rios ejemplos de esto. Vamos á citar las decisiones porque se les ha dado una trascendencia que no tienen, viendo en ellas excepciones al principio del art. 815; los tribunales, lo mismo que las partes interesadas, no tienen derecho á suponer una excepción á un principio de orden público. Pero el juez puede decidir que el art. 815 no es aplicable á convenios para los cuales no se ha establecido.

Unos habitantes de una comuna compraron en común un inmueble para que sirviera de alojamiento á su pastor. Algunos de los compradores pidieron la partición de la casa y de sus dependencias. La corte de Colmar falló que no había lugar á aplicar el art. 815, porque los habitantes que figuraban en el contrato no habían querido comprar la casa para disfrutarla en común, y porque, al contrario, se habían prohibido todo goce destinándola al uso del pastor. (1) Este motivo no es muy concluyente. El art. 815 no deja de ser aplicable, por más que los copropietarios por indiviso no disfruten de la cosa común: tal es el caso de herederos nudos propietarios (núm. 230). Había otro motivo para decidir, el cual es perentorio, y es que la indivisión era voluntaria, tenía un objeto que excluía toda demanda de partición, debiéndose dar el inmueble al pastor; luego el art. 815 no entraba en la cuestión.

Un padre da á sus hijos la propiedad de un inmueble reservándose el usufructo de la mitad del bien donado, con cláusula de retorno en caso de muerte de los donatarios. Uno de los donatarios, queriendo salir de indivisión, diligencía la licitación del inmueble indiviso, y concluye en que la venta se haga contradictoriamente con el donado usufructuario. Este se opone á la licitación, y se funda en su contrato, por cuyos términos el derecho de usufructo es una condición de la liberalidad que los donatarios han aceptado, y que deben, en consecuencia, ejecutar; ahora

1 Colmar, 20 de Marzo de 1813 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1528, 2°)

bien, ellos alterarían su ejecución rematando el inmueble; además, la licitación impediría al donador ejercer su derecho de retorno, que constituía igualmente una cláusula de la donación. La corte de París fué de parecer que la donación había establecido entre el padre y sus hijos un estado de indivisión que cada uno de los comunistas estaba en derecho de hacer cesar. Recurso de casación. El padre sostiene que el art. 815 no es aplicable al caso, como tampoco lo es en materia de sociedad. La corte de casación casó la sentencia, decidiendo que no había indivisión entre el padre usufructuario y los hijos nudos propietarios. Sin duda que, dice la corte, la reserva de usufructo puede estorbar la libere disposición de los bienes entre los codonatarios, pero les prohibe la acción de partición de la nuda propiedad que es la única indivisa entre ellos; el usufructuario debe permanecer extraño á esa partición y á la licitación que es su consecuencia, porque él no es copropietario de la nuda propiedad, la cual sólo puede dividirse ó rematarse con la reserva de los derechos del usufructuario. Los hijos, dice la sentencia, no podían quitar al padre el goce del inmueble en el cual habían consentido, ni el derecho de retorno que es igualmente una cláusula del contrato. En definitiva, el art. 815 era inaplicable. Mal se haría en concluir de la sentencia, que los comunistas no podían pedir la partición ni la licitación; la sentencia dice lo contrario, pero al dividir y licitar, ellos no podían alentar á derechos que ellos mismos habían consentido.

235. ¿El principio del art. 815 recibe excepciones? La jurisprudencia y la doctrina admiten que hay excepción en el caso en que, al dividir una cosa, las partes contrayentes dejan en común una avenida, una puerta, ó cualquiera otra dependencia que es necesaria para la explotación de los inmuebles divididos. Hay mucha confusión en las decisiones judiciales sobre esta indivisión for-

