y 4065 y 4060 á 4063, tit. 5, lib. 4, cap. 8, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

absoluta toca decidir del uso de su derecho como mejor les pareciere.

ARTICULO 903.

La mayoría se regulará por el orden prescrito en el artículo 1153; pero los que se creyeren agraviados podrán recurrir á los tribunales, sin perjuicio de llevarse á efecto lo acordado hasta que judicialmente se disponga otra cosa.

Parece duro que se niegue todo recurso al agraviado; pero es necesario ocurrir á que no se prorogue la comunion y á que los curiales no se apoderen de la particion.

ARTICULO 904.

Si algvno de los herederos estuviere ausente, se observará lo prescrito en el artículo 865; y, si el citado no compareciere y los presentes instaren por la particion, nombrará el juez defensor que sostenga los derechos del ausente, pero la particion concluida sin haberse presentado el ausente, no podrá llevarse á efecto hasta despues de aprobada por el juez (1).

1. Si alguno de los herederos estuviere ausente y no tuviere representante legitimo, el juez procederá conforme á lo dispuesto en los artículos 697 á 706, y demás relativos.—La particion en el caso del artículo anterior, debe ser aprobada judicialmente, observándose además lo prevenido en los artículos 768 á 771.—Arts. 4058 y 4059, tit. 5, cap. 8, lib. 4, cód. civ. vigente.

Los artículos 697 á 706, citados en esta nota, previenen lo siguiente:—Cuando una persona haya desaparecido y se ignore donde se halle y quien la represente, el juez á petición de parte, ó de oficio, le nombrará un procurador, la citará por edictos publicados en los principales periódicos de la República, señalándole para que se presente un término que no bajará de tres meses ni pasará de seis; y dictará las providencias necesarias para asegurar los bienes.—Al publicar los edictos, remitirá copia á los cónsules mexicanos en el extranjero, á fin de que les den publicidad de la manera que crean conveniente.—Si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad, y no hay ascendiente que deba ejercerla conforme á la ley, ni tutor testamentario ni legitimo, el ministerio público pedirá que se nombre tutor en los términos prevenidos en el artículo 555.—Las funciones del procurador se limitan á conservar los bienes, cobrar rentas y réditos, y otras gestiones urgentes.—Si cumplido el término del llamamiento, el citado no compareciere por sí ni por apoderado legitimo, ni por medio de tutor ó de pariente que pueda representarle, se procederá al nombramiento de representante.—Lo

Es justo mostrar mayor solicitud y dar alguna mayor garantía á los que no pueden ejercer y defender por sí mismos sus derechos.

Parece además conforme con la ley recopilada 10, título 21, libro 10 y su nota 10, en que se habla de defensores de ausentes, y se prescribe que la particion haya de ser aprobada por la respectiva justicia.

ARTICULO 905.

Si todos los coherederos ó alguno de ellos estuviere bajo tutela ó curaduría, el tutor ó curador mismo se hará cuando en iguales circunstancias caduque el poder conferido por el ausente, ó sea insuficiente para el caso.—Tienen accion para pedir el nombramiento de procurador y representante, el ministerio público y cualquiera á quien interese tratar ó litigar con el ausente ó defender los intereses de éste.—El cónyuge ausente será representado por el presente: los ascendientes por los descendientes, y éstos por aquellos.—Si el cónyuge ausente fuere casado en segundas ó ulteriores nupcias, y hubiere hijos del matrimonio ó matrimonios anteriores, el juez dispondrá, que el cónyuge presente y los hijos del matrimonio ó matrimonios anteriores nombren de acuerdo el representante; mas si no estuvieren conformes, el juez le nombrará libremente.—A falta del cónyuge, de descendientes y de ascendientes, será representante el heredero presuntivo. Si hubiere varios con igual derecho, ellos mismos elegirán al que deba ser representante. Si no se ponen de acuerdo en la eleccion, la hará el juez, prefiriendo al que tenga más interés en la conservacion de los bienes del ausente.

