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-

ministración y de goce. Esto transforma profundamente las relaciones civiles. Más valía mantener las particiones, decidiendo que valdrían tanto como particiones de goce; no debiendo entregarse los frutos, los actos de administración permanecerán válidos; las partes interesadas sabrán que ellas no pueden ejecutar actos de disposición; los derechos de los terceros no se comprometerán, y no habrá acciones recursorias. Lo que no impedirá, á nuestro juicio, que el menor y todos los copartícipes puedan provocar una partición definitiva cuando gusten, y de esta manera todos los intereses quedan protegidos.

276. La partición es, pues, provisional cuando las reglas prescriptas para la partición hechas judicialmente no se han abreviado, sea en todo, sea en parte. Se ha fallado que la partición es provisional cuando se ha hecho por atribución, mientras que la ley quiere que los lotes sean sorteados (art. 834) (1). En este caso, todas las demás formalidades se habían usado; pero en razón de la inobservancia del sorteo, forma esencial para los copartícipes, la participación habría debido anularse; la ley la mantiene dándole los efectos de una partición de goce. Esto supone que la partición fué hecha por el tutor, y que éste obtuvo la autorización del consejo de familia. Si el tutor procediere á la partición sin estar autorizado, la partición sería nula, aunque se hubiesen observado todas las formas legales. En efecto, el tutor que no está autorizado no tiene ninguna calidad para proceder; luego, conforme al derecho común, el acto que ejecuta es nulo. La ley deroga el derecho común cuando no se han observado las formas legales, y no lo deroga cuando el tutor ha obrado con su autorización. Hay una razón para esta diferencia.

Cuando el tutor está autorizado para hacer la partición, tiene calidad para proceder; luego el acto puede mantenerse, si no como partición definitiva, al menos como provisional; porque para esta última, la ley no prescribe formas. Si, al contrario, el tutor procede sin estar autorizado, él no tiene ninguna calidad, ni aun para hacer una partición de goce; luego lo que él hace debe ser nulo.

1 París, 23 de Junio de 1840 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1831).

277. Lo mismo sucede con la partición hecha por los menores emancipados; es provisional, según el art. 840, cuando el menor procede á ella, asistido de un curador, pero sin observar las reglas prescriptas por la ley. Si se aplicare el derecho común, esta partición sería nula (artículos 484 y 1311. La ley la mantiene, atribuyéndole los efectos de una partición provisional. Pero si el menor hubiese hecho la partición sin estar asistido de su curador, la partición sería nula. Las razones para decidir son las mismas que acabamos de dar para el tutor.

278. ¿Qué debe decidirse si un menor no emancipado hace una partición sin el concurso de su tutor? Semejante partición sería nula, aun cuando el menor hubiese observado las formas legales. Esto no es más que la aplicación del derecho común (artículo 1311), y el código no lo deroga; ni habrá lugar á derogarlo, si se considera la partición como provisional, porque el menor no tiene derecho á hacer una partición provisional. La partición será, pues, nula. Lo mismo sería de una partición hecha á nombre del menor por un tercero que contra él hubiese declarado. Esta partición se vuelve válida si el menor se ratifica, en su mayor edad, por aplicación del principio de que la ratificación equivale al mandato; se supone que se han observado las formas legales. Si no lo hubiesen sido, la partición sería nula en la forma (art. 1311); pero podría confirmarse, siempre en virtud del derecho común. En ningún caso sería provisional la partición: porque para que una partición sea provisional, se necesita ó que las partes

hayan querido hacer una partición de goce ó que hayan hecho una partición sin observar las formas legales, en los casos previstos por la ley. No podrá haber partición legal sin texto; ahora bien, el art. 840 no declara provisional en cuanto al menor, más que la partición que ha hecho el tutor autorizado por el consejo de familia, sin observar las reglas prescriptas por el código civil.

Se ha fallado que si un menor celebra una venta de sus derechos succesivos, esta partición bajo forma de venta no tiene valor sino como partición provisional. (1) Se pretendía que era válida como partición definitiva, porque el menor había consentido la cesión con asistencia de aquellos cuyo consentimiento era necesario para su matrimonio; ahora bien, los convenios hechos por un menor con esa asistencia, son válidos (arts. 1309 y 1398). Esto era hacer una falsa aplicación del principio que considera al menor como capaz de hacer todos los convenios matrimoniales; el art. 1398 limita expresamente este principio á los convenios concernientes al matrimonio. En cuanto á los que son extraños al matrimonio permanecen bajo el imperio del derecho común. Luego si se trata de actos que exijan ciertas formas, preciso es que éstas se observen, en principio, bajo pena de nulidad. Ahora bien, tal es la partición (art. 466). Luego la partición no podía valer sino como partición de goce, y no era válida sino como provisional, aun con la condición exigida por el art. 840, es decir, que el menor estuviere asistido de su tutor autorizado por el consejo de familia.

