

CAPITULO X.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS HEREDEROS ENTRE SI.

SECCION 1.—De la partición. (1)

2. De la partición.

210. Las disposiciones del código concernientes á la partición ¿sólo se aplican á los herederos legítimos? Ellos, al contrario, son generales por naturaleza. Sea cual fuere la calidad de los sucesores llamados á recoger la herencia, se necesita una operación material para dividir entra ellos los bienes que dejó el difunto; y esta aplicación es le partición. ¿Qué importa que la indivisión exista entre herederos ó entre sucesores irregulares? ella tiene que renunciar; una disposición de orden público lo quiere así, y el art. 815 es de orden público, tanto cuando sucesores irregulares son llamados á herencia, como cuando recogen ésta parientes legítimos. Ahora bien, la indivisión no puede cesar sino por la partición, y ésta se halla sometida á ciertas reglas. El código no tiene más que un solo capítulo sobre estas reglas, lo que prueba que son generales por naturaleza; de lo contrario, habría que decir, cosa absurda, que la partición de las sucesiones devuelta á su-

1 Duotruc, *Tratado de la partición de la sucesión*, 1 vol, París, 1855

cesores irregulares no está sujeta á ninguna regla. Sucede lo mismo con la partición de las sucesiones testamentarias y contractuales. (1)

211. La indivisión puede existir por causa de una sociedad formada entre los que poseen una cosa en común. Tal es la comunidad entre esposos; tales son las sociedades civiles y mercantiles. ¿La partición de la comunidad y de la sociedad está regida también por los principios que el código establece en el título de las *Sucesiones*? El mismo código contesta á nuestra pregunta. El art. 1476 dice: “La partición de la comunidad, por todo lo concerniente á sus formas, la licitación de los inmuebles cuando á ello hay lugar, los efectos de la partición, la garantía que de ella resulta, está sometido á todas las reglas que se establecen en el título de las *Sucesiones*, para las particiones entre coherederos.” En el título del *Contrato de Sociedad*, hay una disposición análoga, la del art. 1872: “Las reglas concernientes á la partición de las sucesiones, la forma de esta partición y las obligaciones que de ellas resultan entre los coherederos, se aplican á la partición entre asociados.”

¿Quiere decir esto que todas las disposiciones del capítulo cuarto, concernientes á la partición de las sucesiones, sean aplicables en materia de comunidad y de sociedad? Nó; hay disposiciones excepcionales, y éstas son siempre de rigurosa interpretación. Tal es el art. 841 que autoriza el retracto sucesoral, verdadera expropiación, que sólo se justifica por motivos de utilidad pública. No se le puede extender por vía de interpretación; luego es preciso decidir que el retracto no está aceptado en la partición de una comunidad ó de una sociedad. (2)

1 Demante, t. 3º, pág. 213, núm. 138 bis. Demolombe, t. 15, página 453, núm. 471.

2 Tal es la opinión general. Véanse las autoridades en Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 57, nota 31.

§ I.—DE LA INDIVISIÓN.

Núm. 1. Derechos de los herederos durante la indivisión.

212. Cuando no hay más que un solo heredero, la propiedad y la posesión de la herencia se le transmiten desde el instante de la apertura de la herencia. Como no hay coheredero, no hay indivisión; propietario exclusivo de los bienes de la sucesión, él ejerce inmediatamente todos los derechos inherentes á la propiedad; él posee, reivindica, ejerce los créditos de la herencia; él está obligado á las cargas y continúa en todo á la persona del difunto. ¿Sucede lo mismo cuando hay varios herederos? Se enseña que los derechos de los herederos no cambian, ni sus obligaciones, cuando hay varios de ellos. (1) Esto es verdad, pero es demasiado absoluto. La transmisión de la propiedad y de la posesión se opera siempre en virtud de la ley: por los términos del art. 724 los herederos legítimos quedan posesionados de los bienes, derechos y acciones del difunto, con la obligación de cubrir las drogas de la sucesión. En cuanto á los sucesores irregulares, están investidos de la propiedad, pero deben pedir la posesión judicial. Pero la transmisión de la propiedad y de la posesión experimenta algunas modificaciones cuando hay varios herederos. La ley determina sus porciones hereditarias; no obstante, ella no puede atribuir á cada uno de ellos la porción de muebles é inmuebles que le toca; para esto se necesita una operación material que se llama partición. En tanto que los bienes no sufran esta operación, están indivisos. Ahora bien, los derechos de los copropietarios por indivisos no son los mismos que los de un propietario exclusivo. Lo que caracteriza la propiedad, es que el dueño de la cosa usa y dispone de ella con su poder absoluto;

1 Zachariae, t. 4º, págs. 367 y siguientes, edición de Aubry y Rau.

no puede ser de poder absoluto cuando hay varios copropietarios. Hay más: el primer elemento de la propiedad falta en tanto que reine la indivisión. La propiedad es un derecho real, el más preclaro de todo impuesto que comprende á todos los demás que no son más que desmenbramientos de ese derecho; todo derecho real supone una cosa determinada en la cual se ejerza. ¿Y es así el derecho de los copropietarios? Nó; precisamente porque su derecho es indiviso, estriba igualmente sobre todos los objetos que componen la herencia; en tanto que no hay partición, no se sabe cuáles de esos objetos pertenecen á cada uno de los herederos; luego no existe esa base sin la cual el verdadero propietario no existe tampoco. En nuestro derecho moderno, esto es todavía más cierto que en derecho romano. Siendo la partición declarativa de propiedad, resulta que la propiedad indivisa se desvanece con la indivisión como si jamás hubiere existido. Luego jamás la habido propiedad indivisa; y ¿no equivale esto á decir que la propiedad indivisa es una verdadera propiedad?

213. Cada heredero puede, durante la indivisión, perseguir, por su porción hereditaria, el pago de los créditos de la herencia. ¿Es esto una prueba de que el derecho de los coherederos indivisos es el mismo que el de un heredero, propietario, exclusivo? Nó; al contrario, se da una falsa idea de este derecho representándolo como una consecuencia del pretendido principio de que, á pesar de la indivisión, todo coheredero tiene los mismos derechos que un heredero único. Si cada heredero puede reclamar su parte en los créditos, es precisamente porque, en cuanto á los créditos, no hay indivisión: los créditos como las deudas no se dividen en virtud de la ley, sin que sea necesario hacer ninguna partición. Se ha pretendido hasta ante la corte de casación, que la ley no dividía más que las deudas, que no dividía los créditos. Basta leer el art. 1220 para con-

vencerse de que esto es un error. La ley comienza por decir que toda obligación es indivisible entre el acreedor y el deudor; luego respecto del acreedor tanto como respecto del deudor. En seguida, la ley agrega que la divisibilidad no tiene aplicación sino respecto de sus herederos; luego el crédito se divide entre los herederos del acreedor, como la deuda se divide entre los herederos del deudor; esto es lo que dice el final del artículo: "Los herederos no pueden *pedir* la deuda ó no están obligados á pagarla sino por las porciones de que están *investidos*, ó á las que están obligados, como representantes del *acreedor* ó del *deudor*." Al dividir los créditos como las deudas, la ley nos da la razón de ello: cuando hay varios herederos, cada uno no representa al difunto sino por su porción hereditaria; luego cada uno no puede ejercitar los derechos del difunto sino por aquella misma porción, así como sólo por ella está obligado á las deudas del difunto. ¿Se necesita para esto una partición, como se ha sostenido ante la corte de casación? Si se necesitara una partición, el art. 1220 sería inútil. Debe decirse, por el contrario, que la partición no es necesaria cuando se trata de créditos y deudas. Se concibe la necesidad de una partición para los muebles y los inmuebles: para los créditos y las deudas que consisten en cifras, la más sencilla de las operaciones aritméticas es suficiente, una división. Luego si cada heredero puede perseguir su parte del crédito, no es á pesar de la indivisión, sino porque los créditos están divididos de pleno derecho desde el instante de la apertura de la herencia. Esta es una consecuencia de la ocupación, como lo dice el art. 1220; ahora bien, la ocupación existe, con todos sus efectos, desde el momento en que se abre la sucesión.

La corte de casación ha deducido de esto la consecuencia igualmente evidente que el principio, de que si el deudor ofrece á los herederos de su acreedor su parte en la deu-

da, éstos deben recibirla, sin que puedan oponer que no hay todavía ni partición, ni liquidación; la ley es la que hace la partición; y por la partición de ésta hay tantos créditos como herederos. De la misma manera, cuando los herederos del acreedor reclaman el pago de su parte en el crédito, el deudor no puede negarse á pagar, pretendiendo que no ha habido partición en forma entre los herederos: la partición está hecha en virtud de la ley. Lo que, en el presente caso, parecía hacer discutible la cuestión, es que se trataba de una deuda hipotecaria: el deudor invocaba el principio de la indivisibilidad de la hipoteca y sostenía que los herederos del acreedor debían ponerse de acuerdo para pedir su pago íntegro, á fin de libertar al inmueble hipotecado de la carga que lo gravaba. Citarémos esta singular argumentación para hacer patente la ignorancia que reina en la práctica sobre los principios sencillos. ¿Qué cosa es la indivisibilidad de la hipoteca? Una garantía para el acreedor, el cual conserva su hipoteca por todo el tiempo que no está enteramente pagado; luego la hipoteca subsiste íntegra en favor de los herederos de los acreedores, aun cuando algunos de ellos hubiesen obtenido su posesión en el crédito. ¿Quiere decir esto que la indivisibilidad de la hipoteca impide la división del crédito? Esto equivaldría á decir que una garantía establecida á favor del acreedor, puede invocarse contra él por el deudor lo que también es una herejía (1).

214. Se enseña también que cada uno de los herederos puede, apesar de la indivisión, reivindicar los inmuebles que forman parte de la herencia en la proporción de su porción hereditaria. Esta doctrina nos parece contraria á los principios que rigen la propiedad y la reivindicación. ¿Qué cosa es la reivindicación? El ejercicio del derecho de

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Noviembre de 1847, Dalloz, 1848, 1, 49).

propiedad; ahora bien, el heredero del propietario no tiene la propiedad de los inmuebles que componen la herencia; no hay más que un derecho indiviso, derecho que se desvaneca enteramente por la partición si el inmueble no cae en su lote; luego no hay lugar á reivindicación. ¿A qué tiende esta acción? El actor concluye que el demandado sea obligado á abandonar la cosa. Y ¿puede el propietario indiviso pedir que el poseedor le abandone la cosa, siendo que no tiene ningún derecho exclusivo sobre esta cosa? El autor más exacto que defiende la opinión que estamos impugnando, confiesa que la reivindicación no puede, en este caso, tener por objeto el abandono de una cosa corpórea; pero, dice él, ella puede, al menos, tener por objeto el reconocimiento del derecho de copropiedad del reivindicante. (1) Nosotros contestamos que si la acción no tiende al abandono, no es entonces una reivindicación; por lo mismo, la acción no es recibida como tal. Esto se halla en armonía con los principios que acabamos de exponer. Si cada heredero del acreedor puede, durante la indivisión, perseguir el pago de los créditos, es porque realmente él es acreedor por su porción, supuesto que la ley divide de pleno derecho los créditos hereditarios entre los herederos. Pero la ley no divide los inmuebles. Luego uno de los herederos no puede reivindicar un inmueble heredero como de su pertenencia; sólo por el resultado de la partición se sabrá á quién pertenece el inmueble; si la reivindicación pudiera hacerse durante la indivisión y el juez adjudicase al inmueble del actor, le adjudicaría la propiedad de un inmueble sobre el cual se considera que él no ha tenido nunca derecho, en el caso de que el inmueble no caiga en su lote.

215. ¿Cada heredero puede enajenar, hipotecar los bie-

1 Aubry y Rau sobre Zachariae, t. 4º, pág. 368, nota 2. Demolombe, t. 16, pág. 463, núm. 481.

nes de la herencia? El tiene un derecho indiviso; este derecho puede enajenarlo. ¿Quiere esto decir que el comprador se vuelva propietario? El resultado de la partición será lo que decida la cuestión. Si el inmueble cae en el lote del heredero vendedor, se considera que él ha sido siempre su propietario, y por lo tanto, la enajenación será válida. Si el inmueble no está colocado en su lote, se supondrá que él no ha tenido jamás la propiedad, y por consiguiente, la enajenación será nula. Esta es, pues, en realidad, una enajenación condicional. Lo mismo sería de la hipoteca que él hubiese consentido durante la indivisión; ella será válida ó nula, según que el inmueble caiga ó no caiga en su lote.

216. La indivisión puede durar mucho tiempo; ¿quién administrará los bienes mientras que ella dure? Puede haber una partición de goce, lo que se llama una partición provisional. Cada heredero disfrutará, en este caso, de su parte y la administrará sin que haya, por este capítulo, lugar á una restitución de frutos ni á una cuenta de gestión; la convención será la que determine los derechos y las obligaciones de cada uno de los herederos. Más adelante insistiremos sobre la partición provisional. Si no hay partición de goce ¿cuáles serán los derechos de los coherederos sobre los bienes hereditarios? Se lee en un sentencia de la corte de casación, que los coherederos se considerarán respectivamente mandato los unos de los otros para la cosa común. (1) El mismo principio está reproducido en una sentencia de la corte de Burdeos: á recurso interpuesto, recayó una sentencia de denegación, sin que, no obstante, la corte suprema haya repetido ese pretendi-

1 Sentencia de denegada apelación, de 14 de Julio de 1838 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1766.)

do principio en su decisión. (1) Nosotros no admitimos el principio; es cierto en materia de sociedad, pero no lo es en materia de comunidad. La sociedad es un contrato que tiene por objeto su lucro, luego cuando varias personas se asocian, se dan, por el hecho solo de su asociación, mandato de hacer todo lo que puede tender á realizar el objeto de la sociedad; el mandato resulta del consentimiento de los asociados. No sucede lo mismo cuando hay varios herederos; no hay contrato entre ellos, ningún contrato de consentimiento; su comunidad no es más que un estado pasajero en el cual cada uno de ellos está interesado en poner término; no hay ningún objeto común que implica la voluntad de darse poderes recíprocos para conseguirlo. Ahora bien, sin concurso de consentimiento, la cuestión no es de mandato. Hay, sin embargo, intereses comunes entre coherederos; como ellos tienen un derecho indiviso sobre los objetos de la herencia, derecho que se transformará en propiedad exclusiva sobre algunos de esos objetos en virtud de la partición, todos están interesados en conservar los bienes hereditarios, y en hacer, por consiguiente, los actos de conservación y administración provisional. Queda por saber cuáles son sus derechos por este capítulo.

217. ¿Uno de los herederos tiene el derecho de ejecutar actos de administración que obligue á sus coherederos? Un derecho semejante no se deriva de la comunidad; ella implica más bien la negación de este derecho. Siendo los intereses comunes, es natural que todos los que están interesados en ejecutar un acto de administración, concurren en él. ¿Pero qué hacer si uno de ellos niega su concurso? Hay un antiguo proverbio que la oposición de uno de los comunistas impide que los otros procedan *me-*

1 Burdeos, 23 de Junio de 1848, y sentencia de denegada apelación, de 16 de Diciembre de 1851 (Daloz, 1852, 1, 14 y siguientes.)

bon est causa prohibentis. (1) Nada más lógico. Contrato, no lo hay; no creemos que haya siquiera un cuasicontrato; por que para un cuasicontrato se necesita una ley, y la ley permanece callada sobre la naturaleza de las relaciones que existen entre coherederos. Así, pues, es preciso ajustarse á los principios que se derivan de la idea de comunidad. Ahora bien, si uno de los comunistas se rehusa á consentir un acto de administración, en arrendamiento, por ejemplo, porque le parezcan onerosas las condiciones, ¿con qué derecho pararse sin su consentimiento? La denegación de uno de ellos impedirá que los otros promuevan. Se pretende que la cuestión debe llevarse ante el tribunal, el cual resolverá qué mejor partido puede tomarse por interés común; pero de nuevo preguntaremos ¿con qué derecho el juez impondría su voluntad á los comunistas? El tribunal no hace más que reconocer los convenios de los particulares, y no tiene calidad para obligar á consentir á los que niegan su consentimiento. (2) En el antiguo derecho, Lebrun proponía otro medio de salir de estas dificultades: la mayoría de votos, dice él, debe prevalecer: y él entendió que se computasen los votos, no por personas, sino en razón de la importancia de su porción hereditaria. (3) El art. 826 ha consagrado esta opinión en un caso especial: "Si la mayoría de los coherederos juzga necesaria la venta para el pago de las deudas y gravámenes de la sucesión, los muebles se venden públicamente en la forma ordinaria." ¿Esta disposición puede extenderse á casos análogos? Nos parece clara la negativa; cada heredero tiene un derecho y un derecho igual al de un coheredero; para que esté obligado á cejar ante la mayoría, no necesita una ley. Luego el art. 826 es una excepción, y con tal título no tiene apli-

1 Pothier, *Del cuasicontrato de comunidad*, núm. 92.

2 Demolombe, t. 15, pág. 460, núm. 485.

3 Lebrun, *De las sucesiones*, lib. 4º, cap. 1º, núm. 23.

cación exclusiva. Venimos á parar en la imposibilidad de proceder. (1) Se dirá que esto no es una relación; nosotros contestaremos que el conflicto entré comunistas es precisamente uno de los inconvenientes de la indivisión; ahora bien, cada coheredero tiene un medio legal de determinar el conflicto, y es pedir la partición.

218. Uno de los herederos impende gastos por cuenta de la herencia. ¿Puede reclamarlos contra la sucesión? Pothier dice que el heredero pueda pedir á sus coherederos que cada uno le reembolse por la parte que tienen en la sucesión. Se necesita para esto que el gasto sea útil. ¿Cuándo puede decirse que es útil? Pothier contesta que es útil cuando ha debido hacerse, aunque por un caso fortuito la sucesión no lo haya aprovechado. Así es que lo que el heredero puede reclamar es el gasto haya ó no aumento de valor. (2).

Pothier no dice en qué principio funda él esta acción. Según él, hay un cuasicontrato entre los comunistas: sin duda que de este cuasicontrato es de donde él deriva la obligación para los herederos de reembolsar los gastos útiles hechos por sus coherederos. Que se admita ó no un cuasicontrato de comunidad, de todas maneras hay gestión de negocio, si, como Pothier lo supone, el gasto era útil en su principio. Hay que suponer, además, que no hay concurso de consentimiento, porque de lo contrario habría mandato expreso ó tácito. El caso se ha presentado ante la corte de Burdeos. El difunto había comenzado la construcción de una casa; después de su muerte uno de los hijos la continuó á la vida y con la aprobación tácita del otro. La corte juzgó que aquél tenía derecho á ser re-

1 Compárense las autoridades en Dalloz, *Sucesión*, núms. 1767 y siguientes.

2 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4.º, art. 1, pfo. 3.º

embolsado de sus gastos, sin que pudiera reducirse la indemnización del aumento de valor. (1)

Núm. 2. Obligaciones de los herederos durante la indivisión.

219. Al exponer las reglas de la partición judicial, el código prevee que los herederos tengan que rendirse cuentas (art. 828). Que la partición se haga judicial ó extrajudicialmente, importa poco, porque la obligación de rendir cuentas es siempre la misma. ¿Pero de qué deben cuenta los herederos á sus coherederos? Todo lo que el heredero recibe durante la indivisión por el capítulo de la herencia, debe, por regla general, devolverse á la masa para que se distribuya entre todos los herederos; porque él no tiene derecho sino en el límite de su porción hereditaria, lo mismo que sus coherederos. Esto supone que la cosa recibida por el heredero pertenece á todos, y en estos casos no hay duda. Pero si uno de los herederos hubiere percibido en porción de un crédito ¿debería cuenta de ella á sus coherederos? Ciertamente que nó, porque dividiéndose los créditos, cada uno de los herederos se vuelve acreedor por su porción hereditaria; luego recibe lo que se le debe personalmente y no lo que se debe á la herencia. Pothier así lo resuelve, añadiendo que á los otros herederos corresponde hacerse pagar por su lado de su parte en el crédito. Aun cuando el deudor llegase á ser insolvente, los herederos no tendrían recurso contra su coheredero; ellos deben imputarse, dice Pothier, de no haber sido tan diligentes como él. (2) Esto no es dudoso. Hay una sentencia en este sentido de la corte de casación, pero redactada con bastante obscuridad. Erase el caso que varios legatarios, procediendo aisladamente y en su interés propio, se

1 Burdeos, 11 de Diciembre de 1838 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1780.)

2 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4°, art. 1°, pfo. 3°

habían hecho pagar su crédito de la sucesión, apropiándose exclusivamente los caudales. ¿Debían cuenta de lo que habían recibido? Ellos pretendían que nó, porque no habían recibido más allá de la parte que les correspondía en el total del activo hereditario. La corte rechaza esa pretensión, y con razón. Esto equivalía á hacer una falsa aplicación del principio que rige la división de los créditos. Cada heredero no puede reclamar más que su porción hereditaria en cada crédito; no puede apropiarse el crédito entero pagándose así él mismo lo que le corresponde en la herencia. Hay más: aun cuando el crédito fuese pagado en plazos, el heredero no puede pedir más que su parte en cada plazo á medida de su vencimiento; era el derecho del difunto y el heredero no tiene más derecho que éste. (1)

220. El heredero que ha disfrutado de los bienes de la sucesión ¿debe cuenta de los frutos que ha percibido? Si ha habido una partición provisional, déjase entender que no hay lugar á la devolución de los frutos, supuesto que cada uno de los coherederos los percibe y los gana en virtud de un derecho que le es propio. Y hasta se ha fallado que aquel de los copartícipes que disfrutase de una porción de bienes menor que la de los coherederos, no tendría derecho á ninguna restitución de frutos; (2) él podría únicamente atacar la partición si su consentimiento hubiera sido viciado por el error, la violencia ó el dolo; en cuanto á la lesión, es dudoso que pueda invocarse contra una partición provisional. Volverémos á ver la cuestión más adelante. Si no ha habido partición provisional, se aplica el principio de que los frutos aumentan la herencia. En el caso, este principio no sufre ninguna duda. En efecto, los frutos son un accesorio de la propiedad, pertenecen al propieta-

1 Sentencia de la sala de lo civil, de 16 de Diciembre de 1851 (Dallos, 1862, 1, 13).

2 Nimes, 2 de Agosto de 1827 (Dallos, Sucesión, núm. 1774).

rio, y ¿quién es propietario durante la indivisión? La propiedad es indivisa entre los herederos, luego también los frutos; en consecuencia, los frutos recogidos por uno de los herederos deben devolverse á la masa. Decimos que los frutos recogidos. Por regla general, cada heredero no debe percibir más que los frutos que él ha percibido realmente, y no los frutos que habría podido percibir, mucho menos aún los que sus coherederos hubieran podido percibir. Esta última obligación no incumbe más que al poseedor de mala fe. Si un heredero poseyera contra la voluntad de sus coherederos, él tendría posesión violenta, y por lo tanto, injusta, y estaría obligado á reparar el daño que les hubiera causado por su mala fe. Hay una sentencia de la corte de Bruselas en este sentido. La sentencia concede una indemnización al heredero por los gastos de cultivo; esta es la disposición formal del art. 548, y aunque se trate en este artículo de una posesión separada de la propiedad, el principio de equidad que establece debe tener aplicación á todos los casos en que hay lugar á una restitución de frutos. (1)

221. ¿El heredero debe también los intereses de los capitales que ha recibido? ¿debe los intereses de los intereses? En el título de las *Obligaciones convencionales*, el código asienta el principio de que los intereses no se deben sino desde la demanda, y que los caídos no producen intereses sino cuando, por lo menos, se deben un año entero (artículos 1153 y 1154). ¿Se aplican estas disposiciones entre coherederos durante la indivisión? La corte de casación ha resuelto la cuestión afirmativamente para los intereses de los intereses, lo que implica que los intereses también no se deberían sino en virtud de una demanda. Esto nos parece muy dudoso. Los arts. 1153 y 1154 suponen un acreedor y un deudor, es decir, una obligación convencional;

1 Bruselas, 10 de Marzo de 1861 (*Pasicrisis*, 1866, 2, 395).

por esto es que asientan como principio que los intereses no se deben generalmente sino en virtud de un convenio. Cuando se trata de relaciones entre coherederos, no hay ni acreedor ni deudor. Son copropietarios que se deben el uno al otro cuenta de lo que han recibido por el capítulo de la herencia durante la indivisión; no hay entre ellos ni contrato ni cuasicontrato. Luego el principio es del todo diferente. Se necesita, á nuestro juicio, decir de los intereses lo que acabamos de decir de los frutos; el heredero los debe cuando los ha percibido. Si él ha disfrutado de un capital, debe cuenta de este goce exclusivo, como debe cuenta de los frutos cuando ha poseído un predio. Si él percibe intereses debidos á la herencia, y si los ha disfrutado, debe igualmente cuenta de ellos; ¿qué importa que él disfrute de mil francos debidos á la sucesión á título de capital, ó de mil francos que se le deben á título de intereses? En una y otra hipótesis, él se ha apropiado un goce que debía ser común; luego debe cuenta de ese goce á sus coherederos, como se las debe de todo lo que percibe á título de propietario exclusivo, cuando no es más que copropietario.

222. Se ha fallado por la corte de casación, que el coheredero que retiene, sea un inmueble, sea una suma de dinero que forma parte de la sucesión hereditaria, no puede prescribir contra sus coherederos ni los frutos ni los intereses, en tanto que dure la indivisión. (1) La decisión es muy jurídica. En efecto, durante la indivisión, el heredero no posee en su nombre particular, sino como coheredero; luego á nombre de sus coherederos; es una posesión de comunista; ahora bien, semejante posesión no puede fundar prescripción, ni por los intereses, y los frutos ni por el capital. La posesión no da ningún derecho al heredero: ella,

1 Sentencia de denegada apelación, de 26 de Junio de 1839 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1777).

por el contrario, le impone una obligación, la de rendir cuenta á sus coherederos de su goce, y esta obligación dura todo el tiempo de la indivisión.

223. ¿El heredero debe cuenta á sus coherederos del daño que les cause? Si se admite que la comunidad es un cuasicontrato, no hay duda alguna de que los comunistas deben cuenta de las degradaciones que han cometido en los bienes hereditarios. Pero no es necesario recurrir á un cuasicontrato para justificar la obligación que incumbe á los herederos de reparar el daño que causen; el principio establecido por el art. 1382 es suficiente. "Todo acto cualquiera del hombre, que cause daño á otro, obliga á aquel por cuya culpa él ha llegado á repararlo." Y conforme al art. 1383, "cada uno es responsable del daño que ha causado, no solamente por sus actos, sino también por su negligencia ó imprudencia." Esta obligación es todavía más estricta entre copropietarios. Aun cuando entre ellos no exista ninguna sociedad, hay, no obstante, un vínculo que nace de la comunidad; cada uno de los coherederos, sabiendo que no tiene más que un derecho indiviso en las cosas hereditarias, sabe por lo mismo que no tiene el poder de abusar de aquel derecho; que debe al contrario, al usar de la cosa, respetar el derecho igual de sus coherederos. Luego hay en esto más que negligencia, hay una especie de mala fe en degradar los bienes comunes. Hay una sentencia, en este sentido que, sin explicarse sobre la causa de la obligación, indemniza á los coherederos concediéndoles una parte mayor en los inmuebles; las degradaciones se habian cometido en los inmuebles, y el heredero culpable no tenia los medios de pagarlas. (1)

224. ¿El heredero debe cuenta de los beneficios que obtiene de los convenios que celebra con terceros relativa-

1 Montpellier, 1º de Febrero de 1836 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1785).
P. de V. TOMO X—37

mente á la sucesión? Se lea en una sentencia de la corte de casación que el heredero hace un negocio común á sus cosuccesibles, cuando el contrato que celebra con un extraño es relativo á la sucesión. (1) Esto en el antiguo derecho, era la doctrina de Lebrun; él asentaba como regla que "si, en cualquier caso que sea, uno de los coherederos trata de una deuda pasiva de la sucesión con el acreedor, ó de cualquier otro negocio de la sucesión, sea antes, sea después de la partición, está obligado á comunicar su composición á sus coherederos." (2) Merlin ha sostenido la misma opinión; pero las razones en que la funda no son á propósito para darle favor. El pretende que existe una sociedad, no, en verdad, convencional sino de hecho, entre los herederos investidos indivisos de una sucesión común. Merlin concluye de esto que las relaciones entre coherederos siendo las de un socio con sus asociados, el heredero que ha ejercido el retracto sucesoral, puede ser obligado por sus coherederos á comunicarles el beneficio. (3) Se ha fallado en este sentido que el heredero que se hace cesionario de un crédito contra la sucesión, con condiciones ventajosas, está obligado á comunicar á sus coherederos el beneficio de esta cesión. (4) La corte de Tolosa ha resuelto, en los términos más generales, que cuando el heredero adquiere algún derecho que un tercero tenía en los bienes comunes, ó celebra algún contrato con motivo de dichos bienes, aunque por él solo, en su nombre y para ventaja suya, se supone, no obstante, que lo hizo por todos sus consocios y puede ser obligado á darles parte. (5) Nosotros creemos que esta doctrina se basa en

1 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Junio de 1836 (Dallos, *Sucesión*, núm. 1891).

2 Lebrun, *De las sucesiones*, lib. 4.º, cap. 2.º, sec. 8.º, núm. 65.

3 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Retracto Sucesoral*.

4 Denegada, de 28 de Julio de 1836, y Aix, 4 de Marzo de 1841 (Dallos, *Sucesión*, núm. 1764).

5 Tolosa, 20 de Marzo de 1811 (Dallos, *Sucesión*, núm. 1763).

un falso principio. No es cierto que haya sociedad entre los coherederos y que estén obligados á los compromisos que incumbe á los asociados. La ley calla en todo lo que concierne á la indivisión; se necesita, pues, para decidir la dificultad, recurrir á los principios que rigen la indivisión. Ahora bien, la indivisión es un hecho puro, que por sí mismo no engendra ni derecho ni obligación. Si los herederos están obligados á rendirse cuentas de los frutos y de los intereses, así como de todo lo que han recibido por cuenta de la herencia, es porque no tienen sobre los bienes hereditarios más que un derecho de copropiedad; se exceden de este derecho procediendo como propietarios exclusivos; deben, por consiguiente, dar cuenta á la sucesión de lo que pertenece á ella. Pero cuando logran un beneficio personal en nombre propio, no hay razón ninguna para que lo comuniquen á sus coherederos. Las sentencias citan leyes romanas; nosotros no tomamos parte en el debate, porque las leyes romanas sólo tienen entre nosotros una autoridad de razón, y en el caso de que se trata, los principios, tales como se desprenden de la naturaleza de la indivisión, no son dudosos.

Núm. 3. Del heredero administrador.

225. Los herederos pueden confiar á uno de entre ellos la administración de la herencia. Si se ponen de acuerdo, pueden celebrar el convenio que juzguen conveniente, supuesto que son propietarios. Si no se ponen de acuerdo, ¿puede el tribunal nombrar un administrador á demanda de todos los herederos ó de algunos de ellos? Se enseña, en términos generales y absolutos, que el tribunal puede nombrar un administrador provisional de la sucesión, y parece que la jurisprudencia se haya en este sentido. ¿Los tribunales tienen derecho de intervenir en el ejercicio del derecho de propiedad? Ciertamente que nó; la cuestión ni siquiera

puede plantearse cuando se trata de la propiedad exclusiva. Pues bien, cuando hay varios copropietarios de una cosa común, tienen ellos también un derecho exclusivo; sólo que ninguno de ellos puede ejercerlo separadamente; deben ponerse de acuerdo y proceder de igual modo. Si no se ponen de acuerdo, no les queda más que pedir la partición para poner término á la indivisión. No vemos con qué derecho el tribunal habrá de intervenir. Si se nombra un administrador apesar de los herederos ó de algunos de ellos, se les despoja de un derecho que tienen como propietarios. Es evidente que el juez cometería un exceso de poder supuesto que violaba el derecho de propiedad. Aun cuando los herederos, de acuerdo para nombrar un administrador, pero no respecto á la elección, pidiesen al tribunal que hiciese el nombramiento, no creemos que el tribunal fuera competente. Aquí no se trata de una contienda sobre derechos ú obligaciones; se trata de delegar al juez el ejercicio de un derecho de propiedad; ahora bien, los particulares no pueden investir al juez de un poder cualquiera, el legislador es el único que tiene ese derecho. En vano se dirá que la herencia no puede estar sin administrador; se contesta, y la respuesta es perentoria, que á los herederos corresponde remediar esto, supuesto que ellos son los dueños. Su desacuerdo es uno de los inconvenientes de la indivisión y por esto la ley quiere terminarla.

Quando hay coherederos ausentes en el sentido legal de la palabra, se aplican los principios que hemos expuesto en el título de la *ausencia*. En la práctica se les extiende, por analogía, al caso en que todos los herederos no se hallen en el lugar. El administrador provisional se nombra por el tribunal en cámara del consejo, y aun, en caso de urgencia, por el juez de los hechos. Esto es de tradición, dice la corte de Burdeos; claro es que esto puede ser nece-

sario. La necesidad es lo que conduce á los tribunales á colmar el vacío que existe en la ley.

226. Si hay un administrador, él puede ejecutar todos los actos de conservación y de administración provisional. En cuanto á la extensión de sus poderes, hay que consultar el común que se ha nombrado, ó el fallo, si se admite que el juez tenga ese derecho. Déjase entender que el tribunal no puede dar al administrador provisional derecho de enajenar. No debiendo durar su gestión sino hasta la partición y no estando legitimada sino por la necesidad, el juez debe limitarla á los actos de administración que tienen un carácter de urgencia: tal es el poder de recibir capitales, dar descargo de ellos y consentir que se levanten inscripciones hipotecarias. (1) Los actos que el administrador hace aprovechan á todos los herederos. (2) A él debe aplicarse la doctrina que acabamos de impugnar (número 224); encargado de los intereses comunes de todos los herederos, él no puede apropiarse el beneficio de un contrato concerniente á su derecho hereditario, aun cuando hubiese procedido en su nombre; él no tiene ya el derecho de proceder en su interés privado, cuando no es el representante del interés de todos. (3) El heredero administrador debe cuenta de su gestión; esto es de derecho común. Se ha fallado que él debe rendir cuenta de las administraciones que han precedido á la suya, porque un administrador no puede entrar en gestión sino exigir la cuenta del que ha administrado antes que él; esto es también de derecho común.

Núm. 4. Fin de la indivisión.

I. Principio del art. 815.

227. La indivisión jamás ha sido vista con favor. Es verdad

1 Berton, t. 2º, núms. 1264 y siguientes.

2 París, 21 de Febrero de 1814 (Daloz, *Sucesión* núm. 1763).

3 Demolombe, t. 15, pág. 462, núm. 479.

que hay utopistas y socialistas que han hecho de la comunidad un ideal. Y aun esa era la opinión de los padres de la Iglesia; las órdenes monásticas han tratado de realizar la perfección que se llama evangélica; sábese que en materia de perfección ha sido una horrible imperfección. Pothier experimenta algunas perplejidades hablando de la comunidad; como católica, debe ver en ella un estado de perfección; como jurista, él percibe todos los inconvenientes que son inseparables de ella; él sale de apuros religiendo la comunidad en la pretendida edad de inocencia. "La comunidad de bienes, dice él, no conviene ya á los hombres tales como son en nuestros días; se necesita, para mantener la paz entre ellos, que cada uno tenga lo suyo separadamente; esto es lo que ha establecido la experiencia y el ejemplo de todos los siglos." (1) Esto equivale á decir que el hombre no es comunista por naturaleza; él es, al contrario, profundamente individual; la propiedad exclusiva, como en otra parte lo hemos dicho, no es más que una faz de esta individualidad. (2) Si la propiedad exclusiva está en la naturaleza del hombre, por esto mismo está en armonía con el interés de la sociedad. La sociedad está interesada en el desarrollo el más amplio de la riqueza pública; luego ella tiene interés en que los hombres saquen de los bienes todo el provecho que pueden dar. Ahora bien, el hombre no se apega á una cosa sino cuando es su dueño; no cultiva con esmero, con amor, el predio que posee sino cuando es suyo; las cosas comunes le dejan indiferente, ó poco menos. Síguese de aquí que la comunidad es contraria al interés general. Esto es también un axioma de economía social, que los bienes deben circular libremente; ahora bien, los bienes comunes indivisos se venden con dificultad; luego de hecho están fuera del co-

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4º, art. 1º

2 Véase el t. 6º de mis principios, pág. 115, núms. 67 y siguientes.

comercio, á menos que el propietario quiera vender perdiendo. Importa, por consiguiente, á la sociedad, que la indivisión cese para ceder lugar á la propiedad exclusiva. Por último, la experiencia, á la que apela Pothier, atestigua que la comunidad es un manantial de dificultades y, por consiguiente, de litigios.

Ya nos hemos encontrado con más de una dificultad (núms. 217 y 225). El mal que de esto resulta no es sólo la multiplicidad de los litigios; éstos surgen entre parientes, á menudo los más cercanos, entre hermanos y hermanas, entre el padre ó la madre supervivientes y sus hijos. Si la comunidad esparce en el seno de las familias la desunión y el odio, es porque raras veces da á todos los comunistas ventajas iguales; las más de las veces los que disfrutaban bienes obtienen ventajas con perjuicio de los que no están en el lugar; de aquí sordos disgustos que degeneran en acritudes, en sospechas malignas; la discusión llega al colmo, y cuando la división reina en el seno de las familias ¿cómo la sociedad, en general, no había de sufrir con esto?

228. Estos son los inconvenientes de la comunidad que han dictado la disposición del art. 815: "nadie puede ser obligado á permanecer en la indivisión; y la partición puede ser siempre provocada, no obstante prohibiciones y convenios en contrario." El principio establecido por el art. 815 es de orden público, en el sentido de que es de interés general; de esto resulta que no se le puede derogar; esto es lo que dice el mismo art. 815. Podría haber prohibición de dividir, si el testador ó el donador prohibieran dividir los bienes que legan ó que donan; la cláusula ó condición se consideraría como no escrita, según los términos del art. 900. Si los herederos convinieran en no dividir nunca la herencia, el convenio sería nulo, y habría lugar á aplicar el art. 1172, según el cual toda con-

dición de una cosa prohibida por la ley es nula y vuelve nulo el convenio que depende. Aplazamos la explicación de los arts. 900 y 1172, en los títulos de las *Donaciones* y de las *Obligaciones*.

229. El principio establecido por el art. 815 es general; se aplica á todos los casos en que hay comunidad, y por consiguiente, indivisión. Se ha fallado que el art. 815 era aplicable á la comunidad de pasto; la escritura probaba que esta comunidad estaba ligada á la indivisión del terreno sobre el cual se ejercía el pasto. De aquí la corte de casación ha concluido que las partes interesadas podían pedir la partición del terreno indiviso y poner término á la comunidad del pasto. En el caso de que se trata, se pretendía que había servidumbre recíproca de pasto. Pero para que haya servidumbre, se necesita que el derecho esté establecido en el predio ajeno, mientras que el terreno pertenecía á los dos propietarios por indiviso; ahora bien, no puede uno tener servidumbre en su propia cosa.

289. Puede haber comunidad entre nudos propietarios ó entre usufructuarios; poco importa cuál sea la cosa indivisa, basta que haya indivisión para que el art. 815 sea aplicable. En un caso que se ha presentado ante la corte de casación, la partición era pedida por un heredero que no tenía más que una parte de muda propiedad en una sucesión indivisa. Sus coherederos le objetaban que no tenían ningún interés en provocar la partición, supuesto que no tenía el derecho de disfrutar. La objeción tendía á dejar la muda propiedad en la indivisión por todo el tiempo que durase el usufructo. Es verdad que el nudo propietario no disfrutaba, la indivisión no tenía todos los inconvenientes que por lo común presenta; pero poco importa; no es, en razón de este ó aquel inconveniente, por lo que la ley prohíbe la indivisión forzada; desde el momento en que hay indivisión, ella permite la partición. Por otra parte, el nu-

do propietario estaba interesado en hacer determinar la porción de bienes que le pertenecían á la herencia, para hacer más fácil la enajenación; la nuda propiedad se vende ya difícilmente; y la enajenación se hace todavía más difícil si la cosa es indivisa; esto sería poseer la fuerza del comercio, y tal es uno de los motivos principales por los cuales la ley permite poner término á la indivisión.

Igual cosa se ha fallado en el caso siguiente: Por contrato de matrimonio, los futuros cónyuges habían dispuesto que el que de ellos sobreviviera tendría el usufructo de todos los bienes del otro; y habían añadido la cláusula de que los herederos del predecedido no tendrían derecho á la partición de la sucesión sino al fallecimiento del último que viviera. Esta cláusula establecía la indivisión forzada entre los herederos nudos propietarios, luego era nula en virtud de los arts. 6 y 815 del del código civil. El donado, lo mismo que el testador, no puede prohibir la partición. (1)

Si el usufructo estuviese indiviso entre varios usufructuarios, cada uno de ellos podría pedir la partición; ellos tienen un derecho en la cosa, están, en consecuencia, interesados en ejercerla sobre fundos en los cuales tengan el goce exclusivo. En vano se diría que la indivisión no es temporal, puesto que cesará con el usufructo, el cual es temporal por naturaleza. La ley no hace distinciones. Desde el momento en que hay indivisión, permite la partición. El marido lega á su mujer el usufructo de la cuarta parte de sus bienes; de esto resulta que la sentencia se halla en estado de indivisión con los herederos del predecedido, y que, por consiguiente, éstos pueden pedir la partición ó la licitación de los inmuebles de la herencia, cuando se les reconoce como indivisibles. Se objetala que

1 Metz, 3 de Julio de 1855 (Daloz, 1856, 2, 204).

nunca hay indivisión entre el usufructuario y el nudo propietario, lo que es muy cierto; pero en el caso actual, había usufructuarios que al mismo tiempo eran nudos propietarios; luego había indivisión en cuanto al usufructo, entre la viuda usufructuaria de la cuarta parte y los herederos usufructuarios de las otras tres cuartas partes; la viuda habría tenido, sin duda alguna, el derecho de pedir la partición de los bienes; luego sus consufructuarios debían gozar de la misma facultad. La viuda objetaba, además, que su usufructo le daba un derecho real de gozar de los bienes, que este derecho en los bienes de la sucesión no podía reemplazarse por un derecho en el precio, que esto era alterar su derecho transformando el usufructo inmobiliario en usufructo mobiliario. Se le contestaba que era la consecuencia necesaria de la demanda de partición autorizada por el art. 815, cuando los bienes se reconocen indivisibles; la licitación es entonces un derecho, y por consiguiente, la propiedad inmobiliaria tanto como el usufructo inmobiliario se convierte en una suma de dinero. (1)

231. Así, pues, á nuestro juicio, se ha fallado mal, que si un inmueble de la sucesión está gravado de usufructo en provecho de uno de los herederos, este inmueble debe retirarse de la partición y dejarse en la indivisión hasta la extinción del usufructo. En el caso de que se trata, la nuda propiedad estaba indivisa; y la nuda propiedad puede ser dividida á pesar de la existencia del usufructo; esta partición en nada compromete el derecho del usufructuario, que conservará su goce en el inmueble gravado, y aun quando este inmueble hubiera debido rematarse, el usufructuario habría conservado en su usufructo, porque no

1 Denegada de la sala de lo civil, de 24 de Junio de 1863 (Dalloz, 1863, I, 285). Casación, 6 de Agosto de 1836 (Dalloz, *Registro*, núm. 2035).

se podía rematar más que la nuda propiedad que era al indivisa; ahora bien, la venta de la nuda propiedad en nada cambia los derechos del usufructuario. (1)

También se ha fallado mal, á nuestro juicio, que si un usufructuario que grava todos los bienes en provecho de la viuda, ha sido constituido con la facultad para el usufructuario de echar abajo tales ó cuales construcciones, árboles y bosques, á su voluntad, la acción de partición no podía admitirse. Erase el caso que uno de los herederos pedía la partición, los otros se oponían á ella en razón de la dificultad de fijar el valor de los inmuebles, pudiendo disminuir este valor á causa de los derechos otorgados á la viuda usufructuaria. La corte ordenó que se suspendiera la partición hasta la extinción del usufructo. Este era sin duda el partido más prudente para los herederos, porque evitaba las acciones recursorias que se habrían necesitado si el usufructuario, usando de su derecho, hubiera echado abajo edificios ó bosques. (2) Pero esto era admitir una excepción al art. 815, es decir una derogación de un principio de orden público, cosa contraria á todo principio. Así, pues, la partición debía admitirse á pesar de los inconvenientes que presentaba.

232. El art. 815 cesa de ser aplicable cuando no hay indivisión ó cuando la acción no tiende á la partición de una cosa común. No hay indivisión entre el nudo propietario y el usufructuario; cada uno tiene una propiedad distinta é independiente del otro; luego no hay nada que dividir, y, por lo tanto, no hay lugar á aplicar el art. 815. Sin duda que pueden surgir cuestiones entre el nudo propietario y el usufructuario, y habría habido interés en prevenir tales conflictos, atribuyendo al usufructuario un derecho de propiedad exclusiva sobre una parte del fundo. Por vía de

1 Burdeos, 20 de Abril de 1831 (Daloz, *Sucesión*, 1528, 1°)

2 París, 31 de Agosto de 1818 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1529).

convenio, esto puede hacerse, porque las partes están en libertad para disponer de sus derechos como mejor les ocurra. Pero esa no es una demanda de partición, porque nada hay indiviso. (1) Puede suceder que haya una cosa indivisa, pero que la acción no tienda á la partición. En este caso, ya se entiende que no hay lugar ni á partición ni á licitación. Un canal pertenece en común á dos propietarios de fábricas. Uno de ellos emprende trabajos destinados á retener á las aguas del canal; el otro pide la destrucción de esos trabajos. ¿Es esto una acción de partición que debe siempre admitirse? Así se ha pretendido; pero la corte de casación ha rechazado tan singular pretensión. La acción tendía á reprimir las innovaciones que uno de los copropietarios había hecho en la cosa común, pero no pedía la partición de las aguas; luego el art. 815 era extraño al debate. (2)

233. ¿El art. 815 es aplicable á todos los casos en que hay indivisión? La negativa es clara para la comunidad que existe entre cónyuges; la partición no puede pedirse sino hasta la disolución de la comunidad, y esta disolución no tiene lugar sino en los casos determinados por la ley, la muerte, el divorcio, la separación de cuerpo ó la separación de bienes. ¿Es esto una excepción al art. 815? ¿ó no debe más bien decirse que este artículo no es aplicable á la indivisión que es la consecuencia de un convenio celebrado entre los copropietarios? Nosotros creemos que debe asentarse en principio que el art. 815 no concierne más que á los casos en que la indivisión resulta de una comunidad de hecho, sin concurso de consentimiento entre los copropietarios, sin objeto común; tal es la herencia, de cualquiera manera que sea, *ab intestato*, testamentaria ó con-

1 Donal, 16 de Febrero de 1828, (Dallos, *Sucesión*, núm. 2137).

2 Sentencia de denegada apelación, de 3 de Abril de 1838 (Dallos, *Sucesión*, núm. 1503).

tractual. No por su voluntad los herederos han venido á ser copropietarios; ellos no tienen interés alguno en mantener esta casual indivisión, precisamente porque es accidental; su interés es, al contrario, que termine lo más pronto posible. Otra cosa sucede cuando la comunidad es voluntaria y cuando se estipula para un objeto común. Tal es la comunidad entre cónyuges, la cual tiene un objeto de orden público, tanto como el matrimonio, y es unir á los esposos por el interés como ya lo están por el cariño. Por lo mismo no se concebiría la demanda de partición: el art. 815 es extraño á este orden de cosas.

Lo mismo sería con una sociedad contraída entre varias personas que ponen en común algunos inmuebles ó algunas cosas inmobiliarias. Los asociados están ligados por su contrato, y no pueden desprenderse pidiendo la partición en virtud del art. 815. Hay una sentencia de la corte de casación en este sentido, y esto no tiene duda alguna. (1) El art. 815 no entra en la cuestión, y la razón es bien sencilla. No habría sociedad posible si los socios pudieran á cada momento pedir la partición de los bienes indivisos. Ahora bien, ningún contrato es más favorable al desenvolvimiento de la riqueza pública y particular, como la sociedad. Luego el mismo interés que se opone al mantenimiento de la indivisión forzada exige que la indivisión subsista entre asociados, al menos en tanto que pueda lograrse el objeto de la sociedad; porque la ley prevé que la sociedad pudiera volverse perjudicial si los asociados fueran forzados á mantenerla. Volverémos á tratar el punto en el título de la *Sociedad*.

284. Creemos que el mismo principio es aplicable en todos los casos en que la indivisión resulta de un convenio libremente contraído. La jurisprudencia nos presenta va-

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Julio de 1825 (Dalloz, *Succesión*, núm. 1595).

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. 280). 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, diligencia 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 (Daloz, *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 prohíbe 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 inadmisibles, 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 prohíbe 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 esca-

sean, 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 a 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 Ródáuo 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 disfrutaban 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 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1526).

3 Casación, 5 de Julio de 1848 (Daloz, 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 principio 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. Una madre divide sus bienes entre sus hijos, con di-

ferentes cargos y con la condición de no poder proceder á ninguná 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? Siendó 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 cuarta parte, ella pide la partición; se falló que no era recibíble 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 sucesoral, 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 sucesoral 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 (Daloz, 1849, 3, 76).

2 Metz, 3 de Julio de 1855 (Daloz, 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 indivisión; 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 que 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 Duranton, t. 7º, pág. 160, 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 peso nulidad: las partes han querido lo que la ley prohíbe, 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 día 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. 4º, pág. 375, nota 4. Demante, t. 3º, pág. 215, núm. 159 6º 3º

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 cointerésados del deudor? En el título de las *Obligaciones* diremos 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? Verdaderamente 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? Merlin 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 prohíba 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^o, pág. 264, núm. 139 bis 2^o. 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 (*Pasicristia*, 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.

suspender la partición después del fallecimiento de su autor, deben tener el mismo derecho al consentir en una partición de ascendiente, puesto que ésta reemplaza á la que se hace después de la apertura de la herencia. En vano se dice que la cláusula sería nula si la partición ascendiente de se hiciere por testamento; es cierto esto, pero hay una razón de esta diferencia; en un caso, los copartícipes consenten en la cláusula de indivisión, mientras que en el otro se les impone.

§ II.—DE LA ACCIÓN DE PARTICIÓN.

Núm. 1. De la capacidad que se requiere para formular la acción.

245. ¿Cuál es la capacidad que se requiere para formular la acción de partición? ¿es preciso ser capaz de enajenar ó basta con ser capaz de administrar? Pothier contesta que la partición es una especie de enajenación, porque restringe á los puros efectos que tocan en lote al coheredero el derecho que tenía antes sobre todos los efectos de la sucesión. Hé ahí por qué, dice Pothier, la demanda de partición no se permite ni al menor, ni á su tutor, ni al menor emancipado. (1) Esto era verdad en derecho romano, que consideraba la partición como un acto translativo de propiedad, porque implica un cambio. Pero no es cierto en nuestro derecho, supuesto que la partición es declarativa de propiedad (art. 883). Pero aunque en derecho no sea una enajenación, claro es que la partición tiene, de hecho, una importancia casi tan grande como la enajenación, porque determina los derechos que pertenecen á los herederos y que se supone les han pertenecido siempre sobre los bienes de la sucesión; ahora bien, hay bienes más ó menos ventajosos, bienes que convienen á uno de los copartícipes y á otros no; luego el

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4º, art. 1º, pfo. 2º

interés de los herederos puede lesionarse gravemente por la partición. Y hasta pueden estar interesados en que continúe la indivisión. De aquí la necesidad de cierta capacidad para formular una demanda de partición; pero es difícil definirla. No es, como decía Pothier, la capacidad de enajenar. En efecto, el código permite al tutor que pida la partición con la autorización sólo del consejo de familia, mientras que para enajenar, necesita la homologación del tribunal. Lo que prueba, al mismo tiempo, que la capacidad de administrar no es suficiente para intentar esa acción. Llegamos á la condición que siendo la partición acto de naturaleza especial, se necesita también una capacidad especial. (1)

246. Según los términos del art. 465, el tutor debe tener la autorización del consejo de familia para provocar una partición; puede, sin estar autorizado, contestar una demanda de partición dirigida contra el menor. ¿Por qué lo puede sin autorización? La razón es que la partición debe tener lugar desde que él es demandado, puesto que nadie puede ser forzado á quedarse en la indivisión. Ahora bien, desde el momento en que la partición es necesaria, es inútil hacer intervenir al consejo de familia para autorizar un acto que él no puede impedir.

