

ésta tan sólo se llegue á pretender que la cualidad de heredero se pruebe conforme á dicha ley, lo cual es anormal, aunque lógica consecuencia de considerar dicha ley como reguladora de la sucesión inmobiliaria. Pero respecto á la sucesión mueble no se puede, de ningún modo, justificar que mientras el derecho sucesorio con respecto á ella deba regularse por la ley personal del *de cujus*, cuando se trate de establecer la cualidad de heredero en contra del Fisco, que se halle en posesión de los bienes vacantes, se determine con arreglo á la ley territorial. Esta sería, verdaderamente, la más peregrina teoría, aun admitiendo el anormal sistema.

Creemos oportuno advertir que el que reclame la herencia contra el Fisco, puede fundar tal derecho en la ley reguladora de la sucesión, con arreglo á la cual se atribuye el derecho hereditario á los que se encuentren en ciertas relaciones con el *de cujus*. Ahora, si pretende hacer valer su derecho aduciendo ser pariente en determinado grado, ó cónyuge ó hijo natural, está obligado, sin duda, á probarlo, y esta prueba debe presentarse en conformidad con la ley encargada de regir las relaciones de familia. Es necesario, por consiguiente, no olvidar, en principio, lo que hemos dicho en otro lugar, á saber, que cuando aquél que alegue el derecho de suceder, pretenda determinar las relaciones jurídicas entre él y el *de cujus*, debe probarlo atendiéndose á los principios desarrollados anteriormente, respecto á este particular (1).

(1) Véase § 1.468 y siguientes.

CAPÍTULO XV

De la división de la herencia.

1.641. La proindivisión de la herencia no puede sostenerse por tiempo indeterminado.—**1.642.** Diversidad de las leyes que rigen la acción de división respecto á las personas que pueden ejercerla.—**1.643.** Respecto á las limitaciones para el ejercicio de la acción.—**1.644.** Diferencia sustancial acerca del concepto de la división, es decir, si es traslativa ó declarativa de la propiedad.—**1.645.** Conflictos que nacen y principios para resolverlos según los jurisconsultos.—**1.646.** Concepto de la división según el derecho moderno en sus relaciones con la ley que debe regularla.—**1.647.** Autoridad de la ley en sus relaciones con la autonomía de las partes.—**1.648.** Eficacia de la convención respecto á los bienes hereditarios existentes en el extranjero.—**1.649.** Limitación del derecho de provocar la división fundada en la disposición del testador.—**1.650.** Ley que regula la capacidad de pedir la división.—**1.651.** Coherederos franceses menores. Autoridad de la ley francesa acerca de la división provisional.—**1.652.** Aplicación de esta ley á la sucesión de un italiano abierta en Francia.—**1.653.** Efectos de la división provisional respecto á los terceros.—**1.654.** Derechos de los cesionarios á intervenir en la división; carácter de la ley que regula la intervención ó exclusión de los mismos.—**1.655.** Nuestra opinión.—**1.656.** División amistosa: capacidad para su validez.—**1.657.** Forma del contrato de división.—**1.658.** Controversias que pueden nacer cuando existan causahabientes menores.—**1.659.** Efectos de la división. Acción de rescisión.—**1.660.** División hecha por los padres y demás ascendientes: carácter de la ley.—**1.661.** Nuestra opinión.—**1.662.** División judicial: competencia del Juez.—**1.663.** Autoridad de la ley territorial.—**1.664.** Operaciones indispensables para la división.—**1.665.** Formación de la masa: colación.—**1.666.** No están de acuerdo las leyes que regulan la colación y el modo de entregar la cosa.—**1.667.** Ley que debe regular la colación. Opinión de Laurent.—**1.668.** Nuestra opinión.—**1.669.** Voluntad del donante y del disponente de eximir de la obligación de colacionar, en sus relaciones con la ley que debe regular tal facultad.—**1.670.** Para determinar la voluntad del hombre es

