

lo 815, y declararía, por consiguiente, que el convenio debía reducirse, para su eficacia, al término de cinco años, en conformidad con cuanto dispone el legislador francés. De nada serviría alegar que tratándose de la sucesión de un italiano y del pacto relativo á la misma, eficaz y obligatorio según el derecho de Italia, debe considerarse válido aun en Francia, del mismo modo que los demás contratos que se hallan dentro de la esfera de acción de la autonomía de los contratantes. Con más razón se aduciría que como la ley que fija en un tiempo determinado el carácter obligatorio del pacto de permanecer en comunidad, es de interés general y limita precisamente la libertad de los contratantes, por lo que debe considerarse como de orden público territorial, ó como ley de policía, no se podría en virtud de la ley extranjera atribuir eficacia al acuerdo que derogase la ley territorial de orden público. El Tribunal francés, por consiguiente, fallaría de acuerdo con la demanda en que se pidiera que el convenio de permanecer en la indivisión, después de los cinco años, se considerase nulo.

Añadimos además, que siguiendo el expresado orden de ideas, entendemos que el mismo principio debe aplicarse en el caso de comunidad hereditaria de bienes muebles existentes en Francia, siempre que según el sistema allí adoptado, se admita que sólo la sucesión inmobiliaria debe someterse á la ley francesa, y que la mobiliaria puede subordinarse á la ley personal del *de cujus*. A una y á otra comprende la máxima sancionada en el artículo 815, que establece que ninguno está obligado á permanecer en la indivisión; esta disposición tiene el carácter de ley de policía y de orden público, por lo que independientemente de la distinción de comunidad hereditaria relativa á la sucesión inmobiliaria ó mobiliaria, debe admitirse que la mencionada máxima del art. 815 del Código civil francés no puede ser derogada en virtud de una ley extranjera.

Conviene advertir que en general, la sentencia del Tribunal francés, no podría ser eficaz más que respecto á los bienes existentes en Francia. Pero como el legislador italiano, declarando válido el pacto de permanecer en la indivisión de la herencia por diez años, estatuye que la autoridad judicial puede, cuando

graves y urgentes necesidades lo requieran, ordenar el rompimiento de dicho pacto, aun antes del tiempo convenido, la decisión del Tribunal francés debería considerarse como grave y eficaz motivo para proceder á la división, aun de los bienes existentes en Italia, siendo urgente que la herencia no quede parte dividida y parte sin dividir.

1.649. Los mismos principios creemos que deberían aplicarse en la hipótesis de que el derecho de pedir la división de la herencia, se encuentre limitado por virtud de las disposiciones del testador. El legislador patrio admite esta facultad, cuando los herederos instituidos, ó alguno de ellos, sean menores, en cuyo caso el testador, conforme al artículo 984, puede prohibir la división de la herencia hasta que transcurra un año después de que cumpla la mayor edad el menor. No parece que tal prohibición sirva para mantener forzosamente la indivisión de los bienes existentes en un país extranjero, donde, según la ley, nadie esté obligado á permanecer en comunidad contra su voluntad. Debiéndose considerar la ley territorial como ley de policía, no es admisible que en virtud de la voluntad del testador sancionada por la ley extranjera, se pueda derogar aquélla (1). Considerando que la misma ley extranjera no derogaría la territorial de interés social, es muy natural que no tenga valor la voluntad del testador declarada en conformidad con la ley extranjera.

No se podría alegar, en contrario, que las leyes que rigen las condiciones de los incapaces tienen el carácter de estatuto personal, por cuyo motivo las disposiciones sancionadas en interés de los menores deben depender de su ley personal; puesto que cuando frente á los intereses de los menores se encuentran los colectivos ó el interés social, y el legislador, á fin de eliminar los daños y de prevenir los inconvenientes que puedan surgir de man-

(1) Acerca de los inconvenientes que se derivan de la indivisión, véase Demolombe, *Des successions*, tomo III, § 485-486.

