

el ascendiente está facultado para partir *ex bono et equo*. Aplicando este principio, que no es, por cierto, el del artículo 832, el Tribunal declaró válida una partición tal como lo preconizan los adversarios del art. 832. Los ascendientes habían dado sus inmuebles al hijo, y á las hijas una cantidad en numerario. Esto era una violación flagrante del art. 832. Pero el padre y la madre habían considerado que no se podían funcionar cinco ó seis fragmentos de terreno que constituían toda su fortuna, sin imposibilitar las labores de cultivo; y dando á las hijas su parte en dinero, habían obrado en su interés, porque viviendo lejos del lugar donde estaban ubicados los terrenos, tenían que hacerse de inmuebles, que podían comprar en el lugar de su residencia. Sin embargo, reclamaron las hijas, y el Tribunal falló prudentemente, sin escuchar sus reclamaciones. (1)

Un fallo de Riom se aparta abiertamente del art. 832; sin embargo, no podría discutirse la prudencia con que se dictó, y, á nuestro entender, es muy jurídico. Confiesa el Tribunal que los arts. 826 y 832 sientan reglas fundamentales; pero reglas que aun cuando sean cómodamente divisibles los inmuebles, no obligan al padre de familia con tanta estrechez que no los pueda distribuir del modo más útil á los respectivos intereses de cada hijo, si, por lo demás, no resulta ninguna desigualdad entre ellos. Tratábase de un ascendiente que había dado lotes en numerario á aquellos de sus hijos que se habían establecido lejos del lugar paterno, reservando los inmuebles para los que vivían en el lugar y podían cultivarlos y darles un valor estimativo. Indudablemente era eso conformarse á las con-

1 Caen, 15 de Junio de 1835 (Dalloz, palabra *Disposiciones*, número 4,488, 1°). Compárese con lo resuelto en Agén, á 10 de Mayo de 1838 (Dalloz, *id.*, núm. 4,488, 2°). Limoges, 3 de Diciembre de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 176). Chambéry, 12 de Febrero de 1873 (Dalloz, 1873, 2, 159).

veniencias particulares de cada uno de los hijos, como lo quiere la ley. Esto no impidió que las hijas reclamaran contra una partición que no les daba parte en los inmuebles; pero como ya estaban dotadas, no podían recibir más que un suplemento de parte; ¿y qué habrían hecho con fracciones de terrenos que eran de venta y de arrendamiento igualmente difíciles? (1) Más adelante veremos cuáles son las pasiones desordenadas que aconsejan el ejercicio de semejantes acciones de nulidad; debemos aplaudir la conducta de los tribunales que no acuden á esas peticiones, cuando pueden invocar el espíritu de la ley que establece las particiones de ascendiente.

Los tribunales buscan cómo conciliar la facultad moderadora que reconocen al padre, con el tenor restrictivo del art. 832. Aquí emprenden una tarea imposible. Nada más cierto, en teoría, que lo que se lee en una resolución de Nimes: "Si se sujeta al ascendiente á observar literalmente el art. 832, con frecuencia se verá en la imposibilidad de hacer una partición que corresponda á las necesidades y hasta á los deseos de los hijos. En una partición *ab intestato* podrían los hijos hacer los lotes de asignación; ¿por qué no se había de facultar lo mismo al padre que se pone en lugar de sus hijos? Si consultó las verdaderas necesidades de éstos, si distribuyó los bienes en provecho de los mismos, bien entendido, ¿no sería deplorable que el capricho ó la malevolencia de uno de ellos comprometiera un acto de solicitud y previsión paternas? Hay que reservar los rigores de la ley para el padre que, llevado de un ciego afecto, despoja á uno de sus hijos en favor de los demás?" (2)

No hay cosa mejor; ¿pero cómo conciliar tal latitud con

1 Riom, 10 de Mayo de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 155).

2 Nimes, 20 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 107). Poitiers, 20 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1861, 3, 94).