necesario referirse á su ley personal.—1.671. Aplicación de los principios á la sucesión de un austriaco abierta en Francia.—1.672. ¿Qué ley debe regir la colación en el caso de un cambio de ciudadanía?—1.673. Si en caso de conflicto entre la ley de la antigua y de la nueva patria pueden servir las reglas sancionadas por la ley transitoria.—1.674. Observaciones críticas á la sentencia del Tribunal de Casación de Roma en el pleito Zogheb.—1.675. La colación en relación con el derecho de los terceros.—1.676. Ley que debe regular el pago de las deudas y cargas hereditarias entre los coherederos.—1.677. Aplicación de los principios en el sistema italiano.—1.678. Controversia en el sistema francés.—1.679. Conflicto entre la ley italiana y la francesa.—1.680. Discusión acerca de los acreedores.—1.681. El principio de que la división es traslativa ó declarativa en relación con los herederos y con los acreedores.—1.682. Concurso de acreedores. Acción mancomunada ó solidaria.—1.683. Ley que puede desplegar su autoridad en el caso de ejecución forzosa.—1.684. Acreedores hipotecarios.—1.685. Separación del patrimonio del difunto de el del heredero.—1.686. Consecuencias que se deducen admitiendo que la ley tiene el carácter de estatuto real.

1.641. Cuando abierta la sucesión, varias personas sean llamadas á recogerla en calidad de herederos legítimos ó testamentarios, y hayan aceptado la herencia según las reglas expuestas anteriormente, y la cualidad de coherederos se haya reconocido de un modo voluntario ó judicial, estas personas, que por su cualidad de coherederos pueden ostentar derechos respecto al patrimonio del difunto, se encuentran en estado de comunidad, puesto que el objeto de los derechos sucesorios de cada una de ellas, es la herencia tomada en conjunto.

Las leyes de los diversos países regulan este estado de cosas estableciendo las reglas para la administración de la herencia, hasta que los herederos se hallen de acuerdo en mantener la comunidad, y atribuyen á cada uno de ellos el derecho de provocar la división para obtener así la parte de los bienes hereditarios que les pertenezca.

El principio consagrado por el Código civil francés en el artículo 815, de que ninguno está obligado á permanecer en la indivisión y que la división puede ser siempre provocada, no obstante cualquiera prohibición del testador, se encuentra sancionado en esencia por el legislador italiano en los artículos 681

y 984 del Código civil y también por los de los demás países (1). Las razones de pública utilidad en que se funda la necesidad de no mantener la indivisión por tiempo indeterminado, explican que todos los legisladores estén conformes en reconocer, en principio, que debe considerarse de interés público hacer que cese respecto á los bienes hereditarios, reconociendo que á los sucesores se atribuye la acción para pedir la división.

1.642. Sin embargo, son diversas las leyes en diferentes puntos. Ante todo no están conformes al designar las personas que tienen facultad para ejercitar la acción de división, ni respecto á las limitaciones que á las mismas se les pueden imponer en el ejercicio de tal derecho, ó en virtud del convenio especial entre las partes interesadas en suspender la división por un tiempo determinado, ó merced á la voluntad expresa del *de cuius*, que haya prohibido á los sucesores proceder á la división de la herencia hasta cierta fecha por él establecida ó hasta que se realice un acontecimiento por él indicado.

Así, por ejemplo, el Código civil francés dispone que el marido puede, sin el concurso de su mujer, provocar la división de los bienes muebles é inmuebles que pertenezcan á ella por sucesión, cuando caigan en la comunidad, y respecto á los bienes que no estén sometidos á la comunidad, el marido puede pedir una división provisional y provocar la definitiva con el concurso de la mujer. Según la ley italiana, por el contrario, la mujer casada se considera en general personalmente capaz de ejercer sus propios derechos, salvo la necesidad de obtener la autorización del marido, en los casos taxativamente determinados en el artículo 134 del Código civil. Ahora bien, como en tal artículo no está prevista la acción de división por parte de la mujer llamada á recoger una herencia, algunos han sostenido que la mujer casada puede provocarla, sin necesidad de autorización marital, fundándose en el concepto de que la división es solamente declarativa de la propiedad (2), y que aquélla puede

(1) Confr. Código español, art. 1.051; portugués, 2.180; holandés, art. 1.112; de Zurich, 959; germánico, 2.042; de Chile, 1.317.

