

En cambio, si la escritura se declarase indispensable, no se podría tener por eficaz el consentimiento dado por los coherederos para llevar á cabo la división, á no ser que se expresase por documento escrito y firmado.

Queremos hacer notar, además, que siempre que en el país donde se encuentren los bienes hereditarios que son objeto de la división, la ley dispusiera que la partición de los inmuebles sea registrada para que tenga eficacia respecto á los terceros, convendría atenerse á cuanto esta ley dispone, á fin de que el contrato fuese válido contra los terceros. De aquí se sigue, que, si conforme á la citada ley no fuesen registrables más que los actos auténticos, sería necesario también hacer la división mediante la forma de acto auténtico, no para su validez entre los coherederos, para la cual, según dijimos, se debería aplicar la ley reguladora de la sucesión, sino únicamente para los efectos jurídicos de la división respecto á los terceros, para los cuales no se podría desconocer la autoridad de la *lex rei sitae*, que exige el previo registro.

**1.658.** La mayor dificultad en esta materia, surge cuando existen coherederos menores, y la ley reguladora de su condición civil y de su representación legal, contenga reglas distintas de las sancionadas por la ley que rige la sucesión ó por la vigente en el lugar donde se encuentre una parte de los inmuebles de la herencia. A nosotros nos parece que para todo lo que concierne á la legal representación de los menores, las medidas de protección exigidas para la tutela de sus derechos, y la observancia de los requisitos indispensables, según la ley, para asegurar la parte de los bienes hereditarios que les correspondan á consecuencia de la división, se debe reconocer la autoridad exclusiva del estatuto personal de los mismos, determinado en consideración á su ciudadanía ó á su domicilio, de acuerdo con las reglas establecidas en los diversos sistemas legislativos. La estipulación del contrato de división constituye, en esencia, el ejercicio de los derechos civiles por parte del menor incapaz, y nos parece claro que se debe reconocer la autoridad exclusiva de su ley personal para determinar cómo ha de estar representado y para fijar también los procedimientos indispensables que

ha de seguir el representante. Convendrá, pues, atenerse al estatuto personal para decidir si el tutor puede ó no estipular el contrato de división, si necesita la autorización del Consejo de familia, si se debe nombrar el protutor, si precisa la homologación del Tribunal, y así sucesivamente. La ley reguladora de la sucesión no puede, en realidad, desplegar su autoridad respecto á estas cuestiones. Debe extenderla para establecer la medida del derecho sucesorio correspondiente al menor; por lo que puede acontecer que en un país donde según la ley se atribuya carácter de estatuto real á toda disposición que se refiera á la sucesión inmobiliaria, el derecho sucesorio y su medida, dependan de la *lex rei sitae*. Pero una vez establecido el derecho hereditario conforme á la ley territorial, el acto por parte del menor extranjero para llevar á efecto la división, y que quiera estipular el contrato de partición, no es una cuestión de derecho sucesorio, sino de relaciones contractuales, para las cuales, por razón de su incapacidad, el menor quedará sometido á la ley personal que regula y protege su condición como incapaz.

Tampoco la ley del lugar donde se encuentren los bienes puede desplegar su autoridad. Desde luego, que si para efectuar la división se necesitase proceder á la venta de un inmueble existente en país extranjero, salvo siempre la autoridad del estatuto personal para la legalidad del acto, sería preciso, indudablemente, observar las disposiciones prescritas por la ley territorial para realizar legalmente la venta, pero no se estaría en el caso de aplicar la misma ley para determinar las formalidades legales requeridas para proteger los derechos del menor y asegurar el precio del inmueble vendido, salvo solamente cuando se hiciese de un modo provisional y como medida de conservación. Así el Tribunal territorial, por ejemplo, podría ordenar que la parte del precio correspondiente al menor extranjero ingresase provisionalmente en la caja de depósitos, hasta que se cumpliesen las condiciones requeridas por su ley personal para asegurar y vigilar sus derechos; pero no pretendería aplicar las disposiciones de la ley territorial, por el solo motivo de que el menor extranjero ejercite sus derechos propios sobre

el inmueble existente en el territorio del Estado del Juez. Por el contrario, debe prevalecer el principio general de que todos los procedimientos que protegen la condición del menor por razón de su incapacidad y que se fundan en su condición civil como tal, forman parte de su estatuto personal, y como no se refieren á la condición de los bienes, no pueden depender de la *lex rei sitae*.