Papiniano, hablando de las cuestiones que nacen de la indivisión, que causa frecuentes pleitos y rencores, dice: «*Discordias propinquo- rum, quas materia communionis solet excitare*». L. 77, § 20, *De legat.*, 2.º

tener las personas en comunidad contra su deseo, regula el hecho jurídico, y en vista de los intereses generales estatuye que nadie está obligado á permanecer en común, no obstante cualquiera prohibición contraria, tal ley tiene el carácter de ley de policía y de orden público, y no puede ser derogada ni supeditada á la ley personal que emana del soberano extranjero para proteger los intereses de los incapacitados sujetos á su autoridad.

1.650. Visto que la acción de división de una herencia puede subordinarse, en determinados casos, á la ley del país donde se encuentran los bienes hereditarios indivisos, pasemos á examinar cuál sea la ley que debe desplegar su autoridad cuando se trate de decidir quién debe considerarse capaz para promover la acción.

Tal cuestión, en general, debe decidirse conforme á los principios que se refieren á la capacidad jurídica. Se trata, en efecto, del ejercicio de un derecho relacionado con la condición civil de la persona, y es necesario atenerse naturalmente á la ley que regula la capacidad jurídica, en su nexa con la condición civil de aquel á quien compete el ejercicio del derecho. Por ejemplo, para decidir si para el ejercicio de la acción de división de herencia correspondiente á un menor emancipado ó no emancipado, á un incapacitado, á un ausente, á una mujer casada, el menor debe ser representado por el tutor, el padre ó el administrador legal de sus bienes, si es necesaria ó no la autorización del Consejo de familia y la aprobación del Tribunal, si los que poseen por un ausente, pueden promover la división de la herencia á que esté llamado éste, si la mujer casada puede promover esta acción ó si necesita la asistencia del marido, su autorización ó la del Juez; considerando que estas cuestiones no pueden depender de la ley reguladora de la sucesión ni de la del lugar donde se hallen los bienes, porque se refieren precisamente á la capacidad jurídica, será necesario atenerse, para resolverlas, á los principios que deben regir en general dicha capacidad en el disfrute de los derechos civiles.

Aun en el sistema francés que atribuye la condición de estatuto real á toda disposición referente á la sucesión inmobiliaria, no se puede sostener que se consideren de tal carácter las

disposiciones que conciernen á la capacidad para promover la división de una herencia, sino que es indispensable, por el contrario, tener en cuenta el estatuto personal y los principios que rijan la autoridad del mismo respecto al ejercicio de los derechos.

1.651. Aplicando los principios expuestos, se deduce que, en el caso de la herencia de un francés abierta en Italia y perteneciente á un menor no emancipado, ó á un incapacitado, es necesario referirse á los artículos 465, 466, 519 y 817 del Código civil francés para decidir cómo se ha de proceder á la división; y se observa además, que como el Código francés en el artículo 838 establece que cuando entre los coherederos exista un menor, aunque esté emancipado, ó un incapaz, la división debe hacerse judicialmente, es preciso atenerse á tal precepto para hacerla válida y efectiva.

Es necesario también admitir lo que el legislador estatuye en los artículos 466 y 840, es decir, que siempre que el tutor no hubiese cumplido todas las prescripciones sancionadas por la ley, la división hecha sin ajustarse á las reglas prescritas por ella, no podría tener el carácter de definitiva, sino que debería considerarse como provisional, y el menor, al llegar á la mayor edad, podría provocar la nulidad de esta división. Tales disposiciones, como tienden á proteger la condición de los menores franceses y á establecer las garantías legales para la salvaguardia de sus derechos, forman parte de su estatuto personal y deben, por consiguiente, desplegar su autoridad, no solamente en el caso de que los coherederos sean todos franceses, sino hasta en la hipótesis de que en la herencia estén interesados mayores italianos, y á pesar de que el Código civil italiano no hace distinción alguna entre la división provisional y la definitiva. La razón es, que las prescripciones legales para la tutela de los derechos de los incapaces, deben depender de su estatuto personal, y que los asuntos jurídicos en los que intervienen personas mayores de edad y menores, deben someterse á la ley personal de cada uno de ellos, dado que, en consideración á la incapacidad de los menores, ésta prescriba los requisitos legales para protegerlos y regule los

efectos jurídicos derivados de la inobservancia de las mismas prescripciones.