las disposiciones evidentemente restrictivas del art. 832? El Tribunal de Grenoble ensayó hacerlo; dudamos que haya conseguido el resultado. Dijo que el art. 832 no contiene una disposición absoluta, y dijo también que debía evitarse en lo posible, formando lotes, dividir las heredas y los laborios; después añade que "conviene" hacer entrar en cada lote, "si se puede," la misma cantidad de muebles é inmuebles. Es menester combinar con el artículo 832 el 827, que expresa la necesidad de licitar los inmuebles cuando "no se pueden partir cómodamente." Falta saber lo que se debe entender por esa comodidad de división. Según el Tribunal, no hay que entender esto de la división material de los inmuebles, que casi siempre es fácil; lo que la ley quiere es que se formen lotes que no produzcan como resultado, depreciar la masa hereditaria y destruir el valor que puede resultar, ya de la contigüidad de los terrenos, ya de su reunión en cuerpos de dominio, sin que venga á compensarse esa pérdida con ninguna ventaja particular ó con la conveniencia de ninguno de los coparticipes. Esta interpretación extensiva de la ley está en armonía con el espíritu restrictivo del art. 832. El Tribunal va más lejos; dice que en las particiones amigables y hasta en las judiciales, frecuentemente se deroga la regla de la distribución igual de las diversas especies de bienes, aun siendo posible la aplicación, porque muy á menudo el interés de los herederos resiste á ese modo de partición. (1) Que esto se hace en las particiones convencionales es evidente, puesto que los coparticipes no están obligados por la regla del art. 832; pero si se permite al juez ó al ascendiente derogarla cuando así lo exige el interés de los herederos, entonces no queda otra cosa de la regla que un consejo. Creemos inútil insistir, porque esta interpretación no ha encontrado apoyo.

1 Grenoble, 27 de Noviembre de 1851 (Dalloz, 1854, 2, 176).

68. Si se admite que el ascendiente no está obligado por la regla del art. 832, ¿habrá que deducir de ahí que goza de facultades ilimitadas? De acuerdo en este punto con la jurisprudencia, M. Réquier admite que el padre debe, por regla general, aplicar á cada uno de sus hijos una parte en especie de los bienes que componen su herencia. Funda esa restricción en el texto mismo del art. 1,075. La ley autoriza al padre para hacer la "distribución y partición" de sus "bienes;" mas no hay ni distribución ni partición sino en tanto que los bienes son repartidos en especie entre los que los deben recibir. De aquí concluye M. Réquier que el padre no puede, por lo general, dar todos sus bienes á uno solo de sus hijos, encargándole que pague á los demás una cantidad equivalente á la parte que les debería tocar; esto, dicen, no sería ya partición sino donación universal gravada con ciertas cargas. Los hijos que no hayan recibido ninguna porción del patrimonio de su padre pueden, al abrirse la herencia, pedir la partición. El donatario universal deberá dar cuenta de los bienes que recibió, volviendo así éstos á la masa para ser partidos conforme á la ley. (1)

¿No es esto una concesión hecha á la jurisprudencia? Se lee en un fallo del Tribunal de Lyon, que la reserva de los hijos debe tomarse *ex substantia patris*, y de ahí concluye el fallo que no pudo el padre dar á uno de sus hijos todos sus bienes, con carga de pagar ciertas pensiones á los otros hijos, porque esas pensiones no se hallan en el patrimonio del padre. (2) Esa es precisamente la idea de art. 832; pero, por lo mismo, es muy peligroso admitir como regla general que el padre no puede aplicar todos sus bienes á uno de sus hijos; lo que dice el Tribunal de Lyon no

1 Réquier, pág. 273, núms. 141 y 142.

2 Lyon, 20 de Enero de 1837 (Dalloz, núm. 4,487).

es exacto en teoría; las pensiones salen del patrimonio del padre, puesto que disminuyen el lote del que las debe, y así, se toman de su mismo lote y, por consiguiente, de los bienes del padre. Síguese de aquí que una partición como esa, no se opone al art. 1,075, puesto que el padre distribuye en realidad sus bienes entre sus hijos. Si se admite que la partición es contraria al art. 1,075, no vemos cómo se legitimará la excepción que M. Réquier admite cuando se pudieren dividir los inmuebles sin inconveniente. Lógicamente, debería decir que el padre no podría, en ese caso, partir sus bienes entre sus hijos, á menos que procediese á la licitación, lo cual nos conduciría á las reglas de la partición *ab intestato*.

Nosotros no admitimos más que una restricción que resulta de la naturaleza misma de la partición: los bienes del padre son los que se tienen que partir, y la partición tiene que recaer sobre ellos, es decir, sobre la propiedad total de los mismos. Se ha resuelto que los padres pueden reunir sus bienes en un solo cuerpo, y partirlos de modo que no tenga uno de los hijos más que los bienes del padre y el otro los de la madre. (1) Esto no es partición, porque los hijos no tienen una parte en los bienes procedentes de su padre; éstos hacen una disposición, una donación de sus bienes, más bien que una partición; uno de los hijos nada tiene de los bienes de la madre; son pues, donatarios, en lugar de copartícipes.

