

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**NATURALEZA JURIDICA DE LA PARTICION
Y DEL DERECHO A LA MASA HEREDITARIA**

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a:

FELIPE REYES GALICIA

México, D. F.

1969



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis padres:

Sr. TIBURCIO REYES CASTAÑEDA
Y
Sra. MARIA GALICIA ALVAREZ

que se han entregado por entero al bien, han sido para mi,
ejemplo, camino, luz y amor. Ya que han dedicado su
vida a sus hijos, este pequeño esfuerzo
les muestre el primer grano de
las mieses, que sembraron
y cuidaron con tanto
cariño.

A la maestra:

Lic. SARA MONTERO DE LOBATO

**con la estimación y afecto de quien reconoce sus virtudes,
y aprecia su inestimable ayuda en la dirección
y elaboración de este trabajo.**

A MIS MAESTROS:

con gratitud eterna por la
dádiva de sus enseñanzas.

A MIS HERMANOS:

con fraternal cariño.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS.

P R O L O G O

El tema tratado en esta tesis cuyos antecedentes existen desde la antigüedad, cobra en nuestros días mayor importancia debido a que la partición sucesoria es un problema que ha sido y seguirá siendo preocupación constante de los sabios y jurisconsultos de todos los tiempos, por ser transcendental en la vida del hombre.

En el desarrollo de este tema, hemos de encontrar una solución adecuada al problema, que nos permita abreviar procedimientos azarosos, buscando siempre el resultado más encomiable.

Ojalá que el esfuerzo de este humilde trabajo, que se ha desarrollado en el campo de la investigación, contribuya al estudio del derecho, para mejor servir a nuestros semejantes.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LA PARTICION

1.- La sucesión.

2.- Formas de heredar en nuestra legislación.

a).- Testamentaria.

b).- Legítima.

3.- Sujetos del derecho hereditario.

4.- Antecedentes históricos de la partición.

C A P I T U L O P R I M E R O

1.- La sucesión.

Sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen una herencia de una persona muerta a la persona que sobre vive, a la cual la ley o el testador la llama para recibirla (1).

En sentido jurídico la sucesión implica sustitución en la tituralidad de los derechos o en las relaciones o sustituciones jurídi--cas (2).

Planiol define la sucesión como la transmisión del patrimo--nio entero de un difunto a una o varias personas vivas (3).

La palabra sucesión tiene dos acepciones, pues significa la transmisión de los bienes de una persona que muere a sus herederos, o bien designa al conjunto de los derechos activos y pasivos cuya transmisión se opera por la muerte de la persona a quien pertenece el patri--monio legado por el difunto (4).

Martínez Paz dice que este mismo vocablo sirve igualmente - para designar al patrimonio en que se sucede por la muerte, o a la universidad que lo constituye, o a la masa en que debe ser efectuado el - balance de los créditos y las deudas correspondientes a vínculos jurí--dicos que tuvieron por sujeto, al extinto; en tales casos suele alter--nar con otro vocablo herencia que significa sucesión a título de heredero (5).

- (1).- Demolombe.- Traité des successions. Tomo I. Pág. 91. Núm. 79.
 (2).- Castán Robeñas José.- Derecho Civil Español, Común y Foral. Sep--tima Edición. Tomo I. Vol. I. Pág. 24.
 (3).- Planiol Marcel.- Traité Élémentaire de Droit Civil. Tomo III. Paris, 1927. Pág. 307. Núm. 1098.
 (4).- Mateos Alarcón Manuel. Lecciones de Derecho Civil. Tomo IV. Méxi--co. Pág. 3.
 (5).- Martínez Paz Enrique. Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria. Tipográfica Editora Argentina. Pág. 20.

La adquisición de un derecho que nace en cabeza de su titular es una adquisición originaria; la adquisición de un derecho que haya existido en cabeza de un titular anterior, es una adquisición derivada. Toda adquisición ha de ser resultado de un acto de transferencia, traspaso o transmisión; entraña pues una subrogación de sujetos, es una sucesión.

El significado de la voz sucesión tiene una extensión enorme. En correlación con ella se extienden igualmente sus acepciones - los vocablos que designan aquellos que intervienen en dicha sucesión, o sea los de autor, causante, representado, subrogante, transmisor; - que designan, ahora al que fué titular del derecho, y sucesor, causahabiente, subrogado, representante, etc., que van a designar a quien invista en el derecho transmitido (ó).

La sucesión voluntaria que está autorizada por la ley, no es obra directa del legislador, sino que se organiza por voluntad del de cuius (sucesión testamentaria), o bien por el acuerdo de voluntades del de cuius y otros interesados (sucesión contractual, que no conoce nuestra legislación).

Nuestro derecho admite únicamente la sucesión testamentaria y la ab-intestato o legítima. Así lo establece nuestro Código Civil vigente, al indicar las formas como se defiere la herencia, siendo éstas, por voluntad del testador o por disposición de la ley; a la primera la denominamos testamentaria y a la segunda legítima.

(ó).- Rébora Juan Carlos.- Derecho de las Sucesiones. Segunda Edición Tomo I. De la Transmisión. Pág. 55. Editorial Bibliográfica Argentina.

2.- Formas de heredar en nuestra legislación.

En el artículo 1282 de nuestro Código Civil vigente, se establecen las dos formas que existen de heredar y dice: "La herencia se define por la voluntad del testador, o por disposición de la ley. La primera se le llama testamentaria, y la segunda legítima".

Es decir, que nuestro Código en vigor, así como el de 1884, han establecido el régimen de la libre testamentifacción; esto no sucedía en el Código de 1870; en éste se encontraba regulado por el régimen llamada de la legítima, que consistía en la restricción a la libertad de testar, pues el autor de la herencia no podía disponer libremente de la totalidad de sus bienes. Por ejemplo: si tenía hijos legítimos o legitimados, a éstos les correspondía cuatro quintas partes de su patrimonio, o sea, que el de cujus únicamente podía disponer de una quinta parte de sus bienes. Tenemos entonces que por legítima se entendía la parte que forzosamente debería respetar el testador a sus parientes consanguíneos en la línea recta descendente o ascendente, según fuera el caso.

Se afirma que esta manera de suceder de la legítima es la más antigua. Dice Rojina Villegas "que en el antiguo derecho germánico se consagraba el principio de que los herederos son creados por Dios en virtud del vínculo consanguíneo, de tal manera que por testamento el de cujus sólo podía instituir legatarios respetando la porción legítima de los herederos" (7). Este sistema pasó a regir en

(7).- Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. (Derecho Hereditario). Tomo IV. Segunda Edición. Editorial, Antigua Librería Robledo Pág. 332.

Francia y por ende a nuestro país.

En el año de 1884, se estableció en nuestra legislación la libre testamentifacción, y como era de esperarse, el cambio de régimen produjo algunas discusiones entre los legisladores de la época. Los que sostenían el régimen de la legítima decían que la libertad de disponer de los bienes por testamento debería estar limitado, ya que lo creían más natural, más justo y más conveniente; pero al fin de cuentas se impuso el criterio de los que sostenían la libertad de testar; a nuestro modo de entender ese sistema es más razonable por la configuración de nuestra legislación con respecto a la propiedad, la individualización.

Pero esa libertad de testar establecida en nuestra legislación desde 1884, no fue tampoco absoluta, ya que el testador al transferir su patrimonio por causa de muerte, tenía cuando menos la obligación de dejar alimentos a ciertos parientes: descendientes, ascendientes, cónyuge y parientes colaterales hasta el octavo grado. Así se encuentra establecido también en nuestro Código actual, nada más que aquí se restringió hasta el cuarto grado a los parientes colaterales, y se extendió ese derecho también a la concubina.

A la sucesión testamentaria también se le ha denominado voluntaria, porque la voluntad del testador es la máxima autoridad en esa clase de sucesiones. Por ella el autor de la herencia puede disponer libremente de su patrimonio, o de una parte de él, con la única

restricción que le hace la ley de respetar el derecho de alimentos - que tienen determinadas personas en ciertos casos. Así pues, el testador puede disponer de su patrimonio o de una parte de él ya sea a título universal o particular, instituyendo herederos o legatarios.

Al acto jurídico por medio del cual una persona puede transferir su patrimonio o parte de él a parientes o extraños, según sea su voluntad, se le ha denominado testamento. El artículo 1295 del Código Civil vigente nos define el testamento que a la letra dice: "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por la cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte".

Rojina Villegas, define este acto jurídico diciendo: "Testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de su muerte" (8). Nosotros estamos de acuerdo con la definición que nos da el autor - Rojina Villegas por estar más completa.

Examinamos cada una de las partes de la definición que acabamos de citar; el testamento es un acto jurídico unilateral, efectivamente encontramos en ese acto jurídico una sola voluntad, la -

(8).- Rojina Villegas. Ob. Cit. Pág. 266.

del testador, que se manifiesta con la intención de crear consecuencias jurídicas y esa manifestación de voluntad se encuentra amparada por normas jurídicas.

Por qué se dice que el testamento debe ser personalísimo, revocable y libre?; personalísimo, por que siendo un acto jurídico de dominio de tanta trascendencia, el legislador se vió en la imperiosa necesidad de declarar que fuera hecho por el interesado, no se puede ejecutar por medio de representantes.

Revocable, porque siendo el testamento un acto jurídico de voluntad unilateral sobre un patrimonio propio, que no obliga a su autor a su cumplimiento, éste tiene la facultad de que, al cambiar de parecer, puede anular su testamento y otorgar otro; la revocación puede ser tácita o expresa. La primera forma es cuando el testador elabora nuevo testamento, revocando éste al anterior, y de una manera expresa, cuando declara de plano que lo revoca o modifica.

Libre, porque el testador al manifestar su voluntad debe estar libre de toda coacción y no puede obligarse por contrato o por convenio, para instituir herederos o legatarios a determinadas personas o no instituir a otras; todo pacto por medio del cual se restrinja la libertad de testar, será inexistente; pues en esa forma no existiría realmente la voluntad, que es uno de los elementos esenciales para que todo acto jurídico pueda tener existencia jurídica como fuente legítima de obligaciones y derechos.

El acto jurídico unilateral del testamento debe ser hacio

por persona capaz; en el derecho se establece que las personas deben tener determinada capacidad para ejecutar actos jurídicos; tenemos pues entonces, que para la ejecución de los testamentos nuestra ley ha establecido las siguientes reglas:

Artículo 1305.- Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho". Y a continuación nos dice el artículo 1306.- "Están incapacitados para testar":

I.- Los menores que no han cumplido los dieciséis años de edad, ya sean hombres y mujeres;

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

Nos encontramos que la regla es la capacidad y la excepción lo es la incapacidad; a contrario sensu de lo que estipula el artículo 1306, todas las personas que ~~hayan~~ cumplido dieciséis años de edad, (con excepción del testamento ológrafo para otorgar el cual se necesita ser mayor de edad), y que estén en pleno uso de sus facultades mentales, podrán hacer testamento; no obstante de lo anteriormente dicho, la ley, para la elaboración de estos actos jurídicos es complaciente aún con los dementes, pues conforme a los artículos 1307 y 1308 de nuestro Código Civil en vigor, esos enfermos en sus momentos de lucidez pueden hacer testamento, con las precauciones que el caso requiere.

Como en todo acto jurídico, en el testamento se necesita-

un objeto jurídico para que pueda existir aquél. En todo testamento encontramos que ese objeto jurídico puede ser doble, ya sea el de transmitir su patrimonio por causa de muerte, o declarar y cumplir deberes para después de su muerte. Puede el testador no instituir herederos o legatarios, sino únicamente establecer, por ejemplo el reconocimiento de un hijo, y dicho testamento tendrá existencia jurídica.

Para que un testamento sea válido debe existir manifestación de voluntad expresa del testador, ya que si esta no existe, el testamento será considerado nulo.

Con respecto a la interpretación que tiene la voluntad expresa del testador, se exige que ésta quede manifestada en una forma clara, para que no se presenten problemas de interpretación. La ley considera que si el testador, al señalar su voluntad indica que serán sus herederos Juan y Pedro y los hijos de José, no deberá repartirse la herencia en tres partes iguales sino que ésta será repartida entre los hijos de José, Juan y Pedro, en partes iguales como tantos sean los hijos de José, más Juan y Pedro. Si el testamento señala como herederos dentro del mismo a los hermanos legítimos y a los medios hermanos, se considerará que éstos últimos sólo tendrán derecho a la mitad de lo que los otros hereden salvo especificación en contrario. Si heredan dentro del testamento una persona y sus hijos, se tendrá por entendido que esta herencia será simultánea y no sucesiva.

Formas de los testamentos.- El testamento es un acto jurídico formal, se requiere para su validez diversas formalidades, según el testamento de que se trate.

En nuestra legislación los testamentos se clasifican en cuanto a su forma, en dos clases: testamentos ordinarios o comunes y testamentos especiales o privilegiados.

La clasificación de los testamentos ordinarios está referida a la normalidad de los casos, ya que son los más comunes, mejor dicho, a que su otorgamiento no obedece a circunstancias especiales e individuales, sino que es la forma más común y corriente para todos los individuos. En cambio, los especiales son formas autorizadas para aquellas personas que encontrándose en circunstancias especiales, desean o tienen la necesidad de otorgar su testamento y para los cuales no es posible observar las formalidades de los testamentos ordinarios.

Entre la clasificación de los testamentos, ordinarios y especiales, existe otra subdivisión que es:

Artículo 1500.- "El ordinario puede ser: I.- Público abierto; II.- Público cerrado, y III.- Ológrafo".

Artículo 1501.- "El especial puede ser: I.- Privado; II.- Militar; III.- Marítimo, y IV.- Hecho en país extranjero".

Además de los testamentos especiales previstos en el artículo anterior, nuestro legislador siguiendo la doctrina española regula como testamentos especiales también el del ciego, el de - quién es enteramente sordo, pero que sepa leer y escribir, el de - quién ignora el idioma del país, el de quién no sabe ni puede es- - cribir e el de quién no sabe o no puede leer (9).

Además de que existen diversas formalidades generales en todos los testamentos, nuestro legislador ha establecido también - formalidades especiales para cada uno de ellos.

Sucesión legítima.- Aún cuando nuestros legisladores de 1884 y de 1928, han establecido el sistema de la libre testamenti- facción, se han visto en la necesidad de regular también la primera manera que ha existido de suceder - la legítima o ab-intestato-, - pues sería contra todo principio que sólo se abriese la sucesión - cuando existiera testamento.

La ley en la sucesión legítima sustrae la voluntad del - testador, el legislador toma en consideración que entre más cerca- - nos sean los lazos de parentesco que unen al autor de la herencia, se supone que han de ser más queridos y que, por lo mismo, tienen - más derecho para adquirir sus bienes.

(9).- Valverde y Valverde Calixto.- Tratado de Derecho Civil Espa- ñol. Tomo V. Segunda Edición. 1921. Pág. 107.

Definiremos la sucesión legítima como: "La transmisión de los bienes de una persona que no ha dejado testamento y que, por lo tanto éstos se transmitirán a aquellas personas que el legislador - teniendo en cuenta la voluntad presente del de cujus, llama para - que hereden sus bienes, es decir, adquieran el patrimonio del que - ha muerto".

Veamos y analicemos cada una de las formas que nuestra - legislación autoriza para que la sucesión pueda abrirse:

El artículo 1599 del Código Civil dispone que: "La herencia legítima se abre:

I.- Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;

II.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;

III.- Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;

IV.- Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto".

a).- La hipótesis normal para que una sucesión legítima - pueda abrirse, es que el autor de la herencia no haya otorgado testamento.

b).- Cuando se haya otorgado testamento y se pierda; - excepcionalmente pueden presentarse los casos de pérdida de testamento, pero una vez que se ha demostrado esto, se abrirá la sucesión legítima.

c).- El testamento como todo acto jurídico, para su existencia, necesita de dos elementos esenciales, la voluntad y el objeto, si faltare alguno de ellos se declarará a ese acto jurídico inexistente y, por ende, se procederá a abrir también la sucesión legítima.

d).- Cuando el testamento se ha declarado nulo; se le declarará nulo cuando le falte alguno de los elementos de validez; la nulidad puede ser absoluta, referirse al acto jurídico en todos sus aspectos, o simplemente parcial, refiriéndose a determinada institución de heredero o legatario; si la nulidad es parcial, se abrirá la sucesión legítima por lo que se refiere a las cláusulas ineficaces.

e).- Cuando el testador revoca su testamento. Ya hemos visto la facultad que le concede la ley de poder revocar su testamento, cuando ejerce dicha facultad sin redactar nuevo testamento, funcionará la sucesión legítima; y también cuando el testador derogue alguna de sus disposiciones testamentarias sin dictar otras, se abrirá la sucesión legítima, en lo que contenían dichas disposiciones.

f).- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes en el testamento, al no existir ya en nuestra legislación el derecho de acrecer, se abrirá la sucesión legítima en cuanto a esos bienes; en este ejemplo se suceden de una manera mixta, testamon-

taria y legítima.

g).- Cuando el heredero muere antes de cumplir con la condición que le impuso el testador, en este caso igualmente se abrirá la sucesión legítima, nuestro derecho exige que la condición se cumpla viviendo el heredero; si cumple el heredero con la condición, la sucesión tiene efectos retroactivos, se retrotrae a la fecha de la muerte del autor de la sucesión.

h).- Cuando el heredero muere antes que el testador. Si el heredero testamentario muere antes que el testador, no puede heredar, debe el heredero testamentario sobrevivir aunque sea un instante después que el autor de la herencia para que le pueda suceder, no siendo así, se abrirá la sucesión legítima.

i).- Cuando el heredero testamentario repudia la herencia; nuestra ley establece que ningún heredero está obligado a aceptar la herencia en contra de su voluntad, cuando existe repudio por parte de un heredero, lo que le hubiere correspondido, se sucederá de una manera legítima.

j).- Por último, se abrirá también la sucesión legítima - cuando el heredero testamentario se haga incapaz de heredar; el artículo 1313 de nuestro Código vigente es el que nos indica por qué causas pierden la capacidad de heredar las personas, cuando hablemos sobre los herederos veremos cuales son estas causas.