zosa, así como en la doctrina de los autores. Se la considera como una especie de servidumbre recíproca. Esto es inadmisible, porque está en oposición con un principio elemental de derecho: *ressua nemine servit*. Hay, en realidad, una cosa común, que permanece indivisa. La dificultad está en saber si esta indivisión puede ser perpetua. Nosotros hemos examinado la cuestión en el título de las *Servidumbres*, y la hemos resuelto negativamente. Lo que acabamos de decir de la indivisión voluntaria suscita una duda. ¿No puede decirse que si ciertas partes de una cosa permanecen indivisas, ésta es una indivisión contraída voluntariamente, con un fin de utilidad común, y que, por consiguiente, el art 815 es inaplicable? Nosotros mantenemos nuestra opinión á pesar de este motivo de duda. Hagamos constar desde luego que, en el caso de que se trata, hay una comunidad de hecho involuntaria, por causa de herencia. Los coherederos participan; la cuestión está en saber si, al dividir, pueden ellos dejar una parte de los bienes en indivisión perpetua. Este es precisamente el caso del art. 815: la ley prohibe la indivisión forzada, sin distinguir si se trata de una dependencia de los bienes divididos ó si se trata de todos los bienes; la indivisión parcial está prohibida tanto como la indivisión total. Esto decide la cuestión. Queda por saber si hay una razón de diferencia entre la indivisión nacida de un contrato voluntario que nosotros aceptamos con la jurisprudencia, y la indivisión, voluntaria también, que es la continuación de una comunidad de hecho. Sí, la primera es temporal; tiene por objeto un fin común que, una vez logrado, pone término á la indivisión; la comunidad entre esposos concluye, las sociedades concluyen. Mientras que la indivisión forzada entre copropietarios de dos casas, sería perpetua; tal indivisión podría originar diariamente dificultades y pleitos; y en realidad, los pleitos no escasean, como lo prueban las numerosas sentencias pronunciadas en esta materia. ¿No es sencillo y más legal proceder á la licitación, como la ley lo quiere, cuando los inmuebles no se pueden dividir?

236. ¿Los habitantes de una comuna pueden invocar el principio del art. 815 para pedir la partición de los bienes comunales? Es evidente que nó, porque no son propietarios y ninguna indivisión hay entre ellos, porque la comuna es la propietaria. Así es que el art. 815 es absolutamente extraño á la cuestión. Algunas leyes dadas durante la Revolución (1) habían condenado la partición de los bienes comunales; dichas leyes fueron derogadas por las del 21 praderial, año XI y de 9 ventoso, año XII. En definitiva, las comunas están bajo el dominio del derecho común. Cuando dos comunas son copropietarias por indiviso de un terreno, pueden pedir su partición. Dos comunas tienen el derecho de cultivar un estanque secado cada tres años; se falló que este derecho constituía una copropiedad del fundo que daba lugar á la acción de partición ó de licitación. (2)

El uso de cultivar los estanques alternativamente y de llenarlos de pescados, existe todavía en el país de Dombes y de Bresse, comprendidos entre el Saona, el Ródano y el Ain. Llámase *évolage* al estanque lleno de agua y de peces; se le llama *assec* cuando no tiene pescados y se cultiva. La corte de casación ha fallado que el *évolage* y el *assec* constituyen propiedades indivisas para los que de ellos disfrutan distintamente, y que, en consecuencia, hay lugar á la aplicación del art. 815; poco importa que los propietarios sean comunes ó particulares. (3) Como la cuestión

1 Leyes de 14 de Agosto de 1792, y 10 de Junio de 1793.
2 Denegada, de 28 de Enero de 1838 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1526).
3 Casación, 5 de Julio de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 137).

sólo tiene un interés local, remitimos á la sentencia de la corte de casación y á la nota que la acompaña.

II. Derogación del art. 815.

1. Convenio.

237. Después de haber establecido el prinoipio de que nadie puede ser forzado á permanecer en la indivisión, el art. 815 agrega: "se puede, no obstante, convenir en suspender la partición por un tiempo limitado; este convenio no es obligatorio más allá de cinco años, pero sí puede renovarse." Puede ser interesante para los herederos no proceder á la partición; con mucha frecuencia la partición hace la venta necesaria; ahora bien, las circunstancias, una revolución, una guerra, una crisis industrial, pueden depreciar momentáneamente las propiedades, y entonces es conveniente esperar un momento más favorable. A veces ciertos motivos de conveniencia exigen á los hijos que permanezcan en la indivisión con el superviviente de sus padres, á fin de conservarse el goce íntegro de la fortuna del difunto; para ellos es un deber no lastimar en sus intereses al que sufre ya en sus afectos. El legislador, pues, ha tenido que aceptar una excepción al lado de la regla; pero los motivos de orden público que han obligado á dar la regla reaparecen hasta en la excepción, porque la ley no quiere que se extienda más allá de cinco años; por otra parte, siendo temporales las razones que la justifican, es conveniente que la excepción también lo sea.