¿Puede el ascendiente dar á uno de sus hijos simplemente el usufructo y la propiedad al otro? Se resolvió, con razón, que esto no era partición (2) En efecto, la partición implica una indivisión, y, por tanto, una copropiedad; de modo que su efecto es que cada copartícipe se estime siempre como propietario de los objetos puestos

1 Lieja, 8 de Marzo de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 75).

2 Denegada, 8 de Febrero de 1856 (*Dalloz*, 1856, 1, 113).

en su lote, sin haber tenido nunca la propiedad de los demás objetos de la herencia. La partición recae, pues, sobre la propiedad; los bienes, tales como los poseía el difunto en toda propiedad, son los que pasan á sus herederos. Esto es de esencia en toda especie de sucesión *ab intestato*, testamentaria ó convencional; porque toda sucesión es un modo de transmitir y adquirir la propiedad (art. 711). Partir esa sucesión poniendo el usufructo en el lote de uno de los hijos y la propiedad en el de otro, es dar ó legar el usufructo y la nuda propiedad, no partir.

69. Es necesario que nos coloquemos ahora en el terreno de la opinión general, y preguntemos cuál será el efecto de la partición en que no se haya observado la regla del art. 832. Aquí volvemos á tropezar con nuevas incertidumbres y controversias. De común acuerdo se dice que la regla del art. 832 nada tiene de absoluta; su texto mismo contiene expresiones que parecen dar cierta amplitud al juez: "conviene, si se puede." ¿Pero hasta dónde llega esa amplitud? Los hechos ejercen en esta materia una influencia inevitable; en vano se buscaría en las sentencias un principio que resuelva lo que puede y lo que no puede hacer el ascendiente. También la doctrina es incierta y vaga. Leemos en uno de nuestros mejores autores, que el ascendiente está exento de observar la regla del art. 832 cuando no se puede aplicar sin inconvenientes. ¿Quién no ve que la excepción destruye la regla? Primero el ascendiente y después el juez, pueden á toda hora ver este ó aquel inconveniente para aplicar una regla que impide al padre de familia consultar la conveniencia, el afecto y el interés de sus hijos. De modo que la doctrina llega hasta admitir que el padre puede aplicar á algunos de sus hijos todos los bienes, dando su parte á los otros por medio de pensiones ó devoluciones en numerario. (1)

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 221, nota 2, § 730, y los autores que citan.

¿Cuándo, pues, será irregular la partición, y, por consiguiente, nula? Se responde que será nula si no hay circunstancias propias para dispensar al ascendiente del modo de repartir establecido por el art. 832. La apreciación de esas circunstancias se le deja al juez; es esencialmente una cuestión de hecho; pero allí acaban sus facultades. Si no hay circunstancias que legitimen la inobservancia del art. 832, y el ascendiente no formó los lotes con una cantidad igual de muebles é inmuebles de la misma naturaleza, podrá pedir la nulidad el hijo que haya de quejarse de tal irregularidad. Esto será acción de nulidad, pero no rescisoria por causa de lesión, y se funda en la violación de la ley, bastando por ende con que el demandante pruebe que no se observó ella. De suerte que debería declararse la nulidad aun cuando se estableciera que la partición, no obstante su irregularidad, ningún perjuicio causaba al demandante. La partición está viciada por el solo hecho de haber desigualdad en la naturaleza de los bienes que componen los diversos lotes. El que tiene muebles puede pedir la nulidad si los inmuebles se pusieron en otro lote, aunque el lote mueble resulta tan ventajoso como el inmueble. (1)

Si tal es el sentido de la ley, hay que confesar que es singularmente absurda, y debería modificársela cuanto antes. La distinción tradicional de muebles é inmuebles no tiene razón de ser en nuestra sociedad moderna. ¿Quién dice todavía hoy lo que se decía en el siglo XVI: *Vilis mobilium possessio*? Los valores muebles son más solicitados que los inmuebles, por ser un elemento de riqueza, mientras que el cultivo de los inmuebles exige un trabajo incesante, produciendo apenas una renta bastante para vivir allí donde la propiedad está fraccionada. ¿De qué se queja,

1 Véanse los testimonios en Aubry Rau, t. 6º, págs. 222 y siguientes, y notas 4 y 6.

pues, el hijo que tiene valores muebles en su lote? Si quiere inmuebles, ya verá cómo comprarlos. Ningún perjuicio tiene que resentir, y eso, no obstante, se le permite pedir la nulidad de la partición.

70. La acción de nulidad que resulta de no observar el art. 832 da lugar á nuevas dificultades. ¿Cuándo nace? La cuestión sólo se refiere á la partición entre vivos. Admítase que aquella acción comienza al morir el ascendiente, porque, dicen, éste tuvo derecho para disponer de sus bienes entre vivos como le pareciera; es una liberalidad la que hizo á sus hijos, y éstos no tienen derecho para quejarse del uso que hizo de su derecho de propiedad. (1) Esta argumentación casi no nos satisface; no toma en consideración la partición; el ascendiente no quiso hacer una donación de bienes sino partirlos entre sus hijos; si la partición que hizo es nula, ¿por qué no podrían los hijos pedir la nulidad viviendo el padre? Falta saber si el consentimiento de los hijos no los incapacita para obrar; volveremos pronto á este punto. Si tienen una acción, deben intentarla en diez años conforme al art. 1,304, cuando la partición se hizo por donación. La partición testamentaria queda bajo el dominio de la regla general del art. 2,262, por no aplicarse la excepción del art. 1,304 más que á los convenios.