Los tres sistemas de heredar en la sucesión legítima.- Encontramos en nuestro derecho positivo que existen tres formas de heredar en la sucesión legítima: I.- Por cabezas; II.- Por líneas y

II.- Por estirpes.

Por cabezas, se denomina así a esta manera de heredar cuando el heredero recibe en nombre propio, o sea, que no es llamado a la herencia en substitución de otro. Esta manera de heredar la encontramos en todos los hijos, en los padres y en los hermanos.

Por líneas, esta manera de heredar empieza para los ascendientes del segundo grado, es decir, para los abuelos, bisabuelos etc., ya hemos dicho anteriormente, los padres, o sean los ascendientes de primer grado heredan por cabeza. La herencia por líneas se dividen en dos partes: herencia paterna y herencia materna, y luego se dividirá cada mitad en número de ascendientes de cada línea, así nos lo establece el artículo 1618 de nuestro Código Civil vigente.

Por estirpes, el autor Rojina Villegas nos define de una manera general este sistema de heredar en esta forma: "hay herencia por estirpes cuando un descendiente entra a heredar en lugar de un ascendente" (11).

La herencia por estirpes en línea recta descendente se sucede sin limitación de grado, por ejemplo: un bisnieto puede heredar a su bisabuelo, cuando su abuelo y su padre hayan muerto antes que el autor de la herencia, o bien que hayan repudiado estos dos últimos la herencia o se hayan hecho incapaces.

La herencia por estirpes puede existir también en la li-

(11) - Rojina Villegas, Ob. Cit. Pág. 350.

nea colateral hasta el segundo grado, se limita sólo en favor de los sobrinos del de cujus. por ejemplo, cuando un hermano del autor de la herencia ha muerto, repudia la herencia o se hace incapaz de heredar, sus hijos serán los que hereden, los hijos de éstos ya tendrán ningún derecho sobre la herencia.

Quiénes pueden heredar conforme a la sucesión legítima - los herederos legítimos han sido distintos según las épocas y los lugares de que se trate, por ejemplo, en nuestra legislación de 1884 no se le reconocía a la concubina el derecho de heredar, ya nuestro Código actual, sí le reconoce este derecho: El artículo 1002 nos dice: "Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I.- Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, y en ciertos casos la concubina;

II.- A falta de los anteriores, la Beneficencia Pública (actualmente se le denomina: Asistencia Pública).

Sucesión de los Descendientes.- Desde el derecho romano nos encontramos que a los hijos herederos preferentes, se les denominaba en esa época, con relación al de cujus como "Suyus"; siguen siendo a la fecha los preferidos a heredar en la sucesión legítima. Para ello ha interpretado el legislador que la relación de afectos más intensa de padres a hijos que de éstos a aquéllos.

Afortunadamente, ya en nuestra legislación no se ha--

cen aquellas distinciones verdaderamente denigrantes que se hacían entre los hijos, en nuestros Códigos de 1870 y 1884.- se hacían algunas distinciones entre éstos, como por ejemplo, había hijos incestuosos o sea los habidos entre hermanos, igualmente sucedía con los hijos adulterinos o sea los concebidos por hombre o mujer casados, fuera de matrimonio; como decíamos anteriormente ya en nuestro Código Civil vigente de 1928 acabó con esas odiosas distinciones - que había prevalecido en épocas anteriores. En nuestro Código Civil actual, únicamente existe la distinción de los hijos habidos en el matrimonio y fuera de él. Además de haber exterminado eso, nuestra legislación estableció los mismos derechos para los hijos de una y otra clase pues en una sucesión legítima ambos tienen derecho a las mismas porciones.

Tienen así los mismos derechos que los hijos, los adoptados nos dice el artículo 1612 "El adoptado hereda como un hijo; pero no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del -- adoptante".

Es decir, concurrirá a la sucesión legítima el adoptado - con los mismos derechos que si fuese hijo legítimo, para esta relación sólo subsistirá entre el adoptante y el adoptado. Cuando concurren padres adoptantes y descendientes del adoptado, los primeros sólo tendrán derecho a alimentos.

Sucesión de los ascendentes.- A falta de los descendientes establece la ley que sucederán el padre y la madre por partes iguales. Si sólo hubiese padre o madre el que viva sucederá al hijo en toda la herencia, y si hubiera ascendientes de ulterior grado, se dividirá la herencia en dos partes, subdividiéndose cada una de ellas entre dichos parientes de ulterior grado en cada una de las líneas.

Sucesión del Cónyuge.- El artículo 1624 establece que: "El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia.

Francamente, creemos que aquí la actitud de nuestro legislador es criticable, pues conforme al artículo que anteriormente hemos transcrito, no vemos en realidad el homenaje que se dice hacerle a la institución del matrimonio, al estatuir que el cónyuge, uno de los pilares de dicha institución, únicamente tendrá derecho a la porción de un hijo si carece de los bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que ha cada hijo debe corresponder; aunque reconocemos que los hijos deben ser los herederos preferentes en la herencia, creemos que el legislador hubiera procedido con mejor tino al establecer que el cónyuge tenía derecho en la herencia a la porción de un hijos, pero sin interesarle si tenía bienes o no, como lo hacen cuando el cónyuge

concurrir con ascendientes: en estos casos la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales, una corresponderá al cónyuge, y la otra a los ascendientes; o bien cuando el cónyuge concurre con hermanos, en estos casos aquélla tendrá derecho en la herencia a las dos terceras partes y la otra tercera parte le corresponderá al hermano, o hermanos, si fueren varios.

Por último, nos dice el artículo 1029.- "A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el cónyuge sucederá en todos los bienes".

Sucesión de los colaterales.- Aquí nuestro legislador de 1928 creyó conveniente limitar hasta el cuarto grado de la línea colateral el derecho de heredar, pues en los Códigos de 1870 y 1884 se les reconocía a los parientes colaterales el derecho de heredar hasta el octavo grado, en nuestra opinión, la limitación que se hizo lo creemos conveniente y razonable.

Los colaterales podrán dividirse en:

I.- De segundo grado, serán los hermanos y en el caso de que no lo sean por ambas líneas se considerarán como medios hermanos.

II.- De tercer grado, tíos y sobrinos.

III.- De cuarto grado, los primos hermanos.

Harán valer sus derechos hereditarios en la siguiente forma: los hermanos por ambas líneas, heredarán por partes iguales, en el caso de que concurren hermanos y medios hermanos, los

Primeros citados heredarán el doble de los segundos.

Si concurren hermanos y sobrinos, hijos de hermanos o medios hermanos, heredarán los hermanos por cabeza y los sobrinos por estirpe en substitución del heredero premuerto, o que sea incapaz o bien que no haya aceptado la herencia, renunciando expresamente a la misma. Deberá tomarse en cuenta si los sobrinos son hijos de hermanos o medios hermanos, ya que como antes hemos señalado éstos últimos tendrán derecho a la mitad de la porción de acuerdo con lo que le hubiese correspondido al hermano.

Sucesión de la Concubina.- En las legislaciones de 1870 y 1884 no se le concedía ningún derecho a heredar a la concubina, ya que nuestro Código actual si se le reconocen determinados derechos a ésta en la sucesión legítima.

Para tener derecho la concubina a concurrir a la sucesión legítima, deberá cubrir determinados requisitos señalados expresamente por la ley:

1o.- Deberá haber vivido con el autor de la sucesión, los cinco años anteriores al desceso del mismo.

2o.- Que ambos hayan sido libres legalmente, ya que si alguno de ellos hubiese sido casado, entonces no habría existido concubinato, sino adulterio, el cual regula nuestro Derecho Penal, aplicando las sanciones correspondientes a tal delito.

3o.- Si la concubina no hubiese vivido con el autor de la

herencia los cinco años anteriores a su muerte, pero si hubiese hijos de ésta, podrá concurrir también a la sucesión, pero siempre y cuando compruebe plenamente el reconocimiento de que sus hijos hizo el autor de la herencia.

4o.- En caso de que existan varias concubinas, entonces ninguna tendrá derecho a heredar, ya que la ley acepta la libre unión de dos personas, pero no así la unión de un hombre con varias mujeres y el hacer vida marital con las mismas dentro de un período igual.

Deberá la concubina probar plenamente su derecho, con testimoniales, pruebas escritas y antecedentes que de su unión con el de cujus tuviese, las cuales serán debidamente tomadas en cuenta por el Juez.

La concubina tiene derecho a heredar cuando ha vivido con el autor de la herencia como marido y mujer durante cinco años inmediatamente anteriores a su muerte, o cuando tuvo hijos con él, si ambos han permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.- La concubina concurre con hijos suyos y del autor de la herencia, con la porción de un hijo. Cuando concurre con descendiente del autor de la herencia que no sean hijos suyos tiene derecho a la mitad de la porción correspondiente a un hijo. Cuando concurre con hijos suyos y del "de cujus" y con hijos del autor de la herencia que no sean suyos, tiene derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo. Cuando concurre con ascendientes del autor de la herencia, tiene derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la su-

cesión y cuando concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la herencia, tiene derecho a una tercera parte de ésta. Cuando concurre sola a la herencia sólo recibe la mitad de los bienes, pues la otra mitad corresponderá a la Beneficencia Pública.

Esta última disposición creemos que es injusta por parte del legislador, ya que en la sucesión legítima, la ley suplementa la última voluntad del de cujus, no creemos que la última voluntad haya sido como lo dispone la fracción VI, del artículo 1635, sino por el contrario, de haber podido el autor de la herencia en esas circunstancias hacer su testamento, tenemos la plena seguridad que hubiera transferido todo su patrimonio a la concubina.

Sucesión de la Asistencia Pública.- Por último señalaremos los casos en que no existen herederos de ninguna clase y en los cuales será única heredera la Beneficencia Pública; cuando dentro del acervo hereditario existan bienes raíces, preceptúa nuestra constitución en su artículo 27 que estos sean vendidos en subasta pública y entregar el valor de los mismos a la Beneficencia Pública, ya que ésta en ningún caso podrá ser propietaria. Siempre que a una sucesión legítima concurre la Beneficencia Pública, deberá hacerse citación especial al Ministerio Público para que éste se presente a la sucesión, en defensa de los intereses de la Beneficencia Pública.

Sujetos del Derecho Hereditario.- Para hacer un estudio

de estos sujetos tomaremos el orden que ha establecido el autor Rosina Villegas en su tomo 4o. del Derecho Civil Mexicano. (Derecho Hereditario).

Dichos sujetos, según el citado autor son: el autor de la herencia, los herederos, los legatarios, los albaceas, los intervinientes, y los acreedores y deudores de la sucesión.

Para poder dilucidar si la herencia es persona jurídica o no tendremos que hacer forzosamente un análisis de cada uno de los sujetos que en párrafo anterior hemos indicado, lógicamente tendremos que empezar por el autor de la herencia.

Autor de la Herencia.- Ya hemos visto que la personalidad se extingue con la muerte, es por ello que no podemos estar de acuerdo con los autores que sostienen que los herederos o legatarios continúan con la personalidad del de cujus; también consideramos un error el decir que aquéllos son los representantes del difunto, pues para que pueda funcionar la institución de la representación, tienen que existir forzosamente tanto el representado como el representante, y esto naturalmente no puede suceder en el caso de la herencia, ya que en las dos maneras que reconoce nuestra legislación- la testamentaria y la legítima- para poder heredar a una persona se requiere de un supuesto jurídico básico- la muerte de esa persona- o la declaración legal de presunción de muerte de la misma, expresamente así lo declara el artículo 1649, que dice: "La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente". A ese momento, al de-

la muerte del autor de la herencia, o a la declaración legal de su presunción de muerte, se le ha denominado técnicamente como "apertura de la herencia". Veamos pues, que para este caso la institución jurídica de la representación no pudo funcionar por la falta del representado.

Aún con lo antes dicho, podemos sostener que el autor de la herencia es uno de los sujetos de derecho hereditario, naturalmente que en formas distintas en la sucesión testamentaria y para la legítima, pero necesariamente el legislador lo tiene que tomar en cuenta como un sujeto del derecho hereditario.

En la sucesión testamentaria, la voluntad del autor de la herencia es la máxima autoridad, claro está que cumpliendo con los requisitos que la ley le exige, por ejemplo; éste puede instituir en su testamento como herederos o legatarios a las personas que le plazcan, pero si no dejó alimentos a las personas que la ley reconoce que tienen derecho a ellos, el juez a petición de parte declarará inoficioso dicho testamento hasta que no se cubran los derechos de los alimentos a esas personas; puede también el testador al instituir herederos o legatarios, imponerles las modalidades que la ley le permite; tiene también facultades ese sujeto del derecho hereditario a imponer substituciones de herederos, esto es, que pensando el testador que él o los herederos que designe en su testamento pudieran morir antes que él, repudiar la herencia, hacerse incapaz de heredar, o que puedan caducar sus derechos hereditarios, y no queriendo que su patrimonio se transmita a la hora de su muerte por medio de

la sucesión legítima, puede nombrar uno o más herederos sustitutos de aquéllos, por ejemplo: una persona puede designar en su testamento como heredero universal a su hijo Jaime, pero pensando que éste no pudiera o no queriendo heredar por las causas antes indicadas, pondrá en su testamento que podrá substituir como su heredero universal a su hijo Jaime por su hermano Carlos.

Como en nuestro derecho positivo está reglamentado el régimen de la libre testamentación, nuestro legislador prohibió una clase de substituciones llamadas fideicomisarias, expresamente el artículo 1473 dice: "Quedan prohibidas las substituciones fideicomisarias y cualquiera otra diversa de la contenida en el artículo anterior, sea cual fuere la forma de que se le revista". Nuestro legislador no solamente nos declara la prohibición de dichas substituciones sino que nos dice qué substituciones pueden considerarse como fideicomisarias, Art. 1482. "Se consideran fideicomisarias y, en consecuencia, prohibidas, las disposiciones que contengan prohibiciones de enajenar, o que llamen a un tercero a lo que quede de la herencia por la muerte del heredero, o el encargo de prestar a más de una persona sucesivamente cierta renta o pensión".

En la sucesión legítima al de cujus se le toma como punto de referencia para que se opere la transmisión a título universal en favor de aquellas personas que por virtud de parentesco, matrimonio y concubinato, en nuestro derecho, y a falta de ellas el Estado, son llamadas a heredar por disposición de la ley, en el orden, términos y condiciones que la misma establece.

Los Herederos.- ¿Cuál es la finalidad que tienen estos sujetos del derecho hereditario?; en el derecho romano primitivo se llegó a pensar que estos eran un continuador de la potestad y del culto en el hogar, que tenía una finalidad religiosa y social; algunos pensaron que eran continuadores de la personalidad del difunto, esto naturalmente en la actualidad es insostenible ya que sabemos que la personalidad se extingue con la muerte.

Algunos autores estuvieron sosteniendo que los herederos no eran más que representantes del autor de la herencia, pero ya al estudiar la institución de la representación hemos visto que para que pueda ejercerse ésta, se necesita que exista tanto el representante como el representado, y para el caso de la sucesión no se llega a este requisito indispensable ya que el representado, o sea el autor de la herencia, ha dejado de existir.

En el derecho moderno se dice que el heredero es un causahabiente a título universal del difunto, que se quiere decir con esto?, pues bien, causahabiente es la persona que adquiere los derechos derivados de alguien, y el heredero es a título universal por que además de adquirir los bienes y los derechos, adquiere también las obligaciones. Como los estudiosos del derecho se han dado cuenta que la finalidad primordial del derecho hereditario es económico, es por ello que se ha sostenido que el heredero es un continuador -fundamentalmente- de las relaciones patrimoniales del difunto. Nuestro legislador establece en el artículo 1284 del Código Civil vigente, que "El heredero adquiere a título universal y responde de

las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda".

Para saber el papel que representan los herederos en el derecho hereditario se han establecido dos sistemas: a).- El del beneficio de inventario con separación de patrimonio, operando éste de pleno derecho y, b).- El que no admite dicho beneficio de inventario por ministerio de ley, ocasionando por tal la reunión de patrimonios, el personal del heredero y el de la herencia. En este segundo sistema el beneficio de inventario para que haya la separación de patrimonios, debe ser solicitado por alguna de las partes interesadas, ya sean los herederos, los legatarios, los acreedores de la herencia, etc.; en cambio, en el primer sistema que hemos visto, dicho beneficio para que surja la separación de patrimonios opera ipso jure, sin necesidad de que los interesados la soliciten.

Es este precisamente el sistema implantado en nuestra legislación, el Código Civil vigente en su artículo 1078 dice: "La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese".

Al no permitir la ley la confusión de patrimonios, los acreedores de los herederos no pueden irse contra los bienes que fueron del autor de la herencia; por qué es esto?. Precisamente porque de hecho dicho patrimonio no le pertenece a los herederos; a quien corresponde entonces ese patrimonio si no es de los herederos ni de

los legatarios, ni de los acreedores de la herencia?, necesariamente que ese patrimonio que se encuentra en estado de liquidación tiene que pertenecer a alguien, y pensamos que ese alguien no es más que la herencia; igualmente, si los acreedores de la herencia, porque no se puede decir que es el autor de la herencia, porque éste ya no existe, no pueden irse contra los herederos, porque entre éstos y aquéllos no existe ninguna relación jurídica, la relación jurídica será ahora de los acreedores de la herencia, con ella precisamente, con una persona jurídica ideal que es precisamente la sucesión.