(2) La Casación de Roma, en su sentencia de 9 de Agosto 1877, *Ospedale civ. di Piacenza c. Finance*, establece que la división de los

adquirir sin necesidad de autorización. No están equivocados, no obstante, los que sostienen que la división es traslativa de la propiedad, y consideran que la autorización del marido debe tenerse como indispensable para la mujer que quiera proceder á la división; así como lo es para todo acto de la mujer casada que lleve consigo enajenación de bienes inmuebles, y esta teoría encuentra también el apoyo de la jurisprudencia (1).

bienes inmuebles entre coherederos, se debe considerar simplemente declarativa y no traslativa de la propiedad, cuando los bienes y los coherederos pertenecen á distintos Estados. (Tribunal Supremo de Roma, 1878, pág. 238). Véase también Audiencia de Casale, 29 Julio 1876, Sarzano c. Olivazzi (*Legge*, 1877, I, 252), y Cass. Napoli, 7 Abril 1877, De Bernardis, (*Giorn. dei Trib.*, Napoli, 28, 555).

(1) Confr. Cass. Torino, 8 Abril 1874 (*Legge*, 1874, I, 1.084, pleito Oldani) y 15 Noviembre 1876 (*Ann. di giurispr.*, 1877, I, 75, pleito Pallavicini).

No nos parece que se pueda sostener de un modo absoluto que la división no es un acto traslativo. El legislador, con el fin de prevenir inconvenientes y litigios inevitables entre los coherederos, si se admitiese el concepto romano, ha dispuesto que cada heredero *se considere heredero*, etc. (art. 1.034). A pesar de esto, no se puede negar que la división, teniendo en cuenta el sistema, tomado en su conjunto, tenga el carácter de acto de enajenación, porque de otro modo, ¿cómo se justificaría la garantía sancionada en el art. 1.035 y la hipoteca legal que estatuye el art. 1.969?

En esencia, cada uno de los coherederos no puede ser considerado como propietario de todos los bienes que constituyen la herencia, siéndolo solamente bajo la condición de que los bienes todos formen una masa que ha de dividirse; propietario, por lo tanto, *cum onere divisionis*, bajo la consideración suspensiva de ejecutar la división; y es natural que cuando la condición llegue á efectuarse, tenga efecto retroactivo, por lo que la división, respecto á la propiedad de los bienes, se retrotrae hasta el día de la apertura de la sucesión, obra *ex tunc*, y bajo tal aspecto es declarativa. Pero como después el heredero sucede *in universum jus*, y se posesiona, no de una parte abstracta de los bienes, sino de todos aquellos que como *universitas* constituyen el patrimonio del *de cujus* en el momento de su muerte, no se puede negar que el acto que transforma su derecho á una parte alícuota, en derecho sobre determinados bienes, sea un acto traslativo y conmutativo. Es necesario, por consiguiente, no olvidar que la división es un acto de naturaleza mixta, y que bajo un aspec-

Por lo que se refiere á la división de una herencia que recaiga en un menor no emancipado, el Código francés en el artículo 465, y el italiano en el 296, disponen que el tutor no puede proceder á ella sin autorización del Consejo de familia; sin embargo, el Código francés establece que la división de los bienes que correspondan al menor debe hacerse judicialmente; determina cómo se debe proceder para realizarla definitivamente, y dispone además en el art. 466, que el tutor puede proceder á la división provisional sin observar las reglas sancionadas por la ley, división que se considerará definitiva si el menor, llegado á su mayor edad, no pide su anulación; la jurisprudencia ha establecido que los coherederos mayores que hayan tomado parte en la división provisional hecha por el menor, puedan aprovecharse de la nulidad pronunciada á instancia de éste para pedir que se proceda á nueva división entre todos los interesados (1). El Código italiano, por el contrario, no admite la división provisional provocada por el tutor.

No nos ocupamos de otras diferencias existentes en las legislaciones de los distintos países, en lo que se refiere á las personas capaces de ejercer la acción de división.

1.643. Respecto á las limitaciones impuestas por la ley al ejercicio de la acción de división, se encuentran también notables diferencias. Así el Código italiano establece, en principio, en el artículo 681, que los interesados en una herencia sin dividir, pueden válidamente establecer el pacto de permanecer así por un tiempo que no exceda de diez años. El Código francés, por el contrario, estatuye en el artículo 815, que el acuerdo de permanecer en la indivisión no obliga más que por un período de cinco años.

Según las leyes inglesas, los coherederos pueden convenir en no dividir nunca la herencia; así también lo encontramos sancionado en el Código germánico; pero este último añade que se puede, á pesar de dicho convenio, pedir la división de la herencia cuando existe algún motivo grave (art. 749).

to puede ser considerado como *declarativo*, y bajo otro punto de vista, como *traslativo*.

