

ción se anuló, previa deliberación en la Sala del Consejo, de acuerdo con las conclusiones conformes del Abogado General, Nicias Gaillard. La sentencia es clara y terminante; comienza por establecer, cosa indiscutible, que no puede cesar la indivisión de los bienes puestos en comunidad, sino disuelta ésta; antes de ello, no corresponde á ninguno de los cónyuges determinar por sí la importancia de los bienes comunes, hacer su liquidación, distribuirles entre sí y su cónyuge, y disponer por última voluntad de los bienes de que habría formado así eventualmente su propio lote.

Ese derecho, continúa la Sala, no podría corresponder á la mujer, puesto que, conforme al art. 1,453, sería nulo y de ningún valor cualquier acto que implicara por su parte el ejercicio de la facultad de aceptar ó repudiar antes de extinguida la sociedad. Tampoco el marido podría tener ese derecho, puesto que el art. 1,423 únicamente le permite disponer de un objeto de la sociedad en forma de doctrina testamentaria, y con la condición de que, por venir la partición, entrará ese objeto en el lote de sus herederos.

En vano se invocaba el artículo 1,075, que concede á los ascendientes la facultad de hacer anticipadamente la partición de sus bienes á sus hijos, no pudiendo ejercerse ese derecho más que en los bienes cuya propiedad y libre disposición tiene cada uno de los esposos. En el caso, el marido había comprendido que la partición hecha por él era nula, y contaba con la confirmación de la mujer; pero esta confirmación no podía validar la partición, porque el consentimiento de la mujer intervenía en un momento en que ya no podía consentir el difunto marido, y no se puede formar el vínculo de derecho más que por el concurso simultáneo de la voluntad de los contratantes, concurso imposible por el fallecimiento de una de las partes antes

que pudiera consentir la otra. La demostración es matemática: la partición era nula. (1)

ARTICULO 2.—De la partición considerada como distribución de bienes.

Núm. 1. La doctrina.

60. La partición de ascendiente es una partición; el artículo 1,075, que establece el principio, dice que el ascendiente puede hacer la distribución de sus bienes entre sus descendientes. ¿Está sujeta esa partición á las reglas de la partición *ab intestato*? La opinión general es que se debe aplicar á la partición de ascendiente, la disposición del artículo 832, que dice: "En la formación y composición de lotes, hay que evitar en lo posible fraccionar las heredades y dividir los laboríos; conviene hacer entrar en cada lote, si puede, la misma cantidad de muebles, derechos ó créditos del mismo valor y naturaleza." Creemos que no es aplicable á la partición de ascendiente el art. 832, porque la ley no obliga á aquél á sujetarse á las prescripciones de la partición judicial. La ley guarda silencio acerca de las reglas conforme á las cuales debe el ascendiente distribuir sus bienes, y tanto más significativo es su silencio cuanto que la misma ley declara expresamente que son aplicables á la partición de ascendiente las formalidades, reglas y condiciones prescriptas para los testamentos y las donaciones entre vivos; sujetando así la partición de ascendiente al derecho común, en tanto que la partición es un acto de disposición. Pero nada dice de la partición considerada como acto de distribución. ¿Qué se debe concluir de ello? Que el ascendiente no está sujeto á ninguna regla á este respecto, sin perjuicio de que pueda atacarse la partición por alguna de las causas de la ley, cuales son:

1 Casación, 13 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 311).

la omisión de hijo, la lesión de más del cuarto, ó el haberse tocado la reserva. La ley no dice que la partición es nula si el ascendiente no se conforma á las prescripciones del art. 832; ¿puede admitirse una nulidad que la ley no establece y por la inobservancia de las formalidades que ella no prescribe? Admitimos el sistema de nulidades virtuales, por más que transforme al juez en legislador. Pero, á lo menos, la nulidad tiene una base; hay una disposición formal de la ley que no se ha observado; es menester una sanción, y esta sanción debe ser la nulidad, porque tal es la voluntad tácita del legislador. En nuestro caso, no hay testamento; el intérprete crea, pues, desde luego, una obligación que la ley no impone al ascendiente, y después la sanciona con la pena de nulidad. Esto, literalmente, se llama hacer la ley.