Entonces podemos decir que los herederos son adquirentes del patrimonio de la herencia, pero hasta que se haya hecho la liquidación de ésta.

De la Capacidad para Heredar.- Todas las personas, sin distinción de sexo, edad, o nacionalidad, tienen derecho a heredar conforme a nuestra ley vigente, sin embargo ésta se puede perder por alguna de las causas que señala el artículo 1313 que prescribe: Todos los habitantes del Distrito y Territorios Federales, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

I.- Falta de personalidad; II.- Delito; III.- Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento; IV.- Falta de reciprocidad internacional;

V.-Utilidad pública.- VI.-Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento". O sea que la regla general es la capacidad.

De la Aceptación y Repudiación de la Herencia.- Aun cuando la ley protege a los herederos y legatarios con el beneficio de inventario y la separación de patrimonio, también faculta a aquéllos para aceptar o repudiar la herencia.

"La aceptación de la herencia es un acto jurídico unilateral, por el cual el heredero manifiesta expresa o tácitamente su voluntad en el sentido de aceptar los derechos u obligaciones de él de cujus que no se extinguen por la muerte invocando o no el beneficio de inventario. El principio en nuestro derecho, es el de que la aceptación o repudiación deben ser libres, puras, ciertas, totales y con carácter retroactivo. Son libres en dos sentidos: -- porque nadie está obligado a aceptar o repudiar una herencia, y -- porque debe de aceptarse o repudiarse sin violencia física o moral; de tal manera que si el heredero fuera víctima de alguno de dichos vicios, pueden nulificar la aceptación o repudiación" (12).

La aceptación y la repudiación de la herencia son unos de los supuestos jurídicos básicos, tanto en la sucesión testamentaria como en la legítima, para el estudio de nuestra tesis; porque aún cuando la ley presuponga que por la protección que se les da a los herederos con el beneficio de inventario y la separación de patrimonios, tuvo necesariamente que establecer la aceptación de la herencia por parte de los herederos y de los legatarios, porque

(12).-Rojina Villegas Ob. Cit. Pág. 235.

na lie puede ser obligado a recibir una herencia o un legado en contra de su voluntad el acto jurídico de la aceptación, nos dice la ley, puede hacerse de dos maneras, expresa o tácita, la primera forma es cuando el heredero manifiesta ya sea verbalmente o por escrito estar de acuerdo en recibir los bienes, derechos y obligaciones que se le transmiten del de cujus; y la segunda, cuando por medio de hechos que no dejen lugar a dudas hacen pensar que ha aceptado dicha transmisión.

"Artículo 1053.- Pueden aceptar o repudiar la herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes".

La Repudiación.- La repudiación de la herencia es **aligual** que la aceptación otro acto jurídico unilateral por medio del cual el heredero puede renunciar a su calidad de tal. El heredero que quiera repudiar una herencia tiene que hacerlo forzosamente en una forma expresa, existe una diferenciación en este aspecto en cuanto a la aceptación, que como ya hemos visto, se puede hacer expresa o tácitamente. Expresamente la ley nos establece que cuando los herederos se mantengan en un estado pasivo en cuanto a la aceptación o a la repudiación de la herencia, cualquiera de los interesados en ella puede por medio del juez que esté conociendo del juicio sucesorio, obligar a los herederos que se mantengan en ese estado de indiferencia a que definan su situación en cuanto a la herencia, ya sea aceptándola, en cualquiera de las formas establecidas por la ley, o bien que la repudien en una forma expresa, si pasado un tiempo determinado no lo hicieren así, se tendrá al heredero como aceptado la herencia.

Vamos a ver aquí por qué decimos que esos los supuestos jurídicos hereditarios son básicos para el estudio de nuestra tesis.

Los que le niegan el carácter de persona a la herencia, o sostienen que no hay necesidad de crear la personalidad de ésta - dicen que los herederos o los legatarios en su caso son sus únicos-representantes.

Vamos a suponer a una herencia cuyo pasivo sea mayor que su activo; ya sabemos de antemano que nuestra ley protege a los herederos y los legatarios con el beneficio de inventarios y la separación de patrimonios, éstos aún aceptando una herencia pasiva no resultarán perjudicados en cuanto a su patrimonio, los acreedores hereditarios no podrán irse contra él porque la ley los protege; - pero no es lógico pensar que cualquier heredero, ya sea testamentario o ab-intestato, al darse cuenta que la herencia que le quieren transmitir no lo va a beneficiar en nada, y sabiendo que la ley lo faculta para poder repudiarla, no haría esto, y así sucesivamente todos los herederos ?; nuestra ley establece que cuando no existen herederos ya sean testamentarios o legítimos, o que habiéndolos hayan caducado sus derechos por las causas establecidas en la misma, pasará a heredar el Estado por medio de la Asistencia Pública; para el caso que estamos analizando, suponiendo que todos los herederos hayan repudiado la herencia por no beneficiarlos en nada, tendrá obligación la Asistencia Pública de aceptar una herencia con un patrimonio pasivo?, pensamos que no, pues al darse cuenta esa institución del por qué de la repudiación de los otros -

herederos, lógicamente se piensa que ella también repudiara la herencia, y no hay ley que la obligue a aceptarla, pues existe un principio en derecho que dice: "Para la misma razón la misma disposición".

Tenemos pues entonces una herencia en la cual no existen herederos ni legatarios, ya no se podrá sostener entonces que ellos sean los representantes del haber hereditario, porque de hecho no existe. A quién pertenecerá ese patrimonio pasivo?, porque necesariamente todo patrimonio debe de pertenecer a alguien, y ese alguien no es más que una persona jurídica denominada herencia. Cuyo representante será el albacea.

Los legatarios.- Al igual que los herederos, los legatarios son sujetos del derecho hereditario, se diferencian esencialmente uno de otros en que mientras el heredero se le considera causahabiente a título universal del de cujus, a aquéllos se les tiene únicamente como causahabientes a título particular; otra diferencia que existe entre herederos y legatarios es que mientras que a los primeros se les puede designar por cualquiera de las formas que existe de heredar, testamentaria o legítima, a éstas únicamente se les puede establecer por medio del testamento; en este acto jurídico se puede designar heredero y legatario a una misma persona.

Se dice que los legatarios son adquirentes a título particular, porque únicamente reciben los bienes por derechos que se les transmiten, sin responder de las relaciones pasivas patri-

moniales de la herencia; solamente responden subsidiariamente con los herederos, si los bienes y derechos transmitidos a éstos no alcanzan a cubrir las deudas hereditarias. En nuestro derecho positivo se establece que si toda la herencia se distribuyere en legados, se tendrá a los legatarios como herederos, o sea que no solamente recibirán los bienes y los derechos, sino que responderán también de las obligaciones. Esto lo estableció así nuestro legislador precisamente pensando que al faltar herederos no habría representantes de la herencia; pues se les ha tenido a ellos o a los legatarios en su caso, como los representantes de la misma; pero ya hemos visto que esto es falso, porque puede suceder que en una herencia no existan herederos ni legatarios, y sin embargo la herencia subsiste, y tiene a su representante que es el albacea.

A los legatarios al igual que los herederos, al ser instituidos por el testador, puede éste imponerles alguna condición, ya sea suspensiva o resolutoria; cosa que no puede hacer con los herederos. Se establece esto así en nuestra legislación pensando en la teoría tradicional de que los herederos deben de ser nombrados para siempre. Confirmándose en esta forma la máxima romana: "Semel heres semper heres". En el Código Civil vigente se establece en el artículo 1330, que dice: "No obstante lo dispuesto en el artículo 1344, la designación de día en que debe comenzar o cesar la institución de heredero, se tendrá por no puesta".

Nuestro legislador estableció también este precepto para evitar que la herencia pudiese quedar vacante. (Institución que -

fue ampliamente estudiada en la antigüedad por los romanos).

Y creemos que esta disposición en nuestro derecho positivo ha sido innecesaria, ya que hemos visto que pueden existir herencias en las cuales no haya herederos ni legatarios, y por tal motivo, no creemos que se beneficie en nada al coartar al testador de poder instituir herederos, como lo hace con los legatarios, sujetándolos a un término.

"El legado, como la herencia, tiene dos acepciones: significa tanto el acto de transmisión a título particular de una cosa o derecho, como los objetos transmitidos. Generalmente el legislador cuando emplea la palabra legado, se está refiriendo al objeto transmitido, es decir, a la cosa, o al derecho objeto de una disposición testamentaria a título particular. El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, en favor de una persona y a cargo de la herencia, de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador" (13).

Del párrafo que acabamos de transcribir queremos hacer un pequeño análisis de su parte final, donde nos dice que el legado puede estar a cargo de la herencia, de un heredero o de otro legatario; efectivamente el legado puede recaer sobre alguna de estas personas. Pero al caducar los derechos de los legatarios por cualquiera de las causas señaladas en la ley, no sucederá lo

(13) - Ojeda Villenas. Ob. Cit. Pág. 71.

mismo que con los herederos, pues cuando caducan los derechos hereditarios de éstos no acrecen los de los otros herederos, sino que será motivo, cuando esto suceda, de abrir la sucesión legítima sobre la parte alicuota del heredero cuyos derechos hayan caducado. En cambio, cuando esto suceda con los legatarios, no se abrirá la sucesión legítima, sino que los que tenían la carga del legado, ya sea la herencia, un heredero u otro legatario serán los beneficiados, y aun la relación jurídica de obligatoriedad era directa para con esas personas, y al suceder aquello se acabará dicha relación y acrecerán los derechos de éstas.

Para concluir con el estudio que hemos venido haciendo de los legatarios, veremos aquí cuántas clases de legados existen. El autor Rojina Villegas clasifica los legados de la siguiente manera: I.- De cosa propia; II.- De cosa ajena; III.- De cosa determinada; IV.- De cosa indeterminada pero comprendida en género determinado; V.- De géneros; VI.- De cantidad; VII.- De cosa dada en prenda o hipoteca; VIII.- De un crédito; IX.- De deuda determinada; X.- Genérico de liberación de deuda; XI.- Preferentes; XII.- Remuneratorios; XIII.- De alimentación; XIV.- De educación; XV.- De pensión, y XVI.- De usufructo, uso o habitación.

Albacea.- "El origen de la palabra albacea proviene del idioma árabe; aluaci, avaciya, aluzir: lugarteniente" (14).

Naturaleza Jurídica del Albacea.- La naturaleza jurídica de este sujeto del derecho hereditario es diversa según opiniones-

(14) .- Antonio de Ibarrola.- Cosas y Sucesiones.- Editorial Porrúa. México, 1957. Pág. 451.

de algunos autores; por ejemplo: el argentino Salvador Fornieles - sostiene en su *Tratado de las Sucesiones*, que en su país el albacea está considerado como un mandatario del testador (15).

Nosotros no podemos estar de acuerdo con esta tesis, porque además de faltar, en el caso del albacea, el consensus o acuerdo de voluntades, requisito que es indispensable para todo contrato de mandato, en nuestro derecho se admite que el albacea puede ser designado por el testador, por los herederos, por los legatarios o por el juez, cuando es designado por cualquiera de estos tres últimos sujetos del derecho hereditario, se le denomina albacea legítimo; y cuando esto suceda no encontramos realmente ningún mandato por parte del testador para con él o los albaceas.

Otros sostienen que estos sujetos del derecho hereditario son representantes del autor de la herencia; ya hemos visto en repetidas ocasiones que para que pueda funcionar la institución de la representación, tiene que existir forzosamente tanto el representante como el representado; y para el caso de los albaceas no se puede decir que sean representantes del de cujus, porque éste ya no existe.

Otros, entre ellos los autores Rafael Rojina Villegas y Antonio de Ibarrola, al negar que la herencia es persona jurídica, afirman que los albaceas son representantes de los herederos, de los legatarios y de los acreedores de la herencia. tampoco podemos estar de acuerdo con esa afirmación, pues muy bien puede suceder que en una herencia no haya ni herederos ni legatarios; en una situación como ésta, a quien representará el albacea?. Necesariamente

(15) - Fornieles Salvador. *Tratado de las Sucesiones*. Editorial. - Buenos Aires, 1950. Vol. II. Pág. 280.

te que a la persona jurídica llamada herencia.

Para confirmar aún más nuestra tesis de que los albaceas son representantes de la herencia, pasaremos a ver cuáles son las obligaciones que se establecen conforme al artículo 1700 del Código Civil vigente, que ha la letra dice:

"Son obligaciones del albacea general:

- I.- La presentación del testamento;
- II.- El aseguramiento de los bienes de la herencia;
- III.- La formación del inventarios;
- IV.- La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo;
- V.- El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias;
- VI.- La PARTICION Y ADJUDICACION de los bienes entre los herederos y legatarios;
- VII.- La defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento;
- VIII.- La de REPRESENTAR A LA SUCESION en todos los juicios que hubieren de promoverse en nombre o que se promovieren contra de ella;
- X.- Las demás que le imponga la ley".

Veamos pues claramente, conforme al texto del artículo que acabamos de transcribir, y sobre todo de las fracciones VII y VIII, que la función del albacea es la de representar a la sucesión; aún cuando el autor Rojina Villegas sostenga que el legisla

dor se expresó en esa forma por comodidad gramatical, nosotros no pensamos que haya sido por eso; y aún cuando nuestra ley no le da el carácter de persona de una manera franca y decidida a la herencia, encontramos que en ocasiones tiene forzosamente que reconocerlo. Se puede negar acaso que el albacea representa en derecho procesal a una persona distinta de los herederos, legatarios y acreedores?. Si no fuera así la ley expresamente lo debería decir. Reconocemos que los herederos, legatarios y acreedores de la herencia tienen intereses vinculados con ella, pero son personas distintas, y se deben de mantener separadas hasta que no se haga la liquidación del patrimonio hereditario.

Precisamente por ese interés que tienen los herederos, legatarios y acreedores de la herencia, en ella, la ley les da determinadas facultades en relación con los bienes hereditarios, aquellos los pueden destituir y nombrar a otros; aún siendo el cargo de albacea de confianza, no podrán libremente celebrar actos de dominio sobre los bienes hereditarios, sino que necesitarán del consentimiento de los herederos y de los legatarios en su caso.

Clases de Albacea que Reconoce nuestra Ley.- Conforme a la regulación que hace el Código Civil vigente, existen los siguientes clases de albacea: universales, especiales, mancomunados, sucesivos, testamentarios y legítimos.

Los albaceas universales son aquellos que tienen por objeto cumplir todas las disposiciones testamentarias, y la de representar a la sucesión cuando son designados por el testador. cuando es-

to último depende de los herederos, los legatarios o del juez, su función será únicamente de representar a la herencia.

Los especiales son los que designa el testador para cumplir con una disposición testamentaria, como por ejemplo: hacer la entrega de un bien a un legatario.

Los mancomunados son los designados por el testador, herederos y legatarios, para que obren de común acuerdo. No pueden actuar en forma separada y será necesario el consentimiento de la mayoría para la ejecución de actos de dominio o de administración. Si faltara el consentimiento, el acto ejecutado será nulo, a no ser que los demás albaceas lo ratifiquen. Esto lo encontramos establecido en los artículos 1692, 1693 y 1694 del Código Civil actual.

Albaceas sucesivos.- El artículo 1692 del Código Civil establece: "Cuando fueren varios los albaceas nombrados, el albaceazgo será ejercido por cada uno de ellos, en el orden en que hubiesen sido designados, a no ser que el testador hubiere dispuesto expresamente que se ejerza de común acuerdo por todos los nombrados, pues en este caso se considerarán mancomunados".

Así como el testador tiene la facultad de nombrar herederos substitutos para el caso de que algún heredero repudie la herencia, se haya incapaz de heredar o por cualquier otro motivo caduquen sus derechos hereditarios, puede reemplazar a éste nombrando a otro u otros; asimismo puede suceder también con

los albaceas, pues si el primeramente nombrado para desempeñar el cargo, muriera, renunciare o fuere removido de su cargo, podrá encargarse de estas funciones el nombrado en segundo término y así sucesivamente.

Los testamentarios son aquellos nombrados por el testador y podrán ser: universales, especiales, sucesivos o mancomunados.

Los albaceas legítimos son los que designan los herederos, legatarios o el juez, a falta de albaceas testamentarios, o cuando éste renunciare al cargo, fuere removido o no concluyere en el plazo señalado en el testamento. Los artículos 1632 a 1638 regulan la designación de los albaceas legítimos.

El cargo de albacea es voluntario, pero la persona que lo acente tiene que cumplir con las obligaciones que ya hemos visto y que expresamente establece la ley. Todo aquel que renuncie al cargo de albacea pierde el derecho de heredar, de recibir el legado que le corresponda, y la remuneración que le haya dejado el testador, o la que le corresponde según el artículo 1741.

El que haya sido designado albacea puede excusarse para no cumplir el encargo por las siguientes causas: I.- Los empleados y funcionarios públicos; II.- Los militares en servicio activo; III.- Los que fueren tan pobres que no puedan atender el albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia; IV.- Los

que por el mal estado habitual de salud, o por no saber leer ni escribir, no puede atender debidamente el albaceazgo; V.- Los que tengan sesenta años cumplidos; y VI.- Los que tengan a su cargo otro albaceazgo. (Artículo 1698 del Código Civil).