En lo concerniente á la acción de partición, se requiere la autorización, aun cuando la sucesión sea puramente mobiliaria. Ya lo dijimos en otro lugar de esta obra (t. 5.º núm. 74). Esto prueba que la capacidad para litigar no es suficiente para intentar la acción de partición, porque el tutor tiene el derecho de formular las acciones mobiliarias sin ninguna autorización. Pero la autorización del consejo de familia no debe homologarse, como debe serlo cuando se trata de una enajenación.

Lo que decimos del menor se aplica al incapacitado. Se ha fallado, sin embargo, que el tutor del incapacitado no

1 Demante, t. 3.º, pág. 220, núm. 142.

puede provocar la partición de muebles indivisos entre el incapacitado y mayores, sino con autorización del consejo de familia homologada judicialmente; la corte se funda en que la acción, en este caso, debía conducir probablemente á una licitación. (1) Esto es un motivo para dudar, porque la licitación es una venta, y de ella se trata en el título de la *Venta* (art. 1686); en lugar de dar á los copropietarios su parte en especie, el remate les da nada más una suma de dinero. No obstante, debe decidirse, según creemos, que es suficiente la licitación del consejo de familia. En efecto, la licitación es la consecuencia forzada de la partición cuando el inmueble no puede dividirse (artículo 827); así es que la cuestión debe resolverse conforme á los principios que rigen la acción de partición; poco lógico sería que para la partición baste la autorización del consejo de familia, y que no bastase para el remate, que es una consecuencia de la licitación. Tal es, por lo demás, la opinión generalmente seguida.

247. Los menores emancipados deben estar asistidos de su curador para proceder á la partición de las sucesiones que les tocan en suerte, sin distinguir si son actores ó reos (art. 840). Ellos no necesitan la autorización del consejo de familia; en otro lugar hemos dicho que ésta es la opinión general, con excepción del disentimiento de Delvincourt (t. 5.º, núm. 226). Siendo incapaces se concibe que tengan que estar asistidos por su curador, el cual tiene por misión cubrir su incapacidad.

248. ¿Las personas colocadas bajo consejo judicial pueden hacer partición sin la asistencia de un consejo? La cuestión es controvertida. Nosotros ya la examinamos en el t. 5.º, núm. 370.

249. En cuanto á los ausentes, hay que distinguir los diversos períodos de la ausencia. En el primer período, la

presunción de ausencia, el tribunal designa á un notario para que represente á los presuntos ausentes en la partición de las sucesiones que recaen en ellos antes de su ausencia (art. 113). Si se abre una sucesión cuando la asistencia de aquéllos se ha hecho inoierita, se devuelve á aquellos con quienes los ausentes habrían tenido el derecho de concurrir, ó los que hubieran escogido la herencia á falta de los ausentes (art. 136). ¿El notario que representa á los presuntos ausentes tiene derecho á intentar la acción de partición? Nosotros hemos examinado la cuestión en el título de la *Ausencia* (t. 2.º, núm. 142).

Después de la declaración de ausencia, la acción de partición pertenece á los parientes que han tomado posesión judicial (art. 817). No hay que distinguir entre los que han tomado posesión provisional y los que la han tomado definitiva. En cuanto á éstos, ninguna duda podrá haber, puesto que pueden enajenar los bienes del ausente. No sucede lo mismo con los provisionales, que sólo tienen un poder de administración, y el derecho de administrar no es suficiente, en general, para entablar la acción de partición. Si la ley lo concede á los poseedores provisionales, es porque no puede decirse que administran cosa ajena; probable es que el ausente haya muerto y que los poseedores sean herederos y propietarios; ellos disfrutan, con este título, de una parte de los frutos; la ley podía, pues, referirse á su interés. El cónyuge común en bienes, que opta por la continuación de la comunidad, tiene todos los derechos de un poseedor provisional. Luego él tiene calidad para pedir la partición (art. 124). (1)

250. El art. 840 habla de una partición hecha á nombre de los herederos *no presentes*, los cuales no deben confundirse con los *ausentes*. La ley los distingue; los *ausentes* son aquellos sobre cuya existencia se tiene mayor ó menor

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 466, núm. 677.

duda; los *no presentes* son aquellos cuya existencia es cierta, pero que no se encuentran en el lugar en donde su presencia sería necesaria. ¿Por quién son representados éstos? Si han dejado un mandatario, deja de haber cuestión. Pero ¿qué debe decidirse si se encuentran en países remotos? No puede tratarse de pedir la partición en su nombre, porque para esto se necesita una manifestación de voluntad por su parte. ¿Pero si la partición la pide un coheredero, de qué manera se procederá respecto de los *no presentes*? La ley quiere que la partición se haga judicialmente para garantizar los intereses de los que no pueden de pesar vigilarla. Queda por saber quien los representará porque deben tener un representante; el texto lo supone, supuesto que el art. 840 dice: "las particiones hechas á nombre de los *ausentes* ó *no presentes*, son definitivas." La ley pone, pues, á los *no presentes*, en la misma línea que á los *ausentes*; éstos son representados por los poseedores judiciales ó por un notario. ¿Quién representará á los *no presentes*? La ley no lo dice; luego tiene que procederse por analogía, y la analogía es evidente entre los *no presentes* y los *presuntos ausentes*; si éstos deben ser representados por un notario ¿por qué no habían de serlo también los otros? ¿No es este el mejor medio de resguardar sus intereses? Enséñase, no obstante, que debe procederse contra ellos por falta. (1) De esto resultarían grandes demoras, con perjuicio de los herederos presentes. Por otra parte, esto no se halla en armonía con el texto. Si los faltistas no estuviesen representados, no se podría decir que la partición se hace *en su nombre*, como la ley lo quiere. (2)

251. La mujer casada es incapaz, pero únicamente en el sentido de que debe estar autorizada por su marido para

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 467, núm. 677. Demolombe, t. 15, pág. 548, núm. 564.

2 Durantón, t. 7º, pág. 200, núm. 112.

ejecutar los actos jurídicos concernientes á ella. Es propietaria de la herencia que se trata de dividir; luego puede intentar la acción de partición, como puede ejecutar toda suerte de actos, con autorización marital. El marido no tiene calidad, en principio, para representar á su mujer; ésta no es incapaz como el menor, no pesa sobre ella la incapacidad sino en razón de su matrimonio, y esta incapacidad la cubre la autorización de su marido. Hé allí por qué ella, á diferencia del menor, es la que promueve. Sin embargo, las capitulaciones matrimoniales pueden dar al marido el derecho de promover. Nada impide que la mujer, si es capaz en el momento en que celebra su contrato de matrimonio, dé á su marido poderes plenos para que proceda á la partición de una sucesión que en ella ha recaído, y aun de las sucesiones que pudieran recaerle; ella dispone de sus bienes como le ocurre, supuesto que tiene la libre disposición de ellos. Hablamos de la mujer capaz; si fuere menor, no podría dar á su marido un poder que ella misma no tiene. Verdad es que los menores pueden celebrar, con autorización, todos los convenios relativos al matrimonio; aceptar, en consecuencia, el régimen que gusten, pero no pueden derogar las leyes que prescriben ciertas formas, en razón de su incapacidad. La mujer menor podría, pues, dar á su marido procuración para que haga las particiones que á ella interesan, puesto que ella podría adoptar un régimen que dé ese poder al marido, pero no puede dispensar á éste de que cumpla las formalidades que la ley prescribe para las particiones en las cuales están interesados los menores.

El régimen que los consortes adopten al casarse, puede dar al marido el derecho á pedir la partición de las sucesiones que corresponden á la mujer. Hay que distinguir, conforme al art. 818. Si el marido se vuelve propietario de los bienes que componen la herencia, él puede provo-

car la partición sin el concurso de su mujer, y esto es una consecuencia evidente de su derecho de propiedad. Y si la propiedad se le queda á la mujer, se debe hacer una nueva distinción en cuanto á los derechos del marido. Si él disfruta de los bienes en virtud del régimen que los cónyuges han adoptado, puede pedir una partición provisional, es decir, de goce; para hacer una partición definitiva, se necesita el concurso de la mujer nuda propietaria y del marido usufructuario. Si el marido no tiene el goce de los bienes, la mujer sola tiene calidad para proceder á la partición, con autorización marital, á menos que el contrato dé al marido el poder de intentar las acciones de partición de la mujer. Nos limitamos á plantear aquí el principio: en cuanto á las aplicaciones, las aplazamos para el título del *Contrato de matrimonio*, en donde tienen su lugar propio.

251 bis. ¿Qué capacidad se requiere para contestar una acción de partición? En principio, quien tiene capacidad para intentar una acción, la tiene también para contestarla. El art. 818 aplica este principio á la partición de una sucesión recaída en la mujer; pero la redacción es incorrecta. Conforme al texto, creeríase que "los coherederos de la mujer no pueden provocar la partición definitiva sino trayendo á la causa al marido y á la mujer." Pero esta disposición no es tan general como parece. Ella se refiere á la hipótesis de que se trata inmediatamente antes, es decir, al caso en que se trata de distribuir objetos que no caen en comunidad; la mujer y el marido deben concurrir entonces para pedir la partición, y en consecuencia, también para contestarla; mientras que el marido puede, sin el concurso de su mujer, provocar la partición de los objetos que caen en la comunidad; luego también tiene capacidad para contestar á una acción de partición de estos objetos.

El que no tiene capacidad para formular una acción, tampoco la tiene para contestarla. El art. 465 establece una excepción á esta regla, respecto al tutor; éste debe estar autorizado por el consejo de familia para provocar una partición, pero puede, sin esta autorización, contestar á una demanda de partición dirigida contra el menor. El artículo 840, que parece exigir, en todo caso, la autorización del consejo de familia, debe estar combinado con el artículo 465. ¿Para qué una autorización cuando la partición debe tener lugar desde el instante en que se pida? (artículo 815). (1)

Núm. 2. ¿Quién puede intentar la acción de partición?

252. El que intenta la acción debe tener la calidad de heredero en el momento en que se pide la partición porque la acción no es otra cosa que el ejercicio del derecho de herencia. Puede suceder que el actor haya sido heredero, pero que haya perdido su derecho hereditario por la prescripción. En otro lugar hemos dicho ya que el derecho hereditario prescribe en el lapso de treinta años; el sucesible que no procede dentro de este plazo se vuelve extraño á la herencia, cesa de ser heredero, por lo que no puede formular la acción de partición aun cuando el sucesible hubiese aceptado la herencia antes de la espiración de aquel plazo; puede ser rechazado por la prescripción si promueve partición contra sus coherederos y éstos se han apoderado de la herencia, como solos y únicos sucesores del difunto. La acción, en este caso, no es de partición, porque ésta supone que la calidad de heredero, en que ella se funda, está reconocida por el demandado; ésta es una acción de petición de herencia, la cual prescribe tam-

1 Chabot, t. 2º, pág. 313, núm. 3 del art. 840.

bién en treinta años, y la prescripción se cuenta desde el momento en que los herederos se han puesto en posesión de los bienes.

253. La acción de partición pertenece también á los cesionarios de la herencia; ellos tienen todos los derechos del cedente. Por este motivo la ley ha dado á los coherederos del cedente el derecho de retracto sucesoral. El heredero que vende los derechos sucesivos no puede ya ejercitarlos. ¿Pero cuándo la venta existirá respecto de los demás herederos? La cesión de un crédito no existe respecto de terceros, sino desde el día de la notificación ó de la aceptación por el deudor (art. 1690). ¿Pasa lo mismo con la cesión de la herencia? La cuestión es dudosa; nosotros la examinaremos en el título de la *Venta*. De todas maneras, el cesionario no puede pedir la partición sino cuando ha puesto su título en conocimiento de los herederos; hasta ese momento el cedente queda investido respecto de sus coherederos, y puede, en consecuencia, formular la acción de partición. Los coherederos no podrían oponerle la venta que ha hecho de la herencia: esto sería prevalerse de los derechos del comprador, y el cesionario es el único que puede invocar la cesión, porque los contratos no tienen efecto sino entre los contrayentes.

El cesionario de objetos determinados no tiene la acción de partición; no adquiere la propiedad de las cosas sino cuando compra durante la indivisión; su derecho depende de la partición. El es únicamente acreedor del cedente; como tal, puede provocar la partición de la sucesión (artículo 2205). Si es cesionario de una parte indivisa en un inmueble, debe provocar la partición general antes de poder pedir la partición del inmueble, siempre por el mismo motivo; la acción de partición no pertenece más que al copropietario, y el cesionario, en el caso que tratamos, no llega á ser propietario sino cuando, por efecto de la par-

tición, la cosa cae en el lote del cedente; él está entonces en estado de indivisión con el cedente y, por consiguiente, tiene la acción de partición.

254. Los acreedores del heredero pueden, en nombre de éste, intentar la acción de partición. Pueden, por los términos del art. 1166, ejercer todos los derechos de su deudor, con excepción de los que son exclusivamente inherentes á la persona. Se ha pretendido que el derecho de pedir la partición era inherente á la persona del heredero. Es cuestión difficilísima saber cuándo un derecho es inherente á la persona del deudor. Lo que sí es claro, es que los derechos puramente pecuniarios pueden ejercitarlos los acreedores, á menos que la ley los declare personales. Ahora bien, la herencia y la acción de partición que de aquélla emanan son derechos exclusivamente pecuniarios; y no hay texto que limite la acción á la persona del heredero. Esto es decisivo.

255. El derecho de los acreedores no es dudoso; pero la aplicación del principio da margen á algunas dificultades. Si los acreedores de un heredero menor provocan la partición ¿habrá necesidad de que obtengan la autorización del consejo de familia? Se ha fallado la negativa, y con razón. Hay gran diferencia entre el caso en que el tutor provoca una partición y el caso en que lo hacen los acreedores. La ley quiere que el tutor consulte al consejo de familia, porque puede interesar al menor no dividir, y uno es libre para no hacerlo. Mientras que la partición debe tener lugar cuando la pidan los acreedores, puesto que es para ellos el ejercicio de un derecho; este derecho no puede ser estorbado por la intervención y la denegación del consejo de familia.

Si el tutor del heredero menor hace una partición sin observar las formas prescriptas por la ley, esa partición, según el art. 840, no es nula, se la declara provisional, es

decir, que la ley la transforma en una partición de goce ¿Los acreedores podrán, en este caso, provocar una partición definitiva? Sí, y sin duda alguna. Una partición de goce no es más que el mantenimiento de la indivisión; ahora bien, según el art. 2205, los acreedores no pueden perseguir la expropiación de los muebles indivisos, antes de la partición, y esta misma disposición les permite que provoquen la partición si lo juzgan conveniente. Esto decide la cuestión: el tutor no puede impedir á los acreedores que ejerciten sus derechos, haciendo una partición provisional.

¿Los acreedores que provocan la partición son terceros ó proceden como cointeresados del heredero, su deudor? A nosotros nos parece que el art. 1166 decide la cuestión; ellos no provocan la partición contra el deudor, sino á nombre de éste; luego el art. 2205 no es más que la aplicación del art. 1166. Resulta de esto que los coherederos contra los cuales los acreedores piden la partición, pueden oponer á los actores una partición en lo privado, aunque este documento no tenga fecha cierta respecto de los terceros. La corte de casación así lo ha fallado. En el caso se objetaba que los acreedores habían adquirido una hipoteca del heredero, durante la indivisión; luego tenían su derecho real, y que con este título eran terceros. La corte contesta que ese derecho real dependía del resultado de la partición, supuesto que se desvanecía si el inmueble no caía en el lote del deudor. ¿No debe decirse algo más? Aun cuando la hipoteca hubiese sido anterior á la indivisión, la acción de partición no habría pertenecido siempre á los acreedores sino en virtud del art. 1166; porque no se concibe que un acreedor intente la acción de partición en su nombre. (1)

1 Denegada, de 23 de Julio de 1866 (Daloz, 1866, 1, 497). Hay una sentencia en sentido contrario, de la corte de Orleans, de 11 de Mayo de 1861 (Daloz, 1861, 2, 209).

Como los acreedores no proceden en virtud de un derecho que les sea propio, sino únicamente como cointeresados de su deudor, hay que decidir que están sometidos al derecho común para el ejercicio de su acción. En el título de las *Obligaciones* diremos que los acreedores pueden ejercitar los derechos y acciones de su deudor, sin necesitar ni del consentimiento de éste, ni del permiso judicial; pero al juez corresponde siempre examinar si la acción descansa en un interés serio y legítimo, ó si carece de interés y es puramente vejatoria. Tales son los términos de una sentencia de la corte de casación. En el caso de que se trata, un inventario levantado por el mismo actor comprobaba que la sucesión no comprendía ningún inmueble y que el activo mobiliario, importante 323 francos, era insuficiente para pagar las deudas. Luego no había derecho útil que ejercitar, y por lo tanto, los acreedores carecían de interés. (1) Los acreedores carecen también de interés, y por consiguiente, de derecho, cuando el heredero ha formulado una acción de partición. En este caso, los acreedores pueden intervenir en la partición; lo que basta para poner á cubierto los intereses. Pero ¿qué debe decidirse si se ha llevado la acción ante un tribunal incompetente? Se ha fallado que, en este caso, los acreedores pueden entablar una nueva demanda. (2) Esto nos parece muy dudoso. La competencia, en materia de partición, no es de orden público; si los coherederos están de acuerdo para proceder ante un tribunal incompetente, la partición no dejará por eso de ser válida. Por lo tanto, los acreedores carecen realmente de interés para intentar otra acción. Ellos tienen derecho de intervenir en la partición; esto es una garantía suficiente; ¿no es llegado el caso de decir,

1 Denegada, 24 de Febrero de 1869 (Daloz, 1870, 1, 64).

2 Sentencia de Reglamento, de 29 de Julio de 1867 (Daloz, 1868, 1, 34).

con la sentencia que acabamos de citar, que los jueces tienen el derecho de desechar la demanda por estar desprovista de interés. ¿Los acreedores del difunto pueden también provocar la partición? Se ha fallado que los acreedores de la sucesión carecen de derechos porque no tienen ningún interés. (1) ¿No es esto demasiado absoluto? Sin duda que los bienes de la herencia son la prenda de aquéllos, y que pueden conservar esta prenda pidiendo la separación de los patrimonios; en este caso, no tienen ningún interés en pedir la partición. Pero la separación de los patrimonios no es una obligación, sino una facultad; si el heredero acepta la sucesión lisa y llanamente, se vuelve heredero personal de los acreedores del difunto; éstos pueden contentarse con esta garantía, y no promover la separación. Siendo ya acreedores del heredero, pueden prevalerse del art. 1166; no vemos con qué derecho se les rehusaría el beneficio de una disposición que todo acreedor puede invocar.

Núm. 3. *¿Contra quién debe intentarse la acción?*

256. La acción de partición es recíproca; aquellos contra quienes se intenta tienen los mismos derechos que los que la intentan, puesto que se trata de liquidar herederos comunes. Luego puede decirse que los demandados son también actores. De donde se sigue que la acción de partición no puede formularse sino contra los que tienen el derecho de intentarla.

257. ¿Es preciso que el demandado posea los bienes de la sucesión? Así lo han pretendido. Esto es confundir la acción de partición con la acción de petición de herencia. Esta supone que la herencia es poseída en todo ó en par-

1 Poitiers, 21 de Julio de 1824 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2018, 1.º) Douai, 13 de Junio de 1863 (Daloz, 1863, 5, 268). En sentido contrario, Besançon, 1.º de Abril de 1863 (Daloz, 1863, 2, 93). Compárese Massé y Bergé sobre Zachariae, t. 2.º, pág. 358, nota 2.

te por aquel contra quien el heredero procede, porque ella tiene por objeto la restitución de los bienes hereditarios. No pasa lo mismo con la acción de partición: esta es una liquidación de derechos comunes; así es que se dirige contra los coherederos, importando poco que posean ó nó. Si los bienes han sido enajenados, no por eso se les deja de incluir en la masa, supuesto que la enajenación no es válida sino cuando los bienes vencidos caen en el lote del heredero vendedor. (1)

258. La acción de partición debe intentarse contra todos los herederos. En este sentido, es indivisible. No hay cuestiones más difíciles que las concernientes á la indivisibilidad, por lo que no debe llamar la atención que la jurisprudencia se muestre vacilante é incierta. La corte de casación ha decidido el pró y el contra; las cortes de Bélgica son más firmes, y admiten como punto fuera de duda que la demanda de partición es indivisible. Nosotros nos colocamos del lado de este partido. Hay un punto primero que nos parece claro, y es que una partición que no se hiciere entre todos los herederos, no sería una partición, sino uno de esos actos que se llaman inexistentes, porque no producen efecto alguno. Esto resulta de la esencia misma de la partición, que está destinada á poner fin á la indivisión, repartiendo los bienes de la herencia entre todos los que tienen derecho en ellos; si uno de los herederos toma parte, no se le puede oponer la partición; respecto á él, la indivisión continúa; ahora bien, sucede con la indivisión lo que con la partición; no se concibe la indivisión respecto del uno ni que haya indivisión respecto de los demás, como no se concibe partición respecto de un heredero, sin que haya partición entre todos. Y si la indivisión continúa, no hay partición; luego la partición que no se efectúa entre todos los que tienen derecho á ella, es una partición

1 Bruselas, 16 de Noviembre de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 213).

inexistente. El art. 1078 consagra esta doctrina. Un ascendiente divide sus bienes entre sus descendientes, y sucede que uno de los hijos no está incluido. La ley decide que esta partición es nula por el todo. ¿Qué quiere decir esto? ¿es un acto anulable? ¿y la acción de nulidad no pertenece más que al heredero excluido? La ley no habla más que de una acción de nulidad: ella dice que podrá provocarse una nueva partición; luego considera la primera como inexistente. Por esto es que se admite á pedir esta nueva partición, no sólo á los hijos que han sido excluidos de la primera, sino á aquellos mismos entre quienes se ha hecho la partición. Esto es decisivo. Si la partición de ascendientes no existe á los ojos de la ley, cuando no se ha verificado entre todos los herederos, lo mismo debe pasar con toda partición, porque el art. 1078 no hace más que aplicar los principios que derivan de la naturaleza de la división.

¿Hay en el título de las *Sucesiones* un artículo que derogue estos principios? Puede responderse con firmeza que no lo hay, porque no es posible que lo haya. En realidad, todas las disposiciones del código implican la necesidad de traer á la causa á todos los que tengan derecho. ¿De qué modo se formarán los lotes si no concurren todos los herederos á la partición? Los que no son llamados tienen que hacer algunas devoluciones, y ¿cómo se compondrá la masa distribuible si no se hacen esas devoluciones? Se objeta que nada impide que algunos de los herederos procedan contra el retenedor de una parte de los bienes que componen la herencia. La corte de Rennes contesta, y su respuesta es perentoria, que la objeción confunde la acción de petición de herencia con la acción de partición. La petición de herencia es una acción de restitución ó de reivindicación; si los objetos que se reivindican son divisibles, déjase entender que la acción es igualmente divisi-

ble. ¿Acaso la acción de partición tiende también á una reivindicación? Absolutamente nó. Existe un patrimonio común por distribuir, y cada heredero debe tener su porción; para que la tenga, hay que hacer un conjunto de operaciones que implican la presencia y el concurso de todos los que tienen derecho. Como estas operaciones no pueden dividirse, resulta que la partición es indivisible. (1) Un autor se asombra, y con justa razón, de que la sentencia que acabamos de analizar haya sido casada por la corte de casación (2) La corte invoca la definición que el art. 1217 da de las obligaciones divisibles é indivisibles: la obligación es divisible cuando tiene por objeto una cosa que en su entrega es susceptible de división, sea material, sea intelectual; ahora bien, los bienes que son objeto de la acción de partición son divisibles, y por lo tanto, la acción también lo es. A esto se contesta por lo común que hay, además, otra indivisibilidad que la definida por el art. 1217, y es la que Pothier llama indivisibilidad de obligación; ésta existe por más que el objeto sea indivisible por naturaleza, cuando el punto de vista en que se la considera no la hace susceptible de ejecución pericial. Ahora bien, la partición no puede ejercerse parcialmente, puesto que no hay partición sino en tanto que la indivisión cesa entre todos los herederos. (3)

1 Rennes, 19 de Julio de 1845 (Daloz, 1846, 4, 387). En el mismo sentido, Bastia, 22 de Junio de 1857 (Daloz, 1857, 2, 11). Sentencia de casación, de la corte de casación de Bélgica, de 29 de Octubre de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 423); Bruselas, 12 de Agosto de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 17). Compárese Dutruc, *De la partición*, página 277, núm. 295.

2 Sentencia de casación, de 13 de Diciembre de 1848 (Daloz, 1849, 1, 38). Compárese sentencia de casación, de 22 de Junio de 1835 (Daloz, *Conciliación*, núm. 217). Hay una sentencia en sentido contrario (Donogada, de 10 de Abril de 1866, Daloz, 1866, 1, 277).

3 Bioche, Diccionario, en la palabra *Partición*, núm. 21 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1578).

¿No sería más exacto decir que hay que prescindir en este punto de las definiciones de los arts. 1217 y 1218? Estas definiciones sólo se refieren á las obligaciones. Ahora bien, la partición no es una obligación, sino la liquidación de un derecho preexistente. ¿Esta liquidación es divisible? Tal es la cuestión. La corte de casación no la contesta. Preciso es resolverla conforme á la naturaleza del derecho, prescindiendo de las disposiciones que son extrañas á la dificultad.

259. Las consecuencias que resultan de las dos opiniones, naturalmente son bien diferentes. Decidiendo que la acción de partición es divisible, la corte de casación ha fallado que si, en un procedimiento de partición, uno de los sucesibles no ha sido citado en conciliación y no ha tomado parte en la instancia, la nulidad de que él se prevale no puede hacerse común á los que han cubierto la falta de conciliación por una defensa del fondo. (1) Se ha fallado por las cortes que consideran la acción de partición como indivisible, que la apelación del juicio recaído á la demanda de partición, no es recibibile si todos los copartícipes que figuraban en primera instancia no han sido intimados. (2) Se ha fallado, además, que uno de los copartícipes carece de interés y por lo tanto no es recibibile á prevaleerse de la irregularidad cometida á su respecto en la apelación del fallo de homologación, cuando ha sido legalmente notificado á todos los demás. (3)

La corte de casación de Bélgica, al decidir que la acción de partición es indivisible, ha concluido que la apelación interpuesta en tiempo útil por alguno de los copartícipes aprovecha al que no ha sido convocado sino después de la espiración del plazo legal. Al mismo tiempo, la corte ha

1 Casación, 22 de Junio de 1835 (Daloz, *Conciliación*, núm. 217).

2 Tolosa, 6 de Febrero de 1842 (Daloz, *Apelación civil*, núm. 591).
Rennes, 19 de Julio de 1845 (Daloz, 1846, 4, 387).

3 Burdeos, 14 de Enero de 1842 (Daloz, *Aplicación*, núm. 626).

fallado que el principio de la indivisibilidad no se refiere más que á la acción de partición propiamente dicha, es decir, á las operaciones necesarias para llegar á la partición. Si se suscitan contiendas extrañas á la partición entre las partes que están en instancia, no hay lugar á prevalerse de la indivisibilidad, y quedan bajo el imperio del derecho común. (1)

Núm. 4. ¿Cuándo debe intentarse la acción?

1. De la imprescriptibilidad de la acción.

260. El art. 815 dice que nadie pueda ser forzado á quedarse en la indivisión y que la partición puede provocarse á toda hora. Síguese de aquí que la acción de partición es imprescriptible en tanto que dure la indivisión. En general, toda acción prescribe; la imprescriptibilidad es una excepción. ¿Por qué se admite esta excepción para la acción de partición, por más que la ley no la establezca en términos expresos? Porque no se concibe la prescripción en tanto que hay indivisión. Si prescribiera la acción, los que poseen por indiviso durante treinta años, llegarían á ser propietarios exclusivos. Ahora bien, esto es imposible, porque es un contrasentido jurídico. ¿Cómo un comunista había de llegar á ser propietario, poseyendo como comunista? El mismo título que invocara estaría en su contra, porque este título comprueba que él posee con otros por indiviso, lo que excluye una propiedad exclusiva. No prescribe sino lo que uno posee; luego una posesión indivisa no puede conducir á una propiedad divisa; esa posesión implica, al contrario, el derecho para los otros poseedores por indiviso de pedir á cualquiera hora la partición, y de

1 Casación, 29 de Octubre de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 423). Compárese Argelia, 26 de Febrero de 1866 (*Daloz*, 1866, 1, 110), y Dijón, 23 de Diciembre de 1868 (*Daloz*, 1870, 2, 219).

obtener su parte en la propiedad de los bienes hereditarios. (1)

261. Por lo común los herederos disfrutan en común de los bienes de la herencia durante la indivisión. Puede suceder también que ellos se dividan el goce, de suerte que cada cual disfrute separadamente de los bienes hereditarios. Esto es lo que se llama una partición provisional. Y ¿acaso una partición de goce, de cualquiera manera que se haga, vuelve prescriptible la acción de partición? Nó, porque hay siempre indivisión de la propiedad; la partición provisional misma prueba que la propiedad ha quedado indivisa, y que, por consiguiente, la partición puede siempre pedirse. La división de goce no impide, pues, la imprescriptibilidad de la acción. (2)

La jurisprudencia se halla en este concepto. Unos coherederos convienen en disfrutar alternativamente de un molino cada tercer día. La corte de Poitiers decidió que esto era una verdadera partición, é invocó los usos que se seguían en la comarca. A recurso interpuesto, la sentencia fué casada. Habría, cierto es, partición, dice la corte; pero era una partición provisional de goce; la propiedad del molino quedaba indivisa; luego la acción de partición definitiva era siempre admisible. (3) Y esto sería así aun cuando por cualquier comercio, aun cuando fuese una transacción, las partes interesadas hubiesen convenido en mantener la indivisión. Este convenio no es válido sino por cinco años: celebrado por término indefinido sería nulo (núm. 240), y la partición podría pedirse inmediatamente. (4)

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4º, art. 1º

2 Durantón, t. 7º, pág. 167, núm. 89. Demolombe, t. 15, pág. 495, núm. 517.

3 Sentencia de 15 de Febrero de 1813 (Daloz, *Sucesión*, número 1541). Compárese denegada, de 5 de Junio de 1839 (Daloz, *ibid*, núm. 1542, 1º)

4 Denegada, de 9 de Mayo de 1837 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1505, 1º)

II. Cuando la acción se vuelve prescriptible

262. El art. 816 dice: “la partición puede pedirse, aun cuando uno de los coherederos hubiese disfrutado separadamente de los bienes de la sucesión, si no ha habido un acto de partición, ó posesión suficiente para adquirir la prescripción.” ¿Qué se entiende, en esta disposición, por *acto de partición* y por *posesión suficiente para prescribir*? La expresión *acto de partición* parece indicar un *escrito* que compruebe la partición; más adelante diremos que tal es, en efecto, la opinión bastante generalizada. Pero cuando se recurre al antiguo derecho y á los trabajos preparatorios, se convence uno que ese no es el sentido del art. 816. Sábese de qué autoridad gozaba el derecho romano, aun en los países de derecho consuetudinario, y la que era venerada como la más pura expresión de la doctrina romana. Ahora bien, los glosadores enseñan que si un heredero posee él solo la cosa hereditaria como suya, durante diez años entre presentes, durante veinte entre ausentes, probable es que hubiese habido partición. Esta es una presunción fundada en los hechos. De aquí se concluye que además de la partición de *derecho* que resulta del convenio probado entre las partes, había una partición de *hecho* que resultaba del goce separado, por los coherederos, de los bienes de la sucesión durante diez ó veinte años. Esta opinión había sido consagrada por varias costumbres, que se conformaban con una posesión de diez años. Se ha fallado que el goce separado, por todos los coherederos, de una porción de bienes aproximadamente igual á la que les tocaba, hacía presumir una partición consumida, y hacía que no fuese recibida una acción de nueva partición; que tal era la jurisprudencia general, fundada en las máximas del derecho romano. (1) Esta sentencia no da una idea del anti-

1 Amiens, 18 de Enero de 1823 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1550).

guo derecho; la opinión de los glosadores no era seguida por todos los autores; los mejores, Lebrun y Pothier, la resistían; exigían una posesión de treinta años, es decir, una verdadera prescripción, mientras que los glosadores admitían una prescripción presumible. La glosa transportaba á la partición la doctrina de la usucapión, pero las analogías no son más que aparentes; por mejor decir, no se encuentran, en materia de partición, las condiciones que se requieren en materia de prescripción adquisitiva. Ante todo; falta el título; se reemplaza por una prescripción fundada en la posesión; ahora bien, desprovista de título la posesión se hace muy equívoca; porquís la posesión separada puede explicarse por una partición provisional tanto como por una partición definitiva; de suerte que una partición de goce se transforma arbitrariamente en una partición de propiedad. Así, pues, la partición de hecho es contraria á todo principio; por esto la rechazaba Lebrun, y Pothier ni siquiera habla de ella en su Tratado de las sucesiones.

Los autores del código han desechado la partición de hecho; no aceptan que un goce separado haga presumible una partición; lo que quiere decir que repudian la doctrina de una partición presumible. Tal es el sentido de estas palabras del art. 816: "si no hay ningún acto de partición." La expresión *acto de partición* significa, pues, un convenio formal de partición. Si realmente ha habido partición, dice el legislador, que se pruebe. Si no se prueba que haya habido un convenio de partición, el goce separado no podrá invocarse sino cuando reuna las condiciones requeridas para la prescripción. Tal es la explicación que Chabot da del art. 816 en su informe al Tribunal: "según la glosa, se *presumía* la *partición* por su goce dividido durante diez años entre presentes, y veinte entre ausentes. Algunas costumbres tenían una disposición se-

mejante. Chabot combaté esta doctrina. Él parte del principio de que la acción de partición puede ejercerse durante treinta años cuando hay indivisión. No es exacto esto. Tenía que decirse, al contrario, que la acción de partición es imprescriptible en tanto que hay indivisión; que la prescripción puede, no obstante, comenzar, cuando hay goce separado, á título de propietario; pero la prescripción, cuando no hay título, exige una posesión de treinta años. Ahora bien, en el caso de que se trata, no hay título. En este sentido, el relator del Tribunado tiene razón para decir que sería contradictorio que uno de los herederos pudiera adquirir la parte de su coheredero por su goce menos largo, una posesión de diez á veinte años. Después de todo, el goce separado no puede ser más que una *presunción* de partición; y una presunción no debe predominar sobre el *derecho* de partición que á cada heredero pertenece, á menos que el goce haya sido bastante largo para destruir el derecho por la prescripción. Chabot acaba por decir que la opinión general era contraria á la de los glosadores y que el proyecto consagra la doctrina "que un goce diviso durante un tiempo que no podía adquirir la prescripción, no perjudicaba la acción de partición. (1). Jamás existe partición por el solo *hecho*, dice Simeón; se necesita siempre un *acto que la norme*, á menos que la posesión separada que se haya tenido se transforme en título por la prescripción."

263. Así es que no hay ya presunta partición; para que la acción de partición cese de ser recibida; se necesita que exista ó un convenio de partición ó prescripción. El convenio de partición debe ser una partición definitiva, es decir, de propiedad; una partición de goce, lejos de ser

1 Chabot, informe al Tribunado, núm. 55 (Loaré, t. 5°, pág. 125). Simeón; Discurso, núm. 40 (Loaré, t. 5°, pág. 140). Compárese De molomba, t. 15, pág. 493, núm. 513.

un obstáculo á la acción de partición, prueba que la indivisión continúa y que, por consiguiente, puede pedirse á toda hora la partición aun después de treinta años de goce separado, porque el goce separado testifica la indivisión (núm. 261). La aplicación del principio ha suscitado algunas dificultades. Sucede á veces que las partes hacen una partición provisoria que difiere de la partición provisional y de la definitiva. Difere de la partición provisional, porque ésta no es más que una partición de goce, y no da á los copartícipes ningún derecho de disposición, porque la propiedad permanece indivisa; la partición provisoria, por el contrario, da á los herederos el derecho de vender los bienes comprendidos en su lote. La partición provisoria estriba, pues, en la propiedad, lo mismo que la definitiva, pero difiere de ésta en que las partes se reservan á proceder á una partición definitiva. Se ha fallado que la partición provisoria atribuirá la propiedad á los copartícipes con condición resolutoria; que la acción de resolución de la partición, como toda acción, prescribe en treinta años; de suerte que después de treinta años la partición provisoria se vuelve definitiva. Interpuesto recurso, lo recayó una sentencia de denegación; pero importa hacer notar que la corte de casación evita reproducir la teoría de la corte de apelación; ella no dice que la partición provisoria es una partición de propiedad hecha con condición resolutoria, sino únicamente que las partes se habian reservado hacer más tarde una *liquidación definitiva*, y que esta acción prescribe, como otra cualquiera, en treinta años. (1) La cuestión de saber si una partición puede hacerse con condición resolutoria, es debatida; más adelante la volveremos á tratar. Lo que sí es claro, es que al admitir la validez de una partición provisoria de propiedad,

1 Sentencia de denegada apelación, de 2 de Agosto de 1841 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1558).

la acción de resolución ó de partición definitiva se vuelve prescriptible; mientras que es imprescriptible si ha habido una partición provisional.

264. El art. 86 decide también que no puede pedirse la separación cuando ha habido *posesión suficiente para adquirir la prescripción*. Así es que la acción de partición es prescriptible y á la vez imprescriptible por todo el tiempo que los herederos disfruten en calidad de comunistas; en este sentido es como el art. 816 dice que puede pedirse la partición, aun cuando uno de los herederos hubiese disfrutado separadamente de parte de los bienes de la sucesión; la ley supone que él ha disfrutado á título de comunista, en virtud de una partición de goce, y un goce que prueba la indivisión de la propiedad no puede ciertamente impedir la acción que tiende á la partición de la propiedad. La acción de la partición se vuelve prescriptible cuando el goce de comunista cede el lugar al goce de propietario; esto es lo que la ley llama una *posesión suficiente para adquirir la prescripción*. ¿Cómo se opera esta transformación? ¿Se necesita que se haya trastrocado la posesión, conforme al art. 2238? Los que poseen por otro, jamás prescriben, sea cual fuere el lapso de tiempo: tales son el arrendador, el usufructuario (art. 2236). No obstante, los poseedores precarios pueden prescribir si el título de su posesión se halla *trastrocado*; para esto se necesita una causa proveniente de un tercero, ó una contradicción opuesta al derecho del propietario (art. 2238); los retenedores precarios no pueden por su voluntad sola cambiar la causa y el principio de su posesión, es decir, transformar una posesión precaria en una posesión que puede servir de base á la prescripción (art. 2240). ¿Se aplican estos principios á la posesión de comunista? Excelentes autores así lo precisan y, teóricamente, tienen razón. En efecto, el he-

redero que posee á título de comunista, posee por otro tanto como por sí, puesto que posee una cosa que le pertenece en común con sus coherederos; esta posesión no es suficiente para prescribir; por mejor decir, ella impide la prescripción, tanto como la posesión á título precario del arrendatario ó del usufructuario. ¿Puede cambiarse á sí mismo la causa y el principio de su posesión, transformando una posesión de comunista en posesión de propietario exclusivo? Según los principios, nó; porque poseyendo como comunista, continúa poseyendo con tal título; la indivisión en virtud de la cual él posee, es una protesta permanente contra su pretensión de poseer á título de propietario exclusivo. Luego se necesita una intervención de su posesión para que pudiese prescribir.

Tal es la teoría; pero ¿el código la consagra? Nó; los artículos 2236 y siguientes no hablan más que de los que retienen la cosa del propietario, y el comunista no es un retenedor precario, sino propietario, y deriva su derecho de posesión, de la ley, si es heredero legítimo. Luego el artículo 2238 no se aplica á los comunistas. También la tradición no permite que se extienda á los comunistas lo que la ley dice de los poseedores precarios. Pothier, que ha servido de guía en esta materia á los autores del código, comienza por decir, como el art. 816, que hay lugar á la acción de partición aun cuando hubiere goce separado de uno ó de varios de los herederos; porque se supone que así poseen los unos por los otros. No obstante, continúa Pothier, si este goce y esta posesión separada durase treinta ó más años, en este caso los herederos podrían mantenerse en su posesión por la prescripción de treinta años, contra la acción de partición que contra ellos se intentase. (1) Chabot, en su dictamen al Tribunal, se expresa en el mismo sentido (núm. 262). No se trata de un trastrocamiento

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4º, art. 1º, pfo. 1º

de posesión. Es la posesión separada, continuada por treinta años, la que sirve de base á la prescripción. ¿En qué prescripción se funda? “El lapso de tiempo, responde Pothier, hace presumir que ha habido una partición y que el acta ha podido extraviarse.”

Esta doctrina es poco jurídica. ¿Cómo una posesión que, en su origen, es una posesión de comunista, ha de poder cambiarse, por el lapso solo de tiempo, en una posesión de propietario exclusivo? Claro es que el lapso de tiempo no explica tal transformación. Se puede decir que la posesión indivisa es por su esencia temporal, que la división debe cesar para reemplazar á una propiedad dividida; supuesto que esto está en la naturaleza de las cosas, se le puede presumir fácilmente; así es que cuando la ley quiere ver que su goce separado continúe por treinta años, supone que ha habido una partición, y por consiguiente, declara prescripta la acción de partición. (1) Esta explicación es plausible, pero no da cuenta de la prescripción; y hasta podría inducir á error, haciendo creer, como lo dice el relator del Tribunado, que el goce de comunista es lo que funda la prescripción después de treinta años de posesión separada. Esto es inadmisibile. La prescripción no puede apoyarse sino en una posesión de propietario. Luego se necesita sino un trastrocamiento de derecho conforme al art. 2240, al menos uno de hecho, es de decir, que el poseedor se mezcle como propietario exclusivo y que cese de proceder en calidad de comunista. Puede suceder que, desde el principio, la posesión del heredero haya sido una posesión de propietario; entonces no hay necesidad de su trastrocamiento; todas las probabilidades están, en este caso, por la existencia de una partición convencional cuya

1 Demante, t. 3.º, pág. 217, núm. 140 bis 3.º Compárese Ducaurroy, Bounier y Roustain, t. 2.º, pág. 446, núm. 651; Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 4.º, pág. 408, nota 12.

prueba no puede rendirse, porque no ha habido escrito ó porque el escrito se ha extraviado. Si hubiese habido un convenio de partición provisional, la acción de partición quedaría imprescriptible, aun cuando el goce separado hubiese durado más de treinta años, porque esta posesión sería una posesión de comunista, que jamás puede servir de base á la prescripción. La prescripción no podría comenzar, en esta hipótesis, sino cuando se probase una inversión de título. Nosotros lo resolveríamos así, no en virtud del artículo 2240 que solo atañe á los retenedores precarios, sino en virtud de los principios generales de derecho. Estos principios están confirmados por el texto del art. 816; la ley exige una posesión *suficiente* para prescribir; esto se refiere no sólo al tiempo que se requiere para la prescripción, sino también á los caracteres que debe reunir la posesión, según el art. 2229, para que ésta pueda fundar la prescripción.

265. Hemos supuesto, en lo que acabamos de decir, que la prescripción admitida por el art. 816 es la de treinta años. Esto es lo que generalmente se enseña. (1) Sin embargo, hay alguna dificultad en la teoría. Se pregunta, en primer lugar, si se trata de una prescripción extintiva ó de una adquisitiva. Unos dicen que es extintiva, y otros dicen que es á su vez adquisitiva y extintiva. (2) Es claro, según el texto del art. 816, que se funda en la posesión, supuesto que la ley exige una *posesión suficiente*; ahora bien, toda prescripción basada en la posesión es adquisitiva. Esto no es una cuestión de palabras: si la prescripción fuere sencillamente extintiva, no se podría exigir que reuniese los caracteres determinados por el art. 2229. Resulta, además, que la prescripción es de treinta años; no puede tratarse de la prescripción de diez ó veinte, la cual

1 Véanse las autoridades en Dalloz, *Sucesión*, núm. 1552.

2 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 376, nota 9.

exige un título, porque el heredero no lo tiene. Una vez adquirida la prescripción, el heredero puede oponerla á la acción de partición que contra él se intentase; y en este sentido, es extintiva.

Se presenta también la cuestión cuando la sucesión mobiliaria. Se ha pretendido que, en este caso, había que aplicar el art. 2279; de suerte que sería suficiente una posesión de un instante para que el heredero pudiera rechazar la acción de partición. Esta opinión no ha sido bien recibida. El art. 2279 no entra en la cuestión; pero ¿cuáles son los verdaderos motivos para decidir? Acerca de este punto hay incertidumbre y confusión en la doctrina y en la jurisprudencia. Así es que la corte de casación dice que los herederos tienen el derecho de *reivindicar* los valores mobiliarios en tanto que se hallen en manos de los que los han recogido como herederos, ó el precio proveniente, si han sido enajenados. (1) La expresión de *reivindicar* es inexacta y se presta al error. Precisamente cuando los muebles son *reivindicados* es cuando el poseedor puede prevalerse de la máxima de que en materia de muebles la posesión equivale á título. Luego si la acción de los herederos fuese una *reivindicación*, habría que aplicar el artículo 2279. Pero es de toda evidencia que la acción de partición no es de reivindicación, y con esto basta para que no sea aplicable el art. 2279. Es inútil ir en busca de otros motivos; el que acabamos de invocar está tomado del principio mismo del art. 2279. (2)

266. ¿Cuándo comienza á correr la prescripción de treinta años? Si nos atuviéramos á la doctrina de Pothier, habría que decidir que la prescripción comienza con la po-

1 Casación, 10 de Febrero de 1840 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1567).

2 Véanse las diversas opiniones en Durantón, t. 7º, pág. 171, número 96; Demante, t. 3º, pág. 219, núm. 140 bis 7º; Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 448, núm. 663; Zachariæ, t. 4º, página 377, nota 11; Demolombe, t. 15, pág. 516, núm. 531.

sesión separada. Debe decirse al contrario, que la posesión del heredero, en tanto que sea sin goce de comunista, no puede servir á la prescripción. Esto se dijo ya en el antiguo derecho: una posesión de comunista, aun cuando durase cien años, no puede invocarse contra la acción de partición. Preciso es una posesión *suficiente*, dice el artículo 816, es decir, una posesión que resulte de los caracteres exigidos por la ley; antes que todo, se necesita que sea una posesión á título de propietario. Es una cuestión de hecho que será muy difícil de juzgar si la posesión fué en un principio una posesión de comunista (núm. 264). El que invoca la prescripción deberá probar cuándo ha comenzado á poseer á título de propietario. (1)

La prescripción puede suspenderse ó interrumpirse. Se aplican los principios generales, que expondrémos en el título de la *Prescripción*.

267. ¿En qué casos puede oponerse esta prescripción á la acción de partición? Ateniéndose al texto del art. 816, habría que decir que no hay lugar á la prescripción de la acción de partición sino en el caso en que *uno de los coherederos* disfrute separadamente de *parte* de los bienes de la sucesión; hay acuerdo en decir que el texto no debe entenderse en un sentido restrictivo. La restricción carecería de sentido; desde el momento en que se admite la prescripción, hay que admitirla en todos los casos que puedan presentarse. Los autores del código han seguido muy servilmente á Pothier, que prevee ora un caso, ora dos, en lugar de plantear el principio en términos generales que abracen todas las hipótesis. Todos reconocen que los términos de la ley no son más que enunciativos.

Así es que hay prescripción cuando un heredero sólo ha poseído, no una parte de los bienes, como lo dice el artícu-

I Demolombe, t. 15, pág. 516, núm. 530. Zachariae, t. 4º, página 408, nota 13.

lo 816, sino *todos* los bienes. Se da como razón, que estando poseída la sucesión en totalidad por uno de los coherederos, la acción de partición intentada contra él se confunde con la acción de petición de herencia, la cual prescribe, sin duda alguna, en treinta años. Esto no es enteramente exacto. La acción es una petición de herencia cuando el heredero que ha poseído la totalidad de los bienes pretende ser el único heredero; si, á la vez que poseyendo separadamente los bienes dejados por el difunto, él reconoce la calidad de heredero en los demás, la acción es una demanda de partición. Luego hay que ver si la acción de partición es prescriptible en este caso. Se dice que la posesión del heredero es una posesión de comunista; que, como tal, no puede servir de base á la prescripción; que hay excepción únicamente en la hipótesis prevista por el legislador, y que el art. 816 no admite excepción sino cuando uno de los herederos posee una parte de los bienes; por otra parte, no se puede suponer, dicen, que haya habido partición cuando uno solo de los herederos posee toda la herencia. Bajo el punto de vista de los verdaderos principios, estos argumentos tendrían gran fuerza. Pero la ley se aparta del rigor del derecho; luego hay que colocarse en el concepto de los autores del código, para interpretar el art. 816. Ellos admiten la prescripción cuando hay una posesión separada á título de propietario: tal es el principio; importa poco, después de esto, lo que se posee, si es una parte ó si es la totalidad de la herencia. En cuanto al motivo en que se funda la prescripción, puede contestarse que una posesión de treinta años permite suponer que los demás herederos han sido desinteresados por el que posee todos los bienes. Es posible también que los otros hayan tenido que hacer devoluciones, y que, por consiguiente, la integridad de los bienes haya venido á tocar uno solo. (1)

1 Tal es la explicación de Demante, t. 3°, pág. 219, núm. 140 bis 5°

La solución sería la misma si varios coherederos hubiesen disfrutado indivisamente de todos los bienes de la sucesión, mientras que otros herederos no hayan disfrutado nada absolutamente; la exclusión de algunos de los herederos constituye un goce separado en provecho de los demás; por lo mismo, hay lugar á prescripción. Nos alarmamos moderadamente por los motivos de este estado de cosas: la prescripción se funda en razones generales de interés público, y no deja de ser aplicable, aun cuando en un caso particular esas razones no recibieran aplicación. Esta, por lo demás, es la opinión general. (1)

Si cada uno de los herederos ha poseído un lote separadamente, nos encontramos entonces en la hipótesis más favorable para la prescripción, por más que el art. 816 no lo prevea, lo que prueba que se haría mal en ceñirse demasiado servilmente al texto, interpretándolo en un sentido restrictivo. Claro es que, en este caso, la suposición de una partición es muy verosímil. Sin embargo, el hecho sólo de que los herederos han disfrutado cada uno separadamente, aun cuando sea por treinta años ó más, no bastaría para desviar la acción de partición; se necesita que haya prescripción, es decir, una posesión que presente los caracteres que la ley exige. Posible es que haya habido una partición provisional; y en verdad que un goce de comunista, en virtud de un convenio de indivisión, no podría invocarse contra la acción de partición. Se necesitaría entonces, según nuestro sentir, un trastrocamiento de pose-

Compárese Ducaurroy, Bonnier y Boustain, t. 2º, pág. 447, número 652. Durante, t. 7º, pág. 169, núm. 92; Demolombe, t. 15, página 526, núm. 544. La jurisprudencia es del mismo sentir: Burdeos, 2 de Julio de 1831 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1553) y Denegada, de 29 de Janio de 1853 (Daloz, 1853, 1, 296).

1 Demante, t. 3º, pág. 218, núm. 140 bis 4º; Demolombe, t. 15, página 526, núm. 544; Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, página 377, nota 10.

sión para que de esa manera los comunistas pudiesen prescribir. (1)

268. Puede haber lugar á la prescripción ordinaria de diez ó veinte años. Si uno de los herederos vende durante la indivisión un inmueble de la herencia como perteneciéndole, el adquirente, si es de buena fe y si su posesión reúne los caracteres exigidos por la ley, adquirirá la propiedad del inmueble por usucapión y podrá oponer ésta á los herederos que intentaran contra él la acción de reivindicación. Aquí no se trata de la acción de partición, y se permanece bajo el imperio de los principios generales que rigen la prescripción. (2) Si la venta tuviere por objeto los derechos sucesivos del heredero, el cesionario ocuparía el lugar del cedente; tendría los derechos de éste y podría, en consecuencia, pedir la partición; estaría también ligado por todas las obligaciones de aquél, y en consecuencia, obligado á responder á la acción de partición. Por lo tanto, se vuelve á la hipótesis del art. 816. Uno de nuestros buenos autores dice que el cesionario estaría sujeto á la acción de petición de herencia, ó si se quiere, á la acción de partición. (3) Esta es una inexactitud, al menos en el lenguaje, y hay que evitar con cuidado toda expresión incorrecta que pueda hacer caer en el error. Durantón confunde la petición de herencia con la acción de partición; las dos acciones difieren esencialmente, y difieren sobre todo en cuanto á la prescripción; la petición de herencia prescribe en treinta años, según el derecho común, mientras que la acción de partición es imprescriptible por regla general. Luego después de treinta años, el

1 Compárese Demante, t. 3º, p. 218, núm. 140 bis 3º Seguimos en esta hipótesis, la opinión de Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 378, nota 13.

