suspender la partición después del fallecimiento de su autor, deben tener el mismo derecho al consentir en una partición de ascediente, puesto que ésta reemplaza á la que se hace después de la apertura de la herencia. En vano se dice que la cláusula sería nula si la partición ascendiente de se hiciere por testamento; es cierto esto, pero hay una razón de esta diferencia; en un caso, los copartícipes consienten en la cláusula de indivisión, mientras que en el otro se les impone.

§ II.—De la acción de partición.

Núm. 1. De la capacidad que se requiere para formular la acción.

245. ¿Cuál es la capacidad que se requiere para formular la acción de partición? ¿es preciso ser capaz de enajenar ó basta con ser capaz de administrar? Pothier contesta que la partición es una especie de enajenación, porque restringe á los puros efectos que tocan en lote al coheredero el derecho que tenía antes sobre todos los efectos de la sucesión. Hé ahí por qué, dice Pothier, la demanda de partición no se permite ni al menor, ni á su tutor, ni al menor emancipado. (1) Esto era verdad en derecho romano, que consideraba la partición como un acto translativo de propiedad, porque implica un cambio. Pero no es cierto en nuestro derecho, supuesto que la partición es declarativa de propiedad (art. 883). Pero aunque en derecho no sea una enajenación, claro es que la partición tiene, de hecho, una importancia casi tan grande como la enajenación, porque determina los derechos que pertenecen á los herederos y que se supone les han pertenecido siempre sobre los bienes de la sucesión; ahora bien, hay bienes más ó menos ventajosos, bienes que convienen á uno de los copartícipes y á otros no; luego el

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4°, art. 1°, pfo. 2°

interés de los herederos puede lesionarse gravemente por la partición. Y hasta pueden estar interesados en que continúe la indivisión. De aquí la necesidad de cierta capacidad para formular una demanda de partición; pero es difícil definirla. No es, como decía Pothier, la capacidad de enajenar. En efecto, el código permite al tutor que pida la partición con la autorización sólo del consejo de familia, mientras que para enajenar, necesita la homologación del tribunal. Lo que prueba, al mismo tiempo, que la capacidad de administrar no es suficiente para intentar esa acción Llegamos á la condición que siendo la partición acto de naturaleza especial, se necesita también una capacidad especial. (1)

246. Según los términos del art. 465, el tutor debe tener la autorización del consejo de familia para provocar una partición; puede, sin estar autorizado, contestar una demanda de partición dirigida contra el menor. ¿Por qué lo puede sin autorización? La razón es que la partición debe tener lugar desde que él es demandado, puesto que nadie puede ser forzado á quedarse en la indivisión. Ahora bien, desde el momento en que la partición es necesaria, es inútil hacer intervenir al consejo de familia para autorizar un acto que él no puede impedir.

En lo concerniente á la acción de partición, se requiere la autorización, aun cuando la sucesión sea puramente mobiliaria. Ya lo dijimos en otro lugar de esta obra (t. 5°. núm. 74). Esto prueba que la capacidad para litigar no es suficiente para intentar la acción de partición, porque el tutor tiene el derecho de formular las acciones mobiliarias sin ninguna autorización. Pero la autorización del consejo de familia no debe homologarse, como debe serlo cuando se trata de una enajenación.

Lo que decimos del menor se aplica al incapacitado. Se ha fallado, sin embargo, que el tutor del incapacitado no

1 Demante, t. 3°, pág. 220, núm. 142.

puede provocar la partición de muebles indivisos entre el incapacitado y mayores, sino con autorización del consejo de familia homologada judicialmente; la corte se funda en que la acción, en este caso, debía conducir probablemente á una licitación. (1) Esto es un motivo para dudar, porque la licitación es una venta, y de ella se trata en el título de la *Venta* (art. 1686); en lugar de dar á los copropietarios su parte en especie, el remate les da nada más una suma de dinero. No obstante, debe decidirse, según creemos, que es suficiente la licitación del consejo de familia. En efecto, la licitación es la consecuencia forzada de la partición cuando el inmueble no puede dividirse (artículo 827); así es que la cuestión debe resolverse conforme á los principios que rigen la acción de partición; poco lógico sería que para la partición baste la autorización del consejo de familia, y que no bastase para el remate, que es una consecuencia de la licitación. Tal es, por lo demás, la opinión generalmente seguida.

247. Los menores emancipados deben estar asistidos de su curador para proceder á la partición de las sucesiones que les tocan en suerte, sin distinguir si son actores ó reos (art. 840). Ellos no necesitan la autorización del consejo de familia; en otro lugar hemos dicho que ésta es la opinión general, con excepción del disentimiento de Delvincourt (t. 5.°, núm. 226). Siendo incapaces se concibe que tengan que estar asistidos por su curador, el cual tiene por misión cubrir su incapacidad.