Las excusas que tenga el albacea deberá de presentarlas dentro del término de seis días a la fecha en que tenga conocimiento de su designación. Si ya conociere ésta antes de la muerte del testador, el citado término se contará a partir de la citada defunción. Si las excusas fueren presentadas después del término indicado, el albacea responderá de los daños y perjuicios que origine. Mientras acepta el juez la excusa, deberá el albacea desempeñar el cargo, si no lo hiciere así se le aplicará la pena establecida en el artículo 1696, es decir, perderá lo que le hubiera dejado el testador.

El albacea una vez que ha aceptado el cargo de representar a la herencia, tiene la obligación de garantizar su manejo con fianza, hipoteca o prenda. Regulan esta materia los artículos 1706 y 1710.

A propósito de la garantía que debe otorgar el albacea para su manejo queremos hacer aquí una crítica del artículo 1710 del Código Civil en vigor, que a la letra dice: "El testador no puede librar a la albacea de la obligación de garantizar su manejo; pero los herederos, sean testamentarios o legítimos, tienen derecho de dispensar al albacea del cumplimiento de la obligación!"

Generalmente, los directamente interesados en que el representante de la herencia, o sea el albacea, tengan un manejo correcto sobre el patrimonio hereditario, son los herederos, pero nos encontramos que también existen otros sujetos que tienen interés en ello, los legatarios y los acreedores de la herencia; al facultar única y exclusivamente la ley a los herederos para poder dispensar de la garantía que se exige a los albacea, no se perjudica con esto a los legatarios y a los acreedores de la herencia?

Creemos que hubiera sido más acertado por parte del legislador, establecer que los herederos, legatarios y acreedores de la herencia tenga esa facultad, que únicamente se les ha otorgado a los primeros, ya que los tres grupos tienen gran interés en que el representante de la herencia desempeñe correctamente su cargo.

Duración del Albaceazgo.- El artículo 1737 sostiene - que: "El albacea debe cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o la nulidad del testamento". Y el artículo 1738 nos dice: "Sólo por causa justificada - pueden los herederos prorrogar al albacea el plazo señalado en el artículo anterior, y la prórroga no excederá de un año".

O sea, que la regla general es que la duración del albaceazgo ha de ser de un año, y la excepción es la que nos estable-

ce el artículo 1738, facultando a los herederos a prorrogar cuando exista causa que lo justifique, un año más el albaceazgo. Creemos que cuando los herederos conceden la prórroga al albacea, debe intervenir también los legatarios y los acreedores de la herencia por los intereses que tengan en ésta.

Estamos de acuerdo con el autor Rojina Villegas cuando nos dice: "Aún cuando el artículo 1737 nada dice respecto a la posibilidad de que el testador conceda un plazo mayor al albacea, - cabe abservar que tal situación es lícita, así como los herederos sí pueden prorrogar al albacea el mencionado plazo de un año, con tal de que la prórroga no exceda de dicho término. En consecuencia, por analogía consideramos aplicable también esta disposición al testador, de acuerdo con el principio que considera que su voluntad es la suprema norma en materia testamentaria, excepto cuando la ley disponga otra cosa. Como en la especie no hay prohibición expresa, por analogía de razón y de supuestos, procede concluir en los términos que antecede" (16).

Terminación de Albaceazgo.- Para concluir con el estudio de los albaceas, veremos a continuación cuáles son los casos que expone el artículo 1745, para que concluya el albaceazgo: - Los cargos de albacea e interventor, acaban: I.- por el término natural del encargo; II.- por muerte; (termina el cargo conferido a un albacea, pero no el albaceazgo), para este caso se nombrará a otro; III.- Por incapacidad legal, declarada en forma; (aquí también se termina con el cargo del albacea pero no con el albaceazgo),-

16).- Rojina Villegas. (ib. Cit. Pág. 201.

pues cuando esto suceda, se deberá de nombrar inmediatamente a un nuevo albacea); IV.- Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y el Ministerio Público, cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública; (en este caso también se extingue con el cargo de albacea, pero no con el albaceazgo, como los dos cargos anteriores, se designará también a un nuevo albacea); V.- Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo; VI.- Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos; (los que hagan la revocación deben de nombrar en seguida a un nuevo albacea); VII.- Por remoción".

Artículo 1749.- "La remoción no tendrá lugar sino por sentencia pronunciada en el incidente respectivo, promovido por parte legítima".

Interventores.- Encontramos en nuestro derecho dos clases de interventores, denominados: provisionales y definitivos.

Interventores Provisionales.- Cuando en una sucesión, por cualquier motivo no se haya nombrado albaceas, el juez designará un interventor provisional para que haga las veces de aquel, mientras se nombre uno. **Haciéndose** esto, el interventor deberá entregar todos los bienes de la herencia, sin pretexto alguno, al representante de la misma (artículos 771, 772, 773 y 836 del Código de Procedimientos Civiles).

Interventor Definitivo.- Aún cuando el cargo de albacea es de confianza cualquier heredero, legatario o acreedor de la he

rencia que no esté conforme con el manejo de ese sujeto del derecho hereditario, puede solicitar al juez la designación de un interventor definitivo para que vigile el exacto cumplimiento del cargo del representante de la herencia. Esta clase de interventores no pueden tener la posesión, ni aún interina de los bienes hereditarios, su función es como lo expresa el artículo 1720, única y exclusivamente la de vigilar el exacto cumplimiento del cargo del albacea.

El artículo 1731 del Código Civil, dice en que casos debe nombrarse un interventor, estableciendo a la letra: "Debe de nombrarse precisamente un interventor: I.- Siempre que el heredero esté ausente o no sea conocido; II.- Cuando la cuantía de los legados iguale o exceda a la porción del heredero albacea; III.- Cuando se hagan legados para objetos o establecimientos de Beneficencia Pública.

Acreedores de la herencia.- Ya hemos precisado cuáles son las obligaciones del representante de la herencia; aquí haremos mención especial a la frac. V del artículo 1706 del Código Civil, que dice que las obligaciones del albacea es: "El pago de las deudas mortuorias hereditarias y testamentarias". He aquí la finalidad primordial de esta rama del derecho: la liquidación del patrimonio hereditario. El albacea deberá pagar en primer lugar las deudas mortuorias y testamentarias, y a continuación las hereditarias. Por esto se ha dicho que los acreedores hereditarios son los sujetos privilegiados, pues el albacea antes de entregar a los herederos y a los legatarios los bienes que lo han de responder, deberá pagar a los acreedores de la herencia.

El autor Rojina Villegas opina que el legislador debería propugnar por proteger más la situación de estos sujetos del derecho hereditario. Estamos de acuerdo con él y es por ello que criticamos el artículo 1710 del Código Civil, en el cual se faculta a los herederos el disponer de la garantía que la ley exige a los representantes de la herencia; pues creemos que los acreedores hereditarios tienen tanto o más interés que los herederos para que los albaceas tengan una administración correcta en el desempeño de su cargo. Al darles esas facultades la ley a los herederos, los legatarios y sobre todo los acreedores de la herencia, quedan desamparados en cuanto al manejo de los albaceas, pues éstos de acuerdo con los herederos pueden cometer actos fraudulentos en perjuicio de los acreedores hereditarios.

Deudores de la herencia.- Pasaremos a ver por último, a los deudores hereditarios. Se podría concebir en la actualidad a una persona cuyo patrimonio fuera únicamente activo?. Pensamos que esto es muy difícil. Generalmente las personas aún cuando el activo de su patrimonio sea cuantioso, siempre tienen en su haber un pasivo, por mínimo que éste sea, pero casi siempre existe. Al abrirse una sucesión ¿quién tiene la facultad de hacer efectivos estos adeudos?. El albacea y nadie más que él, ya que este sujeto es el único facultado para administrar el patrimonio hereditario; y como esas deudas a favor de la herencia son parte de su activo, no tendrán facultad para cobrar éstas, ni los herederos, ni los legatarios, sino únicamente el representante de la herencia.

4.- Antecedentes históricos de la partición.

Iniciando el estudio de la partición de la herencia, vamos a remontarnos primero a preceptos del derecho romano que nos sirven de antecedentes y que trajeron como resultado la intitu-- ción objeto de nuestro estudio.

División de la Herencia.- La comunidad hereditaria a que daba lugar toda sucesión universal, cuando a la misma concu-- rrian varios herederos, engendraba un estado de hecho al que po-- día ponerse fin a petición de cualquiera de los coparticipes, quienes no podían renunciar a tal derecho, sino sólo postergarlo por determinado tiempo (17). La división de la herencia se hacía de común acuerdo entre los herederos o bien judicialmente, ejer-- ciéndose una acción especial de partición.

La división privada de la herencia se efectuaba siguiendo las reglas de la división de la cosa común, debiendo siempre tenerse en cuenta el derecho de los acreedores de la herencia, que no podían ser perjudicados por el arbitrio de los herederos. La división judicial se efectuaba mediante el ejercicio de una acción de partición, la "actio familiae erciscundae", que ya fue introducido por la ley decenviral, el quinto siglo antes de Cristo, y que tenía las siguientes características particulares. Constituía un "iudicium duplex", porque cada parte asumía al mismo tiempo el papel de actor y demandado; era traslativa de propiedad, porque el juez adjudicaba a cada heredero la parte que hasta entonces había

(17).- Paulo, D. 10. 3. 3. pr; Paulo; D. 10. 3. 14. 2.

partenecido "pro indivisa" a todos los herederos juntos; y -
 nista, ya que, a la vez que resolvía sobre la propiedad, regu-
 laba toda clase de relaciones surgidas durante el estado de
 indivisión (18).

La acción de partición, en su forma pura competía a
 todo heredero civil, además hubo una acción "util", es de-
 cir, análoga a la acción original, que competía a cualquiera
 con derechos a una cuota de la herencia, como el titular de
 la bonorum possessio (o sea el heredero pretorio), el lega-
 tario de parte alcuota y el fideicomisario universal. Se da-
 ba contra las personas que tenían el carácter de coherederos,
 lo que hacía innecesario que probaran los demandados su con-
 dición de titulares de la herencia porque, implícitamente, al
 demandarlos, el actor les había reconocido tal condición. Por
 el contrario, si los demandados negaren al accionante la cali-
 dad de coherederos, éste debía previamente cambiar hacia la
 acción de petición de herencia, a menos que se encontrara ya
 en posesión de la herencia, en cuyo caso, el juez que enten-
 día de la partición examinaría y resolvería la cuestión peti-
 toria o la reivindicatio, promovidas por los herederos (19).

La "actio familiae erciscundae" tenía por objeto pro-
 ducir la extinción del estado de comunidad respecto a las co-
 sas susceptibles de partición y, a tal fin, el juez tenía el -

(18)-Inst. 4. 4. 20. Gayo, D. 10. 2. 1. pr; Ulpiano, D. 10. 2. 22. 1.

(19)- Gayo, D. 10. 2. 1. pr; Gayo, D. 10. 2. 1. 1; Ulpiano, D. 10. 2.
 1. 2; Gayo, D. 10. 2. 11; Ulpiano, D. 10. 2. 24; Gayo, D. 10.
 2. 40; Gayo, D. 10. 3. 2. 1.

más amplio arbitrio, estando autorizado a adoptar todas las medidas necesarias para que los bienes de la herencia fueran efectivamente divididos. Así, podía constituir a favor de uno u otro coheredero créditos, prenda u otras garantías, imponer servidumbres sobre los feudos divididos, llegando hasta rectificar cualquier desigualdad de prestación que resultare para los coparticipes, siempre que no violara la intención del testador y las pretensiones de los coherederos (20).

La sentencia judicial que otorgaba de pleno derecho a los ex-comuneros la propiedad de los bienes divididos, así como a los demás "iura in re" no era apelable; hacía cosa juzgada y no podía ser atacada por las partes, salvo el caso de dolo imputable al juez o a uno de los coherederos, en cuyo supuesto podía ser atacada de nulidad (21).

Los créditos y deudas divisibles - es decir, susceptibles de ejecución parcial, - disponen las XII Tablas que se repartían "ipso jure" entre los coherederos desde la muerte del causante, atribuyendo a cada uno un crédito o deuda mancomunados sobre una parte de los capitales o de una cuota de propiedad de las cosas - "Nomina ipso jure divisa sunt". Los créditos -

(20).- Gayo, D. 10. 2. 19; Paulo, D. 10. 2. 25. 20.

(21).- Ulpiano, D. 10. 2. 20; Paulo, 10. 2. 32; Cod. 3. 38. 3; - Cod. 7. 46. 7.

y deudas indivisibles como son; por ejemplo, los que versan sobre la constitución de una servidumbre predial transfírese íntegramente a cada heredero formándose, pues, entre todos ellos una obligación solidaria. Por lo tanto, los créditos y las deudas no formaban parte de la comunidad hereditaria, ni, por lo tanto, podían ser objeto de división en el "iudicium familiae enciscundae"; ya que quedaban excluidos de la misma, porque eran ajenos a la idea de copropiedad, debiendo dividirse de pleno derecho entre todos los coherederos.

La principal finalidad de la acción de partición de herencia es, pues poner término al estado de copropiedad de los bienes hereditarios, corolario de la comunidad de herencia, y liquidar los derechos y obligaciones recíprocos - prestaciones personales - por ella engendrados,.

En cuanto a los legatarios (que constituyen acreedores de la herencia), algunos van por voluntad expresa del testador a cargo de algún heredero especial; los demás van a cargo de todos los herederos, y constituyen deudas de la sucesión, de rango inferior a las deudas contraídas por el autor de la herencia.

Si una herencia se transmitía a un heredero, sobre cargo de deudas, los acreedores podían pedir la "separatio -

bonorum",- para impedir que el activo del patrimonio del difunto fuese absorbido por las deudas del heredero.

También los legatarios, por ser acreedores de la sucesión, podían pedir la "separatio bonorum". Es curioso, sin embargo, que los acreedores del heredero no podían pedirla para defenderse del peligro de que su deudor aceptara una "hereditas damnosa", sólo por el gusto de perjudicar a sus odiosos acreedores (22).

La "separatio bonorum" tenía por efecto afectar los bienes de la herencia al pago de las deudas hereditarias, sin que los acreedores del heredero pudieran exigir el cobro de sus créditos sobre dicho acervo, salvo que quedare un remanente una vez satisfechos los acreedores del causante, con lo que se operaba un perfecto deslinde entre el patrimonio hereditario y el del heredero (23).

Es de notarse, que el derecho romano no creara para la fase transitoria de indivisión, la figura de un "albacea". Esta tiene su origen en el derecho germánico. Es evidente que el "familiae emptor" del antiguo testamento mancipatorio que "compra" el patrimonio del testador, bajo condición de repartirlo íntegramente de acuerdo con instrucciones recibidas, fácilmente-

(22).- D. 42. G. 1. 12.

(23).- Ulpiano, 42. G. 13; Ulpiano, D. 42. G. 1. 10; Ulpiano, D. 42. G. 1. 17.

hubiera podido desarrollarse a la figura de un albacea, pero el derecho romano desaprovechó esta oportunidad para crear una institución de tanta importancia práctica. Es sólo en el derecho posclásico que encontramos aisladamente y por voluntad del testador, algunas veces una persona intermedia (un obispo, por ej.), nombrada especialmente para administrar la sucesión durante el estado de indivisión.

CAPITULO SEGUNDO

GENERALIDADES DE LA PARTICION

1.- Concepto de la partición.

2.- Formas de partición.

A- Partición Extrajudicial.

B- Partición Judicial.

C- Partición Provisional.

D- Partición Definitiva.

CAPITULO SEGUNDO

1.- Concepto de la partición.

La partición de la herencia es un acto o negocio jurídico constituido por un conjunto de operaciones, en virtud de las cuales se liquida una herencia, se señala el haber de cada partícipe y se le asignan las obligaciones y derechos que le corresponden (24).

Planiol define la partición como: "El acto jurídico en virtud del cual los copropietarios de una sucesión substituyen partes materiales y distintas a las partes abstractas e indivisas, indistintas que tienen sobre la masa indivisa. Estas partes materiales y distintas se llaman partes divisas, por oposición a las inmatrimiales e indistintas, llamadas partes alícuotas"(25).

Por su parte Escriche dice: que la partición es la separación división y repartimiento que se hace de una cosa común entre las personas a quienes pertenece y, cuando de la herencia se trata, será la distribución de la misma entre los coparticipes de ella, según su voluntad del testador o de la ley (26).

Nosotros estamos de acuerdo con la definición dada por Colín y Capitán; ya que de ella se derivan todos los temas obje-

(24).- Colín y Capitán. Tratado de Derecho Civil. T. VII. Segunda Edición, Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951. Pág. 556.

(25).- Planiol Marcal.- Ob. Cit. Pág. 579. Núm. 2219.

(26).- Escriche Joaquín.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Novena Edición. Madrid, 1885. Pág. 1326.

to de nuestro estudio.

Habrá partición cuando existan varios herederos, puesto que si tan sólo hubiera uno, sería el dueño de todo el acervo hereditario y carecería de objeto la partición, siendo varios herederos, surge una comunidad de bienes, que recaen sobre una universalidad y se extiende a todos y cada uno de los derechos y obligaciones que forman parte de ella. Tal comunidad de bienes se repartirá en primer lugar por lo dispuesto por el testador y a falta de esta disposición se regirá por la ley.