1.652. Una duda grave puede nacer en la hipótesis de la sucesión de un italiano abierta en Francia, y perteneciente á menores italianos y á mayores extranjeros. Si los coherederos no quieren permanecer en la indivisión, y el tutor ó el padre de los menores procede á la división sin observar las disposiciones sancionadas en los artículos 296, 301 y 224 del Código civil italiano, la división que se haga en esta forma, que estaría atacada del defecto de nulidad según la ley italiana, ¿tendría, al menos, el carácter de división provisional, en conformidad con cuanto establece el legislador francés en los mencionados artículos, á pesar de que en nuestro Código civil no se reconoce la división provisional?

Los jurisconsultos franceses, discutiendo esta controversia, observan que la institución de la división provisional admitida por el Código francés, que le atribuye un carácter enteramente especial, legalizando los efectos que de ella pueden derivarse, no está admitida por el legislador en interés de los menores, sino por razones de orden público, y con el fin, principalmente, de evitar las dificultades y los entorpecimientos que pueden nacer de considerarse nulos los actos de administración ejecutados por los coparticipes en los bienes adjudicados á cada uno de ellos en virtud de tan irregular división. Aquéllos observan también, que el legislador, para asegurar el valor de las transacciones y de los actos de administración, á fin de impedir pleitos ruinosos, confiando en que los herederos menores cuando cumplan la mayor edad pueden ratificar la división provisional hecha de un modo irregular, la considera eficaz legalmente para todos los efectos relativos al goce de los bienes que correspondan á cada uno en la división, y reputa á los coherederos, respecto á tales bienes, como usufructuarios. Valorando así la finalidad de la institución, atribuyen á la ley que la regula, el carácter de estatuto real, y la creen, por consiguiente, aplicable, hasta en el caso de que la división ilegal se verificara en Francia entre coherederos, de los cuales algunos fuesen menores extranjeros (1).

(1) Confr. Laurent, tomo VII, § 23; Weiss, *Traité*, tomo IV, pági-

No nos parece que se pueda atribuir en principio el carácter de estatuto real á la ley francesa que legaliza la división provisional. La circunstancia de encontrarse en territorio francés los bienes hereditarios pertenecientes á un menor italiano, no puede ser, por sí misma, suficiente para sustituir por la ley francesa, la italiana, llamada á regular la condición de sus menores y la fuerza jurídica de los actos realizados por los que los representan. En esencia, se trata de decidir el valor del acto jurídico en relación con la capacidad ó incapacidad de las partes, y entendemos que no es posible dudar de que todo se sujeta al estatuto personal, así como de él deben depender las consecuencias de la incapacidad. La ley francesa, que asume el carácter de estatuto personal respecto á los nacionales, y que debe aplicar su autoridad á regular los actos que ejecuten los menores franceses incapaces, ha podido ciertamente establecer que en las circunstancias que prevé el legislador, la división, aun cuando nula, puede tener el carácter de división provisional respecto á los menores franceses. Aquel legislador ha tenido, sin duda, sus razones para dictar tales preceptos, y principalmente los que se refieren á vigilar del mejor modo los intereses económicos y los generales; pero esto no quita que la ley tenga el carácter de eminentemente personal, y no nos parece justo querer atribuirle, en general, el carácter de estatuto real, admitiendo, en principio, que debe aplicar su autoridad á transformar una división nula, según la ley italiana, en división provisional y con efectos legales, conforme con lo que establece el legislador francés.

De entender así las cosas, se seguiría que aun en la hipótesis de que todos los coherederos fuesen italianos, y entre ellos unos mayores de edad y otros menores, el tutor podría proceder á la división violando las prescripciones de la ley italiana para proteger la condición de los incapaces, y pretender que el acto jurídico nulo, según la ley personal, se reputase legal para todos los efectos jurídicos que de él se derivaran según la ley territo-

nas 653 y 654; Despagnet, ob. cit., § 368, pág. 689 (3.ª edición); Champcommunal, *De la succession*, páginas 410 y 411.

rial (1). Tal consecuencia, ¿caso no contradice el principio generalmente admitido en Francia por la doctrina y la jurisprudencia, según el cual el estatuto personal de los menores extranjeros extiende su autoridad respecto á ellos hasta en territorio francés? Si la división hecha ilegalmente por el tutor, es nula según la ley italiana, debe considerarse así en Francia, admitiéndose, por consiguiente, el derecho del menor para pedir la nulidad, fundándose en cuanto dispone con este propósito el legislador italiano.

