cesionario podría invocar la prescripción contra una acción de petición de herencia, mientras que no podría oponerla á la acción de partición si la indivisión hubiese continuado.

269. El art. 816 da, además, lugar á una dificultad. Se supone que uno de los herederos ha poseído separadamente una parte de los bienes de la herencia durante treinta años; ¿estará obligado á devolver á la sucesión los bienes cuyo goce separado ha tenido? Se pretende que él debe la devolución, porque la prescripción que él invoca se basa principalmente en la presunción de una partición anterior, y dicen, el heredero que pide la partición declara que ésta no ha tenido lugar, y por consiguiente, que su posesión ha sido siempre precaria. (1) Esta opinión es contraria á los principios más elementales. La prescripción de treinta años no exige ni título ni buena fe; y desde el momento en que se vence, el poseedor es propietario; y ¿con qué derecho se le obligaría á devolver los bienes que le pertenecen?

§ III.—De la particion provisional.

270. La expresión *partición provisional* tiene una significación técnica en derecho. Podría creerse que se trata de una partición provisional de la propiedad; pero no es este el sentido que la ley le presta, sino que la emplea para designar una partición de goce. Esto resulta con claridad del art. 818. Cuando una sucesión recae en la mujer, y el marido no tiene más que el goce de los bienes, quedándole la propiedad á la mujer, la ley decide que el marido no puede provocar la partición sin el concurso de su mujer; él puede únicamente, si tiene el derecho de disfrutar de sus

1 Demolombe y los autores que cita, t. 15, pág. 520, núm. 537. En sentido contrario, Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4°, página 378, nota 12.

bienes, pedir una partición *provisional*, es decir, una partición que le procure el goce al cual tiene él derecho. Hay, pues, dos especies de particiones: una que se llama definitiva, porque pone término á la indivisión: el art. 883 determina los efectos de ésta; es declarativa de propiedad, lo que quiere decir, que cada heredero es propietario de los bienes comprendidos en su lote, á contar desde la apertura de la herencia, mientras que se supone que jamás ha tenido la propiedad de los demás efectos de la sucesión. Así es que la partición definitiva borra la indivisión como si jamás hubiese existido; cada heredero es propietario exclusivo de los bienes comprendidos en su lote, á contar desde el momento en que se abre la sucesión. Pasan las cosas de otra suerte con la partición provisional; ésta, al contrario, mantiene la indivisión, puesto que la propiedad queda indivisa y el goce solo es el dividido (1) La partición provisional tiene además esto de particular, que puede resultar de la ley. En principio, la partición es un convenio y así es siempre la partición definitiva. Cuando un heredero adquiere por prescripción todo ó parte de los bienes de la herencia, la ley supone que ha habido un acto de partición (núm. 264) Jamás hay partición definitiva en virtud de la ley, salvo para las deudas y los créditos; mientras que la partición provisional puede resultar ó de convenio ó de la ley.

N 1. De la partición provisional voluntaria.

271. El art. 815 permite que se suspenda la partición durante un tiempo limitado que no puede exceder de cinco años. En este caso, los herederos se quedan en la indivisión por efecto de su voluntad y arreglan sus intereses como se les ocurre. Puede suceder que los hijos, por mo-

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

tivos de respeto y de bien parecer, dejen el goce de los bienes al superviviente de sus padres; no hay entonces ninguna partición, ni siquiera de goce, puesto que el goce íntegro se le queda al padre ó á la madre. Puede también suceder que los herederos se dividan el goce; este convenio remeda una partición ordinaria si se da á cada heredero un lote que represente exactamente su parte hereditaria. Apesar de la apariencia, hay una diferencia radical entre la partición de goce y la partición de propiedad, y es que la partición provisional deja indivisa la propiedad, y el goce sólo es el dividido.

272. Síguese de aquí que debe haber una diferencia entre la partición provisional y la definitiva, en cuanto á la capacidad que se requiere para convertirlas. Para la partición definitiva, la ley exige una capacidad especial (número 245). La ley no se explica sobre la capacidad que se requiere para hacer una partición provisional, salvo cuando se trata del marido usufructuario de los bienes de su mujer; él puede, con tal título, pedir una partición provisional (art. 818). ¿Debe concluirse de aquí que el tutor, que el sucesor emancipado ó no emancipado, tienen también el derecho de hacer una partición provisional? Generalmente se enseña que el tutor tiene calidad para consentir una partición de goce. (1) Nosotros hemos sostenido la opinión contraria en el título de la *Tutela* (t. 5, núm. 78). El art. 818 decide la cuestión, á lo que nos parece; el marido tiene el derecho de pedir una partición provisional; ¿acaso como administrador? Nó, él lo puede, "si él tiene el derecho de disfrutar de los bienes de la mujer;" luego es porque él tiene el goce de la sucesión por lo que puede pedir la partición provisional. Bajo el régimen de la comunidad, el marido no puede pedir la partición provisional sino

1 Durantón, t. 7°, pág. 192, núm. 109. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 468, núm. 679.

de las sucesiones que disfruta; él no puede pedir la partición de los bienes que estuviesen excluidos, aunque tenga su administración. Luego la calidad de administrador no es suficiente para proceder á una partición provisional, y por lo tanto, el tutor no puede consentirla.