Para este caso, o sea cuando se trate de varios herederos, es finalidad de la partición hacer cesar el estado de indivisión en que se encuentran los bienes y asignarle a cada uno de los herederos el bien señalado por el testador o de una manera equitativa, la parte que le corresponde con arreglo a lo que dispone la ley.

En el estado de indivisión, los herederos son propietarios de la parte que el testador o la ley asigne y por lo tanto, podrán hacer uso del derecho que tienen sobre esa porción enajenándola a terceras personas, terceros que podrán tener posesiones de esos bienes hasta el momento en que la partición se haya consumado. Los coherederos tienen el derecho de preferencia respecto a los bienes de la herencia, objeto de enajenación, pudiendo adquirir antes que el tercero.

2.- Formas de partición.

1).- Partición Extrajudicial y Partición Judicial.

2).- Partición Provisional y Partición Definitiva

A.- En cuanto a su forma la partición es unas veces extra judicial y otras judicial.

La partición extrajudicial llamada también amigable, es aquella que puede ser hecha por el testador, o por los herederos si son mayores de edad. La partición extrajudicial es la más recomendable en atención a que economiza todos los gastos inútiles de una liquidación en forma que casi en todos los casos constituye una fuerte carga para el caudal hereditario. Además, es la partición más clara, más inteligente ya que permite repartir los bienes entre los herederos según sus gustos, sus preferencias y sus aptitudes. Finalmente, es la única que puede con seguridad evitar la parcelación excesiva de la tierra, la división de explotaciones industriales y gracias a ese acuerdo de voluntades, el capital que constituye el acervo hereditario, no se disipará completamente extinguiendo quizá fuentes de trabajo. Inocente, si los herede-

ros se entienden entre sí asegurarán la transmisión íntegra de la explotación o de las fincas al heredero más apto para continuar la obra del padre de familia difunto; los otros recibirán sus porciones en dinero, en valores moviliarios, o bien mediante compensaciones prometidas por el heredero beneficiario de la transmisión íntegra, cuyas compensaciones pueden consistir, no solamente en un capital determinado sino en entregas escalonadas durante cierto número de años.

B.- La partición judicial supone, por el contrario la intervención judicial en formas rigurosamente determinadas por la ley; es decir, es aquella que se celebra con arreglo a las disposiciones legales y bajo la vigilancia y autoridad de un juez.

Esta forma de partición es la consecuencia de la intervención de diversos factores. En primer lugar puede efectuarse como el resultado de un juicio necesario de testamentaria, también es la que se debe practicar en juicio sucesorio de intestado (o sucesión legítima); y la que se ha de llevar a cabo por la ejecución de sentencia.

C.- En cuanto al fondo, la partición puede ser provisional o definitiva.

En la partición provisional, se distribuyen temporalmente la posesión y el disfrute de los bienes hereditarios entre los herederos. En cuanto a las cosas que de este modo se le

atribuyen, cada heredero se conduce como si fuera propietario exclusivo, percibiendo para sí los frutos e intereses, Pero, este no es más que el aspecto externo de las cosas: la indivisión que termina en cuanto al disfrute, subsiste en cuanto a la propiedad y no puede desaparecer sino por la partición definitiva.

El único interes de la partición provisional es el de atribuir desde aquel momento a los coparticipes un derecho incommutable a una parte de los frutos, de tal suerte que el día de la partición definitiva no haya lugar a rendir cuentas de los frutos entre los coherederos.

D.- La partición definitiva cuando hace cesar completamente la indivisión por recaer sobre la propiedad misma de los bienes.

Después de haber enunciado en forma general las diversas maneras de partición, haremos un estudio de cada una de estas formas de partición de acuerdo con nuestro derecho.

A.- La Partición Extrajudicial.

La partición extrajudicial es la que más nos interesa y puede ser hecha por el testador, o por los herederos si son mayores de edad.

a).- Partición hecha por el mismo testador: "Si el autor de la herencia hiciere la partición de los bienes en su tes-

tamento, a ella deberá estarse, salvo derechos de terceros" artículo 1771 del Código Civil.

Atento el Código Civil al principio de que la voluntad del causante es la ley fundamental de la sucesión, concede al testador facultad amplísima para hacer por sí la partición.

El testador puede hacer la partición en su testamento o en otra disposición posterior *motis causa*, pero con todas las solemnidades requeridas para testar. La partición no puede modificar un testamento, a menos que se haya hecho con las mismas solemnidades. Es decir, si la partición fuera hecha a continuación del testamento o por acto posterior con las solemnidades para testar, habrá que atenerse a ella, por lo mismo que esta voluntad es la última y posterior al testamento y por consiguiente, debe prevalecer sobre la expresada en el testamento.

Nos preguntamos, podría nombrar el testador a un contador para que él hiciera la partición?. Nosotros responderíamos que no, porque lo prohíbe el artículo 1297 del Código Civil, que dice: "Ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos corresponda, pueden dejarse al arbitrio de un tercero". El testador puede tan sólo "encomendar a un tercero las cantidades que deje.....cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc....." artículo 1300 del Código Civil o puede el testador-

"encomendar a un tercero que haga la elección de los actos de beneficencia o de los establecimientos públicos o privados a los cuales deben aplicarse los bienes que legue con ese objeto, así como la distribución de las cantidades que a cada uno correspondan" (artículo 1299 del Código Civil).

b).- Partición hecha por los mismos herederos.

Cuando el testador no hubiere hecho la partición, y si los herederos fueren mayores de edad y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

El artículo 1776.- dice: "Cuando todos los herederos sean mayores, y el interés del fisco, si lo hubiere, esté cubierto, podrán los interesados separarse de la prosecución del juicio y adoptar los acuerdos que estimen convenientes para el arreglo y terminación de la testamentaria o del intestado.

Cuando haya menores, podrán separarse, si están debidamente representados y el Ministerio Público da su conformidad. En este caso, los acuerdos que se tomen se denunciarán al juez, y éste, oyendo al Ministerio Público, dará su aprobación, si no se lesionan los derechos de los menores.

Gozan, pues, los herederos mayores de edad de libertad absoluta para hacer por sí la partición, en el modo y con las condiciones que tengan por conveniente.

En este aspecto hay que tomar en cuenta lo expresado en el artículo 1772, que aunque no limita la libre voluntad de los coherederos señala ciertas reglas a seguir: "Si el autor de la sucesión no dispuso cómo debieran repartirse sus bienes y se trata de una negociación que forme una unidad agrícola, industrial o comercial, habiendo entre los herederos agricultores, industriales o comerciantes, a ellos se aplicará la negociación, siempre que puedan entregar en dinero a los otros coherederos la parte que les corresponda. El precio de la negociación se fijará por peritos.

Lo dispuesto en este artículo, no impide que los coherederos celebren los convenios que estimen permitentes.

Más para ello, es preciso que el testador no haya hecho la partición, y que todos los herederos estén de acuerdo, pues faltando la aprobación de uno de ellos habrá que acudir a la partición judicial.

D.- Partición Judicial.- Además de la partición extrajudicial, a que nos hemos referido anteriormente, existe la partición judicial o ante el juez, la cual ha de practicarse según lo dispone la Ley de Procedimientos Civiles.

Existen varios casos en las cuales la ley prohíbe la partición extrajudicial, imponiendo de este modo la partición judicial. por lo que enunciaremos en qué casos no permite el legislador la partición extrajudicial.

En este aspecto hay que tomar en cuenta lo expresado en el artículo 1772, que aunque no limita la libre voluntad de los coherederos señala ciertas reglas a seguir: "Si el autor de la sucesión no dispuso cómo debieran repartirse sus bienes y se trata de una negociación que forme una unidad agrícola, industrial o comercial, habiendo entre los herederos agricultores, industriales o comerciantes, a ellos se aplicará la negociación, siempre que puedan entregar en dinero a los otros coherederos la parte que les corresponda. El precio de la negociación se fijará por peritos.

Lo dispuesto en este artículo, no impide que los coherederos celebren los convenios que estimen permitentes.

Más para ello, es preciso que el testador no haya hecho la partición, y que todos los herederos estén de acuerdo, pues faltando la aprobación de uno de ellos habrá que acudir a la partición judicial.

D.- Partición Judicial.- Además de la partición extrajudicial, a que nos hemos referido anteriormente, existe la partición judicial o ante el juez, la cual ha de practicarse según lo dispone la Ley de Procedimientos Civiles.

Existen varios casos en las cuales la ley prohíbe la partición extrajudicial, imponiendo de este modo la partición judicial. por lo que enunciaremos en qué casos no permite el legislador la partición extrajudicial.

a).- Cuando los herederos mayores de edad no se entendiesen sobre el modo de hacer la partición amistosa será suficiente para que se imponga la partición judicial. Basta pues, que cualquiera de los herederos muestre su inconformidad para que sea forzosa la partición judicial. La mayoría, por muy fuerte que sea no puede dictar ley a la minoría; regla que en suma es equitativa, porque una mayoría de herederos de mala fe podría ponerse de acuerdo para llevar a cabo una partición amistosa en la cual fueren sacrificados los intereses del heredero opositor.

b).- Cuando haya coherederos menores, el juez hará la partición. En este caso la partición tendrá también el carácter de judicial. Salvo lo especificado en el 2o párrafo del artículo 1776.

También se impone la partición judicial, cuando los herederos o alguno de ellos este ausente y no tenga en el lugar del juicio representante legítimo.

En vista de que no existe en nuestra legislación un artículo, en el que se establezca de una manera precisa y clara, los casos en que la partición ha de ser judicial, agregaremos el siguiente precepto, que ha nuestro juicio es muy necesario para el estudio de la partición sucesoria.

La partición será jurídica, en los casos siguientes:

I.- Cuando haya incapaces, o menores emancipados interesados;

II.- Cuando el causante fue declarado ausente y se dió posesión definitiva de sus bienes a los herederos;

III.- Cuando hubiesen herederos o legatarios ausentes. - Para los efectos de esta fracción se considera ausente, los no presentes aunque su existencia no sea dudosa;

IV.- Cuando terceros fundados en un interés jurídico, se opongan judicialmente a que se haga partición privada.

V.- Cuando los herederos capaces no se pusieren de acuerdo en una partición privada

C.- Partición Provisional.- El artículo 1707 dice: "Las albaceas, dentro de los quince días siguientes a la aprobación del inventario, propondrán al juez la distribución provisional de los de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte de ellos que cada bimestre deberá entregarse a los herederos o legatarios. Es decir que cada heredero recibe una parte de los frutos e ingresos que le son atribuidos pero permanece en la indivisión con los otros en cuanto a la propiedad.

También la partición provisional se efectúa, por acuerdo entre los herederos en atención a que existen problemas para efectuar la partición definitiva o cuando de momento no se pueda hacer una partición extrajudicial, ya que de hacerse en definitiva en -

esas condiciones, tendrá que ser una partición judicial. Ya anteriormente hemos expuesto el por qué de la conveniencia de que las particiones sean amistosas o extrajudiciales.

El retraso que se haga a la partición definitiva tendrá que estar dentro de los lineamientos y límites que permita la ley, de este modo se evitará las dificultades prácticas de una indivisión prolongada y por consiguiente se podrá evitar los pleitos de una copropiedad entre los herederos.

También se da el caso de practicar una partición provisional cuando existan ausentes entre los coherederos, ya que en esas condiciones la ley no permite que se efectúe una partición definitiva extrajudicial, por lo tanto esa partición se considera válida pero con carácter provisional.

D.- La partición Definitiva.- Mediante la partición definitiva cesa la indivisión y se define completamente el derecho individual que existe respecto de los bienes que constituyen el acervo hereditario. La partición definitiva la encontramos tanto en las particiones extrajudiciales como en las judiciales, como la parte final de todo juicio sucesorio.

CAPITULO TERCERO

LA PARTICION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

1.- Etapas de la Partición.

- A.- Inventario y Avalúo.
- B.- Liquidación.
- C.- La División.
- D.- La Adjudicación.

2.- Personas que intervienen en la partición.

- a).- Personas que tienen derecho de pedir la partición.
- b).- Suspensión de la partición.
- c).- Que personas pueden oponerse a la partición.
- d).- Efectos que la oposición produce.

3.- Efectos de la partición.

- a).- Efectos entre coherederos.
- b).- Efectos con relación a terceros.

4.- Incidentes de la partición.

- a).- Colación de las liberalidades.
- b).- Colación de las deudas.
- c).- El retracto sucesorio.
- d).- Nulidad y rescisión de la partición.

CAPITULO TERCERO

1.- Etapas de la partición.

La partición la forman una serie de operaciones, que pueden reducirse a las cuatro siguientes: A.- El inventario y el avalúo; - B.- La liquidación; C.- La división y D.- La adjudicación.

La persona que esté designada como albacea, promoverá la - formación del inventario, dentro del término que fije el Código de - Procedimientos Civiles. Esta persona deberá presentar un documento, - en el que conste el inventario y el avalúo de los bienes que consti- - tuyen el acervo hereditario. En este documento se describen minucio- - samente los bienes que forman el activo y el pasivo de la sucesión - y se asigna a cada partida su valor.

A.- El inventario.- Es el escrito en el que se listan y se describen cada uno de los bienes pertenecientes al autor de la heren- - cia, siguiendo un orden señalado por la ley, así como los créditos - en contra del mismo, que constituyen el pasivo.

El inventario puede ser simple ó solemne.

El inventario es simple, cuando se elabora por los propios interesados, sin la concurrencia de funcionario con fe pública. Debe formularlo el albacea, con citación de los herederos y legatarios, - acreedores, del Ministerio Público y el representante de la Hacienda Pública.

En cambio, el inventario solemne requiere para su forma

ción la concurrencia de un funcionario con fe pública, que puede ser el Secretario Actuario del juzgado o un Notario Público, ante quien se van listando los bienes y los créditos, activos y pasivos.

La formación del inventario es una obligación que impone la ley al albacea (artículo 1706, Frac, III del Código Civil); debe iniciarlo dentro de los diez días siguientes a la aceptación de su cargo, y para su formación deben ser citados los herederos, legatarios, cónyuge superstite, acreedores, representantes del Fisco, Ministerio Público y el Juez señalará, el día, la hora y lugar para su elaboración.

El orden que debe seguirse en el inventario, conforme a la ley es el siguiente: en primer lugar, se listan el dinero efectivo, a continuación las alhajas, después los semovientes, así como los frutos, acciones o valores comerciales o industriales, después los demás bienes muebles; luego los inmuebles, los documentos de importancia, y finalmente los bienes ajenos.

Deberá concurrir el perito designado por los herederos y en su caso el perito nombrado por el Juez cuando estos no se hubieren puesto de acuerdo. El perito hará constar las inconformidades de los interesados, inconformidades que podrán hacerse después de cinco días de que el inventario se ha puesto a la vista de los interesados, cualquier oposición se tramitará su marcadamente, para no entorpecer y prolongar el trámite de la suce

sión, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 825 del Código de Procedimientos Civiles. El perito valuador nombrado por los interesados, procederá a la tasación de los bienes en su justo precio.

En caso de que no exista oposición por alguno de los interesados, el inventario será aprobado por el juez y únicamente podrá ser modificado por causas de error o dolo.

D.- Viene después la liquidación, operación que sirve para fijar y establecer el caudal repartible en su forma matemática, mediante la equiparación en dinero de los bienes que constituyen el acervo hereditario. Este paso es importante, porque define las cantidades que representan el activo y el pasivo de la sucesión, con lo cual se sabe si es posible liquidar a los acreedores o en su defecto declarar que el de cujus murió en estado de insolvencia.

Dice el artículo 1753: "Concluido y aprobado judicialmente el inventario, el albacea procederá a la liquidación de la herencia". Para la liquidación de la misma existen las siguientes reglas:

a).- En primer lugar, "serán pagadas las deudas mortuorias, si no lo estuvieren ya, pues pueden pagarse antes de la formación del inventario, dada su naturaleza. Se llaman deudas mortuorias, los gastos del funeral y las que se hayan causa

do en la última enfermedad a consecuencia de la cual haya -
muerto el autor de la sucesión".

b).- En segundo lugar, se pagarán los gastos de riguro-
sa conservación y administración de la herencia, así como las -
pensiones alimenticias. También estas deudas pueden pagarse por
el albacea antes de la formación del inventario.

c).- Después de pagadas esas deudas preferentes se cu-
brirá las hereditarias exigibles, es decir, de plazo cumplido.
Por deudas hereditarias se entienden las contraídas por el au-
tor de la herencia independientemente de su testamento y de -
las que es responsable con sus bienes.

Desde luego que existen diferentes clases de obligacio-
nes que no pueden ser transmitidas a los herederos en virtud de-
que cuando se efectuaron, se tuvo en consideración a la perso-
na con quien se contrató, por ejemplo podemos citar una presta-
ción de servicios profesionales.

Ahora bien existen obligaciones que contrajo en vida el
de cujus y que son transmisibles a los herederos, como ejemplo
citaremos el contrato de arrendamiento en el que, a pesar de ha-
ber fallecido el arrendador, sus herederos tienen que cumplir-
con los arrendatarios en la forma y modo en que se había cele-
brado el contrato de arrendamiento.

d).- Para el pago de las deudas hereditarias exigible

el albacea deberá respetar, si existe concurso, la sentencia de graduación, es decir, si se ha declarado la quiebra o el concurso de la sucesión del de cuius, antes de su muerte, en la sentencia de graduación se fijará el orden conforme al cual deberán pagarse las deudas. Si no existe concurso, se pagarán conforme se vayan exigiendo, respetándose los créditos preferentes.