**1.659.** Los efectos de la división deben regularse, naturalmente, por la ley á que se somete la sucesión y los derechos y las obligaciones de los coherederos en sus relaciones como tales. Será necesario atenderse, por lo tanto, á dicha ley, para establecer si la división efectuada tiene efecto declarativo ó traslativo, en consideración á los bienes que componen la cuota de cada uno de los herederos. Sin embargo, nosotros explicaremos á continuación las consecuencias que pueden surgir en las relaciones de los acreedores con los terceros (1), y la ley que debe regular los efectos de la adjudicación de la cuota á cada uno de los coherederos, en sus relaciones con los acreedores de la herencia.

Debe, pues, aplicarse indudablemente la ley de la sucesión, para determinar la garantía recíproca de los coherederos, respecto á los objetos que componen la cuota correspondiente á cada uno de ellos. Dado que, conforme á dicha ley, los coherederos estén obligados los unos respecto á los otros á la garantía para la evicción, y en los conflictos de derecho ocasionados al pacífico disfrute de los bienes que componen la cuota, será necesario aplicar aquella para determinar dicha garantía y las circunstancias en que los coherederos deben considerarse asegurados. La *lex rei sitae* podrá aplicarse solamente para decidir si existe ó no el hecho jurídico, ó sea la evicción ó la molestia de derecho, y si la causa es anterior ó posterior á la división. Así, aun en el caso de que la obligación de la garantía se considere que ha cesado por el motivo de que la evicción pueda ser consecuencia de la culpa del coheredero que sufre el daño, ó que la inexigibilidad del crédito sea imputable al coheredero.

(1) Véase más adelante el § 1.681.

necesitará referirse á la *lex rei sitae* para probar la culpa, ó á la del lugar donde el crédito era exigible, para establecer la inexigibilidad por el acto del coheredero acreedor.

La acción de rescisión, en el caso de división amistosa, debe ser también regulada por la ley á que se subordina la sucesión y la medida de los derechos sucesorios correspondientes á cada uno de los coherederos. Decimos esto, porque como el Derecho sucesorio, en su entidad, debe establecerse conforme con la ley reguladora de la sucesión, se aplicará también la ley misma para decidir si á consecuencia de la lesión sobrevenida á la división, puede considerarse violada su autoridad en todo lo que debe regir y establecer la medida del derecho sucesorio.

Creemos conveniente advertir tan sólo, que también en esto la ley territorial debe desplegar su autoridad, puesto que está encargada de defender los derechos del tercero. Por consiguiente, cuando un inmueble hereditario se encontrara bajo el imperio de una ley que limitase la acción de rescisión por parte del coheredero que hubiera enajenado el inmueble que le correspondiese en la división, y que el coheredero que se creyese lesionado hubiera realizado la venta, y el tercero, por consiguiente, hubiese adquirido la propiedad del inmueble; en tales circunstancias, la disposición de la ley territorial que protege el derecho del tercero, debería desplegar su propia autoridad á pesar de que disponga otra cosa la ley reguladora de la sucesión. Esto se admitiría en virtud del principio tantas veces enunciado, esto es, que toda ley que vele por los derechos de los terceros á consecuencia de un acto jurídico que se inicie en el territorio sujeto á su imperio, tiene el carácter de estatuto real. Es necesario considerar siempre en principio que cuando está en litigio el derecho de un tercero lo está también el derecho social, y que las disposiciones que regulan las relaciones jurídicas en tales circunstancias tendrán el carácter de estatuto real. Por lo que debe admitirse que la disposición mencionada en el art. 1.043 del Código civil italiano, conforme con la del 892 del Código civil francés (1), debe modificar la aplicación de los principios

(1) El Código español establece una disposición más categórica,

expuestos en el caso de que el inmueble existiese en Italia ó en Francia, y de que el coheredero perjudicado en la división lo hubiese enajenado.