Los artículos 768 á 771, citados tambien en esta nota, disponen lo siguiente:—Si se difiere una herencia, á la que sea llamado un individuo declarado ausente, entrarán solo en ella los que debian ser coherederos de aquel, ó suceder por su falta; pero deberán hacer inventario en forma de los bienes que reciban.—En este caso los coherederos ó sucesores se considerarán como poseedores provisionales ó definitivos de los bienes que por la herencia debian corresponder al ausente, segun la época en que la herencia se defiera.—Lo resuelto en los artículos anteriores, debe entenderse sin perjuicio de las acciones de petición de herencia y de otros derechos que podrán ejercitar el ausente, sus representantes, acreedores ó legatarios, y que no se extinguirán sino por el lapso del tiempo fijado para la prescripcion.—Los que hayan entrado en la herencia, harán suyos los frutos percibidos de buena fé, mientras que el ausente no comparezca, ó que sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes ó los que por contrato ó cualquiera otra causa tengan con él relaciones jurídicas.—N. de los EE.

dor está obligado á pedir la formación de inventario, y, hecho éste, se procederá á la partición, sin que el juez deba entrometerse de oficio en ninguna de estas operaciones, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Esto es una ventaja para el menor, y una consecuencia necesaria de no poder el tutor aceptar la herencia deferida al menor sino á beneficio de inventario.

Hasta ahora el juez, como protector de los menores, entendía en el caso de este artículo, pero su oficio y protección están hoy reemplazados por el consejo de familia.

ARTICULO 906.

La aprobación judicial de que se habla en el artículo 904, es también necesario en el caso del artículo anterior, y oyendo previamente el juez al consejo de familia; á falta de este requisito, la partición se entenderá ser provisional.

Cuando la herencia no pase de doscientos duros, bastará la aprobación del consejo de familia.

Viene á ser en su fondo el 1042 Sardo, que dice: "La partición puede ser hecha amistosamente, aun cuando entre los interesados haya menores, personas sujetas á interdicción ó ausentes, con tal que, en lo tocante á estos últimos, los parientes hayan sido puestos en posesión de sus bienes.

Sin embargo, esta partición deberá ser precedida de una estimación de los bienes, y aprobada por el tribunal oyendo al consejo de familia: en defecto de estas formalidades, toda partición amistosa será reputada provisional."

En rigor podría haberse suprimido este artículo. El nombramiento de tutor dativo por el consejo de familia, el testamentario y legítimo sugetos al mismo consejo, ofrecen bastante garantía al menor, y, en caso de exigirse aprobación, habría tal vez más consecuencia en exigirla del mismo consejo que en casi todo reemplaza hoy al juez: pero está de por medio la autoridad del artículo 466 Frances, y la consideración de que los otros coherederos tendrán por más imparcial al juez que al consejo: últimamente, se halla así dispuesto en la ley recopilada 10, tí-

tulo 21, libro 10, y en su nota 10: no se ha dado entrada á la segunda parte del citado artículo 466, ni al 823, y los que le son consiguientes: tanta intervención oficiosa de los jueces en esta materia, chocaría con el concepto que hoy tienen de estar ceñidos á lo rigurosamente contencioso; se estará, pues, al comun acuerdo de los coherederos ó al de la mayoría, salvo el recurso del artículo 903.

Provisional. Podrán, pues, tanto el mayor como el menor pedir después que se proceda á una partición definitiva, á ménos que uno y otro hayan manifestado abiertamente su intención de que la partición así hecha fuese desde luego definitiva.

En este caso la falta de los requisitos prescritos en el artículo, y que solo tienen por objeto el interés del menor, solo inducirá nulidad de la partición respecto de éste, y él solo podrá alegarla y pedir que se proceda á la partición definitiva, no el mayor de edad, según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1186.

Cuando la herencia, etc. El objeto de este párrafo es evitar los gastos consiguientes á la aprobación judicial, y que se harían sensibles, siendo tan corta la herencia.

ARTICULO 907.

Los gastos de partición hechos por el interés comun de todos los coherederos, se deducirán de la herencia; los hechos por ocasión, ó en el interés particular de uno de ellos, serán á cargo del mismo (1).

El que ocasiona los gastos debe sufrirlos: los de inventario son de interés comun; deberán, pues, deducirse de la herencia: los que proceden únicamente de la circunstancia de ser uno de los coherederos menor ó estar ausente, por ejemplo, los de la aprobación judicial, serán á cuenta y cargo de los mismos.

1. Los gastos de la partición se bajarán del fondo comun: los que se hagan por el interés particular de alguno de los herederos ó legatarios, se imputarán á su haber.—Art. 4110, tít. 5, cap. 8, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

ARTICULO 908.

En la partición de herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes ó adjudicando á cada uno de los coherederos, cosas de la misma naturaleza, especie y calidad (1).

