sen á título de comunistas; habría entonces indivisión, en el sentido del art. 815, y, en consecuencia, la acción de partición sería imprescriptible. (1)

283. ¿La partición provisional puede ser confirmada por los incapaces, en el sentido de que se transforme en partición definitiva? A nuestro juicio, no puede tratarse de una confirmación. Se confirma un acto viciado, y nulo en razón de ese vicio; la confirmación tiene por objeto borrar el vicio y hacer el acto plenamente válido (art. 1338). Cuando la partición es nula, puede confirmarse, porque se está bajo el imperio del derecho común. Cuando la ley declara que la partición es provisional, no hay acto nulo; había, es verdad, nn vicio que infectaba la partición y la nulificaba, porque no se habían observado las formas prescriptas por la ley; pero la ley, al derogar el derecho común, decide que la partición no será nula, que será provisional, es decir, válida como partición de goce. Y ¿puede tratarse de confirmar una partición válida? ¿de renunciar á una acción de nulidad cuando la ley declara que la partición no es nula, sino provisional? Una partición provisional es una partición de goce, es decir, el mantenimiento de la indivisión; y cuando hay indivisión, la partición puede siempre pedirse. Luego si los incapaces quieren mantener la partición provisional á título de partición definitiva, deben hacer un nuevo convenio, que equivalga á partición definitiva. Esta no es vana disputa de palabras. Una cosa son los requisitos para la confirmación, y otra los requisitos para la partición. Los efectos también son diferentes. La confirmación retrograda, de suerte que si la partición provisional pudiera confirmarse, sería definitiva, con todos sus efectos, á contarse desde el día de la primera partición; mientras que si la transformación de la partición provisional en definitiva no puede hacerse sino en virtud de un nuevo convenio, la partición definitiva no existirá sino á contar desde dicho convenio.

1 Compárese Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4°, pág. 385, nota 18; Demolombe, t. 15, pág. 688, núm. 693.

La jurisprudencia y la mayor parte de los autores son contrarios á la opinión que acabamos de enseñar. Esto depende de la opinión generalmente admitida sobre el efecto que produce la partición provisional legal respecto de las partes capaces que en ella han intervenido. Vamos á examinar dicha opinión. A nuestro juicio, la doctrina dominante se ha apartado del texto y del espíritu de la ley. De aquí las incertidumbres y las perplegidades de la jurisprudencia. La misma anarquía reina entre los autores; cada uno tiene su parecer particular. Nos hemos obligado á desdeñar tales pareceres, porque la crítica detallada nos llevaría muy lejos.

2. Efecto de la partición provisional legal reepecto de las partes capaces.

284. La dificultad está en saber si la partición que la ley reputa provisional, lo es también respecto de las partes que son capaces, ó si es definitiva á su respecto y provisional respecto de los incapaces. A nuestro juicio, la partición es provisional respecto de todas las partes contrayentes. Tal es la opinión de Delvincourt y de Durantón. (1) Ella se funda en el texto y en el espíritu de la ley. Todos los artículos concernientes á la partición provisional legal, están concebidos en términos generales. El art. 466 dice que la partición tendrá, respecto al menor, todo el efecto que tendría *entre mayores*, si se hace judicialmente con las formas prescriptas por la ley; *otra partición cualquiera* no se considerará provisional. Luego la partición es la que se considera provisional por el todo, es decir, respecto de todas las partes contrayentes: hechas en las formas legales,