(1) Confr. Cass., 5 Diciembre 1887.

En cuanto á la limitación de la acción de división en virtud de la voluntad expresa del *de cuius*, el Código italiano, en el artículo 984, establece que el testador puede prohibir la división de la herencia entre los herederos instituidos, si uno de ellos es menor de edad, y disponer que la división no se verifique hasta transcurrido un año del cumplimiento de la mayor edad del coheredero menor. Sin embargo, atribuye á la autoridad judicial la facultad de autorizar la división, cuando graves y urgentes motivos lo exijan, á pesar del mandato del testador.

El Código del Imperio germánico sanciona con mayor amplitud, en el artículo 2.044, la facultad del testador de prohibir la división. En efecto, dice así: «El testador puede, en su disposición de última voluntad, prohibir la división, tanto de toda la herencia, como de los objetos singulares de ella, ó bien establecer, que sólo pueda hacerse pasado un plazo determinado desde que se solicite. La disposición pierde su eficacia después de los treinta años de la apertura de la sucesión. No obstante, el que deja la herencia, puede ordenar que la disposición valga hasta que se realice un determinado acontecimiento en la persona de uno de los coherederos, ó en el caso de que ordene una sustitución ó un legado, hasta que se verifique la sustitución ó hasta la entrega del legado». El Código francés, en cambio, no tiene una disposición semejante.

Otra diferencia, no menos notable, se encuentra entre nuestra legislación y la francesa, en lo que se refiere al cesionario de los derechos de un heredero. En efecto, el Código francés estatuye, en el artículo 841, que toda persona, incluso los parientes del difunto, que no sea un sucesor, y á quien un coheredero haya cedido su derecho á la sucesión, puede ser excluido de la división, ya por todos los coherederos, ya por uno de ellos, devolviéndole el precio de la cesión. Tal facultad se denomina *retrait successoral*. El Código italiano, por el contrario, prohíbe tal facultad, considerando válida, no sólo la cesión de los derechos hereditarios hecha después de la apertura de la sucesión, sino que además reconoce el derecho del cesionario para intervenir en la división, y para oponerse á ella cuando se proceda sin su intervención.

1.644. Además de las expresadas diferencias, y de otras, no pocas, que se encuentran en los sistemas legislativos de los varios Estados, hay una esencial, que implica la aplicación de reglas distintas, procedentes del concepto mismo de la división. Esta, en efecto, se considera, según las leyes de algunos países, como declarativa de la propiedad, y según las de otros, como traslativa. Tal diferencia de concepto produce la diversidad de los efectos jurídicos derivados de la división, respecto á los terceros que hubiesen adquirido derechos sobre los bienes de un coheredero antes de la división de la herencia, ó que los adquiriera á consecuencia de la acción de división, en caso de venta en pública subasta y de adjudicación; supuesto que en sustancia se trataría de decidir si son ó no aplicables las reglas sancionadas para la venta, mediante pública subasta, de un inmueble, que no pueda ser dividido naturalmente entre los copropietarios á quienes pertenecía. En virtud de la máxima sancionada por el Código francés en el artículo 883, se considera que la división, es solamente declarativa de la propiedad. Se admite, en efecto, que desde el momento de la apertura de la sucesión, el heredero se halla investido, de pleno derecho, de la posesión y de la propiedad de los bienes que constituyen la parte de la herencia que le pertenece. Tal parte se encuentra indivisa, supuesto que la operación material de efectuar la división de la herencia entre los sucesores es indispensable; pero á pesar de ello, cuando tal operación material se realiza, no produce otro efecto que el de declarar lo que debía considerarse como propiedad de los copartícipes desde el momento en que se abrió la sucesión. Así, los jurisconsultos franceses, advirtiendo que cada uno de los coherederos viene á ser propietario de la parte que le pertenece, en virtud de la ley, consideran la división efectiva, como una declaración de la propiedad de los bienes hereditarios, de la cual cada uno de los sucesores está investido, en virtud de la ley, desde el momento en que se abre la sucesión.

En el sistema del derecho italiano, se admite, generalmente, que el heredero está investido de pleno derecho de la posesión y de la propiedad, la cual, según algunos, se adquiere en el momento mismo de la muerte, y según otros, en el de la aceptación.