2 Durantón, t. 7º, pág. 170, núm. 94 y las autoridades citadas por Dalloz, *Sucesión*, núm. 1562.

3 Durantón, t. 7º, pág. 170, núm. 95.

cesionario podría invocar la prescripción contra una acción de petición de herencia, mientras que no podría oponerla á la acción de partición si la indivisión hubiese continuado.

269. El art. 816 da, además, lugar á una dificultad. Se supone que uno de los herederos ha poseído separadamente una parte de los bienes de la herencia durante treinta años; ¿estaré obligado á devolver á la sucesión los bienes cuyo goce separado ha tenido? Se pretende que él debe la devolución, porque la prescripción que él invoca se basa principalmente en la presunción de una partición anterior, y dicen, el heredero que pide la partición declara que ésta no ha tenido lugar, y por consiguiente, que su posesión ha sido siempre precaria. (1) Esta opinión es contraria á los principios más elementales. La prescripción de treinta años no exige ni título ni buena fe; y desde el momento en que se vence, el poseedor es propietario; y ¿con qué derecho se le obligaría á devolver los bienes que le pertenecen?

§ III.—DE LA PARTICION PROVISIONAL.

270. La expresión *partición provisional* tiene una significación técnica en derecho. Podría creerse que se trata de una partición provisional de la propiedad; pero no es este el sentido que la ley le presta, sino que la emplea para designar una partición de goce. Esto resulta con claridad del art. 818. Cuando una sucesión recae en la mujer, y el marido no tiene más que el goce de los bienes, quedándole la propiedad á la mujer, la ley decide que el marido no puede provocar la partición sin el concurso de su mujer; él puede únicamente, si tiene el derecho de disfrutar de sus

1 Demolombe y los autores que cita, t. 15, pág. 520, núm. 537. En sentido contrario, Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, página 378, nota 12.

bienes, pedir una partición *provisional*, es decir, una partición que le procure el goce al cual tiene él derecho. Hay, pues, dos especies de particiones: una que se llama definitiva, porque pone término á la indivisión: el art. 863 determina los efectos de ésta; es declarativa de propiedad, lo que quiere decir, que cada heredero es propietario de los bienes comprendidos en su lote, á contar desde la apertura de la herencia, mientras que se supone que jamás ha tenido la propiedad de los demás efectos de la sucesión. Así es que la partición definitiva borra la indivisión como si jamás hubiese existido; cada heredero es propietario exclusivo de los bienes comprendidos en su lote, á contar desde el momento en que se abre la sucesión. Pasan las cosas de otra suerte con la partición provisional; ésta, al contrario, mantiene la indivisión, puesto que la propiedad queda indivisa y el goce solo es el dividido (1) La partición provisional tiene además esto de particular, que puede resultar de la ley. En principio, la partición es un convenio y así es siempre la partición definitiva. Cuando un heredero adquiere por prescripción todo ó parte de los bienes de la herencia, la ley supone que ha habido un acto de partición (núm. 264) Jamás hay partición definitiva en virtud de la ley, salvo para las deudas y los créditos; mientras que la partición provisional puede resultar ó de convenio ó de la ley.

N 1. De la partición provisional voluntaria.

271. El art. 815 permite que se suspenda la partición durante un tiempo limitado que no puede exceder de cinco años. En este caso, los herederos se quedan en la indivisión por efecto de su voluntad y arreglan sus intereses como se les ocurre. Puede suceder que los hijos, por mo-

1 Chabot, t. 2º, pág. 313, núm. 1 del art. 840.

tivos de respeto y de bien parecer, dejen el goce de los bienes al superviviente de sus padres; no hay entonces ninguna partición, ni siquiera de goce, puesto que el goce íntegro se le queda al padre ó á la madre. Puede también suceder que los herederos se dividan el goce; este convenio remeda una partición ordinaria si se da á cada heredero un lote que represente exactamente su parte hereditaria. Apesar de la apariencia, hay una diferencia radical entre la partición de goce y la partición de propiedad, y es que la partición provisional deja indivisa la propiedad, y el goce sólo es el dividido.

272. Síguese de aquí que debe haber una diferencia entre la partición provisional y la definitiva, en cuanto á la capacidad que se requiere para convertirlas. Para la partición definitiva, la ley exige una capacidad especial (número 245). La ley no se explica sobre la capacidad que se requiere para hacer una partición provisional, salvo cuando se trata del marido usufructuario de los bienes de su mujer; el puede, con tal título, pedir una partición provisional (art. 818). ¿Debe concluirse de aquí que el tutor, que el sucesor emancipado ó no emancipado, tienen también el derecho de hacer una partición provisional? Generalmente se enseña que el tutor tiene calidad para consentir una partición de goce. (1) Nosotros hemos sostenido la opinión contraria en el título de la *Tutela* (t. 5, núm. 78). El art. 818 decide la cuestión, á lo que nos parece; el marido tiene el derecho de pedir una partición provisional; ¿acaso como administrador? Nó, él lo puede, "si él tiene el derecho de disfrutar de los bienes de la mujer;" luego es porque él tiene el goce de la sucesión por lo que puede pedir la partición provisional. Bajo el régimen de la comunidad, el marido no puede pedir la partición provisional sino

1 Durantón, t. 7º, pág. 192, núm. 109. Ducaurroy, Bonnier y Rostain, t. 2º, pág. 468, núm. 679.

de las sucesiones que disfruta; él no puede pedir la partición de los bienes que estuviesen excluidos, aunque tenga su administración. Luego la calidad de administrador no es suficiente para proceder á una partición provisional, y por lo tanto, el tutor no puede consentirla.

Esto decide la cuestión para el menor emancipado. La ley lo coloca entre los incapaces (art. 1124), lo que no quiere decir que todo contrato que él haga sea nulo de derecho. Se distingue. El menor puede pedir la nulidad de los actos que celebre, cuando la ley prescribe ciertas formas para la validez. En nuestra opinión, la partición provisional no puede hacerse sino con la autorización del consejo de familia; luego si el menor lo celebra solo, el acto es nulo en la forma (art. 1311); lo que permite al menor provocar su nulidad, probando que la autorización del consejo de familia no se ha obtenido.

En cuanto al menor emancipado, se enseña que él puede hacer una partición provisional en la autorización de su curador; (1) en efecto, él tiene el poder de administración y además el goce. Pero se olvida que él es incapaz, y que no puede ejecutar el solo más que los actos de pura administración (art. 484). Y ¿acaso una partición provisional es un acto de pura administración? Ciertamente que nó; el interés del menor puede estar en proceder inmediatamente á la partición definitiva, y aun cuando él estuviese interesado en dividir el goce, puede ser gravemente perjudicado en la partición de los bienes; por lo que importa que esté asistido.

Por la misma razón creemos que la mujer separada de bienes no podría hacer partición provisional, aunque tenga la administración y el goce de sus bienes. No es ella sola la que debe decidir si debe haber una partición definitiva ó una partición de goce: y, en todo caso, es impor-

1 Demante, t. 3º, pág. 256, núm. 170 bis 2º

lante que esté asistida de su marido en el acto de la partición.

273. Vamos á suponer que la partición provisional está válidamente consentida. ¿Cuáles son los efectos? Da á los coparticipes un derecho en los frutos de los bienes cuyo goce se les atribuye. Luego cuando se proceda á la partición, no habrá lugar á entregar los frutos percibidos por los herederos; ellos los ganan, pero tampoco habrá lugar á reclamar suponiendo que la partición haya sido desigual (art. 220). La partición provisional, como sólo al goce concierne, la indivisión continúa en cuanto á la propiedad. Luego debe aplicarse el art. 815, y la partición podrá provocarse. No obstante, si el convenio celebrado entre los herederos mantiene la indivisión durante un cierto plazo, es evidente que la partición no podrá pedirse sino á la espiración del plazo, con tal que no exceda el término de cinco años.

274. ¿Cuál es el efecto de la partición provisional en lo concerniente á la prescripción de la acción de partición? Chabot contesta que la acción de partición definitiva se extingue en el lapso de treinta años, que se cuentan desde la partición provisional. (1) Esto nos parece contrario á todo principio. Chabot combate á los que enseñan que la partición provisional debe anularse en diez años, y que, por consiguiente, la partición provisional se vuelve definitiva, si no ha sido atacada dentro de aquel plazo. Este es un error, que Chabot refuta perfectamente: la partición provisional es válida; luego no puede tratarse de pedir su nulidad. ¿Pero no se engaña él mismo, enseñando que la acción de partición prescribirá después de treinta años de partición provisional? ¿Cómo comenzaría á correr la prescripción el día en que se hace la partición provisional, cuando esta partición consagra la indivisión? ¿y puede tra-

1 Chabot, t. 2º, pág. 314, núm. 5 del art. 849.

tarse de prescripción, en tanto que subsista la indivisión de la propiedad? Luego debe decirse que la prescripción no comenzará á regir sino desde el día en que cese la indivisión, en el sentido de que el heredero poseerá, no á título de comunista, sino á título de propietario. A nuestro juicio, esto no puede hacerse sino trastrocando la posesión (núm. 264).

Núm. 2. De la partición provisional legal.

I. ¿En qué casos es legal la partición provisional?

275. El art. 466 dice que la partición hecha por el tutor á nombre del menor no produce el efecto que tendría entre mayores, sino cuando se hace judicialmente, en las formas prescriptas por la ley: "otra partición cualquiera no se considerará como provisional." Esta disposición está reproducida en el art 840, que dice: "Las particiones hechas conforme á las reglas anteriores, prescriptas por los tutores, con la autorización de un consejo de familia, son definitivas; no son más que provisionales, si no se han observado las reglas prescriptas." Así es que el código supone que el tutor ha sido autorizado por el consejo de familia para proceder á la partición, porque no ha observado las formas prescriptas; tal partición es provisional. La ley es la que declara tal por derogación del derecho común. Cuando un acto concerniente á menores no puede hacerse sino bajo ciertas formas, y cuando el tutor no las ha observado, este acto es nulo en la forma, dice el artículo 1311; luego habría que declarar nula la partición cuando el tutor no ha procedido en las formas legales. ¿Por qué la ley, en lugar de anular la partición, resuelve que es provisional? Por interés del menor y por interés general. La anulación de una partición entraña la nulidad de los actos ejecutados por los coparticipes, aun los actos de ad-

ministración y de goce. Esto transforma profundamente las relaciones civiles. Más valía mantener las particiones, decidiendo que valdrían tanto como particiones de goce; no debiendo entregarse los frutos, los actos de administración permanecerán válidos; las partes interesadas sabrán que ellas no pueden ejecutar actos de disposición; los derechos de los terceros no se comprometerán, y no habrá acciones recursorias. Lo que no impedirá, á nuestro juicio, que el menor y todos los copartícipes puedan provocar una partición definitiva cuando gusten, y de esta manera todos los intereses quedan protegidos.

276. La partición es, pues, provisional cuando las reglas prescriptas para la partición hechas/judicialmente no se han abreviado, sea en todo, sea en parte. Se ha fallado que la partición es provisional cuando se ha hecho por atribución, mientras que la ley quiere que los lotes sean sorteados (art. 834) (1). En este caso, todas las demás formalidades se habían usado; pero en razón de la inobservancia del sorteo, forma esencial para los copartícipes, la participación habría debido anularse; la ley la mantiene dándole los efectos de una partición de goce. Esto supone que la partición fué hecha por el tutor, y que éste obtuvo la autorización del consejo de familia. Si el tutor procediere á la partición sin estar autorizado, la partición sería nula, aunque se hubiesen observado todas las formas legales. En efecto, el tutor que no está autorizado no tiene ninguna calidad para proceder; luego, conforme al derecho común, el acto que ejecuta es nulo. La ley deroga el derecho común cuando no se han observado las formas legales, y no lo deroga cuando el tutor ha obrado con su autorización. Hay una razón para esta diferencia.

Quando el tutor está autorizado para hacer la partición, tiene calidad para proceder; luego el acto puede mante-

1 París, 23 de Junio de 1840 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1631).

nerse, si no como partición definitiva, al menos como provisional; porque para esta última, la ley no prescribe formas. Si, al contrario, el tutor procede sin estar autorizado, él no tiene ninguna calidad, ni aun para hacer una partición de goce; luego lo que él hace debe ser nulo.

277. Lo mismo sucede con la partición hecha por los menores emancipados; es provisional, según el art. 840, cuando el menor procede á ella, asistido de un curador, pero sin observar las reglas prescriptas por la ley. Si se aplicare el derecho común, esta partición sería nula (artículos 484 y 1311. La ley la mantiene, atribuyéndole los efectos de una partición provisional. Pero si el menor hubiese hecho la partición sin estar asistido de su curador, la partición sería nula. Las razones para decidir son las mismas que acabamos de dar para el tutor.

278. ¿Qué debe decidirse si un menor no emancipado hace una partición sin el concurso de su tutor? Semejante partición sería nula, aun cuando el menor hubiese observado las formas legales. Esto no es más que la aplicación del derecho común (artículo 1311), y el código no lo deroga; ni habrá lugar á derogarlo, si se considera la partición como provisional, porque el menor no tiene derecho á hacer una partición provisional. La partición será, pues, nula. Lo mismo sería de una partición hecha á nombre del menor por un tercero que contra él hubiese declarado. Esta partición se vuelve válida si el menor se ratifica, en su mayor edad, por aplicación del principio de que la ratificación equivale al mandato; se supone que se han observado las formas legales. Si no lo hubiesen sido, la partición sería nula en la forma (art. 1311); pero podría confirmarse, siempre en virtud del derecho común. En ningún caso sería provisional la partición; porque para que una partición sea provisional, se necesita ó que las partes

hayan querido hacer una partición de goce ó que hayan hecho una partición sin observar las formas legales, en los casos previstos por la ley. No podrá haber partición legal sin texto; ahora bien, el art. 840 no declara provisional en cuanto al menor, más que la partición que ha hecho el tutor autorizado por el consejo de familia, sin observar las reglas prescriptas por el código civil.

Se ha fallado que si un menor celebra una venta de sus derechos sucesivos, esta partición bajo forma de venta no tiene valor sino como partición provisional. (1) Se pretendía que era válida como partición definitiva, porque el menor había consentido la cesión con asistencia de aquellos cuyo consentimiento era necesario para su matrimonio; ahora bien, los convenios hechos por un menor con esa asistencia, son válidos (arts. 1309 y 1398). Esto era hacer una falsa aplicación del principio que considera al menor como capaz de hacer todos los convenios matrimoniales; el art. 1398 limita expresamente este principio á los convenios concernientes al matrimonio. En cuanto á los que son extraños al matrimonio permanecen bajo el imperio del derecho común. Luego si se trata de actos que exijan ciertas formas, preciso es que éstas se observen, en principio, bajo pena de nulidad. Ahora bien, tal es la partición (art. 466). Luego la partición no podía valer sino como partición de goce, y no era válida sino como provisional, aun con la condición exigida por el art. 840, es decir, que el menor estuviere asistido de su tutor autorizado por el consejo de familia.

279. El art. 840 reputa también provisionales las particiones hechas á nombre de los ausentes ó no presentes, si se han observado las reglas que la ley prescribe. En cuanto á los ausentes, la ley da poder á los que tienen la posesión para que los representen (art. 249). Si se proce-

1 Grenoble, 5 de Agosto de 1859 (Dalloz, 1862, 2, 39).

diera á la partición sin que los ausentes estuvieren representados por los poseedores, sería nula la partición y no provisional, porque la ley no la declara tal sino en razón de la inobservancia de las formas; la falta de calidad implica la nulidad del acto. Lo que estamos diciendo de los ausentes se aplica también á los no presentes (número 250). En este último caso, sucede con frecuencia que uno de los coparticipes asume á su coheredero no presente; esta partición será definitiva, pero su validez dependerá de la satisfacción del heredero que no estaba presente á la partición. Si no se hubiesen observado las formas, la partición no dejaría de ser definitiva, porque la ley no la declara provisional; únicamente sería nula, y no se volvería/válida sino por una confirmación.

280. El art. 840 no habla de la partición hecha por la mujer ó á su nombre. Esta partición nunca es provisional en virtud de la ley. El marido puede, en su nombre, hacer una partición provisional de las sucesiones recaídas en su mujer cuando tiene el goce de los bienes de ésta (818); en este caso, la partición es provisional en su principio, porque el marido no tiene poder para hacer una partición definitiva. Si el marido hiciere en su nombre una partición definitiva, el acto sería nulo, porque el marido no tiene calidad para representar á su mujer. Si la partición se hiciere á nombre de la mujer, sería también definitiva; pero no llegaría á ser válida sino por la satisfacción de la mujer. Se ha fallado, y con razón, que la partición rectificada de esa manera es definitiva y válida á contar desde el día en que el marido la suscribió. (1) Es definitiva, porque el marido habla en ella á nombre de la mujer propietaria. Luego es una partición de propiedad. Es válida desde el día en que se hace, y no desde la ratificación, porque la ratificación equivale á mandato; retrograda, pues,

1 Denegada, de 11 de Febrero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 280).

desde día en que se celebrò el acto. La partición no puede ser provisional, en razón de la inobservancia de las formas, porque la ley no prescribe formas para las particiones en que está interesada la mujer. Ella puede proceder con la autorización de su marido, sin forma de ninguna clase. Y si no está autorizada, la partición será nula; esto no es más que el derecho común (art. 225), y la ley no lo deroga en materia de posesión. Luego jamás hay partición provisional legal para la mujer. (1)

281. Resulta de lo que acabamos de decir, que la partición, hecha por el tutor, por el menor emancipado ó nó, y la partición hecha á nombre de los ausentes ó no presentes, es unas veces provisional en virtud de la ley, otras veces nula. Grande es la diferencia entre la partición nula y la provisional. Cuando es nula, se aplican los principios generales que rigen la nulidad de los actos. La nulidad no está establecida, en el caso de que se trata, sino por interés de los incapaces; luego es relativa (art. 1125); los incapaces solos pueden prevalerse de ella. La acción de nulidad deberá intentarse dentro de los diez años (art. 1304); no puede ya intentarse si la partición se ha confirmado; la prescripción de diez años es ella misma una confirmación tácita. Tal es el derecho común, y la ley no lo deroga en materia de partición. Vamos á ver que los efectos de la partición provisional legal son enteramente diferentes.

II. De los efectos de la partición provisional legal.

1. Respecto de los incapaces.

282. La partición que se reputa provisional en virtud de la ley, tiene los mismos efectos que la partición provisional voluntaria. No es una partición nula, sino partición de goce, y, como tal, válida. Así, pues, la indivisión subsiste,

1 En sentido contrario, Delvincourt, t. 2º, pág. 349, núm. 9. Toullier, t. 2º, pág. 254, núm. 408.

por más que los coparticipes hayan tenido la intención de ponerle término; cada uno de ellos disfruta de los bienes puestos en su lote, y hace suyos los frutos; la propiedad permanece indivisa, pero los coherederos pueden pedir una partición definitiva. Esto es claro en cuanto á los incapaces. ¿Deben ellos pedir la nulidad de la primera partición? La cuestión carece de sentido. Esta partición es válida, luego no puede tratarse de provocar su anulación (1); pero no es más que provisional, es decir, que la sucesión, en cuanto á la propiedad, permanece indivisa. Luego hay lugar á aplicar el art. 815; la partición puede pedirse siempre. Puede serlo después de los diez años, porque el art. 1304 no es aplicable; la acción es una demanda de partición, y no una acción de nulidad. ¿Dentro de qué plazo debe formularse la acción de partición? Deben aplicarse siempre los principios generales. La acción de partición es imprescriptible, por regla general; se vuelve prescriptible cuando los herederos ponen separadamente á título de propietarios. En el caso de que se trata, los herederos poseerán ordinariamente por tal título, supuesto que su intención era hacer una partición definitiva. Verdad es que la ley declara su partición provisional. Pero la ley no puede impedir que de hecho los coparticipes se crean propietarios y como tales posean. Luego la prescripción correrá generalmente á contar desde la partición, y por consiguiente, la demanda de partición definitiva deberá hacerse en los treinta años. Habría excepción si los herederos, sabiendo que las formas legales no se han observado y que su partición no es más que provisional, poseye-

1 París, 3 de Febrero de 1812 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2233, 1º) Bruselas, 3 de Agosto de 1843 (*Pasicrista*, 1843, 2, 216). Una sentencia de denegada apelación, de la corte de casación de Francia, de 12 de Mayo de 1823) Daloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 2234), decidió que el menor debe promover dentro de los diez años conforme al art. 1304. La sentencia no da ningún motivo.

sen á título de comunistas; habría entonces indivisión, en el sentido del art. 815, y, en consecuencia, la acción de partición sería imprescriptible. (1)

283. ¿La partición provisional puede ser confirmada por los incapaces, en el sentido de que se transforme en partición definitiva? A nuestro juicio, no puede tratarse de una confirmación. Se confirma un acto viciado, y nulo en razón de ese vicio; la confirmación tiene por objeto borrar el vicio y hacer el acto plenamente válido (art. 1338). Cuando la partición es nula, puede confirmarse, porque se está bajo el imperio del derecho común. Cuando la ley declara que la partición es provisional, no hay acto nulo; había, es verdad, un vicio que infectaba la partición y la nulificaba, porque no se habían observado las formas prescriptas por la ley; pero la ley, al derogar el derecho común, decide que la partición no será nula, que será provisional, es decir, válida como partición de goce. Y ¿puede tratarse de confirmar una partición válida? ¿de renunciar á una acción de nulidad cuando la ley declara que la partición no es nula, sino provisional? Una partición provisional es una partición de goce, es decir, el mantenimiento de la indivisión; y cuando hay indivisión, la partición puede siempre pedirse. Luego si los incapaces quieren mantener la partición provisional á título de partición definitiva, deben hacer un nuevo convenio, que equivalga á partición definitiva. Esta no es vana disputa de palabras. Una cosa son los requisitos para la confirmación, y otra los requisitos para la partición. Los efectos también son diferentes. La confirmación retrograda, de suerte que si la partición provisional pudiera confirmarse, sería definitiva, con todos sus efectos, á contarse desde el día de la primera partición; mientras que si la transformación de la par-

1 Compárese Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4º, pág. 385, nota 18; Demolombe, t. 15, pág. 688, núm. 693.

tición provisional en definitiva no puede hacerse sino en virtud de un nuevo convenio, la partición definitiva no existirá sino á contar desde dicho convenio.

La jurisprudencia y la mayor parte de los autores son contrarios á la opinión que acabamos de enseñar. Esto depende de la opinión generalmente admitida sobre el efecto que produce la partición provisional legal respecto de las partes capaces que en ella han intervenido. Vamos á examinar dicha opinión. A nuestro juicio, la doctrina dominante se ha apartado del texto y del espíritu de la ley. De aquí las incertidumbres y las perplejidades de la jurisprudencia. La misma anarquía reina entre los autores; cada uno tiene su parecer particular. Nos hemos obligado á desdeñar tales pareceres, porque la crítica detallada nos llevaría muy lejos.

2. *Efecto de la partición provisional legal respecto de las partes capaces.*

284. La dificultad está en saber si la partición que la ley reputa provisional, lo es también respecto de las partes que son capaces, ó si es definitiva á su respecto y provisional respecto de los incapaces. A nuestro juicio, la partición es provisional respecto de todas las partes contrayentes. Tal es la opinión de Delvincourt y de Durantón. (1) Ella se funda en el texto y en el espíritu de la ley. Todos los artículos concernientes á la partición provisional legal, están concebidos en términos generales. El art. 466 dice que la partición tendrá, respecto al menor, todo el efecto que tendría *entre mayores*, si se hace judicialmente con las formas prescriptas por la ley; *otra partición cualquiera* no se considerará provisional. Luego la partición es la que se considera provisional por el todo, es decir, respecto de todas las partes contrayentes: hechas en las formas legales,

1 Delvincourt, t. 2º, pág. 147. Durantón, t. 7º, pág. 269, núm. 181.

se le tiene por *hecha entre mayores*: hecha sin esas formas, debe reputarse como hecha entre menores; es decir, que, en el primer caso, es definitiva respecto de todos, y en el segundo, provisional respecto de todos. Esto es lo que dice el art. 840: las particiones regulares son provisionales. El espíritu de la ley está en armonía con los textos. ¿Qué cosa es la partición? Un acto que pone término á la indivisión, sea de la propiedad, sea del goce; lo que era indiviso se divide. ¿Pueden suprimirse estos efectos, considerando la partición como definitiva respecto de los mayores y como provisional respecto de los menores? Esta sería una cosa tan anómala, que se necesitaría un texto más que formal para que pudiera aceptarse. Una partición de frutos es la división de la herencia; la indivisión se borra como si jamás hubiese existido. Una partición provisional, es la indivisión; cada heredero tiene un derecho indiviso sobre la propiedad, y ninguno tiene un derecho dividido. ¿Se concibe que estos dos estados diametralmente contrarios, coexistan? ¿que haya á la vez división é indivisión? Se admite que la acción de partición es indivisible, y ¿por qué? Porque la indivisión no puede cesar respecto de unos sin que cese respecto de otros. Luego si ella subsiste, debe subsistir por el todo. Hay un heredero mayor y otro menor que dividen la herencia; y como no se observan las formas, la partición se declara provisional. ¿Qué quiere decir esto? ¿El menor será el único en estado de indivisión? Esto es imposible; él no puede estar en la indivisión por su cuenta y enteramente solo; la indivisión implica que su coheredero también se halla en estado de indivisión. Luego la división ó la indivisión no pueden suprimirse. Por el hecho solo de haber indivisión, existe respecto á todos. Luego la partición es provisional respecto á todos.

285. La jurisprudencia ha consagrado la opinión con

traria. (1) Ella decide que la partición es siempre provisional respecto del menor cuando no se han observado las formas legales. En cuanto al mayor, la corte de casación distingue: si la intención de las partes fuese hacer una partición definitiva, será definitiva respecto de las partes capaces, y provisional respecto de las incapaces; pero si su idea no ha sido tratar definitivamente, la partición será provisional respecto de todos. La cuestión de saber si la partición será definitiva ó provisional respecto de los mayores que han tratado con menores, depende, pues, de la intención de las partes contrayentes. Esta distinción que se hace entre los capaces y los incapaces está en oposición con el texto; la ley es general y no dice que la partición es definitiva respecto de unos y provisional respecto de otros, sino que dice que la partición es provisional. La distinción es, además, contraria al texto, en que hace depender de la intención de sus partes interesadas la cuestión de saber si la partición es definitiva ó provisional, mientras que la ley se fija en la observancia é inobservancia de las formas que ella prescribe. Por último, la jurisprudencia se halla en oposición con el texto de la ley, porque supone que cuando las partes no observan las formas legales, tienen la intención de hacer una partición provisional. La intención de las partes siempre es hacer una partición definitiva, porque la provisional es una excepción que, en general, es poco favorable á las partes contrayentes, y que siempre es contraria al interés general. Así es que cuando los herederos dividen, su idea es hacerlo defi-

1 Sentencia de denegada apelación, de 24 de Junio de 1839 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2227) y de 9 de Marzo de 1846 (Daloz, 1846, 1, 285). Lyon, 23 de Mayo de 1868 (Daloz, 1869, 2, 112). Bruselas, 21 de Marzo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 86). En el mismo sentido Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 4º, pág. 382, notas 12, 13 y 14. Demolombe, t. 15, pág. 689, núm. 694, y los autores que citan.

nitivamente. No hay más que consultar los casos que se han presentado ante los tribunales para convencerse de ello. Una partición se hace con todas las formas que la ley prescribe; pero la distribución de los lotes se hace por atribución, siendo que la ley quiere que se sorteen: esta partición es provisional, dice el art. 840. Y ¿esto quiere decir que las partes hayan tenido la idea de hacer una partición de goce? Ciertamente que nó; ellas han querido hacer una partición definitiva, y no obstante, la ley la declara provisional, porque no se observaron las formas. Así es que poco importa la intención de las partes; la ley no la toma en consideración, mientras que la jurisprudencia hace de ella la base de sus decisiones.

La jurisprudencia invoca el art. 1125; éste, á decir verdad, es el único argumento jurídico que puede hacerse valer contra la opinión que estamos sosteniendo. Según los términos de este artículo, los incapaces no pueden atacar, por causa de incapacidad, sus compromisos, sino en los casos previstos por la ley. Las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor con quien han contraído. Si, como la jurisprudencia lo supone, las partes han querido hacer una partición definitiva, el acto es nulo como tal, y válido únicamente como partición provisional. ¿Por qué la ley transforma una partición nula en una partición provisional? Ciertamente que no es por interés de los mayores, sino únicamente en razón de los incapaces y por interés de éstos. Luego, por aplicación del principio establecido por el art. 1125, debe decidirse que la partición será provisional respecto de los menores, pero que permanece nula respecto de los mayores, en el sentido de que respecto de ellos la partición será definitiva; ellos no pueden prevalerse del carácter provisional que la ley imprime á la partición por interés de los mayores. La respuesta á esta argumentación es muy sen-

cilla y nos parece perentoria, y es que la partición irregular en la cual intervienen menores no es una partición nula, sino provisional, en virtud de la ley. Tan cierto es que esta partición no es nula que, por confesión de aquellos á quienes combatimos, los menores no proceden por acción de nulidad cuando piden una partición definitiva, y que, por consiguiente, el art. 1304 no les es aplicable. Esto decide la cuestión. Si los menores no atacan el acto, no se puede aplicar ni el texto ni el espíritu del art. 1125; el texto, puesto que supone una acción de nulidad: el espíritu, porque la ley tiene por objeto amparar el interés de los menores; ahora bien, ella ha provisto á esto no dando á la partición irregular más que un carácter provisional. Por interés de los menores es por lo que la ley no ha declarado nula la partición. Ahora bien, si se la considera como definitiva respecto de los mayores, se reproducirán todos los inconvenientes que la ley ha querido prevenir. Los mayores no podrán disponer de los bienes comprendidos en su lote, porque de uno á otro día pueden los menores pedir una nueva partición; si disponen de los bienes, los actos que hagan serán nulos cuando haya una nueva partición; de aquí las acciones rectorias y la incertidumbre de la propiedad, cosa que el legislador ha querido evitar. Y ¿por qué se compromete el interés de los terceros, que es también el interés general? ¿Acaso á favor de los menores? El interés de éstos está plenamente garantido por la índole provisional de la partición, porque podrán pedirla definitiva cuando quieran.

En realidad, la jurisprudencia hace una nueva ley, y no vemos que esta ley sea mejor que el sistema del código civil. El código dice que la partición irregular es una partición provisional, en razón de su irregularidad. La jurisprudencia distingue dos particiones irregulares. Una, que las partes han querido hacer definitiva; es nula como

tal, y aunque nula compromete á los mayores respecto de los menores; respecto de los menores, es provisional en el sentido de que, ya mayores, podrán mantenerla, confir-mándola ó pidiendo una nueva. Y si, al contrario, las partes no han querido tratar definitivamente, la partición será provisional respecto de los mayores como respecto de los menores, y cada una de las partes contrayentes podrá siempre pedir una partición definitiva. El código no conoce más que una sola partición irregular, á la que declara provisional; luego la jurisprudencia deroga el código. ¿Acaso por interés de los menores? Este es un semillero de litigios, lo que prueban las recopilaciones de sentencias. ¿Cómo saber si la intención de las partes es hacer una partición definitiva, ó si han querido hacer una partición provisional?

Se contesta que debe *presumirse*, en general, que las partes han querido hacer una partición de goce. Y ¿quién da al juez el derecho de crear una presunción? Y admitiendo que él pueda fundarse en una presunción que la ley ignora, él se pondrá en oposición, las más de las veces, con la voluntad verdadera de las partes: éstas no tienen la idea de hacer una partición provisional, sino que quieren tratar definitivamente; la ley es la que transforma su voluntad, en el sentido de que de una partición irregular y nula, hace una partición provisional. Así es que, en la aplicación del principio, la jurisprudencia viene á parar en presunciones arbitrarias, y en teoría viola la ley. Esto es lo que vamos á probar, al examinar las consecuencias que se derivan de la opinión general.

286. Cuando la partición no es provisional sino respecto de los menores, éstos solos tienen el derecho de pedir una partición definitiva. Luego á ese respecto hay indivisión, y la indivisión no puede existir respecto de los herederos menores sin que también exista respecto de los mayores.

Esta indivisión durará por todo el tiempo que los incapaces quieran mantener la partición provisional.

¿Quién terminará este estado de cosas? La jurisprudencia admite que los menores ya mayores, podrán confirmar la partición provisional. Esta confirmación puede ser expresa ó tácita, según el derecho común (art. 1539). Aquí el error nos parece evidente, y lo reconocen los editores de Zachariæ. Se confirma como acto nulo; ahora bien, la partición provisional no es nula, luego no hay lugar á confirmarla. La jurisprudencia, en esta materia, es un tejido de contradicciones. Por una parte, ella decide que no hay lugar á aplicar el art. 1304, porque no se trata de una acción de nulidad; por otra parte, ella decide que la partición puede ratificarse por la ejecución voluntaria que el menor hace de ella en su mayoría, lo que ciertamente es la confirmación tácita definida por el art. 1339. Ahora bien, la prescripción del art. 1304 es también una confirmación tácita; luego se acepta y se rechaza á la vez la confirmación. (1)

Los editores de Zachariæ, á la vez que colocándose al lado de la jurisprudencia, dan otra interpretación. No es una confirmación, dicen ellos, sino una renuncia. Los menores pueden pedir una partición nueva, pero están en libertad para renunciar este derecho, y lo renuncian al aceptar la partición provisional como definitiva, lo que pueden hacer poniéndola en ejecución. (2)

¡Cuántas dificultades se engendran por separarse del texto de la ley! Ella declara que la partición es provisional, es decir, que hay una división, y ¿de qué manera se pone fin á la indivisión? Por medio de una partición defi-

1 Bruselas, 3 de Agosto de 1843 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 150). La jurisprudencia francesa se halla en el mismo sentido. Véanse algunas sentencias de denegada, de 4 de Mayo de 1858 (*Dalloz*, 1858, 1, 254) y de 15 de Julio de 1868 (*Dalloz*, 1869, 1, 373).

2 Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 4.º, pág. 385, nota 19.

nitiva, es decir, por un convenio formal sobre la distribución de la propiedad. Luego no basta una simple renuncia de los menores, porque la renuncia es un acto unilateral; se necesita el concurso de consentimiento de todas las partes interesadas. Se ha fallado, en este sentido, que el convenio por el cual se transforma una partición provisional en definitiva, cuando es una verdadera partición, se deben apreciar las reglas que rigen la partición; en la opinión de los que exigen un escrito, para la prueba de la partición, se necesitaría un escrito para probar que la partición provisional se ha convertido en definitiva, ó para probar la partición definitiva si se hace una nueva.

287. Queda una dificultad en la opinión general. Los mayores no pueden pedir una nueva partición cuando en su intención, la partición irregular era definitiva. Pero si los menores no proceden, ¿los mayores quedarán obligados á permanecer en la indivisión en tanto que los menores no quieran pedir una partición definitiva? Tal es, en realidad, la situación de las partes en la opinión que estamos combatiendo; verdadero callejón sin salida que da por resultado, contra la expresa prohibición del art. 815, una indivisión forzosa; los menores pueden ponerle término, los mayores nó. Los editores de Zachariæ enseñan que los herederos mayores tienen el derecho de interpelar á sus coherederos menores, cuando lleguen á la mayor edad, si es que quieren mantener la partición provisional, ó si consienten en proceder á una partición definitiva. Negándose á esto, los mayores tendrán el derecho de pedir una nueva partición. No hay una sola palabra de esto en la ley. Aubry y Rau confiesan que el código ignora las ociosas interrogatorias; lo que equivale á confesar que se ha hecho la ley para salir del laberinto que la doctrina general crea con perjuicio de los copartícipes mayores. (1)

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 384, nota 16.

En lugar de estos ambages no es más sencillo y más jurídico ajustarse al texto, que declara provisional la partición en términos absolutos; lo que permite á todos los copropietarios pedir una partición definitiva?

§ IV.—DE LA PARTICIÓN DEFINITIVA.

Núm. I. Principios generales.

I. Condiciones intrínsecas.

288. La partición exige, en general, una operación material, la formación de lotes que se atribuyen á cada uno de los coherederos, sea por convenio, sea por vía de la suerte. Las cosas pasan así cuando hay inmuebles ó muebles en la herencia. En cuanto á los créditos, la misma ley hace su división; esta partición legal produce sus efectos aun cuando los demás bienes estén todavía indivisos (número 213). Puede suceder que toda la herencia consista en créditos; en este caso, en rigor, es inútil la partición. La corte de casación así lo ha fallado en una hipótesis singular. No existían ni muebles ni inmuebles, porque todos los bienes se habían vendido para pagar las deudas; el activo hereditario se componía de un crédito contra uno de los herederos; dividiéndose este crédito de pleno derecho entre todos los herederos, cada uno de ellos podía reclamar su parte, sin partición ninguna, y sin que fuese necesario proceder á una liquidación, llenando las formalidades ordinarias prescriptas por la ley para la validez de las particiones. Nada había que liquidar; luego la partición se hacía en virtud de la ley, no debiendo intervenir el juez sino cuando hay disputa sobre el arreglo de las porciones de cada heredero. (1)

289. La partición no es más que una liquidación de de-

1 Denegada, de 17 de Enero de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 302).

rechos preexistentes; los herederos adquieren la propiedad de los bienes del difunto en virtud de la ley; todos tienen un derecho igual en los bienes; de aquí un principio fundamental, y es que cada uno de los herederos puede reclamar su parte en especie de los bienes dejados por el difunto. Aun cuando uno de los herederos recibiera en dinero ó en créditos el valor de su porción hereditaria, antes de toda partición, debería ser convocado á la partición que hicieren sus coherederos; al recibir valores, él contrae la obligación de devolverlos á la masa, pero no renuncia al derecho que tiene por la ley de reclamar su porción en especie de los bienes del copropietario. La corte de Agen había fallado que habiendo recibido el heredero su parte hereditaria en créditos, los demás herederos habían podido proceder válidamente á la partición de la herencia. Esto era desconocer el derecho de copropiedad del heredero. La sentencia fué casada. (1).

290. Teniendo cada uno de los herederos un derecho indiviso en los bienes de la herencia, todos deben ser llamados á la partición. Hemos dicho (núm. 258) que la acción de partición debe intentarse contra todos los herederos. Se ha fallado que una partición hecha con la intervención de todos los interesados, es una partición provisoria. (2) Sería más justo decir que es inexistente; una liquidación sin el concurso de todos los interesados, no es concebible. Semejante partición no es una partición, y déjase comprender que no puede oponerse á los herederos que en ella no figuran; éstos, quedándose en la indivisión, pueden á toda hora pedir una nueva partición. Hay más: los mismos herederos que han procedido á esa partición no pueden provocar otra, porque ellos también se quedan en la indivisión y pueden á toda hora ponerle término.

1 Casación, 13 de Mayo de 1861 (Daloz, 1861, 1, 232).

2 Lieja, 3 de Agosto de 1852 (*Pasicrista*, 1852, 2, 345).

El art. 1078 lo dice respecto de las particiones de ascendientes, y hay identidad de razón para las particiones ordinarias.

Esto decide la cuestión de saber si la partición puede hacerse por algunos de los herederos sin el concurso de los demás. No comprendemos que se discuta la cuestión. Los herederos que no sean convocados á la partición ¿acaso no son copropietarios por indiviso de la herencia? Y la partición hecha sin ellos ¿puede despojarlos de su derecho? Luego la indivisión permanece indivisa á su respecto. Y una sola y misma sucesión ¿puede estar indivisa respecto de unos y dividida respecto de otros? Creemos inútil insistir, puesto que tal es la opinión general.

291. Cuestión distinta es la de saber si los herederos pueden, de común acuerdo, hacer una partición parcial, es decir, pueden dividir una parte de los bienes dejando los otros indivisos. No es dudosa la afirmativa. En efecto, la ley permite á los herederos mantener la indivisión por el todo, por un tiempo determinado que puede llegar hasta cinco años; con mayor razón pueden ellos dejar ciertos bienes indivisos y dividir los otros. La ley dice, además, que la partición puede pedirse siempre; luego si hay bienes divisibles, los herederos tienen el derecho de provocar su partición. Esto se funda también en la razón. ¿Por qué los herederos no habían de aprovecharse inmediatamente de los bienes que son susceptibles de dividirse? Forzarlos á que se estén en la indivisión ¿no es ir contra las miras de la ley que favorece la partición? (1)

No podría ponerse en duda el derecho de los herederos. La única dificultad es saber si la partición parcial es definitiva, ó si está subordinada á la liquidación general.

1 Burdeos, 16 de Agosto 1827 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1628). Paris 3 de Julio 1848 (Dalloz, 1848, 2, 142).

En principio, toda partición es definitiva, puesto que tiene por efecto declarar la propiedad de los coparticipes; éstos, considerados como que han sido siempre propietarios, pueden, naturalmente, disponer de los bienes comprendidos en su lote. Su derecho es irrevocable, y no puede, en consecuencia, depender de la nueva partición que se haga de los bienes que han quedado indivisos. Los dos actos son independientes uno de otro, y producen cada cual su efecto separadamente.

292. Sucede con frecuencia que los hijos, herederos de sus padres, liquidan simultáneamente las dos sucesiones y, por consiguiente, la comunidad que existía entre sus padres. La comunidad, las sucesiones paterna y materna ¿pueden ser objeto de una sola y misma partición? La cuestión da lugar á algunas dificultades. Un primer punto sí es claro. Se necesita primeramente que la comunidad esté liquidada; ella tiene su activo y su pasivo; las deudas deben pagarse, y después se distribuye el excedente por mitad entre los herederos del padre y los de la madre; en el caso que tratamos, la mitad se atribuirá á la sucesión paterna y la otra mitad á la materna. La liquidación del pasivo de la comunidad presenta una dificultad sobre la cual están divididos los mejores ingenios. Se pregunta si los herederos deben hacer entrega á la comunidad de las sumas que han recibido, ó si la entrega debe hacerse por mitad ó cada una de las dos sucesiones. La jurisprudencia está en el último de estos conceptos. (1) Tenemos algunas dudas, que expondremos en el título del *Contrato de matrimonio*.

Quando la comunidad está liquidada, se procede á la partición de las dos sucesiones. ¿Los herederos pueden reunir las en una sola masa y no hacer más que una sola par-

1 Casación, 31 de Marzo de 1846, á conclusiones contrarias del promotor fiscal Delangle (Daloz, 1846, 1, 135).

tición? En principio, no hay duda alguna. Son los mismos herederos, los mismos bienes están indivisos entre ellos; ¿por qué verificar dos operaciones, y si hay lugar, dos procedimientos, cuando uno solo es suficiente? Esto supone que no hay acreedor interesado que formule oposición. El acreedor de una de las sucesiones puede formular oposición é intervenir en la partición para amparar sus intereses. Si los herederos proceden á la partición á pesar de esa oposición, el acreedor opositor podrá pedir la nulidad de la partición, y la anulación caerá sobre las dos sucesiones, supuesto que se han confundido en una sola masa. (1) Si el acreedor interviene, y si no entabla oposición ni contra el fallo que ordena la partición por confusión de las divisiones, ni contra la partición que se ha efectuado por ejecución de ese fallo, ya no se le recibe á pedir que se divida el lote que había tocado á su deudor en dos partes que representen los derechos paterno y materno; porque una vez consumada la partición, cesa de haber sucesión paterna y materna distintas y no hay más que un propietario á quien se tiene por haber tenido siempre la propiedad de los bienes comprendidos en su lote.

Los mismos principios se han aplicado en otros casos. Uno de los herederos concede una hipoteca sobre un inmueble de la sucesión durante la indivisión. El acreedor hipotecario interviene en la partición, la cual comprende los bienes paternos y maternos; el inmueble toca en suerte á su coheredero del deudor que le ha concedido la hipoteca, y en consecuencia, ésta cae. ¿Puede él en seguida negar la validez de la partición? Ciertamente que nó: esto no es más que la aplicación del principio establecido por el art. 882, según lo veremos más adelante. (2)

293. ¿Puede hacerse la partición con condición resolu-

1 Denegada, de 14 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1853, 1, 325).

2 Rouen, 17 de Enero de 1849 (Daloz, 1850, 2, 970).

toria? Sí, y sin duda alguna. La partición es un convenio; y las partes interesadas tienen libertad completa en lo concerniente á las cláusulas de los contratos que quieren celebrar. Se objeta que la partición hecha con cláusula resolutoria sería contraria al principio establecido por el art. 815, supuesto que tendría por efecto restablecer la indivisión cuando la condición se realiza. La objeción es insignificante. Es verdad que la resolución de la partición tendrá por efecto mantener la indivisión, supuesto que se considerará como la partición como si jamás hubiese existido; pero las partes pueden quedar en la indivisión, si así lo desean; todo lo que el art. 815 prohíbe, es la indivisión forzosa.

La resolución produce tantos inconvenientes para las partes contrayentes, sobre todo en una partición, que raras veces sucederá que los herederos consientan en volver á poner á juicio sus derechos. No obstante, hay algunos ejemplos que citaremos al tratar de la anulación de la partición. Se han presentado algunos casos singulares sobre cuya naturaleza hay cierta duda. En una partición de bienes situados á orillas del mar, las partes estipulan la condición siguiente: "Si aconteciere, por efecto del mar, destrucción total ó parcial, entonces se procederá á nuevos lotes iguales de los objetos que continuasen existiendo." El suceso previsto aconteció más de treinta años después de la partición. Se entabló un pleito sobre la validez de la cláusula. Se falló que ella constituía un convenio eventual de indivisión, y que, por consiguiente, no era obligatorio más allá de cinco años, contados desde el acto de partición. (1) Se ha criticado esta decisión diciendo que la partición, en el caso de que se trata, no era definitiva, que por consiguiente, la indivisión subsistía y daba á cada uno de los herederos el derecho de pedir una partición defini-

1 Oaen, 12 de Marzo de 1846 (Daloz, 1857, 2, 96).

tiva dentro de los tres años. A nosotros nos parece que la cláusula era una verdadera condición resolutoria; debía procederse á nuevos lotes; por lo que los antiguos, es decir, la primera partición, quedaba revocada ó resuelta, porque la partición no es más que un señalamiento de lotes. En vano se dice que pudiendo destruirse la partición después de treinta años de posesión, realmente la indivisión ha cesado, supuesto que la condición resolutoria no impide que la partición sea lisa y llana; pero queda resuelta, si se realiza la condición prevista; entonces la indivisión se restablecerá retroactivamente; luego puede suceder que ella haya durado más de cinco años; pero ¿es esa una indivisión forzada? Nosotros hemos contestado de antemano á la objeción. Tan poco forzada es la indivisión, que desde el día en que se restablece la partición, podrá pedirse. En cuanto que resulten de la incertidumbre en que se hallan las partes contrayentes, esto es asunto suyo, y no impide que el convenio sea legal; toda resolución de un contrato translativo de propiedad perturba las relaciones civiles, lo que no impide que la ley lo autorice. (1)

Un caso análogo se ha presentado ante la corte de Nancy. Se había estipulado en una partición que si se descubrían unas canteras en los bienes divididos, su uso sería común á todos los coparticipes, salvo la indemnización al propietario del suelo. La corte decidió que la cláusula era nula como contraria al art. 815. (2) A nosotros nos parece que la cláusula no creaba ninguna copropiedad, y ella no contenía siquiera condición resolutoria: los lotes se mantenían; luego los coparticipes seguían siendo propietarios de los bienes puestos en sus lotes; sólo que las partes, queriendo mantener la igualdad entre ellos, ponían en co-

1 Demolombe, t. 15, pág. 595, núm. 614.

2 Nancy, 12 de Marzo de 1846 (Daloz, 1846, 2, 120).

mún un goce eventual; no vemos qué tenga esta cláusula de contrario al art. 815.

II. Forma de la partición.

1. Partición convencional y judicial.

294. Bajo el punto de vista de la forma, el código civil distingue dos especies de particiones, la convencional y la judicial. Según los términos del art. 819, los herederos, cuando están presentes y son mayores, pueden hacer la partición en la forma y por la escritura que juzguen conveniente. Si no están presentes todos los herederos, ó si entre ellos hay menores aun emancipados, la partición debe hacerse judicialmente (art. 838). Sucede lo mismo si los herederos, aunque mayores y capaces, no se ponen de acuerdo (art. 823). El código de procedimientos reproduce estas disposiciones, pero con modificaciones en la expresión: según los arts. 984 y 985, la partición debe hacerse judicialmente cuando entre los coherederos se encuentran personas que no *gozan de sus derechos*; mientras que si todos los herederos *gozan de sus derechos civiles*, pueden hacer la partición como se les ocurra. Esta fórmula no es exacta, porque los menores *gozan* de sus derechos, pero no tienen un ejercicio. En cuanto á los ausentes, la incertidumbre que reina sobre su existencia es lo que hace necesaria la intervención judicial, y no su incapacidad. Los no presentes pueden tener el goce y el ejercicio de sus derechos, y, sin embargo, la partición en que están interesados deberá hacerse judicialmente. Es, pues, preferible no servirse de la expresión impropia que emplea el código de procedimientos civiles, y ceñirse al principio tal como lo formula el código civil.

295. La partición en que están interesados menores debe hacerse en las formas que la ley prescribe para poner á

cubierto sus intereses, y no tiene que distinguirse que sean ó no emancipados (art. 838). Como dichas formas se establecen en razón de su incapacidad, debe decidirse que son de orden público y que no pueden derogarse. Parece resultar de una sentencia de la corte de Pau, que el tutor puede ceder los derechos sucesivos del menor con la autorización del consejo de familia. (1) Este es un error. No pueden reemplazarse garantías establecidas en favor de los incapaces, por otras garantías, aun cuando el consejo de familia tanto como el tribunal las juzgaren suficientes; no corresponde ni al consejo ni al juez derogar una ley de orden público. Por la misma razón debe decidirse que la partición no puede hacerse en forma de transacción. Hay una sentencia contraria de la corte de casación, pero la decisión carece de valor doctrinal, porque la corte se limita á decir que la observancia de las formalidades prescriptas para la transacción por el art. 467 hace inaplicables las disposiciones de los códigos civil y de procedimientos concernientes á las formalidades de la partición judicial. (2) Esto equivale á decidir la cuestión por la cuestión. Dicese que podría ser útil al menos que hubiese una partición de atribución, es decir, que en lugar de sortear los lotes, se atribuyeran á cada uno de los copartícipes los bienes que le procuran mayor ventaja. Esto es muy cierto, pero el legislador es el único que puede tener en cuenta tal consideración, autorizando al juez á que ordene una partición de atribución si el interés del menor lo exige; el intérprete no tiene tal poder. Los autores se pronuncian por la opinión contraria. (3)

1 Pau, 30 de Enero de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 57).

2 Denegada, de 30 de Agosto de 1815 (Dalloz, *Sucesión*, número 1844). En sentido contrario, Paris, 23 de Julio de 1840 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1831).

3 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 378, nota 1 y página 396, nota 31. Demante, t. 3º, pág. 254, núm. 168 bis.