1 Delvincourt, t. 2°, pág. 147. Durantón, t. 7°, pág. 269, núm. 181.

se le tiene por *hecha entre mayores*: hecha sin esas formas, debe reputarse como hecha entre menores; es decir, que, en el primer caso, es definitiva respecto de todos, y en el segundo, provisional respecto de todos. Esto es lo que dice el art. 840: las particiones regulares son provisionales. El espíritu de la ley está en armonía con los textos. ¿Qué cosa es la partición? Un acto que pone término á la indivisión, sea de la propiedad, sea del goce; lo que era indiviso se divide. ¿Pueden suprimirse estos efectos, considerando la partición como definitiva respecto de los mayores y como provisional respecto de los menores? Esta sería una cosa tan anómala, que se necesitaría un texto más que formal para que pudiera aceptarse. Una partición de frutos es la división de la herencia; la indivisión se borra como si jamás hubiese existido. Una partición provisional, es la indivisión; cada heredero tiene un derecho indiviso sobre la propiedad, y ninguno tiene un derecho dividido. ¿Se concibe que estos dos estados diametralmente contrarios, coexistan? ¿que haya á la vez división é indivisión? Se admite que la acción de partición es indivisible, y ¿por qué? Porque la indivisión no puede cesar respecto de unos sin que cese respecto de otros. Luego si ella subsiste, debe subsistir por el todo. Hay un heredero mayor y otro menor que dividen la herencia; y como no se observan las formas, la partición se declara provisional. ¿Qué quiere decir esto? ¿El menor será el único en estado de indivisión? Esto es imposible; él no puede estar en la indivisión por su cuenta y enteramente solo; la indivisión implica que su coheredero también se halla en estado de indivisión. Luego la división ó la indivisión no pueden suprimirse. Por el hecho solo de haber indivisión, existe respecto á todos. Luego la partición es provisional respecto á todos.

285. La jurisprudencia ha consagrado la opinión con

traria. (1) Ella decide que la partición es siempre provisional respecto del menor cuando no se han observado las formas legales. En cuanto al mayor, la corte de casación distingue: si la intención de las partes fuese hacer una partición definitiva, será definitiva respecto de las partes capaces, y provisional respecto de las incapaces; pero si su idea no ha sido tratar definitivamente, la partición será provisional respecto de todos. La cuestión de saber si la partición será definitiva ó provisional respecto de los mayores que han tratado con menores, depende, pues, de la intención de las partes contrayentes. Esta distinción que se hace entre los capaces y los incapaces está en oposición con el texto; la ley es general y no dice que la partición es definitiva respecto de unos y provisional respecto de otros, sino que dice que la partición es provisional. La distinción es, además, contraria al texto, en que hace depender de la intención de sus partes interesadas la cuestión de saber si la partición es definitiva ó provisional, mientras que la ley se fija en la observancia é inobservancia de las formas que ella prescribe. Por último, la jurisprudencia se halla en oposición con el texto de la ley, porque supone que cuando las partes no observan las formas legales, tienen la intención de hacer una partición provisional. La intención de las partes siempre es hacer una partición definitiva, porque la provisional es una excepción que, en general, es poco favorable á las partes contrayentes, y que siempre es contraria al interés general. Así es que cuando los herederos dividen, su idea es hacerlo defi-

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Junio de 1839 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2227) y de 9 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 285). Lyon, 23 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 112). Bruselas, 21 de Marzo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 86). En el mismo sentido Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 4°, pág. 382, notas 12, 13 y 14. Demolombe, t. 15, pág. 689, núm. 694, y los autores que citan.

nitivamente. No hay más que consultar los casos que se han presentado ante los tribunales para convencerse de ello. Una partición se hace con todas las formas que la ley prescribe; pero la distribución de los lotes se hace por atribución, siendo que la ley quiere que se sorteen: esta partición es provisional, dice el art. 840. Y ¿esto quiere decir que las partes hayan tenido la idea de hacer una partición de goce? Ciertamente que nó; ellas han querido hacer una partición definitiva, y no obstante, la ley la declara provisional, porque no se observaron las formas. Así es que poco importa la intención de las partes; la ley no la toma en consideración, mientras que la jurisprudencia hace de ella la base de sus decisiones.