¿Se dirá que así lo quiere el espíritu de la ley? Podríamos contentarnos con responder que no basta el espíritu de la ley para engendrar una obligación y sancionarla so pena de nulidad. Pero veamos más de cerca cuál es ese espíritu de la ley que se invoca para crear una causa de nulidad de que no hay sino huella en el capítulo "De las Particiones de Ascendientes." Cosa notable: cuando se trata de precisar los motivos por los cuales se admite la aplicación del art. 832, no se entienden los partidarios de la opinión dominante. Unos invocan el principio de la igualdad, que es de esencia en toda partición, y, por consiguiente, de la partición de ascendiente; otros opinan que esto no es completamente exacto. La igualdad concierne al valor de los objetos partidos, y cuando sale perjudicada, la ley da una acción de rescisión por causa de lesión, mientras que la igualdad no resulta lesionada cuando se compone un lote de inmuebles y otro de muebles, con tal que los dos lotes sean iguales. Es cuestión de conveniencia más bien que de igualdad; mas permitiendo al padre que par-

ta sus bienes entre sus hijos, precisamente le constituyó juez de las conveniencias; conoce las necesidades é inclinaciones de los hijos; á las hijas les dará dinero porque les constituye un dote, y el dote mejor es aquel del cual se puede hacer toda clase de uso. A sus hijos les dará su padre tierras si son labradores, ó una casa en la ciudad si son industriales ó comerciantes, ó, mejor aún, valores muebles, el alma de la industria y del comercio. Hay, además, otros intereses que resguardar, y son los de la agricultura, intereses que son también los de las familias en que se usan las particiones de ascendiente, las familias de labradores; importa mantener la explotación agrícola en su integridad, si el desmembramiento llevado hasta el exceso, hiciera imposible ó ruinoso el cultivo. Pues bien, el orador del Gobierno dijo con todas sus letras, que la partición de ascendiente permitirá evitar desmembramientos y arreglar la repartición de los bienes de modo que se haga la felicidad de cada uno de los hijos, consultando sus aptitudes é inclinaciones. Ved ahí el espíritu de la ley, que manda se deje en completa libertad al padre de familia; sería, pues, contrariar la mente del legislador, imponerle trabas; lo cual llevaría á hacer imposible el ejercicio de la misión de previsión y equidad que la ley entendió confiarle.

Se ha dado otra razón para justificar la aplicación del sistema restrictivo consagrado por el art. 832. Es, dicen, consecuencia de la copropiedad. La partición supone una copropiedad indivisa; y cada uno de los copropietarios tiene un derecho, no sólo á la masa, sino también á cada objeto de los que la componen. Si se aplicara este principio en todo su rigor, cada comunero debía tener una parte en todos los objetos indivisos. El art. 832 modera este rigor; no obstante aplicar el principio de la copropiedad, límitase á exigir que se ponga en todos los lotes un número

igual de objetos de la misma naturaleza. Puesto que el artículo 832 mira á la esencia de la partición, hay que concluir de aquí que el ascendiente está obligado á conformarse á él cuando distribuye sus bienes entre sus hijos. (1) Esto es muy justo cuando se trata de la partición ordinaria que se hace después de abierta la herencia, cuando los bienes dejados por el difunto pertenecen realmente pro indiviso á los herederos. Pero cuando el ascendiente hace la distribución entre sus hijos, éstos no son copropietarios; lo cual es evidente en la partición entre vivos; el único propietario es el donante, porque la propiedad de los bienes donados se transmite por la donación á los donatarios. Lo mismo sucede con la partición testamentaria, la cual contiene también disposición de bienes, siendo el testador el propietario en el momento de testar y aun en el en que muere; pues sólo al morir él, es cuando sus herederos se hallan en estado de indivisión. Por tanto, en la partición de ascendiente no son copropietarios los que dividen entre sí un patrimonio común, sino propietario el que distribuye sus bienes entre sus herederos presuntos; el art. 1,075 lo dice terminantemente. Lo más que se puede decir, es que hay una ficción de copropiedad sin la cual no se concibiría la partición; y en virtud de esa ficción, se estima que la herencia se abre por anticipación en el momento en que el ascendiente parte sus bienes. ¿Pero basta una ficción para traer consigo la aplicación de las reglas de la partición real? Los principios nos dicen que al legislador, único que establece las ficciones, corresponde determinar sus límites y sus efectos. Tal fué lo que los autores del Código hicieron en el capítulo consagrado á la partición del ascendiente. En punto á ficciones, el silencio de la ley es decisivo; no se pueden aplicar á una partición ficticia otras