El albacea no puede pagar los legados, ni hacer la partición entregando a los herederos la porción que les corresponda sin haber garantizado suficientemente todas las deudas hereditarias. Una vez que éstas queden pagadas o debidamente garantizadas, se entregarán a los legatarios los bienes dejados en legado y se procederá a la partición del caudal hereditario.

Los acreedores que se presenten después de pagados los legados ejercerán su acción en primer lugar en contra de los herederos o masa hereditaria y sólo que no haya bienes suficientes para cubrir los créditos podrán proceder contra los legatarios.

Tanto para el pago de las deudas preferentes antes de la formación de inventario, como para las hereditarias, puede el albacea vender los bienes muebles e inmuebles de la herencia por acuerdo de la mayoría de los herederos. Si no se ponen de acuerdo el Juez puede autorizar la venta de los bienes, que tendrá que hacerse en pública subasta.

C.- La partición fija la cuota o haber de cada heredero, de manera precisa y determinada.

Nuestro Código Civil ordena en su artículo 1772, "Si el autor de la sucesión no dispuso cómo debieran repartirse sus bienes y se trata de una negociación que forme una unidad agrícola, industrial y comercial, habiendo entre los herederos agricultores, industriales o comerciantes, a ellos se aplicará la negociación, siempre que puedan entregar en dinero a los otros coherederos la parte que les corresponda. El precio de la negociación se fijará por peritos.

Lo dispuesto en este artículo, no impide que los coherederos celebren los convenios que estimen permitidos.

Nosotros creemos que este artículo 1772, quedaría más completo y mejor redactado de la siguiente manera:

Si el autor de la sucesión no dispuso como debieran repartirse sus bienes y se trata de una negociación que forme una unidad agrícola, industrial o comercial habiendo entre los herederos algún agricultor, industrial o comerciante, al mismo se le aplicará dicha unidad, siempre que pueda entregar en dinero a los

otros coherederos la parte que les corresponda. El precio de la negociación se fijará por peritos. Existiendo varios agricultores, industriales o comerciantes, será preferido el que presente mayor porción hereditaria y si fueren iguales, la suerte decidirá a quien se le aplicará la negociación.

Lo dispuesto en este artículo no impide que los coherederos celebren los convenios que estimen permitentes.

Como comentario diremos que, este artículo tiene relación con el derecho del tanto.

Analícemos qué bienes constituyen el caudal relicto: 1o. Son los existentes en el patrimonio del de cujus en el momento de la muerte; 2o.- Además los que algún coheredero esté obligado a entregar, en los términos del artículo 1439 del Código Civil (éstos entran en la herencia en virtud de la aceptación); 3o.- Las adquisiciones hechas en dinero, por el precio de las cosas vendidas, lo debido por terceros o coherederos por indemnización de daños o destrucción de los bienes hereditarios; 4o.- Los bienes que entren a la herencia en virtud de una usucapión iniciada en la vida del de cujus, y que el heredero consuna; 5o.- Los frutos de los bienes (naturales, industriales y civiles). Seguramente también el pasivo habrá cambiado entre la fecha del fallecimiento y la de la partición.

D.- La adjudicación.- La parte final de la partición es la adjudicación, que consiste en entregar a cada heredero los bienes que le hubieren sido asignados como parte determinada del acervo hereditario.

Para los casos de partición judicial el juez mandará poner a la vista de los interesados el proyecto de partición por un término de diez días, y si transcurrido ese término no hubiere existido oposición, el juez aprobará el proyecto y dictará sentencia de adjudicación, mandando entregar a cada interesado los bienes que le hubieren sido aplicados con los títulos de propiedad, después de poner en ellos, por el secretario, una nota en que se haga constar la adjudicación.

2.- Personas que intervienen en la partición.

a).- Personas que tienen derecho de pedir la partición.

Partiendo del principio jurídico que dice: que a ningún coheredero puede obligarse a permanecer en la indivisión de los bienes, ni aún por voluntad del testador, se deduce quién tiene derecho para pedir la partición. En principio, a todos los herederos, y sólo a ellos corresponde pedir la partición de la herencia en cualquier tiempo; pero son necesarias algunas condiciones o requisitos para ejercitar la acción. En primer lugar se requiere la libre administración y disposición de sus bienes. Cuando hay menores entre los herederos, y si éstos están debida

mente representados, deberá oírse a sus tutores, el Ministerio Público dará su conformidad si lo cree pertinente, y de este modo los acuerdos que se tomen se manifestarán al juez de la causa y éste, oyendo la opinión del Ministerio Público dará su aprobación, siempre y cuando se haya precavido que no se lesionen intereses de los menores. En segundo lugar, que tenga un derecho definitivo sobre la herencia, para la cual es preciso que esté aceptada ésta, y tercero, que el heredero lo sea en forma pura y no bajo condición, pues los herederos condicionales no pueden pedirla hasta que la condición se cumpla; pero podrán pedirla los otros coherederos asegurando completamente el derecho de los primeros para el caso de cumplirse la condición; y hasta saber que ésta se ha realizado o no, se entenderá provisional la partición.

De acuerdo con el artículo 659 del Código de Procedimientos Civiles, tienen derecho a pedir la partición de la herencia:

1o.- El heredero que tenga la libre disposición de sus bienes en cualquier tiempo en que lo solicite, siempre que hayan sido aprobados los inventarios y rendida la cuenta de administración; puede, sin embargo, hacerse la partición antes de la rendición de cuenta o de su aprobación si así lo conviniere la mayoría de los herederos;

2o.- Los herederos bajo condición, luego que se haya cum-

plido ésta;

30.- El cesionario del heredero y el acreedor de un heredero que haya trabado ejecución en los derechos que tenga en la herencia, siempre que hubiere obtenido sentencia de remate y no haya otros bienes con qué hacer el pago;

40.- Los coherederos del heredero condicional, siempre que aseguren el derecho de éste para el caso de que se cumpla la condición hasta saberse que ésta ha faltado o no puede ya cumplirse y sólo por lo que respecta a la parte en que consista el derecho pendiente y a las cauciones con que se haya asegurado. - El albacea o el contador partidor, en su caso, proveerá al aseguramiento del derecho pendiente;

50.- Los herederos del heredero que muere antes de la partición.

La acción de partición es imprescriptible en tanto que dure la indivisión, es decir, que la partición puede en todo tiempo pedirse mientras dure la indivisión (27).

Después de citar a las personas que tienen derecho a promover la acción de partición, creemos conveniente esbozar los casos en que por convenio de los herederos o por disposición de la ley se prolongue el estado de indivisión.

(27).- Julien Bonnacase.- Elementos de Derecho Civil. Tomo III. - Editorial Cajica. Puebla, Pue. México, 1941. Pág. 502.

b).- Suspensión de la partición.

La partición puede suspenderse en virtud de convenio expreso de los interesados. En caso de que haya menores entre ellos, deberá oírse al tutor y al Ministerio Público. El auto en que se apruebe el convenio de suspensión de la partición determinará el tiempo que la misma deberá durar.

Existen diferentes casos en que los coherederos tienen sumo interés en posponer la partición, por ejemplo cuando las condiciones económicas son desfavorables a la realización de bienes indivisibles por su naturaleza; o cuando existen coherederos menores cuya mayoría de edad se requiere esperar para eludir la necesidad de acudir a la partición judicial; en caso de que la viuda quede encinta, es motivo también para suspender la división y esperar el tiempo necesario para dilucidar plenamente los derechos del que no ha nacido.

Ahora bien, por muy larga que haya sido la duración de la indivisión, cada uno de los coherederos conserva siempre el derecho a pedir la partición, o lo que es lo mismo, este derecho no se extingue por el no uso, es decir, este derecho es imprescriptible mientras dure la indivisión.

La adopción de las precauciones relativas a los casos en que la viuda crea haber quedado encinta a la muerte de su ma-

rido, produce también el efecto de suspender la división de la herencia, hasta que se verifique el parto o hasta que transcurra el término máximo legal de trescientos días, sin perjuicio de que los acreedores de la herencia sean pagados por mandato judicial.

Justificando esta suspensión, escribe Clemente de Diego - que como al concebido se le reputa nacido para todo lo favorable, con tal de que nazca con todos los requisitos precisos para ser considerado como persona, mientras no tenga lugar el alumbramiento, no puede procederse a la partición de la herencia, sin riesgo de que deje de ser definitiva, ni sería justo, por otra parte, que se prescindiera de la personalidad reconocida al póstumo (28).

En nuestro derecho se señalan antiguos precedentes de estas precauciones, encaminadas a evitar que la viuda suponga el embarazo y el nacimiento de un hijo póstumo, que venga a modificar el orden de la sucesión.

Ya el Decreto Real se ocupaba de esta suerte de precauciones, y el Código de las Siete Partidas contienen algunas disposiciones curiosas y pintorescas (véase La Ley 17, Tit. IV. Part. VI). Entre ellas las de que la casa donde la mujer haya de dar a luz no tenga abierta más que una entrada, la de que en el momento del parto no haya en la casa hombre alguno y pueden estar en ella hasta diez mujeres buenas que sean libres, y seis sirvientas, ningun-

(28.- Clemente de Diego. Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo III. Pág. 377.

na de las cuales esté embarazada, así como dos o tres mujeres sabidoras "que sean usadas de ayudar a la mujer cuando escasesce" ordenándose, además, que en la casa, cuando vaya a dar a luz, ardan cada noche tres lumbres, para que no pueda hacerse algún engaño escondidamente (29).

El Código Civil vigente ha reglamentado toda la adopción de precuciones, suprimiendo las superfluas y procurando evitar las medidas vejatorias y contrarias al pudor.

1o.- Cuando la viuda crea haber quedado encinta, tiene la obligación de comunicarlo al juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan en la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo (artículo 1038 de nuestro Código Civil).

2o.- Los interesados pueden pedir al juez que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, la sustitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es, cuidando el juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda (artículo 1039 del Código Civil).

3o.- De cualquier manera, háyase o no dado el aviso que corresponde a la viuda en el caso de que crea estar encinta, al

(29).- Clemente de Diego. Ob. cit. Pág. 377.

aproximarse la época del parto deberá ponerlo en conocimiento del juez para que lo haga saber a los interesados, los cuales tienen el derecho de pedir que el juez nombre una persona que se cerciore de la realidad del alumbramiento, debiendo recaer la designación, precisamente, en un médico o partera (artículo 1640 del Código Civil).

40.- En el caso de que el marido haya reconocido en instrumento público o privado la preñez de su consorte. ésta estará dispensada de dar el aviso de que se trata, pero no de dar el aviso ante la proximidad del parto (artículo 1641 del Código Civil).

50.- Ahora bien, la omisión de la madre no perjudica a la legitimidad del hijo, si puede acreditarse por otros medios legales (artículo 1642 del Código Civil).

60.- El derecho que la viuda tiene de ser alimentada -- con cargo a la masa hereditaria cuando quedare encinta a la muerte de su marido, y que existe aunque tenga bienes, podrá ser negado por los interesados cuando no cumpla lo relativo a la notificación al juez de su estado ni a la proximidad del parto; pero si por averiguaciones posteriores resultare cierta la preñez, se deberán abonarse los alimentos que se dejaron de pagarse (artículo 1644 del Código Civil).

70.- La viuda no está obligada a devolver los alimentos percibidos, aun cuando haya habido aborto o no resultare cierta

la preñez, salvo el caso en que ésta hubiere sido contradicha por el dictamen pericial (artículo 1645 del Código Civil).

8o.- Todas las cuestiones relativas a los alimentos de que se trata serán resueltos de plano por el juez y, en caso de duda, serán en favor de la viuda.

Como comentario diremos que no obstante que desde tiempos antiguos los legisladores se cuidaron de tomar medidas de precaución para el caso que la viuda quedara encinta, son pocos los Códigos modernos que la establecen siendo los principales que las regulan las de México, Chile y Colombia.

c).- Que personas pueden oponerse a la partición?

El artículo 867 del Código de Procedimientos Civiles nos da la respuesta, y a la letra dice: "Pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición: I.- Los acreedores hereditarios legalmente reconocidos, mientras no se pague su crédito, si ya estuviere vencido y, si no lo estuviere, mientras no se les asegure debidamente el pago; II.- Los legatarios de cantidad, de alimentos, de educación y de pensiones, mientras no se les pague o se garantice legalmente el derecho!"

Los acreedores, reconocidos como tales, podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos.

Adviertase que el derecho no se refiere a todos los acree-

dores, sino a los reconocidos como tales; reconocimientos que podrán hacerse en forma particular o por sentencia.

El fundamento de esta disposición está en el axioma de que antes es pagar que heredar. Como dice Manresa, aunque los herederos tienen, desde luego, la facultad de partir o dividir la herencia, sólo deben comprenderse en la división los bienes y derechos que queden después de cumplir las obligaciones o pagadas las deudas de la sucesión; lo contrario sólo conduce a hacer figurar como herencia lo que realmente no lo es, a mezclar en la división valores que no pertenecen a los herederos (20).

Los acreedores, cuyos créditos se hayan suficientemente asegurados con prenda, hipoteca o anticresis, entiende la doctrina que no podrán ejercitar el derecho de que se trata, por no ser perjudicados con la partición.

Los legatarios de cantidad de alimentos, de educación y de pensiones, también tienen este derecho, es decir, de oponerse a que se efectúe la partición, mientras no se les pague o se les garantice legalmente el derecho.

Por último diremos que la oposición no necesita formularse forzosamente antes de la partición, sino que puede prosperar hasta tanto que la partición, no se haya consumado por completo, y por consiguiente si se trata de una partición judicial,

(20).- Manresa y Navarro.- Comentarios al Código Civil Español. Segunda Edición. Editorial Reus. Madrid, 1932. Pág. 434.

hasta en tanto que no se haya dictado sentencia.

Independientemente de este derecho que acabamos de enunciar pueden también los acreedores impugnar una partición fraudulenta (mediante la Acción Pauliana). Pero los acreedores únicamente pueden atacarla mediante la acción pauliana cuando se han opuesto a ella.

En otras palabras diremos que el ejercicio de la acción paulina está esencialmente subordinada a la existencia de una oposición; de lo contrario no puede ya impugnarse la partición, aunque se haga en fraude de los acreedores.

Es indudable también que los acreedores pueden impugnar la partición simulada y la que se haya hecho apresuradamente con el fin de evitar su oposición.

d).- Efectos que la oposición produce.

Es preciso hacer notar dos aspectos: antes de que se efectúe la partición y después de haberse consumado ésta.

1o.- En primer lugar, el acreedor que se opone tiene derecho a asistir a las operaciones de la partición, bien sea ésta amistosa o judicial.

2o.- En segundo lugar, la oposición que un acreedor puede hacer a la partición, vale a su favor lo mismo como si hubiere embargado los derechos del coheredero, de su coheredero deudor.

El fraude principal que los acreedores de los coparticipes tienen que temer, es que su deudor pueda realizar o liquidar su parte hereditaria sin tomarlos en cuenta, percibiéndola en especie sin que ellos lo sepan. Por último diremos, que la oposición de un acreedor priva al coheredero de su deudor de sus derechos sucesorios y dificulta que pueda disponer de los mismos.

Después de efectuada la partición, los acreedores pueden impugnar la partición realizada cuando se ha llevado a cabo sin contar con ellos y en perjuicio de la oposición que hayan formulado. Así desde el momento que han formulado su oposición, si los acreedores no están llamados a tomar parte en las operaciones de división y si ésta se ha consumado sin estar ellos presentes, pueden impugnarla y conseguir que se anule. Como se ve, la ley les dispensa de demostrar que la operación ha sido fraudulenta, se presume así de pleno derecho en virtud de una presunción que, por servir de base de acción a una nulidad no admite prueba en contrario.

3.- Efectos de la partición.

El efecto fundamental de la partición es que fija la parte que en definitiva debe corresponder a cada heredero o legatario, atribuyéndole bienes en propiedad individual (artículo 1779 del Código Civil) o lo que es igual, pone término al estado de indivisión, individualizando el derecho de propiedad en cada heredero.

Estudiaremos los efectos de la partición desde dos puntos de vista de los coherederos entre sí y el segundo con relación a terceras personas que tengan interés en la sucesión.

a).- Efectos entre coherederos.

1.- Los herederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y los frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios.

2.- Si algún coheredero quiere vender su parte a un extraño, debe notificar a sus coherederos por medio de Notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta a fin de que aquéllos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el sólo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Pero si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, la venta será nula.

Para ejercitar con éxito el derecho a que nos hemos referido es necesario acreditar, entre otras circunstancias, que quien pretende subrogarse en lugar del comprador es coheredero y que la venta del derecho hereditario se ha otorgado a un extra-

No antes de realizarse la partición.

Este derecho del tanto procede sólo en casos de venta del derecho hereditario, y no puede extenderse a otros actos que no sean ventas, sin que, como dice Sánchez Román, pueda identificarse el título de venta con el de enagenación, como pretenden otros escritores, pues en tal caso se tendría el retracto, en la cesión, la donación, etc....., cosa que no se admite (31).

3.- La partición tiene por objeto, adjudicarle a cada heredero la propiedad plena de la parte correspondiente y que no se vea privado de ella por reclamaciones posteriores cuyos derechos arrancan de hechos anteriores a la adjudicación. Es natural que el Código haya establecido la obligación recíproca de los herederos al saneamiento en caso de evicción, de análoga manera a lo que ocurre en la compraventa.