**1.660.** Una forma de división completamente especial es la que, en conformidad con ciertas leyes, se puede hacer por los padres y por otros ascendientes. Nuestro legislador dice así en el artículo 1.044: «El padre, la madre y los demás ascendientes pueden dividir y distribuir sus bienes entre sus hijos y descendientes, comprendiendo en la división hasta la parte no disponible».

El legislador francés también se ocupa de lo mismo en el artículo 1.075, que se encuentra en el título *De las donaciones y de los testamentos* (1).

Se ha discutido acerca de si á la disposición que concede esta facultad á los padres y á los ascendientes, se le ha de atribuir el carácter del estatuto real ó del personal (2). Nosotros entendemos que no es preciso detenerse mucho en tal discusión, puesto que nos parece evidente que la ley misma á que ha de sujetarse la sucesión y el derecho de disponer por medio de acto *inter vivos* ó *mortis causa*, debe aplicarse para regular esta materia. Los motivos que han podido determinar al legislador para admitir tal institución, confiriendo á los padres y á los ascendientes la potestad excepcional de distribuir sus bienes entre sus hijos y descendientes, han debido, en realidad, surgir de la justa aspiración de querer hacer una cosa provechosa para los hijos, previniendo las disensiones que entre ellos pudieran engendrarse al verificar la división de la herencia, que tal vez les obligaría á recurrir á los Tribunales de justicia, cuando

que dice: «El heredero que hubiese enajenado la totalidad ó una parte considerable de los inmuebles que le corresponden, no podrá proponer la acción rescisoria por lesión».

(1) Confr. Código español, art. 1.056; holandés, 1.167; mejicano, arts. 3.791-3.810.—El legislador español dispone también que el testador, mediante acto *inter vivos* ó *mortis causa*, pueda confiar á un tercero la facultad de hacer la división de sus bienes entre los herederos (art. 1.057).

(2) Confr. Laurent, *Droit civ. int.*, t. VII, § 81.

no pudiesen proceder á la división de una manera amistosa. Pero dejando aparte los motivos, es preciso reconocer que la división *inter vivos*, presenta un carácter completamente especial, porque toda otra forma de división sólo tiende á distribuir los bienes que se encuentran ya asignados á los herederos como copropietarios, en situación de indivisión, y que desde el momento en que se abrió la sucesión, constituían, respecto á ellos, una comunión; la hecha por los padres tiene el carácter excepcional de transmitir la propiedad de los bienes, dividiéndolos entre los llamados á recogerlos. El contenido, pues, del acto es, en sustancia, una transmisión de bienes designados é indicados por el disponente, mediante un acto *inter vivos* ó por testamento (1).

**1.661.** Considerando bien lo expuesto, entendemos que, para resolver las controversias acerca de la validez de la división de que hablamos, es necesario aplicar los principios antes dichos, relativos á la eficacia de los actos de última voluntad, tanto en lo que concierne á la capacidad del *de cujus*, como á lo referente á la validez intrínseca de la división misma. No es procedente referirse á los jurisconsultos antiguos é invocar su autoridad. Siguiendo el orden de ideas de los que atribuyen el carácter de estatuto real á toda disposición legal que atañe á los bienes inmuebles, y que someten á la *lex rei sitae* el ejercicio de todo derecho por parte de los propietarios de los mismos, es natural reconocer la autoridad de la ley territorial para decidir si el disponente tiene ó no la facultad de transmitir y dividir por sí mismo los bienes á sus herederos (2).

Hoy, para determinar la autoridad de la ley, es necesario tener en cuenta la naturaleza del hecho jurídico y el contenido de las relaciones jurídicas, y se debe, por consiguiente, admitir que, como la división *inter vivos*, atendiendo á su contenido, es en esencia una cesión de bienes á título gratuito, la ley que

(1) Véase cap. VII, § I, núms. 1.402-1.419.

(2) Confr. Burgundos, *Tractatus ad consuetudines Flandriae*, I, 49 y VI, 4; Froland, *Memoires concernant la nature et la qualité des statuts*, t. II, pág. 1.283-85; Boullenois, *Dissertation sur les démissions des biens*, cuestión VI, pág. 90.

la regla, debe ser la misma que rige la transmisión de los bienes mediante acto *inter vivos* ó *mortis causa*. Puesto que, de cualquier manera que la división se haga, será válida después de la muerte del disponente, es natural que todo se considere ligado á la sucesión misma y sometido á la ley que ha de regularla.