La jurisprudencia invoca el art. 1125; éste, á decir verdad, es el único argumento jurídico que puede hacerse valer contra la opinión que estamos sosteniendo. Según los términos de este artículo, los incapaces no pueden atacar, por causa de incapacidad, sus compromisos, sino en los casos previstos por la ley. Las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor con quien han contraído. Si, como la jurisprudencia lo supone, las partes han querido hacer una partición definitiva, el acto es nulo como tal, y válido únicamente como partición provisional. ¿Por qué la ley transforma una partición nula en una partición provisional? Ciertamente que no es por interés de los mayores, sino únicamente en razón de los incapaces y por interés de éstos. Luego, por aplicación del principio establecido por el art. 1125, debe decidirse que la partición será provisional respecto de los menores, pero que permanece nula respecto de los mayores, en el sentido de que respecto de ellos la partición será definitiva; ellos no pueden prevalerse del carácter provisional que la ley imprime á la partición por interés de los mayores. La respuesta á esta argumentación es muy sencilla y nos parece perentoria, y es que la partición irregular en la cual intervienen menores no es una partición nula, sino provisional, en virtud de la ley. Tan cierto es que esta partición no es nula que, por confesión de aquellos á quienes combatimos, los menores no proceden por acción de nulidad cuando piden una partición definitiva, y que, por consiguiente, el art. 1304 no les es aplicable. Esto decide la cuestión. Si los menores no atacan el acto, no se puede aplicar ni el texto ni el espíritu del art. 1125; el texto, puesto que supone una acción de nulidad: el espíritu, porque la ley tiene por objeto amparar el interés de los menores; ahora bien, ella ha provisto á esto no dando á la partición irregular más que un carácter provisional. Por interés de los menores es por lo que la ley no ha declarado nula la partición. Ahora bien, si se la considera como definitiva respecto de los mayores, se reproducirán todos los inconvenientes que la ley ha querido prevenir. Los mayores no podrán disponer de los bienes comprendidos en su lote, porque de uno á otro día pueden los menores pedir una nueva partición; si disponen de los bienes, los actos que hagan serán nulos cuando haya una nueva partición; de aquí las acciones recursorias y la incertidumbre de la propiedad, cosa que el legislador ha querido evitar. Y ¿por qué se compromete el interés de los terceros, que es también el interés general? ¿Acaso á favor de los menores? El interés de éstos está plenamente garantido por la índole provisional de la partición, porque podrán pedirla definitiva cuando quieran.

En realidad, la jurisprudencia hace una nueva ley, y no vemos que esta ley sea mejor que el sistema del código civil. El código dice que la partición irregular es una partición provisional, en razón de su irregularidad. La jurisprudencia distingue dos particiones irregulares. Una, que las partes han querido hacer definitiva; es nula como

tal, y aunque nula compromete á los mayores respecto de los menores; respecto de los menores, es provisional en el sentido de que, ya mayores, podrán mantenerla, confirmándola ó pidiendo una nueva. Y si, al contrario, las partes no han querido tratar definitivamente, la partición será provisional respecto de los mayores como respecto de los menores, y cada una de las partes contrayentes podrá siempre pedir una particion definitiva. El código no conoce más que una sola partición irregular, á la que declara provisional; luego la jurisprudencia deroga el código. ¿Acaso por interés de los menores? Este es un semillero de litigios, lo que prueban las recopilaciones de sentencias. ¿Cómo saber si la intención de las partes es hacer una partición definitiva, ó si han querido hacer una partición provisional?

Se contesta que debe *presumirse*, en general, que las partes han querido hacer una partición de goce. Y ¿quién da al juez el derecho de crear una presunción? Y admitiendo que él pueda fundarse en una presunción que la ley ignora, él se pondrá en oposición, las más de las veces, con la voluntad yerdadera de las partes: éstas no tienen la idea de hacer una partición provisional, sino que quieren tratar definitivamente; la ley es la que transforma su voluntad, en el sentido de que de una partición irregular y nula, hace una partición provisional. Así es que, en la aplicación del principio, la jurisprudencia viene á parar en presunciones arbitrarias, y en teoría viola la ley. Esto es lo que vamos á probar, al examinar las consecuencias que se derivan de la opinión general.

286. Cuando la partición no es provisional sino respecto de los menores, éstos solos tienen el derecho de pedir una partición definitiva. Luego á ese respecto hay indivisión, y la indivisión no puede existir respecto de los herederos menores sin que también exista respecto de los mayores.

Esta indivisión durará por todo el tiempo que los incapaces quieran mantener la partición provisional.

¿Quién terminará este estado de cosas? La jurisprudencia admite que los menores ya mayores, podrán confirmar la partición provisional. Esta confirmación puede ser expresa ó tácita, según el derecho común (art. 1539). Aquí el error nos parece evidente, y lo reconocen los editores de Zachariæ. Se confirma como acto nulo; ahora bien, la partición provisional no es nula, luego no hay lugar á confirmarla. La jurisprudencia, en esta materia, es un tejido de contradicciones. Por una parte, ella decide que no hay lugar á aplicar el art. 1304, porque no se trata de una acción de nulidad; por otra parte, ella decide que la partición puede ratificarse por la ejecución voluntaria que el menor hace de ella en su mayoría, lo que ciertamente es la confirmación tácita definida por el art. 1339. Ahora bien, la prescripción del art. 1304 es también una confirmación tácita; luego se acepta y se rechaza á la vez la confirmación. (1)