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 221, nota 1, pfo. 730. En sentido contrario, Réquier, pág. 292).

reglas que las de la ley; y ella se remite á las de los testamentos y las donaciones, no á las de la partición; esto resuelve la dificultad. (1)

61 No es tan unánime como se cree, lo que los autores enseñan. Unos distinguen entre la partición por testamento y la partición por donación, (2) y admiten que la partición testamentaria está sujeta á las reglas que trae el Código en el título "De las Sucesiones." Esa partición, conforme á la opinión común, es obra tan sólo del testador, que la impone á sus herederos, haciendo, por lo mismo, funciones de juez, y debiendo, consiguientemente, observar las reglas que el Código prescribe para la partición judicial. Por el contrario, la partición entre vivos se efectúa por el concurso de voluntades del ascendiente y sus hijos: éstos deben aceptar, y su aceptación tiene que ser expresa. Es, pues, una partición convencional; mas los copartícipes que estén de acuerdo pueden hacer la partición como ellos quieran, pues no están ligados por las disposiciones restrictivas del art. 832; es una garantía establecida en favor de los herederos; ¿quién les impide que renuncien á ella? Su consentimiento legitima todas las cláusulas de la partición.

Esta distinción no ha conseguido apoyo. Considerada como instrumento de repartición de bienes, la partición testamentaria no difiere de la entre vivos. Son un solo y mismo hecho jurídico, y así deben sujetarse á las mismas reglas. ¿Concíbese que la partición por donación esté fuera de las reglas del art. 832 si, como dicen, emanan ellas de la esencia misma de la partición? En consecuencia, hay

1 En sentido contrario, Demolombe, t. 23, pág. 206, núm. 201, y los autores que cita.

2 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, págs. 465 á 469. Genty, págs. 137 y siguientes. Compárese con Réquier, páginas 190 y siguientes, 283 y siguientes.

que buscar en otro lugar la razón por la cual no está sujeto el ascendiente á las restricciones que entorpecen la partición judicial. La razón está en el fin que tuvo el legislador al otorgar al ascendiente el derecho de distribuir sus bienes entre sus hijos.

El art. 832 no se aplica á toda partición *ab intestato*, pues se refiere á la judicial, y en ella están comprendidas las disposiciones restrictivas de la ley. Efectivamente, los lotes se sacan al azar; supuesto lo cual, bastaba con arreglarlos todos de manera que cada uno de ellos comprenda la misma cantidad de muebles, inmuebles, derechos ó créditos de idéntica naturaleza y valor; de otro modo, habría desigualdad entre los coparticipes. Pero esa igualdad matemática tiene grandes inconvenientes; hace imposibles los lotes de atribución, quiere decir, la partición que tiene en cuenta las necesidades, las inclinaciones, las conveniencias de cada uno de los comuneros, aplicando inmuebles á aquel que habría preferido todos los valores muebles, y éstos al que habría querido inmuebles. Mucho más favorables á los interesados son las particiones de atribución, en las cuales por desgracia, estallan las rivalidades, las envidias, y, por consiguiente, las discusiones. Hé aquí por qué invistió el legislador al padre de familia de la facultad de hacer una partición de atribución entre sus hijos.

No se puede negar que ese es el espíritu de la ley, puesto que lo dijo el orador del Gobierno (núm. 1). Si así es, no podría estar sujeta la partición de ascendiente á las reglas que el art. 832 establece para la partición judicial. Hay en la opinión común una verdadera contradicción lógica. El art. 832 concierne á las particiones judiciales, quiere decir, á las particiones en que no se pueden formar los lotes por atribución; y quiérese aplicarle á la partición de ascendiente, que el legislador autoriza precisamente para que el ascendiente distribuya sus bienes por vía de atri-

bución. En suma, se interpreta falsamente el art. 832 aplicándole á la partición de ascendiente. Ese artículo no establece una regla general para toda partición, sino una excepcional para las judiciales. ¿Y la partición de ascendiente es judicial? Al contrario, su objeto es prevenir las particiones judiciales. Debe, pues, asimilarse á una partición convencional, como que, en efecto, exige el consentimiento de los coparticipes. Mas la partición convencional no está sujeta al art. 832, lo cual nos parece decisivo.