1. El proyecto de partición se sujetará á las siguientes reglas:—1.ª Si el testador hizo designación de partes, el albacea la observará estrictamente, anotando el exceso ó defecto del precio de la cosa designada respecto de la legítima ó porción del heredero:—2.ª Si no hay designación de partes en cosa determinada, se incluirán en cada porción bienes de la misma especie, en cuanto fuere posible.—3.ª Si los inmuebles de la herencia reportan gravámenes, se especificarán, indicando el modo de redimirlos ó dividirlos entre los herederos.—El albacea presentará el proyecto de partición á la aprobación de todos los interesados ó de sus representantes legítimos.—Si formadas las porciones, algun heredero reclamara sobre la cantidad que se le haya designado, el juez, oyendo sumariamente al contador, decidirá confirmando la partición ó mandando reponerla.—De lo determinado por el juez, no habrá más recursos que los que para los juicios sumarios establece el Código de procedimientos.—Si la reclamación fuere relativa á la clase de bienes asignados, y no hubiere convenio, los bienes que se disputen, se venderán; observándose lo dispuesto en los artículos 4074 á 4080, que citaremos en la siguiente nota.—Todo heredero ó legatario de cantidad, tiene derecho de pedir que se le apliquen en pago bienes de la herencia: la aplicación de ellos se hará por el precio que tengan en el avalúo.—En el caso del artículo anterior, la elección será del que debe pagar la herencia ó el legado; á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.—Si el testador hubiere legado alguna pensión ó renta vitalicia por cuenta de su parte disponible, sin gravar con ella en particular á algun heredero ó legatario, se capitalizará al seis por ciento anual y se separará un capital ó fondo equivalente, que se entregará al heredero ó legatario, quien quedará sujeto á todas las obligaciones de mero usufructuario.—Si los bienes de la cuota disponible no alcanzaren, en el caso del artículo que precede, para la formación del capital en él mencionado, quedará á arbitrio de los herederos entregar al legatario la parte disponible ó retenerla, pagando íntegra la pensión.—En el proyecto de partición se expresará la parte que del capital afecto al pago de la pensión, corresponderá á cada uno de los herederos luego que aquella se extinga.—Estando conformes los coherederos en el proyecto de partición, se reducirá á escritura pública, y con ese solo requisito surtirán todos los efectos legales, si los interesados fueren mayores.—Solo será judicial la partición, si fuere menor alguno de los interesados, ó si la mayoría de éstos lo exigiere.—Cuando hubiere varios menores representados

Esto es de equidad y de justicia conforme á todos los Códigos: artículo 832 Frances, 1123 Holandes, 1287 de la Luisiana, 1055 Sardo, y 751 Napolitano; así se ha observado constantemente en la práctica: es lo mismo que queda ya prescrito en el artículo 888.

ARTICULO 909.

Cuando por ser una cosa indivisible, ó porque desmerecerá mucho en la división, no pueda guardarse la igualdad en los lotes ó adjudicación según el artículo anterior, podrá adjudicarse á uno con la calidad de abonar á los otros el exceso en dinero.

Pero bastará que uno solo de los coherederos pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga (1).

por un solo tutor, se observará lo dispuesto para el caso previsto en el artículo 535, citado en la nota de fojas 162 del tomo 1.º de esta obra.—La escritura de la partición deberá contener:—1.º El nombre y apellido de todos los herederos y legatarios:—2.º Los nombres, medidas y linderos de los bienes adjudicados, con la expresión de la parte que cada heredero adjudicatario tenga obligación de devolver si el precio de la cosa excede al de su porción, ó que recibir, si falta:—3.º La garantía especial que para la devolución del exceso constituya el heredero en el caso de la fracción que precede:—4.º La enumeración de los muebles ó cantidades repartidas:—5.º Noticia de la entrega de los títulos de las propiedades adjudicadas ó repartidas:—6.º Expresión de las cantidades que algun heredero quede reconociendo á otro y de la garantía que se haya constituido:—7.º La firma de todos los interesados.—Arts. 4066 á 4072, y 4087 á 4093, tít. 5, cap. 8, lib. 4, cód. civ. vigente.

La comisión dice: que los artículos 4087 á 4089 contienen las disposiciones relativas á la capitalización de las rentas vitalicias, dejadas por el testador sin designación de bienes; y ellas son de una necesidad imprescindible, porque de otra manera se dificultaría extraordinariamente la partición, y además de ser una injusticia notoria querer gravar á un heredero y no á otro, sería esto ocasión de nuevos disgustos; porque, como es natural, el gravado sin duda alguna exigiría compensaciones.—N. de los EE.

1. Los bienes que fueren indivisibles ó que desmerezcan mucho por la división, podrán adjudicarse á uno de los herederos con la condición de abonar á los otros el exceso en dinero.—Si no pudiese realizarse lo dispuesto en el artículo anterior, y los herederos no se convirtieren en usufructuarios los bienes en comun ó en otra manera de pago, se procederá á su venta, prefiriéndose al heredero que haga mejor