Esto decide la cuestión para el menor emancipado. La ley lo coloca entre los incapaces (art. 1124), lo que no quiere decir que todo contrato que él haga sea nulo de derecho. Se distingue. El menor puede pedir la nulidad de los actos que celebre, cuando la ley prescribe ciertas formas para la validez. En nuestra opinión, la partición provisional no puede hacerse sino con la autorización del consejo de familia; luego si el menor lo celebra solo, el acto es nulo en la forma (art. 1311); lo que permite al menor provocar su nulidad, probando que la autorización del consejo de familia no se ha obtenido.

En cuanto al menor emancipado, se enseña que él puede hacer una partición provisional en la autorización de su curador; (1) en efecto, él tiene el poder de administración y además el goce. Pero se olvida que él es incapaz, y que no puede ejecutar el solo más que los actos de pura administración (art. 484). Y ¿acaso una partición provisional es un acto de pura administración? Ciertamente que nó; el interés del menor puede estar en proceder inmediatamente á la partición definitiva, y aun cuando él estuviese interesado en dividir el goce, puede ser gravemente perjudicado en la partición de los bienes; por lo que importa que esté asistido.

Por la misma razón creemos que la mujer separada de bienes no podría hacer partición provisional, aunque tenga la administración y el goce de sus bienes. No es ella sola la que debe decidir si debe haber una partición definitiva ó una partición de goce: y, en todo caso, es impor-

1 Demante, t. 3°, pág. 256, núm. 170 *bis* 2°.

tante que esté asistida de su marido en el acto de la partición.

273. Vamos á suponer que la partición provisional está válidamente consentida. ¿Cuáles son los efectos? Da á los copartícipes un derecho en los frutos de los bienes cuyo goce se les atribuye. Luego cuando se proceda á la partición, no habrá lugar á entregar los frutos percibidos por los herederos; ellos los ganan, pero tampoco habrá lugar á reclamar suponiendo que la partición haya sido desigual (art. 220). La partición provisional, como sólo al goce concierne, la indivisión continúa en cuanto á la propiedad. Luego debe aplicarse el art. 815, y la partición podrá provocarse. No obstante, si el convenio celebrado entre los herederos mantiene la indivisión durante un cierto plazo, es evidente que la partición no podrá pedirse sino á la espiración del plazo, con tal que no exceda el término de cinco años.

274. ¿Cuál es el efecto de la partición provisional en lo concerniente á la prescripción de la acción de partición? Chabot contesta que la acción de partición definitiva se extingue en el lapso de treinta años, que se cuentan desde la partición provisional. (1) Esto nos parece contrario á todo principio. Chabot combate á los que enseñan que la partición provisional debe anularse en diez años, y que, por consiguiente, la partición provisional se vuelve definitiva, si no ha sido atacada dentro de aquel plazo. Este es un error, que Chabot refuta perfectamente: la partición provisional es válida; luego no puede tratarse de pedir su nulidad. ¿Pero no se engaña él mismo, enseñando que la acción de partición prescribirá después de treinta años de partición provisional? ¿Cómo comenzaría á correr la prescripción el día en que se hace la partición provisional, cuando esta partición consagra la indivisión? ¿y puede tratarse de prescripción, en tanto que subsista la indivisión de la propiedad? Luego debe decirse que la prescripción no comenzará á regir sino desde el día en que cese la indivisión, en el sentido de que el heredero poseerá, no á título de comunista, sino á título de propietario. A nuestro juicio, esto no puede hacerse sino trastrocando la posesión (núm. 264).

1 Chabot, t. 2º, pág. 314, núm. 5 del art. 840.

Núm. 2. De la partición provisional legal.

I. ¿En qué casos es legal la partición provisional?

275. El art. 466 dice que la partición hecha por el tutor á nombre del menor no produce el efecto que tendría entre mayores, sino cuando se hace judicialmente, en las formas prescriptas por la ley: "otra partición cualquiera no se considerará como provisional." Esta disposición está reproducida en el art 840, que dice: "Las particiones hechas conforme á las reglas anteriores, prescriptas por los tutores, con la autorización de un consejo de familia, son definitivas; no son más que provisionales, si no se han observado las reglas prescriptas." Así es que el código supone que el tutor ha sido autorizado por el consejo de familia para proceder á la partición, porque no ha observado las formas prescriptas; tal partición es provisional. La ley es la que declara tal por derogación del derecho común. Cuando un acto concerniente á menores no puede hacerse sino bajo ciertas formas, y cuando el tutor no las ha observado, este acto es nulo en la forma, dice el artículo 1311; luego habría que declarar nula la partición cuando el tutor no ha procedido en las formas legales. ¿Por qué la ley, en lugar de anular la partición, resuelve que es provisional? Por interés del menor y por interés general. La anulación de una partición entraña la nulidad de los actos ejecutados por los copartícipes, aun los actos de ad-