62. Si se quieren aplicar á la partición de ascendiente las reglas de la judicial, se vuelve irrisorio el derecho que el legislador concedió al padre de familia, puesto que al propio tiempo se le permite y se le prohíbe hacer una partición de atribución. A eso tiende la jurisprudencia de casación que pronto vamos á exponer. Con ser que casi no se agita la opinión pública con resoluciones puramente jurídicas, se ha agitado con aquélla, lo cual es prueba de que hay de por medio un interés general. Se practicó en Francia una averiguación agrícola por los años de 1866, 1867 y 1868. Al exponer el resultado de sus trabajos el Presidente de la comisión, M. de Foreade, Ministro de Agricultura, Comercio y Obras Públicas, llamó la atención del Gobierno á la legislación relativa á la partición de ascendiente, tal como fué interpretada en casación, y pidió que se reformara el Código en el sentido de que aquella partición dejara de estar sujeta á las reglas de la judicial: en bien de la agricultura, es necesario permitirse al ascendiente que aplique á uno de sus herederos el dominio inmueble de la herencia, dejando los valores muebles para los otros. (1) Por su parte, los magistrados se preocuparon con esta faz de la cuestión que ordinariamente les es

1 Barafort, *De las particiones de ascendientes y de las modificaciones que deben hacerse á la ley en esta materia, á propósito de la averiguación agrícola* (París, 1870), págs. 5 y siguientes.

extraña. Dos presidentes de tribunal de apelación, MM. Réquier y Barafort, sujetaron á nuevo examen la cuestión de derecho y llegaron á la conclusión que acabamos de formular: no se sacrifican por el Código Civil los intereses de la agricultura, como se cree; la jurisprudencia es la que ha impuesto á las particiones de ascendientes reglas restrictivas de que debería libertarse á éstos, conforme al espíritu de la ley.

Indudablemente el interés de la agricultura no es un motivo jurídico; puede obligar al legislador á modificar la ley, pero no obligará á los tribunales á dar otra interpretación al Código Civil, como no pruebe que sus autores se propusieron satisfacer el interés agrícola, invistiendo al padre de familia de la facultad suficiente para conciliar el interés de su laborio con el interés y el derecho de sus hijos. A nuestro juicio, los magistrados que se encargaron de la defensa de la agricultura, suministraron aquella demostración; y debemos insistir en este punto precisamente por ser este orden de ideas poco familiar á los jurisconsultos.

Comencemos por decir que en la clase de los labradores en pequeño, es donde se ha ido perpetuando á través de los siglos el uso de la partición de ascendientes. El labrador que tiene varios hijos conserva á su lado al mayor, porque estará antes que sus hermanos en estado de secundarle en sus trabajos y continuar su laborio. Los demás hijos quedan como domésticos, ó sea trabajando como jornaleros ó artesanos, y ya en la vejez se desprende el padre de sus bienes en beneficio de sus hijos. ¿Cómo hará la partición? La equidad y la necesidad concurren para dejar al hijo que de hecho dirige los trabajos, la casa paterna y sus dependencias. Dividir la herencia sería hacer imposible el cultivo. En un caso que ocurrió en el Tribunal de Agén, había que formar seis lotes y que deducir una mejora, y no

había más que partir que la casa de habitación y un terreno con capacidad de una hectárea y treinta y seis áreas; aplicándose la regla del artículo 832, cada hijo habría alcanzado diez y ocho áreas. (1) Dividido así hasta lo infinito, el suelo habría acabado por no prestarse para la labranza. No hay más que un medio para continuar el laborio, y es el de instituir un heredero, como se dice, dejándole los inmuebles al hijo mayor, con una mejora en caso de necesidad, y á los otros hijos los valores muebles, aumentados con réditos á cargo del heredero de los inmuebles.

Imbuidos todos los jurisconsultos en el espíritu de igualdad, dirán que eso equivale á restablecer ó mantener en los campos el derecho de primogenitura; pero no, porque la desigualdad aparente realmente está conforme con la más estricta equidad. El hijo llamado á heredar á su padre le reemplaza, vivo todavía éste, primero pasando su juventud en los trabajos del campo, y dirigiéndolos después, cuando al padre le faltan ya las fuerzas. De este modo emplea una parte de su vida en mejorar la heredad que algún día ha de ser suya. ¿No es justo que tenga en cuenta el padre esto á favor del que le ayudó á trabajar, cuando los hermanos y hermanas juntan, en provecho personal suyo, un peculio por su trabajo ó industria? El padre tiene en ello el mayor interés, y por la esperanza de la mejora es por lo que retiene á su hijo en la casa paterna, preparándose él mismo un asilo para su ancianidad. ¿Pierden en esto los otros hijos? Absolutamente. Establecidos en otro lugar, con frecuencia retirado del de su nacimiento, ¿qué harían con unas cuantas áreas de tierra? Las hijas preferirían su dote en numerario, y los hijos no tienen interés en ser propietarios en el lugar donde no residen. La partición de atribución satisface á todos los intereses. (2)