El Código regula este efecto importante del modo siguiente:

El artículo 1780 del Código Civil dice: "Cuando por causas anteriores a la partición, alguno de los coherederos fuere privado del todo o de parte de su haber, los otros coherederos están obligados a indemnizarle de esa pérdida, en proporción a sus derechos hereditarios". La finalidad de esta obligación es mantener la igualdad o proporcionalidad de la partición, que -

(31).- Sánchez Román Felipe. Estudios de Derecho Civil. Tomo IV. Segunda Edición. Madrid, 1912. Pág. 550.

queda destituida cuando alguno de los coherederos se ve privado - del goce normal de su cuota.

La obligación a que se refiere el artículo 1780. solo cesará en los siguientes casos:

1o.- Cuando se hubiere dejado al heredero bienes individualmente determinados, de las cuales es privado. En esta hipótesis, el testamento atribuyó y declaró la propiedad.

2o.- Cuando al hacerse la partición, los coherederos renuncien expresamente al derecho de ser indemnizados. Claro es que esta renuncia sólo puede surtir efecto cuando el que la declara - tiene plena capacidad civil.

3o.- Cuando la pérdida fuere ocasionada por culpa del heredero que la sufre. Es decir, que el perjuicio sufrido por éste - no dimana del acto particional y es lógico que sufra él sólo, como cualquier propietario, sin responsabilidad ninguna de los coherederos.

La obligación recíproca de los coherederos a la evicción es proporcional a su respectivo haber hereditario, pero si alguno de ellos resultare insolvente, responderán de su parte los demás coherederos en la misma proporción, deduciéndose de la parte correspondiente al que deba ser indemnizado (artículo 1782 del Código Civil).

El heredero resulta insolvente, cuando después de hecha la partición, el heredero vende su parte hereditaria, y en caso de que alguno de sus coherederos sufra evicción ya no tiene con

que responder a dicha obligación.

Los que pagaren por el insolvente conservarán su acción contra él, para cuando mejore de fortuna (artículo 1783 del Código Civil).

4o.- Por lo que se refiere a los créditos de la sucesión diremos que: Si se adjudicare como cobrable un crédito, los coherederos no responden de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo serán responsables de su insolvencia al tiempo de hacer la partición. Por los créditos calificados de incobrables no hay responsabilidad, pero si se cobraran en todo o en parte se distribuirá lo percibido proporcionalmente entre los coherederos (artículo 1785 y 1786 del Código Civil).

La doctrina entiende que son aplicables como supletorias a esta materia las reglas que rigen el saneamiento en la compra venta. Pues no hay duda, que el legislador del Código al hablar de este saneamiento por evicción da por supuesto los principios y normas que expuso al hablar de él de un modo general en la compra venta.

b).- Efectos con relación a terceros.

Respecto de los terceros con interés en la sucesión los podemos dividir en dos grupos, siendo el primer grupo el formado por personas con derecho sobre los bienes hereditarios, antes de sobrevenir la muerte del de cujus; y el segundo grupo, integrado por terceros con derechos respecto de los bienes hereditarios, -

posterior a esa muerte y anterior a la partición.

1o.- Los derechos de terceros sobre los bienes hereditarios, anterior a la muerte del de cujus, no se modificarán por la partición. Ya que la división de una cosa común, no perjudicará a tercero, el cual seguirá conservando los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales de que era tenedor antes de hacer la partición. Conservarán igual su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad.

En la materia que nos ocupa, la cosa común es la herencia, por lo tanto los derechos reales o personales pertenecientes a terceros con anterioridad a la muerte del autor de la sucesión, se respetarán completamente.

2o.- Terceros con derecho sobre los bienes hereditarios posterior al fallecimiento y anterior a la partición, y nacidos de actos realizados por los coherederos, deberán respetarse también, pero sólo responderán con los bienes hereditarios que correspondan al coheredero que haya originado el nacimiento de esos derechos, limitándose a la porción alícuota que correspondan a esos coherederos, no tocando para nada los bienes que se vayan a adjudicar a los demás coherederos, ya que no involucra una responsabilidad solidaria o mancomunada; pudiendo estas terceras personas una vez que hayan acreditado sus derechos, encontrarse presentes, en el momento de efectuarse la partición.

3.- Incidentes de la partición

La partición de una sucesión puede ocasionar diversos incidentes, que requieren un estudio separado.

- a).- Colación de las liberalidades.
- b).- Colación de las deudas.
- c).- El retracto sucesorio.
- d).- Causas de nulidad y rescisión en la partición.

a).- Colación de las liberalidades.

La colación de las liberalidades es la operación mediante la cual un heredero, llamado a la sucesión en concurrencia con los otros, restituye al caudal partible los bienes o valores recibidos del difunto a título gratuito (32). La justificación de este concepto es el principio de igualdad que se funda en la intención presunta del difunto con respecto a los mismos. Cuando el de cuius ha hecho una donación a uno de sus herederos presuntos, debe suponerse a priori a menos que hubiese expresado lo contrario, no quiso hacer sino un anticipo de la herencia, entendiéndose que el día de su muerte, y al hacerse la partición de su sucesión, todos sus herederos estarían colocados en un pie de igualdad estricta. Por lo tanto, si el coheredero donatario toma parte en la sucesión, es preciso que colacione, es decir, que ingrese en la masa partible la donación que le hizo el difunto.

(32).- Marcelo Planiol y Jorge Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo IV. Las Sucesiones. Pág. 632. Cultural. S. A. Habana, 1952.

Por lo que se refiere a los procedimientos para llevarla a cabo, existen dos variedades de colación; una consiste en el aporte real de los bienes a la masa patrimonial, y la otra haciendo el descuento de su valor sobre la porción atribuida al heredero colacionante; llegándose por medio de convenios al mismo resultado que el aporte real.

Ahora bien, la colación puede hacerse en dos formas: en especie y por deducción. La colación en especie consiste en la entrega real de las cosas donadas. Es decir, el heredero debe traer a la masa hereditaria el mismo objeto que se le había entregado. La colación por deducción consiste en que el beneficiario conserva en especie los bienes que le fueron donados o legados y en que la igualdad con que sus coherederos se produce, ya sea deduciendo a favor de ellos valores iguales, o bien imputando las cosas colacionables a la porción del que las recibió anteriormente.

Por otra parte, es evidente que la colación por deducción sólo es posible en tanto el objeto sujeto a colación tenga un valor igual a la porción hereditaria del que lo posea. Si fuere superior a esa porción, el heredero deberá colacionar en especie el exceso, de tal suerte que la aceptación de la herencia lo perjudica económicamente. Por lo mismo es muy raro que eso suceda ya que el heredero que haya recibido entrevivo más de lo que le corresponde en la herencia renuncia a ésta y conserva la donación.

b).- Colación de las deudas.

No son únicamente las donaciones y los legados el objeto de colaciones a la herencia. Lo son también las deudas de los coherederos con la sucesión.

La colación de deudas es una institución análoga a la colación de las liberalidades esto es, un medio de mantener la igualdad entre los coherederos. Gracias a la colación de deudas los coherederos del sucesor deudor están garantizados contra el riesgo de la insolvencia de éste, puesto que se disminuirá su lote con lo que importe su deuda. La colación de deudas constituirá así un privilegio en beneficio de los coherederos y frente a los acreedores del heredero deudor, pues gracias a él no tendrán que sujetarse a las normas del concurso. Es decir, que cuando un copartícipe debe algo a la masa común está garantizada la deuda con una parte de esa masa puesto que ésta comprende el crédito contra aquel.

Finalmente el heredero deudor que esté obligado a colacionar su deuda en calidad de copartícipe, resulta que si renuncia a la herencia está dispensado de la colación. Pero esto no significa que se haya liberado de la deuda sino que deberá liquidarla, según las reglas del pago, en lugar de las de la colación.

Demolombe Expresa: "Que es evidente que la colación de deudas, lo mismo que la de donaciones y legados, no es debida sino por el heredero que acepta la sucesión, pero que si el heredero deudor renuncia queda como lo que era, o sea que queda

deudor hacia la sucesión y agrega que su renuncia no podría ser para él un medio de liberación de su deuda, habrá, concluye "un pago", no una "colación" (33).

c).- El Retracto Sucesorio.

El retracto sucesorio, es un medio para circunscribir el estado de indivisión y las operaciones de la partición al círculo de los coherederos, descartando los adquirentes de los derechos indivisos cuando fueren extraños a la transmisión hereditaria (34). En efecto, la enajenación de sus derechos por uno de los herederos permite a los demás sustraerlos a su adquirente, mediante el ejercicio del retracto, substituyéndose a éste y pagándole el precio que hubiere abonado. Es decir, que el retracto sucesorio tiene por objeto escluir de la partición a los extraños, retirándoles la parte de la herencia que hayan adquirido a título oneroso. El retracto sucesorio se justifica por el deseo de ahorrar a los coparticipes las maniobras de especulación a que necesariamente se entregan los compradores de derechos hereditarios.

Para poder ejercitar el retracto, es necesario que existan los siguientes elementos.

1o.- Se requiere una cesión de derechos hereditarios, hecha por uno de los herederos universales, sobre la porción que le corresponda a éste, o sobre una parte alcuota de la misma; b).- Es necesario que trate de una cesión a título oneroso; c).- La cesión debe haberse hecho en provecho de un extraño.

Una cesión a título gratuito no queda sujeta el retracto, no sólo porque el espíritu de lucro que influiría a la partición el ad

(33) - Demolombe.- Cour de Code Napoléon, Paris. 1867. Núm. 150.
 (34) - Marcelo Planiol y Jorge Ripert, Ob. Cit. Pág. 616.

quirente a título oneroso resulta ausente, sino además y muy especialmente, porque, como el funcionamiento del retracto implica la restitución al cesionario del precio por él pagado existe un verdadero obstáculo material. Sin embargo, si la donación sólo fuera aparente y ocultara una operación onerosa, efectuada a fin de burlar la aplicación de la ley, los interesados podrán, después de poner de manifiesto el verdadero carácter del acto, ejercitar el retracto.

Los fundamentos de la institución del retracto indican que éste no puede dirigirse más que contra un extraño de acuerdo con Planiol y Ripert, se llama extraño a toda persona no llamada a la partición como heredero universal aunque por otros motivos tuviera el derecho a presenciar o a tomar parte en las operaciones particionales (35).

2o.- Quiénes pueden ejercitar el retracto sucesorio?

Los coparticipes que tengan el título de herederos universales, y que deban sufrir el concurso del extraño adquirente de tales derechos. Cada uno tiene individualmente el derecho de ejercerlo, y quien lo ejercite conserva los beneficios dimanados de él, pero si lo han ejercitado todos los herederos, este beneficio se dividirá entre todos.

3o.- Término para ejercitarlo.

De acuerdo con los autores Colín y Capitant, la ley no fija plazo alguno para ejercitar el retracto, basta, por consiguiente, que la partición no se haya todavía efectuado (36). En cambio en la legislación Española se señala un término de un mes contado a partir

(35).- Planiol y Ripert. Ob. Cit. Pág. 020.
 (36).- Colín y Capitant Ob. Cit. Pág. 307.

de la fecha en que se hizo saber a los coherederos, la celebración de la venta, para que se pueda ejercitar el retracto.

De acuerdo con nuestra legislación, el plazo para ejercitar el retracto sucesorio llamado derecho del tanto, se encuentra reglamentado en el artículo 1292 del Código Civil que a la letra dice: "El heredero de parte de los bienes que quiera vender a un extraño su derecho hereditario, debe notificar a sus coherederos por medio de notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se ha concertado la venta, a fin de que aquéllos, dentro del término de ocho días, hagan uso del derecho del tanto; si los herederos hacen uso de ese derecho, el vendedor está obligado a consumir la venta a su favor, conforme a las bases concertadas. Por el sólo lapso de los ocho días se pierde el derecho del tanto. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en este artículo, será nula". Es decir, que en nuestra legislación está debidamente determinado el plazo para ejercitar el retracto sucesorio.

Efectos del retracto.

El retracto produce efectos particulares: sustituye al adquirente primitivo por uno nuevo. Es decir, que el retracto constituye una subrogación efectuada por el retrayente respecto del cesionario, poniéndose en lugar de éste y haciendo recaer en su persona todas las consecuencias de la cesión. En cambio el retracto no produce efectos respecto al cedente ni a terceros, pues no se ha establecido en interés de estos.

Primeramente el retrayente, en cuanto a los derechos que puede ejercitar en la partición y que son los del cesionario -

no es considerado como causahabiente de éste, sino del coheredero cedente, todo ocurrirá como si la cesión se hubiera hecho directamente al retrayente.

El retracto entre coherederos, como hemos dicho no produce efecto respecto del cedente; por consiguiente, se subroga al retrayente en las cargas de la cesión, supongamos que el cesionario no hubiera pagado todavía el precio de la cesión al heredero cedente, éste no podría reclamarlo al retrayente, si no solamente al cesionario.

Finalmente, el retracto ejercitado por uno sólo de los coherederos no producirá ningún efecto en cuanto a los demás que no se hayan cuidado de unirse para esto con el retrayente, y no podrán pretender participar con él en los beneficios de la operación.

d).- Nulidad y Rescisión de la Partición.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1788 dice: "Las particiones pueden rescindirse o anularse por las mismas causas que las obligaciones". Por lo mismo entran en juego las consideraciones relativas a vicios de forma, error, dolo o violencia. Diremos que la rescisión es un estado que priva de efectos a las particiones hechas con ciertos vicios. La partición, como convenio, está sujeta a las reglas generales de los contratos en cuanto a validez, nulidad y rescisión: debe tener todos los elementos esenciales y de validez del contrato: esenciales, como el consentimiento y el objeto. De validez, tales como la capacidad, la observancia de -

formalidades especiales, la ausencia de vicios del consentimiento y la licitud en su objeto, motivo o fin.

1o.- Por los incapaces contratarán sus legítimos representantes, con autorización judicial, para que no se lesionen los derechos del incapacitado a pesar de que concurra su representante legítimo; en la partición se ejecutan actos de dominio.

2o.- En las particiones no debe haber lesión. Recordemos el artículo 17: "Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación!"

3o.- Artículo 1789: "El heredero preterido tiene derecho de pedir la nulidad de la partición. Decretada ésta, se hará una nueva partición para que perciba la parte que le corresponda".

4o.- Artículo 1790: "La partición hecha con un heredero falso, es nula en cuanto tenga relación con él, y la parte que se le aplicó se distribuirá entre los herederos!"

5o.- Artículo 1791: "Si hecha la partición aparecieren algunos bienes omitidos en ella, se hará una división suplementaria, en la cual se observarán las disposiciones contenidas en este Título.

Podemos añadir que pierde el coheredero su derecho de anular: a) Si no ejercita en tiempo su derecho. b) Si confirma expresa o tácitamente la partición, después de haber conocido el vicio. c) Si enajenó su parte, una vez cesada la violencia. La ratificación, en efecto, y el cumplimiento voluntario extinguen la acción de nulidad. Claro está que no podrá tomarse como ratificación tácita la venta que realice de objetos fácilmente deteriorables.

CAPITULO CUARTO

NATURALEZA JURIDICA DE LA PARTICION Y DEL DERECHO A LA MASA HEREDITARIA

1.- Naturaleza jurídica de la partición.

2.- Naturaleza jurídica del derecho del heredero.

a).- Opiniones de De Pina, Rojina Villegas e Ibarrola.

b).- Nuestra opinión.

C A P I T U L O C U A R T O

1.- Naturaleza jurídica de la partición.

Frecuentemente se considera la partición como un contrato, pero en su concepto más general y amplio es un acto jurídico de naturaleza distinta y compleja, que sólo de modo incidental y en algunas de sus formas puede dar lugar a la celebración de verdadero contrato (37).

Los civilistas han discutido mucho sobre la naturaleza jurídica de la partición, y en especial sobre si se trata de un acto declarativo o translativo de propiedad.

Los que afirman la naturaleza translativa lo hacen pensando en que sólo mediante la partición hallan un nuevo titular los derechos del causante y adquiere cada heredero un derecho definitivo y que, en consecuencia, en la partición opera la efectiva transferencia del derecho; por el contrario, quienes mantienen la naturaleza meramente declarativa de la partición lo hacen por entender que ésta no produce transmisión de ningún género, porque lo que con ella se adjudica pertenecía ya a los herederos.

Rafael de Pina considera que la partición no puede tener el carácter de translativa, ya que el artículo 1288 del Código Civil constituye un abtáculo legal insuperable, pues en tal ordenamiento se prescribe que a la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común; con el cual si la ley se encargó de dar-

(37) - Costán Tobeñas.- Ob. Cit. Pág. 508.

les un efecto translativo a los bienes de la herencia, desde el momento en que muere el autor de la sucesión, carecería de objeto atribuirle a la partición ese efecto jurídico (38).

Antonio de Ibarrola manifiesta que en el derecho romano se calificó a la partición como un acto translativo de dominio, y menciona que algunos tratadistas la consideran como un acto declarativo, pero concluye diciendo que al fijar la porción de cada heredero terminando con la copropiedad, viene a atribuir una propiedad exclusiva, no que origine la propiedad, pero sí que en ese acto se confiere una propiedad exclusiva, por lo que se deduce para el citado autor, que la naturaleza jurídica de la partición, es un acto atributivo de propiedad; pero más adelante nos dice, que la partición tiene un doble efecto, "Declarativo de propiedad, por que transforma a veces el objeto de la misma" (39).

Rojina Villegas opina sobre esta cuestión, refiriéndose al derecho sucesorio mexicano, que bajo el Código Civil anterior, como en el vigente, la partición tiene un doble efecto: declarativo de propiedad, por cuanto que simplemente reconoce una transmisión que ya se realizó desde la muerte del autor de la herencia; pero atributivo de dominio exclusivo por cuanto que transforma la propiedad que se tiene sobre la parte alcuota, en propiedad que recae sobre un bien o bienes determinados (40).

