

dores, cuando la sentencia nada resuelve que se oponga á este precepto (Sent. id. id. id.).

Quando el testamento obra por aquiescencia y copocimiento de los herederos, no puede ser infringida la Real resolución de 26 de Abril de 1791, inserta en la nota 10 al tit. XXI, libro X de la Novísima Recopilación, según la cual, los contadores extrajudiciales no pueden desempeñar este cargo sin el consentimiento de los herederos. (Sent. id. id. id.).

No habiendo delegado su carácter el testamento, no se infringe el principio de que los cargos personalísimos no pueden delegarse, sin que se entienda que haya tal delegación por haberse valido de un letrado para el reconocimiento de documentos, formación de inventario y otros trabajos necesarios para la división, si esto estaba dentro de las facultades que le había concedido el testador (Sent. id. id. id.).

A las operaciones de testamentaria practicadas extrajudicialmente, no les son aplicables los requisitos y formalidades que prescriben los artículos 416 y 430 de la ley de Enjuiciamiento civil para el juicio voluntario de testamentaria, después que el juez le hubiese por prevenido al tenor del art. 415 de la misma ley, de donde se deduce que aun cuando los testamentarios no los hayan observado, y por más que la sentencia deniegue la declaración de la nulidad de dichas operaciones, que fundándose en la inobservancia de los expresados artículos se demandó, no ha podido infringirlos, como inaplicables al caso (Sent. 24 Setiembre 1875).

A la cláusula puesta por los testadores de que no intervengan los tribunales en la partición de sus bienes, no puede dársele el alcance de que el poseedor del caudal pueda hacerse dueño de él sin más que obligar á su coheredero á que recurra á los mismos, pidiendo que se cumpla en todo la voluntad del testador (Sentencia 11 Julio 1877).

## COMENTARIO

Cuatro casos marca el artículo presente, en los cuales puede hacerse la partición sin que intervenga la autoridad judicial, si bien la ley 10, tit. XXI, lib. X de la Novísima Recopilación prescribe, que después de terminadas las diligencias practicadas por los partidores ó contadores nombrados al efecto por el testador, se presenten al juez para su aprobación, con cuya ley está conforme el art. 407 número 2.º de la de Enjuiciamiento civil, porque al disponer en él que procede el juicio de testa-

mentaria «Cuando los herederos son menores ó están incapacitados, bien se hallen ausentes ó presentes, si el testador no hubiere dispuesto lo contrario», confirma lo prescrito por la ley recopilada. Del mismo modo se expresa la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Los demás casos señalados en el artículo, no ofrecen tampoco dificultad ni necesitan explicación. Lo que sí debemos decir, es que, aun cuando en los *abintestatos* debe intervenir el juez habiendo menores ó ausentes, no es esta circunstancia tan necesaria para que sea la partición judicial, pues deja de ser precisa aquella intervención desde el momento de proveer de tutor ó curador á los menores, ó en el de comparecer los ausentes, á no ser que algún interesado la solicite, y en las *testamentarias* no tiene tampoco lugar la partición judicial cuando los ausentes tienen quien les represente, y en cuanto á los menores el testador hubiere dispuesto lo contrario.

Ahora bien, una vez dicho esto y estudiado en los comentarios anteriores el modo de proceder en los juicios de testamentaria y *abintestato*, marcado en la ley de Enjuiciamiento civil, veamos cuáles son las reglas que deben tenerse presentes para practicar con legalidad las particiones.

Hecho el inventario de todos los bienes ó durante su formación, se procede á la tasación de los mismos con arreglo á lo dispuesto en la ley citada, á lo prescrito por el testador ó á lo convenido por los interesados, según queda explicado, teniendo en cuenta para ello el justo valor de las cosas y las circunstancias de lugar y tiempo, pues según las costumbres del pueblo donde radiquen los bienes y la época á que se atiende para apreciarlos, será distinta su estimación, debiendo advertir, que habrán de ser tasados con arreglo al valor que tengan de presente y nunca por el que se compraron.

Empiézase, pues, por consignar por medio de supuestos, cuando murió la persona de cuya sucesión se trata, si dejó testamento hecho, quiénes son sus herederos, cuántos bienes deja con arreglo al inventario formado, el valor de los mismos distinguiéndolos por clases, y á este tenor todas las circunstancias que sirvan para formar con más exactitud el cuerpo de hacienda; y una vez obtenido este resultado, se procede á su liquidación haciéndose las deducciones correspondientes.