296. Los incapacitados son asimilados á los menores. En cuanto á las personas colocadas bajo consejo, pueden hacer una partición convencional, por el hecho solo de que la ley no prescribe que se haga judicialmente la partición en que ellos están interesados. En efecto, la partición judicial es una excepción que la ley establece en razón de la incapacidad de ciertas personas; ahora bien, los que están colocados bajo consejo no están puestos entre los incapaces. La ley, al menos, habría debido exigir que fuesen asistidos de un consejo, pero no lo ha hecho; y esto permite sostener que no es necesaria la asistencia del consejo (1)

297. Si no están presentes todos los herederos, la partición debe hacerse judicialmente (art. 838). En materia de sucesión, se llaman *no presentes* los que no están en el lugar, por más que una sentencia sea cierta. Ellos pueden hacerse representar por un mandatario, con la condición de que el mandatario sea especial. ¿Se necesita también que el mandato dé poder para proceder á una partición extrajudicial? El poder de dividir implica el poder de consentir una partición convencional, supuesto que este modo de dividir constituye el derecho común; esto se funda también en la razón, porque la partición convencional corta los gastos de una partición judicial. (2). Si los herederos no presentes no han constituido mandatario ¿habrá que designárseles y proceder por falta? Nosotros ya hemos contestado á la pregunta (núm. 250). A nuestro juicio, el tribunal debe comisionar á un notario para que represente al no presente en la partición que deberá, en este caso, tener lugar judicialmente. El notario comisionado no podrá hacer partición convencional; el art. 985 del código

1 Compárese Demolombe, t. 15, pag. 577, núm. 595, y el t. 5.º de mis *Principios*, núm. 370.

2 Demante, t. 3.º, pág. 229, núm. 147 bis 1.º Demolombe, t. 15, página 579, núm. 599. Massé y Vergé, sobre Zachariæ, t. 2.º, pág. 362, nota 5.

de procedimientos, que habla de los herederos no presentes, pero *debidamente representados*, impone que han constituido un mandatario: los que deben al juez su mandato no gozan del mismo poder que los que lo deben al heredero capaz para disponer de sus bienes.

298. La mujer casada está entre los incapaces (artículo 1124); pero su incapacidad consiste en una sola cosa, y es que debe estar autorizada por su marido para ejecutar los actos jurídicos que le interesan. Con esta autorización puede ella proceder á una partición extrajudicial. Hay alguna duda respecto de la mujer casada bajo el régimen dotal, y como la dificultad estriba en los principios especiales de dicho régimen, la aplazamos para el título del *Contrato de matrimonio*.

299. Hay también lugar á la partición, aunque los herederos sean capaces y estén presentes, si no se ponen de común acuerdo; es decir, si uno de ellos se niega á consentir en la partición extrajudicial, ó si surgen contiendas sobre el modo de proceder á ella, ó sobre la manera de terminarla. Desde el momento en que hay disputa, el tribunal debe intervenir para evacuarla. La ley arregla las formas bajo las cuales debe procederse judicialmente; son las mismas para los herederos capaces que para los incapaces. Hay, sin embargo, una diferencia importante. Cuando hay incapaces, las formalidades son de orden público, y no se pueden derogar; mientras que los herederos capaces no están obligados á proceder judicialmente; desde que se ponen de acuerdo, pueden abandonar las vías judiciales y proceder de tal manera que discurran (artículo 985 del código de procedimientos). Por aplicación del mismo principio, debe decidirse que, á la vez que continúan procediendo judicialmente, los herederos capaces pueden separarse de las formas judiciales para una ú otra

de las operaciones de la partición. Así, en general, los inmuebles se venden por vía de remate judicial si no pueden dividirse con comodidad. Sin embargo, dice el artículo 827, si las partes son todas mayores, es decir, capaces, pueden consentir que el remate se haga ante notario. Del mismo modo, si la incapacidad llega á cesar durante el curso de la instancia, los herederos podrán proceder como quieran.

300. ¿Pueden los acreedores pedir que la partición se haga judicialmente? No se trata de los acreedores de la sucesión, porque no tienen en esta calidad derecho para provocar la partición (núm. 255). Los acreedores del heredero tienen este derecho (núm. 254), pero ninguna disposición los autoriza para que provoquen una partición judicial. El legislador se ha guardado mucho de concederles tal derecho: á los herederos corresponde hacer la partición como se les ocurra (art. 819), y si se ponen de acuerdo, sería absurdo que un acreedor pudiera forzarlos á proceder judicialmente. Más adelante diremos qué garantías les otorga la ley. Si ellos pueden pedir la partición es á nombre del heredero; pero no es el acreedor el que figura en la partición, sino el heredero; el acreedor puede únicamente intervenir en ella para poner á cubierto sus intereses. (1)

2. Formas de la partición convencional..

301. La partición convencional se hace por vía de consentimiento, es decir, que se necesita un convenio formal. Por lo demás, la ley deja completa libertad á las partes interesadas en cuanto á la forma ó á la escritura (art. 819). Las partes pueden hacer la partición en la forma de venta ó de trueque ó de transacción: pueden formular un escrito de sus convenios, sea ante notario, sea en documento

1 Massé y Vergé, sobre Zachariæ, t. 2º, pág. 363, nota 7.

privado, ó hacer una partición verbal. La ley no las prescribe nada, ni nada les prohíbe. La ley hipotecaria belga ha puesto una derogación considerable á este principio, ordenando la transcripción de las escrituras declaratorias de propiedad inmobiliaria; las escrituras de partición que comprenden inmuebles, deben, pues, transcribirse para que puedan oponerse á terceros: y sólo se admiten á registro las escrituras auténticas. Nosotros no hacemos más que hacer constar esta innovación; más adelante nos ocuparemos de ella.

302. Entre las partes no se requiere forma ninguna para la validez de la partición, y la prueba se rinde según el derecho común. Este punto es controvertido. Una sentencia de la corte de casación, pronunciada por un excelente dictamen del consejero Ubexí, pondrá fin al debate, como es de suponerse. No es que la jurisprudencia sea para nosotros una ley, como lo dice el relator de la última sentencia. Si la corte de casación admitiera esta falsa máxima, el error en que pudiera caer no tendría remedio, porque se perpetuaría y acabaría por adoptarse como una verdad. En la cuestión que vamos á examinar, la corte ha variado, para honra suya. Ha comenzado por decidir que la *escritura de partición* que, según los términos del art. 816, es lo único que puede oponerse á la acción de partición, á falta de prescripción, es necesariamente su *instrumento escrito*; que, en consecuencia, toda partición, definitiva ó provisional, no existe sino en virtud de un escrito regular y válido; que si el escrito es nulo, la partición es radicalmente nula por no tener existencia alguna. (1) Esto equivalía á decidir la cuestión por la cuestión, porque la corte no da ningún motivo en apoyo de su opinión. Por regla general,

1 Casación, 6 de Julio de 1836 (Daloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 2301). Hay un gran número de sentencias en el mismo sentido citadas por Daloz, 1867, 1, 97. La mayor parte de los autores enseñan esta opinión (*ibid*).

el escrito no se exige como una condición de validez ni de existencia de los convenios; sólo sirve de prueba. La ley hace excepción de la regla para un pequeño número de escrituras, la donación, el contrato de matrimonio y la hipoteca; se les llama á éstas solemnes, porque la solemnidad ó la forma está prescripta para la existencia misma del contrato. Y ¿caso la partición es una escritura solemne? Como los contratos solemnes son una excepción, se necesitaría un texto formal para que la forma fuese de la substancia de la partición. Y ¿existe tal texto? Se citan dos artículos. El art. 816 dice que la partición puede pedirse, aun cuando uno de los coherederos hubiese gozado separadamente de parte de los bienes de la sucesión, si no ha habido una *escritura de partición*, ó posesión suficiente para adquirir la prescripción. El art. 819 dice que si los herederos son capaces, pueden hacer la partición en la forma y por medio de la *escritura* que las partes juzguen conveniente. La palabra *escritura*, dice la corte de casación, en su primera sentencia, significa un escrito; Si esto fuera verdad, el texto decidiría la cuestión y no habría necesidad de otra razón. El relator de la última sentencia contesta que la palabra *escritura* significa unas veces el escrito que comprueba el convenio, y otras veces el convenio mismo. Cuando la ley (art. 888) admite la acción de rescisión contra todo *acto* que tiene por objeto hacer cesar la división entre coherederos, ciertamente que no entiende el escrito, sino el convenio. El art. 1167 autoriza á los acreedores para que ataquen los *actos* hechos con fraude de sus derechos; no son los escritos, son los convenios, ó, en términos generales, es todo hecho jurídico. En el art. 778, la palabra *acto* tiene la misma aceptación. Es inútil multiplicar los ejemplos. Supuesto que la palabra tiene dos acepciones, hay que ver en cada caso cuál significación le atribuye la ley. Esto equivale á decir que el espíritu de

la ley es decisivo. Ahora bien, nosotros sabemos por la tradición, por los discursos y los dictámenes del Tribunal, cuál es el sentido del art. 816; no tiene por objeto resolver que la partición tenga que hacerse por escrito, sino abolir las *particiones de hecho* que existían en el antiguo derecho (núm. 262); y ¿cómo se quiere que el art. 816 haya decidido una cuestión que es extraña al objeto de esa disposición?

El verdadero lugar de la materia es el art. 819; y ¿cuál es el principio que establece este artículo? El de una libertad absoluta, ilimitada, en cuanto á la *forma*. ¡Y se quiere que este mismo artículo haya exigido un escrito para la validez, qué digo, para la existencia de la partición, porque agrega: *por el acto que las partes juzguen conveniente!* ¿Puede una sola y misma disposición decidir el pró y el contra? ¿dejan plena libertad á las partes en lo referente á la forma, y en seguida prescriben una forma bajo pena de nulidad? Esto es imposible. La palabra *acto*, en el art. 819, significa un hecho jurídico, una venta, un trueque, una transacción. Es claro que la partición puede hacerse por medio de uno de estos contratos; lo que es una nueva prueba de que no se necesita un escrito; ¿acaso la venta no es válida independientemente de todo escrito? ¿y por qué había de ser de otro modo cuando la venta contiene una partición? La ley se expresa de distinta manera cuando quiere hacer de la forma una condición substancial del acto. "Todos los actos que impliquen donación entre vivos se celebrarán ante notario, bajo pena de nulidad" (artículo 93). "Todos los convenios matrimoniales se redactarán por escritura ante notario" (art. 1394). "La hipoteca convencional no puede consentirse sino por escritura celebrada en forma auténtica" (art. 2127). Cuando la ley no exige formalmente un escrito como condición de validez del contrato, la jurisprudencia decide que el escrito no sirve más

que de prueba. Esto es de toda evidencia respecto de la venta, por más que el art. 1582 diga: "puede hacerse por escritura auténtica ó por documento privado." Así se ha fallado para la transacción, á pesar de los términos del art. 2044, que dice: "Este contrato debe redactarse por escrito." (1) Esto es decisivo. (2)

303. Si la partición no es un acto solemne, síguese que permanece bajo el imperio del derecho común en cuanto á la prueba. (3) Luego podrá probarse por testigos cuando el objeto del litigio no exceda de cincuenta francos. Ciertamente que este es un caso rarísimo; de hecho, la prueba testimonial será de escasa aplicación; no se recurrirá á ella sino cuando haya un principio de prueba por escrito, lo que aleja el riesgo que ofrecen los testimonios. Déjase comprender que el escrito que sirve de principio de prueba debe emanar de la parte á la que se opone, porque tal es el derecho común; también este derecho es el que debe aplicarse en cuanto á los requisitos para la admisión de la prueba testimonial. (4) En los casos en que la ley admite la prueba testimonial, el juez puede resolver la contienda por medio de prevenciones graves, precisas y concordantes (art. 1553); luego cuando hay un comienzo de prueba por escrito, la partición podrá establecerse por las prevenciones que resulten de hecho admitidas, y de las circunstancias de la causa. La jurisprudencia ofrece varios ejemplos de esto; remitimos al lector á las sen-

1 Sentencia de casación, de 28 de Noviembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 105).

2 Sentencia de 21 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 1, 97), y las sentencias citadas sin nota (*ibid.*). Hay que agregar, Bruselas, 5 de Abril de 1845 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 317). Lieja, 21 de Mayo de 1859 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 132). Compárese Demolombe, t. 15, pág. 508, núm. 521 y los autores que él cita. Zachariæ, t. 4°, pág. 380, nota 6 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1621).

3 Bourges, 19 de Abril de 1839 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1024, 3°)

4 Sentencia de denegada apelación, de 27 de Abril de 1836 (Daloz, *Casación*, núm. 1635).

tencias que casi no pueden servir más que de perjuicios, porque las circunstancias varían de un caso á otro. (1) En la opinión contraria, no se admiten estas proposiciones, cosa que es muy lógica. Y hasta se ha fallado que el juramento no podía diferirse en esta materia, á pesar del artículo 1358, por cuyos términos el juramento puede diferirse sea cual fuere la contienda. (2) Esto sería lógico, si hubiera una disposición formal que declarase que la partición es un acto solemne; pero desde el momento en que el escrito no es más que una cuestión de prueba, el artículo 1358 debe aplicarse. Hay otras decisiones que todo son, menos jurídicas, de cuando se admitiera que la partición debe estar formulada por escrito. Así es como se ha fallado que resulta del art. 816 que, si ha habido entre los coherederos una partición precedente no constante en escritura, tal partición no ha sido más que provisional; y que la partición provisional puede establecerse por medio de testigos ó por medio de prevenciones: tantos errores como proposiciones. (3)

304. Cuando se levanta un escrito para hacer constar la partición, se deben aplicar las reglas que el código establece sobre la prueba literal. Se ha fallado en este estado que una escritura de partición debe hacerse en tantos originales como copartícipes figuren en ella. (4) Esta decisión nos parece muy jurídica. La partición es un convenio bilateral; ahora bien, las escrituras de carácter privado que contienen convenios sinalagnáticos, no son válidas, conforme al art. 1325, sino en tanto que se han hecho en tantos originales como partes hay con un interés distinto.

1 Burdeos, 20 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1853, 2, 83). Lyon, 1^o de Junio de 1859 (Daloz, 1861, 2, 173). Agen, 25 de Enero de 1859 (Daloz, 1859, 2, 186).

2 Tolosa, 30 de Agosto de 1837 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1622, 6^o.)

3 Grenoble, 1^o de Diciembre de 1859 (Daloz, 1861, 2, 175).

4 Rennes, 2 de Julio de 1821 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1627, 1^o.)

Hay una sentencia contraria de la corte de casación, sentencia de caso especial más bien que de doctrina. La corte cita el art. 86, por cuyos términos los herederos mayores y parientes pueden hacer la partición en la forma y por medio del acto que les parezca conveniente; en seguida la sentencia comprueba de hecho que no sólo había un convenio verbal de partición, sino que había prueba escrita y completa de este convenio. (1)

¿Hay que inferir de esto, como lo hace el compilador de sentencias, que entre herederos mayores y presentes el escrito que comprueba la partición no está sujeto á ninguna forma? La sentencia no dice esto, y el art. 815 menos aún; el objeto de esta disposición no es determinar las formas que las partes deben observar en la redacción de la escritura; el art. 1325 es el que arregla esta materia, y este artículo, enteramente general, es aplicable á la partición como á todo convenio sinalagnático: se necesitaría una definición formal para autorizar al juez á que hiciera una explicación.

305. Existe un escrito, pero no lo firman todas las partes. El escrito es nulo, no tiene duda, porque un escrito no firmado carece de todo valor. Y porque sea nulo el escrito ¿debe concluirse que la partición también lo es? Plantada de tal suerte, la cuestión debe decidirse negativamente; todo lo que resulta de la nulidad del escrito, es que no hay prueba literal de la partición; lo que no impide que las partes prueben que hubo una partición verbal. Hay otra dificultad: se pretende que cuando un documento no está firmado por todas las partes, prueba esto que no trataron ellas definitivamente, y que sólo hubo un proyecto de convenio, el cual no tuvo resultado. Que de hecho puede ser así, es incontestable, pero negamos que así deba ser en todos los casos en que el documento no esté firma-

1 Denegada, 20 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 107).

do por todas las partes, porque; ¿no puede suceder que la falta de firma se deba á la negligencia? Una mujer casada comparece en un acto de partición, autorizada por su marido; el marido firma, pero la mujer se olvida de hacerlo, y ¿se concluirá de esto que no hay más que un proyecto de partición. (1) La jurisprudencia, no obstante, consagra la opinión que estamos combatiendo. Una reciente sentencia de la corte de Donai ha fallado que la presunción es que las partes hacen depender sus convenios de la perfección del acto; y esta decisión fué confirmada en sentencia de denegada apelación. (2) Nosotros preguntaríamos que cuál es el texto que establece esa presunción? ¿Y hay presunción sin ley? Mucho dudamos de que el legislador establezca alguna vez semejante presunción, porque equivaldría á transformar los convenios no solemnes en contratos solemnes. Las partes lo prueban, es cierto, pero, á nuestro juicio, para esto se necesitaria un cláusula formal, porque es una derogación de un principio general. La perfección de los contratos es independiente de la validez de las escrituras en que constan: tal es la regla y tiene que aplicarse entanto que las partes contrayentes; no hagan excepción. Volverémos á la cuestión al tratar de las *Obligaciones*.

306. Ha habido una escritura de partición, pero está *adire*. Si las partes confiesan la existencia de la partición, ya no queda más que determinar sus cláusulas. La prueba testimonial se admite, en este caso, indefinidamente, y tal es la disposición del art. 1348, núm. 4, y por consiguiente, el tribunal puede recurrir á presunciones (art. 1353). Se

1 El caso se ha presentado ante la corte de Rouen, sentencia de 9 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1863, 5, 267).

2 Donai, 9 de Febrero de 1869, y denegada, de 9 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 215).

ha fallado en este sentido que los jueces pueden tomar la prueba de la atribución de los lote; en las circunstancias de la causa, y principalmente en la posesión exclusiva de los coparticipes: esta posesión es la ejecución de la partición. (1)

3. *Formas de la partición judicial.*

307. Según el derecho francés, las formas de la partición judicial son las mismas en todos los casos en que haya lugar á ella. La ley de 12 de Junio de 1816 ha derogado bajo este concepto el código civil. Cuando menores ó incapacitados están interesados en una partición, ésta se hace por el ministerio de un notario, por ante el juez de paz del cantón en donde se ha abierto la sucesión. Los menores no emancipados están representados por sus tutores, y si hay oposición de intereses entre el tutor y su pupilo, por el subrogado tutor. Si el menor está emancipado, debe estar asistido de un curador; la ley permite al menor emancipado que se haga representar por su procurador especial, pero la asistencia del curador es de rigor (art. 9 de la ley).

Según los términos del art. 838, si hay varios menores que tengan intereses opuestos con la partición, debe darse á cada cual un tutor especial nombrado por el consejo de familia. Para que haya lugar á darles un tutor especial, se necesita que los intereses de los sucesores sean opuestos; no es suficiente que ellos figuren en la partición. Es tan evidente esto, que no valdría la pena decirlo si hubiese recaído una sentencia de la corte de casación sobre la cuestión; (2) como para probar que no hay cosa

1 Denegada, de 20 de Enero de 1841 (Daloz, *Sucesión*, número 1625, 1°)

2 Sentencia de denegada apelación, de 8 de Noviembre de 1814 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1595).

cierta que no engendre algún litigio, aun cuando haya un texto de ley.

308. La partición de menores permanece como judicial, puesto que se hace ante un magistrado; pero la ley de 1816 abroga las largas y dispendiosas formalidades prescriptas por los códigos civil y de procedimientos. El juez de paz es el que preside las operaciones; se ha fallado que están sometidos á su autoridad el notario y todos los que asistan á la partición; (1) él representa á la justicia. La ley le encarga especialmente que cuide de que los lotes sean formados debidamente, y en general, de que los intereses sean puestos á cubierto. Cuando los herederos mayores y los tutores de los menores no se ponen de acuerdo sobre la formación de los lotes, ó cuando los diversos tutores no están de acuerdo entre sí, ó cuando el juez de paz lo halle conveniente para los intereses de los menores, él designa á uno ó á varios peritos encargados de la formación de los lotes, los cuales hacen juramento antes de dar principio á sus operaciones. La repartición de los lotes puede hacerse por vía de la suerte, y por la de atribución. Esto es una innovación importante al código civil que prescribe el sorteo de una manera absoluta como garantía de igualdad. Pero la igualdad del azar es una falsa igualdad; y antes que todo, importa tener en cuenta los intereses y las conveniencias de cada una de las partes contrayentes.

309. Según la legislación francesa, las formalidades prescriptas para la partición de las sucesiones recaídas en menores son largas y costosas; en consecuencia, las partes interesadas tratan de eludir la ley para ahorrar los gastos. Uno de los medios más usuales es que el tutor reanime al menor, y que éste, llegado á la mayor edad, apruebe la división. ¿Qué efecto tiene semejante partición? La ley la declara provisional (art. 849); y la declaración del tutor

1 Gante, 9 de Diciembre de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 36).

no puede cambiar su naturaleza. Así es que el menor podría pedir una partición definitiva. ¿Qué debe decidirse si llega á ser heredero del tutor? Se ha fallado que la partición no dejaba de ser provisional, salvo al menor el salir responsable, como heredero del tutor, y dentro de los límites de su derecho hereditario, de los daños y perjuicios resultantes de la evicción que ocasione la nueva partición. (1)

309 *bis*. La ley de 1816 no habla más que de los menores y de los incapacitados. Una decisión del rey de los Países Bajos, de 14 Septiembre de 1816, ha extendido el beneficio de la ley de 12 de Junio á los ausentes. En esta expresión general de ausentes, sin duda deben incluirse los no presentes, porque hay idénticos motivos. Luego no queda más que un solo caso, en el cual deben observarse las formas de la partición judicial, tales cuales las trazan los códigos civil y de procedimientos civiles, y es la partición entre mayores que no están de acuerdo. Hay litigio, y todo litigio debe llevarse ante los tribunales. La materia pertenece al procedimiento más que al derecho civil, por más que el código se ocupe de ella. Rápidamente pasaremos sobre esas formas como lo hacen todos los intérpretes.

Núm. 2. De la partición judicial.

1. Reglas generales.

310. ¿Las reglas que el código civil y el de procedimientos prescriben para la partición judicial son obligatorias para el juez? Apenas si se puede proponer la cuestión. Todo lo concerniente al procedimiento es de orden público, porque el procedimiento traza las reglas por las cuales el poder judicial cumple su misión. Luego sin decirlo se

1 Bourges, 23 de Noviembre de 1818 (Daloz, *Sucesión*, número 1601).

entiende que los tribunales no pueden derogarlas. Si se permite á los herederos mayores que se separen de las formas legales, es por una razón muy sencilla; desde el momento en que están de acuerdo, cesa todo litigio, y, en consecuencia, todo procedimiento. Pero en tanto que el litigio continúe, el juez no puede, sea cual fuere el pretexto, apartarse de la ley: tales son los términos de una sentencia de la corte de Lieja. Tratábase de decidir si dos sucesiones recaídas en diversos interesados deben ser objeto de particiones distintas y separadas. Cuando los herederos están de acuerdo, pueden hacer lo que quieran, salvo que los acreedores formulen oposición. Pero ningún texto da tal poder á los tribunales; y el silencio de la ley es decisivo en esta materia, porque el juez no tiene más derechos que los que la ley le otorga. (1)

311. Cuando los herederos no están de acuerdo sobre la partición y se entabla un proceso, hay que proveer á la administracion de la herencia. Aunque en litigio sobre la partición, nada impide que los herederos arreglen ellos la administración provisional de los bienes. Si no llegan á ponerse de acuerdo, esta contienda, como todas las demás, se lleva ante el tribunal. En la práctica francesa, por lo común es el juez de información el que nombra al administrador de la herencia. Se ha decidido que el juez podía dar al administrador, en primer lugar, el poder de ejecutar todo género de actos conservatorios, lo que ya se subentiende, además, los actos de administración definitiva: esto es recibir y debatir toda suerte de cuentas; perseguir á los deudores, distribuir los caudales. A nosotros nos parece que esto es excederse de los límites de las atribuciones que se confían al juez, ¿Cuál es el principio de su competencia? La urgencia de medidas inmediatas, y

1 Lieja, 23 de Marzo de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 97), y 11 de Enero de 1862 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 259).

por lo mismo, provisionales, porque el derecho de las partes interesadas se reserva en cuanto al fondo. Esto excluye todo acto definitivo. (1) No insistimos, porque la cuestión pertenece al procedimiento. Se ha notado que desde hace algún tiempo la jurisprudencia da á la jurisdicción de información una extensión considerable: esto depende de los trámites y gastos que acarrea la jurisdicción regular de los tribunales. Hay que poner un remedio directo al mal, en lugar de exagerar la competencia de un juez excepcional que no ofrece á las partes interesadas las garantías de la justicia regular.

312. El art. 822 dice: "La acción de partición y las disputas que surjan en el curso de las operaciones, están sometidas al tribunal del lugar de la apertura de la sucesión." Ya hemos expuesto los principios que rigen la competencia en materia de sucesión (t. 8º, núms. 524-529). El art. 823 agrega que, "si hay disputas, sea sobre el modo de proceder á la partición, sobre la manera de terminarla, el tribunal pronuncia como en materia sumaria." Se llaman negocios sumarios los que tienen poca importancia pecuniaria, ó que requieran celeridad; se instruyen con más sencillez y se juzgan en la audiencia, en un simple acto, sin procedimientos ni formalidades (código de procedimientos, arts. 404 y 405). Las disputas que no presentan más que dificultades de procedimiento, son sumarias por naturaleza: tales son, en general, las dificultades que surgen con motivo de la partición, sea sobre el modo de proceder á ella, sea sobre la manera de terminarla. ¿Quiere decir esto que todas las disputas entre herederos sean sumarias? Ciertamente que nó. Si uno de los herederos rehusa proceder á la partición, porque no reconoce la calidad de sucesible al actor, no se trata entonces de formas de procedimiento; por lo mismo, se vuelve al derecho común.

1 Donai, 3 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 241 y la nota).

Lo mismo sería si un heredero, sin negar la calidad de sucesible, por ejemplo, á su hijo natural, disputará la parte que á éste es debida, ó que invoque la prescripción contra la acción de partición. Estas graves dificultades son extrañas al procedimiento, y deben, en consecuencia, juzgarse en las formas ordinarias: las formas ocasionan demoras y gastos, pero así son ellas, y tienen que ser al menos la garantía de una buena justicia. (1)

II. Formalidades preliminares.

313. "Si no están presentes todos los herederos, si hay entre ellos menores ó incapacitados, debe fijarse el sello dentro del más breve plazo, sea á instancia de los herederos, sea por diligencia del procurador del rey adscrito al tribunal de primera instancia, sea de oficio por el juez de paz de la circunscripción en donde se ha abierto la sucesión. Si todos los herederos están presentes y son mayores, no es necesaria la oposición de sellos sobre los efectos de la sucesión" (art. 819). La oposición de sellos es una medida urgente y de la mayor importancia, en el día, sobre todo, en que los valores mobiliarios son muy considerables. Así es que no podríamos aprobar el cambio que el código de procedimientos ha introducido en el civil, estableciendo que la oposición de ellos no se requiere ya cuando el menor ó el incapacitado tienen un tutor (artículo 911); la negligencia del tutor podrá comprometer la fortuna de su pupilo. Más lógico habría sido modificar el código civil en otro sentido, prescribiendo la oposición de los sellos como regla absoluta, aun para el caso en que los herederos estuviesen en el lugar; su presencia no im-

1 Chabot, t. 2º, pág. 262, núm. 1 del art. 823. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 445, núm. 661. Demolombe, t. 15, página 625, núm. 637. París, 3 de Agosto de 1851 (Daloz, 1854, 5, 405), 23 de Febrero de 1849 (Daloz, 1849, 2, 231).

pedirá que los que están en posesión distraigan los efectos mobiliarios que componen á veces la mayor parte del activo hereditario.

314. Según los términos del art. 823, el tribunal comisiona, si hay lugar para las operaciones de la partición, á uno de los jueces sobre cuyo informe el tribunal decide las contiendas. El nombramiento del juez comisario se hace por el mismo fallo que pronuncia sobre la demanda de partición (código de procedimientos, art. 969). Es facultativo. Si el tribunal halla que no es necesario comisionar á un juez para las operaciones de partición, decreta inmediatamente sobre todas las disputas que puedan surgir, sea sobre el modo de proceder á la partición, sea sobre la manera de terminarla. Pero si el tribunal prevé que puedan surgir nuevas dificultades durante el curso del procedimiento, nombra entonces á uno de sus miembros para que presida las operaciones de partición. La misión del juez comisionado consiste en dirigir las operaciones sobre las cuales los herederos están de acuerdo en escuchar las observaciones de las partes sobre las dificultades que las dividen y en tratar de conciliarlas. Si no lo logra, no tiene derecho á decidir las diferencias, y debe limitarse á rendir informe al tribunal. (1) Como lo dijo el Tribunalado en sus observaciones, el juez comisario es un conciliador, y un informante si es preciso decidir. En este sentido es como el tribuno Simeón ha expuesto el espíritu de la ley. El juez será á menudo un mediador, y en todo caso, pondrá al tribunal en aptitud de pronunciar pronta y equitativamente. (2)

315. En Francia, una ley de 2 Junio de 1841 ha estatuido que el tribunal, en el mismo fallo, nombre al notario ante el cual comparecen las partes. Según el código civil,

1 Chabot, t. 2º, pág. 263, núms. 2 y 3 del art. 823.

2 Observaciones del Tribunalado, núm. 21 (Loché, t. 5º, pág. 85); Discurso de Simeón, núm. 110 (Loché, t. 5º, pág. 140).

el juez comisionado es el que después de la estimación y la venta de los muebles y de los inmuebles, envía, si hay lugar, á las partes ante un notario (art. 828, y código de procedimientos, art. 976). La corte de Bruselas ha fallado que el tribunal no puede, al pronunciar sobre una demanda de partición, enviar las partes ante un notario. Esto no es más que la aplicación del principio que gobierna esta materia; el procedimiento de partición está regido por los dos códigos; y no es de la incumbencia del juez modificar sus formalidades. (1) En el fondo, el tribunal que había nombrado un notario desde el principio del procedimiento había fallado bien, en el sentido de que tal nombramiento puede abreviar las formalidades judiciales; la ley francesa ha dado al tribunal el poder que el código le niega implícitamente; pero el juez no puede derogar la ley, aun cuando sea por interés de las partes, salvo que ellas se pongan de acuerdo entre sí.

III. Estimación de los bienes.

316. "La estimación de los muebles, si no ha habido tasación de inventario por personas conocedoras, á justo precio y sin aumento." Según el código de procedimientos (art. 943, 3.º), el inventario debe contener la descripción y la estimación de los efectos, la cual se hará en su justo valor y su quinto dinero. Es probable que no haya inventario; en este caso, personas conocedoras harán la valuación. Se entiende por esto oficiales ministeriales, comisarios valuadores ú otros que tienen derecho de proceder á las ventas mobiliarias. La expresión sin el *quinto dinero* que se halla en los dos códigos, se refiere á un uso establecido en la antigua jurisprudencia. Como la estimación de los muebles se refutaba inferior á un valor real, se concluía

1 Bruselas, 4 de Diciembre de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 248).

de esto que los tutores y todos los que estaban obligados á restituir el valor de los muebles que no volvían á presentar en especie, debían pagar sobre la estimación su *quinto dinero*, es decir, un suplemento que, en París, se elevaba al quinto de la estimación. Este uso singular provenía, según se dice, de que el edicto de 1566 había hecho á los tasadores responsables del monto de sus apreciaciones; en consecuencia, no se atrevían á estimar los muebles en su verdadero valor. Como esta responsabilidad ya no existe, el quinto dinero no tiene ya razón de ser; los oficiales encargados de hacer la tasación deben, pues, estimar los muebles en su justo valor, y los que están obligados á restituirlos no están ya obligados á pagar nada sobre la estimación. (1)

317. "La estimación de los inmuebles se hace por peritos" (art. 824). Conforme al código de procedimientos (artículos 955 y 971), el tribunal nombra uno ó tres expertos, conforme á la importancia de los bienes. Si las partes mayores y capaces consienten en ello, no se nombrará más que un solo perito. El código civil no hace intervenir al tribunal sino cuando las partes interesadas rehúsen nombrar los peritos (art. 824). Esta es la regla general consagrada por el código de procedimientos (arts. 304 y 306). El art. 466 parecía exigir el nombramiento por el tribunal; pero ha sido derogado por el art. 824 y por el código de procedimientos civiles.

El art. 824 agrega que el acta de los peritos debe presentar las bases de la estimación. Esto quiere decir que los peritos no deben limitarse á decir que estiman tal inmueble en tal suma, sino que deben dar á conocer las bases en las cuales apoyan la estimación; por ejemplo, si han tenido en consideración el precio de los arrendamientos existentes, el estado de los bienes, la naturaleza, su situa-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Crue*.

ción, sus productos. El objeto de la ley es ilustrar á las partes y al juez; si las bases son falsas, el tribunal puede, hasta de oficio, ordenar una nueva información judicial (art. 322, código de procedimientos). ¿Es preciso que cada pieza de tierra sea estimada separadamente? Esto es bastante lógico y hasta necesario para la formación de los lotes. Sin embargo, parece que la intención del legislador ha sido no exigir una estimación detallada; un artículo que lo declaraba fué desechado por el consejo de Estado. Treilhard hace notar que la estimación no debe hacerse en masa, porque sería necesariamente inexacta. Chabot concluye de esto que debe tomarse un justo medio, estimando separadamente cada objeto distinto é independiente de los demás, cada cuerpo de dominio. (1) Preferiríamos una estimación detallada de todo objeto que pudiera ponerse en un lote.

Según el art. 466, los peritos deben también proceder á la formación de los lotes. El art. 824 les encarga únicamente de preparar esta operación, indicando si el objeto estimado puede ser dividido con comodidad y de qué manera; fijando, en caso de division, cada una de las porciones que puedan formarse, y su valor. Esta autonomía entre los dos artículos ha sido explicada por el código de procedimientos (art. 975). De esto resulta que el art. 466 debe observarse en el caso de que la demanda de partición no tiene por objeto más que la división de uno ó varios inmuebles sobre los cuales los derechos de las partes están ya liquidados; en todos los demás casos, se aplica el artículo 824, es decir, que se procede á la formación de los lotes ante el notario. Se ha fallado, y con razón, que el tribunal no podrá dar á los peritos el poder de componer los lotes, lo que no es más que la aplicación del principio

1 Chabot, t. 2°, pág. 268, núms. 5 y 6 del art. 824.

de que el juez no puede cambiar en nada la regla que la

cubrir las deudas y cargas de la sucesión. Cuando hay deudas y el dinero no es suficiente para pagarlas, el embargo es inminente; suponiendo que los herederos no sean solventes, los acreedores pedirán la separación de los patrimonios y perseguirán la venta forzada de los bienes. Importa á los herederos prevenir estos gastos por medio de una venta voluntaria. Si no están de acuerdo, la mayoría decidirá. Se pregunta qué debe entenderse por mayoría. Se ha fallado que debe calcularse la mayoría por la cuantía de las partes que los herederos están llamados á recoger. (1) La decisión no está motivada; según la nota del compilador, parece que lo que preocupó á la corte de Gaste, es la autoridad del derecho romano. Nosotros creemos que el derecho romano nada tiene que ver en este debate. ¿Qué significa la palabra mayoría? La mitad más uno de los votos. Tal es la opción común en las leyes como en la costumbre. Hay casos en que, por excepción, la ley se contenta con una mayoría relativa, y casos en que la mayoría se computa, no por el número de los votantes, sino por los intereses que ellos representan. Así, el código de comercio exige para la validez de un concordato entre el quebrado y los acreedores, primero, la mayoría numérica, y después, que esta mayoría represente las tres cuartas partes de la totalidad de las sumas debidas. ¿Hay que aplicar esta distinción por analogía al caso previsto por el art. 826? Tan evidente nos parece la negativa, que no comprendemos que se haya discutido la cuestión. Los acreedores que consienten el concordato renuncian á una parte de los créditos; luego es muy natural que los pequeños créditos no se impongan á los créditos más fuertes. Mientras que el art. 826 se funda en diverso principio, cada heredero tiene derecho á su parte en especie, por mínima

los herederos deben figurar en la misma línea. Si la ley da á la mayoría el poder de obligar á la minoría, es porque hay un interés común á los acreedores, el de impedir que los gastos de expropiación absorban una parte del activo hereditario.

Estando la minoría ligada por la mayoría, los herederos opositores tendrían interés en impedir la venta pagando su parte en las deudas; pero ¿tienen tal derecho? Nos parece clara la negativa. Es imposible determinar la parte de uno de los herederos en los muebles, antes de que estén terminadas las operaciones de la partición; y sólo su parte en los muebles sería lo que el heredero pudiera reclamar. Los herederos opositores no tienen más que un solo medio de impedir la venta, y es pagar todas las deudas mobiliarias; ellos quedarán entonces subrogados en el derecho de los acreedores. Este último punto es, sin embargo, dudoso; la subrogación legal es de estricta interpretación, y la ley no concede la subrogación más que al heredero beneficiario (art. 1251, núm. 4), pero los herederos podrían estipular la subrogación. En todo caso, desde que satisfaga á los acreedores, la venta carece, pues, de razón de ser. (1)

Las formas de la venta se rigen por el código de procedimientos (arts. 945 y siguientes). El art. 952 dice que si todas las partes son mayores, presentes y de acuerdo, podrían vender en lo extrajudicial. La ley pone una restricción: "y que no haya ningún tercero interesado." Si hay acreedores, ellos pueden exigir que se haga la cuenta con todas las formalidades prescriptas por las leyes sobre procedimientos; está en su interés que se observen estas formas, sea para prevenir el fraude, sea para hacerse saber el precio de los inmuebles por las pujas. (2)

1 Gante, 18 de Febrero de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 62).

2 Ohabot, t. 2°, pág. 272, núm. 4 del art. 826.

321. "Si los inmuebles no pueden dividirse con comodidad, debe procederse á la venta por remate" (art. 827). La ley no reproduce para los inmuebles las excepciones que pone para los muebles. Como la venta no puede tener lugar sino en los casos determinados por la ley, debe concluirse que los inmuebles no pueden venderse, aun cuando la mayoría de los herederos lo pidiera para el pago de las deudas. Es bastante difícil dar una razón jurídica de esta diferencia entre los muebles y los inmuebles; depende, sin duda, del espíritu tradicional del derecho francés, que da mayor importancia á los inmuebles que á los muebles. Pero cuando son embargados los inmuebles, los herederos no pueden oponerse á su venta; si la ley no lo dice como lo hace para los muebles, es porque no necesitaba decirlo, siendo esto de derecho. (1)

Además del caso de expropiación, hay otro en el cual la venta debe tener lugar, y es cuando los muebles no pueden dividirse cómodamente. El interés de los herederos exige entonces que se vendan los inmuebles, porque si se vendieran á pesar de la incomodidad, resultaría una depreciación, porque su goce sería oneroso y difícil, y la pérdida recaería en los coparticipes. Y ¿cuándo puede decirse que los inmuebles no son cómodamente divisibles? Esta es una cuestión de hecho, en cuya decisión el tribunal goza necesariamente de alguna latitud; (2) él debe considerar el derecho que tienen los herederos á tener su parte en especie, con el interés que tienen en que los bienes no se deprecien por su división. (3) Darémos algunas explicaciones tomadas de la jurisprudencia.

Una sucesión recae en tres coherederos, á uno por mitad,

1 Compárese Demante, t. 3º, pág. 141, núm. 160.

2 Véase un ejemplo en una sentencia de Bruselas, de 27 de Julio de 1862 (*Pasicrisia*, 1862, 5, 350).

3 Colmar, 23 de Agosto de 1831, y á recurso, denegación de 21 de Agosto de 1832 (*Dalloz*, *Sucesión*, núm. 1723).

á cada uno de los otros dos por una cuarta parte. Se trata de dividir entre ellos su inmueble, y no se le puede dividir sino en dos lotes: el heredero que tiene derecho á la mitad querría la división en especie, los otros dos se oponen, porque si se les da la mitad no podrán tener su parte en especie, porque dicha mitad no es divisible. La corte de casación falló que siendo el inmueble indivisible, debía rematarse; y siendo la disposición de la ley obligatoria para el juez, casó la sentencia que había decidido lo contrario. (1) ¿Debe aplicarse el mismo principio al caso en que la sucesión se divide por líneas? Se supone que el inmueble se divide cómodamente en dos partes, pero que siendo indivisible cada mitad entregada á las dos líneas, habrá lugar á remate en aquella de las líneas en que haya más de un heredero. Se falló que el inmueble debía rematarse por el todo. (2) En efecto, las dos líneas no forman dos sucesiones aparte, no hay más que una sola y misma herencia; luego todos los convocados á ella son coherederos; en consecuencia, deben aplicárseles los principios establecidos por la ley; cada cual tiene derecho á su parte de bienes en especie, y si no pueden tenerla todos, el bien debe ser rematado. La cuestión es controvertida. (3)

La corte de Bruselas falló que un inmueble no deja de ser divisible, por más que esté gravado de usufructo; hay, al contrario, un motivo más para dividirlo, porque la nuda propiedad se vende difícilmente y con pérdida. En el mismo caso se trataba de saber si un inmueble gravado con una renta debía considerarse como indivisible: la corte resolvió la cuestión afirmativamente, en razón de los inconvenientes que resultarían de las acciones recursorias

1 Casación, 10 de Mayo de 1826 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1733, 1°)

2 Burdeos, 30 de Julio de 1838 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1734).

3 Véanse las autoridades en Daloz, *Sucesión*, núm. 1735.

si uno de los copartícipes no cubriese su parte en las rentas vencidas. (1) Esta decisión no es conforme al texto ni al espíritu de la ley. En el art. 807 no se trata de acciones recursorias, ni de los inconvenientes que de ellas resultan; la única cosa que el tribunal tenga que examinar es si el inmueble es ó no cómodamente divisible.

322. El código de procedimientos explica el art. 827 y modifica lo que tiene de demasiado absoluto. Puede suceder que cada inmueble sea declarado indivisible, y que, no obstante, no haya lugar al remate: esto sucede, dice el art. 974, si la totalidad de los inmuebles puede dividirse cómodamente, es decir, si se pueden poner inmuebles de un valor aproximativamente igual en cada lote. La ley no exige una igualdad absoluta, porque esto sería, las más de las veces, pedir un imposible; la desigualdad puede compensarse de alguna manera. Esta es también una cuestión de hechos que se abandona á la prudencia de los magistrados. Los tribunales emplean á veces otro medio para prevenir la venta de los inmuebles y establecer una servidumbre en uno de los bienes en provecho del otro. En otro lugar hemos examinado la cuestión de saber en qué sentido puede hacerse esto (tomo 8º, núm. 144).

El art. 914, prueba que, en el espíritu de la ley, la partición en especie es la regla, y el remate la excepción. De esto resulta que si nada más uno de los inmuebles es indivisible, la partición en especie debe operarse en los de más. La corte de Caen así lo falló, y esto no tiene duda. (2)

323 El remate puede hacerse judicialmente ó ante notario. Si uno de los copartícipes es incapaz, los extraños deben admitirse á la venta; la publicidad de la venta se requiere siempre cuando se trata de garantizar los intereses de los incapaces (arts. 839 y 1687 del código de procedi-

1 Bruselas, 20 de Agosto de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 490).

2 Caen, 24 de Agosto de 1868 (*Dalloz*, 1871, 2, 168).

mientos, art. 970). Respecto á las formas de la licitación judicial, no debe perderse de vista que la ley de 12 de Junio de 1816 ha derogado el código civil en lo concerniente á la venta de los bienes que pertenecen á los menores. Abandonamos esta materia al procedimiento.

V. Formación de la masa divisible.

324. Podría creerse que cuando los bienes son estimados y vendidos, si hay lugar, todo queda terminado: la masa está compuesta sea de muebles ó inmuebles en especie, cuyo valor es conocido, sea del precio proveniente de su venta; ya no queda más que formar los lotes y atribuirlos á cada uno de los herederos. Esto es así cuando únicamente se trata de dividir uno ó varios inmuebles sobre los cuales están líquidos los derechos de las partes; en tal caso, los peritos componen los lotes, y en seguida se sortean (código de procedimientos, art. 975). Pero por lo común los derechos de las partes no están líquidos; ellos tienen que hacer privaciones cuyo resultado es aumentar ó reducir la masa divisible. Estas prestaciones reconocen por causa las indemnizaciones que deben los que han administrado los bienes, á los que se les deben las devoluciones á que están sujetos los donatarios, las deudas y créditos que los herederos pueden tener respecto al difunto. El juez comisionado emplaza á este efecto á las partes ante un notario elegido por ellos ó nombrado de oficio. Se procede, ante el notario, á las cuentas que los copartícipes se deben; hecha la cuenta, cada uno de los copartícipes devuelve los dones que ha recibido, ó las sumas de que es deudor (arts. 828, 829, y código de procedimientos artículo 976). Es ante el notario como deben verificarse estas operaciones, y no ante el juez; por la naturaleza de las funciones, los notarios son más aptos para proceder á las

cuentas y liquidaciones que los magistrados, porque esta materia pertenece á la jurisdicción voluntaria más bien que á la contenciosa. Por esto se ha fallado que es obligatoria la comparecencia ante un notario; el tribunal no puede retener las operaciones materiales de la partición. (1)

325. El notario comisionado procede solo y sin la asistencia de un segundo notario ó de testigos; él no está llamado á levantar acta de las declaraciones de las partes; la partición es judicial y el notario es el delegado de la justicia; oye á las partes, pero éstas no deben estar presentes á su trabajo, así como es necesaria su presencia en la redacción de las escrituras (código de procedimientos, artículos 976-978). Se ha fallado que la liquidación puede hacerla el notario solo, sin el concurso de las partes; éstas se limitan á producir las piezas y documentos necesarios para establecer la liquidación, salvo el criticar después el acta de liquidación. (2) El notario, por más que sea un delegado de la justicia, no es un juez, por lo que no le corresponde decidir las dificultades que ante él se ventilen, sino que debe limitarse, según los términos del artículo 837, á levantar acta de los dichos respectivos de los copartícipes, y remitirlos después al juez-comisario. El mismo juez no tiene derecho á decidir, sino que rinde su informe al tribunal, que es el único que tiene poder para estatuir sobre las contiendas. Se ha fallado que los herederos no pueden recurrir directamente ante el tribunal (3); en efecto, el juez-comisario es un mediador que debe trazar desde luego de conciliar á las partes y rendir después su informe, sobre el cual decide el tribunal.

Se presenta una dificultad en la aplicación de estos prin-

1 Denegada, de 19 de Julio de 1838 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1742).
Compárense los autores que allí se citan.

2 Amiens, 21 de Diciembre de 1830 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1753).

3 Bruselas, 6 de Octubre de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 461).

cipios. Se pregunta si el tribunal puede, antes de comisionar á un notario, resolver las dificultades que le someten los copartícipes, y fijar de este modo las bases de las operaciones á las que se debe proceder ante el notario. Se ha fallado la afirmativa, y no nos parece dudosa. No hay ningún texto que se oponga á que el tribunal decida esta contienda; importa, al contrario, á los herederos que las operaciones del notario no sean complicadas y que no estén estorbadas á cada momento por dificultades que éste no tiene calidad para resolver. Es también claro que si se consuma la partición y se intenta una acción de nulidad por uno de los copartícipes, el tribunal debe decidir sin llevar á las partes ante un notario (1); únicamente después de la anulación de la partición será cuando haya lugar á enviar á las partes ante un notario, para la nueva partición á que haya de procederse. La cuestión se pone dudosa cuando, después de la comparecencia ante notario, los copartícipes hacen conocer al tribunal de una contienda que entra en las operaciones de partición confiadas al notario. La corte de casación ha fallado que los tribunales pueden siempre, antes como después del informe del notario, pronunciar sobre las dificultades que las partes les sometan, y á medida que se presenten. (2) Se ha criticado esta decisión, y con razón, á nuestro juicio (3); es contraria al texto formal del art. 837, así como al espíritu de la ley. El código quiere que el notario mande á las partes ante el comisario, porque es un ensayo de conciliación, como lo dice el Tribunalado (núm. 314), y la conciliación es de orden público.

326. "Cada heredero hace entrega á la masa, según las reglas que luego se establecerán, de los dones que se le

1 Denegada de la saia de lo civil, de 23 de Agosto de 1869 (Daloz, 1869, 1, 469).

2 Denegada, 25 de Julio de 1838 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1746).

3 Dutruc, *De la partición*, pág. 345, núm. 356.

hayan hecho y de las sumas de que es deudor" (art. 829). El código tiene una sección aparte sobre la devolución de las liberalidades que el difunto haya hecho á uno de sus herederos; por el momento basta recordar que esa devolución se hace en especie; los herederos separan cada uno de la masa de la sucesión una porción de bienes igual á la que el donatario devuelva, y para que esta porción sea exactamente igual, la ley quiere que el separo se haga en objetos de la misma naturaleza, calidad y bondad que los objetos no devueltos en especie. Así es que los herederos separan inmuebles, cuando es un inmueble el que no se ha devuelto en especie; y muebles, cuando éstos no se han devuelto en especie (arts. 829 y 830). El código añade: *siempre que sea posible*. Si en la sucesión no hay objetos de la misma naturaleza, calidad y bondad, fuerza es que la separación se haga en otros objetos, mobiliarios ó inmobiliarios. (1)

327. La ley pone en la misma línea la devolución de las deudas y la de las donaciones (art. 829). Esto no ofrece ninguna dificultad cuando se trata de sumas debidas por uno de los herederos del difunto: la ley considera tales deudas como un anticipo de herencia que el difunto hizo á su presunto heredero. La devolución de las deudas se hacía, pues, desde luego, tomándolas en lo menos posible de los caudales de la sucesión. Nada más natural si el heredero estuviese obligado á poner esa suma en la masa; él la recobraría después como heredero, lo que daría lugar á tradiciones inútiles. Es más sencillo que él no entregue la suma que debe y que los otros herederos perciban una suma semejante. Si el numerario no es suficiente para satisfacer á todos los herederos, éstos toman muebles, y, á falta de mobiliario, inmuebles de la sucesión. Esto resulta hasta la evidencia de la combinación de los artículos

1 Chabot, t. 2º, pág. 291, núm. 1 del art. 830.

829 y 830. Este modo de pagar las deudas á que está obligado uno de los herederos respecto al difunto, tiene una consecuencia muy grave, y es que los herederos, acreedores de un coheredero, son pagados de preferencia á todos los demás acreedores del heredero deudor, aun cuando sean privilegiados.

Tal es, por lo menos, la opinión generalmente adoptada, la cual nos deja algunas dudas que expondremos al tratar de la devolución (núm. 638).

328. ¿Se debe aplicar el mismo principio, con la consecuencia que se deriva, á las deudas de uno de los herederos hacia la sucesión, por ejemplo á la restitución de los frutos que él ha percibido? Cuestión célebre es ésta, y acerca de ella están divididos los autores y los tribunales. Más adelante (núm. 642) la trataremos.

329. Cuando se han hecho las devoluciones, el notario compone la masa que ha de distribuirse por lotes entre los coherederos. La masa comprende: 1.º los bienes muebles é inmuebles que pertenecían al difunto al morir, y el precio de los que se han vendido; 2.º los bienes donados por el difunto á sus herederos y que se han devuelto en especie; 3.º las sumas que los herederos debían al difunto; 4.º las sumas que deben á la sucesión. Sobre esta masa hay que verificar separaciones antes de proceder á la formación de los lotes: 1.º si la devolución de las donaciones no se hace en especie, los coherederos separan de los bienes de la misma especie, calidad, bondad, ó del mismo valor; 2.º si uno de los herederos ha erogado gastos para la administración de la herencia, él posee un crédito contra la sucesión, el cual se paga por vía de separación, puesto que la sucesión es la deudora; 3.º los gastos de sello é inventario también se separan. Los bienes que quedan forman la masa divisible, la cual debe distribuirse entre los herederos.

VI. *Composición de los lotes.*

330. El art. 834 dice: "Los lotes se hacen por uno de los coherederos, si pueden éstos convenirse en la elección, y si el que habían elegido acepta la comisión: en el caso contrario, los lotes los hace un perito designado por el juez comisario." Esta disposición, concebida en términos generales y absolutos, se aplicaba hasta al caso en que había incapaces entre los herederos; pero ha sido restringida por el código de procedimientos. Según el art. 978, los lotes no los hace uno de los coherederos, sino cuando todos ellos son mayores; síguese de aquí que cuando hay herederos menores, los lotes debe hacerlos siempre un perito; esto es una garantía que la ley da á los incapaces. Por la palabra *mayores*, la ley entiende, en materia de partición, los herederos que pueden consentir en una partición convencional; luego si hay ausentes ó no presentes, los lotes deben también hacerlos un perito, y la razón para decidirlo así, es idéntica. (1)

Cuando los herederos quieren encargar á uno de ellos la formación de los lotes, deben estar todos de acuerdo; la ley no da á la mayoría el derecho de decidir. Esto no es más que la aplicación del principio general en virtud del cual los herederos están en libertad para hacer la partición como les ocurra, desde el momento en que se ponen de acuerdo (núm. 310); la mayoría no se impone á la minoría sino en el caso previsto por el art 826.