Añadamos, además, que si todos los coherederos no fuesen italianos, sino que unos menores fueran italianos y otros mayores italianos y franceses, la división hecha entre ellos de los bienes existentes en territorio francés, sin la observancia de las disposiciones sancionadas por el legislador italiano para la validez de los actos realizados por representantes de los incapaces, debería considerarse nula respecto á todos. Incumbe, en efecto, á los mayores conocer la condición de las personas con quienes contratan, y la autoridad del estatuto personal de las mismas.

1.653. Se aduce, no obstante, que, como consecuencia de la división provisional, pueden nacer derechos é intereses por parte de los terceros que hubieran contratado respecto á los bienes pertenecientes á cada uno de los copartícipes en virtud de la división irregular. El asunto toma así un aspecto muy diferente. Nosotros hemos sostenido que siempre que se ponga en litigio el derecho de los terceros, se puede invocar eficazmente la aplicación de la ley bajo cuyo imperio ha nacido el hecho jurídico que originó la relación jurídica respecto al tercero. Del mismo modo que la posesión de hecho de los bienes hereditarios, puede producir ciertos efectos en consideración á los terceros, como hemos dicho anteriormente (2), así la división de hecho ejecutada bajo el imperio de una ley que le atribuya

(1) Confr. Antoine, que sostiene que, según la ley nacional del menor, se debe decidir si la división es ó no válida como provisional. *De la succession*, pág. 127, núm. 121.

(2) Véase § 1.501, al final.

buya ciertos efectos respecto á los terceros, puede producirlos en conformidad con la ley bajo cuyo imperio se ha verificado el estado de hecho y la relación del tercero. Nosotros, por lo tanto, consideramos indispensable hacer una distinción acerca de los efectos de la división provisional en sus relaciones entre los coherederos, y en sus relaciones respecto á los terceros.

Negamos que la división de los bienes de la herencia de un italiano, hecha ilegalmente entre coherederos, sea válida provisionalmente entre las partes, en virtud de cuanto dispone la ley francesa; pero admitimos, sin embargo, que los terceros que hayan adquirido derechos sobre los bienes atribuidos provisionalmente á los copartícipes, puedan oportunamente invocar la aplicación de la ley territorial para obtener la salvación de sus derechos.

1.654. Por lo que concierne á las personas que pueden intervenir en la división, una dificultad puede nacer respecto á aquellas á quienes se les haya cedido por los coherederos individualmente, la parte de la herencia á que éstos tenían derecho. No está prohibido, en efecto, al coheredero, ceder sus propios derechos sucesorios después de abierta la sucesión, y según la ley italiana (art. 680), los cesionarios pueden intervenir por su cuenta y riesgo en la división y oponerse á la en que se proceda sin su intervención, y así lo dispone también el legislador español en el art. 803 (a). El legislador francés, por el contrario, estatuye en el art. 841 que toda persona, incluso los parientes del difunto, que no sea sucesor, y á quien un coheredero haya cedido su derecho á la sucesión, puede ser excluido de la división, ya por todos los herederos, ya por uno de ellos, reembolsándole el precio de la cesión.

Los juriconsultos han discutido acerca del carácter de tal disposición legislativa. Algunos han opinado que debe atribuírsele la autoridad de estatuto real, fundándose en el principio de que la disposición que admite ó niega el derecho del ce-

(a) Debe referirse el autor á los arts. 1.082 y 1.083 del Código español, pues el art. 803 no contiene declaración alguna que se relacione con esta materia, y está destinado á regular la administración de la herencia por el heredero condicional.

sionario á intervenir en la división, está inspirada en razones de orden público, y se basan principalmente en los motivos aducidos en el alegato presentado ante el Tribunal bajo el título «De las sucesiones», á propósito del art. 841. «Está en el interés de las familias—decía Chabot—que no se admita para conocer sus secretos y que no se mezclen en sus negocios, extraños á quienes sólo la avaricia ó el deseo de perjudicar han podido resolver á hacerse cesionarios» (1).