1 Agén, 1.º de Junio de 1864 (Daloz, 1864, 2, 183).

2 Réquier, págs. 4 y siguientes.

En el año VIII se discutió en el Consejo de Estado un proyecto de ley cuyo objeto era prevenir la excesiva división que resultaba de la ley de 17 Nevoso, año II. Maville dice que en los departamentos mediterráneos, donde las heredades no se componen sino de pequeñas propiedades raíces, cada sucesión subdividirá las herencias de modo que no puedan formar ya una finca, lo cual arruinaría á la agricultura y á las familias. Por manera que en aquellos países, el uso casi general es "hacer un heredero." Réal sostuvo la causa de la absoluta igualdad, y halló un contrincante en el primer Cónsul. El legislador, dice Napoleón, debe tener esencialmente en mirar las fortunas humildes, las cuales se distribuirían con la excesiva subdivisión del suelo, sobre todo si se enajenaba ó partía la casa paterna, lugar céntrico de la familia, lo mismo que de la labranza. Bigot-Prémeneu se casó con esta opinión: "La división igual de los bienes destruye las fortunas modestas. Dividida en varias fracciones una heredad pequeña, ya no existe para nadie, y si permanece entera, sigue siendo centro común para la familia." Finalmente, el tribuno Jaubert invocó el interés del padre. "¿No es justo dejarle al padre los medios de retener á su lado á un hijo para que le consuele en su vejez? El que no tiene otro terreno que el que él mismo puede cultivar estaría amenazado de un abandono absoluto, si la ley no le permitiese mejorar á un hijo." (1)

Las mismas ideas se hallan substancialmente en el discurso de Bigot-Prémeneu. Dice éste que la ley da al padre de familia derecho para distribuir sus bienes entre sus hijos, á fin de "evitar" los "desmembramientos" y conservar á uno de ellos el "asilo común de la familia." Esto supone una partición de asignación. ¿Cómo evitará el padre el desmembramiento, si está encadenado por el artícu-

1 Réquier, págs. 10 y siguientes; Barafort, pág. 11.

lo 832, el cual le manda desmembrar todo lo que se pueda dividir? El orador del Gobierno dice que el padre podrá repartir los bienes conforme á los deseos é intereses de cada uno, de modo que haga la felicidad de todos. ¿Cómo cumplirá con tal misión si se le ordena que consulte para el arreglo de los lotes, no su afecto particular á cada hijo, sino sólo la naturaleza y calidad de los bienes? El artículo 832 conduce fatalmente á desmembrar los laboríos agrícolas, y acabaría por hacerlos imposibles; en tanto que la partición de ascendiente se dirige á mantener las pequeñas propiedades. Por consiguiente, hay incompatibilidad radical entre las reglas del art. 832 y la partición de ascendiente. Quiere decir, que tanto los autores como la jurisprudencia van por camino falso. (1)

Núm. 2. La jurisprudencia.

63. Al exponer la doctrina y la jurisprudencia relativas á la cuestión que examinamos, dicen los editores de Zachariæ que la opinión que sostenemos es generalmente rechazada. En efecto, los autores, menos Zachariæ, se declaraban todos ellos por la aplicación del art. 832 á la partición de ascendiente, y la jurisprudencia parecía haberse determinado definitivamente en este sentido. (2) El mismo rigor de esta doctrina ha provocado la vuelta á una opinión que parecía estar abandonada, y la jurisprudencia misma está lejos de ser tan unánime como se dice.

Más de una vez hemos hecho notar que los tribunales de Bélgica siguen con más fidelidad el Código Civil que los de Francia; aquéllos no gustan de teorías nuevas, que son tan á menudo errores nuevos. En nuestra cuestión, sólo hay,

1 Réquier, págs. 283, 284.

2 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 221, nota 1; Dalloz, núm. 4,485. Es menester añadir á Demolombe, t. 23, página 299, núms. 199-201.