De lo expuesto se deriva que en el sistema de leyes que atribuye el carácter de estatuto real á toda disposición que concierne á la transmisión del patrimonio inmobiliario, como ocurre en Francia, donde hasta la capacidad de disponer se subordina á la ley francesa relativa á los inmuebles allí existentes, se admite naturalmente la autoridad de dicha ley, para decidir sobre la validez y eficacia de la división hecha por los padres entre sus descendientes. Esto no es más que una aplicación del principio general, según el cual toda disposición que concierne á la transmisión por sucesión de los inmuebles existentes en territorio francés, tiene el carácter de estatuto real.

En el sistema del Código civil italiano, es, por el contrario, natural que incluso la cuestión propuesta se resuelva ateniéndose á la ley nacional del *de cuius*, y que se decida conforme á ella, lo que se relacione con la capacidad de las personas á quienes se atribuya tal derecho excepcional, con la forma extrínseca del acto requerida como indispensable para su fuerza jurídica, con los requisitos intrínsecos para su eficacia, y también para determinar el derecho de impugnar el acto realizado por el ascendiente, correspondiente á los herederos entre quienes se han dividido los bienes.

**1.662.** Hablemos ahora de la división judicial, que se hará siempre que los coherederos mayores no estén de acuerdo para verificarla, ó bien cuando surjan entre ellos contiendas al repartir los bienes, las deudas y las cargas hereditarias.

La primera cuestión que puede nacer en tales circunstancias, es la referente á la competencia del Juez. Se debe admitir en principio que un solo Juez decida respecto á la herencia indivisa que se intente partir. Los jurisconsultos romanos aceptaron sin discusión que, para evitar las contradicciones de las sentencias, las contiendas relativas á la división de la herencia,

á la rescisión de la división y á sus efectos entre las partes interesadas, se decidieran por un Juez único (1). Pero tan justo concepto no se halla hoy acogido en las relaciones del Derecho internacional. En efecto, así como, conforme al sistema vigente en ciertos países, se admite siempre que haya tantas herencias cuantos sean los países en que se hallen situados los bienes, y que sobre todo respecto al patrimonio inmobiliario, debe abrirse una sucesión distinta y separada sometida á la *lex rei sitae*, así también se entiende que esta ley regulará, en principio, la sucesión, y que es necesario referirse á la misma, no sólo para proceder á la división de los inmuebles hereditarios existentes en el territorio del Estado, sino igualmente para determinar el Juez competente que ha de juzgar las cuestiones nacidas entre los coherederos al dividir entre ellos los mencionados bienes, y para repartir las deudas y las cargas hereditarias. De esta manera realmente se llega á fraccionar la herencia, la cual, teniendo en cuenta su entidad y su contenido, es una universalidad jurídica; y no son pocas las anormales consecuencias que trae consigo la admisión de tantos juicios cuantos son los Estados en que radican los inmuebles y la autoridad de la *lex rei sitae* para resolver las controversias relativas á la partición de los bienes y de las deudas hereditarias (2).

Dejando ahora aparte toda discusión en el campo de los principios racionales, notamos que, conforme al derecho positivo, cuando se esté en el caso de proceder á la división judicial, es necesario atenerse á la ley territorial para determinar la autoridad competente.

En Francia, el Tribunal competente en materia de sucesión, se determina según la regla sancionada por el art. 59 del Có-

(1) Pomponius, L. I, Dig. *De quib. reb. ad. eund. jud.* Este principio fué demostrado así por Voet: *Ad unum eundemque judicem pro ventilando hoc divisorio judicio cohaeredes omnes venire oportere, ne contentia causae dividatur, neve si diversos adirent iudices inexplicabiles inde orirentur difficultates uno quidem iudice rem Titio adjudicante, altero vero eandem Maevio assignante; vel sine adjudicationibus eam velut dividuam inter cohaeredes pro rata dividentes.* (Voet, *Ad Pand.*, libro XII).