La Casación francesa (2), en su sentencia de 15 de Mayo de 1844, dice: «Descansando el retracto sucesorio en motivos de orden público, ninguna estipulación entre el cedente y el cesionario puede eximir á éste de la aplicación del retracto».

Fundándose en tales motivos Brocher (3), se inclina á considerar la disposición de que nos ocupamos como una ley de policía, por lo que le atribuye autoridad territorial en virtud de la disposición sancionada en el párrafo 1.º del art. 3.º del Código civil. «Las leyes de policía y seguridad obligan á todos los que habitan el territorio». Laurent (4), combate en principio la institución como se encuentra aceptada en el Código de Napoleón, y considera *le retrait successoral* como un error legislativo; pero admite, sin embargo, que á la manera como en Francia tienen el carácter de reales las leyes que tratan de la sucesión, así el artículo en cuestión debería desplegar su autoridad al caso de la sucesión inmobiliaria, y que sería por lo mismo aplicable hasta en la hipótesis de la sucesión de un italiano abierta en Francia respecto á los bienes inmuebles hereditarios, y no extensiva á los muebles, aun evidenciando el absurdo que se seguiría al tener que considerar la convención, en lo que se refiere á sus efectos, como inmoral, respecto á los inmuebles y como moral en cuanto á los muebles. Weiss (5), que admite en

(1) Chabot, *Rapport*, núm. 59; Loaré, tomo V, pág. 126 (edición de Bruselas).

(2) Véase Cass., 15 Mayo 1844 (*Journal du Pal.*, tomos XLII y XLIII).

(3) *Droit int. privé*, tomo I, pág. 427.

(4) *Droit civil int.*, tomo VII, § 26.

(5) *Traité*, t. IV, *Les conflits des lois*, pág. 654-655.

principio que todo ha de depender de la ley reguladora de la sucesión, sostiene, sin embargo, que debe atribuirse á la disposición, la autoridad de estatuto real, y por consiguiente afirma que *le retrait* no puede admitirse en Italia en la división de una sucesión francesa, puesto que la ley italiana que excluye el derecho de *retrait successoral*, tiene el carácter de las de orden público internacional, por lo que debe gozar autoridad sobre el territorio sometido á su imperio.

1.655. No intentamos discutir si la disposición sancionada en el artículo 841 del Código civil francés debe considerarse como un error legislativo, ni si ha de tenerse por lesiva del derecho de propiedad. El legislador francés no limita, en realidad, el derecho del heredero á disponer de la parte que le corresponda en la herencia, haciendo válidamente la cesión, sino que regula, á su manera, los efectos de la misma en las relaciones entre el cesionario y los coherederos; niega á aquél el derecho de intervenir en la división contra la voluntad de todos ó de uno solo de los coherederos, y atribuye á éstos el derecho de excluirle cuando lo intente, reintegrándole del precio de la cesión. Teniendo en cuenta los motivos que inspiraron la disposición, tal como fueron expuestos por Chabot cuando se discutió el proyecto de ley, aparece claro que tendió á proteger los intereses de las familias; sin embargo, aun admitiendo, como dice la Casación francesa, que la disposición esté inspirada en motivos de orden público, entendemos, sin pretender juzgar á fondo su oportunidad, que no se puede poner en duda que, como medida de protección, no mira más que á velar por los intereses de la familia francesa. Nos parece excesivo querer atribuirle el carácter de una medida de policía general y admitir así su autoridad *erga omnes*, concediéndole el alcance de toda ley que debe tener autoridad territorial absoluta.