Sin embargo, el derecho de propiedad del heredero, tiene por objeto el patrimonio sin dividir, y la parte que le pertenece no se hace propiedad suya, sino cuando su derecho, que existe respecto á toda la herencia como derecho proindiviso, se concreta á los bienes que le han correspondido y se convierte así en un derecho determinado. Ahora bien, como el hecho jurídico que transforma el derecho sobre toda la herencia en derecho sobre la cuota de los bienes que pertenece á cada uno de los sucesores, es la división, ésta produce el efecto de atribuir la propiedad, y como tal, atendiendo á su naturaleza, es un acto traslativo, puesto que, en suma, realiza una traslación y una conmutación del dominio.

Los jurisconsultos italianos, fundándose, no obstante, en el artículo 1.034 del Código civil, que se halla conforme con el 883 del Código Napoleón, sostienen que la división es un acto declarativo y niegan, por consiguiente, que sea traslativo de propiedad, según el concepto del Derecho romano.

1.645. No creemos oportuno aclarar otras notables diferencias, porque entendemos que las que hemos expuesto bastan para poner de relieve los conflictos que naturalmente pueden nacer cuando se intente proceder á la división, los cuales son inevitable consecuencia de la diversidad de las leyes, que no regulan tal materia de igual modo en todos sus particulares.

Los jurisconsultos que se ocuparon de esta materia, discutieron si la ley que regula la división de los bienes hereditarios, tiene ó no el carácter de estatuto real, con la intención de determinar de este modo, cuál es aplicable para llevar á efecto la división de dichos bienes.

Los juristas antiguos, que atribuyeron el carácter de estatuto real á toda ley relativa á los inmuebles, entendieron que la división de los bienes hereditarios, debe regirse por la ley vigente en el lugar en que se hallan situados.

Froland, discutiendo esta cuestión, se expresa así: En cuanto á los inmuebles reales, no cabe duda que la partición debe hacerse con arreglo á las costumbres del país donde están situados; de modo que los copartícipes recibirán unas veces más y otras menos, y aun podría suceder que alguno de ellos

no recibiera nada, en tanto que los otros participaran abundantemente de los efectos de la sucesión» (1). Respecto á los inmuebles, sigue la conocida regla *mobilia sequuntur personam*.

Entre los modernos, Foelix también establece, en general, que la división de la sucesión *abintestato*, en lo que se refiere á los inmuebles, debe ser regulada por la *lex rei sitae*. En efecto, atribuye el carácter de estatuto real á la ley «que concierne á la sucesión *abintestato* en los inmuebles, y la partición de esta sucesión» (2).

En Inglaterra prevalece el principio de que para la división de los bienes muebles, debe en general aplicarse la ley del domicilio del testador en el momento de su muerte (3).

Conviene advertir que los jurisconsultos antiguos, cuando hablaban de la división de los bienes muebles é inmuebles, discutían bajo un punto de vista muy distinto. Creyeron que se trataba de la ley según la cual debía determinarse la medida de los derechos sucesorios que correspondían á cada uno de los herederos, y en virtud del principio generalmente admitido de que los inmuebles no pueden transferirse más que en conformidad con la *lex rei sitae*, entendieron que la herencia *abintestato* debía dividirse, y en cuanto á los inmuebles, se regirían por la ley del lugar donde estuvieran situados, porque el estatuto que les concierne tiene el carácter de real. Rodenburg, en efecto, hablando de las leyes que tienen el carácter de estatuto real (*quae quidem jure precipui mere realia sunt*), dice: «*Cujusmodi appellamus ea, quae de modo dividendarum abintestato haereditates tractant, territorium non egredientia; conspirant enim eo vota fere omnium, bona ut dijudicentur sua lege loci, in quo sita sunt vel esse intelliguntur*» (4).

Era natural que discuriendo bajo tal punto de vista, hi-

(1) *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, tomo I, página 67-68, y tomo II, pág. 1.288 y siguientes; compárese Boullenois, *Questions qui naissent de la contrariété des coutumes et des lois*, pág. 486 y siguientes.

(2) Foelix, *Droit int. privé*, 4.^a edición, tomo I, pág. 122.

(3) Dicey, *Conflict of Law*, regla 179, pág. 677.