(2) Véase anteriormente, tomo V, I, § 109.

digo de procedimientos civiles, el cual se refiere en realidad á la sucesión que se abra en Francia, aun cuando el *de cujus* sea extranjero. En este caso no podría contradecirse la competencia del Tribunal francés respecto á las cuestiones relativas á la división y liquidación de la herencia mobiliaria é inmobiliaria, en virtud de la autoridad territorial de las leyes que se refieren al pleito y á la competencia del Juez del Estado.

Algunos afirman que la máxima sancionada en el mencionado artículo, puede tener aplicación aun en el caso de sucesión abierta en el extranjero (1); pero, en verdad, teniendo en cuenta los principios aceptados por la jurisprudencia, la disposición del art. 59 se considera encargada de regir la competencia solamente para la sucesión abierta en Francia, y no nos parece exacto atribuirle el alcance de una regla de competencia en las relaciones con el Derecho internacional privado. Es verdad que la Audiencia de París, en su sentencia de 17 de Noviembre de 1834 (2), sostuvo la competencia de los Tribunales franceses para las sucesiones abiertas en país extranjero; pero hay que advertir que se fundó en el art. 14 del Código civil, para las acciones personales, y en el art. 3.º, para las acciones sobre los inmuebles existentes en territorio francés (3).

La competencia de los Tribunales franceses para decidir las cuestiones en materia de división respecto á las sucesiones abiertas en país extranjero, fué también admitida por la circunstancia de que los inmuebles radicaban en Francia; pero esto sucede en el caso de la división de una herencia entre coherederos extranjeros y franceses, y la competencia fué fundada en el art. 2.º de la Ley de 14 de Julio de 1819, que autoriza su predominio en provecho del coheredero francés. La Corte de Casación decía, en efecto, en su sentencia de 29 de Diciembre de 1856 (4), que la competencia de los Tribunales franceses

(1) Confr. Despagnet, *Droit int. privé*, 3.ª edición, § 273; Dubois, nota á mi comunicación en el *Journal de Dr. int. privé*, 1875, página 142.

(2) *Journal du Pal.*, tomo XXVI, pág. 1.018.

(3) Confr. también París, 11 Diciembre 1847 (Dalloz, 1848, II, 49); y Cassation, 10 Noviembre 1847 (Dalloz, 1848, I, 38).

(4) Pleito Gómez (*Journal du Pal.*, 1857, pág. 976).

para decidir las controversias derivadas de la división de los bienes muebles existentes en Francia, aun cuando se tratase de sucesión abierta en el extranjero, debía admitirse al efecto de realizar el predominio autorizado por la citada ley de 1819.

Lo que se admite como regla segura, según la jurisprudencia francesa, es que, así como el poder jurisdiccional y el legislativo emanan de la misma soberanía, y el art. 3.º somete á la ley francesa los inmuebles existentes en Francia, aun cuando los posean extranjeros, debe tenerse en virtud de tal artículo como establecida también la jurisdicción de los Tribunales franceses en lo que se refiere á toda controversia relativa á los inmuebles, y, por consiguiente, á las que se relacionan con la división de los inmuebles hereditarios (1). Esta es la lógica consecuencia del principio anormal *tot sunt haereditates quot territoria*.

En Bélgica, la competencia en materia de sucesión se regula por la Ley de 25 de Marzo de 1876, y en virtud de la regla sancionada por el art. 48 se admite también que para las acciones de petición de herencia, para las de división y para toda otra contienda entre los coherederos, hasta la división, son competentes los Tribunales belgas, si dichas acciones se refieren á los inmuebles existentes en Bélgica, aun cuando se trate de sucesión abierta en país extranjero.

En Italia, la competencia se encuentra determinada en el artículo 94 del Código de procedimientos civiles, el cual se refiere á la sucesión abierta en dicho país, y también á la de un italiano abierta en el extranjero. Sin embargo, algunos han entendido que el último apartado del mencionado artículo puede encontrar su aplicación hasta en el caso de la sucesión de un extranjero abierta fuera de Italia, atribuyendo así á la disposición el alcance de una regla de competencia, según el Derecho internacional, y por consiguiente, han sostenido que cuando la mayor parte de los bienes inmuebles hereditarios ó