Hay un caso en el cual los peritos nombrados para la estimación de los inmuebles proceden también á la formación de los lotes. Remitimos á lo que dejamos dicho en el núm. 317.

El perito ó el heredero encargado de la formación de los lotes establece la composición en su informe, que el nota-

rio recibe y redacta, á continuación de la acta que contiene la formación de la masa (código de procedimientos, artículo 979).

331. El art. 832 traza las reglas que deben observarse en la composición de los lotes. En primer lugar, dice la ley, "es conveniente hacer entrar en cada lote, si fuere posible, la misma cantidad de muebles, de inmuebles, de derechos ó de créditos, de la misma naturaleza." Esto no es más que la aplicación del principio fundamental consagrado por el art. 826, por cuyos términos "cada coheredero puede pedir una parte en especie de los muebles é inmuebles de la sucesión." El art. 826 no habla de los derechos ó créditos. En rigor, los derechos se dividen sin partición, puesto que la misma ley opera la división entre los herederos en la proporción de su parte hereditaria (art. 1220). Pero la partición puede derogar esta división de los créditos, y por el art. 832 se ve que la derogación está en el espíritu de la ley, puesto que ésta quiere que se comprendan los créditos en la formación de los lotes. Esto se hace para evitar el fraccionamiento de los créditos; está en el interés de cada heredero el poseer créditos enteros, lo que facilita su recobro. ¿Resulta de esto, que á cada uno de los herederos se le tiene por haber tenido siempre él la propiedad exclusiva del crédito puesto en su lote, conforme al principio establecido por el art. 883? Más adelante examinaremos la cuestión. Como, en virtud de la ley, cada heredero tiene el derecho de pedir el pago de su parte en cada crédito, y como el deudor tiene derecho de pagar esta parte á los herederos de su acreedor, los copartícipes deben tener cuidado de notificar sus convenios al deudor. Así se resuelve por aplicación del art. 1690, considerando la partición como una cesión de créditos. Esto es dudoso, y más adelante insistiremos.

El art. 832 establece una segunda regla para la formación de los lotes: "Se debe evitar, en lo posible, fraccionar las heredades y dividir las explotaciones." El fraccionamiento de las grandes propiedades es ventajosa para la agricultura y para los poseedores del suelo; la venta de los bienes de la Iglesia y de los dominios de la nobleza, que tuvo lugar después de la revolución de 89, fué un principio de prosperidad para Francia y Bélgica. Pero la división no debe llevarse demasiado lejos; las pequeñas heredades exigen relativamente mayores gastos de explotación y casi no permiten que se mejore el cultivo. Luego si hay en una sucesión dos casas y dos haciendas, hay que poner una casa y una hacienda en cada lote cuando hay dos herederos, aun cuando las haciendas fuesen de desigual extensión: esto es una excepción á la primera regla, que está dictada por el interés general á la vez que por el interés de los coparticipes. La ley agrega que debe imitarse la división de las explotaciones. Esto supone que en lugar de dividir las tierras, se incluyan varias en un mismo lote; hay que reunir entonces en un mismo lote las que le tocan, de manera que puedan ser objeto de una sola y misma explotación; y esto siempre con el fin de disminuir los gastos y favorecer la agricultura. (1)

332. Los términos en los cuales formula la ley estas reglas, prueban que nada tienen de absoluto. *Siempre que sea posible*, dice la primera. *Si fuere posible*, dice la segunda. Así es que el juez tiene, en esta materia, cierta latitud: decide según las circunstancias de la causa. Por más que la igualdad sea la regla, puede haber lotes desiguales; el art. 833 lo supone: "La desigualdad de los lotes se compensa por un retorno, sea en renta, sea en dinero." Esto es lo que el código llama retornos de lotes (art. 2103, nú-

1 Demolombe, t. 15, pág. 660, núm. 674. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 460, núm. 674.

mero 3 y 2109). El retorno es en renta cuando se establece sobre el lote una renta predial ó una renta perpetua. Se pregunta si los saldos en dinero producen interés de pleno derecho. Se ha juzgado la afirmativa, y tal es también la opinión generalmente enseñada por los autores. Se funda en la analogía que existe entre el saldo de partición y la venta; á decir verdad, el saldo implica una venta, constituye el precio del excedente de un lote sobre el otro; luego puede aplicarse el art. 1652, por cuyos términos el comprador debe el interés del precio hasta el pago del capital, si la cosa vendida y entregada produce frutos ú otras rentas. Esto se funda también en la razón; el motivo de equidad que quiere que el comprador pague los intereses cuando goza de los frutos, existe también para los copartícipes. Es verdad que los frutos no representan el monto de los intereses, pero depende del deudor verse libre de tal carga pagando el capital.

333 La ley pone además una derogación á las reglas que ella establece, estableciendo que se compongan tantos lotes iguales como herederos copartícipes ó *estirpes copartícipes*. Así, pues, cuando se llegan á la sucesión hijos por representación de su padre, reciben el lote que éste tendría, aun cuando los bienes que componen este lote debieran rematarse por indivisibles; los hijos del primer grado sólo tienen, en tal caso, su parte en especie, mientras que los que suceden por representación realizan su parte en dinero. Esto es una consecuencia lógica del principio de la representación; los descendientes del hijo precedido no pueden quejarse, porque no tienen más derechos que los que su padre habría tenido si hubiese sobrevivido.

¿Puede extenderse á las líneas lo que la ley dice de las estirpes? ¿Se hacen tantos lotes como líneas, sin considerar si los bienes son divisibles ó no entre los herederos de cada línea? La negativa nos parece evidente. En efecto,

los herederos de cada una de las dos líneas son copartícipes, suceden de por sí; es preciso, en consecuencia, como lo quiere el art. 831, componer tantos lotes iguales como son los herederos.

334. La regla por la cual se hacen tantos lotes como son los copartícipes, no siempre puede aplicarse. Cuando las porciones son desiguales, hay que formar más lotes que el número de copartícipes, á fin de hacer posible el sorteo. El superviviente de los padres concurre con su hermano; éste toma las tres cuartas partes de la herencia; según el texto del art. 831, no deberían formarse más que dos lotes; pero uno de ellos tendría un valor triple del otro, lo que haría imposible el sorteo. Se necesita formar entonces cuatro lotes de igual valor, uno para el superviviente de los padres, y los otros para el hermano. Se puede generalizar este procedimiento asentando como principio que las partes desiguales, que formen fracciones diferentes del total de la herencia, deben primero reducirse á un denominador común; se divide después la sucesión en tantos lotes como unidades haya en ese denominador; después, cada uno de los coherederos toma tantos lotes como unidades hay en el numerador de la fracción de la herencia que está llamado á recoger. Hay tres herederos; uno toma una cuarta parte, los otros dos cada uno tres octavos; el denominador será ocho; luego habrá ocho lotes; el que está llamado á la cuarta parte tendrá dos lotes, los otros tendrán tres cada uno. (1)

Este procedimiento tiene un inconveniente, y es multiplicar los lotes, lo que conduce á fraccionar las heredades. Se han propuesto otros dos procedimientos. Si hay un heredero cuya parte exceda á la de sus coherederos, él separará este excedente, y la demasía se distribuirá en lotes iguales. Debe prescindirse de este primer procedimiento,

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 395, nota 29.

porque viola la ley; ésta no autoriza separación cuando se trata de la composición de los lotes; los lotes deben ser iguales y deben echarse en suerte por el todo; lo que excluye toda previa separación. El segundo procedimiento consiste en tomar por medida la parte hereditaria más fuerte, la mitad, por ejemplo, atribuida al hermano que concurre con el padre y la madre; se divide la sucesión en dos lotes, uno de éstos, echado en suerte, formará la parte del hermano; se subdivide en seguida el segundo lote en dos partes, una para el padre, otra para la madre. Se evita con esto el fraccionamiento excesivo que se efectúa cuando hay un gran número de herederos y partes desiguales. Pero ¿este modo de partición es conforme á la ley? No lo creemos. La ley no dice que se proceda á una doble formación de lotes; no hay más que una, y ésta debe asegurar á todos los copartícipes la misma ventaja, la de darles su parte en especie. Ahora bien, siguiendo el procedimiento que atribuye el lote más fuerte al que tiene la parte más fuerte, se corre riesgo de hacer necesario el remate para las demás; lo que es contrario al espíritu de la ley tanto como á su letra. Por esto es que la corte de casación casó una sentencia que había ordenado que se hicieran dos lotes para la partición de una sucesión recaída por mitad en un hijo con manda, y por una cuarta parte en otros dos hijos. (1) Á lo sumo podría admitirse cuando la partición de los bienes fuese posible entre los herederos que deben distribuirse el segundo lote.

335. Hay otro procedimiento que previene todos los inconvenientes que acabamos de señalar en los diversos modos de partición propuestos por los autores: es atribuir los lotes á los diversos copartícipes ó á algunos de en-

1 Sentencia de casación, de 10 de Mayo de 1826 (*Dalloz, Sucesión*, núm. 1735, 1°) Compárese *Demante*, t. 3°, págs. 247-249, núm. 163 bis 1°-163 bis 3°. *Demolombe*, t. 15, pág. 670, núms. 683 y 684. *Chabot*, t. 2°, pág. 296, núm. 4 del art. 831.

tre ellos sin recurrir á la vía de la suerte. La partición de atribución tiene grandes ventajas; permite que se distribuyan los bienes según las conveniencias de los diversos coparticipes, sin fraccionar las heredades, es decir, que concilia el interés de los indivisos y el de la sociedad. Si se tratara de decidir la cuestión en teoría, habría que pronunciarse sin vacilar en favor de una partición que tiene en cuenta todas las exigencias, contra una partición que distribuye los bienes al capricho de la ciega casualidad. Pero se trata de saber si el código permite que se haga una partición de atribución. El texto decide la cuestión. Cuando los herederos son mayores y capaces, pueden hacer la partición como les ocurra, si se ponen de acuerdo; y tienen libertad de hacer una partición de atribución según sus gustos y sus intereses. Pero la partición judicial supone necesariamente el desacuerdo de los herederos; ya no se trata de proceder por vía de conciliación y de transacción; la justicia no transige, no conoce más que el derecho; así es que cuando una partición se hace judicialmente, debe efectuarse bajo el pie de estricta igualdad, y por esto la ley prescribe el sorteo. Nada ha dejado al poder discrecional de los tribunales, dice la corte de cassación; la misma ley establece reglas á las cuales los jueces están obligados siempre á conformarse. La ley quiere que los peritos indiquen en su acta si el objeto estintado puede dividirse cómodamente; si no puede hacerse la partición, el art. 827 decide en términos imperativos que *debe* procederse á la venta por rematé. La ley dice igualmente en términos imperativos, que los lotes se echan en suerte (art. 834). Estas disposiciones excluyen toda partición de atribución.

La partición de atribución es tan racional, que los jueces del hecho se ven inclinados á autorizarlo, á pesar de las disposiciones imperativas del código. En Francia se

ha tratado de corregirlo con la ley de 2 de Junio de 1841, que modificó el código de procedimientos; se propuso la disposición siguiente: "si los derechos de los copartícipes son desiguales, el tribunal podrá, después de haber consultado el parecer del consejo de familia, si entre aquéllos hay menores ó incapacitados, ordenar por vía de atribución la separación de los lotes desiguales; pero mandará que se sorteen todos los lotes que sean susceptibles de ello." (1) No se puso en duda la utilidad de esta innovación; y si no se adoptó, es porque no conviene, como dice muy bien el guardasellos, modificar el código civil en una ley que sólo se ocupa del procedimiento. En Bélgica, las particiones en que se hallan interesados incapaces puede hacerse por vía de atribución (núm. 308). Si la atribución es favorable á los menores, con mayor razón la ley habria debido autorizarla para los menores. En el estado actual de la legislación, se necesita el consentimiento de todos los copartícipes para que los lotes puedan distribuirse por atribución.

336. Los tribunales han tratado de eludir el sorteo, haciendo una partición de atribución; ellos dan excelentes razones, pero son razones que la ley no acepta. Así se ha fallado que si uno de los herederos vende, durante la indivisión, un inmueble de la herencia, se le debe poner en su lote por atribución, á fin de evitar las acciones recursorias y mantener la estabilidad de las propiedades. Hay sentencias en sentido contrario, que son más conformes á la ley, tal como ella es. (2) La misma corte de casación se ha desviado del rigor de los principios. Uno de los herederos construye en el suelo indiviso; en su lote se pone la parte del suelo en la cual se habían erigido las construc-

1 *Monitor*, de 30 de Abril de 1841.

2 Tolosa, 15 de Enero de 1839; Caen, 3 de Marzo de 1838. (Da-lloz, *Sucesión*, núm. 1838).

ciones. A recurso intentado, la corte mantuvo la partición por un singular medio, y es que el edificio es el accesorio del suelo, y pertenece como tal, al propietario del suelo; lo que hace imposible el sorteo. (1) Sin duda que la construcción se vuelve propiedad del que es dueño del suelo; pero ¿quién es el dueño del suelo durante la indivisión? ¿Lo es únicamente aquel de los herederos que edifica? El suelo pertenece por indiviso á todos los herederos, luego también el edificio. Por mejor decir, la propiedad está incierta en tanto que dure la indivisión; es por la partición por lo que se sabrá quién es el propietario del suelo y, por consiguiente, de las construcciones; luego hay que prescindir de la máxima que el edificio es el accesorio del suelo, y aplicar las reglas que rigen la partición.

La corte de Tolosa ha decidido la misma cuestión según estos principios, y tal es también la doctrina de los autores. (2) A nuestro juicio, no hay la menor duda.

337. Los herederos mayores y capaces pueden consentir en una partición de atribución. En este caso, el tribunal puede poner en el lote de uno de los herederos el inmueble que enajenó ó hipotecó. Esta es una inconsecuencia lógica de la partición de atribución y una de las ventajas que presenta esta partición. Se ha fallado que los herederos no pueden atacar este modo de proceder, por el único motivo de que no ha habido sorteo; ellos han renunciado á la igualdad de la suerte, consintiendo en una partición de atribución, y no pueden enmendar su consentimiento, porque los convenios son irrevocables. (3)

1 Denegada, de 11 de Agosto de 1808 (Daloz, *Sucesión*, número 1841).

2 Tolosa, 30 de Agosto de 1837 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1841, y los autores que cita).

3 Sentencias de denegada apelación, de 18 de Diciembre de 1811 y 9 de Mayo de 1827 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1842, 2º y 3º)

VII. Homologación de la partición

338. El notario es el que compone los lotes y el que hace la partición. Los lotes se echan en suerte. Antes de proceder al sorteo, cada copartícipe es admitido á que proponga las reclamaciones contra su formación (arts. 834 y 835). Cuando terminan las operaciones, queda cerrada el acta y la parte más activa diligencia la homologación de la partición. El tribunal homologa la partición, si hay lugar, á informe del juez-comisario (código de procedimientos, arts. 980 y 981). Después de la homologación, se echan en suerte los lotes (código de procedimientos, art. 982). Nosotros hemos señalado los inconvenientes del azar que preside á la distribución de los lotes, pero este procedimiento tiene también sus ventajas: es la más segura garantía de la igualdad de la partición, porque todos los herederos se hallan interesados en cuidar que todos los lotes sean exactamente iguales. Si la ley de 12 de Junio de 1816 ha permitido que se derogue esta regla fundamental cuando hay incapaces, es porque sus intereses están amparados por el juez de paz, que está especialmente encargado de protegerlos.

339. Después del sorteo, deben entregarse á cada uno de los copartícipes los títulos particulares á los objetos que les han tocado (art. 842). La ley entiende por *títulos* las escrituras auténticas ó documentos privados que establecen los derechos del difunto sobre los bienes que deja: tales son las escrituras de venta ó de donación, los testamentos ó las particiones. Si la propiedad está dividida, los títulos se le quedan al que tiene la mayor parte, con cargo de auxiliar con ellos á los copartícipes que tengan interés, cuando á ello sea requerido. Hay títulos comunes á toda la herencia: por ejemplo, los contratos de matrimonio, los cuadros genealógicos, las actas del estado civil que com-

prueban el estado del difunto. El art. 842 quiere que estos documentos se entreguen á aquel que todos los herederos hayan escogido para depositario, con condición de prestarlos á los copartícipes cuando sean requeridos. Si las partes no se ponen de acuerdo, la elección la arregla el juez.

Los títulos de que habla el art. 842 son los concernientes á los intereses pecuniarios de los herederos. Hay papeles que son extraños á estos intereses: tales son los diplomas del difunto, su correspondencia. En seguida hay las cruces de condecoración, los retratos de familia. El código no dice á quién se entregan estos objetos, y los autores están divididos. En el antiguo derecho se entregaban estos monumentos al primogénito de la familia; nosotros ya no conocemos el derecho de primogenitura, ni siquiera la diferencia moral que los hermanos menores deberían tener por el mayor de la familia. Y, por otra parte, puede suceder que no haya hijos. En el silencio de la ley, debe procederse por analogía; á los herederos incumbe ponerse de inteligencia sobre este punto, y en caso de desacuerdo, el tribunal decidirá. No hemos encontrado más que una sola decisión judicial sobre la materia: el tribunal del Sena ha fallado que las condecoraciones, armas y retrato del difunto, general de división, debían atribuirse de preferencia al mayor de los hijos varones de la rama que perpetúa el nombre del dignatario. (1)

340. ¿Quién reporta los gastos de la partición judicial? Es un principio que los gastos los debe reportar aquel por cuyo interés se orogan; luego todos los copartícipes deben contribuir á los gastos en la proporción de su parte hereditaria. Esto se verifica separando los gastos de la masa distribuible. No hay lugar á compensar los gastos contra

1 Fallo de 7 de Mayo de 1870 (Dalloz, 1870, 3, 103).

las partes: de ello resultaría una desigualdad entre los co-partícipes; y debe reinar la igualdad entre los herederos, tanto para las cargas como para los beneficios, es decir, una igualdad proporcional. Separando los gastos de partición de la masa antes de toda partición, resulta que se pagarán de preferencia á los acreedores de los herederos; esto no es más que la aplicación del derecho común, puesto que los gastos de la partición judicial son gastos judiciales erogados por interés común de todos los acreedores (art. 2101, núm. 1; ley hipotecaria belga, arts. 17 y 19, núm. 1). Hay excepción cuando los gastos son frustratorios; por mejor decir, estos gastos no entran en los privilegiados; debe reportarlos el que ha hecho mal en erogarlos. (1)

Núm. 3. *Del retracto sucesoral.* (2)

I. *¿Qué es el retracto?*

341. Chabot dice en su dictamen al Tribunalado: “Los extraños que compran derechos de una sucesión, casi siempre introducen la división en la familia y el trastorno en las particiones. El proyecto de ley da el medio de apartarlos.” El art. 841 dispone que “toda persona, aun pariente del difunto, que no es sucesible, y á la cual un coheredero hubiese cedido su derecho á la sucesión, puede ser separado de la partición, sea por todos los coherederos, sea por uno solo, reembolsándole el precio de la cesión.” “Esta disposición, continúa el dictaminador, infinitamente sensata, es conforme á las leyes *por diversas* y *al Anastasio*, generalmente admitidas por la jurisprudencia. Es interés de las familias que no se permita á nadie penetrar sus secretos, y que no se asocie á sus negocios extraños á quie-

1 Denegada, de 4 de Abril de 1821 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1864).

2 Bènoît, *Del retracto sucesoral.* (París, 1846, 1 vol. en 8°).

nes la codicia ó el deseo de perjudicar son las únicas cosas que han podido determinarlos ó volverse cesionarios, y á quienes las leyes romanas describían tan enérgicamente con estas palabras: *alienis fortunis inhiantes.*" (1)

Chabot se equivoca al decir que el art. 841 está tomado de las leyes romanas. Todo lo que establecen las constituciones de Anastacio y Justiniano (2) es que el cesionario de un derecho litigioso no puede proceder sino hasta la concurrencia del precio de la cesión que debe reembolsársele en capital é intereses. En la antigua jurisprudencia, se interpretaron estas leyes en el sentido de que el deudor del derecho litigioso tenía la facultad de rescatar el derecho cedido, haciéndose embargar al cesionario mediante el reembolso del precio de la cesión. El art. 1699 del código civil consagra la doctrina tradicional. Llámase á esta facultad de rescatar un crédito litigioso, *rescate litigioso*. Los parlamentos lo extendieron á la cesión de derechos sucesivos, aun cuando nada tuviera de litigioso: esto es lo que se llama *retracto sucesoral*. Lebrún confiesa que las leyes romanas no hablan de este caso: "los hemos extendido por motivo de que comunmente hay vejación ó un interés extraño por parte de un desconocido curioso en conocer los asuntos ajenos." (3) Los motivos que se alegan para justificar el retracto sucesoral son muy discutibles. No requiere admitir los extraños á la partición, para impedir que penetren los secretos de las familias. Y ¿realmente es este el móvil que guía á los compradores de derechos de sucesión? Hácese á los hombres de nuestra época el reproche de rebuscar la fortuna para procurarse los placeres que ella procura. ¿No sería este el verdadero móvil de los que compran una herencia? Ellos introducen trastornos

1 Chabot, Informe, núm. 59 (Looré, t. 5º, pág. 126).

2 L. 22 y 23, C., *Mandat* (1V, 35).

3 Lebrún, *De las sucesiones*, lib. 4º, cap. 2º, núm. 66.

en las familias, se dice. Esta segunda razón no es más probable que la primera. El comprador de derechos de sucesión obra por interés, y sería un mal especulador si suscitase disputas por el gusto sólo de pleitear; el espíritu de codicia que se le supone lo inclinará, al contrario, á evitar los litigios. Hay otras objeciones contra el retracto sucesoral. El retracto es una verdadera expropiación de comprador, se le obliga á que ceda su compra al heredero que ejerce el retracto. Ahora bien, nadie puede ser expropiado sino por causa de utilidad pública, ¿en dónde está la utilidad pública en materia de retracto? El retracto sucesoral está, además, en oposición con otro principio de nuestras sociedades modernas, la libertad de comercio. ¿Por qué impedir al heredero que venda sus derechos si en ello tiene interés? El retracto coarta el ejercicio de su derecho natural; es evidente que el heredero venderá con condiciones desventajosas, á causa de los riesgos que corre el comprador de verse privado de su compra. Por último, se reprocha á la ley que carezca de objeto. Nada tan fácil como eludirla; para esto basta que el heredero dé mandato para que se le represente en la partición de que compra derechos en la sucesión. (1)

A pesar de los obstáculos que pone la ley, las cesiones de derechos de sucesión son frecuentes, si se ha de juzgar por los numerosos litigios que surgen sobre el derecho sucesoral. No hay materia más ingrata que ésta. Es un derecho puramente arbitrario, fundado en pésimas razones; se ve uno siempre tentado á pronunciarse por el comprador en contra del heredero que quiere despojarlo de una compra ventajosa. No obstante, hay que tomar la ley tal como es, en espera de que sea abolida. Pero como se trata de un derecho arbitrario, no creemos inútil entrar al

1 Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 2º, pág. 566, nota 12. Dombey, t. 16, pág. 11, núm. 11.

detalle de las controversias; es preciso preverlas, puesto que diariamente se presentan; pero nos conformamos con dar el motivo para decidir, sin engolfarnos en la discusión de las opiniones contrarias.

342. Antes que todo, importa fijarse en la naturaleza y la índole del derecho de retracto. Se lee en una sentencia de la corte de casación, que el retracto sucesoral descansa en motivos de orden público; en otra sentencia, la corte dice que importa á la *mora!* y al *orden público* que no se asocien á la sucesión especuladores extraños á los negocios de los cosucesibles, y que no sean admitidos á penetrar en secretos de familia en los cuales no deben de participar. Si se tomaran tales motivos al pie de la letra, habría que concluir que no corresponde á las partes interesadas derogar en lo que fuere la disposición del art. 841. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina están unánimes en admitir que los herederos pueden renunciar al derecho de retracto. Más tarde insistiremos acerca de este punto que no es debatido, con excepción del disentimiento de Toullier, cuya opinión se ha quedado aislada. Aun admitiendo todo lo que se dice para justificar el retracto, no se puede asentar como principio que el retracto sea de orden público, puesto que es la base del orden social; y el derecho de retracto usaba la propiedad. Deroga la libertad de industria, la cual es igualmente de interés general. Si se supone que el cesionario es un especulador ávido de pleito, ó un hombre maligno que trata de penetrar los secretos de las familias para ponerlas en desorden, sin duda que, en tal caso, hay un motivo de orden público para apartarlo de la partición. Pero esas no son más que suposiciones desmentidas con mucha frecuencia por la realidad: luego puede haber cesiones perfectamente legítimas. Esto basta para que no se pueda establecer como regla que el retracto es de orden público. Así es que apesar de

los términos absolutos en los cuales la corte de casación ha enunciado esta máxima, ella no ha pretendido hacer del retracto una de esas disposiciones que está prohibido derogar (art. 6): ella decide, lo que es evidente, que ninguna estipulación entre el cedente y el cesionario puede substraer á éste del retracto.

343. Si la moral y el orden público estuvieran interesados en el derecho de retracto, habría que concluir que el art. 841 debe extenderse por vía de analogía. Se debe, al contrario, establecer, como regla de interpretación, que el retracto es un derecho excepcional, y que, con tal título, es de estricta interpretación. Que sea excepcional el derecho de retracto, nadie lo pone en duda, según lo que acabamos de decir. La corte de casación ha proclamado esta máxima con los más absolutos términos: "la disposición del art. 841, dice la corte, es excepcional, y evidentemente contraria al derecho común, en que tiende á privar al adquirente de una ventaja de un tratado autorizado por la ley, para que lo aproveche, con perjuicio suyo, un tercero que no ha sido parte." (1)

Síguese de aquí que debe interpretarse el art. 841 de una manera restrictiva. Ya veremos más de una apreciación de este principio en el curso de nuestras explicaciones. Por de pronto nos limitaremos á inferir esta consecuencia, que no estando autorizado el retracto sucesoral sino en materia de sucesión, no se le puede extender á materias análogas, tales como la comunidad y la sociedad. Hay, no obstante, un motivo para dudar. Las reglas sobre la partición, dicen algunos, son generales; se aplican á la comunidad y á la sociedad, tanto como á la herencia; luego el art. 841 debe considerarse como una disposición del derecho común. Una sentencia de la corte de París con:

1 Denegada, de 21 de Abril de 1880 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1944, 1º). Compárese Bruselas, 20 de Mayo de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 57).

testa á la objeción, y la respuesta es perentoria. (1) El artículo 841 es excepcional por el fin que se propone; quiere impedir á los extraños que penetren en los secretos de familia; estos secretos no se revelan sino en la liquidación de una sucesión que abraza todos los negocios del difunto. No hay secretos en una sociedad, en que todo es patente, y está escrito y consignado en libros especiales. No sucede lo mismo en una comunidad, que tiene igualmente un objeto restricto. Por esto es que la ley se ha cuidado de extender el retracto á la partición de la sociedad ó de la comunidad. El art. 1872 aplica á la partición entre asociados las reglas comerciales á la forma de la partición y las obligaciones resultantes; y ¿acaso el retracto es conveniente á la partición? Aunque colocada en la sección de la partición, esta disposición nada tiene de común con la partición; el retracto sucesoral habría debido colocarse en el título de la *Venta*, así como la ley trata en este título del retracto litigioso. Sucede lo mismo con la comunidad; el art. 1476 dice que la partición de la comunidad, en todo lo que concierne á sus *formas*, el *remate* de los inmuebles los *efectos* de la partición, la *garantía* que de ello resulta y los *saldos*, está sometido á todas las reglas establecidas en el título de las *Sucesiones* para las particiones entre coherederos. Por esto se ve que la ley limita las disposiciones del título de las *Sucesiones* que ella declara aplicables á la partición de la comunidad; el retracto no se menciona entre ellas, lo que es decisivo. Luego hay que decir con la corte de París, que la disposición del art. 841 es excepcional; y está en la índole de toda excepción el ser rigurosamente restringida dentro de sus límites y no extenderse de un caso á otro, con pretexto de analogía; por lo mis-

1 París, 7 de Julio de 1836 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1870). En el mismo sentido, Burdeos, 19 de Julio de 1826. Bourges, 12 de Julio de 1831 (*ibid*). En sentido contrario, Riom, 23 de Noviembre de 1848 (Daloz, 1849, 2, 50).

mo, el retracto debe limitarse á las sucesiones que él tiene por objeto exclusivamente y permanecer extraño á las sociedades ó á cualquiera otra comunidad de derechos.

II. ¿Contra quién puede ejercerse el retracto?

344. No todo cesionario de derechos de sucesión puede ser alejado de la partición; el art. 841 no permite el retracto sino contra el que no es *sucesible del difunto*. Luego el que es sucesible no puede ser alejado por el retracto. La razón es sencillísima. El que es sucesible tiene derecho á tomar parte en la sucesión, luego no puede tratarse de alejarlo. Síguese de aquí que por *sucesible* debe entenderse el que sucede al difunto, y el cual, con tal título, es llamado á la partición. Si el cesionario no es sucesible, el retracto podrá ejercerse en su contra. El espíritu de la ley no deja duda alguna sobre el principio tal como acabamos de formularlo. Se trata de alejar de la partición á un extranjero á quien se sospecha de querer penetrar los secretos de la familia y de introducir en ella trastornos; ahora bien, como sucesor del difunto, él tiene derecho á concurrir á la partición, y el retracto carece de razón de ser.

El art. 841 añade que si el cesionario no es sucesible, puede ser alejado de la partición, aun cuando sea pariente del difunto. Se considera como extraño á la partición al que no viene á ella como sucesor; es extraño en el sentido que no tiene derecho á mezclarse en los negocios del difunto. Esto sería así, aun cuando el pariente cesionario fuese llamado á la sucesión en caso de renuncia del cedente. Se ha pretendido que el que cede sus derechos debe asimilarse, en este caso, á un renunciante. La corte de casación contesta, y la respuesta es perentoria, que el que cede sus derechos de sucesión ejecuta un acto de heredero

liso y llano, por lo que sigue siendo sucesible, y si el cedente es sucesible, es imposible que el cesionario lo sea. (1)

345. La sucesión recaída en ascendientes ó en colaterales, se divide por líneas; si un pariente de la línea paterna cede sus derechos, ¿podrá un heredero de la línea materna ejercer el retracto? En tanto que no se haya operado la partición entre las dos líneas, no hay duda alguna, á nuestro juicio; los parientes de las dos líneas llamados á la sucesión son ciertamente sucesibles; luego el cesionario de uno de ellos tendría el derecho de presentarse á la sucesión de la herencia, lo que da á todos los parientes el derecho de alejarlo ejercitando el retracto. Pero si la cesión se hizo después que la sucesión se ha dividido por mitad entre las dos líneas, hay que operar una nueva partición entre los herederos de cada línea; los herederos de una de las líneas no tienen el derecho de concurrir á la partición de la otra. Esto decide la cuestión en cuanto al derecho de retracto. El cesionario de un heredero de la línea paterna no puede presentarse á la segunda partición que se efectúa entre los herederos de la línea materna; luego no puede tratarse de alejarlo, como lo dice el artículo 841; esto equivale á decir que el retracto no puede ejercerse contra él sino por los parientes de la línea paterna, porque los de la materna carecen de interés, y por tanto, de derecho.

346. ¿El heredero renunciante es sucesible? Conforme al art. 785, se supone que nunca ha sido heredero. Luego si él compra los derechos de sucesión de uno de aquellos de quienes ha cesado de ser coheredero, él puede ser separado de la partición, á la cual no tiene ya derecho de concurrir, si no es como cesionario. Esto no tiene ni asomos

1 Denegada, de Pan, de 14 de Febrero de 1860, confirmada por sentencia de denegada apelación, del 2 de Julio de 1862 (Daloz, 1860, 2, 115 y 1862, 1, 431). Compárese Belost-Jolimont, sobre Chabot, t. 2º, pág. 333, nota 1, y las autoridades que cita.

de duda, á pesar de una sentencia contraria que es inútil refutar, porque la refutación se halla escrita en el texto de los arts. 785 y 841. (1) Pero la cuestión se vuelve, si no dudosa, por lo menos discutible, cuando el heredero recibe de sus coherederos, á título de partición, un abandono en bienes hereditarios, mediante el cual él se reconoce suficientemente aporcionado; después de esto él se vuelve cesionario de uno de sus coherederos, y ¿puede ser alejado? Se ha fallado que no había lugar al retracto sucesoral. (2) Claro está que no es aplicable el texto del artículo 841; porque el heredero, aunque aporcionado, permanece heredero; luego es sucesible. Pero, dicen, él no tiene ya derecho de entrar en la partición. Nosotros creemos que, en rigor, él tendría ese derecho, porque es heredero; y ciertamente tendría ese derecho si se descubrieran nuevos bienes. El espíritu de la ley no deja duda alguna; no es un extraño, es sucesible, un coheredero; luego cesan los motivos del retracto.

347. El heredero preventivo del difunto es excluido de la herencia por su testamento; él se declara cesionario de los derechos de uno de los herederos; ¿puede ser alejado por el retracto? Hay una sentencia por la negativa. (3) Pero la debe tener en cuenta porque es contraria al texto y al espíritu de la ley. El texto dice que el *sucesible* no puede ser alejado, y ¿caso el que no sucede es sucesible? El espíritu de la ley debe hacer que se aparte al que no tiene ninguna calidad, si no es sucesión, para entrar á la partición. En el caso de que se trata, la exclusión misma de que ha sido objeto el heredero preventivo, debe hacer que se tema que no esté animado de malos sentimientos.

1 Demolombe, t. 16, pág. 25, núm. 25, y las autoridades que el cita.

2 Agen, 26 de Agosto de 1862, (Daloz, 1862, 2, 210).

3 Lyon, 17 de Junio de 1825 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1909). En sentido contrario, fallo del tribunal de Orléans-Ferrand, de 26 de Julio de 1867 (Daloz, 1868, 3, 95).

Tal es el parecer de todos los autores. No habría exclusión si el testador hubiese agotado su sucesión en legados particulares. En efecto, el heredero aunque de hecho puede no recoger nada, conserva la calidad de sucesible, y en virtud de tal calidad, tendría derecho á los valores de que el testador, sin saberlo, no hubiese dispuesto. (1)

348. El hijo natural es sucesible en el sentido del artículo 841. En esto no vemos la menor duda. Es en principio universalmente aceptado en nuestros días que el hijo natural tiene un derecho en los bienes, que con este título tiene la acción de partición, por lo que al ceder sus derechos, da al cesionario el derecho de concurrir á la partición; y por consiguiente, los herederos, sus cosucesibles tienen el derecho de apartarlo de ella ejerciendo el retracto. Por la misma razón, el retracto no puede ejercerse contra el hijo natural que fuere cesionario de los derechos de uno de sus sucesibles.

La misma razón hay para decidir respecto del legatario ó el donatario á título universal; ellos son sucesibles. Poco importa que no estén investidos y que no representen á la persona del difunto; tampoco el hijo natural tiene la ocupación, lo que no impide que concorra á la partición, así como los demás sucesores universales ó á título universal; ahora bien, el retracto se ha otorgado á los herederos precisamente para alejar de la partición á los que no tuvieren el derecho de figurar en ella. La consecuencia es evidente; los sucesores no pueden ser alejados si son cesionarios, pero sus cesionarios sí pueden ser. Hay á veces dificultad acerca del punto de saber si un legatario lo es á título universal ó título particular; se aplican los principios generales que expondrémos en el título de las *Donaciones*. La corte de Bruselas ha fallado muy bien que el legado de todo el mobiliario era á título universal, por

1 Denogada, de 16 de Julio de 1861 (Daloz, 1861, 1, 473).

más que las rentas estuviesen excluidas: es que el contrato de matrimonio habría inmovilizado las rentas, cosa que los contrayentes pueden hacer; en lo concerniente á sus derechos y sus estipulaciones, pueden ser invocadas por el cesionario, supuesto que es el cointeresado de una de las partes.

349. Los legatarios ó donatarios á título particular no son sucesibles, no son llamados á la sucesión; luego si se vuelven cesionarios de derechos en la sucesión, pueden ser alejados por el retracto; mientras que si ceden su derecho, el cesionario no puede ser alejado de la partición, puesto que no tiene el derecho de concurrir á ella. ¿Hay que aplicar este principio de usufructuario universal ó á título universal? La cuestión es vivamente debatida: excelentes autores han cambiado de parecer, lo que prueba que hay alguna duda. En teoría, no la hay. El usufructo, aun cuando estribe sobre todos los bienes, ó una parte alcuota de la universalidad, no es un título universal, sino particular. Esto lo aceptan todos. Sin embargo, la ley les da el título de usufructuarios *universal* ó á título *universal*, y los hace contribuir en las deudas en cuanto á los intereses; y ¿no es esta una razón para considerarlos como *sucesibles*? Nosotros hemos examinado la cuestión en otro pasaje de esta obra, y la hemos resuelto negativamente (t. 7.º, núm. 37). Bajo el punto de vista del retracto, la dificultad está en saber si el sucesible tiene derecho de concurrir á la partición; ahora bien, el usufructuario á título universal, ciertamente que no puede tomar parte en las operaciones de la partición; porque ¿qué cosa es partición? La propiedad, y él no tiene ningún derecho en ella. Esto es cierto también del usufructuario universal; los usufructuarios no tienen más que un interés y es comprobar el activo hereditario; lo que está hecho por el inventario, y el inventario no es una operación de partición. La jurisprudencia está

dividida tanto como la doctrina. La corte de casación de Bélgica se ha pronunciado por la opinión que acabamos de enseñar, (1) así como la corte de casación de Francia. (2)

350. El marido se hace cesionario de uno de los coherederos de su mujer: ¿puede ser alejado por el retracto? Creemos que la afirmativa es evidente. En efecto, el marido es extraño á la sucesión que recae en su mujer; no es él quien sucede; luego hay lugar al retracto. Se objeta que el marido es administrador de los bienes de la mujer y usufructuario bajo la mayor parte de los regímenes, que con este título puede intervenir en la partición, y que, por consiguiente, el retracto no tiene ya razón de ser. La respuesta se halla en el texto de la ley; no basta, para eludir el retracto, que el cesionario tenga, con un título cualquiera, el derecho de asistir á la partición. Preciso es que él concorra como sucesible; ahora bien, el marido no lo es: lo que decide la cuestión. Hay un motivo para dudar bajo el régimen de la comunidad. El marido es dueño y señor de los bienes de la comunidad; ahora bien, las sucesiones mobiliarias recaídas en la mujer caen en el activo de la comunidad; el marido puede aceptarlas sin el concurso de su mujer; luego, dicen algunos, él es sucesible, y no puede ser apartado por el retracto. Es cierto que, bajo el régimen de la comunidad, la mujer traslada á la comunidad todos sus derechos mobiliarios, presentes y futuros; pero todo lo que de aquí resulta, es que el marido, como jefe de la comunidad, es cesionario y comisionado de la mujer, y ella siempre permanece sucesible; luego el marido no lo es. La jurisprudencia vacila, pero los principios no dejan duda alguna. (3)

1 Denegada, de 29 de Abril de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 1, 76).

2 Denegada de la sala de lo civil, de 17 de Julio de 1843 (*Dalloz, Sucesión*).

3 Demolombe, t. 16, pág. 37, núm. 32 y las autoridades que él cita.

351. Ha acontecido que el cedente se ha hecho retroceder los derechos sucesorios que había vendido; ¿puede ser alejado por el retracto? Se ha fallado que no había lugar al retracto. (1) En efecto, el cedente sigue siendo sucesible; luego no estamos en los términos de la ley, y siendo el art. 841 de estricta interpretación, no es permitido desviarse de la letra con el pretexto de seguir el espíritu. En vano se objetaría que habiendo vendido el sucesible sus derechos, no puede ya presentarse á la herencia; que sólo puede hacerlo como cesionario, y que, por consiguiente, el retracto es admisible. El texto responde á la objeción, y la razón está de acuerdo con el texto; el sucesible, después de la retrocesión ¿no vuelve á ser colocado en la posición en que se hallaba antes de haber cedido sus derechos? Es un heredero que se presenta á la partición, y ¿no sería singular que fuese alejado al heredero?

¿Pasaría lo mismo si el cedente comprara los derechos de sus coherederos? Se ha fallado la afirmativa, y con razón, á nuestro juicio. (2) Se dice que el cedente, por más que sea sucesible, no tiene, en el caso de que se trata, otra calidad para intervenir á la partición, que la de cesionario. Esto es verdad, pero debe agregarse que ese cesionario es sucesible, y un sucesible no puede ser alejado por el retracto; el texto es formal, y en una materia excepcional, hay que ceñirse al texto: este es un principio aceptado por la doctrina y consagrado por la jurisprudencia, y dicho principio decide la cuestión.

III. ¿Quién puede ejercer el retracto?

352. Según los términos del art. 841, el cesionario pue-

1 Orléans, 29 de Febrero de 1839 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1959). La doctrina se halla en el mismo sentido. Demolombe, t. 16, pág. 29, núm. 28 y los autores que cita.

2 Amiens, 11 de Enero de 1839 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1957). En sentido contrario, Demolombe, t. 16, pág. 31, núm. 29.

de ser alejado de la partición, sea por todos los *coherederos*, sea por uno solo. La palabra *coheredero*, de que se sirve la ley dos veces en el art. 841, es sinónima de *sucesible*, es decir, que todos los que lleguen á la sucesión, no importa con qué título, como sucesores *ab intestato*, regulares ó irregulares, ó como legatarios ó donatarios, pueden ejercer el retracto. Resulta de aquí que hay analogía completa entre la cuestión de saber quién puede ejercer el retracto y la de saber contra quién puede ejercerse. En efecto, se admite la acción contra todo cesionario que no es el mismo sucesible, y que, por consiguiente, no tiene ninguna calidad por sí mismo para entrar á la partición; del mismo modo la acción pertenece al que es sucesible y que, con este título, está interesado en alejar de la partición á cesionarios que no lo son. De aquí una regla de interpretación que de antemano decide todas las dificultades de la materia; puede ejercer el retracto toda persona contra la cual el retracto no podría ejercerse. (1)

353. Se han llevado ante los tribunales y hasta ante la corte de casación cuestiones que no merecían esa honra. El legitimario, reducido á su reserva, ¿puede ejercer el retracto? Si el legitimario no fuere más que un acreedor, se comprendería la cuestión, pero él es heredero por excelencia, supuesto que ningún acto del difunto puede despojarlo de su derecho; posesionado, á pesar suyo, él tiene ese derecho en los bienes, es sucesible, y á él tiene que dirigirse el legatario universal para hacer la partición, y ¿puede preguntarse seriamente si tiene derecho á alejar á un cesionario? (2)

Es de igual evidencia que la acción de retracto pertenece al heredero beneficiario. ¿No es él heredero? ¿no tiene todos los derechos de que disfruta el heredero? Una sola

1 Belost-Jolimont sobre Chabot, t. 2º, pág. 336, nota 6. Demolombe, t. 16, pág. 43, núm. 36.

1 Denegada, de 3 de Mayo de 1830 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1880).

diferencia hay entre él y el heredero liso y llano, y es que el patrimonio del difunto no se confunde con el suyo; y ¿esto qué tiene que ver con el retracto? (1)

354. La sucesión recaída en colaterales ó en ascendientes se decide entre las dos líneas; un pariente de la línea paterna cede sus derechos; ¿los herederos de la línea materna pueden ejercer el retracto? Hay que aplicar la solución que hemos dado á la cuestión análoga de saber si el cesionario puede ser alejado de la partición por un heredero de la línea á la cual no pertenece el cedente (número 345). La cuestión es idéntica; hay alguna incertidumbre en la jurisprudencia; hay que esperar que la sentencia de la corte de casación que hemos citado se ponga en término. (2)

355. El que renuncie á la sucesión para atenerse á un donativo ó á un legado ¿puede ejercer el derecho de retracto? Podría ser alejado si se hiciese cesionario, y desde entonces no puede ejercer ya la acción. La corte de casación lo ha fallado así en un caso en que había alguna duda sobre la índole de la donación. Por contrato de matrimonio, el padre de la futura se había donado entre vivos la cuarta parte en dos cuerpos de una hacienda; la donación, aunque hecha por parte alicuota, era á título particular, porque no daba al donatario un cuarto de todos los bienes del donativo; el donatario tenía únicamente el cuarto de dos dominios, luego la consistencia estaba determinada con cuidado en la escritura. Luego el donatario cesaba de ser sucesible y, por tanto, no podía ejercer el retracto. (3) El heredero excluido por el difunto, no puede ejercer el

1 Amiens, 13 de Marzo de 1806 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1872). Burdeos, 16 de Marzo de 1832 (*ibid*, núm. 950).

2 Denegada, 2 de Julio de 1862 (Daloz, 1862, 1, 431). Demolombe, t. 16, pág. 52, núm. 54.

3 Denegada, de la sala de lo civil, 2 de Diciembre de 1829 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1872, 2°)

retracto, porque no sucede. Pero él no está excluido cuando absorbe la herencia algunos legados particulares; porque sigue siendo heredero, y, como tal, es él quien preside á la partición; si caen algunos legados, él será el aprovechado. (1)

356. Si el heredero que tenía derecho al retracto llega á morir, los que le suceden *ab intestato*, ó como legatarios ó donatarios universales, ¿podrán ejercer la acción? Hay una sentencia por la negativa, pero tan mal motivada, que no puede concedérsele ninguna autoridad. (2) El retracto corresponde al que llega á la sucesión; ahora bien, el sucesor universal del heredero recoge el derecho hereditario, y lo ejerce como lo habría hecho el difunto; y ¿por qué no había de suceder en la acción de retracto que pertenecía al difunto, tanto como en todos los demás derechos de éste? No vemos un motivo para dudar.

357. Un heredero cede sus derechos; ¿puede todavía usar del derecho de retracto contra el cesionario de su coheredero? La afirmativa casi no es dudosa, si él no ha cedido más que una parte de sus derechos; porque él sigue siendo heredero y concurre á la partición; luego se halla dentro del texto y del espíritu de la ley. Dícese en vano que como él mismo llama á un extraño á la sucesión, no puede alejar á otro extraño; (3) esto equivale á aumentar la ley, que no conoce este recurso de no recibir. Hay alguna duda cuando el heredero ha vendido todos sus derechos; se le puede objetar que él no concurre á la partición, y que, por lo tanto, carece de interés y de derecho para alejar de ella á un cesionario. (4) Nosotros creemos que la acción de retracto es admisible. El texto es formal: todo coheredero puede ejercer el retracto; y el que cede sus derechos

1 Denegada, 16 de Julio de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 473).

2 Tolosa, 29 de Agosto de 1819 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1874).

3 Bastia, 23 de Marzo de 1835 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1884).

4 Demolombe, t. 16, pág. 50, núm. 49.

sucesivos sigue siendo heredero, y en materia de retracto el texto es decisivo.

358. El cedente muere; uno de sus coherederos sucede: ¿puede ejercer éste el retracto? Hay un motivo para dudar, que ha preocupado desde luego á la corte de casación. El cedente evidentemente no puede ejercer el retracto contra el cesionario; sería rechazado, dice la corte, por la excepción de garantía; ahora bien, el heredero sucede en las obligaciones del difunto; luego tanto como éste no puede promover retracto; obligado á garantir, no puede despojar. (1) La corte de casación ha corregido después esta jurisprudencia; erróneamente habla ella invocado el proverbio de la garantía. En efecto, el que cede derechos hereditarios no debe garantía al cesionario, luego no hay lugar al proverbio. Se necesita, en consecuencia, decidir que á la verdad el heredero del cedente no puede, en esta calidad, ejercer el retracto; pero en el caso de que se trata, el heredero del cedente tiene, además, otra calidad, la de coheredero del cedente, y, con este título, nada le impide promover el retracto. (2).

359. ¿La acción de retracto pertenece á todos los sucesibles, ó no pueden ejercerla sino los herederos legítimos? Hay una razón para dudar. El art. 841 se sirve de la palabra *coheredero*, y la palabra *herederos* no se dice de los hijos naturales, de los legatarios, ni de los donatarios. ¿No es llegado el caso de aplicar la regla de interpretación que exige que se ciña uno estrictamente al texto? Se puede, además, invocar el espíritu de la ley y sostener que por interés de la familia es por lo que el retracto se ha concedido á los miembros de ella, lo que excluye á los legatarios y donatarios. No obstante, la opinión contraria nos parece mejor fundada. Sin duda que hay que ajustarse al

1 Casación, 27 de Junio de 1833 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1937).

2 Casación, 15 de Mayo de 1844 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1681).

herederos legítimos, resultaría una anomalía inexplicable; el cesionario de un hijo natural, de un legatario, de un donatario, sería admitido á la partición, mientras que el cesionario de un pariente legítimo quedaría excluido. Esto prueba que en materia de retracto no debe tenerse en cuenta la naturaleza del título, y no debe considerarse más que el título: si es universal, el cesionario tendría el derecho de concurrir á la partición; luego se puede alejarlo de ella; si es á título particular, el cesionario, lo mismo que el cedente, no sería admitido á la partición; luego hay lugar al retracto. Por aplicación de este principio, debe decidirse que la cesión de un usufructo universal ó á título universal, no da á los herederos el derecho de promover el retracto contra el cesionario. (1)

363. El art. 841 exige una segunda condición para que la cesión está sujeta á retracto; se necesita que el heredero ceda su *derecho á la sucesión*. Así es que puede ocurrir que un heredero haya hecho cesión, y que, no obstante, los coherederos del cedente no tengan el derecho de promover retracto contra el cesionario. ¿Cuándo la cesión da y cuándo no da lugar al retracto? La expresión *derecho á la sucesión* tiene un sentido preciso, es sinónimo de derecho hereditario; luego se necesita que el heredero haya cedido el derecho que le pertenece en su calidad de heredero, es decir, el derecho que debe á ley ó á la voluntad del difunto. En otros términos, la cesión es una venta de la herencia, es decir, de una universalidad jurídica, que abarca el activo y el pasivo hereditarios.

¿Se necesita que la cesión tenga por objeto todo el derecho del cedente? Todos aceptan que la cesión de una parte alícuota de la herencia autorizaría el retracto. El espíritu de la ley así lo quiere y el texto no es contrario. ¿Cuál

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 2º, pág. 567, nota 26. Demolombe, t. 16, pág. 76, núm.s 75-77.

es el objeto del retracto? Alejar á los extraños de la partición; ahora bien, los cesionarios de una parte alícuota tienen el derecho de concurrir á la partición, tanto como los cesionarios de todo el derecho hereditario del cedente; luego es preciso que se les pueda alejar por el retracto. La cesión, aun cuando tenga por objeto todo el derecho del cedente, no comprende más que una fracción de la herencia: y ¿por qué la cesión de una fracción menor no habla de autorizar el retracto? El texto no se opone á ello: él dice: *su derecho*, y no *todo* su derecho. La opinión contraria atribuiría al legislador una voluntad absurda; permitiría que se alejara á un solo y único cesionario del heredero, y admitiría á la partición á diez cesionarios del mismo heredero. (1)

¿Qué debe decidirse si la cesión comprende, además de la parte del heredero cedente, la de un coheredero que él había adquirido? ¿Podría ejercerse el retracto sucesoral por esta última parte? Se ha fallado la afirmativa, y no permite duda alguna. (2) En efecto, los inconvenientes que la ley ha querido presumir al establecer el retracto sucesoral, se presentan para una como para otra parte; el espíritu de la ley es decisivo y el texto no es contrario.

364. ¿Puede ejercerse el retracto cuando la cesión estriba en uno ó varios objetos determinados de la sucesión? Esta es una de las cuestiones más controvertidas de esta difícil materia. No vacilamos en resolverla negativamente. El texto es formal: para que haya lugar al retracto se necesita que el coheredero haya cedido *su derecho á la sucesión*. Y ¿acaso la cesión que un heredero hace de un derecho en un inmueble es la cesión de su derecho en la *sucesión*? Ciertamente que no. Luego la cesión no entra en los

1 Véanse las autoridades citadas por Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 2º, pág. 566, nota 13, y por Demolombe, t. 16, pág. 79, núm. 80.