Del principio de que la acción es una acción de nulidad, se sigue que el defensor no puede detener el curso de la misma ofreciendo al demandante un suplemento de su parte hereditaria. Esta facultad que el art. 891 concede en caso de rescisión por causa de lesión, no se aplica á una acción que, lejos de fundarse en la lesión, es admisible aun cuando no haya lesión. Por la misma razón, no puede el juez limitarse á abonarle al demandante una reparación cualquiera del perjuicio que sufre; porque una vez más,

1 Aubry y Rau y los autores que citan, t. 6º, pág. 223, nota 7.

su acción no se funda en un perjuicio, ó si se quiere, hay perjuicio únicamente por no estar formados los lotes como lo prescribe el art. 832; no hay más que una manera de reparar ese perjuicio, y es formar nuevos lotes, es decir, anular la partición. (1)

La nulidad se cubre con la confirmación. Según la doctrina consagrada por la jurisprudencia, la partición sólo existe muerto el ascendiente; desde ese momento nace la acción de nulidad. (2) Mas la confirmación no es otra cosa que la renuncia del derecho que tienen los copartícipes para pedir la nulidad; luego no puede haber confirmación en vida del ascendiente. (3) Muerto él, puede ser atacada y, por consiguiente, confirmada la partición. Esta se rige por el derecho común. Se resolvió que hay confirmación cuando el copartícipe recibe la cantidad que le abona la partición por su parte hereditaria, y paga á su copartícipe sin hacer ninguna reserva. (4)

¿No habrá que ir más lejos y decir que no es admisible la acción cuando la partición se hace por donación? Los hijos la aceptan, la aprueban, pues, porque son libres para rechazarla; y si la aprueban, ¿pueden volver sus pasos y atacar lo que ellos mismos aprobaron? Hemos dicho que los autores están divididos en este punto (núm. 61); también lo está la jurisprudencia. Hay fallos que rechazan la demanda de nulidad, fundándose en el consentimiento que el demandante y toda la familia dieron á la partición. (5) Otras resoluciones dicen que no se puede tomar en consi-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 222, nota 4.

2 Lyon, 30 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 57).

3 Casación, 6 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 89). Agén, 16 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

4 Casación, 29 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 345). Burdeos, 23 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 223), y 21 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 113).

5 Nimes, 11 de Febrero de 1823 (Dalloz, núm. 4,486, 1º), y 10 de Abril de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 102).

deración el consentimiento de los hijos, por no ser libres para oponerse á la voluntad de su padre, y su aceptación es arrancada por el temor, se dice. (1) El Tribunal de Caen contesta muy bien á estas malas razones. Hay principios que rigen el consentimiento y las causas que le vician. La malicia es una de esas causas; si tiene los caracteres exigidos por la ley (art. 1,110), todo quedó resuelto; pero no basta para nulificar un contrato sólo el temor reverencial del padre, de la madre ó de otro ascendiente. (2) La Sala de Casación da otra razón de más; no se puede, dice, oponer á los hijos su concurso y su aceptación expresa, porque las reglas del art. 832 son de esencia de la partición. (3) ¿Quiere decir esto que tales reglas son de orden público y que no es lícito á las partes derogar nada de él? En tan insignificante manera son de orden público y de esencia de la partición, que no se aplica el art. 832 á lo judicial; constantemente se le deroga en las particiones convencionales; mejor dicho, la regla no se hizo para esas particiones. Si fuese esencial en la partición, nunca se podría subsanar el vicio, y, sin embargo, se admite que queda subsanado con la confirmación.

Los editores de Zacharía cambiaron de parecer en esta cuestión, volviendo al opuesto después de enseñar que el concurso de los hijos hace válida la partición. Lo que los resolvió á ello no es que el consentimiento se obtenga por una especie de violencia: los donatarios, dicen, se obligan completamente con su aceptación relativamente al donante, pero no respecto de los demás donatarios, ni renuncian, por consiguiente, su derecho de atacar la partición. (4) Nos parece muy sutil, por no decir que falsa, esta distin-

1 Denegada, 18 de Agosto de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 410). Caen, 15 de Junio de 1835 (Dalloz, núm. 4,488, 1º).

2 Caen, 27 de Mayo de 1843 (Dalloz, núm. 4, 636, 2º).

3 Casación, 11 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 167).

4 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 222, nota 3, pfo. 730.