Si atendemos á los principios generales que han de regular la cesión y determinar su contenido y sus efectos jurídicos, nos parece que no es oportuno referirse á la ley del lugar donde se encuentren los bienes hereditarios, ni á la del país donde se verifique el juicio de división, para justificar la aplicación de la *lex fori*, como si se tratase de una disposición relativa al

juicio y al procedimiento. Creemos, por el contrario, dado que un coheredero haya cedido su derecho indiviso y que se trate de determinar la ley á que ha de subordinarse la cuestión, que es más procedente atenerse á los principios que regulan la autoridad de la ley respecto al contenido de la cesión, y á sus efectos jurídicos en las relaciones entre el heredero cedente y los demás coherederos. Y refiriéndonos á tales principios observamos que, el que cede el derecho hereditario que le pertenece, cuando la herencia se haya abierto y está sin dividir, realiza un acto jurídico equivalente á una venta, y que para determinar los derechos que el cesionario adquiere, tanto respecto á los bienes que son objeto de la cesión, como á las acciones que puede ejercitar para hacer efectivos sus propios derechos, debe depender todo de la ley reguladora de la sucesión. Supuesto que en conformidad con tal ley, el sucesor no pueda ceder la facultad de accionar para transformar su derecho indiviso en derecho dividido, no obstante la oposición de sus coherederos, no es admisible que el cesionario funde su derecho de acción en ley diversa. No podría, en efecto, referirse á la ley del país donde se encuentren los bienes, porque la ley reguladora de la acción no concierne á los bienes, ni tampoco á la del país donde la división se promueve, á causa de no referirse la disposición que limita la acción respecto al cesionario, en el caso que discutimos, al procedimiento ni al juicio, sino más bien al fondo del derecho. Opinamos, pues, que todo debe depender de la ley reguladora de la sucesión. En el caso de que esta ley al regir el derecho de acción correspondiente á los coherederos para transformar el propio derecho sucesorio de derecho indiviso en derecho dividido, y aun concediendo la facultad de ceder el propio derecho hereditario, niegue, no obstante, la de transmitir al cesionario el derecho de intervenir en la división cuando exista oposición por parte de los otros coherederos ó de uno de ellos, no nos parece que el cesionario podrá invocar una ley distinta para sostener que ha adquirido en su virtud un derecho mayor y más amplio. Por otra parte, también sostenemos que cuando la ley reguladora de la sucesión establezca que el cesionario tiene derecho á intervenir en la división, no se le

podrá negar éste si quiere ejercitarlo en otro país donde el legislador, para proteger los intereses de las familias sometidas á su imperio, haya sancionado una máxima igual á la que se encuentra establecida en el art. 841 del Código civil francés.

Aplicando estos principios, observamos que, tratándose de la sucesión de un italiano abierta en Francia, y suponiendo que uno de los coherederos haya cedido su derecho sucesorio indiviso, el cesionario podrá intervenir en la división, sin hacer distinción entre sucesión inmobiliaria y mobiliaria, puesto que examinando detenidamente la disposición del artículo 841 y los motivos que la inspiraron, tal como los expuso Chabot, no se puede por menos de descubrir en ella el carácter de toda ley de interés exclusivamente personal. Aun admitiendo que se deba considerar como una medida de protección, es necesario reconocer que está destinada á amparar los intereses de la familia francesa. Si el legislador hubiese prohibido en absoluto la cesión de los derechos hereditarios, violando así la libertad de las transacciones comerciales y los derechos absolutos del propietario, se podría decir que la cesión de la herencia de un italiano, hecha por uno de los coherederos italianos, no tendría eficacia en Francia respecto al patrimonio inmobiliario allí existente, por razón de la autoridad territorial de las leyes á que se someten en dicho país las sucesiones inmobiliarias, y también por el principio general de que respecto á los inmuebles compete á la soberanía territorial determinar si pueden y cómo ser objeto de contrataciones y de comercio. Por el contrario, el legislador francés no declara nula la cesión, sino que para proteger los intereses de la familia, condiciona el derecho del cesionario á intervenir en la división, lo cual equivale á limitar el derecho de acción por un motivo de interés público, que es el de impedir á los extraños á la familia penetrar en los secretos de la misma.

Nos parece claro que en tal materia no se discuten los bienes, sino solamente la protección de intereses personales, por lo que, hasta dentro del sistema francés en que predomina el concepto de la realidad en materia de sucesión inmobiliaria, se debe reconocer el carácter de estatuto personal en las disposiciones que regulan los derechos de los sucesores en sus rela-

ciones personales, y que determinan la facultad que les corresponde para transformar su derecho indiviso en derecho dividido.

