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 provisional, 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.

bién en treinta años, y la prescripción se cuenta desde el momento en que los herederos se han puesto en posesión de los bienes.

253. La acción de partición pertenece también á los cesionarios de la herencia; ellos tienen todos los derechos del cedente. Por este motivo la ley ha dado á los coherederos del cedente el derecho de retracto succesoral. El heredero que vende los derechos succesivos no puede ya ejercitarlos. ¿Pero cuándo la venta existirá respecto de los demás herederos? La cesión de un crédito no existe respecto de terceros, sino desde el día de la notificación ó de la aceptación por el deudor (art. 1690). ¿Pasa lo mismo con la cesión de la herencia? La cuestión es dudosa; nosotros la examinarémos en el título de la *Venta*. De todas maneras, el cesionario no puede pedir la partición sino cuando ha puesto su título en conocimiento de los herederos; hasta ese momento el cedente queda investido respecto de sus coherederos, y puede, en consecuencia, formular la acción de partición. Los coherederos no podrían oponerle la venta que ha hecho de la herencia: esto sería prevalerse de los derechos del comprador, y el cesionario es el único que puede invocar la cesión, porque los contratos no tienen efecto sino entre los contrayentes.

El cesionario de objetos determinados no tiene la acción de partición; no adquiere la propiedad de las cosas sino cuando compra durante la indivisión; su derecho depende de la partición. El es únicamente acreedor del cedente; como tal, puede provocar la partición de la sucesión (artículo 2205). Si es cesionario de una parte indivisa en un inmueble, debe provocar la partición general antes de poder pedir la partición del inmueble, siempre por el mismo motivo; la acción de partición no pertenece más que al copropietario, y el cesionario, en el caso que tratamos, no llega á ser propietario sino cuando, por efecto de la partición, la cosa cae en el lote del cedente; él está entonces en estado de indivisión con el cedente y, por consiguiente, tiene la acción de partición.

254. Los acreedores del heredero pueden, en nombre de éste, intentar la acción de partición. Pueden, por los términos del art. 1166, ejercer todos los derechos de su deudor, con excepción de los que son exclusivamente inherentes á la persona. Se ha pretendido que el derecho de pedir la partición era inherente á la persona del heredero. Es cuestión dificilísima saber cuándo un derecho es inherente á la persona del deudor. Lo que sí es claro, es que los derechos puramente pecuniarios pueden ejercitarlos los acreedores, á menos que la ley los declare personales. Ahora bien, la herencia y la acción de partición que de aquélla emanan son derechos exclusivamente pecuniarios; y no hay texto que limite la acción á la persona del heredero. Esto es decisivo.

255. El derecho de los acreedores no es dudoso; pero la aplicación del principio da margen á algunas dificultades. Si los acreedores de un heredero menor provocan la partición ¿habrá necesidad de que obtengan la autorización del consejo de familia? Se ha fallado la negativa, y con razón. Hay gran diferencia entre el caso en que el tutor provoca una partición y el caso en que lo hacen los acreedores. La ley quiere que el tutor consulte al consejo de familia, porque puede interesar al menor no dividir, y uno es libre para no hacerlo. Mientras que la partición debe tener lugar cuando la pidan los acreedores, puesto que es para ellos el ejercicio de un derecho; este derecho no puede ser estorbado por la intervención y la denegación del consejo de familia.

Si el tutor del heredero menor hace una partición sin observar las formas prescriptas por la ley, esa partición, según el art. 840, no es nula, se la declara provisional, es

decir, que la ley la transforma en una partición de goce ¿Los acreedores podrán, en este caso, provocar una partición definitiva? Sí, y sin duda alguna. Una partición de goce no es más que el mantenimiento de la indivisión; ahora bien, según el art. 2205, los acreedores no pueden perseguir la expropiación de los muebles indivisos, antes de la partición, y esta misma disposición les permite que provoquen la partición si lo juzgan conveniente. Esto decide la cuestión: el tutor no puede impedir á los acreedores que ejerciten sus derechos, haciendo una partición provisional.

¿Los acreedores que provocan la partición son terceros ó proceden como cointeresados del heredero, su deudor? A nosotros nos parece que el art. 1166 decide la cuestión; ellos no provocan la partición contra el deudor, sino á nombre de éste; luego el art. 2205 no es más que la aplicación del art. 1166. Resulta de esto que los coherederos contra los cuales los acreedores piden la partición, pueden oponer á los actores una partición en lo privado, aunque este documento no tenga fecha cierta respecto de los terceros. La corte de casación así lo ha fallado. En el caso se objetaba que los acreedores habían adquirido una hipoteca del heredero, durante la indivisión; luego tenían su derecho real, y que con este título eran terceros. La corte contesta que ese derecho real dependía del resultado de la partición, supuesto que se desvanecía si el inmueble no caía en el lote del deudor. ¿No debe decirse algo más? Aun cuando la hipoteca hubiese sido anterior á la indivisión, la acción de partición no habría pertenecido siempre á los acreedores sino en virtud del art. 1166; porque no se concibe que un acreedor intente la acción de partición en su nombre. (1)

1 Denegada, de 23 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 497). Hay una sentencia en sentido contrario, de la corte de Orleáns, de 11 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 209).