(1) Confr. Cour de París, 31 Diciembre 1889 (*Revue de Droit int.*, 1890, pág. 290). Véase también Colmar, 12 Agosto 1817; Cass. 14 de Marzo 1837 (*Sirey*, 1837, I, pág. 195).

de los muebles que han de dividirse, se encontrasen en el territorio italiano, aunque la sucesión se haya abierto en el extranjero, puede ser eficazmente entablada la acción ante los Tribunales del reino. Nosotros, no obstante, hemos combatido siempre esta interpretación, sosteniendo que el último apartado del mencionado artículo, es aplicable solamente al caso de contendas relativas á la división de la sucesión de un italiano muerto en el extranjero y no ya á las de la sucesión de un extranjero que se haya abierto fuera del reino (1). Ahora, sin embargo, no es el momento de discutir esta cuestión, de la que se tratará en su lugar, cuando hablemos del derecho judicial y de la competencia.

**1.663.** Aquí debemos limitarnos á establecer, en principio, que cuando llegue el caso de proceder á la división judicial, conviene atenerse á la ley territorial para determinar la autoridad competente que ha de conocer de los recursos de los coherederos; y que debe admitirse, por consiguiente, también, que pueda fraccionarse el juicio de división en virtud de cuanto establezca el legislador territorial, no obstante que conforme á la máxima por él sancionada se llegue á contradecir el principio racional de la unidad del juicio y del Juez único en la materia de la petición de la herencia y de la acción de los coherederos para su división.

Conviene también admitir que la misma ley competente para poder proceder á la división, debe aplicarse para determinar los procedimientos necesarios á su realización.

La ley belga, por ejemplo, del 12 de Junio de 1816, ha establecido que cuando en la sucesión estén interesados menores ó incapaces, la división debe hacerse por medio de un Notario ante el Juez de paz del común donde la sucesión se abra. Es natural que se necesite atenerse á esta ley, y observar también los procedimientos que la misma establece, para la venta de los

(1) Véase Fiore, *Sulla competenza dei Tribunali italiani di giudicare e decidere controversie relative alla successione di uno straniero apertasi all'estero*. Napoli, 1894. Y también la *Nota* á la sentencia de la Casación de Turín de 30 Enero 1874, en el *Journ. de Droit. int. privé*, 1875, pág. 139-42.

inmuebles, así como también guardar las demás formalidades que prescribe.

**1.664.** Las operaciones necesarias para llegar á la división son diversas. La valoración de los inmuebles y de los muebles que han de dividirse, su venta cuando sea preciso enajenarlos, la formación de la masa divisible, la formación de las cuotas y la adjudicación de cada una de ellas á los varios coherederos. Para cumplir las expresadas operaciones, conviene no sólo observar las reglas de procedimiento, sino atenerse también á las leyes que regulen los derechos respectivos de los sucesores y de los interesados. Para las primeras es menester referirse, en principio, á la ley del lugar donde se sigue el juicio de partición. Sin embargo, si una parte de los inmuebles ó de los muebles que se han de dividir, se encontrasen en país extranjero, y se necesitase proceder á su justiprecio ó á su venta, convendría atenerse á la *lex rei sitae* en tal operación. Será indispensable, por consiguiente, aplicar la ley local y observar las formalidades que prescriba para justipreciar los inmuebles ó los muebles, y atenerse á la máxima *locus regit actum* cuando llegue el caso de realizar la venta pública de los mismos. La observancia de las reglas de procedimiento para realizar legalmente un negocio jurídico, interesa siempre al orden público, y por consiguiente, no se puede negar el imperio de la ley territorial.

**1.665.** Para formar la masa divisible, es menester reunir los bienes existentes, el precio obtenido de la venta de los inmuebles ó de los muebles, y también los objetos sujetos á colación.

Con este motivo pueden surgir diversas dificultades, ya acerca de la ley de que debe depender la colación, ya de la que ha de determinar la obligación de aportar, teniendo en cuenta la voluntad del donante ó del disponente; ya respecto del modo de realizar la colación de lo que el sucesor haya recibido del difunto por donación ó de lo que le haya dejado por testamento, cuando aquel que esté llamado á la sucesión pueda considerarse obligado á aportarlo.

**1.666.** Las disposiciones legislativas en materia de cola-