(38).- Rafael de Pina.- Elementos del Derecho Civil Mexicano - (Bienes y Sucesiones). Vol. 2. Segunda Edición. Editorial Porrúa. S. A. 1962.

(39).- Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 539.

(40).- Rojina Villegas. Ob. Cit. Pág. 261.

Criterio muy respetable al que me adhiero, por estar más de acuerdo con nuestra legislación.

Nosotros para resolver este problema, debemos consultar nuestra legislación positiva. El Código de 1884, en su artículo 3808 dispone: " La partición legalmente hecha, confiere a los coherederos la propiedad exclusiva de los bienes que les hayan sido repartido ". En consecuencia, de esta redacción se deduce que la partición tiene un efecto atributivo de propiedad.

Además el Código de 1884, en su artículo 5235, dispone que a la muerte del autor de la herencia se transmite la propiedad, y la posesión de los bienes que integran la herencia, originando una copropiedad con indivisión; luego no podía transmitirse la propiedad en la partición puesto que ya se había transmitido desde la muerte del autor de la herencia. Es decir, que la partición de acuerdo con este artículo tiene un efecto declarativo.

A su vez, el artículo 1779 del Código Civil vigente expresa que: " La partición legalmente hecha, fija la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada uno de los herederos ". En consecuencia, el legislador en el Código vigente sólo reconoce a la partición una función declarativa de propiedad y no atributiva. Pero hay que ver, como hace notar el autor Rojina Villegas, que al fijar la porción de cada heredero, terminando con la copropiedad viene a atribuir una propiedad exclusiva; es decir, desde este punto de vista, la partición tiene un efecto atributivo de propiedad.

En resumen diremos que la partición puede tener efectos tanto declarativos como atributivos de propiedad. Al fallecer el autor de la herencia se forma una copropiedad con indivisión, y al llegar la partición, simplemente se le declara el bien concreto, que de allí en adelante va a ser de la propiedad individual del heredero, es decir que tiene un efecto declarativo. En cambio en otras ocasiones la porción de bienes concretos que se atribuyen al heredero, entran en su patrimonio como propiedad exclusiva e individual, al efectuarse la partición y no antes; en este aspecto tiene el carácter de atributiva de propiedad.

Haremos uso de dos ejemplos, para mejor comprensión de los anteriores conceptos:

a).- Si el autor de la herencia en su testamento determina que instituye como su único y universal heredero a Pedro, este derecho nace a partir del momento en que muere el autor de la herencia; pero al momento de la partición de la herencia, lo único que se hace es declarar que desde la muerte del autor de la herencia le pertenecía a Pedro la propiedad de todos los bienes; - aquí se ve muy claro el efecto declarativo de propiedad.

b).- Si por el contrario, el autor de la sucesión en su testamento instituye a sus cinco hijos como sus herederos, sin designación de bienes, al momento del fallecimiento no se sabe que bienes concretos les van a pertenecer en propiedad individual; en este caso, la partición tiene el efecto de atribuirles la propiedad, cambiando el derecho abstracto de un quinto, sobre el acervo here

ditario, en este caso la partición les atribuye la propiedad o titularidad de esos bienes.

2.- Naturaleza jurídica del derecho del heredero.

a).- Opiniones de De Pina, Mojina Villegas e Ibarrola.

Estos autores sostienen que el derecho de los herederos a la masa no es sino una copropiedad.

Particularmente entre los autores mexicanos hay quienes igualmente creen ver en el derecho del heredero a la masa, - una copropiedad.

Respecto a esta materia Rafael de Pina (41) dice: " La herencia es considerada por algunos civilistas como una persona moral. Esta tesis desde el punto de vista legal mexicano, no es admisible. La herencia es, desde este punto de vista, una copropiedad y no una persona moral ". Sobre este particular el propio profesor De Pina agrega:

" Colin y Capitant mantienen también este criterio diciendo que la transmisión de la sucesión a varios herederos hace nacer entre ellos una copropiedad denominada indivisión ".

" Hay que tener en cuenta que el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, al enumerar en su artículo 25, cuáles son las personas morales para dicho cuerpo legal, ni di-

(41).- Rafael de Pina.- Elementos de Derecho Civil Mexicano, tomo 2. Pág. 217.

recta ni indirectamente se refiere a la herencia ".

Igualmente Rojina Villegas (42) comenta: " 73.- La copropiedad hereditaria. Los razonamientos anteriores reciben una confirmación expresa si se toma cuenta que en nuestro derecho la herencia es una copropiedad entre los herederos, respecto a un patrimonio, como conjunto de bienes, derechos y obligaciones, que constituyen la masa hereditaria. Expresamente declara el artículo 1288 que: " A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división ".

En esa virtud el patrimonio común a que se refiere el precepto es, en otros términos, la copropiedad entre los herederos.

" Ahora bien, en los casos de copropiedad, ninguno de los copropietarios o coparticipes puede disponer de las cosas comunes, ni celebrar actos de dominio, pues para esto es menester que todos los copropietarios unánimemente den su conformidad o consentimiento. Sólo para los actos de administración permiten los artículos 946 a 948, que los mismos se resuelvan por mayoría de coparticipes y al propio tiempo de intereses, es decir, no basta la mayoría de personas, sino que además se requiere que las mismas representen una mayoría de intereses en la copropiedad ".

" Para los actos de dominio en la copropiedad ordinaria.- tanto en la doctrina como en la ley (artículo 945) requieren el consentimiento unánime de los copropietarios para la enajenación, gra-

(42).- Rafael Rojina Villegas.- Derecho Civil Mexicano. Tomo IV. - Pág. 175.

vamen o transacción respecto de las cosas comunes ".

" Este régimen se observa estrictamente en la herencia y tal es la razón por el cual el albacea no puede ejecutar actos de dominio sin el consentimiento unánime de los herederos. Así lo declara el artículo 1719:

" El albacea no puede gravar ni hipotecar los bienes, sin el consentimiento de los herederos o de los legatarios en su caso ".

Para el caso de la transacción expresamente estatuye el artículo 1720:

" El albacea no puede transigir ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia, sin consentimiento de los herederos ".

" Para los casos de administración, se sigue un régimen más estricto que en la copropiedad ordinaria, pues requiere el artículo 1721 que el arrendamiento concertado por el albacea por el término mayor de un año, se otorgue con el consentimiento de los herederos o legatarios en su caso ".

Antonio de Ibarrola (13) sigue al pie de la letra la exposición de Rojina Villegas.

Respecto a la naturaleza del derecho de heredar como un derecho subjetivo privado autónomo, Rojina Villegas (14) comenta: " En el Código de Procedimientos Civiles, indebidamente se ha

(13).- Antonio de Ibarrola. Ob. Cit. Pág. 600.

(14).- Rafael Rojina Villegas. Ob. Cit. Pág. 157.

dicho que la herencia confiere una acción real, y en el artículo 30., al clasificar las acciones reales, se dice: que por virtud de las mismas, se reclaman la herencia, y los derechos reales en particular. El legislador, siguiendo un criterio pragmático ha optado, ante el problema de la naturaleza autónoma del derecho de heredar, clasificándolo como real, porque se ha dejado guiar por la idea de que principalmente el heredero se convierte en propietario de los bienes de la herencia cuando es único, o en copropietario, cuando existen diversos herederos; que como en el momento de la muerte se transmite la propiedad, el dominio confiere acción real y, por consiguiente, la herencia concede principalmente una acción real al heredero. Pero la herencia también transmite derechos personales o de crédito; en el activo del difunto, además del derecho de propiedad que constituye la parte principal o conjunto de bienes, existen desde luego otros derechos reales, servidumbre, hipoteca, prenda, anticresis; y también todos los derechos personales que forman parte principal del mismo. La transmisión que a título universal se hace a favor del heredero de todo el patrimonio o de una parte alícuota, no es transferencia única del derecho de propiedad, y no hay razón para que prevalezca la naturaleza real del derecho de propiedad, sobre la del derecho subjetivo de heredar que implica una universalidad. Desde el punto de vista práctico, como el Código procesal vigente sigue todavía la doctrina tradicional (que niencia que las acciones sólo son la forma de ejercitar los derechos subjetivos, y que la acción no tiene autonomía, sino que es el derecho en revivimiento), esto hubo de motivar la clasificación

en acciones reales y personales, estando por incluir la herencia en las acciones reales."

"Sin embargo, si se acepta la tesis sostenida por los procesalistas modernos de que la acción es un derecho autónomo, y de que hay un nuevo derecho subjetivo, llamado derecho de heredar, podemos considerar que la acción de reclamación de herencia es también acción autónoma, que participará en algunos casos de las características de la real y en otros de la personal. Para comprobarlo, basta pensar que el heredero por virtud de la reclamación de herencia, no va a exigir una cosa determinada, ni va a reclamar el dominio de ciertos bienes, sino que exigirá su derecho para que se le transfiera un patrimonio o parte alícuota del mismo; a su vez, estando ya en ejercicio de ese derecho, puede ser titular de acciones reales, cuando ejercite la reivindicación, o la relativa a bienes determinados, o puede ser titular de derechos personales."

Losotros consideramos que estos autores y quienes opinan con ellos, en lo que se refiere a esta materia, están equivocados.

Precisamente ese error se debe a una interpretación equivocada del artículo 1256 de nuestro Código Civil y en seguida a la influencia de doctrinas extranjeras, que no son aplicables a este caso.

a).- Nuestra opinión.

A la muerte del autor de la sucesión, el heredero adquiere un derecho a la masa, como un patrimonio común.

Este derecho del heredero sobre la masa no es propiamente el derecho de propiedad, ni tampoco personal, como sostienen la mayoría de los autores, sino que, a nuestro juicio, es un derecho " sui generis ", que en cierta forma podemos encontrar semejante al derecho que tiene un socio sobre los bienes que forman el capital de una sociedad y que también corresponde a una parte alicuota en el capital de la compañía y en la parte proporcional en que es accionista.

Nuestro Código Civil dice que los herederos adquieren sólo un derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, - mientras no se hace la división y además ordena que cada heredero puede disponer " del derecho " que tiene en la masa hereditaria, - pero no puede disponer de las cosas que forman la sucesión.

De manera que, a nuestro juicio, el heredero no adquiere la propiedad sobre los bienes que forman la masa hereditaria.

Por el contrario, como ya dijimos, adquiere un derecho -

" sui géneris " que no es un derecho real, ni un derecho personal, sino que consiste precisamente en ese derecho a la masa en la parte alícuota que le corresponda, es decir, si es un solo heredero, respecto del total de los bienes, si son dos o tres herederos universales, en la proporción de la mitad, la tercera parte, etc., con todas las características de este derecho " sui géneris ", que hemos analizado anteriormente como, por ejemplo, el de ser reconocido como tal (la petición de herencia), el de nombrar albacea, exigirle garantice su manejo, rinda cuentas o haga la partición la actio familiae erciscundae y entonces se le transita la propiedad de determinados bienes, en pago de su derecho.

Esta característica particular de la naturaleza jurídica de este derecho " sui géneris ", está demostrada también con la institución del beneficio de inventario que, en nuestro derecho, como vimos, opera " ipso jure ", es decir, sin necesidad de que el heredero al aceptar la herencia haga expresa declaración, ya que por el hecho de aceptar la herencia el heredero no queda obligado a pagar con su patrimonio personal las deudas que correspondan a la sucesión, ni siquiera en la parte proporcional en que él sea designado heredero por una parte y, por la otra, de acuerdo con esta institución y la " divisio bonorum " el patrimonio del heredero no se confunde con el patrimonio de la sucesión o sea el conjunto de bienes y obligaciones que subsisten a la muerte del autor de la sucesión y forman la masa hereditaria, del caudal relicto.

En consecuencia, si no se confunden los patrimonios del-

autor de la sucesión con los bienes del heredero, si son dos patrimonios distintos, esto demuestra, de manera inequívoca, que el heredero no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que forman la masa, porque entonces sería inexplicable esta situación que se presenta de manera indiscutible consistente en la existencia de estos dos patrimonios.

Por tanto y según nuestra opinión, solamente hasta que se firma esa escritura de adjudicación, el herederos adquiere el dominio sobre los bienes que se le adjudican, antes, solamente tiene ese derecho " sui géneris ", con las características especiales que hemos analizado anteriormente y entre las cuales se encuentra también, como inherentes al propio derecho la " actio familiae eriscundae " tantas veces mencionada.

CONCLUSIONES

1.- La partición hereditaria es el conjunto de operaciones realizadas para determinar el activo y el pasivo del caudal hereditario, fijar el haber de cada partícipe y adjudicarle la parte que le corresponda.

2.- La partición puede tener efectos tanto declarativos - como atributivos de propiedad: declarativos de propiedad, por cuanto que simplemente reconoce una transmisión que ya se realizó desde la muerte del autor de la sucesión; pero atributivo de dominio exclusivo por cuanto que transforma la propiedad que se tiene sobre la parte alcuota, en propiedad que recae sobre un bien o bienes determinados.

3.- En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho que el heredero adquiere a la muerte del autor de la sucesión sobre la masa hereditaria, el sustentante se permite disentir de la opinión generalizada de la mayoría de los autores, que lo consideran, bien un derecho real, o bien un derecho personal. A nuestro juicio, es un derecho " sui generis ", muy semejante al que tiene el accionista sobre el capital de la sociedad, es decir, el heredero sólo puede disponer del derecho que tiene en la masa hereditaria, pero no puede disponer de las cosas que forman la sucesión, del mismo modo que un accionista de una sociedad anónima puede vender sus acciones, es decir, disponer de su derecho, pero no puede disponer de los bienes que forman el capital de la sociedad.

B I B L I O G R A F I A

- Aguilar Carbajal Leopoldo.- Segundo Curso de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Editorial Jurídica Mexicana, 1900.
- Bonnecase Julien.- Elementos de Derecho Civil. Tomo III. Editorial-Cajica. Puebla, Pue. México, 1944.
- Castán Tobeñas José.- Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo I.- Vol. II. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1939.
- Colin y Capitant.- Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo VII. Editorial Reus. Madrid, 1929-1949.
- Demolombe.- Traité des Successions. Tomo I. Paris, 1867.
- Demolombe.- Cours de Code Napoléon, Paris, 1867.
- Digesto del Emperador Justiniano.- En Castellano y Latín. Nueva Edición. Tomo III. Madrid, 1874.
- De Ibarrola Antonio.- Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa. México, 1957.
- De Pina Rafael.- Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. II. Segunda Edición. Editorial Porrúa. S. A. México, 1962.
- De Diego Clemente.- Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo III. Madrid, 1932.
- Escríche Juaquin.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Novena Edición. Madrid, 1885.
- Martínez Paz Enrique.- Introducción al Derecho de la Sucesión Hereditaria. Tipográfica Editora Argentina, 1953.
- Mateos Alarcón Manuel.- Lecciones de Derecho Civil. Tomo IV. Mexico.

- Manresa y Navarro José María. Comentarios al Código Civil Español. Segunda Edición. Editorial Reus. Madrid, 1932.
- Planiol Marcel.- Traité Élémentaire de Droit Civil. Tomo III. Paris, 1927.
- Planiol Marcelo y Jorge Ripert.- Tratado Práctico de Derecho Civil Frances. Cultural. S. A. Habana, 1945.
- Rébora Juan Carlos.- Derecho de las Sucesiones. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Rojina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano. (Derecho Hereditario). Vol. IV. Segunda Edición. Editorial, Antigua Librería Robredo. México, 1949.
- Rojina Villegas Rafael.- Compendio de Derecho Civil. Editorial, Antigua Librería Robredo. Primera Edición. México, 1936.
- Sánchez Román Felipe.- Estudio de Derecho Civil. Tomo IV, Segunda Edición. Madrid, 1912.
- The Institutes of Gaius Part II. Oxford. At The Clarendon Press. 1935.
- Uribe F. Luis.- Sucesiones en el Derecho Mexicano. Editorial Jus.- S. A. México, 1962.
- Valverde y Valverde Calixto.- Tratado de Derecho Civil Español. Tomo V. Segunda Edición. Madrid, 1921.

LEGISLACION CONSULTADA

- Código Civil de 1870. Editorial Herrero Hnos. Suc. México, 1992.
- Código Civil de 1889. Editorial Herrero Hnos. Suc. México, 1936.
- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928. Editorial Información Aduanera. 1958.

Código Civil Español de 1889. Instituto Editorial Reus. Madrid, -
1913.

Código de procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios -
Federales de 1931. Editorial Porrúa, S. A. México, 1936.

Código de Justiniano. Tomo I y II. Barcelona, 1892-1895.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. -
Ediciones Andrade. S. A. México, 1964.

INDICE GENERAL

págs.

PROLOGO 5

I.- ANTECEDENTES DE LA PARTICION

1.- La sucesión..... 8

2.- Formas de heredar en nuestra legislación: a) Testamen-
taria; b) Legítima..... 10

3.- Sujetos del derecho hereditario..... 27

4.- Antecedentes históricos de la partición..... 52

II.- GENERALIDADES DE LA PARTICION

1.- Concepto de partición..... 59

2.- Formas de partición: A) Partición Extrajudicial; B) -
Partición Judicial; C) Partición Provisional; D) Parti-
ción Definitiva..... 61

III.- LA PARTICION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

1.- Etapas de la partición: A - Inventario y avalúo; B- Li-
quidación; C- La división; D- La adjudicación..... 71

2.- Personas que intervienen en la partición: a. Personas-
que tienen derecho de pedir la partición; b. Personas que