Al practicar las operaciones de cuenta y partición del caudal hereditario, deben tenerse

presente todas las reglas legales que concedan derecho á los participes en la sucesión á fin de que la detracción de cada porción hereditaria, se haga en el orden, modo y lugar que le corresponda. Así, pues, lo dispuesto acerca de dote, arras, donaciones esponsalicias y propter nupcias, gananciales, prelación de créditos, legítimas, mejoras, legados, colaciones y facultades del testador, tienen su natural aplicación y cabida en estas operaciones.

No exponemos aquí más minuciosamente la forma y manera de hacer unas particiones, porque todo cuanto dejamos dicho en los dos títulos anteriores con especialidad, y en general la mayor parte del derecho civil que se refiere á los puntos antes indicados, pueden relacionarse con las operaciones de una testamentaria.

Artículo 1170.—Deben partirse todas las cosas pertenecientes á la herencia, á excepción de las nocivas é inmorales.

## ORÍGENES

Ley 2.ª, tit. XV, Partida 6.ª

## JURISPRUDENCIA

No pueden considerarse como del caudal de la testamentaria los bienes que vendió en vida del difunto, y que están arrendados por el comprador á una tercera persona (Sent. 5 Enero 1872).

Si en el pleito sólo se ha ventilado y decidido sobre el inventario de la herencia de una mujer casada, que constituye la materia del primero de los tres períodos en que se divide todo juicio de *abintestato*, como el de testamentaria, sin haberse debatido cuestión alguna sobre gananciales de la sociedad conyugal, ni sobre las posteriores para su liquidación y consiguiente división entre los herederos de la finada y su viudo, que ha de ser objeto del tercer período del juicio, en el que únicamente podrán tener aplicación más ó menos eficazmente la ley 4.ª, tit. IV, libro X de la Novísima Recopilación, según la cual deben reputarse bienes gananciales todos los que quedaren á la disolución de la sociedad conyugal mientras no se justifique otra cosa, y la doctrina legal que considera continuada bajo el concepto de sociedad común la que se forma por tácita voluntad entre el cónyuge superviviente y los herederos del difunto, mientras aquella primera sociedad no se liquida, así como la subsiguiente doctrina que reconoce que

para hacer debidamente esta liquidación es necesario empezar por inventariar ó traer al cuerpo del caudal todos los bienes que estén comprendidos en la comunión, para poder luego hacer las debidas bajas y deducciones, pues de lo contrario, éstas quedarían hechas prematuramente y sin la forma del juicio propio de partición, es claro por lo mismo, que estas leyes no pueden considerarse aplicables al caso, ni por consiguiente, suponerse infringidas (Sentencia 10 Diciembre 1873).

La ley 2.ª, tit. XV, Partida 6.ª, que declara «quien son aquellos que pueden demandar partición, é á quien: é cuáles cosas pueden partir, é cuáles non, é en qué manera», es inaplicable al pleito en el que no se ha ejercitado la acción de división de herencia, sino la de reivindicación de fincas, fundada en la nulidad de la partición hecha (Sent. 2 Abril 1878).

Tampoco es aplicable al pleito, ni por tanto podido infringirse por la sentencia, la ley 43, tit. II, Partida 3.ª, porque aunque dispone que: «maguer el demandador non pruebe todo cuanto pusiese en su demanda, que en aquello que probare, quel vala»: rechazada en absoluto la nulidad de la partición, no puede aprovecharle el derecho que alegue á la mitad del caudal como heredero en dicha porción de su padre (Sent. id. id. id.).

Artículo 1171.—Las escrituras, títulos y documentos que no pudieren partirse, deberán ser entregados para su conservación al heredero que tenga más parte en la herencia, al más digno si todos tuvieren igual participación y en igualdad de dignidad al más anciano, no contándose en estos casos á la mujer aun cuando reúna dichas condiciones. Si éstas fueren idénticas en todos ellos, se designará por suerte la persona que deba conservar dichos documentos. El nombrado de este modo, ó si lo hubiere sido por el testador, está obligado á dar copias á los demás coherederos y á mostrar los originales siempre que ellos lo pidieren.