2 Denegada, 12 de Agosto de 1866 (Dalloz, 1871, 5, 342).

cuando la cesión comprende de hecho todos los derechos del cedente, por más que, aparentemente, no consista sino en objetos determinados. Así, por ejemplo, la sucesión se compone de un inmueble; el heredero que cede el derecho que tiene en dicho inmueble, cede en realidad su derecho á la sucesión (1); ahora bien, en una materia en que el fraude es tan fácil y tan frecuente, hay que atenerse no á lo que las partes han declarado en su convenio, sino á lo que han hecho y querido hacer. Se ha fallado en este sentido que hay lugar á retracto cuando la cesión, aunque designe bienes determinados, se extiende á la universalidad de la herencia mobiliaria é inmobiliaria: la enumeración detallada de los bienes, dice la corte, no quita á la venta que de ellos se ha hecho, su carácter de cesión total del derecho á la sucesión; de otro modo, dependería de las partes eludir y reducir á la nada los efectos del art. 841. (2) La jurisprudencia está de acuerdo con esta doctrina. (3)

366. La partición deja indivisos ciertos inmuebles. Si uno de los herederos cede una parte en esos inmuebles, claro es que la cuestión no es de retracto, porque la cesión tiene por objeto, no un derecho de sucesión, sino un derecho de copropiedad. Ya no se está dentro del texto del artículo 841; y aun prescindiendo del texto, el espíritu de la ley sería suficiente para hacer á un lado la demanda de retracto. Ya no hay sucesión; luego el cesionario no puede penetrar secretos de familia, ni embarazar la partición con chicanas; todo está consumado y sólo queda dividir un objeto determinado. (4)

1 Rennes, 24 de Febrero de 1818; Bourges, 16 de Diciembre de 1833 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1923, 3^o) Lieja, 23 de Noviembre de 1818 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 238).

2 Casación, 16 de Mayo de 1848 (Daloz, 1848, 1, 125). Demolombe, t. 16, pág. 86, núm. 84.

3 Véanse las sentencias citadas por Daloz, *Sucesión*, núm. 1929. Hay que agregar Lieja, 21 de Octubre de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 202), 24 de Diciembre de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 87).

4 Denegada, de 26 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 335).

No puede darse un solo paso en esta materia sin que salga al encuentro el fraude: y es que el derecho de retracto lo provoca, por decirlo así, violando la libertad de comprar y de vender. Se ha ofrecido un caso en el cual la cesión hecha después de la partición no formaba más que un solo acto con la venta efectuada antes de la partición; para hacer imposible el retracto; las partes habían anulado el primer acto; pero la invalidación era fraudulenta, tanto como la segunda cesión. La corte de casación resolvió que era evidente el fraude, y, en consecuencia, autorizó el retracto. (1) El fraude constituye siempre una excepción.

367. Se ha fallado que la donación de derechos de sucesión no está sujeta á retracto. (2) Esta decisión se funda en el texto y en el espíritu de la ley. El art. 841 otorga el derecho de retracto contra la persona á la cual un coheredero hubiese *cedido* su derecho á la sucesión; y la palabra *ceder*, en el lenguaje del código, significa vender. El comprador es el que puede ser alejado de la partición, porque se supone que está animado de malos sentimientos; estas sospechas cesan de estar fundadas cuando se trata de un donatario; en éste no se presume ese móvil de codicia que hace que se aleje á un comprador ávido é intrigante. Por otra parte, no podría satisfacerse la condición del retracto: la ley exige que el heredero que lo ejercita reembolse el precio de la cesión; lo que implica, además, la existencia de una venta.

Esta condición, más que otra ninguna, se presta al fraude; ya se entiende que si la donación encubre una venta,

1 Denegada, de 4 de Noviembre de 1829 (Daloz, *Sucesión*, número 1989).

2 Lyon, 17 de Junio de 1825 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1909). Ohabot, t. 2º, pág. 325, núm. 10.

Comparéense las sentencias citadas por Daloz, *Sucesión*, núms. 1923 y 1924. Hay que agregar París, 28 de Marzo de 1854 (Daloz, 1855, 5, 394).

la noción misma de la ley implica tal prohibición. No diremos cuáles son los medios fraudulentos á que se recurre para eludir el retracto; desgraciadamente el interés es más ingenioso para urdir fraudes, que la justicia en descubrirlos. El mandato que el cedente da al cesionario para que lo represente en las operaciones de la partición, es uno de los fraudes más frecuentes y habituales. (1) ¿Cómo se prueba el fraude? Conforme al derecho común; luego como lo diremos en el título de las *Obligaciones*, por medio de testigos, y por simples presunciones que se dejan á la prudencia del magistrado.

V. *De la acción de retracto.*

372. El art. 841 dice que pueden ejercer el retracto, sea todos los herederos, sea uno solo. Luego es un derecho que pertenece individualmente á cada heredero; todos pueden reunirse para promover, pero cada uno de ellos puede también pedir el retracto por cuenta propia. Si todos se comparten, el beneficio da la acción. Y ¿esto se efectúa por cabeza, ó en razón del derecho hereditario de cada cuál? A nosotros nos parece que debe ser por parte viril; porque cada heredero tiene el derecho de promover por el todo; luego la porción hereditaria no se toma en consideración, y no puede influir en el resultado de la acción. (2) Si uno de los herederos procede solo, él solo se aprovechará del retracto, y lo aprovechará por el todo; el demandado no puede oponerle que no es más que heredero parcial, porque la ley le da el derecho de promover solo, y naturalmente por el todo, puesto que el objeto del retracto exige que se ejercite por el todo. (3)

373. Teniendo cada uno de los herederos un derecho

1 Denegada, 23 de Noviembre de 1842 (Daloz, *Mandato*, núm. 21).

2 En sentido contrario, Chabot, t. 2º, pág. 327, núm. 15 del artículo 481.

3 Denegada, de 14 de Junio de 1820 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1901).

igual, puede surgir entre ellos un conflicto; si uno solo procede ¿los demás podrán intervenir? ¿y hasta cuándo? Hay sobre esta cuestión gran divergencia de opiniones. Unos dicen que los coherederos pueden intervenir hasta que esté consumado el retracto por la restitución del precio; otros les permiten tomar parte en la acción en tanto que no haya fallo pasado en autoridad de cosa juzgada; por último, Durantón enseña que la intimación que el heredero dirige al cesionario le asegura la preferencia. Nosotros somos de este último parecer. (1) Las palabras acción é intervención inducen á error, porque suponen que el heredero formula una demanda judicial; y ninguna disposición exige que el juez pronuncie el retracto; basta que uno de los herederos lo pida y que el cesionario consienta, y este consentimiento es forzoso: ¿qué se necesita, pues, para que el retrayente haya adquirido un derecho exclusivo al retracto? Es suficiente con que haya manifestado la voluntad de usar de su derecho, y ni siquiera que emplee las formas solemnes de la notificación, porque la ley no prescribe ninguna forma. Se objeta que los demás herederos tienen un derecho igual al del heredero que ejerce el retracto, y de aquí se concluye que ellos pueden usarlo hasta que el retrayente tenga adquirido un derecho. Esta objeción da una falsa idea del retracto; no es este un beneficio pecuniario que la ley conceda y que divida entre los herederos, sino un derecho que tiende á alejar al cesionario de la partición; luego es un derecho moral, y por lo tanto, indivisible. Se consigue el objeto de la ley cuando uno de los herederos promueve, y por lo tanto, deja de tener razón la intervención de los demás.

374. Por aplicación de los mismos principios, debe de-

1 Durantón, t. 7º, pág. 286, núm. 199. Véanse la doctrina y la jurisprudencia en Dalloz, *Sucesion*, núms. 1894-1898. Compárese Demolombe, t. 16, núm. 72.

mados á tomar parte en la partición de la estirpe á la que pertenecen, por más que haya habido particiones anteriores. (1)

376. ¿Existen casos en los cuales cese el retracto sucesoral? El art. 1701 dispone que el retracto litigioso cesa en tres casos. Primeró, cuando la cesión se ha hecho á un coheredero del derecho cedido. Claro es que si un heredero cede sus derechos á uno de sus coherederos, no hay lugar al retracto: el art. 841 lo decide formalmente, supuesto que el retracto no puede ofrecerse sino contra el que no es sucesible. Cesa también el retracto litigioso, según el art. 1701, cuando la cesión se ha hecho á un acreedor en pago de lo que se le debe. Ya dijimos (núm 368) que esta disposición no es aplicable al retracto sucesoral. Queda el tercer caso: cuando se ha hecho la cesión al poseedor de la heredad sujeta al derecho litigioso. Se ha pretendido que esta excepción era aplicable al retracto sucesoral. La corte de casación no había resuelto la dificultad, porque, en el caso de que se trata, el demandado no tenía la posesión de la herencia. (2) Nosotros creemos que aunque el cesionario hubiese sido poseedor, permanecía sometido al retracto. El art. 1701 no puede extenderse por analogía al retracto sucesoral, porque consagra excepciones al retracto litigioso, lo que ya es suficiente para restringir sus disposiciones á este retracto, puesto que las excepciones no se extienden ni por vía de analogía. Y nosotros añadimos que no existe la pretendida analogía. ¿Y por qué no puede ejercerse el retracto litigioso cuando la cesión se ha hecho al poseedor de la heredad sujeta al derecho litigioso? Porque la cesión tiene, en este caso, una causa legítima, la de consolidar la posesión; luego ya no se puede imputar al cesionario el espíritu de avidez, por

1 Bruselas, 12 de Febrero de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 50), Pau, 14 de Febrero de 1860 (*Dalloz*, 1860, 2, 115).

2 Denegada, 16 de Julio de 1861 (*Dalloz*, 1861, 1, 473, nota 3).

cuyo motivo se ha introducido el retracto litigioso. Mientras que el retracto sucesoral tiende á alejar á los extraños á la partición; así es que, ¿qué importa que el cesionario esté en posesión de la herencia? No por esto es menos extraño, pues que se supone que no es sucesible. Esto decide la cuestión. (1)

377. El derecho de retracto cesa cuando los herederos lo renuncian. Y pueden renunciarlo porque este derecho no se ha establecido sino en su favor (núm. 5421). La dificultad está en saber cuándo habrá renuncia. Esta puede ser expresa ó tácita, como toda manifestación de voluntad. Las dudas las sugiere la renuncia tácita. Debe aplicarse el principio general que rige á toda renuncia tácita: á nadie se le presume que renuncie á un derecho que le corresponde; luego no puede admitirse la renuncia sino cuando los herederos han avanzado un hecho que necesariamente implique la voluntad de renunciar. Esta es esencialmente una cuestión de hecho y de circunstancias.

¿Hay renuncia tácita cuando los herederos admiten al cesionario á las operaciones preliminares de la partición? Hay autores que enseñan la afirmativa, y la jurisprudencia se ha manifestado por la opinión contraria. (2) Nosotros estamos por este último parecer. Como se ha dicho muy bien, los herederos no pueden saber si están interesados en alejar al cesionario de la partición, sino cuando han estado en contacto con él; y ¿cómo habrían de poder juzgarlo si no lo admitían á las operaciones preliminares de la partición? Precisamente porque él se manifiesta intrigante en sus primeras relaciones, es por lo que había motivo para alejarlo de las operaciones ulteriores.

1 Compárese Demolombe, t. 16, pág. 139, núm. 127, y las autoridades que cita.

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 570, nota 25, y las autoridades que citan. Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Succesión*, núms. 1984 y 1985.

los intereses; éstos, en general, no se deben sino desde la demanda (art. 1153). Pero este principio es extraño á nuestra cuestión. El cesionario es expropiado; y cuando hay expropiación por causa de utilidad pública, el propietario tiene derecho á una justa indemnización; debe decidirse, con mayor razón, que el cesionario, despojado de su derecho en interés del cedente, tiene derecho á una indemnización completa. (1) Se ha fallado, sin embargo, que el cesionario no tiene derecho á los intereses de los intereses; (2) la sentencia invoca el art. 1699, que no otorga al cesionario de su derecho litigioso más que los intereses; en cuanto á los intereses de los intereses, no se deben, dice la corte, sino en los casos especialmente previstos por la ley. Esta razón no es buena; los intereses también no son debidos, en ausencia de un convenio, sino en los casos prescriptos por la ley, y, sin embargo, se conceden al cesionario á título de indemnización. Nosotros preferiríamos atenernos al principio que se deriva de la expropiación: el cesionario debe ser completamente indemnizado.

Se pregunta si se compensarán los intereses con los frutos que el cesionario puede haber percibido. La ley ordena á veces esta compensación; en el caso de que tratamos, debe decidirse que no es admisible la compensación. En primer lugar, la ley no la pronuncia; en seguida, estaría en oposición con el espíritu de la ley que quiere que el cesionario quede enteramente indemnizado; y no lo estaría si los frutos no compensaran los intereses, porque éstos son siempre más elevados que el valor de los frutos. (3)

379. ¿El heredero debe hacer ofertas reales al cesiona-

1 Uhabot, t. 2º, pág. 330, núm. 21 del art. 841. Durantón, t. 7º, pág. 289, núm. 202. Ducanroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 472, núm. 684.

2 Lileja, 28 de Marzo de 1862 (*Pasicrista*, 1862, 2, 232).

3 Burdeos, 25 de Marzo de 1857 (*Dalloz*, 1857, 2, 116).

rio? Se ha fallado en diversas ocasiones que el retrayente no estaba obligado; y la razón es muy sencilla, la ley no lo obliga, y ni podía imponerle tal obligación, supuesto que el actor puede ignorar el precio de la cesión, ó este precio puede ser simulado. Por otra parte, el cesionario nada tiene que arriesgar, supuesto que conserva su derecho en tanto que no se le pague el precio. (1)

380. ¿Qué debe pagar el retrayente cuando el precio consiste en objetos mobiliarios ó inmobiliarios? Es evidente que no se le puede obligar á que restituya dichos objetos, porque no los tiene; el cedente es quien los ha recibido y quien los conserva, porque la cesión produce todos sus efectos entre el cedente y el cesionario. Se estima el valor en el momento de la cesión, porque este valor es el que él mismo ha desembolsado. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto. (2)

381. Hay una ligera dificultad en el caso en que la acción comprende, por un solo y mismo precio, otros bienes que los derechos sucesivos del cedente; entonces debe recurrirse á una ventilación á efecto de determinar la porción del precio que se ha estipulado para los derechos sucesivos. Esta ventilación es más ó menos arbitraria, porque tiene siempre algo de aleatoria en la venta de una herencia. De esto se han prevalido para oponer un recurso de no recibir contra el cedente; esta pretensión no se ha aceptado, por la excelente razón de que la ley ignora tal excepción, y no resulta ciertamente de los principios, supuesto que el cesionario debe esperarse el retracto; luego á él corresponde fijar un precio separado por los derechos sucesivos necesarios; si no lo hace, es culpable, ó de im-

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, *Sucesión*, núm. 1977, 1° y 2°, 1978, 2°, y 1967.

2 Demolombe, t. 16, pág. 127, núm. 116, y las autoridades que él cita.

prudencia, ó de fraude, y no puede prevalerse de su culpa para eludir el retracto. (1)

382. El cesionario cede los derechos que ha comprado por un precio superior é inferior al que ha pagado; ¿cuál es el precio que deberá reembolsar el retrayente? Se ha fallado que el último, mientras que varios autores sostienen que el primero. (2) No vacilamos en colocarnos del lado de la jurisprudencia. ¿Quién es expropiado? El segundo cesionario, luego él debe ser indemnizado. Y ¿cuál es la pérdida que él sufre? El precio que ha pagado. Se objeta que el heredero tenía el derecho de ejercer el retracto contra el primer cesionario, y que éste no transmite la sucesión al segundo comprador sino bajo la afectación de ese derecho. ¡Pésima razón! Sin duda que el heredero podía alejar al primer cesionario, pero no lo ha hecho; luego la primera cesión le es de todo punto extraña. En vano se diría que él tenía un derecho al retracto; nó, él tenía únicamente la facultad de ejercerlo, y tal facultad no la pierde sino la ejerce antes de la reventa. (3) Habría excepción si hubiese fraude por parte del cesionario primitivo; éste estaría obligado á las consecuencias de su dolo, y, por consiguiente, á pagar al retrayente la diferencia entre los dos juicios.

383. El precio puede consistir en una renta vitalicia; se pregunta qué es lo que el retrayente debe reembolsar al cesionario ¿el capital ó la renta? ¿las rentas vencidas y las que están por vencer? Ya en el antiguo derecho la cuestión era debatida, y de nuevo se ha presentado rigiendo el código: lo que complicaba la dificultad, es que la venta se había extinguido por la muerte del acreedor; el cesionario

1 Burdeos, 25 de de Marzo de 1857. (Daloz, 1857, 2, 116). Demolombe, t. 16, pág. 131, núm. 118.

2 Besançon, 5 de Junio de 1857. (Daloz, 1858, 2, 111.

3 En sentido contrario, Demolombe, t. 16, pág. 118, núm. 110.

pretendía aprovecharse de esta extinción, en el sentido de que el retrayente debería reembolsarse un capital de 72,000 francos, bien que no hubiese pagado más que algunos años de vencimientos. La corte de Amiens decidió que siendo el efecto del retracto subrogar al retrayente del cesionario, debía gozar de todos los derechos de aquel cuyo lugar ocupaba. Interpuesto recurso, recayó una sentencia de denegación: la corte de casación cuenta como principio que el heredero que ejerce el retracto se tiene por haber tratado directamente con el vendedor, y debe gozar de todos los derechos del adquirente; él no debe, en consecuencia, reembolsar más que las rentas vencidas, y él es el que se aprovecha de la extinción de la renta. (1)

384. Sucede á menudo que el precio es simulado; se le aumenta á fin de impedir el ejercicio del retracto. El retrayente no debe reembolsar más que el precio *real* de la cesión: el art. 1699 lo dice, del retracto litigioso, y por más que el art. 841 no se sirva de la misma expresión, déjase entender que el cesionario no puede reclamar sino lo que ha pagado ó lo que está obligado á pagar. Siendo la simulación un fraude á la ley, el retrayente será recibido á probarlos por todos los medios de pruebas, por testigos, por presunciones; esto no es más que el derecho común. El puede también deferir el juramento al cesionario, y esto es, además, la aplicación general, puesto que el juramento decisivo puede deferirse en cualquier contienda; pero no puede serlo más que al demandado; el retrayente no puede deferirlo al cedente, porque el cedente no figura en la causa. (2)

1 Denegada, 1º, de Diciembre de 1806 (Daloz, *Sucesión*, número 1997). Véanse en el mismo sentido los autores citados por Zachariae, t. 2º, pág. 570, nota 27.

2 Véanse las sentencias citadas por Daloz, *Sucesión*, núm. 1967, y Lieja, 24 de Diciembre de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 87):

¿Cómo se determinará el precio verdadero? El precio de derechos sucesivos es más ó menos aleatorio; como el retracto se ejerce durante la indivisión, difícil es precisarlo. El tribunal podría deferir el juramento *in litem*, si fuere imposible comprobar de otra suerte el valor de la cosa. Puede también basarse en presunciones resultantes de las circunstancias de la causa. Esto es lo que hizo la corte de París, deduciendo un precio ficticio de 60,000 francos á una suma de 1930. (1)

385. ¿El retrayente disfruta del beneficio del término estipulado por el cesionario? Sí, y sin duda alguna, puesto que el retracto es una subrogación en los derechos del cesionario; luego no debe pagar el precio de la cesión sino cuando el cesionario esté obligado á pagarla. El principio es incontestable; pero la aplicación da lugar á una dificultad. Se pregunta si el retrayente debe caución del cesionario por el pago del precio. La corte de Rijn ha resuelto que aquél no está obligado, pero la sentencia fué casada. (2) A nuestro juicio, la corte de casación había fallado bien. El deudor no debe caución sino cuando se le obliga por el convenio ó por la ley; en el presente caso, no había convenio, y la ley calla; el art. 841 supone que restituye el precio inmediatamente, y no prevee el caso en que el cesionario disfrutara de un plazo: el silencio de la ley es decisivo, porque no puede haber caución legal sin ley. La corte de casación dice que el retrayente debe indemnizar al cesionario; que debe, pues, no sólo reembolsarle lo que él ha pagado, sino también si el excedente del precio no se debe sino á plazo, devolverle inmediatamente el saldo ó el descargo del cedente, ó al menos darle tales seguridades, que lo desinteresen completamente para lo futuro. Estas son excelentes razones para el legislador; el intérprete

1 Sentencia de París, de 14 de Febrero de 1834, confirmada por una de denegada apelación (Daloz, *Sucesión*, núm. 1972).

Casación, 7 de Enero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 81).

debe ver, no lo que el legislador habría debido hacer, sino lo que ha hecho.

VII. *Efecto del retracto.*

386. Antiguamente se daba al retracto el nombre de subrogación. Esta expresión marca perfectamente los efectos del retracto. No son, ni una anulación de la cesión, ni una retrocesión: como lo expresa la corte de casación, el retrayente ocupa el lugar del cesionario. Así es que se mantiene el contrato; y únicamente el retrayente queda subrogado al comprador, en cuanto á los derechos y en cuanto á las cargas que resulten de la cesión. Así, pues, el retracto no es una nueva venta que el cesionario hace al retrayente; no hay mutación. Siguese de aquí que no hay lugar á registrar el convenio que se celebre entre el retrayente y el cesionario; por mejor decir, no hay convenio, la ley hace veces de contrato, permitiendo al heredero que se ponga en lugar del cesionario; para esto es suficiente una simple manifestación de voluntad del retrayente; no se requiere el consentimiento del cesionario; si se niega á recibir el precio de la cesión, el retrayente puede hacerle ofertas reales y consignar el precio. En caso de contienda sobre el precio, hay lugar sea á un convenio, sea á una decisión judicial. De aquí una consecuencia importante en lo concerniente á los derechos de registro; el retracto no da lugar más que al derecho de liberación sobre las sumas reembolsadas, ó al derecho de obligación sobre las que el retrayente se obliga á pagar.

387. Resulta del mismo principio otra consecuencia, bajo el punto de vista del derecho civil, y es que el retracto es extraño al cedente; se mantiene la cesión que él ha hecho de su derecho, y conserva contra el cesionario los derechos que le da su contrato; él no tiene ninguna acción contra el retrayente; el retracto no tiene efecto sino entre

el retrayente y el retraído. Esto era, en el antiguo derecho, la doctrina de Pothier y de Dumoulin; los autores del código la han consagrado implícitamente. En efecto, el artículo 841 no habla del cedente, todo pasa entre el retrayente y el retraído; el primero paga el precio de la cesión al segundo, ó se obliga á pagarle; y esto es todo el retracto. (1)

La apreciación del principio da lugar á una seria dificultad. Se pregunta si al retrayente se le considera cesionario desde el ejercicio del retracto ó desde la cesión. La corte de casación ha decidido que el retracto no tiene efecto retroactivo; y de ello ha concluido que si una mujer, casada bajo el régimen dotal, ejerce el retracto durante el matrimonio, por más que la sucesión estuviese abierta en la época de su contrato, los inmuebles que ella adquiere por causa del retracto no están gravados con dotalidad; en virtud de la cláusula que constituye en dote á la mujer todos sus bienes presentes. (2) La cuestión es dudosa. A nosotros nos parece que la decisión de la sala de lo civil está en oposición con los principios que rigen el retracto y la partición. El retracto no es una retrocesión, sino una subrogación. ¿No equivale esto á decir que la cesión produce, respecto del subrogado, todos los efectos que debía producir en provecho del cesionario? Éste es propietario de los derechos sucesivos que ha comprado, á contar desde su contrato; luego el subrogado debe también ser propietario desde ese momento. Es de principio que el retracto no opera mutación; luego el retrayente no adquiere los derechos sucesivos del cesionario, los adquiere del cedente, y contando desde la cesión. En el sis-

1 Chabot, t. 2º, pág. 331, núm. 24 del art. 841. Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 2º, pág. 371, nota 30. Demolombe, t. 16, página 153, núms. 141 y 142.

2 Sentencia de denegada apelación, de 31 de Mayo de 1859 (Daños, 1859, 1, 24).

tema de la corte de casación, el retracto operaría necesariamente una mutación. En efecto, si no retrograda, el retrayente no se convierte en propietario sino desde el retracto. ¿Quién lo ha sido hasta ese momento? No el cedente; luego el cesionario, y si éste lo había sido hasta el retracto no cesa de serlo sino desde el retracto; por consiguiente, en este momento se opera una mutación de propiedad. Si es cierto que el retracto no es una mutación, hay que ser lógico y admitir que tiene efecto retroactivo. Tal es, por otra parte, la consecuencia de la partición que sigue al retracto. Lo que el retrayente adquiere son derechos indivisos, los derechos sucesivos que el cedente tenía en la herencia. La partición determinará los objetos que el cedente y, por consiguiente, el retrayente es considerado por haber poseído siempre (art. 883). En este sentido, el retracto retrograda necesariamente hasta el día de la apertura de la herencia; luego en el caso de que se trata, la mujer dotal era propietaria de los inmuebles adquiridos por ella por causa del retracto, en la época de su contrato de matrimonio, supuesto que la sucesión estaba abierta entonces. La consecuencia es que los inmuebles eran bienes presentes y dotales.

388. En nuestra opinión, todos los efectos del retracto se enlazan y proceden de un solo y mismo principio. ¿Cuáles son los efectos del retracto entre el retrayente y el retraído? Se admite que el retraído es considerado como que jamás ha sido comprador, y que al retrayente se le considera como habiéndolo sido siempre. Esto es realmente la retroactividad. De aquí se concluye que los derechos de servidumbre y de hipoteca consentidos por el retraído, caen, aun haciendo abstacción del principio del art. 388. Si el retraído jamás ha sido propietario ¿no debe resolverse que el retrayente lo ha sido desde la cesión? De esto debe concluirse, además, que los derechos que el retracto

podría tener contra la sucesión, ó que la sucesión podía tener contra el retraído, no se extinguen por confusión: lo que implica, además, que el retraído jamás ha sido propietario de la herencia.

389. ¿Cuál es el efecto del retracto en las relaciones del cedente y del cesionario? ¿Acaso el retrayente ocupa el lugar del cesionario respecto del cedente? Se comprende el interés de la cuestión. Si no se ha pagado el precio, si se trata de una renta cuyos vencimientos no se pagan sino sucesivamente, ¿quién será el deudor? ¿el retrayente ó el retraído? Si el legislador hubiera procedido lógicamente, habría debido establecer la subrogación no sólo contra el retraído cesionario, sino también contra el cedente. En efecto ¿se concibe que el cesionario sea considerado respecto del retrayente como que nunca ha sido comprador, y que, no obstante, quede obligado respecto del cedente? Si él no es comprador, no debe pagar el precio, y si lo debe pagar, es comprador.

Sin embargo, Dumoulin y Pothier enseñaban que la cesión subsiste entre el cedente y el cesionario; que, por consiguiente, éste sigue siendo deudor del precio, y que el cedente no está obligado á aceptar al retrayente por deudor en el lugar del comprador. ¿Los autores del código han consagrado esta doctrina? Nosotros hemos contestado de antemano la pregunta: el código no da otro efecto á la cesión que alejar al cesionario de la partición reembolsándole el precio de la cesión; luego deja subsistir ésta, y, por consiguiente, los derechos y obligaciones resultantes.

La corte de casación ha fallado en este sentido que el retracto sucesoral no opera novación por substitución de un nuevo deudor; el que lo ejerce no puede obligar al cedente á que lo acepte por cedente en lugar del cesionario; de donde se sigue que éste permanece sometido á sus

obligaciones respecto al cedente por la parte del precio que él no ha pagado. (1)

Síguese de aquí que el cedente debe proceder contra el cesionario y no contra el subrogado; él no tiene siquiera acción directa contra el retrayente. Sin duda que éste puede pagar, supuesto que es deudor del cesionario, el cual es deudor del cedente; pero no es deudor personal de éste. Síguese de aquí que si los retrayentes ofrecen al cedente su parte hereditaria en el precio de la cesión, el cedente puede rehusarla, porque no está obligado á aceptar de los terceros un pago parcial, y los retrayentes son para él terceros. (2)

Tal es realmente, convenimos en ello, el espíritu del código. Pero puede preguntarse por qué ha mantenido la cesión entre el cedente y el cesionario, mientras que priva al cesionario de los beneficios de su contrato respecto del retrayente. No hay más razón jurídica, si no es que la ley no quiere atentar á los convenios sino dentro de los límites de la necesidad; ahora bien, para lograr los fines del retracto, es suficiente que el retrayente esté colocado en el lugar del retraído, á la vez que se mantiene el contrato entre el cedente y el cesionario. Habríamos preferido un sistema más lógico.

390. El cesionario es despojado, en el sentido que se le priva del beneficio de su contrato; y ¿debe concluirse de esto que él tiene un recurso de garantía contra el cedente? Se ha fallado que el cesionario no puede ejercer ninguna acción de garantía ó de recurso contra su vendedor. (3) Esto no tiene duda. A la verdad, no hay evicción, porque ésta supone que el vendedor ha vendido cosa ajena. Y, en

1 Casación, de 7 de Enero de 1857, (Dalloz, 1857, 1, 81). Dumoulin, *Costumbre de Paris*, pfo. 20, núm. 8; Pothier, *De los retractos*, número 300, Demolombe. t. 16, pág. 155, núm. 143.

2 Burdeos, 24 de Julio de 1850 (Dalloz, 1855, 2, 214).

3 Casación, 15 de Mayo de 1844 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1881).

el caso de que se trata, el cedente ha vendido derechos sucesivos que le pertenecían; si el comprador no saca provecho de su contrato, es porque la ley autoriza el retracto con perjuicio de éste; al comprar, el cesionario sabe que podía ser expropiado; ha tratado con esta eventualidad y debe sufrir sus consecuencias. Si el cedente hubiese causado un daño al cesionario por sus actos, por su culpa ó su dolo, estaría obligado á reponerlo, no á título de garantía, sino por aplicación del derecho común. (1)

391. El retracto es extraño al cedente. Luego éste permanece bajo el derecho común. Se pregunta si la cesión es válida respecto del retrayente, antes de que se les haya notificado, y suponiendo que deba notificárseles, si el cesionario puede prevalerse de la falta de notificación. Las dos cuestiones deben resolverse negativamente. Volveremos á ocuparnos de lo primero en el título de la *Venta*, en donde está su asiento. El art 1690 prescribe la notificación de la cesión al deudor del crédito, para que el cesionario sea investido respecto de los terceros; ahora bien, los derechos sucesivos de que se trata en el art. 841 no son un crédito; luego el art. 1690 no es aplicable. (2) En todo caso, el cesionario no podría substraerse al retracto, sosteniendo que la cesión que no se notifica no produce sus efectos respecto del retrayente. Basta el sentido común para rechazar la extraña teoría que se ha producido ante la corte de casación; el cesionario, propietario por el solo hecho del convenio, ¿puede sostener que no es propietario, por no haber cumplido una formalidad que se ha establecido únicamente por interés de los terceros? (3)

392. El retrayente está colocado en el lugar del cesionario, se aprovecha todos los beneficios del contrato. Nos-

1 Denegada, 15 de Enero de 1840 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2001).

2 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil, de 6 de Julio de 1857 (Daloz, 1858, 1, 414).

3 Montpellier, 29 de Abril de 1857 (Daloz, 1857, 2, 214).

otros hemos visto una notable aplicación de este principio, en el caso en que el precio de la cesión es una renta vitalicia (núm. 383). Siendo el retrayente cesionario, puede retroceder sus derechos sucesivos á un tercero. Esto parece muy singular, y en verdad que el legislador no se imaginó semejante resultado. ¡Introducido y ejercido para alejar á los especuladores, el retracto servirá al retrayente para especular! Pero los principios no dejan duda alguna. El cesionario puede ceder su derecho como todo comprador puede revender; luego el retrayente tiene el mismo derecho. En vano se dice que el retracto es un derecho puramente personal á los herederos; sin duda que sí, y no se concebiría que el heredero vendiese el derecho de retracto; pero estamos suponiendo que el retracto es ejercido, el retrayente se ha vuelto propietario de los derechos sucesivos y tiene el derecho incontestable de venderlos. Aun antes de haber ejercido el retracto, nada impediría al heredero que cediese las ventajas eventuales que pueden resultar; esto sería, en realidad, la venta de una cosa futura, venta perfectamente válida.

§ V.—EFECTO DE LA PARTICIÓN.

Núm. 1. Del efecto de la partición en cuanto á la propiedad.

1. Del principio establecido por el art 883.

393. En derecho romano, la partición era atributiva ó translativa de la propiedad, con el mismo título que el trueque ó la venta. La partición pone término á la indivisión; y ¿qué cosa es la indivisión? Si dos herederos poseen por indiviso una pieza de tierra, cada uno es propietario de ella por indiviso, lo que quiere decir que cada uno tiene la propiedad de toda la pieza, en la proporción de su derecho hereditario; pero como una propiedad no

dividida no estriba sino en una parte determinada de la cosa, ella estriba, por consiguiente, en todas las partículas del fundo indiviso. La partición determina la parte del predio que pertenece á cada uno de los coherederos, de una manera exclusiva. Pedro, uno de ellos, cesa de ser propietario de la parte del predio adjudicada á Pablo, su coheredero, y Pablo no tiene ya la propiedad de la parte del predio adjudicada á Pedro. Luego se opera un cambio de la propiedad indivisa de todo el predio, por la propiedad dividida de una parte del predio; ahora bien, el trueque es un acto translativo de propiedad, luego la partición es también un acto por el cual la propiedad se atribuye ó transfiere á cada uno de los copartícipes. En este sentido, es atributiva ó translativa de propiedad. (1)

Resultaba de este principio una consecuencia importante en cuanto á los actos de disposición hechos durante la indivisión. Cada uno de los coherederos siendo propietario por indiviso del predio común, tenía el derecho de hipotecarlo por su porción hereditaria. ¿Qué era de estas hipotecas después de la partición? Ellas subsistían; porque la partición era una enajenación; y la enajenación del poder hipotecado no hace caer la hipoteca; ésta, al contrario, sigue á los bienes hipotecados en manos del adquirente. Luego si él puede hipotecarlo por Pedro, durante la indivisión, era atribuido á Pablo; el acreedor hipotecario podía ejercitar su derecho contra Pablo, retenedor del predio hipotecado á su crédito. Siendo despojado Pablo, á causa de la expropiación, tenía un recurso de garantía contra Pedro. Estas acciones recursorias turbaban las relaciones de los copartícipes y hacían incierta la propiedad.

1 Pfo. 7, *Instit.* IV, 17 (*De officio judiciales*); L. 6, pfo. 8. D., X, 3 (*comm. divid.*); L. 1., C., III, 38 (*comm. extra. judic.*); L. 77, pfo. 18, D., 31 (*de leg. 2º*). *Zachariæ*, t. 4º, pág. 397, nota 1 del pfo. 625. *Ducaurroy Bonnier y Roustain*, t. 2º, pág. 544, núm. 774.

394. Según el derecho francés, la partición no es ya atributiva de propiedad, sino declarativa, es decir, que “se considera que cada heredero ha sucedido siempre solo é inmediatamente en todos los efectos comprendidos en su lote, y que jamás ha tenido la propiedad de los demás efectos de la sucesión.” Así es que el coheredero nada adquiere de su copartícipe, y nada le transmite; la propiedad indivisa queda borrada por la partición como si jamás hubiese existido. Cada copartícipe debe su derecho al difunto ó la ley que le transmite la propiedad de los bienes recaídos en su lote á contar desde la apertura de la herencia. La partición no hace más que declarar cuáles son los bienes que han pertenecido siempre al copartícipe. Y siendo la propiedad de cada cual exclusiva, ninguno de ellos ha tenido nunca la propiedad de los efectos de la sucesión que no están comprendidos en su lote.

De este principio resultan consecuencias del todo diferentes á las que acabamos de señalar respecto al derecho romano. Uno de los herederos hipoteca su inmueble durante la indivisión; si este inmueble cae en el lote de su coheredero, la hipoteca cae; porque como el que la ha concedido jamás ha sido propietario del inmueble, jamás ha tenido el derecho de hipotecarlo. Luego no caben ni acción hipotecaria ni acción recursoria; la propiedad de los bienes queda establecida y asegurada, las relaciones de los coparticipes no se ven turbadas por los litigios. (1)

395. Tales son los dos principios y las consecuencias á que conducen. ¿Cuál es el más conforme á la realidad de las cosas? Pothier sostiene que el principio francés; según él, la partición nada tiene de común con el trueque, no es un acto por el cual los coparticipes adquieran nada unos de otros, es puramente declarativo. (2) A nosotros nos pare-

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. 2.º, págs. 303 y siguientes.

2 Pothier, *De la venta*, núms. 631 y 640.

ce que el texto del código decide la cuestión, porque no dice que cada heredero sucede sólo é inmediatamente en todos los efectos comprendidos en su lote, sino que dice que se *supone* que cada heredero ha sucedido solo. Esta expresión marca una ficción; y, la idea de ficción implica que el principio francés no está en armonía con la realidad de las cosas. Luego la partición no es declarativa. ¿Qué es entonces? La ficción de la partición declarativa no tiene para nada en cuenta la indivisión, puesto que la borra, como si jamás hubiese existido. Pero la indivisión es un hecho que la ficción puede muy bien borrar, y que ni por esto ha dejado de existir; ahora bien, desde el momento en que hay indivisión hay una propiedad indivisa que reemplaza á una dividida. El paso de una propiedad que descansa indivisamente sobre todos los bienes de la herencia á una propiedad que está determinada á ciertos objetos, supone un hecho jurídico que opera dicha transformación; este hecho jurídico no es otro que el trueque. El mismo código reconoce implícitamente la teoría romana; admite la garantía entre copartícipes; ahora bien, la garantía, como más adelante lo diremos, sólo se explica por el carácter translativo de la partición. (1)

¿Quiere decir esto que la ficción de la partición declarativa no tenga ningún fundamento jurídico? Se la puede explicar, pero la explicación no hace desaparecer la ficción que se encuentra en el principio francés. Los herederos tienen su propiedad de la ley, que les transmite los bienes del difunto desde el instante de la apertura de la herencia (art. 711), sin ninguna manifestación de voluntad, sin ningún hecho jurídico. Cuando no hay más que un solo heredero, esto es de toda evidencia. Cuando hay varios, la misma ley les atribuye directamente los bienes del difunto, y los divide entre ellos cuando es posible la división. Así

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 548, núm. 977.

pasa con los créditos; no es necesario que intervenga una partición para dividirlos; de suerte que si no hubiese otros bienes, los herederos sucederían realmente en todos los bienes en virtud de la ley y desde la muerte del difunto, sin que interviniese un acto declarativo ni translativo de propiedad. Si es necesaria una partición, es porque la ley no puede hacer por sí misma esta operación material en los muebles é inmuebles, como lo ha hecho respecto de los créditos. Pero esta no es más que una necesidad de hecho que no impide que los herederos sean propietarios de las cosas mobiliarias é inmobiliarias que recaen en su lote, con el mismo título que son propietarios de los créditos. Así es que no es en el hecho de la partición en donde debe buscarse la causa jurídica de la propiedad de los coparticipes; un hecho, una operación material no puede determinar el derecho. En este sentido, la partición declara únicamente cuáles son los bienes que, desde la apertura de la herencia, han pertenecido á cada uno de los coherederos. La indivisión no es más que un estado pasajero; da, cierto es, un derecho indiviso de propiedad á cada coheredero, pero en razón de la imposibilidad en que se hallan de dividir desde luego. Se concibe que la ley para nada tenga en cuenta la indivisión, supuesto que sólo es un hecho transitorio. (1) De todas maneras es un hecho, y un hecho no se borra. De aquí la necesidad de una ficción, y ésta nos advierte que existe una realidad que la ley, en su omnipotencia, puede muy bien hacer desaparecer; pero el acto mismo de poder que crea una ficción contraria á la verdad se manifiesta en pro de la verdad del principio romano.

La ficción que se halla en el fondo del principio francés

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4^o, pág. 397, nota 1; según Lebrún, lib. 4, cap. 1^o, núm. 36. Compárese Demolombe, t. 17, pág. 305, núm. 258, y pág. 313, núm. 264.

se manifiesta con evidencia cuando se trata de remate ó de una partición con reintegro. ¿Qué es el remate, si no una venta con otro nombre? Ahora bien, la venta es esencialmente un acto translativo de propiedad; luego la partición hecha en la forma de remate es también atributiva de propiedad. Pues bien, lo mismo que los colicitantes venden su parte indivisa á uno de entre ellos por una parte en el precio, así los copartícipes venden su parte indivisa por una dividida; en uno y otro caso, es un solo caso y mismo hecho jurídico, y sólo la forma difiere. La partición con reintegro es una verdadera venta, hasta la concurrencia del monto del reintegro; en efecto, éste es el precio que uno de los copartícipes paga por la porción de bienes hereditarios que excede de la parte á que tenía derecho; él no tenía derecho á ese excedente como heredero: ¿con qué título lo adquiere? No hay otro que la compra. Ahora bien, los bienes que recaen en su lote como constituyente de su porción hereditaria, los ha adquirido por una operación análoga, vendiendo su parte indivisa por una parte dividida. Así es que se ve uno forzado á retroceder siempre hacia el principio romano. (1)

396. El principio francés se justifica por inutilidad práctica. Pero es importante que consten sus verdaderos orígenes. (2) No se ha introducido por los motivos que hoy se alegan en su favor. Conforme al derecho feudal, la enajenación de los feudos estaba sometida á una renta que el vasallo debía pagar al señor como precio del consentimiento dado á la mutación. ¿Las particiones estaban sometidas á esta regla? Si se hubiera mantenido el principio romano, las particiones habrían estado sujetas al derecho de muta-

1 Compárese Demolombe, t. 17, pág. 300, núm. 258, y pág. 310, núm. 260.

2 Championère, *Revista de legislación*, t. 7º, pág. 405, y t. 8º, página 161. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 545, números 775 y 776.

ción, supuesto que se asimilan á un trueque. Los legistas, enemigos natos del feudalismo, sostuvieron que la partición no era una enajenación. Comenzaron por decir que era una enajenación de índole particular, una enajenación necesaria; después pretendieron que no era una enajenación, que era una simple declaración. El nuevo principio se encontró con un rudo adversario; la oposición de Dumoulin habla en contra de la máxima francesa. El mismo refiere que en 1538 se discutió, en una conferencia de abogados, la cuestión de saber cuál debía ser el efecto de un embargo feudal, practicado antes de la partición, sobre la parte indivisa de uno de los herederos; allí se sostuvo que la partición era declarativa de propiedad. Dumoulin combatió vivamente esta innovación, y, á pesar de las tercianas de que sufría, insertó en el Comentario sobre la costumbre de París, cuyas pruebas corrigió, una protesta enérgica contra una doctrina que estaba en choque con los verdaderos principios. Pero el derecho francés no gusta del rigor romano; la ficción de la partición declarativa era más favorable á la práctica, y predominó sobre la jurisprudencia. Más dificultad había en aplicar la ficción al remate, que, en realidad, es una venta con otro nombre; se sale de dificultades diciendo que el remate era una enajenación necesaria, ó por mejor decir, una consecuencia de la partición, cuando las cosas que tienen que divertirse no pueden serlo. De esto se ha concluido que el coheredero adjudicatario no debía tampoco los derechos feudales que el heredero copartícipe. La costumbre de París consagró esta doctrina cuando se operó una reforma en 1580.

Por lo anterior se verá que la ficción de la partición declarativa no se introdujo como principio jurídico, sino para prevenir las evicciones así como las acciones recursorias á que daba margen el principio romano; la ficción se imaginó como arma de guerra contra la fiscalización feudal.

Una vez que el principio mismo quedó adoptado en la práctica, los jurisconsultos sacaron de él las consecuencias con el espíritu lógico que los distinguía. Sin embargo, la sentencia continuó hasta el siglo décimooctavo. ¿Los bienes adjudicados á uno de los herederos le eran propios en su totalidad, ó solamente por la parte que él tenía antes del remate? Ferrière sostenía esta última opinión en el siglo décimoséptimo, y la controversia todavía duraba en el dieciocho. Pothier asimila por completo el remate á la partición, y los autores del código han consagrado su opinión en el art. 883. Sin embargo, la controversia no ha terminado sino en apariencia. Es tan contraria la ficción á la realidad, que á cada paso se manifiesta la oposición. De aquí las vacilaciones y los forzamientos de la doctrina y la jurisprudencia en esta difícil materia.

397. El art. 883 está concebido en términos generales y absolutos: "Se supone que cada coheredero ha sucedido solo é inmediatamente en todos los efectos comprendidos en su lote." La ley no pronuncia la palabra partición; luego no limita á tal ó cual partición el principio que ella establece, se aplica á toda partición parcial ó total. Se lee en una sentencia de la corte de casación: "Nada se opone á que se proceda á la liquidación de una sucesión entre uno de los herederos, por una parte, y todos sus coherederos, por la otra; y cuando la fijación de su porción hereditaria ha tenido lugar conforme á la ley, la atribución que se le hace opera de sí en sus coherederos, por más que éstos continúen entre sí en la indivisión, una partición regular, que ocasiona todos los efectos que el legislador ha ligado en esta especie de convenio." (1) Luego la partición, aunque parcial, es declarativa de propiedad. Lo mismo sería, y con mayor razón, si la partición comprendiese únicamente ciertos bienes distribuidos entre todos los herederos.

1 Denegada, de 25 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 227).

Lo que constituye la esencia de la partición, es que hace cesar la indivisión; ahora bien, los actos que acabamos de mencionar hacen cesar la indivisión para ciertos bienes; luego hay lugar á aplicar el principio del art. 883.

398. La ley no habla de la partición con reintegro. Y, sin embargo, es claro que el art. 883 se aplica á esta partición. En efecto, el art. 883 dice que "la desigualdad de lotes *en especie* se compensa por un retorno, sea en renta, sea en dinero." Luego la partición con reintegro es una partición legal, y toda partición es declarativa de propiedad. ¿Es preciso que el reintegro se ministre en caudales hereditarios ú otros objetos pertenecientes á la herencia? La corte de casación ha fallado que el principio del artículo 883 no se aplica más que á los mismos valores hereditarios, y no á los reintegros que pueden ministrarse á uno de los copartícipes fuera de la herencia, para compensar la desigualdad de su lote. (1) Esta fórmula nos parece demasiado absoluta. En el título del *Contrato de matrimonio* volverémos sobre la cuestión especial que la corte ha resuelto; á nuestro juicio, no puede asentarse como condición que se ministre el reintegro en bienes hereditarios. Sin duda que, si se considera la realidad de las cosas, el heredero que recibe un reintegro que el heredero decide pagar de su peculio, no debe ese reintegro al difunto. Pero estamos bajo el imperio de una ficción; si se aleja uno de ella, hay que avanzar más, y de ahí que el heredero que paga el reintegro compra el excedente puesto en su lote, de donde debería concluirse que dicho excedente le pertenece á título de venta y no á título de herencia, aunque sea un bien hereditario y aunque le sea aplicable la letra del art. 883. Y si, al contrario, al deudor del reintegro no se le considera como comprador, si recibe el ex-

1 Denegada, de 11 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1851. 1, 289.)

cedente á título de heredero, debe decirse también que el acreedor del reintegro no es vendedor, y que recibe igualmente el reintegro como heredero; lo que hace aplicable el art. 883. (1)

El texto del art. 883 confirma esta interpretación. El asimila por completo el remate á la partición. Ahora bien, el adjudicatario paga ciertamente su precio en dinero que le pertenece, lo que no impide que se considere el precio como un bien hereditario bajo el punto de vista del artículo 883; está subrogado en la cosa rematada y toma la naturaleza de ésta. Lo que es cierto del precio del remate lo es también del reintegro. Todo esto es ficticio; pero el principio mismo del art. 883 ¿no es una ficción? En esto estriba la dificultad de esta materia: á cada paso se ve un tentado á dar la razón á la realidad contra la ficción. El intérprete debe mantener la ficción que el legislador establece, con sus consecuencias necesarias.

399. El art. 883 aplica expresamente al remate el principio de la partición declarativa, pero con una condición que es esencial: se necesita que los efectos hayan tocado al heredero sobre remate. Si es un extraño el que se constituye adjudicatario, el remate no es ya declarativo, sino una verdadera venta que los coherederos hacen al adjudicatario. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. Se concibe la ficción cuando el heredero recibe directamente del difunto ó de la ley la cosa misma en su lote, porque él era propietario desde el instante de la apertura de la herencia. Pero ¿cómo considerar que ha sido siempre propietario al que, extraño á la herencia, compra el bien en un remate? Sería precisa una exclusión de la ficción, pero, aun extendida, ya no tendría razón de ser. Por último, la tradición se halla en este sentido. Dumoulin iba más lejos; según él, bastaba con que fuesen

1 Compárese Demolombe, t. 17, pag. 322, núm. 270.

admitidos extraños al remate para que éste cesase de ser una partición; en efecto, es de la esencia de la partición que se efectúe entre coherederos; luego el remate no es ya partición cuando en él figuran algunos extraños. Esto era muy sutil, y el derecho francés repugna la sutileza. Por esto es que Dumoulin cambió de opinión. (1)

La controversia se ha reproducido rigiendo el código. Por una parte, se sostiene que el remate debe considerarse como una partición, aun cuando un extraño se constituya adjudicatario del inmueble rematado. El espíritu de la ley, dicen, así lo exige. Ella ha querido asegurar la tranquilidad en la familia asegurando la estabilidad de las particiones; con esto facilita al mismo tiempo la cesación de la indivisión. Pues bien, si el adjudicatario está obligado á respetar los derechos consentidos por uno de los herederos, la partición quedará impedida; los terceros no querrán licitar ó no lo harán sino en condiciones desventajosas; y si el remate tiene lugar, el adjudicatario sufrirá evicciones, y de aquí los recursos de garantía que la ley ha querido evitar. No hay más que un solo medio de prevenir estos inconvenientes, y es admitir el principio del artículo 883. (2) Fácil es responder á esta argumentación, y la respuesta es perentoria. Se confiesa que el texto rechaza la interpretación que se da á la ley. Esto es decisivo, sobre todo en la materia que nos ocupa. El art. 883 consagra una ficción, y las ficciones no pueden nunca extenderse. Por otra parte, el legislador ha tenido buenas intenciones para restringir la ficción á estrechos límites. El principio de la partición declarativa es un ataque indirecto al derecho de propiedad, impide á los herederos que dispongan

1 Dumoulin, sobre la costumbre de París, título *De los Feudos* pfo 33, glosa 10, núm. 69; y título *de las Censives*, pfo. 78, glosa 1, núm. 157.

2 Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 205, según Valette.

del precio, y las hipotecas ó privilegios procedentes de nu capítulo serán los únicos que se mantengan. (1) Esto nos parece dudoso. La partición no puede tener efecto sobre la venta consentida durante la indivisión. Por el remate, el inmueble rematado cesa de pertenecer á los coherederos, y ya no tiene derecho más que al precio. No estando incluido el inmueble en la masa divisible, no comprendemos cómo había de ponerse en el lote de uno de los herederos. Hay, pues, que atenerse á los principios generales. En realidad, cada uno de los herederos es vendedor; luego cada uno de ellos debe tener los derechos que se derivan de la venta.

401. ¿El principio de la partición declarativa se aplica á la sucesión beneficiaria? Hay alguna vacilación sobre esta cuestión en la jurisprudencia. La corte de casación ha fallado primero que el art. 888 no es aplicable á la sucesión hereditaria, porque como la liquidación de esta sucesión se hace por interés común de acreedores y herederos, el adjudicatario, aunque sea uno de los herederos, no se torna propietario sino como un adquirente extraño, al decidir del precio hacia la herencia; de aquí concluía la corte que había lugar á aplicar todos los principios que rigen la venta, y que, por consiguiente, el heredero adjudicatario podrá ser perseguido por vía de puja insensata. (2) La corte de casación ha corregido esta jurisprudencia (3) y esta última opinión es la que ha prevalecido; universalmente se admite que no hay que distinguir, para la aplicación del art. 883, entre los herederos beneficiarios y los herederos lisos y llanos. (4) No vemos en ello la menor

1 Demante, t. 3^o, pág. 357, núm. 225 bis 4^o, seguido por Demolombe, t. 17, pág. 326, núm. 273.

2 Denegada, de 27 de Mayo de 1835 (Daloz *Sucesión*, núm. 2126, 2^o.)

3 Casación, 12 de Agosto de 1839 (Daloz, *Registro*, núm. 6024, 1^o.)

4 Burdeos, 22 de Marzo de 1884 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2195).

duda. El art. 883 está concebido en términos generales; no distingue entre los herederos lisos y llanos y los beneficiarios, y ni había lugar á distinguir. El beneficio de inventario en nada cambia las relaciones de los herederos entre sí, todos son copropietarios, todos comparten con el mismo título; luego lo que es una partición respecto de los herederos lisos y llanos, es también una partición respecto de los herederos beneficiarios; y ¿por qué la partición había de tener otro efecto respecto de unos que respecto de los demás?