248. ¿Las personas colocadas bajo consejo judicial pueden hacer partición sin la asistencia de un consejo? La cuestión es controvertida. Nosotros ya la examinamos en el t. 5º, núm. 370.

249. En cuanto á los ausentes, hay que distinguir los diversos períodos de la ausencia. En el primer período, la

1 Angers, 19 de Junio de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 163).

presunción de ausencia, el tribunal designa á un notario para que represente á los presuntos ausentes en la partición de las sucesiones que recaen en ellos antes de su ausencia (art. 113). Si se abre una sucesión cuando la asistencia de aquéllos se ha hecho incierta, se devuelve á aquellos con quienes los ausentes habrían tenido el derecho de concurrir, ó los que hubieran escogido la herencia á falta de los ausentes (art. 136). ¿El notario que representa á los presuntos ausentes tiene derecho á intentar la acción de partición? Nosotros hemos examinado la cuestión en el título de la *Ausencia* (t. 2.°, núm. 142).

Después de la declaración de ausencia, la acción de partición pertenece á los parientes que han tomado posesión judicial (art. 817). No hay que distinguir entre los que han tomado posesión provisional y los que la han tomado definitiva. En cuanto á éstos, ninguna duda podrá haber, puesto que pueden enajenar los bienes del ausente. No sucede lo mismo con los provisionales, que sólo tienen un poder de administración, y el derecho de administrar no es suficiente, en general, para entablar la acción de partición. Si la ley lo concede á los poseedores provisionales, es porque no puede decirse que administran cosa ajena; probable es que el ausente haya muerto y que los poseedores sean herederos y propietarios; ellos disfrutan, con este título, de una parte de los frutos; la ley podía, pues, referirse á su interés. El cónyuge común en bienes, que opta por la continuación de la comunidad, tiene todos los derechos de un poseedor provisional. Luego él tiene calidad para pedir la partición (art. 124). (1)

250. El art. 840 habla de una partición hecha á nombre de los herederos *no presentes*, los cuales no deben confundirse con los *ausentes*. La ley los distingue; los *ausentes* son aquellos sobre cuya existencia se tiene mayor ó menor

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 466, núm. 677.

duda; los *no presentes* son aquellos cuya existencia es cierta, pero que no se encuentran en el lugar en donde su presencia sería necesaria. ¿Por quién son representados éstos? Si han dejado un mandatario, deja de haber cuestión. Pero ¿qué debe decidirse si se encuentran en países remotos? No puede tratarse de pedir la partición en su nombre, porque para esto se necesita una manifestación de voluntad por su parte. ¿Pero si la partición la pide un coheredero, de qué manera se procederá respecto de los *no presentes?* La ley quiere que la partición se haga judicialmente para garantir los intereses de los que no pueden de pesar vigilarla. Queda por saber quien los representará porque deben tener un representante; el texto lo supone, supuesto que el art. 840 dice: "las particiones hechas á *nombre* de los *ausentes* ó *no presentes*, son definitivas." La ley pone, pues, á los *no presentes*, en la misma línea que á los *ausentes*; éstos son representados por los poseedores judiciales ó por un notario. ¿Quién representará á los *no presentes?* La ley no lo dice; luego tiene que procederse por analogía, y la analogía es evidente entre los *no presentes* y los *presuntos ausentes*; si éstos deben ser representados por un notario ¿por qué no habían de serlo también los otros? ¿No es este el mejor medio de resguardar sus intereses? Enséñase, no obstante, que debe procederse contra ellos por falta. (1) De esto resultarían grandes demoras, con perjuicio de los herederos presentes. Por otra parte, esto no se halla en armonía con el texto. Si los faltistas no estuviesen representados, no se podría decir que la partición se hace *en su nombre*, como la ley lo quiere. (2)

251. La mujer casada es incapaz, pero únicamente en el sentido de que debe estar autorizada por su marido para

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 467, núm. 677. Demolombe, t. 15, pág. 548, núm. 564.
2 Durantón, t. 7°, pág. 200, núm. 112.