(4) Rodenburg, *De divers statut.*, tít. II, cap. II, § 1.^o, núm. 1.^o

cieran la distinción entre los inmuebles y los muebles hereditarios, sosteniendo la autoridad de la *lex rei sitae* para los primeros, y la del domicilio del *de cuius* para los segundos. Creyeron que para la división del patrimonio del difunto, se debía tener presente la regla del Derecho común, que así se encuentra enunciada por Hubero: «*Communis et recta sententia est, in rebus immobilibus servandum esse jus loci, in quo bona sunt sita; quia cum partem ejusdem territorii faciant, diversae jurisdictionis legibus adfici non possunt. Verum in mobilibus nihil esse causae, cur aliud quam jus domicilii sequamur; quia res mobiles non habent affectionem versus territorium, sed ad personam patrisfamilias dumtaxat, qui aliud quam, quod in loco domicilii obtinebat, voluisse videri non potest*» (1).

1.646. La división, tal como se encuentra regulada por las legislaciones modernas, no se refiere á la medida de los derechos sucesorios que corresponden á los llamados en virtud de la ley ó del testamento á recoger la herencia, y que tienen todos un derecho indiviso respecto al patrimonio del *de cuius* que constituye en su unidad el objeto de los derechos de cada uno, sino á la liquidación efectiva de la herencia, y la determinación de los bienes que componen la cuota perteneciente á cada uno como sucesor. La cuestión, por consiguiente, consiste en averiguar qué ley debe regular todas las operaciones necesarias para promover la división, proceder á la liquidación, asignar á cada uno los bienes que le pertenecen de los que componen la herencia, regular los efectos que se derivan de la división en las relaciones entre coherederos y en las de éstos con los acreedores de la herencia y con los suyos personales. Sería inútil discutir, en general, si la ley á que debe someterse la división de los bienes hereditarios tiene ó no el carácter de estatuto real, puesto que, según los más justos conceptos, la autoridad territorial de toda ley, debe fundarse en principios muy diversos de los que prevalecieron en otros tiempos. Tampoco se puede decir, en general, que como la división es consecuencia del derecho sucesorio, y tiende á hacer real, concreto y

(1) Huberus, *De conf. legum*, vol. I, libro III, *De success.*, pág. 278.

específico el derecho de cada uno, como sucesor, todo debe depender de la ley que regule la sucesión, porque los procedimientos indispensables para verificar la división pueden encontrarse en relación con los derechos correspondientes á los herederos, y sin que esté interesado el soberano del lugar donde el ejercicio y el desarrollo de tales derechos vengán á realizarse; quizás se encuentren en relación con el Derecho público territorial, por lo que debe admitirse la autoridad mayor de la ley del lugar donde el derecho perteneciente á los herederos, de no permanecer en común y de efectuar la división, llegue á ejercitarse. Conviene, por lo tanto, analizar minuciosamente la naturaleza de las diversas relaciones, para determinar la ley que debe desplegar su autoridad con el fin de regular su contenido y efectos.

1.647. Comenzamos por observar que la ley á que se subordina la herencia indivisa como hecho jurídico, y que atribuye á los que se encuentran en tales condiciones el derecho de hacerla cesar, proponiendo judicialmente la acción para llevar á efecto la división, teniendo en cuenta su finalidad, debe considerarse como inspirada en razones de interés general y de orden público. El estado de indivisión puede ofrecer indudablemente no pocas ventajas, de igual modo que toda sociedad constituida con un fin de interés común. Es, pues, muy fácil comprender que además del ahorro de los capitales necesarios para la administración y para las obras destinadas á mejoras, la producción económica puede aumentarse considerablemente, manteniendo el patrimonio en su unidad, haciéndose, de este modo, más sencilla una empresa mucho mayor, que fraccionándolo y dividiéndolo en partes. No obstante, de igual modo que toda forma de sociedad puede considerarse subsistente sólo en virtud de la libre voluntad de los asociados, la que se engendra cuando varias personas llamadas como herederos á recoger el patrimonio del difunto se encuentran, naturalmente y sin su voluntad expresa, en situación de comunidad, no puede mantenerse contra la voluntad de los mismos. Se debe, por lo tanto, admitir que como el continuar ó no en la indivisión de los bienes hereditarios es propio del campo de la autonomía, todo

debe depender del acuerdo tácito ó expreso de los coherederos, y por consiguiente, es necesario aplicar en general las reglas á que se someten los contratos de sociedad para decidir acerca de la eficacia del acuerdo relativo á sostener ó á disolver la comunidad hereditaria.