402. El principio del art. 883 es general, se aplica á toda partición hecha entre comunistas. Esto es de toda evidencia para la partición de la comunidad entre cónyuges; el art. 1476 dice en términos formales que la partición de la comunidad, en lo que concierne á los *efectos de la partición*, está en todo sometida á las reglas establecidas en el título de las *Sucesiones*. El art. 1872 contiene una disposición análoga para la partición de las sociedades. Se ha fallado que el art. 883 es aplicable entre todo género de comunistas. Una fábrica de hilados había sido, en su origen, la copropiedad de tres indivisarios; uno de ellos adquirió la parte de los otros dos. Cayó en quiebra. Su mujer pretendió que su hipoteca legal se extendía á toda la fábrica, estando considerado su mando para el efecto del remate, como habiendo tenido siempre la propiedad exclusiva de aquel inmueble. Los acreedores objetaron que el art. 883 era un beneficio particular á los herederos, que como simples comunistas no podían invocarlo. Se ha fallado que el principio de la partición declarativa es una regla aplicable á toda partición. (1) Se podría objetar que las ficciones no se extienden. Los arts. 1476 y 1872 son una respuesta

Nimes, 6 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1871, 2, 23 y la nota). Du truc, *De la partición*, núm. 548, pág. 586.

1 Grenoble, 28 de Agosto de 1847 (Daloz, 1848, 2, 137).

á la objeción; prueban ellos que el principio, aunque fundado en una ficción, está considerado por la ley como una regla general. En efecto, los motivos por los cuales el legislador ha consagrado este principio tradicional, se aplican á toda partición: no se concebiría que la partición fuese declarativa de propiedad entre herederos, entre cónyuges y entre asociados, siendo atributiva de propiedad entre comunistas.

La jurisprudencia se halla en ese sentido, tanto como la doctrina. Se ha fallado que el art. 883 se aplica entre coadquirentes por indiviso de un inmueble, (1) y la corte de casación ha hecho la aplicación del principio á las hipotecas consentidas durante la indivisión por uno de los copropietarios; si, por efecto de la partición ó del remate, el inmueble recae en otro copropietario, la hipoteca cae por haber sido consentida por quien jamás tuvo la propiedad del inmueble. (2) Pero para que haya lugar á la aplicación del art. 883, se necesita que haya copropiedad, es decir, que una sola y misma cosa pertenezca por indiviso á varias personas. Cuando no hay indivisión, no hay lugar á la partición; por lo mismo, es imposible invocar un principio que no reuna los efectos de la partición. La mujer lega el usufructo de una parte alicuota de sus bienes á su marido; los hijos son nudos propietarios: ¿hay indivisión entre los nudos propietarios y el usufructuario? Evidentemente que nó, porque son dos derechos distintos, independientes uno de otro; el usufructuario no tiene ningún derecho en la nuda propiedad, y el nudo propietario no tiene ningún derecho en el usufructo; supuesto que nada de común hay entre ellos, no puede tratarse ni de indivisión ni de partición. El art. 883 está, pues, fuera de la cuestión. Síguese de aquí que la inscripción tomada sobre el

1 Grenoble, 12 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 186).

2 Denegada, de 28 de Abril de 1846 (Dalloz, *Sucesión*, número 2135, 2°).

2. Enajenación.

405. Los copropietarios por indiviso pueden enajenar a-í como pueden conceder derechos reales sobre la cosa que poseen en común. ¿Cuál será el efecto de la enajenación? La enajenación total, lo mismo que la parcial, está subordinada al resultado de la partición. Luego si el inmueble no cae en el lote del heredero vendedor, la enajenación cae por haber sido hecha por quien jamás había tenido la propiedad de la cosa. Se ha negado esta consecuencia que resulta del principio establecido por el artículo 883. La venta, se dice, es válida como hecha por el propietario; luego la cosa no pertenece ya en común á los coherederos y al que ha vendido su parte, y en lo de adelante es indivisa entre ellos y el comprador. Tal es la decisión de una ley romana. De aquí se ha concluido que el inmueble vendido no puede ser incluido en la partición entre los coherederos, que debe dividirse entre el adquirente y los coherederos del vendedor. (1) Esta opinión ha quedado aislada, porque afirma lo que debe probarse. En efecto, se empieza por decir que la venta es válida, y precisamente esta es la cuestión; ahora bien, ella está resuelta por los términos generales del art. 883. ¿Acaso el que no es propietario puede vender? Pues bien, la ley dice que al heredero vendedor se le considera como que nunca ha sido propietario, lo que es decisivo. Verdad es que las enajenaciones, si fueran mantenidas, no tendrían para los coherederos del vendedor los mismos inconvenientes que las hipotecas, no darían lugar á acciones recursórias. Así, pues, el legislador habría debido mantenerlas, á fin de asegurar la estabilidad de las propiedades. Pero para esto habría sido necesario establecer una excepción á la regla general del art. 883. El intérprete no puede, ciertamente,

1 Ferry, en la *Thémis*, t. 8°, págs. 49 y siguientes.

crear una excepción, puesto que eso sería derogar la ley, y el legislador tenía buenas razones para no hacerlo. En primer lugar, al validar la venta habría obligado á los herederos á hacer dos particiones. En seguida, la partición entre coherederos se basa en esta regla fundamental que cada uno de ellos tiene derecho á su parte en especie; la enajenación de un inmueble podría hacer imposible la aplicación de esta regla. Así es que el legislador ha hecho bien en garantir ante todo los derechos de los copropietarios. (1)

Hay una opinión del todo contraria, según la cual la venta hecha por un heredero durante la indivisión sería nula, como venta de cosa ajena. Así lo ha fallado la corte de Bastia. (2) Nos parece que el error es palpable. En tanto que dure la indivisión, cada uno de los coherederos tiene un derecho indiviso sobre toda la herencia; y ¿cómo el que es copropietario de lo que vende, había de vender la cosa ajena? No habrá venta de la cosa ajena sino cuando, por el efecto de la partición, la cosa no caiga en el lote del vendedor. Hasta entonces la suerte de la venta permanecerá en suspenso. La cosa, aunque vendida, estará incluida en la partición, supuesto que el vendedor no ha podido despojar á sus coherederos de su derecho de copropiedad, y la partición resolverá si se mantendrá ó no la venta. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. (3)

Se ha presentado un caso en el cual hay una ligera duda. Uno de los herederos había recibido en dinero, y durante la indivisión, una parte más considerable que la que le tocaba; vendió su parte eventual en los inmuebles. Sus

1 Ducaurroy, Bonnier y Bonstain, t. 2º, pág. 553, núm. 788; Demante, t. 3º, pág. 358, núm. 225 bis; Mourlon, *Repeticiones*, t. 2º, página 204, nota, según Valette; Demolombe, t. 17, pág. 377, núm. 306.

2 Bastia, 18 de Abril de 1855 (Dallos, 1855, 2, 305).

3 Burdeos, 11 de Junio de 1857 (Dallos, 1859, 5, 389).

coherederos sostuvieron que él no tenía ya derecho á vender, porque había recibido más allá de su porción hereditaria. La corte de Nancy falló muy bien que el heredero era deudor hacia la masa, del dinero que había percibido antes de la partición; pero que esto no le impedía ser copropietario; luego tenía el derecho de vender, salvo las eventualidades de la partición. (1)

406. ¿Qué debe resolverse si todos los herederos venden un inmueble durante la indivisión? Se supone que los acreedores de los herederos han tomado inscripción sobre el inmueble vendido. Se ha fallado que el precio substituye al inmueble; de esto, la sentencia concluye que al heredero que tiene el precio en su lote se le considera como que siempre ha sido propietario del inmueble; en consecuencia, las inscripciones tomadas por los otros herederos, caen por el efecto de la partición. (2) Esta decisión nos parece muy dudosa. Cuando los herederos venden un inmueble, el precio se pone en la masa y se confunde con los demás bienes que son objeto de la partición. En ninguna parte se dice que el precio de los bienes vendidos sea subrogado en estos bienes y que tome su naturaleza. ¿No se necesitaría un texto para establecer esta subrogación? Hay otra objeción que nos parece perentoria. Cuando se remata un inmueble y un extraño se constituye adjudicatario, hay venta, pero no partición; en consecuencia, no es aplicable el art. 883. Lo mismo debe ser cuando los coherederos venden poco á poco; la venta deja subsistir las hipotecas consentidas por el vendedor.

Una segunda sentencia pronunciada por la misma corte, en un caso idéntico, advierte que las hipotecas subsisten cuando la venta ha atribuido á cada uno de los herederos vendedores una parte en el precio; en este caso, cada uno

1 Nancy, 8 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1855, 5, 464).

2 Grenoble, 2 de Junio de 1863 (Dalloz, 1864, 2, 100).

de ellos es vendedor, y se aplican los principios que rigen la venta. Pero cuando la venta se hace solidariamente por todos los herederos y no se ha hecho división ni de los inmuebles ni del precio, la indivisión subsiste realmente en cuanto al precio, y, por consiguiente, el derecho al precio substituye al inmueble. (1) Esta decisión consagra la opinión de Demolombe que hemos combatido (núm. 400); al rechazar el principio no podemos admitir las consecuencias. Cuando todos los herederos venden, cada uno de ellos es vendedor por su porción, y acreedor del precio por la misma porción, si el precio no se pone en la masa. Pero ¿qué importa que el precio se pague ó nó? De todas maneras hay venta, y, en consecuencia, el art. 883 está fuera de la cuestión.

407. Si el inmueble vendido cae en el lote del heredero vendedor ¿será válida la venta por el todo, ó no valdrá sino por la porción hereditaria del que lo ha enajenado? Hay que aplicar á la venta lo que hemos dicho de la hipoteca (núm. 404). El efecto de la venta depende de la voluntad de las partes contrayentes. Si el heredero ha vendido todo el inmueble, la venta será válida por el todo, puesto que se considera que él ha sido siempre propietario del inmueble. Si no ha vendido más que su parte, la mitad, la tercera parte, la venta no comprenderá materialmente más que la porción que ha sido vendida. (2) Si el inmueble ha sido vendido por todos los herederos, la venta es definitiva. Surge entonces la cuestión que acabamos de examinar: ¿cuáles son los derechos de los vendedores? ¿cuáles las obligaciones del comprador? Cuando la venta se hace con indicación de las porciones de cada uno de los herederos, cesa de haber duda, cada cual es vendedor por su porción, y, por consiguiente, el comprador puede y debe pagar su precio á cada uno de sus vendedores en proporción de su

1 Grenoble, 12 de Agosto de 1863 (Dalloz, 1864, 2, 100).

2 Demolombe, t. 17, pág. 401, núm. 322.

usufructo por los acreedores del usufructuario, subsiste, no obstante toda partición por la cual los nudos propietarios hubiesen adquirido la propiedad exclusiva de los inmuebles gravados de usufructo; esta pretendida partición es una venta, y la venta deja subsistir las hipotecas consentidas por el vendedor. (1)

¿Se necesita, además, que la copropiedad de los diversos propietarios proceda de un título común existente anteriormente á la adquisición que hace uno de ellos de la parte indivisa de su copropietario? La afirmativa se ha fallado en el caso siguiente. Un tercero adquiere los derechos de varios indivisarios, y en seguida se vuelve adquirente de la parte del solo indivisario que queda. La corte de Donai ha fallado que no había lugar á aplicar el principio del art. 883. (2) ¿No es esto sobrepasar la ley, exigiendo una condición que ningún texto prescribe? La corte de casación así lo ha fallado, y con razón, á nuestro juicio. Un tercero compra los derechos sucesivos de uno de los herederos; en seguida se hace adjudicatario sobre remate de un inmueble hereditario; este inmueble había sido gravado con hipotecas por los otros herederos. El adjudicatario pretendió que estas hipotecas caían por haber sido consentidas por personas que se tomaban por no haber tenido nunca la propiedad de los inmuebles hipotecados. Esta pretensión fué acogida por la corte. Ella parte del principio de que ninguna disposición de la ley exige que los que posean un inmueble por indiviso sean copropietarios, para que el art. 883 reciba su aplicación. ¿Acaso el espíritu de la ley exige esta distinción? Las ficciones se escapan al intérprete, que no puede ni extenderlas ni restringirlas. Luego no puede decirse: los herederos son co-

1 Denegada, 6 de Agosto de 1822 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2137) Compárese Bruselas, 24 de Julio de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 379).

2 Donai, 2 de Mayo de 1848 (Daloz, 1849, 2, 184).

propietarios con el mismo título; luego lo mismo debe ser de los comunistas. Esto equivaldría á restringir la ficción. La ley no considera más que una sola cosa, el hecho que varias personas están en la indivisión, ni investigar la causa que origina este estado. Las causas pueden ser diversas; poco importa: esto no impide que la indivisión exista con todos sus efectos. Apliquemos estos principios al caso que se ha presentado ante la corte de casación. Cuando un heredero vende sus derechos, el cesionario ocupa el lugar del cedente, le sucede en todos sus derechos; luego puede pedir la partición, como el cedente habría podido hacerlo. Si la partición se hace en especie, el cesionario puede invocar el principio de la partición declarativa: el espíritu de la ley lo quiere y el texto no se opone á ello. Si no se aplicara el art. 883 al cesionario, las hipotecas establecidas durante la indivisión sobre los bienes recaídos en su lote serían mantenidas, mientras que las cargas que gravan los inmuebles puestos en el lote de los herederos se desvanecerían. Esto, dice la corte, es contrario á la igualdad que debe reinar entre comunistas; ahora bien, el cesionario se ha hecho comunista, luego debe aprovecharse del principio consagrado por el art. 883. (1)

II. Consecuencia del principio.

1. Constitución de derechos reales.

403. Los copropietarios por indiviso pueden, durante la indivisión, consentir derechos reales sobre la cosa que les pertenece indivisamente; pero la validez de tales concesiones está subordinada á la partición. Si el inmueble cae en el lote del que ha consentido el derecho real, la constitución será válida, porque se considera que él ha

1 Denegada de la sala de lo civil, de 27 de Enero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 5). Compárese Demolombe, t. 17, pág. 351, núm. 289.

sido siempre propietario del predio, mientras que será nula la constitución si el inmueble cae en el lote de uno de sus coherederos, porque se considera que él no ha sido nunca propietario. Esto no es más que la aplicación elemental del principio consagrado por el art. 883. La jurisprudencia lo aplica á las servidumbres. (1) En cuanto á las hipotecas, déjase entender que están regidas por el art. 883, supuesto que con motivo de las hipotecas es por lo que el legislador ha consagrado el principio de la partición declarativa. La corte de Rouen ha hecho la aplicación de la regla en un caso en que había motivo para dudar. Los mismos herederos eran llamados á dos sucesiones diversas; ellos confundieron los bienes en una sola y misma masa, de la cual hicieron después la partición. Durante la indivisión, se establecieron algunas hipotecas sobre bienes dependientes de las sucesiones. La partición puso en el lote del heredero que había concedido dichas hipotecas algunos bienes dependientes de la otra herencia. El acreedor hipotecario negó la validez de la partición, por cuya causa él perdía su hipoteca. Se falló que la partición era válida. (2) Un primer punto sí es cierto: los herederos tenían el derecho de confundir las dos sucesiones en una sola masa (núm. 292). No era esta confusión lo que había hecho caer á la hipoteca, sino la partición que había puesto los inmuebles hipotecados en el lote de otro heredero que el que había consentido las hipotecas. Para impedir que la partición se haga con perjuicio de los acreedores es por lo que el art. 882 les da derecho para que intervengan en ella; si no formulan oposición, no pueden atacar la partición; ahora bien, en el caso de que se trata, el acreedor no había formulado oposición; por lo mismo él no tenía el derecho de atacarla. En vano se invocaba el

1 Limoges, 23 de Junio de 1858 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2088).

2 Rouen, 17 de Enero de 1849 (Daloz, 1850, 2, 97).

fraude; no había fraude, supuesto que los lotes se habían sorteado, y aun el acreedor figuraba en la partición como curador de uno de los copartícipes, lo que alejaba toda sospecha de un concierto fraudulento. Por otra parte, no habiendo hecho oposición, el acreedor ni siquiera podía atacar la partición por haber sido hecha con fraude de sus derechos; el art. 882 es formal.

404. Cuando el inmueble hipotecado durante la indivisión cae en el lote del heredero que ha concedido la hipoteca ¿esta pesa sobre todo el inmueble? La decisión de la cuestión depende de los términos en los cuales se ha consentido la hipoteca. Si el heredero ha hipotecado el inmueble indiviso, ó todos los inmuebles indivisos, no hay duda alguna; en este caso ha querido hipotecar todo el inmueble, y como el inmueble cae en su lote, él ha tenido el derecho de hipotecarlo por el todo, lo que es decisivo.

Pero si el heredero no ha hipotecado el inmueble sino por la parte que le pertenece, en una mitad, por ejemplo, la hipoteca no gravará al inmueble sino por esa parte. La corte de París había decidido que la hipoteca se extendía sobre todo el inmueble, porque, en virtud del art. 883, se consideraba que el concedente había tenido siempre la propiedad de ese inmueble. Sin duda que sí, ¿pero acaso el propietario no puede establecer una hipoteca sobre una porción del inmueble? Esto era lo que en el presente caso, había hecho el heredero al hipotecar el predio por su porción. Luego la hipoteca era parcial, porque tal era la voluntad de las partes contrayentes; el art. 883 nada tiene que ver con esta cuestión. Intentado el recurso, fué casada la sentencia de la corte de París. (1)

1 Duranton, t. 7º, pág. 708, núm. 521, seguido por todos los autores (véase Dalloz, *Sucesión*, núm. 2087, y Demolombe, t. 17, página 400, núm. 321).

partición, en lo concerniente á la rescisión por causa de lesión. Estos son los únicos contratos en los cuales la ley admite esta causa de rescisión; pero ésta establece principios diferentes. Primero, en cuanto á la cifra de la lesión, que es del cuarto en materia de partición y de siete de ceavos en caso de venta. Hay, además, diferencias de detalle que nosotros señalaremos. Así es que importa mucho distinguir si la escritura que se celebra entre los coparticipes es una venta ó una partición ¿cómo puede saberse si hay partición ó enajenación? Esta es una de las cuestiones más debatidas y más difíciles de esta materia.

III. ¿A qué actos se aplica el principio del art. 883?

1. Principio general.

415. Generalmente se admite como principio, que el art. 883 se aplica no sólo á la partición, sino á todo acto á título oneroso cuyo efecto es hacer cesar la indivisión, sea de toda la herencia sea de un objeto hereditario. La jurisprudencia de la corte de casación y la mayor parte de los autores añaden una condición para que el acto equivalga á la partición, y es que haga cesar la indivisión de una manera absoluta, es decir, relativamente á todos los coherederos. (1)

Que el principio del art. 883 se aplica á otros actos que á la partición propiamente dicha, no tiene duda; el mismo art. 883 lo prueba, puesto que decide que el remate entre coherederos es declarativo de propiedad; y en esto no hace más que consagrar la doctrina tradicional. ¿Se dirá que el art. 883 no habla más que del remate, que, por consiguiente, hay que limitar el principio á la partición y al remate que equivaldría á extender una ficción, si el artículo se extendiera á otros actos, lo que es contrario á la regla de interpretación que gobierna las ficciones legales?

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 398, pfo. 625.

Esta interpretación restrictiva sería admisible si no tuviéramos otro texto; pero hay uno que es decisivo á favor del principio, tal como lo hemos formulado, el art. 1408. La ley aplica en él el principio de la partición declarativa no sólo al remate, sino á todo *otro* acto que haga cesar la indivisión entre uno de los cónyuges y un tercero, copropietarios por indiviso de un inmueble: el cónyuge que adquiere así la totalidad de un inmueble del que no posea más que una parte indivisa, se convierte en propietario por el todo, en el sentido de que el inmueble se le queda en propio por el todo, aunque la parte del inmueble que no le pertenecía sea en realidad una adquisición nueva; esta adquisición hecha durante el matrimonio debería formar un bien adquirido; si forma un propio, es porque se considera que el cónyuge ha sido siempre propietario exclusivo en virtud de la ficción del art. 883. Hé aquí, pues, la ficción generalizada. Y esto es muy lógico. Ninguna razón había para limitar el principio del art. 883 á la partición: el motivo por el cual la ley quiere que la partición sea declarativa, se aplica á todo acto que hace cesar la indivisión entre los comunistas; la ley quiere evitar las evicciones y las evicciones recursorias á las que á éstas dan lugar; luego el principio tiene que recibir su aplicación á todos los casos en que una copropiedad indivisa es reemplazada por una propiedad dividida. (1)

416. ¿Quiere decir esto que el principio se aplique á la donación que hace cesar la indivisión? Uno de los herederos hace donación á su coheredero de su porción hereditaria. Este acto hace cesar la indivisión; ¿debe aplicarse el art. 883 á las hipotecas que el donador hubiese consentido durante la indivisión? Nó; la donación no puede asimilarse á la partición, porque es esencial en ésta que cada uno de los copartícipes reciba su parte en la herencia; y

1 Demante t. 3º, págs. 355 y siguientes, núm. 225 bis 2º.

hasta debe recibirla en especie, por regla general (artículo 826), y si esto es imposible, los herederos que no recibían bienes hereditarios deben recibir el equivalente. Si uno de los herederos no recibe nada, cesa de haber partición y acto que á ella pueda asimilarse. Luego la donación conserva su índole: es un acto translativo de propiedad que deja subsistentes las cargas de que está gravada la cosa. (1)

417. Nosotros hemos dicho que el principio del artículo 883 es aplicable aun cuando el acto no haga cesar la indivisión para toda la herencia. Acerca de este punto no hay duda alguna, puesto que el art. 883 asimila el remate á la partición en lo concerniente al efecto declarativo; ahora bien, el remate no comprende más que ciertos bienes, los que son indivisibles, y aquellos que ningún copartícipe quiere ó puede tomar (art. 1686). Esto se funda también en la razón. Como dice muy bien Championère, es raro que una partición pueda hacerse en una sola vez; con mucha frecuencia acarrea varias operaciones: se dividen sucesivamente los bienes según las conveniencias de los herederos. Estas son, si se quiere, particiones preparatorias que tienen por objeto facilitar la partición general; síguese de aquí que deben aplicarse á esos actos los principios que rigen la partición, supuesto que tienen el mismo objeto; se les puede considerar como las diversas cláusulas de un solo y mismo acto. Esto es de tradición; siempre se ha considerado como partición la división parcial de los bienes hereditarios. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo.

418. ¿Preciso es que la escritura haga cesar la indivisión respecto á todos los herederos para que haya lugar á la aplicación del art. 883? Esta cuestión es muy debatida;

1 Ohampionère y Rigaud, *Del registro*, t. 3º, núm. 2723. Dutruc, *De la partición*, pág. 70, núm. 45: Compárase sentencia de cassación, de 5 de Mayo de 1841 (*Dalloz, Registro*, núm. 5974).

la jurisprudencia de la corte de Francia la decide afirmativamente. Nosotros preferimos la opinión contraria que se apoya en la tradición, en el texto y en el espíritu de la ley, y que ha sido consagrada por la corte de casación de Bélgica. La disposición del art. 883 es esencialmente tradicional, y no ha sido la doctrina la que la ha introducido, sino la práctica; luego lo que debe consultarse es el uso cuando se trata de interpretarla. Ahora bien, la tradición no es dudosa; en el antiguo derecho, se calificaba de *primer acto*, al que no ponía término á la indivisión sino respecto de algunos de los copropietarios; el acto por el cual se alejaba á un heredero dificultoso, ó un heredero al cual, por algunas razones, se atribuían ciertos bienes hereditarios. Se lee en la compilación de Greyot, en la cual Merlin ha inscrito su nombre: "No hay regla que obligue á los asociados á no salir de comunidad sino comprendiéndola con todos. Como todos los asociados no constituyen más que uno solo, uno puede rematar su porción, sea con uno sea con todos; esto no hace más que disminuir el número de copropietarios; pero no hay cambio de propietario, es siempre un acto que no visa más que á la disolución de la comunidad y en el cual el espíritu de los contrayentes es dividir y no vender, dicen todos los autores que siguen." Los comentadores y la jurisprudencia estaban unánimes; era un principio constante como la índole de las particiones. (1)

¿Los autores del código han pretendido innovar? Ningún vestigio de tal voluntad se encuentra en los trabajos preparatorios; y esto no resulta ni del texto ni del espíritu de la ley. Verdad es que acerca del texto reina un singular desacuerdo; la corte de casación de Bélgica lo invoca para establecer que la ley no distingue entre las particio-

1 Véanse las autoridades citadas en Championnière y Rigaud, t. 3^o, pág. 731, núm. 2734.

parte hereditaria. Ha sucedido que los herederos, al hacerse la partición, han puesto todo el precio en el lote de uno de ellos, y éste ha pretendido forzar al comprador á pagarlos en sus manos. No se ha admitido esta pretensión. (1) No se trata, en este caso, del art. 883, ni de la cuestión de saber si el principio de la partición declarativa se aplica á los créditos hereditarios; la venta se había hecho por cada uno de los herederos, por su porción marcada en el contrato; luego el acto era una venta, y había que aplicar los principios que rigen la venta.

408. De que uno de los herederos no puede vender durante la indivisión, con perjuicio de sus coherederos, ¿debe concluirse que los coherederos del vendedor tienen el derecho de reivindicar el inmueble? Se ha fallado que la venta no puede atacarse. (2) En efecto, no es nula; el heredero, propietario por indiviso, tiene el derecho de vender su derecho indiviso. Con esto no compromete el derecho de sus coherederos; porque si el inmueble no se toca, la enajenación cae en virtud del art. 883, y entonces el coheredero en cuyo lote se encuentra el inmueble, puede reivindicarlo, supuesto que se considera que él ha sido siempre propietario.

409. Si el heredero puede vender los inmuebles de la herencia durante la indivisión, salvo el resultado de la partición, parece que, por identidad de razón, los acreedores tienen el derecho de embargarlos. No obstante, la cuestión es debatida; la corte de casación ha admitido en un principio el derecho de embargo, y después ha decidido que los acreedores no tenían el derecho de embargar. (3) La cuestión ha sido resuelta por la ley belga de 15 de Agosto

1 Ronen, 24 de Abril de 1857 (Daloz, 1858, 2, 85).

2 Bourges, 14 de Enero de 1831; Tolosa, 2 de Abril de 1835 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2091).

3 Daloz, *Venta pública de inmuebles*, núms. 113 y 114.

de 1854. 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 ó el remate que ellos pueden provocar si lo juzgan conveniente." Este artículo no prohíbe á los acreedores que *embarguen*, y solamente les veda que *pongan en venta*; cosa bien diferente. Se concibe que ellos no puedan vender, puesto que la partición puede poner el inmueble en manos de otro heredero. ¿Pero por qué no había de poder embargar para amparar sus derechos, en el caso en que el inmueble fuese puesto en el lote de su deudor? Si ellos no embargan, el heredero podrá vender y arrebatarle su prenda. Hay una sentencia en este sentido, que decide que el embargo será válido si el inmueble cae en el lote del heredero vendedor. (1) La ley belga (art. 2) dispone que los acreedores no pueden embargar. Como la cuestión es relativa al procedimiento, no insistiremos más en ella.

410. ¿Puede el adquirente, antes de la partición, purgar el inmueble de las hipotecas que lo gravan? Se ha fallado que el adquirente no puede llenar las formalidades de la purga durante la indivisión. (2) En efecto, la purga tiene por objeto consolidar la propiedad en manos del adquirente. Ahora bien, en el caso de que se trata, el comprador no es propietario, y no llegaría á serlo sino cuando la partición pone el inmueble en el lote de un vendedor; si el inmueble no cae en su lote, jamás habrá tenido ningún derecho. ¿Qué vendría á ser de la purga en esta hipótesis? ¿pueden borrarse inscripciones cuando no se sabe si el adquirente es ó no propietario? Y si se hubieren borrado, habría que restablecerlas. La ley no permite una purga eventual.

411. Los principios que rigen la venta de un inmueble

1 Lyon, 20 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 271).

2 Casación, 13 de Febrero de 1838 (Dallez, *Sucesión*, núm. 2089). Demolombe, t. 17, pág. 379, núm. 307.

indiviso se aplican también al legado. Si el heredero lega su parte indivisa en un inmueble, la suerte del legado dependerá del resultado de la partición; será válido si el inmueble cae en el lote del testador, y nulo si cae en el lote de otro heredero. ¿Será válido por el todo en la primera hipótesis? Hay que ver de qué manera está concebido el legado. Si el testador no ha legado más que su parte hereditaria, el legatario no tendrá derecho más que á dicha parte; si él ha legado todo el inmueble, el legatario podrá reclamar el inmueble entero. En un caso que se presentó ante la corte de casación, el heredero había legado la mitad que le tocaba en los muebles indivisos; la partición le atribuyó uno de esos inmuebles. Se ha fallado que el legatario no tenía derecho más que á la mitad de dicho inmueble; el legatario reclamaba la totalidad, pretendiendo que la mitad no legada de dicho inmueble debía reemplazar á la mitad legada del inmueble que no se había puesto en su lote. La corte no dió oídos á tan singular pretensión: no habiendo tocado uno de los inmuebles al testador, el legado caducaba en cuanto á dicho inmueble. Quedaba el legado del otro inmueble, que no se había hecho más que por la mitad, por lo que el legatario no tenía derecho más que á esa mitad. (1)

3. Resolución, privilegio, rescisión.

412. La partición y la venta están regidas por principios diferentes. Cuando el comprador no paga el precio, el vendedor puede pedir la resolución de la venta (artículo 1654). Esto no es más que la aplicación de la condición resolutoria tácita. Según los términos del art. 1184, siempre se subentiende la condición resolutoria, en los casos sinalagnáticos, para el caso en que una de las dos par-

1 Casación, 28 de Febrero de 1826 (Daloz, *Disposiciones entre vivos*, núm. 3757).

tes no cumpla con sus compromisos. ¿Se aplica este principio á la partición? Nosotros examinaremos la cuestión al tratar de la nulidad de la partición; por el momento, nos limitamos á hacer constar que la doctrina y la jurisprudencia están contestes en decidir que la partición no está sometida á la condición resolutoria tácita. Esto es una consecuencia lógica del principio del art. 883. Los copartícipes no tienen nada uno del otro, supuesto que la partición no es atributiva de propiedad; ellos deben su derecho al difunto ó á la ley. Luego no puede decirse que el compromiso contraído por una de las partes es la condición del compromiso contraído por la otra; por consiguiente, falta el fundamento de la condición resolutoria tácita.

413. La obligación de garantía se concibe difícilmente con el principio del art. 883. Hé aquí, realmente, una obligación que incumbe á todos los copartícipes; pero no hay lugar por este capítulo á la resolución de la partición; la ley la mantiene á pesar de la evicción, y más adelante daremos la razón. A fin de asegurar el recurso que se abre al heredero despojado contra su coheredero, ella le concede un privilegio. Los copartícipes tienen, además, un privilegio para el pago de los reintegros y retornos. Por último, el remate está igualmente garantido por un privilegio (art. 2103, y ley belga, art. 27, 4.º) Bajo todos estos conceptos, la difiere de la partición. El vendedor tiene un privilegio además de la acción de resolución; pero no lo tiene más que para el pago del precio, y lo conserva por la transcripción de la escritura de venta, con tal que en la escritura conste que el precio queda debido. Los copartícipes conservan también un privilegio por la transcripción; pero cuando se trata del privilegio por garantía, es necesario que la escritura de partición contenga la estipulación de una suma fija para el caso de evicción.

414. Hay también una diferencia entre la venta y la

nes, y que por lo tanto, no hay para qué distinguir los actos que hacen cesar la indivisión respecto de todos los herederos, y los actos que no la hacen cesar sino respecto de algunos; (1) mientras que la corte de casación de Francia pretende que el texto implica la cesación de la indivisión respecto de todos los herederos. Que la distinción entre las particiones generales y las particulares no esté escrita en la ley, es de toda evidencia. Se dice que los términos de la ley suponen que todos los herederos concurren á la partición: *cada heredero*, dice el art. 883, es decir, *todos* los herederos. Esta interpretación no es, en todo caso, más que una suposición; admitamos que la ley suponga el concurso de todos los herederos, esto no probaría aun que haga de este concurso una condición para la aplicación del principio que ella establece: ella prevee, como á menudo lo hace, el caso más usual. Y aun esto es dudoso, porque la letra de la ley recibe muy bien su aplicación á una partición particular, por la cual se atribuye tal ó cual inmueble á un heredero, quedando los otros en la indivisión. Lo que prueba que esta interpretación no es tan clara como lo pretenden, es que los partidarios de la opinión que estamos combatiendo no están de acuerdo entre sí. Los editores de Zachariæ tienen una explicación distinta de la de la corte de casación. Si, dicen ellos, se considera que cada coheredero jamás ha sido propietario de los objetos hereditarios cuya propiedad ha perdido á causa del acto que lo ha hecho salir de indivisión, esto no es más que una consecuencia de esa otra ficción legal que considera al heredero en cuyo lote han caído dichos objetos como habiendo sido, desde el origen, propietario exclusivo. Ahora bien, si el acto que ha hecho cesar la indivisión en cuanto á uno de los coherederos, la ha dejado subsistir

1 Denegada, 15 de Enero de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 1, 502).

respecto de los demás, se hace imposible aplicar á éstos últimos la disposición según la cual cada heredero es considerado como que ha sucedido solo en los objetos hereditarios que se hallan comprendidos en su lote, y por consiguiente, se hace también imposible aplicar al primero la disposición según la cual cada coheredero es considerado como que jamás ha sido propietario de los objetos cuya propiedad ha perdido. (1) La tradición contesta esta interpretación más sutil que verdadera; ella considera la partición particular que precede á la general como el primer acto de esta última; cuando se reúnen estos diversos actos, como debe hacerse según la intención de las partes, se pueden aplicar á la letra las dos disposiciones correlativas del art. 883.

Esto equivale, dicen, á extender una disposición excepcional, siendo así que se debe restringir en los límites trazados por el legislador. Más adelante diremos que la corte de casación no ha permanecido fiel á esta interpretación restrictiva. Todo lo que es permitido afirmar, es que el principio de la partición declarativa reposa en una ficción. No por esto deja de ser una regla general; y tan cierto es esto que, de parecer de todos, se aplica á los comunistas por más que no haya ningún texto que consagre esta extensión (núm. 402). Por la misma razón, debe aplicarse á todo acto que hace cesar la indivisión entre herederos; el espíritu de la ley así lo quiere. Se hace una partición particular para alejar á un heredero difícil, ó para permitir á uno de los herederos que continúe en seguida, y sin interrupción, un comercio lucrativo. Se descubre que los inmuebles que deben atribuírsele han sido gravados con hipotecas durante la indivisión: Si no se aplica el art. 883 ¿que sucederá? Evicciones y acciones recursorias. Y pre-

1 Véanse las sentencias citadas por Championère y Bigaud, t. 3°, págs. 732-737, núms. 2135 y siguientes.

cisamente estas dificultades son las que el legislador ha querido prevenir. Luego, por su objeto, el principio es general y debe aplicarse á toda partición, á todo acto que hace cesar la indivisión, aun cuando no sea más que respecto de un solo heredero. Y tal es, en verdad, la intención de los herederos cuando proceden á particiones particulares; ellos tienen la idea de allanar las dificultades y facilitar la partición. Para esto se necesita que estas particiones parciales no contengan el germen de nuevas contiendas; luego es preciso que sean declarativas. No vemos ni asomos de duda para que una partición particular sea atributiva de propiedad. Y lo que es verdad de la partición lo es de todo acto que hace cesar la indivisión. (1)

2. Licitación

419. El art. 883 aplica á la licitación el principio de la partición declarativa. A pesar de los términos precisos de la ley, se han suscitado dificultades en lo concerniente á las hipotecas establecidas sobre el inmueble rematado por uno de los coherederos. Se supone que el heredero á quien se adjudica aquel inmueble, según el art. 883, ha sucedido solo é inmediatamente; de donde se sigue que á los demás herederos se les considera como que nunca han sido propietarios del inmueble; luego nunca han tenido el derecho de hipotecar, y por lo tanto, las hipotecas caen. Si el remate se hace para pagar las deudas, el precio se distribuye entre los acreedores personales, sin tomar en cuenta las hipotecas consentidas durante la indivisión. (2) Y esto sería así aun cuando hubiesen sido admitidos algunos

1 Véase en este sentido, además de Championère, á Duvergier, *De la venta*, t. 2º, núm. 147; Bolland de Villarguer, *Repertorio del Notariado*, en la palabra *Licitación*, núms. 10 y siguientes. La opinión contraria es la más generalmente adoptada. Véanse los autores citados por Demolombe, t. 17, pág. 396.

2 Rennes, 26 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 142).

extraños al remate, porque no es la presencia de éstos lo que determina la índole del acto, sino que habría que decir, lo que es un absurdo, que el remate es siempre una venta cuando están interesados menores, porque en éste caso, los extraños sí deben ser admitidos (art. 839). Si es un heredero el que se constituye adjudicatario, estamos entonces en los términos y en el espíritu del art. 883; por lo tanto, caen las hipotecas establecidas durante la indivisión. (1)

Se objeta que el art. 883 debe aplicarse únicamente á las relaciones de los comunistas entre sí. La corte de Lyon contesta que la ley no hace esa distinción, y que no es permitido distinguir cuando la ley no lo hace. Esto sería, añade la sentencia, modificar los efectos de la hipoteca, manteniéndola en cuanto al derecho de preferencia, en interés del acreedor, y anulándola en cuanto al derecho de persecución, en interés de los coherederos. La corte dice que esta división de los efectos de la hipoteca sería contraria á la indivisibilidad de la hipoteca. (2) Esto no nos parece exacto. La indivisibilidad de la hipoteca no tiene la significación que la corte le atribuye; no por ello es menos jurídica su decisión. La hipoteca cae por haber sido constituida por un noproietario, y naturalmente cae por el todo: ¿se concibe que el noproietario tenga el derecho de consentir una hipoteca que da al acreedor un derecho de preferencia? Se ha reeurrido á otro medio para llegar al mismo resultado, á efecto de mantener á los acreedores el beneficio de garantía hipotecaria que les fué concedido durante la indivisión. No sería justo, dice la corte de Aix, que estos acreedores estuvieran privados de un derecho respecto de los acreedores quirografarios, por causa de una disposición que tiene únicamente por objeto

1 Lyon, 14 de Febrero de 1853 (Daloz, 1854, 5, 544).

2 Lyon, 14 de Febrero de 1853, segundo caso Daloz, 1854, 5, 545.

poner á los herederos al abrigo de las acciones recursorias; luego si el precio del inmueble rematado no se ha pagado todavía, nada impide colocar á los acreedores hipotecarios antes de los quirografarios, porque, á su respecto, el precio representa la cosa. (1) ¿Y si fuéramos á preguntar á la corte de Aix en dónde halló esta singular subrogación? Nuestra ley hipotecaria la establece en un caso especial (artículo 48), pero es esta una disposición del todo exorbitante del derecho común. Cuando la hipoteca es nula, no puede producir ningún efecto; y es nula en el caso previsto por el art. 833: ¿cómo había de haber un derecho de preferencia resultante de una hipoteca, cuando no hay hipoteca? La corte de Aix se ha equivocado en derecho; pero tiene razón bajo el punto de vista de la equidad. Su opinión ha sido consagrada por la ley belga de 15 de Agosto de 1854, cuyo art. 2 contiene una disposición análoga á la ley hipotecaria: "en caso de licitación, ya sea quien fuere el adquirente distinto del colicitante, cuya parte indivisa se hallaba gravada con hipoteca, el derecho del acreedor hipotecario será llevado á la parte del deudor en el precio."

420. Cuando la adjudicación tiene lugar en provecho de un extraño, ya no es una partición sino una venta (número 399). En este caso, no se aplica el principio del art. 883; el adjudicatario no es un copartípe, sino un comprador; y la venta deja subsistir las hipotecas establecidas en la cosa vendida. Luego el adjudicatario podrá ser despojado; él tendrá expedito su recurso contra los herederos vendedores. (2) Por ese lado, los herederos tienen contra él el privilegio que corresponde al vendedor para el pago

1 Aix, 23 de Enero de 1835 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2092). En sentido contrario, Demolombe, t. 17, pág. 398, núm. 320.

2 Durantón, t. 7º, pág. 707, núm. 520; Demante, t. 3º, pág. 357, núm. 225 bis 4º; Ducaurroy, Bonnier y Bonstain, t. 2º, pág. 556, número 790.

del precio; mientras que si un heredero se hubiese vuelto adjudicatario, habría que aplicar los principios que rigen la partición; los copartícipes tendrían el privilegio que la ley les concede en caso de remate (art. 2123, ley belga, artículo 27); pero no podrían promover resolución (número 412; (1) del mismo modo, el adjudicatario despojado tendría un recurso de garantía contra sus coherederos, pero no podría pedir la resolución de la venta.

421. La resolución da lugar á algunas dificultades. Cuando un adjudicatario sobre licitación no paga el precio, los licitantes pueden entablar contra él la reventa, es decir, la resolución de la venta por falta de pago del precio. Se pregunta si el heredero adjudicatario puede ser perseguido por pujas insensatas. La negativa es clara, puesto que el heredero no es comprador, sino copartícipe; ahora bien, la partición no está sometida á la acción resolutoria. (2) ¿Pero qué debe decidirse si el cuaderno de las cargas estipula el derecho de puja insensata? Más adelante diremos que la condición resolutoria puede estipularse en las particiones; luego puede serlo también en una licitación; las partes pueden hacer, en principio, los convenios que juzguen convenientes, con tal que no tengan nada contrario al orden público; ahora bien, la condición resolutoria es de interés privado, y esto decide la cuestión. Sólo que, como en principio, la partición no está sometida á la condición resolutoria, se necesitaría una cláusula expresa para que los colicitantes pudieran ejercer el derecho de insensata fortuna. Una cláusula general que somete al adjudicatario á la puja insensata es suficiente para que los herederos adjudicatarios puedan ser perseguidos como insensatos postores; la cláusula sería inútil en cuanto á los

1 Nancy, 27 de Julio de 1838 (Daloz, en la palabra *Sucesión*, número 2096). París, 15 de Febrero de 1853 (Daloz, 1855, 2, 334).

2 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 402; nota 17. Casación, 14 de Mayo de 1833 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2096).

extraños, porque á su respecto la resolución es de derecho; luego se necesita suponer que se estipuló contra los herederos adjudicatarios. (1) Pero los tribunales no podrían inferir el derecho de puja insensata por vía de inducción; ésta sería una cláusula tácita, y la cláusula debe ser expresa. (2) En los casos en que la licitación es una venta, se subentiende que los licitantes tienen la acción de resolución, y por consiguiente, el derecho de perseguir al adjudicatario por vía de puja insensata. Lo mismo sería de todo acto que, según la jurisprudencia, se asimile á una venta, porque no hace cesar la indivisión entre todos los coherederos. (3) Admitiendo el principio, hay que admitir las consecuencias que de él emanan. Como nosotros rechazamos el principio, claro es que también rechazamos su consecuencia.

422 Se ha fallado que la licitación que no pone término á la indivisión entre todos los herederos no es una partición, sino una venta á la cual deben aplicarse los principios que rigen la venta. (4) Esto no es más que la consecuencia lógica del principio consagrado por la jurisprudencia francesa. En nuestra opinión, la licitación entre herederos siempre es una partición (núm. 418). ¿Las partes interesadas podrían derogar este principio? Más adelante diremos que la jurisprudencia decide que la cesión de derechos sucesivos, es ora una venta, ora una partición, según que el intento de los herederos es vender ó dividir. La corte de casación ha aplicado la misma doctrina á la licitación. No se trata de gravámenes hipotecados, establecidos durante la indivisión; se pleiteaba sobre la cuestión de saber si los herederos ad-

1 Burdeos, 3 de Marzo de 1853 (Daloz, 1854, 5, 547).

2 Nimes, 30 de Agosto de 1853 (Daloz, 1854, 5, 546).

3 Denegada, de 27 de Mayo de 1835 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2126, 2°)

4 Denegada, de 27 de Mayo de 1835, y Casación, 13 de Agosto de 1838 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2126, 2°, y 2122, 3°)

quirentes de los inmuebles hereditarios estaban obligados á devolver el precio á la masa, ó si el valor de los bienes debía imputarse sobre los inmuebles hereditarios indivisos. La corte de París se colocó en el terreno del artículo 883, y falló que, como la licitación no hacía cesar la indivisión sino respecto de los herederos compradores, no estaba sometida al principio de la partición. La corte de casación consideró la cuestión bajo otro punto de vista; resultaba, dice ella, de las circunstancias de la causa, que los herederos habían tenido la intención de vender y no de dividir. (1) Y ¿acaso las partes pueden á su antojo convenir en que un acto que la ley califica de partición se considere como una venta? El art. 883 es formal; la licitación entre herederos es una partición, y, por lo tanto, declarativa de propiedad. Si los herederos pudieran transformar la licitación en venta, el acto se volvería translativo de propiedad. Nosotros no creemos que las partes contrayentestengan ese derecho, al menos cuando se trata de hipotecas consentidas durante la indivisión. La ley quiere que dichas hipotecas caigan cuando el inmueble se adjudica al heredero que nó las ha consentido, y lo quiere para prevenir las evicciones y para impedir las acciones recursorias que de éstas resultan. Este es un motivo de interés general. En este sentido el artículo 883 es de orden público, por lo que no es permitido derogarlo.

3 Cesión.

423. La doctrina y la jurisprudencia ponen, en general, la cesión y la licitación en la misma línea y aplican los mismos principios á una y otra. A nosotros nos parece que los dos actos difieren considerablemente bajo el punto de vista del principio establecido por el art. 883. Se

1 Denegada, de 10 de Junio de 1845 (Daloz, 1845, 1, 377).

trata de saber cuáles actos deben asimilarse á la partición. Ahora bien ¿qué cosa es la partición? La división de todo ó de parte de los bienes hereditarios, hecha entre todos los herederos; todos deben concurrir á ella, porque de lo contrario no hay partición (núm. 290.) Síguese de aquí que no pueden asimilarse á la partición más que los actos en que figuran todos los herederos, con el fin de distribuir entre ellos los bienes hereditarios en todo ó en parte. Tal es el remate. Todos los herederos toman en él parte necesariamente; si uno de ellos no la tomara, no habría remate, porque faltando uno de los copropietarios de la cosa, los demás no tienen el derecho de licitar. La licitación es, pues, un acto de la misma naturaleza que la partición. Por esto el artículo 883 lo asimila expresamente á la partición propiamente dicha, y puede sostenerse, como lo hemos hecho (núms. 399 y 418), que la licitación equivale á la partición en el sentido del artículo 883, aunque no haga cesar la indivisión entre todos los herederos, porque es siempre una distribución de bienes en la cual toman parte todos los herederos.

No sucede lo mismo con la cesión. Es ella una venta que no puede celebrarse entre todos los herederos, y que puede también celebrarse entre algunos de ellos. Cuando todos los herederos concurren á la cesión, tiene ésta el mismo efecto que la licitación, en el sentido de que hace cesar la indivisión en cuanto á los objetos cedidos, sea respecto de todos los herederos, sea respecto de algunos. Si no concurren á la cesión todos los herederos, no puede ya tratarse de asimilarla á una partición, porque falta el carácter esencial de la partición: el concurso de todos los herederos, sin el cual no puede haber partición, ni, por consiguiente, acto equivalente á partición. Por esto el art. 883 no habla de la cesión. Este silencio es muy significativo; prueba que,

en la intención del legislador, la cesión no equivale siempre á la licitación y á la partición. Cuando no figuren en ella todos los herederos, no pudiendo asimilarse la cesión á la partición, permanece en lo que es por naturaleza, es decir, una venta, y en consecuencia, se aplican los principios que rigen la venta: es translativa y no declarativa de propiedad, con todas las consecuencias que de esto resultan, el mantenimiento de las cargas hipotecarias que gravan la cosa vendida, el privilegio del vendedor y la acción resolutoria.

La distinción que estamos haciendo entre la cesión en la cual toman parte todos los herederos y la cesión que se efectúa entre algunos de ellos, se funda también en la razón. Se concibe que la primera equivalga á una partición, porque interesa á todos los herederos; y para mantener la estabilidad de las propiedades y la tranquilidad de las familias, se concibe, además, que esta cesión sea declarativa de propiedad, es decir, que borre todos los derechos reales consentidos antes de la cesión por los herederos sobre la cosa vendida. Pero cuando la cesión se hace entre algunos de los herederos, esto no es ya un reglamento de los intereses comunes de la familia; luego no hay razón alguna para apartarse de los principios generales y reemplazar con una ficción la realidad de las cosas. El legislador no prodiga las ficciones, y sólo recurre á ellas en caso de necesidad; y no siendo necesarias, carecen de razón de ser, y por lo tanto, hay que ajustarse al derecho común.

Tal es, según nuestro sentir, el principio dominante en esta materia. El nos servirá para decidir las cuestiones debatidas que se presentan en la aplicación. Si hay tantas controversias, y por consiguiente, tanta incertidumbre en la jurisprudencia, es porque no hay principios ciertos que dirijan al magistrado. Hacemos la observación para excu-

sar el largo trabajo que hemos tenido la temeridad de emprender.

a). *Cuando la cesión equivale á la partición.*

424. Cuando todos los herederos concurren á la cesión, hay partición. Poco importa el objeto de la cesión que comprenda todos los derechos sucesivos del cedente, ó que solo estribe en ciertos objetos hereditarios. Esta distinción no tiene influencia en la aplicación del art. 883, supuesto que está aceptado que el principio de la partición declarativa se aplica aun cuando el acto no comprenda toda la herencia (núm. 417). No hay tampoco que distinguir si la cesión hace cesar la indivisión entre todos los herederos ó si no la hace cesar sino respecto de algunos. Acerca de este punto hay controversia: la corte de casación de Francia consagra la distinción que nosotros rechazamos. Hemos dado las razones al exponer los principios generales que rigen la materia (núm. 418). Si hay partición entre todos los herederos, aunque la indivisión subsista respecto á algunos de entre ellos, debe ser lo mismo de los actos que la ley ó la doctrina asimilan á la partición; no hay ninguna razón para hacer en el particular, una diferencia entre la licitación y la cesión. Cuando todos los herederos concurren á la cesión, no difiere ésta de la licitación sino en la forma, y ésta no puede tener ninguna influencia en la cuestión de saber si el acto es una venta ó una partición, si es atributivo ó declarativo de propiedad. La cesión hecha con el concurso de todos los herederos es uno de los elementos de la partición, lo que la tradición llama un *primer acto*; puede decirse que es una cláusula de partición general y debe, por consiguiente, producir sus efectos.

La jurisprudencia y la mayor parte de los autores admiten este principio cuando la cesión hace cesar la indivisión en todo ó en parte respecto de todos los herederos.

ros (1). Casi no hay duda ni de disentimiento cuando la cesión tiene por objeto los derechos sucesivos del cedente. La corte de casación ha fallado que una cesión hecha por varios coherederos á sus coherederos, constituye, no una venta, sino una verdadera partición, cuando por el mismo acto los herederos se han distribuido entre sí la totalidad de la sucesión. Si en el caso de que se trata, los herederos se hubieran limitado á la cesión, sin que los cesionarios se hubiesen distribuido los bienes hereditarios, el acto habría sido una venta, según la jurisprudencia; pero como por el mismo acto los herederos habían puesto término á la indivisión respecto de todos, la corte ha consagrado el acto como una partición. ¿Esta decisión no habla también en contra de la distinción que la jurisprudencia admite? Hay siete herederos; cinco ceden sus derechos sucesivos á los otros dos; ésta cesión aislada se habría considerado como una venta por la corte de casación, siendo así que resuelve que es una partición cuando por el mismo acto los dos cesionarios se distribuyen los bienes hereditarios. ¿Y qué importa que esta partición se haga por el mismo acto ó por un acto subsecuente? En todo caso la cesión es un *primer acto* de la partición y se confunde con ésta. Teniendo el mismo objeto, debe tener también el mismo efecto.