## ORÍGENES

Leyes 7.ª, y 8.ª, tit. XV, Partida 6.ª

## CONCORDANCIAS

Concuera con: Leyes 4.ª, pár. 2.º y 5.º, título II, lib. X, Digesto, y en parte con: Arts. 842 pár. 2.º, Cód. Francia.—999 Italia.—1306 Lui-

siana.—1126 Holanda.—768 Vaud.—515 Lucerna.—217 y 218 Ley especial Saint-Gall. 869 Valais.—845 Neufchatel.—2154 y 2155 Portugal.

JURISPRUDENCIA

La ley 7.<sup>a</sup>, tit. XV, Partida 6.<sup>a</sup>, que manda que los documentos comunes á una herencia los tenga uno de los coherederos, con la obligación de manifestarlo á los demas, se refiere á las escrituras propias de las familias que forman parte de sus herencias, y no á las liquidaciones ó particiones de éstas (Sent. 30 Enero 1861).

COMENTARIO

Hay en las herencias muchas veces documentos importantes que no pueden dividirse y tienen que ser confiados á una persona para su conservacion y custodia. Para ello marcó la ley el orden que debe observarse en el nombramiento de dicha persona, designando preferentemente al heredero que más parte tenga en la herencia, luégo al más digno, despues al de más edad, y por último, al que designe la suerte, advirtiéndole que la mujer, áun cuando reúna las circunstancias necesarias al efecto, no puede ser nombrada para este cargo segun la ley.

El depositario de los documentos y papeles pertenecientes á la herencia, ademas de la responsabilidad aneja al depósito, tiene la obligación de dar copias y presentar los originales, siempre que los interesados lo pidieren y cuando fuere necesario.

Debemos advertir, que el Tribunal Supremo ha declarado que las disposiciones de la ley 7.<sup>a</sup>, tit. XV, Partida 6.<sup>a</sup>, se refieren á escrituras y documentos propios de las familias, y de ningún modo á las liquidaciones y particiones de las herencias, porque aquellos documentos y escrituras son los que verdaderamente no pueden partirse entre los herederos, y por lo que la ley, para evitar cuestiones entre ellos sobre quién debía conservarlas, ha marcado el orden que en su designacion debe observarse.

Artículo 1172.—Los gastos útiles y necesarios hechos por alguno de los herederos en los bienes de la herencia mientras estuvo sin partir, deben ser descontados del cuerpo de bienes y pagárselos al que los hizo como á un acreedor, y si no se descontaren, deben

satisfacer proporcionalmente los coherederos sus respectivas partes.

ORÍGENES

Ley 16, tit. X, Partida 5.<sup>a</sup>

JURISPRUDENCIA

El aumento ó depreciacion que puedan tener los bienes de una herencia pro indiviso, ceden en beneficio ó daño de la colectividad de herederos (Sent. 29 Marzo 1873).

COMENTARIO

Los gastos hechos por un heredero en los bienes de la herencia ántes de partirla entre los llamados á disfrutarla, constituyen una deuda contra la misma, que debe ser satisfecha del cuerpo de bienes al heredero que invirtió en ellos algunas sumas, por razon de necesidad ó utilidad de los mismos. Esta doctrina, que la ley 16, tit. X, Partida 5.<sup>a</sup> establece al tratar del contrato de sociedad, la encontramos igualmente aplicable al caso de particion de bienes hereditarios, y así parece enterderlo el Tribunal Supremo al establecer que el aumento ó depreciacion que pueden tener los bienes de una herencia pro indiviso ceden en beneficio ó daño de la colectividad de herederos; por cuyas razones no hemos vacilado en aplicar tambien á esta materia lo que tendrá más explicacion al tratar del contrato de la sociedad.

Artículo 1173.—Cuando los bienes hereditarios no admitieren cómoda division, el juez podrá adjudicarlos á uno ó más herederos obligándoles á entregar á los otros en dinero la parte que le correspondá, y si ninguno de ellos quisiera los bienes, podrá decretarse su venta y partirse el dinero.