238. El art. 815 dice que se puede *convenir* en suspender la partición; luego se necesita un convenio, es decir, el concurso de consentimiento de todos los interesados. Se pregunta si la cláusula de indivisión puede estipularse en una partición de ascendiente hecho por donación entre vivos. na madre divide sus bienes entre sus hijos, con di-

ferentes cargos y con la condición de no poder proceder á ninguna partición en especie de los bienes donados antes de su fallecimiento. ¿Hay en esto convenio de indivisión? ¿Y quién es el obligado por este convenio? Siendo la donación un contrato, es claro que los copartícipes han consentido en la cláusula de indivisión; pero no han podido consentir sino dentro de los límites del art. 815, es decir, por cinco años. Antes de la espiración de los cinco años, uno de los hijos muere y la madre lo hereda en una cuarsa parte, ella pide la partición; se falló que no era recibible porque, como heredera de uno de los copartícipes, estaba ligada por la cláusula de indivisión que éste había subscripto. (1)

Serían diferentes el caso y la decisión cuando un contrato de matrimonio impusiera la indivisión á los herederos de las partes contrayentes. Por ejemplo, los cónyuges se donan el usufructo, uno al otro, de los bienes que dejarán á su fallecimiento, y añaden la cláusula de que sus herederos no podrán pedir la partición de los bienes antes del fallecimiento del donatario. ¿Es esto un *convenio* de indivisión? Ciertamente que no, porque los herederos no figuran en el contrato; luego por su parte no hay consentimiento; es una prohibición de dividir, impuesto por un contrato; semejante prohibición es nula á todas luces, como pacto succesoral, y en virtud del art. 815. Los futuros esposos pueden, es cierto, hacer convenios con su sucesión futura, por donaciones de bienes futuros; pero en el presente caso, ellos imponían á sus herederos una prohibición de dividir, luego hacían un pacto succesoral fuera de las condiciones permitidas; la cláusula era nula en virtud del art. 815 porque no era un convenio, sino una prohibición, y la ley veda estas prohibiciones. (2) ¿Sería aplicable

1 Fallo del tribunal del Sena, de 6 de Junio de 1849 (Dalloz, 1849, 3, 76).
2 Metz, 3 de Julio de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 204).

el art. 915, al caso en que uno de los copartícipes hiciere á un tercero una promesa de venta de un inmueble indiviso, si esta promesa excediere el término de cinco años? Se ha fallado, y con razón, que el art. 815 es extraño á esta hipótesis. La promesa de venta no es un convenio de división; no se celebra entre coherederos, y no impide á los contrayentes pedir la partición. (1)

239. ¿El convenio que suspende la partición por un término que excede los cinco años, es nulo, ó solamente reductible al término legal? Tal sería la cláusula de una partición de ascendiente que estipulase la indivisión durante la vida del ascendiente donador. Generalmente se admite que el convenio de indivisión es válido, pero únicamente por un término de cinco años. El art. 1660 proporciona un argumento de analogía en apoyo de esta opinión. Después de haber establecido como un principio que la facultad de rescate no puede estipularse por un término que exceda de cinco años, la ley decide que si se ha estipulado por un plazo más largo, se reduce á dicho plazo. El legislador supone que tal es la intención de las partes contrayentes. Otro tanto puede decirse del pacto de indivisión; los herederos que consienten en estar en la indivisión durante diez ó veinte años, consienten, con mayor razón, en permanecer así cinco años. Se objeta que habría que consultar, antes qne todo, la intención de las partes contrayentes. Su voluntad tiene fuerza de ley, ya se sabe, pero la cuestión se presenta precisamente cuando no han manifestado su voluntad, y entonces se debe admitir por analogía la decisión del art. 1660. (2)

240. Si el convenio suspendiera la partición por un tiempo ilimitado ¿habría también que aplicar por analogía el art. 1660 y reducirlo á cinco años? Nosotros creemos que el

1 Denegada, de 24 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 456).
2 Durantón, t. 7°, pág. 150, núm. 81.

texto decide la cuestión. El art. 815 comienza por decir que puede provocarse siempre la partición, no obstante convenio en contrario; en seguida agrega esta restricción: se puede, sin embargo, convenir en suspender la partición por *tiempo limitado*. Luego el convenio de indivisión ilimitado no está permitido, y cae, en consecuencia, bajo la aplicación del art. 815, primer inciso: la partición podrá pedirse á pesar de ese convenio. Esta interpretación se funda tambien en la razón. El convenio de indivisión ilimitada es contrario al orden público; luego sobre el pesa nulidad: las partes han querido lo que la ley prohibe, y no han querido lo que ella permite; luego su convenio es imperante.