ejecutar los actos jurídicos concernientes á ella. Es propietaria de la herencia que se trata de dividir; luego puede intentar la acción de partición, como puede ejecutar toda suerte de actos, con autorización marital. El marido no tiene calidad, en principio, para representar á su mujer; ésta no es incapaz como el menor, no pesa sobre ella la incapacidad sino en razón de su matrimonio, y esta incapacidad la cubre la autorización de su marido. Hé allí por qué ella, á diferencia del menor, es la que promueve. Sin embargo, las capitulaciones matrimoniales pueden dar al marido el derecho de promover. Nada impide que la mujer, si es capaz en el momento en que celebra su contrato de matrimonio, dé á su marido poderes plenos para que proceda á la partición de una sucesión que en ella ha recaído, y aun de las sucesiones que pudieran recaerle; ella dispone de sus bienes como le ocurre, supuesto que tiene la libre disposición de ellos. Hablamos de la mujer capaz; si fuere menor, no podría dar á su marido un poder que ella misma no tiene. Verdad es que los menores pueden celebrar, con autorización, todos los convenios relativos al matrimonio; aceptar, en consecuencia, el régimen que gusten, pero no pueden derogar las leyes que prescriben ciertas formas, en razón de su incapacidad. La mujer menor podría, pues, dar á su marido procuración para que haga las particiones que á ella interesan, puesto que ella podría adoptar un régimen que dé ese poder al marido, pero no puede dispensar á éste de que cumpla las formalidades que la ley prescribe para las particiones en las cuales están interesados los menores.

El régimen que los consortes adopten al casarse, puede dar al marido el derecho á pedir la partición de las sucesiones que corresponden á la mujer. Hay que distinguir, conforme al art. 818. Si el marido se vuelve propietario de los bienes que componen la herencia, él puede provo-

car la partición sin el concurso de su mujer, y esto es una consecuencia evidente de su derecho de propiedad. Y si la propiedad se le queda á la mujer, se debe hacer una nueva distinción en cuanto á los derechos del marido. Si él disfruta de los bienes en virtud del régimen que los cónyuges han adoptado, puede pedir una partición provisioual, es decir, de goce; para hacer una partición definitiva, se necesita el concurso de la mujer nuda propietaria y del marido usufructuario. Si el marido no tiene el goce de los bienes, la mujer sola tiene calidad para proceder á la partición, con autorización marital, á menos que el contrato dé al marido el poder de intentar las acciones de partición de la mujer. Nos limitamos á plantear aquí el principio: en cuanto á las aplicaciones, las aplazamos para el título del *Contrato de matrimonio*, en donde tienen su lugar propio.

251 *bis*. ¿Qué capacidad se requiere para contestar una acción de partición? En principio, quien tiene capacidad para intentar una acción, la tiene también para contestarla. El art. 818 aplica este principio á la partición de una sucesión recaída en la mujer; pero la redacción es incorrecta. Conforme al texto, creeríase que "los coherederos de la mujer no pueden provocar la partición definitiva sino trayendo á la causa al marido y á la mujer." Pero esta disposición no es tan general como parece. Ella se refiere á la hipótesis de que se trata inmediatamente antes, es decir, al caso en que se trata de distribuir objetos que no caen en comunidad; la mujer y el marido deben concurrir entonces para pedir la partición, y en consecuencia, también para contestarla; mientras que el marido puede, sin el concurso de su mujer, provocar la particinn de los objetos que caen en la comunidad; luego también tiene capacidad para contestar á una acción de partición de estos objetos.

El que no tiene capacidad para formular una acción, tampoco la tiene para contestarla. El art. 465 establece una excepción á esta regla, respecto al tutor; éste debe estar autorizado por el consejo de familia para provocar una partición, pero puede, sin esta autorización, contestar á una demanda de partición dirigida contra el menor. El artículo 840, que parece exigir, en todo caso, la autorización del consejo de familia, debe estar combinado con el artículo 465. ¿Para qué una autorización cuando la partición debe tener lugar desde el instante en que se pida? (artículo 815). (1)

Núm. 2. ¿Quién puede intentar la acción de partición?

252. El que intenta la acción debe tener la calidad de heredero en el momento en que se pide la partición porque la acción no es otra cosa que el ejercicio del derecho de herencia. Puede suceder que el actor haya sido heredero, pero que haya perdido su derecho hereditario por la prescripción. En otro lugar hemos dicho ya que el derecho hereditario prescribe en el lapso de treinta años; el succesible que no procede dentro de este plazo se vuelve extraño á la herencia, cesa de ser heredero, por lo que no puede formular la acción de partición aun cuando el succesible hubiese aceptado la herencia antes de la espiración de aquel plazo; puede ser rechazado por la prescripción si promueve partición contra sus coherederos y éstos se han apoderado de la herencia, como solos y únicos sucesores del difunto. La acción, en este caso, no es de partición, porque ésta supone que la calidad de heredero, en que ella se funda, está reconocida por el demandado; ésta es una acción de petición de herencia, la cual prescribe tam-

1 Chabot, t. 2º, pág. 313, núm. 3 del art. 840.