ORÍGENES

Ley 10, tit. XV, Partida 6.<sup>a</sup>

Ley 2.<sup>a</sup>, tit. IV, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Ley 3.<sup>a</sup>, tit. XXXVII, lib. III, Código Romano; ley 55, tit. II, lib. X, Digesto.—Art. 827 Cód. Francia, en cuanto exige en el mismo caso de nuestro artículo la venta en subasta judicial, si los herederos, siendo mayores de edad, no acuerdan otra cosa; al cual siguen el 988 Italia.—2145 Portugal.—1264 Luisiana.—757 Vaud.—858 Valais.

COMENTARIO

Hemos dicho, al hablar del modo de llevar á cabo las particiones, que los bienes debían repartirse con igualdad entre los herederos, llevando cada uno la parte de herencia que por derecho le corresponde; pero podía suceder que los bienes hereditarios no pudieran dividirse sin sufrir grandes deterioros ó sin destruirse, y la ley, previendo el caso, ha dictado las reglas oportunas para que no sufran menoscabo los bienes, ni perjuicio en su derecho los herederos.

Para ello prescribe que el juez puede adjudicar á uno de ellos por entero la cosa imposible de dividir, obligándole á satisfacer en metálico, á los demas coherederos, las partes que en la misma les correspondan, previa la correspondiente tasacion. Cuando ninguno la quisiera se designará por suerte á quién debe adjudicarse, con la obligación de indemnizar á los demas, y si los interesados no aceptasen este medio ni hubiese entre ellos quien quisiera comprarlo, se procederá á venderla en pública subasta, repartiendo luégo el dinero conforme á las respectivas porciones de los llamados á la herencia. Debe tenerse en cuenta, que si alguno pidiera la venta en pública subasta de los bienes indivisos y otro aprontase el valor de la parte de aquél, no debe entenderse por la venta; en una palabra, y para no enumerar los múltiples casos que pueden ocurrir, el juez puede mandar hacer la particion «en la manera que él entendiere que será más guisada, é más á pro dellos».

Artículo 1174.—En la adjudicacion de los legados y mejoras se observará lo dispuesto para éstas en el art. 975 (1).

ORÍGENES

Ley 4.<sup>a</sup>, tit. VI, lib. X, Nov. Rec. (20 de Toro).

COMENTARIO

Lo prevenido en este artículo y en el 974, se entiende salvo lo que en contrario hubiere ordenado expresamente el testador ó se dedujere de su disposicion testamentaria.

Artículo 1175.—Hecha la particion, quedan obligados los coherederos entre sí á la

(1) Véase pág. 498, columna 2.<sup>a</sup>

eviccion y saneamiento de las cosas que respectivamente les fueren adjudicadas ó les cupieren en suerte.

ORÍGENES

Ley 9.<sup>a</sup>, tit. XV, Partida 6.<sup>a</sup>

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 884 Cód. Francia.—2159 Portugal.—1129 Holanda.—796 Vaud.—1076 Friburgo.—515 Tesino.—909 Valais.—871 Neufchatel.—1034 Italia.—Ley 1.<sup>a</sup>, tit. XXXVIII, y 14, título XXXVI, lib. III, Cód. Romano.—Ley 25, párr. 21, tit. II, lib. X, Digesto.

JURISPRUDENCIA

No habiendo tenido lugar en él pleito ninguno de los casos de que habla la ley 9.<sup>a</sup>, título XV, Partida 6.<sup>a</sup>, no tiene aplicacion dicha ley, y por tanto, no puede considerarse como infringida en la sentencia (Sent. 7 Febrero 1874).

COMENTARIO

La eviccion y saneamiento, que estudiaremos con más detenimiento en el contrato de compra y venta, confiere al heredero ó legatario el derecho de que los coparticipes en la herencia le defiendan en su derecho de propiedad, y que en su día le sostengan en su quieta y pacífica posesion, ó que si de ella hubiere sido privado por sentencia firme, ejecutoria ó inapelable, se le reintegre de lo perdido sin su culpa, siempre que hubiere llenado cumplidamente cuantos requisitos tendremos ocasion de examinar.

Artículo 1176.—La obligación señalada en el artículo anterior cesa cuando el mismo difunto hizo la particion.

ORÍGENES

Ley 9.<sup>a</sup>, tit. XV, Partida 6.<sup>a</sup>

CONCORDANCIAS

Concuerta con la ley 77, párr. 8.<sup>o</sup>, lib. XXXI, Digesto, y contienen la misma excepcion, entre otras, los arts. 2160 Cód. Portugal y demas citados en el artículo anterior.