241. Según los términos del art. 815, el convenio de indivisión puede renovarse, bien entendido que por un plazo de cinco años. No hay dificultad cuando la renovación se hace antes de la espiración del primer plazo. Se pregunta si el convenio puede renovarse durante el curso del primer convenio. La afirmativa no es dudosa; pero el nuevo plazo de cinco correrá desde el dia en que se ha estipulado, por que la partición no puede suspenderse sino durante cinco años; luego los coherederos no pueden estar ligados sino por un plazo de cinco años. (1)

242. ¿El convenio de indivisión puede oponerse á los acreedores de las partes contrayentes? Según el art. 2205, la parte indivisa de un coheredero en los inmuebles de una sucesión no puede ponerse en venta por sus acreedores personales antes de la partición; la ley les da el derecho de provocar la partición si lo juzgan conveniente. Así, pues, los acreedores están interesados en que la sucesión sea dividida; en tanto que no lo esté, su derecho de expropiación está en suspenso, lo que equivale á decir que no

1 Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4°, pág. 375, nota 4. Demante, t. 3°, pág. 215, núm. 139 *bis* 3°

podrán usar del derecho de prenda que la ley les otorga (art. 2092), y en consecuencia, no obtendrán el pago de sus créditos. ¿Acaso los herederos pueden, manteniendo la indivisión, paralizar los derechos de sus acreedores? Hay alguna incertidumbre sobre esta cuestión en la doctrina. En principio, debe decidirse negativamente. Cuando la ley da derechos á los acreedores, es imposible admitir que el deudor puede paralizar su ejercicio por un convenio de indivisión que él podría renovar indefinidamente. Por otra parte, los convenios no tienen efecto sino entre las partes; luego no pueden oponerse á los acreedores de las partes contrayentes. ¿Se objetará que los acreedores no son terceros, que son los cointeresados del deudor? En el título de las *Obligaciones* dirémos cuál es el sentido de esta regla, de la cual se abusa de un modo extraño. Cuando un contrato no engendra más que un vínculo de obligación, este vínculo no existe sino entre las partes que en el contrato figuran; los acreedores no son partes, luego el contrato no puede oponérseles. ¿Se dirá que debe distinguirse entre los acreedores hipotecarios y los acreedores personales? Verdad es que éstos no tienen el derecho de persecución y que la prenda que ellos tienen en los bienes de su deudor se les escapa, desde el momento en que son enajenados. Pero en el caso no se trata del derecho de persecución; los bienes de la sucesión están en el patrimonio del deudor; se trata de saber si él puede substraerlos á la acción de sus acreedores.

Nosotros no creemos que pueda hacerlo, aun cuando los terceros hubiesen contratado con él después del convenio de indivisión. En efecto, al obligarse con ellos, él les da una prenda sobre sus bienes; en virtud de esta prenda, los acreedores pueden apoderarse de los bienes, y si están indivisos, ellos pueden provocar la partición. El convenio de indivisión no crea más que un vínculo personal

de obligación y no afecta los bienes; luego éstos quedan sujetos á la acción de los acreedores.

2. *Testamentos.*

243. ¿El testador puede prohibir la partición entre los legatarios ó sus herederos? ¿puede suspenderla durante un plazo de cinco años? Esta cuestión es muy controvertida. A nosotros nos parece que el texto y el espíritu de la ley la deciden en contra del testador. El art. 815 dice que la partición puede provocarse á toda hora, no obstante *prohibiciones* y convenios contrarios. Esta es una regla general, que se aplica al testador como á las partes contrayentes; el testador *prohibe*, los coherederos *convienen:* la *prohibición* es nula tanto como el *convenio*. Después de esto viene una excepción á la regla. "Se puede *convenir* en suspender la partición por un tiempo limitado; este *convenio* no es obligatorio más que por cinco años." Así es que la regla comprende la *prohibición* emanada del *testador* y los *convenios* celebrados por los *coherederos*, mientras que la excepción no cae más que sobre los *convenios* de los herederos. Luego el testador se queda dentro de la regla, es decir, que de ninguna manera puede prohibir la partición, ni aun por cinco años. ¿Hay alguna razón para esta diferencia que la ley establece entre el convenio y el testamento? Merlín la explica perfectamente. "Después de la muerte del testador, dice él, los herederos que han tenido conocimiento de su sucesión, así como de sus sentimientos recíprocos, están en aptitud de juzgar si pueden, sin comprometer su tranquilidad respectiva, sin exponerse á enojosas discusiones, renunciar por cierto tiempo á la facultad de pedir partición. Pero ¿puede el testador saber, en el momento en que dispone, si los herederos querrán permanecer en la indivisión durante un tiempo cualquiera?"