Terminamos, pues, diciendo, que en el caso de sucesión italiana abierta en Francia, no encontraría aplicación la disposición sancionada en el art. 841, y que, por el contrario, en el supuesto de una sucesión francesa abierta en Italia, los coherederos podrían oportunamente invocar el artículo mencionado para excluir al cesionario que intentase intervenir en la división (1).

1.656. La división de una herencia puede hacerse por acuerdo de las partes (división convencional ó amistosa), ó judicialmente (división judicial).

Para decidir si, para proceder legalmente á la división, se debe seguir una ú otra forma, conviene referirse á la ley reguladora de la sucesión. Cuando ésta mande á los coherederos en determinados casos hacer la división judicialmente, conviene referirse á lo que la misma establece. Así, si se tratase de una sucesión francesa, convendrá observar cuanto se encuentra sancionado en los artículos 838 y 840 del Código civil. Si, por el contrario, la ley no prescribe expresamente la división judicial, pueden los coherederos mayores y los que legalmente representen á los incapaces, realizar la división mediante acuerdo amistoso. En este caso, la división tiene la naturaleza y el carácter de un contrato, y debe considerarse sometida, en principio, á las reglas que regulan las relaciones contractuales. Sería necesario, ante todo, que los coherederos interviniesen ó estuvieran legalmente representados.

Por consiguiente, se consideraría como acto jurídico inexistente, la división amistosa verificada sin el consentimiento de cada una de las partes interesadas, y en lo que respecta á la capacidad de las mismas, sería preciso atenerse á las reglas sancionadas por el estatuto personal.

A propósito de esto, observamos que aun en el caso de que, según la ley reguladora de la sucesión ó la del país donde se

(1) Confr. Antoine, ob. cit., § 122; Despagnet, ob. cit., § 369; Champcommunal, ob. cit., pág. 423; Rolin, t. II, § 758.

encuentren los bienes hereditarios que han de dividirse, se atribuyese á la división el carácter de acto declarativo de la propiedad (salvo lo que exponremos á continuación acerca de los efectos de la división con relación á los terceros), por lo que se refiere á la capacidad del coheredero para estipular válidamente la convención de división, necesitaría estarse á la ley personal en lo que ésta determine sobre la naturaleza del acto en sus relaciones con la capacidad. Por ejemplo, si en una división de sucesión sujeta al Derecho francés estuviese interesada una mujer casada con un italiano, teniendo en cuenta que según los principios tradicionales y la jurisprudencia en nuestro país, el contrato de división se considera como traslativo de la propiedad, y según la ley relativa á la capacidad de la mujer casada, el patrio legislador exige que ésta obtenga la autorización del marido ó del Juez para que sean válidos los actos de enajenación que verifique, la autorización debería ser indispensable para la validez de la división. La naturaleza del acto en sus relaciones con la capacidad, estando en estrecha relación con la misma, debe, pues, determinarse por el estatuto personal, y no sería procedente referirse á la ley extranjera.

1.657. En cuanto á la forma del acto de división, conviene distinguir, como hemos dicho siempre, lo que concierne á la solemnidad extrínseca del acto, á la cual, como á todo otro contrato, se debería aplicar la regla *locus regit actum*, y los requisitos formales que deben considerarse necesarios para que el consentimiento pueda producir sus efectos, y á los que no puede alcanzar la regla *locus regit actum*, sino que es necesario referirse, por el contrario, á la ley reguladora de la sucesión.

En efecto, no se puede admitir que los requisitos formales del consentimiento eficaz para efectuar la división, puedan depender de la *lex loci*. Por lo que si conforme á la ley reguladora de la sucesión, no sólo se concede á las partes la facultad de llevar á cabo la división amistosa, sino que se deja al arbitrio de las mismas la conclusión de este pacto con completa autonomía en cuanto á la forma, se debería admitir como válido y eficaz ya esté redactado por escrito, ya se termine verbalmente, bien se haga ante Notario ó bien por medio de escritura privada.