COMENTARIO

«Pero si el padre ó el testador partiese el

mismo la eredad en su vida entre los erederos á su finamiento, si despues que el finasse ven- ciessen alguno dellos en juycio alguna de las cosas que le vinieron en su parte, estonce los otros erederos non serian tenudos de fazerle en- mienda alguna». Tales son las palabras de la ley.

Gregorio Lopez y Antonio Gomez entienden, no obstante, que si constase que el testador quiso igualar á todos los herederos ó resultase de negarse el sancamiento por juycio en la legítima de un heredero forzoso, no debe prevalecer la excepcion del artículo.

En sentir de los autores cesa la obligacion de eviccionar y sanear: 1.º, cuando los interesados convinieron en que ninguno quedase sujeto á prestarla en favor de los demas; 2.º, cuando la cosa se pierde por su propia condicion ó natura- leza, y 3.º, si la misma cosa, sobre la cual se dudaba si pertenecía á la herencia, se adjudica igualmente á todos los hermanos, en cuyo caso, de perderse en juycio, el resultado es igual para todos, á no ser que alguno saliere por ello per- judicado en su legítima, la cual deberá ser completada por los demas coherederos.

# TÍTULO V

## DE LAS DONACIONES

Artículo 1177.—Donacion, es un acto de espontánea liberalidad por el cual se trasfiere al donatario la propiedad de las cosas donadas.

Puede hacerse de dos maneras; entre vivos y por causa de muerte.

### ORÍGENES

Ley 1.ª, tit. IV, Partida 5.ª

Ley 1.ª, tit. VII, lib. X, Nov. Rec.

### CONCORDANCIAS

Concuerta en cuanto á la primera parte con los arts. 894 Cód. Francia.—1050 Italia.—1703 en su primera parte Holanda.—1454 Luisiana.—557 Vaud.—919 Valais.—629 Neufchatel.—524 Portugal.—1121 Cerdeña.—Leyes 1.ª y título V, lib. XXXIX, Digesto; 2.ª, título VII, li- bro II, Instituta.

### JURISPRUDENCIA

Nadie es dueño de transigir ni ceder lo que con anterioridad habia donado (Sent. 23 Di- ciembre 1857).

La donacion hecha por la madre á uno de sus hijos, con motivo de su casamiento, no puede alterar ni modificar la disposicion testa- mentaria del padre que dejó dispuesto cómo habia de pagarse á cada hijo la legítima, y cómo habian de arreglarse los demas derechos que pudieran corresponderles (Sent. 24 Octu- bre 1862).

No puede calificarse de donacion un contrato de censo vitalicio, pues para constituir aquélla se necesita un acto de liberalidad (Sent. 9 Di- ciembre 1864).

Cuando las cláusulas de una donacion son claras y expresas, no admiten interpretacion, no siendo aplicable en este caso la regla de de- recho de que las cláusulas que admiten más de un sentido, deben entenderse en el más ade- cuado para que surtan efecto (Sent. 11 Abril 1865).

El donante ha de tener dominio en las cosas que da, para que lo pueda trasferir al donata- rio (Sent. 27 Setiembre 1865).

Siendo la donacion un contrato bilateral, su ley obliga al donador á estar á las condiciones de la donacion otorgada (Sent. 28 Setiembre 1867).

Las leyes 1.ª, tit. IV, Partida 5.ª, y la 53 de las de Toro, ya definiendo la donacion, ya or- denando su cumplimiento, ya, en fin, determi- nando cuándo y cómo el padre ó la madre han de pagar lo que prometieren como dote ó dona- cion, *propter nupcias*, nada prescriben ni deter- minan respecto á indemnizaciones, para el caso de que no pudiese cumplirse la donacion por motivos poderosos (Sent. 1.º Octubre 1874).

La ley 1.ª, tit. IV, Partida 5.ª, define la do- nacion quién pueda hacerla y á quién, y sobre qué cosa, y no tienen aplicacion cuando en el pleito no se ha discutido ni resuelto sobre ningu- na donacion, sinó sobre la cesion que por escri- tura hizo un deudor á su acreedor en pago de cantidades que le debía, cuya escritura no se prueba que fuese simulada ni contuviese vicio