¿Qué se opone á estas razones que son perentorias? Que el testador puede apreciar el interés de sus herederos mejor que éstos. Admitamos que así sea. El testador impondrá, pues, la indivisión á sus herederos; y ¿les impondrá también sentimientos de paz y de concordia? Es cosa muy eventual querer hacer bien á los hombres apesar suyo. Déjeseles que ellos juzguen de su interés; si éste exige la indivisión, ellos se resignarán á ella, y si su animosidad no les permite que escuchen la voz de la razón, más vale que obren contra su interés, pidiendo la partición, que forzarlos á que se estén en la indivisión apesar suyo. Luego el legislador ha sido más prudente que los intérpretes, vedando toda prohibición de derecho, aun cuando sea transitoria.

Se hace otra objeción, la única que tiene algún valor. En el antiguo derecho, se admitía que el testador podía prohibir la partición durante cierto tiempo. Esta era notablemente la opinión de Pothier, del cual los autores del código han tomado la disposición del art. 815. Ahora bien, si se compara el texto del código y las expresiones de Pothier, se convencerá uno de que por la palabra *convenio*, en el segundo inciso del art. 815, el legislador entiende no solamente un contrato, sino también un testamento. Pothier, lo mismo que el art. 815, comienza por decir que hay lugar á la acción de partición, por más que los coherederos hayan *convenido* entre sí que la indivisión sea perpetua; por idénticas razones, no se requería la voluntad del testador que hubiese prohibido á sus herederos que dividiesen los bienes. Hé allí el primer inciso del art. 815. Se puede, sin embargo, continúa Potier, *convenir* en diferir la partición hasta determinado tiempo; así, si el testador no ha prohibido absolutamente la partición de sus bienes, sino que se ha contentado con ordenar que se difiera por cierto tiempo, se quiere su voluntad. "La razón es que *este convenio de las partes, esta voluntad del difunto*, nada tiene de contrario á la naturaleza de la comunidad." Luego la palabra *convenir*, de que Pothier y el código se sirven, comprende todo á la vez, los convenios de los herederos y la voluntad del testador. A Demolombe le parece irrecusable la prueba; olvida que Pothier, después de haber confundido en la palabra *convenir* el convenio y el testamento, distingue después con mucha claridad el *convenio de las partes*, de la voluntad del difunto. ¿El código hace lo mismo? Nó, él no habla más que del convenio y ni una palabra de la voluntad del testador. Luego el argumento del texto subsiste, y es decisivo. (1)

244. Síguese de aquí que la cláusula del testamento que prohiba la partición por un tiempo limitado, es nula, como contraria á una ley de orden público. En consecuencia, hay que aplicar el art. 900, por cuyos términos las condiciones contrarias á las leyes se tienen por no escritas en las disposiciones entre vivos ó testamentarias. (2) Resulta de esto una dificultad cuando la cláusula de indivisión, por su tiempo limitado, se agrega á una partición de ascendiente hecha por donación: ¿será ella válida á título de comercio, ó será nula en virtud del art. 900, como impuesta por el donador? Creemos que lo que debe aplicarse es el principio del art. 815. La cláusula de indivisión no es nula de una manera absoluta; se vuelve válida cuando se ha estipulado en un comercio; si los copartícipes pueden convenir en

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 15, pág. 486, núm. 511. Demante establece muy bien el principio, t. 3°, pág. 264, núm. 139 *bis* 2° La jurisprudencia vacila tanto como la doctrina. Véanse las sentencias apenas motivadas en Dalloz, *Sucesión*, números 1504, 1508 y 1510. Hay un fallo á favor de nuestra opinión, del tribunal de Bruselas, de 22 de Junio de 1872, muy bien motivado (*Pasicrisia*, 1872, 3, 177).

2 Fallo del tribunal de Bruselas, de 27 de Abril de 1861 (*Bélgica judicial*, t. 19, pág. 1591), y el fallo precitado anteriormente á esta nota.