279. El art. 840 reputa también provisionales las particiones hechas á nombre de los ausentes ó no presentes, si se han observado las reglas que la ley prescribe. En cuanto á los ausentes, la ley da poder á los que tienen la posesión para que los representen (art. 249). Si se procediere á la partición sin que los ausentes estuvieren representados por los poseedores, sería nula la partición y no provisional, porque la ley no la declara tal sino en razón de la inobservancia de las formas; la falta de calidad implica la nulidad del acto. Lo que estamos diciendo de los ausentes se aplica también á los no presentes (número 250). En este último caso, sucede con frecuencia que uno de los copartícipes asume á su coheredero no presente; esta partición será definitiva, pero su validez dependerá de la satisfacción del heredero que no estaba presente á la partición. Si no se hubiesen observado las formas, la partición no dejaría de ser definitiva, porque la ley no la declara provisional; únicamente sería nula, y no se volvería válida sino por una confirmación.

1 Grenoble, 5 de Agosto de 1859 (Dalloz, 1862, 2, 39).

280. El art. 840 no habla de la partición hecha por la mujer ó á su nombre. Esta partición nunca es provisional en virtud de la ley. El marido puede, en su nombre, hacer una partición provisional de las sucesiones recaídas en su mujer cuando tiene el goce de los bienes de ésta (818); en este caso, la partición es provisional en su principio, porque el marido no tiene poder para hacer una partición definitiva. Si el marido hiciere en su nombre una partición definitiva, el acto sería nulo, porque el marido no tiene calidad para representar á su mujer. Si la partición se hiciere á nombre de la mujer, sería también definitiva; pero no llegaría á ser válida sino por la satisfacción de la mujer. Se ha fallado, y con razón, que la partición rectificada de esa manera es definitiva y válida á contar desde el día en que el marido la subscribió. (1) Es definitiva, porque el marido habla en ella á nombre de la mujer propietaria. Luego es una partición de propiedad. Es válida desde el día en que se hace, y no desde la ratificación, porque la ratificación equivale á mandato; retrograda, pues,

1 Denegada, de 11 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 280).

desde día en que se celebró el acto. La partición no puede ser provisional, en razón de la inobservancia de las formas, porque la ley no prescribe formas para las particiones en que está interesada la mujer. Ella puede proceder con la autorización de su marido, sin forma de ninguna clase. Y si no está autorizada, la partición será nula; esto no es más que el derecho común (art. 225), y la ley no lo deroga en materia de posesión. Luego jamás hay partición provisional legal para la mujer. (1)

281. Resulta de lo que acabamos de decir, que la partición, hecha por el tutor, por el menor emancipado ó nó, y la partición hecha á nombre de los ausentes ó no presentes, es unas veces provisional en virtud de la ley, otras veces nula. Grande es la diferencia entre la partición nula y la provisional. Cuando es nula, se aplican los principios generales que rigen la nulidad de los actos. La nulidad no está establecida, en el caso de que se trata, sino por interés de los incapaces; luego es relativa (art. 1125); los incapaces solos pueden prevalerse de ella. La acción de nulidad deberá intentarse dentro de los diez años (art. 1304); no puede ya intentarse si la partición se ha confirmado; la prescripción de diez años es ella misma una confirmación tácita. Tal es el derecho común, y la ley no lo deroga en materia de partición. Vamos á ver que los efectos de la partición provisional legal son enteramente diferentes.

II. De los efectos de la partición provisional legal.

1. Respecto de los incapaces.

282. La partición que se reputa provisional en virtud de la ley, tiene los mismos efectos que la partición provisional voluntaria. No es una partición nula, sino partición de goce, y, como tal, válida. Así, pues, la indivisión subsiste,

1 En sentido contrario, Delvincourt, t. 2°, pág. 349, núm. 9· Toullier, t. 2°, pág. 254, núm. 408.

por más que los copartícipes hayan tenido la intención de ponerle término; cada uno de ellos disfruta de los bienes puestos en su lote, y hace suyos los frutos; la propiedad permanece indivisa, pero los coherederos pueden pedir una partición definitiva. Esto es claro en cuanto á los incapaces. ¿Deben ellos pedir la nulidad de la primera partición? La cuestión carece de sentido. Esta partición es válida, luego no puede tratarse de provocar su anulación (1); pero no es más que provisional, es decir, que la sucesión, en cuanto á la propiedad, permanece indivisa. Luego hay lugar á aplicar el art. 815; la partición puede pedirse siempre. Puede serlo después de los diez años, porque el art. 1304 no es aplicable; la acción es una demanda de partición, y no una acción de nulidad. ¿Dentro de qué plazo debe formularse la acción de partición? Deben aplicarse siempre los principios generales. La acción de partición es imprescriptible, por regla general; se vuelve prescriptible cuando los herederos ponen separadamente á título de propietarios. En el caso de que se trata, los herederos poseerán ordinariamente por tal título, supuesto que su intención era hacer una partición definitiva. Verdad es que la ley declara su partición provisional. Pero la ley no puede impedir que de hecho los copartícipes se crean propietarios y como tales poseean. Luego la prescripción correrá generalmente á contar desde la partición, y por consiguiente, la demanda de partición definitiva deberá hacerse en los treinta años. Habría excepción si los herederos, sabiendo que las formas legales no se han observado y que su partición no es más que provisional, poseye-

1 París, 3 de Febrero de 1812 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2233, 1°) Bruselas, 3 de Agosto de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 216). Una sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Francia, de 12 de Mayo de 1823) Dalloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 2234), decide que el menor debe promover dentro de los diez años conforme al art. 1304. La sentencia no da ningún motivo.