Como los acreedores no proceden en virtud de un derecho que les sea propio, sino únicamente como cointeresados de su deudor, hay que decidir que están sometidos al derecho común para el ejercicio de su acción. En el título de las *Obligaciones* dirémos que los acreedores pueden ejercitar los derechos y acciones de su deudor, sin necesitar ni del consentimiento de éste, ni del permiso judicial; pero al juez corresponde siempre examinar si la acción descansa en un interés serio y legítimo, ó si carece de interés y es puramente vejatoria. Tales son los términos de una sentencia de la corte de casación. En el caso de que se trata, un inventario levantado por el mismo actor comprobaba que la sucesión no comprendía ningún inmueble y que el activo mobiliario, importante 323 francos, era insuficiente para pagar las deudas. Luego no había derecho útil que ejercitar, y por lo tanto, los acreedores carecían de interés. (1) Los acreedores carecen también de interés, y por consiguiente, de derecho, cuando el heredero ha formulado una acción de partición. En este caso, los acreedores pueden intervenir en la partición, lo que basta para poner á cubierto los intereses. Pero ¿qué debe decidirse si se ha llevado la acción ante un tribunal incompetente? Se ha fallado que, en este caso, los acreedores pueden entablar una nueva demanda. (2) Esto nos parece muy dudoso. La competencia, en materia de partición, no es de orden público; si los coherederos están de acuerdo para proceder ante un tribunal incompetente, la partición no dejará por eso de ser válida. Por lo tanto, los acreedores carecen realmente de interés para intentar otra acción. Ellos tienen derecho de intervenir en la partición; esto es una garantía suficiente; ¿no es llegado el caso de decir,

1 Denegada, 24 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 64).
2 Sentencia de Reglamento, de 29 de Julio de 1867 (Dalloz ,1868, ,34).

con la sentencia que acabamos de citar, que los jueces tienen el derecho de desechar la demanda por estar desprovista de interés. ¿Los acreedores del difunto pueden también provocar la partición? Se ha fallado que los acreedores de la sucesión carecen de derechos porque no tienen ningún interés. (1) ¿No es esto demasiado absoluto? Sin duda que los bienes de la herencia son la prenda de aquéllos, y que pueden conservar esta prenda pidiendo la separación de los patrimonios; en este caso, no tienen ningún interés en pedir la partición. Pero la separación de los patrimonios no es una obligación, sino una facultad; si el heredero acepta la sucesión lisa y llanamente, se vuelve heredero personal de los acreedores del difunto; éstos pueden contentarse con esta garantía, y no promover la separación. Siendo ya acreedores del heredero, pueden prevalerse del art. 1166; no vemos con qué derecho se les rehusaría el beneficio de una disposición que todo acreedor puede invocar.

Núm. 3. ¿Contra quién debe intentarse la acción?

256. La acción de partición es recíproca; aquellos contra quienes se intenta tienen los mismos derechos que los que la intentan, puesto que se trata de liquidar herederos comunes. Luego puede decirse que los demandados son también actores. De donde se sigue que la acción de partición no puede formularse sino contra los que tienen el derecho de intentarla.

257. ¿Es preciso que el demandado posea los bienes de la sucesión? Así lo han pretendido. Esto es confundir la acción de partición con la acción de petición de herencia Esta supone que la herencia es poseída en todo ó en par-

1 Poitiers, 21 de Julio de 1824 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2018, 1°) Donai, 13 de Junio de 1863 (Dalloz, 1863, 5, 268). En sentido contrario, Besançon, 1° de Abril de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 93). Compárese Massé y Bergé sobre Zachariæ, t. 2°, pág. 358, nota 2.

te por aquel contra quien el heredero procede, porque ella tiene por objeto la restitución de los bienes hereditarios. No pasa lo mismo con la acción de partición: esta es una liquidación de derechos comunes; así es que se dirige contra los coherederos, importando poco que posean ó nó. Si los bienes han sido enajenados, no por eso se les deja de incluir en la masa, supuesto que la enajenación no es válida sino cuando los bienes vencidos caen en el lote del heredero vendedor. (1)

258. La acción de partición debe intentarse contra todos los herederos. En este sentido, es indivisible. No hay cuestiones más difíciles que las concernientes á la indivisibilidad, por lo que no debe llamar la atención que la jurisprudencia se muestre vacilante é incierta. La corte de casación ha decidido el pró y el contra; las cortes de Bélgica son más firmes, y admiten como punto fuera de duda que la demanda de partición es indivisible. Nosotros nos colocamos del lado de este partido. Hay un punto primero que nos parece claro, y es que una partición que no se hiciere entre todos los herederos, no sería una partición, sino uno de esos actos que se llaman inexistentes, porque no producen efecto alguno. Esto resulta de la esencia misma de la partición, que está destinada á poner fin á la indivisión, repartiendo los bienes de la herencia entre todos los que tienen derecho en ellos; si uno de los herederos toma parte, no se le puede oponer la partición; respecto á él, la indivisión continúa; ahora bien, sucede con la indivisión lo que con la partición; no se concibe la indivisión respecto del uno ni que haya indivisión respecto de los demás, como no se concibe partición respecto de un heredero, sin que haya partición entre todos. Y si la indivisión continúa, no hay partición; luego la partición que no se efectúa entre todos los que tienen derecho á ella, es una partición

1 Bruselas, 16 de Noviembre de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 213).