1.648. Hemos notado ya, que las leyes de ciertos países limitan el campo de la autonomía, al establecer que el acuerdo de mantener los bienes hereditarios sin dividir, no es eficaz más que por cinco años, al cabo de los cuales puede renovarse. ¿Qué carácter debe atribuirse á tal ley? Si la sucesión se abre bajo el imperio de una ley extranjera que consienta, por diez años, el pacto de que nos ocupamos, y una parte de los bienes hereditarios se encuentra en otro país, donde, según la ley, dicho convenio no es eficaz más que durante cinco años, ¿cómo debe resolverse la cuestión acerca de la validez del acuerdo pactado?

No se puede sostener, ciertamente, que el contrato de permanecer en la proindivisión durante diez años, estipulado entre los coherederos de una herencia sujeta á la ley italiana, tenga que considerarse intrínsecamente nulo, incluso para sus efectos jurídicos respecto á los bienes existentes en país extranjero; se debe, por el contrario, admitir que puede ser eficaz entre los contratantes, aun en la hipótesis de que una parte de los inmuebles hereditarios se encuentre en territorio francés. Nótese que, según el sistema sancionado por el legislador italiano, la herencia, en cuanto representa el patrimonio del *de cuius* en sus relaciones con los herederos, se considera como una *universitas*, sin distinguir la naturaleza de los bienes ni el lugar en que éstos se encuentran situados. Tratándose, en la mencionada hipótesis, de sucesión sujeta á la ley italiana, no puede, desde luego, prohibirse á los herederos estipular válidamente el pacto de permanecer en comunidad por diez años, según la regla sancionada por el legislador patrio en el art. 681. Tal convención no podría considerarse intrínsecamente nula por la circunstancia de que una parte de los bienes hereditarios se encontrase en Francia. Sería inútil aducir que en virtud de la disposición que contiene el art. 3.º del Código francés y de las aplicaciones hechas por la jurisprudencia, se debe atribuir el carácter de estatuto real

á las leyes que regulan la sucesión respecto á los inmuebles existentes en Francia, y que aplicando la máxima sancionada por el legislador en el art. 815 no se puede estipular el pacto de permanecer en común más de cinco años. Basta, en efecto, notar que, en virtud de tal artículo, el legislador francés no dice que el convenio de continuar en la indivisión de la herencia por más tiempo del fijado sea intrínsecamente nulo, sino que lo que exceda de dicho tiempo no es obligatorio, lo cual significa que la acción judicial para continuar en la proindivisión por más de cinco años, derivada del contrato dicho, no es admisible. De lo que se sigue que el Magistrado no puede declarar obligatoria la convención más que dentro del período de tiempo fijado por el legislador.

Sentada esta advertencia, dos hipótesis se pueden hacer, á saber: una, que los coherederos contratantes ejercitaran la acción ante los Tribunales italianos para sostener su eficacia. En estas circunstancias, los Tribunales italianos, que no podrían por menos de estimarse competentes, debiendo referirse á la ley italiana (art. 8.º, *disposiciones generales*), declararían válido y eficaz el pacto, y aplicarían el art. 681 para regular las relaciones entre los coherederos de la herencia de un italiano.

La segunda hipótesis tendría efecto en el caso de que uno de los coherederos interpusiera la acción ante el Tribunal francés para obtener la división de los inmuebles existentes en Francia, aduciendo que el pacto estipulado de tenerlos en común no era obligatorio más que por cinco años. En tales circunstancias, el Tribunal francés se declararía naturalmente competente en virtud del art. 3.º del Código civil, que somete los inmuebles existentes en Francia á la legislación de la misma, y considerando que á la sucesión inmobiliaria debe aplicarse la ley francesa, y que el derecho de legislación implica también el de jurisdicción (1), decidiría la controversia aplicando el artícu-

(1) Colmar, 12 Agosto 1817 (*Journal du Pal.*, tomo XIV). Confróntese Merlin, *Rép.*, v.º *Loi*, § 6.º; Proudhon, *Droit franc.*, tomo I, página 56, y Durantón, tomo I, pág. 84; Dumoulin, *Cout. de Paris*, § 7.º, número 37; D'Argentré, *Cout. de Bretagne*, art. 218; Froland, *Traité des statuts*, tomo II, part. 2.ª, cap. XXVII.