Los editores de Zachariæ, á la vez que colocándose al lado de la jurisprudencia, dan otra interpretación. No es una confirmación, dicen ellos, sino una renuncia. Los menores pueden pedir una partición nueva, pero están en libertad para renunciar este derecho, y lo renuncian al aceptar la partición provisional como definitiva, lo que pueden hacer poniéndola en ejecución. (2)

¡Cuántas dificultades se engendran por separarse del texto de la ley! Ella declara que la partición es provisional, es decir, que hay una división, y ¿de qué manera se pone fin á la indivisión? Por medio de una partición defi-

1 Bruselas, 3 de Agosto de 1843 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 150). La jurisprudencia francesa se halla en el mismo sentido. Véanse algunas sentencias de denegada, de 4 de Mayo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 254) y de 15 de Julio de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 373).

2 Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 4º, pág. 385, nota 19.

nitiva, es decir, por un convenio formal sobre la distribución de la propiedad. Luego no basta una simple renuncia de los menores, porque la renuncia es un acto unilateral; se necesita el concurso de consentimiento de todas las partes interesadas. Se ha fallado, en este sentido, que el convenio por el cual se transforma una partición provisional en definitiva, cuando es una verdadera partición, se deben apreciar las reglas que rigen la partición; en la opinión de los que exigen un escrito, para la prueba de la partición, se necesitaría un escrito para probar que la partición provisional se ha convertido en definitiva, ó para probar la partición definitiva si se hace una nueva.

287. Queda una dificultad en la opinión general. Los mayores no pueden pedir una nueva partición cuando en su intención, la partición irregular era definitiva. Pero si los menores no proceden, ¿los mayores quedarán obligados á permanecer en la indivisión en tanto que los menores no quieran pedir una partición definitiva? Tal es, en realidad, la situación de las partes en la opinión que estamos combatiendo; verdadero callejón sin salida que da por resultado, contra la expresa prohibición del art. 815, una indivisión forzosa; los menores pueden ponerle término, los mayores nó. Los editores de Zachariæ enseñan que los herederos mayores tienen el derecho de interpelar á sus coherederos menores, cuando lleguen á la mayor edad, si es que quieren mantener la partición provisional, ó si consienten en proceder á una partición definitiva. Negándose á esto, los mayores tendrán el derecho de pedir una nueva partición. No hay una sola palabra de esto en la ley. Aubry y Rau confiesan que el código ignora las ociosas interrogatorias; lo que equivale á confesar que se ha hecho la ley para salir del laberinto que la doctrina general crea con perjuicio de los copartícipes mayores. (1)

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4°, pág. 384, nota 16.

En lugar de estos ambages ¿no es más sencillo y más jurídico ajustarse al texto, que declara provisional la partición en términos absolutos, lo que permite á todos los copropietarios pedir una partición definitiva?

§ IV.—De la partición definitiva.

Núm. 1. Principios generales.

I. Condiciones intrínsecas.

288. La partición exige, en general, una operación material, la formación de lotes que se atribuyen á cada uno de los coherederos, sea por convenio, sea por vía de la suerte. Las cosas pasan así cuando hay inmuebles ó muebles en la herencia. En cuanto á los créditos, la misma ley hace su división; esta partición legal produce sus efectos aun cuando los demás bienes estén todavía indivisos (número 213). Puede suceder que toda la herencia consista en créditos; en este caso, en rigor, es inútil la partición. La corte de casación así lo ha fallado en una hipótesis singular. No existían ni muebles ni inmuebles, porque todos los bienes se habían vendido para pagar las deudas; el activo hereditario se componía de un crédito contra uno de los herederos; dividiéndose este crédito de pleno derecho entre todos los herederos, cada uno de ellos podía reclamar su parte, sin partición ninguna, y sin que fuese necesario proceder á una liquidación, llenando las formalidades ordinarias prescriptas por la ley para la validez de las particiones. Nada había que liquidar; luego la partición se hacía en virtud de la ley, no debiendo intervenir el juez sino cuando hay disputa sobre el arreglo de las porciones de cada heredero. (1)

289. La partición no es más que una liquidación de de-

1 Denegada, de 17 de Enero de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 302).