Hay algunas sentencias que deciden que la cesión de derechos sucesivos, aun la hecha á un solo heredero por todos sus coherederos, es una venta, porque uno solo de los herederos obtiene, en este caso, la totalidad de los bienes hereditarios en especie, mientras que los demás no obtienen más que dinero, y éste proviene, no de la sucesión, sino del heredero cesionario: esto, dicen, no es una distribución de bienes, sino una venta. (2) Sin duda que esa es la

1 Sentencias de denegada apelación, de 3 de Marzo de 1807, y de 25 de Enero de 1809 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2085, 1° y 2°).

2 Tolosa, 14 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 85); Greno-

realidad de las cosas, pero estamos en el dominio de las ficciones. Lo que se dice de la cesión, podría decirse de la licitación, cuando todos los bienes son licitados y cuando un solo heredero se hace adjudicatario de ellos; este acto es también una venta, y no obstante, la ley lo asimila á una partición (art. 883). Lo mismo debe pasar con la cesión. ¿Se objetaría que el art. 883 menciona la licitación y no habla de la cesión? El art. 1458 contesta la objeción (núm. 418); á decir verdad, los dos actos son idénticos, no difieren sino por el nombre y las formas; luego deben producir el mismo efecto.

425. La venta de un bien hereditario hecha por todos los coherederos á uno de entre ellos, es también, una partición, en el sentido del art. 883. En efecto, ese acto hace cesar la indivisión respecto de todos los herederos, tanto como una partición parcial. Se objeta que ese acto tiene todos los caracteres de una venta, cosa que es evidente; pero cuando una venta la hacen copropietarios á su copropietario, produce un efecto particular, y es que pone término á la indivisión, es su *primer acto* de partición; luego la ficción que la ley establece para la partición puede y debe aplicarse á la venta. ¿En dónde está la diferencia entre la venta hecha extrajudicialmente y la licitación? Si todos los coherederos se ponen de acuerdo para ceder un inmueble á uno de ellos ¿por qué había de obligárseles á recurrir á un notario para licitar el bien? La venta es en este caso una licitación voluntaria; cae, pues, en la aplicación del art. 883. Si se objetara que este artículo consagra una ficción exorbitante del derecho común, se contestaría por el texto del art. 1458. Creemos inútil insistir, porque ésta es la opinión generalmente adoptada.

426. La jurisprudencia y la mayor parte de los autores
ble, 4 de Enero de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 356). En sentido contrario, Demolomba, t. 17, pág. 333, núm. 279.

exigen que la cesión haga cesar la indivisión respecto de todos los herederos, para que sea asimilada á una partición. Se ha fallado que si existen varios herederos y uno de ellos cede sus derechos á uno solo, no hay partición; es una venta, dicen, porque el cesionario, convertido en propietario de dos porciones, no por ello deja de permanecer en la indivisión con sus demás coherederos que no tomaron parte en aquel acto. Sucede lo mismo en el caso en que él hubiera cedido sus derechos á todos sus coherederos, si la indivisión continúa subsistiendo entre estos últimos. Con mayor razón se resuelve de este modo cuando un tercero se vuelve adquirente de las porciones de algunos de los herederos, porque la indivisión continuará entre el cesionario y los demás herederos.

En esta última hipótesis no hay duda alguna. La licitación hecha en provecho de un extraño es una venta (número 399); por idénticas razones, la cesión hecha á un extraño no puede asimilarse á una partición. Repugna á la esencia de la partición que un extraño sea admitido á ella; luego cuando un extraño compra los bienes hereditarios, ya la cuestión no es de partición.

Aceptamos igualmente que la cesión entre dos herederos, sin el concurso de los demás, es una venta; no puede verse en ella una partición, porque es esencial en ésta que todos los herederos concurren, por lo que el acto que celebran dos herederos, con exclusión de los demás, no podría asimilarse á una partición. La ficción debe imitar á la realidad. Ahora bien, en una partición real se necesita el concurso de todos los herederos: esto es decisivo. Hay una sentencia en sentido contrario, que resuelve que la cesión hecha por un heredero á uno de sus coherederos es una partición en el sentido del art. 889. La corte invoca el 389, que dice que la acción de rescisión por causa de lesión no se admite contra una venta de derecho sucesivo

hecha sin fraude á uno de los coherederos, lo que prueba, dicen, que esta venta es una partición, y que hay lugar á aplicar el principio del art. 883. Al tratar de la nulidad de las particiones, diremos cuál es el verdadero sentido del art. 889, y examinaremos la cuestión de saber si esta disposición puede servir para interpretar el principio de la partición declarativa; á nuestro juicio, la cuestión debe decidirse negativamente, y es por, lo menos, dudosa; luego conviene prescindir del art. 889 cuando se trata de fijar el sentido del 883.

Queda la hipótesis en la cual la cesión la hace un heredero á todos sus coherederos; la indivisión subsiste entre éstos; de lo que se concluye que no hay partición. De antemano hemos contestado á la objeción al establecer el principio que gobierna esta materia (núm. 418). No hay ninguna diferencia, á nuestro juicio, entre la cesión en que todos los herederos intervienen y la licitación que se hace entre todos los herederos; siendo las mismas las razones para decidir, hay que admitir que en uno y otro caso hay partición. Se objeta que la ficción no debe extenderse; nada tan cierto como esto, pero esta máxima no es ya aplicable cuando los actos á los cuales se quiere aplicar la cesión son idénticos á los que prevee la ley; en este caso, no se extiende la ficción, se interpreta el texto que la consagra. Esto es lo que la misma ley hace en el art. 1408.

427. Se presentan muchas dificultades en la aplicación de estos principios; las circunstancias varían de uno á otro caso. Hay, pues, que desconfiar de las citas en masa de sentencias que se hallan en los autores y en los compiladores; si quiere uno hallar un apoyo en la jurisprudencia hay que tener cuidado de examinar de cerca las sentencias. Un heredero vende su parte á uno de sus coherederos. Conforme á los principios que acabamos de establecer, este acto es una venta cuando se le considera aisla-

damente. Pero en materia de partición, no deben aislarse los actos que se celebran entre los coherederos; hay que ver cuál es el resultado de todos los actos. Pues bien, ese heredero cesionario compra en seguida las porciones de sus demás coherederos; y aun las partes interesadas declaran que esto es á título de licitación; ¿acaso el conjunto de esos actos constituye una partición? Se ha fallado que eran ventas y que, por consiguiente, no había lugar á aplicar el art. 883; el cesionario, aunque siendo heredero y único propietario de todos los bienes, quedaba sometido á las hipotecas constituidas durante la indivisión. A nuestro juicio, el conjunto de esas cesiones constituía una partición. Claro es que si se hubieran hecho en un solo y mismo acto, habría habido partición, conforme á la doctrina consagrada por la jurisprudencia. Y ¿acaso la naturaleza de los actos cambia según que la indivisión cese sucesivamente en un solo instante? ¿No es lo esencial que cese la indivisión y que todos los herederos concurren al acto ó á los actos que la hacen cesar?

428. Las consecuencias que se derivan de los dos principios diferentes, son patentes. Si se admite que el acto es una partición, será declarativa de propiedad, los coherederos tendrán el privilegio de los copartícipes, pero no tendrán la acción de resolución. Mientras que si el acto es una venta, será translativo de propiedad, el heredero vendedor tendrá el privilegio del vendedor, así como la acción de resolución (núms. 412-414).

Uno de los herederos cede sus derechos á un coheredero; los acreedores han tomado inscripción sobre los bienes de la herencia durante la indivisión. Estas hipotecas subsisten en principio, no tiene duda, porque, por acuerdo de todos, esta cesión es una venta. (1) ¿Quiere decir esto que la hipoteca quede adquirida al acreedor y que esté al abrigo

1 Casación, 6 de Mayo de 1844 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2122, 6°).

de las eventualidades de la partición? Se supone que á causa de actos posteriores á la primera cesión, el cesionario llegue á ser adquirente de toda la herencia. En este caso, si es un cesionario extraño, las hipotecas subsistirán; la cesión á un extraño, aun cuando sea de toda la herencia, es siempre una venta. La jurisprudencia y la doctrina son unánimes en este punto, y realmente no hay lugar á duda. (1) Pero si el cesionario es un heredero, concurrirá á la partición definitiva; la muerte de la hipoteca dependerá entonces de las eventualidades de la partición. Se ha fallado que si el heredero cesionario transmite, á su turno, su porción hereditaria y la que ha sido cedida al coheredero con el cual permanecía aún en la indivisión, hay lugar á aplicar el art. 883; habiendo llegado el último cesionario á ser propietario en virtud de una cesión que ha puesto término á la indivisión entre coherederos, se supone que él ha sido siempre propietario exclusivo de los bienes hereditarios; de aquí la consecuencia de que caen las hipotecas consentidas por sus coherederos. Si, por el contrario, la indivisión continúa entre el cesionario y sus coherederos, habrá venta, y, por consiguiente, translación de propiedad; de donde se sigue que subsisten las hipotecas consentidas durante la indivisión.

Según el código civil, importa mucho saber si los herederos en caso de cesión, tienen el privilegio del vendedor ó el del copartícipe, puesto que este último privilegio debe inscribirse dentro de los sesenta días (art. 2109). Esta diferencia entre los dos privilegios ya no existe, según la ley hipotecaria belga (arts. 29, 30 y 33). Se ha fallado bajo el imperio del código civil, que la cesión hecha por un heredero á uno de sus coherederos, de sus derechos sucesi-

1 Nos limitamos á citar la última sentencia de casación, de 9 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 1, 34, y las autoridades que se citan en la nota).

vos, no es una partición, y que, por consiguiente, no da al cedente el privilegio de los copartícipes (1); lo que también es verdad según nuestra opinión, y según el derecho belga. Lo mismo sería aun cuando las partes hubiesen calificado el acto de licitación; esta calificación es impropia, porque la licitación impone pujas y el concurso de todos los herederos llamados á pujar, mientras que en el caso de que se trata, no hay más que un vendedor y un comprador. Pero si el cesionario hubiese comprado ya los derechos de todos los demás herederos, como la última cesión hace cesar la indivisión de una manera completa, el acto sería una partición, y daría, en consecuencia, al cedente el privilegio del copartícipe. (2)

Cuando la cesión de derechos de sucesión constituye una venta, da al vendedor el derecho de resolución á falta de pago de precio. Tal es la cesión que un heredero hace á uno de sus coherederos, el cual permanece en la indivisión con los demás herederos. (3) Si al contrario, la cesión hiciera cesar la indivisión entre todos los herederos, habría partición, y la partición no está sometida á la condición resolutoria. Más adelante volveremos á tratar este punto. (4)

Hay una última consecuencia acerca de la cual casi no puede haber duda, al menos en principio; la aplicación hace surgir siempre dificultades en esta materia. Cuando la cesión la hace un heredero á uno de sus coherederos, hay venta; supuesto que no hay partición, la sucesión permanece indivisa, y por consiguiente, la acción de partición es siempre recibida. Se ha fallado que los

1 Tolosa, 14 de Diciembre de 1850 (Daloz, 1851, 2, 85), y 2 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 2, 103).

2 Montpellier, 27 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 2, 113).

3 Denegada, de 13 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1853, 1, 129).

4 Véanse las sentencias citadas por Daloz, *Sucesión*, núms. 2094 y 2095.

acreedores personales del cedente pueden intentarla en virtud del art. 2205. Tal sería el caso en que el cedente hubiese constituido una hipoteca sobre los inmuebles hereditarios. No pudiendo los acreedores perseguir la venta de los bienes hipotecados, antes de la partición, tiene interés y derecho de provocar ésta; no puede oponérseles que su hipoteca se ha extinguido en virtud del art. 883, por que el principio de la partición declarativa no es aplicable á la venta; subsistiendo la hipoteca, los acreedores pueden usar del derecho que les da el art. 2205. (1) ¿Pasa lo mismo con los acreedores personales del cedente? Si ellos han formulado oposición antes de la cesión, no hay duda alguna, podrán intervenir en la partición y hasta provocarla; el deudor no puede, al ceder sus derechos, quitarles el beneficio de su oposición; la oposición es una especie de secuestro que impide que el deudor venda con perjuicio de sus acreedores. La corte de París ha concedido el mismo derecho á los acreedores que formulan oposición después de la cesión. (2) Esta decisión nos parece difícil de conciliar con el principio elemental que permite que el deudor disponga de sus bienes, y que no dé á los acreedores personales más acción que la pauliana, si la venta se hizo con fraude de sus derechos. Sin duda que, en el caso de que se trata, como lo dice la corte, no hay partición, y esta podrá pedirse á toda hora, pero no puede ya ser provocada por el cedente, supuesto que ha cedido todos sus derechos de sucesión. La acción de partición pertenecerá al cesionario, y por lo tanto, á los acreedores de éste.

429. Los principios según los cuales se decide que la cesión de derechos sucesivos es una partición ó una venta ¿tienen una excepción cuando tal es la intención de las partes contrayentes? En otros términos ¿corresponde á las

1 Denegada, de 2 de Abril de 1851 (Daloz, 1851, 1, 97). Casación, 19 de Enero de 1841 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2122, 4°)

2 París, 18 de Febrero de 1843 (Daloz, 1855, 2, 77).

partes interesadas el determinar la naturaleza y los efectos del acto que celebran? Así una cesión hecha por todos los herederos á uno solo de entre ellos es una partición, según la doctrina que acabamos de exponer: ¿depende de las partes calificar ese acto de venta y atribuirle los efectos de una venta? Del mismo modo, se admite que la cesión que no hace cesar la indivisión entre todos los herederos, es una venta; ¿pueden las partes convenir en que dicho acto sea una partición? La jurisprudencia y la doctrina se hallan en completo desacuerdo acerca de esta cuestión. Nosotros sin vacilar nos ponemos del lado de los autores que enseñan que las partes no pueden derogar el principio consagrado por el art. 883, porque en esto es en lo que lógicamente viene á parar la jurisprudencia. La ley decide que el acto que hace cesar la indivisión entre los herederos es una partición, y que la partición es declarativa de propiedad. ¿Pueden las partes decir. "A la vez que ponemos término á la indivisión, nuestra idea es hacer una venta, y no queremos que nuestro convenio produzca los efectos de una venta, es decir, que sea translativa de propiedad?" O las partes ejecutan un acto que, según la interpretación que se dé al art. 883, es una venta: tal sería una cesión que uno de los herederos hace á todos sus coherederos; ¿puede estipularse que dicha venta sea una partición? No podría uno aceptarlo. Sin duda que las partes contrayentes pueden celebrar los convenios que quieran; pero tienen, sin embargo, algún límite para esa libertad. En primer lugar, no pueden ellas derogar las leyes concernientes al orden público, y tales, á nuestro juicio, la disposición del art. 888. ¿Por qué la ley establece una ficción, en lugar de ajustarse á la realidad de las cosas? Porque la doctrina romana, que es la verdadera doctrina, conduce á evicciones y á acciones rectorias. El legislador ha querido dar estabilidad á la propiedad, ha querido asegu-

rar la tranquilidad de las familias; y esto ¿caso no es un interés público? Y si por consideraciones de interés general es por lo que la ley decide que la partición es declarativa de propiedad ¿se concibe que las partes contrayentes tengan el derecho de convenir en que la partición sea atributiva de propiedad, ó recíprocamente que un acto translativo de propiedad tenga los efectos de una partición? Aun haciendo abstracción del interés público, esto no se concebiría. Cada contrato tiene sus condiciones esenciales; si éstas existen, el contrato existe, y no depende de las partes cambiar la naturaleza y los efectos de aquél. La venta y el trueque son contratos que presentan la mayor analogía: los de interés privado. ¿Quiere decir esto que las partes puedan, á su capricho, transformar la venta en trueque ó el trueque en venta? (1)

La cuestión se ha presentado desde luego en materia de privilegio. Dos herederos son llamados á una sucesión; uno de ellos vende sus derechos al otro; como este acto hace cesar la indivisión, se asimila á una partición por el artículo 883 combinado con el 1408. Tal es la jurisprudencia constante de la corte de casación. Pero las partes quieren considerar esa cesión como una venta; por lo que el acto producirá en provecho del cedente el privilegio del vendedor. (2) La corte de casación que así lo ha fallado ¿ha reflexionado bien en la naturaleza del privilegio? La ley es quien lo concede, ella es la que determina los requisitos para el ejercicio del privilegio; ella lo hace por interés general. Y ¿habrá de depender de las partes atribuirse el privilegio del vendedor, en lugar del privilegio de los copartícipes que les concede la ley? ¿es decir, un privilegio que, según el código civil, podía siempre inscribirse

1 Compárese Dutruc, *De la partición*, pág. 57, núm. 39; Demolombe, t. 17, pág. 335, núm. 282.

2 Dos sentencias de denegada apelación, de 25 de Junio de 1845 (Daloz, 1845, 1, 376 y 377).

útilmente, mientras que el privilegio de los copartícipes debía inscribirse dentro de sesenta días? La venta sometida á la condición resolutoria tácita, á falta de pago, mientras que la condición resolutoria no está subentendida en la partición. ¿Basta que los herederos califiquen de venta un acto que pone término á la indivisión, y que, por consiguiente, es una indivisión, para que la convención pueda resolverse? Esto fué fallado así por la corte de Montpellier en un caso en que las partes ni siquiera se habían servido de la palabra venta: la corte decidió que esa era una venta por interpretación de las diversas cláusulas del acto; y la corte de casación confirmó esa decisión por una sentencia de denegación. (1) ¿Puede concebirse que haya condición resolutoria, sin que las partes la hayan estipulado, cuando el acto hace cesar la indivisión, y cuando las particiones, por su naturaleza, no están sometidas á la condición resolutoria?

Las particiones no están sometidas á los mismos derechos que á las ventas. ¿Qué derechos deben percibirse cuando los herederos han celebrado un acto que hace cesar la indivisión entre todos los copartícipes? Se ha fallado que ese acto es una venta, por más que las partes declaren que tiene por objeto hacer cesar la indivisión entre los contrayentes. En el caso de que se trata, el acto tenía la forma de un contrato de venta, contenía reserva expresa del privilegio y de la acción resolutoria que la ley concede al vendedor; y añadía que los vendedores no garantizaban más que su calidad de heredero. (2) Bajo el punto de vista del derecho fiscal, la decisión puede ser muy jurídica. Pero bajo el punto de vista del principio establecido por el art. 883 ¿es posible que un acto que hace cesar la indivisión no sea una partición? Si una parti-

1 Montpellier, 19 de Diciembre de 1855, y Denegada, de 12 de Agosto de 1856 (Daloz, 1857, 8).

2 Denegada, de 29 de Julio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 443).

ción puede ser una venta por la voluntad de las partes, la venta también podía transformarse en partición si tal es su ántojo. Decimos que el antojo de los herederos determinará la naturaleza del acto: una reciente sentencia de la corte de casación lo prueba. Ella ha fallado siempre que un acto que no hace cesar la indivisión sino para uno de los herederos y que la deja subsistir respecto de los demás, es una venta. Y hé aquí que decide que esta venta puede ser una partición: tal es la cesión que un heredero hace á sus coherederos de su porción hereditaria. ¿Un solo y mismo acto puede, en virtud de la voluntad de las partes, ser ora una venta, ora una partición? Esta doctrina viene á parar necesariamente en la incertidumbre y en lo arbitrario. ¿Es eso lo que el legislador ha querido al hacer de la partición un acto declarativo de propiedad? Ciertamente que nó; él, al contrario, ha querido la estabilidad de los convenios y el reposo de las familias. Para no exponer á los copartícipes á evicciones y acciones recursorias, él ha consagrado una ficción; y no puede depender de la voluntad de las partes que la ficción exista ó no; la ley es la única que puede decidir en qué caso un acto que por sí mismo transfiere la propiedad no hace más que declararla. La ley es muy clara cuando quiere uno ajustarse á su texto y á su espíritu. No hay duda alguna cuando la partición se hace en especie; que se extienda á toda la herencia ó que sólo comprenda algunos breves, que se haga entre todos los herederos ó que la indivisión cese únicamente respecto de uno de ellos, de todas maneras hay partición. Sucede lo mismo en caso de licitación, porque esta se efectúa necesariamente entre todos los herederos. Esto es cierto también de la cesión cuando todos los herederos intervienen en ella. En vano dirían que ellos quieren hacer una venta, la ley dice que es una partición, y los herederos no pueden transformar una partición en venta. Y si la

licitación ha tenido lugar en provecho de un extraño, ó si la cesión no se celebra entre todos los herederos, hay venta, aun cuando las partes contrayentes hubiesen calificado ese acto de partición, ó hubiesen puesto en su escritura algunas cláusulas que impongan una partición. Si se atiende uno á este principio, desaparece la incertidumbre y se obtiene el resultado que el legislador apetece.

b) de la cesión de derechos indivisos en inmuebles hereditarios.

430. La corte de casación aplica los principios que acabamos de exponer, á la cesión que un heredero hace de su derecho indiviso en un inmueble de la herencia. No hay que distinguir, en efecto, entre la cesión que comprende todos los derechos sucesivos del cedente y la que sólo estriba en uno ó varios inmuebles. La partición puede ser parcial (núm. 291); luego los actos asimilados á la partición pueden también ser parciales. Síguese de aquí que los mismos principios son aplicables en una y otra hipótesis. Si se admite con la corte de casación que hay venta y no partición cuando el acto celebrado entre algunos herederos no hace cesar la indivisión respecto de todos, hay que admitir también que la cesión que hace uno de los copropietarios de un inmueble, de sus derechos indivisos á sus copropietarios, entre los cuales continúa subsistiendo la indivisión, es una venta. Síguese de aquí que las hipotecas consentidas sobre ese inmueble, durante la indivisión, continúan subsistiendo después de la cesión, porque la venta no atenta contra las hipotecas que gravan la cosa vendida. (1)

Cuál es la base de la distinción que hace la jurisprudencia.

1 Denegada, de 18 de Marzo de 1829 (Daloz, *Sucesión*, número 2132, 1°). Casación, 22 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1854, 1, 241).

dencia entre los actos que hacen cesar la indivisión respecto de algunos herederos solamente y los que la hacen cesar respecto de todos? Y es que el art. 833 consagra una excepción al derecho romano, y que toda excepción debe restringirse á los límites que la ley establece. (1) ¿No es esto resolver la cuestión por la cuestión misma? La dificultad está precisamente en saber si un acto que se celebra entre todos los herederos es una partición, cuando hace cesar la indivisión respecto de algunos. Es claro que la partición propiamente dicha puede efectuarse entre un heredero y todos sus coherederos, no cesando la indivisión sino respecto del primero, á quien se da su lote, mientras que continúa respecto de los demás. Por la misma razón, la licitación de uno ó de varios inmuebles, hecha por todos los herederos entre sí, se asimila por la ley á una partición; la indivisión cesa parcialmente, en cuanto al bien licitado, por la voluntad de todos los herederos, como en la primera hipótesis cesa respecto de un heredero, por la voluntad de todos. ¿Qué cosa es, pues, lo que constituye la esencia de la partición y de los actos que la ley asimila á ésta? Que la indivisión cesa por la voluntad de todos los herederos, sin que haya lugar á distinguir si cesa respecto de todos los sucesibles, ó respecto de algunos, si cesa para toda la herencia ó para ciertos objetos hereditarios. Es con el concurso de todos los herederos como se hacen las particiones parciales, y ¿por qué había de prohibírseles que hicieran particiones parciales por vía de cesión? Si conviene á ciertos herederos quedarse en la indivisión, mientras que otros quieren salir de ella y desean tener su parte hereditaria en dinero, ¿por qué no permitirles que vendan á sus coherederos sus derechos en los inmuebles

1 Colmar, 1º de Febrero de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 13). Lyon, 21 de Diciembre de 1831 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2122 1º), y 29 de Julio de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 256).

hereditarios? Se les permite en la doctrina de la corte de casación, cuando dan á su contrato la forma de una venta; no se les permite cuando tratan bajo la forma de partición. Sin embargo, el objeto del art. 883 ha sido favorecer las particiones consolidando la copropiedad de los copartícipes, y poniéndolos al abrigo de toda acción recursoria: ¿Hay razones para favorecer las particiones generales en la forma de cesión, y para no favorecer particiones parciales bajo la misma forma? En vano inquirimos dichas razones.

481. La jurisprudencia no es tan unánime como se dice. Hay sentencias que se citan en favor de la opinión general y que en realidad consagran la doctrina que acabamos de exponer. La doctrina está formulada con toda claridad en una sentencia de la corte de Lyon; se lee en los considerandos: "Los actos hechos entre coherederos no pueden tener los verdaderos caracteres de una partición sino en tanto que se trate de actos que han tenido lugar entre todos ellos, por su interés común, y no cuando se trata únicamente de tratados particulares, celebrados entre algunos de los coherederos. (1) Por aplicación de este principio, hay que decidir con la jurisprudencia, que la cesión que uno de los herederos hace á un coheredero de su parte indivisa en los inmuebles, no es una partición, porque los demás herederos no intervienen en el acto. En cambio si un heredero cede á todos los coherederos, sea sus derechos sucesivos, sea sus derechos indivisos en los inmuebles; hay partición, porque su tratado se hace por interés y con concurso de todos los herederos. La cuestión se ha resuelto en tal sentido, en un caso análogo, por la corte de Metz. (2) Dos herederos venden su parte indivisa en inmuebles hereditarios á cuatro coherederos que perma-

1 Lyon, 21 de Diciembre de 1831 (Dalloz, núm. 222, 1°)

2 Metz, 20 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 1°)

necen en la indivisión. Se ha fallado que ese tratado es una partición. La sentencia establece muy bien la diferencia que existe entre esa hipoteca y aquella en que un heredero vende á un coheredero sus derechos indivisos; sin el concurso de los demás. En el último caso no hay partición, por la razón de que los herederos entre los cuales subsiste la indivisión no han concurrido á la cesión; y ¿puede haber partición sin el concurso de todas las partes interesadas? Mientras que si todos los herederos concurren en una cesión, habrá partición parcial; los cedentes vienen á ser extraños á la herencia, y tienen lote por el acuerdo común de todos los interesados. ¿Hay diferencia entre esta cesión y una partición parcial hecha en especie? Y si no hay diferencia, ¿por qué la cesión no había de tener los mismos efectos de la partición?

IV. Límites del principio.

432. ¿El artículo 833 es de estricta interpretación en el sentido de que debe limitarse al caso preciso para el cual se ha expedido, y de que no se le puede extender á hipotecas que el legislador no ha previsto? A primera vista, la afirmativa parece evidente. El art. 833 consagra un principio que se halla en oposición con la realidad de las cosas, y que descansa en una ficción; no ha sido por la vía de la teoría científica por donde ha entrado en nuestro código, sino que debe su origen á intereses prácticos, y si el legislador lo ha consagrado es únicamente en razón de los inconvenientes que la doctrina romana presentaba en la aplicación. Hé aquí muchas razones para restringir la disposición del artículo 833; es él una excepción, una ficción, y con este doble título debe interpretarse restrictivamente. Excelentes autores han concluido de aquí, que si la partición es declarativa y no atributiva de propiedad, es únicamente en materia civil, para que los dere-

chos reales instituidos durante lo indivisión por uno de los copartícipes, se limiten á los bienes solos que más tarde formarán un lote. Bajo los demás conceptos, se dice, la ficción cesa de ser aplicable, la particion recobra su verdadera índole, es atributiva de propiedad. (1)

La corte de casación ha consagrado este principio de interpretación en las sentencias que deciden que el art. 883 no es aplicable á la cesión de derechos sucesivos que deja subsistir la indivisión entre el cesionario y los demás herederos. Se lee en los considerandos, que toda derogación al derecho general, toda ficción debe restringirse estrictamente al caso especial para el cual ha sido literalmente consagrada, que nunca puede permitirse extender una ficción, una derogación, por analogía de uno á otro caso; ahora bien, el art. 883 admite una ficción cuyo único objeto es favorecer las particiones; luego esta ficción debe restringirse al caso para el cual se ha establecido. (2) En otra sentencia se lee que el art. 883 es una excepción al derecho común, según el cual la hipoteca subsiste sobre todos los inmuebles gravados, y los sigue en cualesquiera manos á que pasen, y que una excepción de esta naturaleza debe necesariamente restringirse á los únicos casos expresamente determinados por la ley. (3)

433. Estas sentencias son de 1855 y de 1858. En 1845 la corte tuvo que juzgar la cuestión de saber si el principio de la partición declarativa es aplicable al caso en que una servidumbre pertenece á varios propietarios por indiviso; uno de ellos es menor; la prescripción no corre contra él; ¿se conservará la servidumbre aun respecto del heredero mayor en cuyo lote cae el fundo dominante? Nó, contesta la corte, porque se considera que ese heredero ha

1 Ducourroy, Bonnier y Bonstain, t. 2º, pág. 549, núm. 779.

2 Denegada apelación, de 27 de Mayo de 1835 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2126, 2º)

3 Casación, 13 de Agosto de 1838 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2122, 3º)

sido siempre el único propietario del inmueble, mientras que al heredero menor se le tiene por no haber tenido jamás la propiedad; luego la prescripción ha corrido contra el heredero mayor. Hé aquí, ciertamente, una interpretación extensiva del art. 883; ya no se trata de los coherederos, ni de cargas reales establecidas durante la indivisión; no hay que temer evicción, ni acciones rectorias. No estamos ni en el texto ni en el espíritu del art. 883. ¿Entonces por qué lo ha aplicado la corte? Porque “el art. 833 declara de una *manera general y absoluta*, que se considera que cada coheredero ha sucedido solo é inmediatamente en los efectos comprendidos en su lote.” (1) La misma cuestión se presentó en 1853: idéntica decisión fundada en el mismo motivo. En esta segunda sentencia, la corte decide formalmente que el principio consagrado por el art. 883 es un principio fundamental de nuestro derecho. “El art. 883, dice la corte, al proclamar la retroactividad de las particiones, determina su *índole esencial*, que es la de enlazar inmediatamente á la persona del difunto con la del heredero copartícipe, haciendo abstracción de la época intermediaria entre la apertura de la sucesión y su partición.” (2)

434. Hé allí dos sistemas absolutamente contrarios. ¿Cuál de los dos es el verdadero? La corte de casación parece estar en contradicción consigo misma, y aparentemente pueden hacernos el mismo reproche; en efecto, nosotros hemos combatido la interpretación *extensiva* que la corte ha hecho del art. 883 al caso de la prescripción de las servidumbres; (3) y nosotros acabamos de combatir la interpretación restrictiva que la corte sigue en materia de cesión de derechos sucesivos. ¿Hay medio de conciliar estas aparentes contradicciones? Nosotros hemos contestado de antemano á la cuestión, al exponer el origen y el carácter

1 Casación, 2 de Diciembre de 1845 (Daloz, 1846, 1, 21).

2 Casación, 29 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853, 1, 250).

3 Véase el t. 6.º de mis *Principios*, núm. 322.

del principio establecido por el art. 883 (núm. 396). Es este un principio diferente del que profesaban los jurisconsultos romanos. Luego hay un cambio de doctrina; debe aceptarse á título de principio, y no como una disposición excepcional, se trata de una regla que reemplaza á otra. Esta regla debe aplicarse á todos los casos para los cuales se ha establecido para regir las relaciones de los coherederos que salen de indivisión, para determinar sus derechos y sus obligaciones. Luego no se puede limitar á las cargas establecidas durante la indivisión; el texto no restringe el principio á esta hipótesis, está concebido en términos generales y debe aplicarse en la generalidad. Por esto es que nosotros hemos vacilado en aplicarlo á la enajenación que uno de los herederos hubiese hecho de un bien indiviso (núm. 405). Tampoco se le puede limitar á la partición propiamente dicha; el texto mismo extiende el principio á la licitación, y el art. 1408 prueba que debe extendersele á todo acto que se pueda asimilar á la partición y, por consiguiente, hasta al acto por el cual cesa la indivisión respecto de algunos herederos únicamente: esta es la razón por la cual, en este punto, nos hemos separado de la jurisprudencia francesa (núm. 418), y por lo que hemos rechazado la interpretación restrictiva en que se funda. ¿Quiere decir esto que extendamos una excepción más allá de los límites legales? Negamos que haya excepción. Una vez que la ley consagra un principio, éste es una regla, y deja de ser excepción. Los autores del código civil tenían que escoger entre dos principios, el del derecho romano, la partición atributiva de propiedad, y el del derecho francés, ó la partición declarativa; ellos se han pronunciado por este último; por lo mismo, el intérprete debe aceptarlo como una regla, como la expresión de la verdad; y hay, en efecto, una verdad relativa en la disposición del artículo 883, como ya lo hicimos observar (núm. 396).

¿Quiere decir esto que el principio del art. 883 deba aplicarse á todos los casos en que se trata de determinar los efectos de la partición? Nosotros hemos rechazado la aplicación del principio que ha hecho la corte de casación á la prescripción de las servidumbres: ¿es esto una contradicción? Nó; no puede negarse que la partición declarativa descansa en una ficción; los términos mismos de la ley lo atestiguan; ahora bien, las ficciones nunca tienen la extensión propia de los principios jurídicos. Luego hay un límite en toda ficción, y es el objeto para que fué creada por el legislador. Si los autores del código hubieran dado á conocer el objeto preciso de la ficción que han consagrado, no habría dificultad: este objeto sería el límite que estamos buscando. Desgraciadamente nada se ha dicho en los trabajos preparatorios que pueda darnos luz sobre la transcendencia formulada por el art. 883. Nos remiten á la tradición: nosotros reconocemos que si la tradición fuera cierta, sería decisiva en una materia tradicional; pero la tradición es muy dudosa. El principio se imaginó contra la fiscalización feudal; y se ve que el derecho fiscal ha abandonado la tradición en ciertos puntos, mientras que el derecho civil la ha mantenido. Por otra parte, los intérpretes del antiguo derecho estaban lejos de ponerse de acuerdo sobre la extensión de la ficción que todos ellos admitían, extendiéndola más ó menos. De aquí las dificultades extrañas de esta materia. Hay que cuidarse de atentar una regla de interpretación absoluta, ajustándose á la letra del art. 883. En la aplicación de este artículo, se debe necesariamente tener en cuenta las materias á las cuales se aplica. Esto es lo que nosotros hemos hecho en la cuestión de la prescripción. Aplazamos el examen de las demás dificultades, para examinarlas separadamente en el lugar que les es propio.

435. Nos limitamos á una aplicación concerniente á una

materia cuyos principios hemos ya expuesto. Se ha fallado que, en caso de licitación, no se considera que deba el precio el colicitante adquirente sino desde el día de la apertura de la sucesión, á pesar de la retroactividad de la partición. En este punto, la ficción está en conflicto con la realidad; la corte ha dado la razón, en parte á la ficción y en parte á la realidad. En virtud de la ficción, se tiene al heredero adjudicatario como propietario desde la apertura de la herencia; esta ficción se ha mantenido. ¿Quiere decir esto que él sea deudor del precio á contar desde aquel momento? La ley no pronuncia esta retroactividad, como tampoco la del excedente que uno de los coparticipes debe al otro. Erase el caso que la licitación se había hecho entre un padre y sus hijos; el padre había adquirido todos los bienes indivisos; los hijos tomaron inscripción sobre los bienes para garantía de la hipoteca legal que la ley les da sobre los bienes del tutor; ellos eran menores en la época de la apertura de la herencia, y cuando la licitación, eran mayores. ¿Realmente había hipoteca legal? Si la deuda hubiese ratrogradado, los caudales habrían sido pupilares, y por consiguiente, habría habido hipoteca legal. Pero como la deuda sólo databa del día de la licitación, la cuestión no era de caudales pupilares, supuesto que los hijos habían llegado á la mayor edad. Los hijos tenían, en verdad, un privilegio, como coparticipes, pero este privilegio debía inscribirse, según el código civil, dentro de seis semanas; por no haber tomado inscripción dentro de ese plazo, ellos perdían su privilegio (art. 2109).

Núm. 2. De la garantía de los lotes.

I. En qué casos se debe la garantía.

436. "Los coherederos quedan respectivamente garantos, unos de los otros, por los trastornos y evicciones so-

lamente cuando procedan de una causa anterior á la partición" (art. 884). ¿Cuál es el fundamento de esta obligación? La garantía supone un contrato á título oneroso por medio del cual una de las partes recibe algo de la otra en cambio de lo que ésta da á aquélla. Tal es la venta. Tal es también, según los verdaderos principios, la partición, porque implica un trueque (núm. 395). Pero conforme á la ficción consagrada por el art. 883, la partición no es un trueque, y los copartícipes nada tienen el uno del otro; deben su derecho directamente al difunto ó á la ley. En este orden de ideas, no se concibe la garantía, que ya no tiene fundamento jurídico. Pothier ha tratado de justificarla, á la vez que mantiene la ficción de la partición declarativa. "La única razón, dice Pothier, en la cual se funda la garantía de los copartícipes, en nuestro derecho, es que como la igualdad que debe reinar en las particiones, se halla violada por la evicción que sufre uno de los partícipes en alguna de las cosas que han recaído en su lote, la ley que exige esta igualdad, obliga á cada uno de los copartícipes á restablecerla." (1) Esta explicación, reproducida por Chabot, nada explica, si ha de decirse la verdad. Pothier dice que la igualdad debe reinar entre copartícipes, pero no nos dice el motivo jurídico de esa obligación: si no existe ningún vínculo entre los herederos que se distribuyen la herencia, se busca en vano una causa de la igualdad que entre ellos debe existir. Puede decirse también que la igualdad debe reinar entre los legatarios, en el sentido de que cada cual debe tener la parte que le otorga el testador, ni más ni menos; y, sin embargo, entre ellos no existe la obligación de garantía. ¿Por qué? Porque nada tienen el uno del otro. Si los coherederos se deben garantía, es porque en realidad la partición es un contrato con-

1 Pothier, *De la venta*, núm. 633. Chabot, t. 2º, pág. 665, núm. 1 del art. 884.

mutativo. Y esta es una nueva prueba de que el principio del art. 883 es una ficción; pero la ficción no puede destruir la realidad, y la obligación de garantía es una consecuencia de la realidad de las cosas. (1)

437. Según los términos del art. 1626, la garantía la debe el vendedor, aun cuando no se haya estipulado; ella existe de derecho en virtud de la naturaleza del contrato. No hay disposición análoga en el título de las *Sucesiones* para la garantía de los copartícipes, pero no es dudoso que sea aplicable el mismo principio. La ley es la que impone dicha obligación á los copartícipes, luego no se necesita estipularla; y, por otra parte, resulta de la naturaleza de la partición, según acabamos de establecerlo, así como de la naturaleza de la venta. El art. 1627 agrega que las partes pueden, por medio de convenios particulares, aumentar ó disminuir el efecto de esta obligación de derecho. Se ha fallado que lo mismo es respecto de la garantía que se deben entre sí los copartícipes. Erase el caso que los coherederos habían estipulado la garantía de la solvencia de los deudores, aun cuando hubiese sobrevenido después de consumada la partición, limitando esta obligación á dos años. Esto equivalía á extender la garantía tal como la ley la define (arts. 884 y 886). ¿Tenían derecho á esto las partes? A nuestro juicio, la afirmativa no es dudosa: (2) los particulares pueden celebrar los convenios que gusten, con tal que no deroguen leyes concernientes al orden público y á las buenas costumbres; ahora bien, las cláusulas que extienden ó restringen la garantía, son puramente de interés privado y son extrañas á las buenas costumbres y al orden público; luego son lícitas. (3)

Sin embargo, se ha fallado que los copartícipes no po-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 557, núm. 791.

2 Chabot lo dice en su Informe al Tribunado, núm. 58 (Looré, t. 5º, pág. 126).

3 Grenoble, 16 de Diciembre de 1843 (Daloz 1845, 2, 93).

dían limitar la duración de la acción de garantía á un plazo menor que el de la ley (art. 2262), por ejemplo, á diez años. Si, dice la corte de Bruselas, se permitiera á las partes interesadas limitar la duración de la garantía á diez años, ellas podrían también fijarla á algunos meses ó algunos días, lo que daría por resultado eludir la ley. (1) El motivo no es muy decisivo. Se trata de saber si las partes contrayentes pueden derogar las disposiciones de la ley que fijan la duración de la prescripción; ahora bien, la negativa es evidente, supuesto que la prescripción es esencialmente de orden público, y no se la puede derogar ni en materia de partición ni en cualquiera otra materia.

438. Según los términos del art. 1625, la garantía que el vendedor debe al comprador tiene dos objetos: la posesión pacífica de la cosa vendida y los defectos ocultos de esta cosa ó los vicios redhibitorios. El art. 884 sólo habla de la primera garantía. De aquí la cuestión de saber si los copartícipes están obligados á la garantía en razón de los vicios ocultos. Hay alguna duda. Puede decirse con Demante que, si en la venta, la garantía de los vicios redhibitorios es de derecho, con mayor razón se la debe admitir entre copartícipes, porque la igualdad es la más esencial en la partición que en la venta. ¿Pero se puede imponer obligaciones por argumento *á fortiori*? ¿El silencio del art. 884 acaso no manifiesta que el legislador no ha querido imponer á los copartícipes más garantía que la de la pacífica posesión? Y, por otra parte, no existen los mismos motivos en los dos contratos. Si el vendedor está obligado por los vicios redhibitorios, no es porque la igualdad deba reinar en la venta, sino porque el comprador no habría comprado una cosa viciosa. Ahora bien, ¿puede decirse que los copartícipes no se habrían distribuido una cosa manchada de vicios ocultos? Preciso es que se la dis-

1 Bruselas, 20 de Julio de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 272).

tribuyan de esta ó de la otra manera, puesto que se halla en la masa hereditaria. Sólo que si los defectos se hubiesen conocido, se la habría estimado según esta circunstancia. Esta es, pues, una cuestión de lesión; y ¿tiene el copartícipe una acción cuando ha sido lesionado? Sí, pero con la condición de que la lesión sea de más de una cuarta parte. No creemos que fuera de tal condición, tenga el copartícipe una acción en razón del perjuicio que experimente.

439. Los coherederos son garantes de los trastornos y evicciones. Por evicción se entiende, en la acepción propia de la palabra, el abandono que el poseedor se ve obligado á hacer de la cosa en virtud de una sentencia judicial que á ello lo condena. Pero la palabra ha recibido una significación mucho más amplia en materia de garantía: el poseedor tiene derecho á la garantía, por causa de evicción, en todas las ocasiones en que no puede conservar la cosa en virtud del título que la ley le ha transmitido; así es que, si la cosa incluida en el lote de un heredero no pertenecía á la sucesión, y si el heredero llega á ser propietario de ella por vía de compra ó de herencia, se verá despojado en el momento mismo en que adquiriera la propiedad. En este sentido general es como Pothier dice que el heredero tiene derecho á la garantía, cuando las cosas puestas en su lote no son tales cuales se declararon la partición y cuando tiene interés en que sí lo sean. Esta explicación es demasiado vaga, y de ella se han prevalido para decidir que el heredero tiene derecho á la garantía por los defectos ocultos de la cosa; pero el ejemplo que da Pothier prueba que él no pensaba en la garantía de hecho. Si la heredad, dice Pothier, que ha recaído en mi lote es de una continencia menor que la declarada por la partición, hay lugar á la garantía. Y es porque en este caso yo sufro un perjuicio en la propiedad, y porque sólo un perjuicio

obliga á los copartícipes á la garantía. Un derecho de usufructo ó de servidumbre que el heredero está obligado á sufrir es una evicción, supuesto que las servidumbres, personales ó reales, desmembran la propiedad, y por consiguiente, el heredero no obtiene la plena propiedad de las cosas incluidas en su lote; en este sentido sí está despojado. (1) El trastorno que da lugar á la garantía es el que se llama trastorno de derecho, lo que implica que la propiedad ó la posesión del heredero se ve turbada, es decir, comprometida por una acción de un tercero que pretende tener un derecho á la propiedad ó á la posesión de la cosa ó de una parte de la cosa. Desde el momento en que el tercero manifiesta estas pretensiones por medio de una demanda judicial ó por un acto extrajudicial, el heredero se ve perturbado y tiene derecho á la garantía, porque dichas pretensiones amenazan los derechos que él tiene en virtud de la partición. Otra cosa sería si hubiese trastorno de hecho, el cual no implica ninguna pretensión sobre la propiedad ni sobre la posesión: tales son las empresas que un tercero lleva á cabo, apoderándose de un predio, sin pretender en él ningún derecho, ó si transita por un predio sin reclamar un derecho de servidumbre. El heredero molestado por tales empresas no tiene ninguna acción de garantía, porque su derecho nada sufre, y la garantía sólo existe cuando hay lesión de derecho; él se halla en el caso de todo propietario cuya posesión se ve turbada, la ley abre una acción judicial que pondrá fin á tales usurpaciones. Es verdad que el heredero experimentará un perjuicio si el usurpador, condenado á daños y perjuicios, es insolvente; pero no todo perjuicio da lugar á la garantía, porque se necesita que el derecho del copartícipe sea atacado. (2)

1 Pothier, *De la venta*, núm. 183; *De las sucesiones*, cap. 4.º, art. 5.º, pfo. 3.º

2 Chabot, t. 2.º, pág. 665, núm. 2 del art. 884; Durantón, t. 7.º, página 714, núm. 528.

440. La perturbación conduce necesariamente á la evicción, si tiene fundamento el derecho reclamado por el tercero. ¿Por qué entonces la ley distingue entre la perturbación y la evicción? Porque el heredero tiene interés en proceder desde el momento en que es perturbado. Desde luego, él evitará con esto un segundo litigio, porque el mismo fallo que resuelve sobre la perturbación, condenará á los copartícipes á la garantía, es decir, á pagar la indemnización que le es debida. El, además, tiene otro interés para proceder inmediatamente. Si no trae á sus coherederos á la causa, y si es despojado á causa del trastorno, los copartícipes contra los cuales proceda podrán oponerle que se ha defendido mal, que si ellos hubiesen sido citados al litigio, habrían hecho valer medios suficientes para reprimir el trastorno y evitar la evicción (art. 1640). El heredero perturbado se pondrá al abrigo de esa excepción si procede inmediatamente contra sus garantes. (1) La ley lo dice en el título de la *Venta*, y no es dudoso que el copartícipe tenga el mismo derecho que el comprador.

441. El temor solo de que un trastorno ó una evicción no da al heredero el derecho de proceder contra sus copartícipes. Pothier lo dice, y es de toda evidencia. ¿Debe concluirse de esto que si el heredero tuviera la prueba palmaria de que la cosa puesta en su lote no pertenecía al difunto, debería, no obstante, esperar para promover que el propietario reivindicase su cosa contra él? Claro es que el comprador podría promover, luego también puede hacerlo el copartícipe. Pothier pone á éste, en este particular, en la misma línea. (2) Por el hecho solo de haberse probado que un tercero es propietario de la cosa, queda probado que el difunto no lo era, luego el heredero en cu-

1 Durantón, t. 7º, pág. 713, núm. 527.

2 Pothier, *De la venta*, núm. 687. Demolombe, t 17, pág. 418, núm. 340.

yo lote se pone aquella cosa es despojado, en la acepción más amplia del vocablo.

Hay una sentencia de la corte de casación que parece decidir lo contrario. La corte ha fallado que si, por error, se han incluido en la partición bienes ó valores que no forman parte de la sucesión, no hay lugar á la garantía por este motivo. La corte da, en los considerandos de la sentencia, el singular motivo de que ese error no es una causa anterior á la partición, como lo exige el art. 884. (1) Esta decisión ha sido vivamente combatida por los autores; uno de ellos llega hasta calificar de puerilidad el motivo que acabamos de transcribir. (2) Claro es que la corte se ha engañado; este no era el caso de invoca la disposición del art. 884; porque la causa del error cometido en la partición era en mucho anterior á ésta, supuesto que provenía de una primera partición. Por otra parte, no era esa la cuestión: ¿sufría un perjuicio el copartícipe en cuyo lote se había incluido aquel valor? La afirmativa es evidente, luego el recurso de garantía era igualmente evidente. Creemos inútil insistir.

442. Para que haya lugar á garantía, se necesita, según el art. 883, que los trastornos y evicciones procedan de una causa anterior á la partición. Este principio está tomado de Pothier, quien lo explica con su acostumbrada habilidad. (3) La heredad puesta en el lote de un heredero estaba hipotecada á un acreedor del que le había vendido al difunto; si el heredero es despojado por la acción hipotecaria, tiene derecho á la garantía, porque la acción procede de la hipoteca que el acreedor tenía al hacerse la partición, y por consiguiente, de una causa anterior á la

1 Casación, 10 de Julio de 1853 (Daloz, 1853, 1, 334).

2 Dutruc, pág. 592, núm. 552. Compárese la crítica muy justa del compilado (Daloz, 1853, 1, pág. 334).

3 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4°, art. 5°, pfo. 3°. Compárese Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 560, núm. 794.

partición. Si, por el contrario, el heredero es expropiado por causa de utilidad pública, no tiene ningún recurso contra sus coherederos, aun cuando el príncipe, dice Pothier, no lo hubiese indemnizado. Esta suposición, felizmente, ya no puede hacerse en nuestro orden constitucional, á menos que se suponga una ilegalidad palmaria, una violación de la Constitución, sea por el Gobierno, sea por el poder legislativo; si esto sucediera, el heredero no tendría derecho á la garantía, porque se vería despojado por un caso de fuerza mayor cuya causa es posterior á la partición; luego no hay evicción. Esto es lo que los intérpretes llaman el hecho del príncipe; y entienden por esto un acto de violencia, un abuso de fuerza, lo que no honra á los príncipes, (1) ni á las asambleas que, investidas del poder soberano, imiten á los príncipes. Se ha fallado que no se debe garantía por una renta feudal suprimida sin indemnización. (2) Se comprende ahora por qué la evicción que procede de una causa posterior á la partición no da derecho á la garantía; y es que el heredero ha recibido la propiedad de la cosa, por lo que en nada se ha lesionado la igualdad; no hay ningún motivo jurídico que haga á los herederos responsables de un hecho de fuerza mayor. Si el heredero experimenta un perjuicio, no lo sufre como heredero, sino como propietario; por lo que debe decirse que el caso fortuito recae sobre aquel á quien la cosa le pertenece.

La corte de casación ha aplicado estos principios á los créditos hereditarios que perecen á causa de la insolvencia del deudor, acaecida después de la partición. Esto es lo que el art. 886 dice textualmente de las rentas. Sucede lo mismo con los créditos ordinarios, porque en este punto, el art. 886 no es más que la consecuencia del

1 Chabot, t. 2º, pág. 666, núm. 4 del art. 884.

2 Burdeos, 28 de Enero de 1826 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2164).

884. (1) Mayor dificultad existe cuando se trata de una prescripción empezada antes de la partición y que se cumple después de consumada la partición. En derecho, no vacilamos para decidir que no se debe la garantía de heredero; en efecto, en el momento de la partición, él era propietario, luego había igualdad de derecho entre los herederos, y, en consecuencia, los hay en este motivo á garantía. Se objeta que si queda poco tiempo para que la prescripción se cumpla, no hay falta ninguna que echar en cara al heredero por no haber interrumpido la prescripción, y que, por otra parte, el germen del desposeimiento del heredero es anterior á la partición; lo que pone á los copartícipes en las condiciones de la garantía. (2) Bajo el punto de vista de la equidad, todo esto es verdad; pero ¿permite el derecho que se preste oído á la equidad? No lo creemos nosotros. Hay que hacer á un lado la idea de falta; desde el momento en que la causa jurídica de la evicción es posterior á la partición, no hay lugar á la garantía, aun cuando no hubiese falta alguna que reprochar al heredero; esto es decisivo, porque la prescripción empezada no ha quitado ningún derecho al heredero. ¿Se puede admitir una garantía de equidad? Solamente enunciar la cuestión es una herejía: en efecto, la garantía es una obligación legal, y ¿se puede tratar de una obligación legal en virtud de la equidad, cuando ésta se halla en conflicto con la ley?

443. Cuando la causa de la evicción es anterior á la partición, la garantía se debe al heredero, sea cual fuere el objeto de la evicción. El principio se aplica sin duda alguna á las servidumbres. Hay lugar á la garantía, dice

1 Denegada, de 24 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 211).

2 Hay sentencias en sentidos diversos, y los autores también se hallan divididos. Véanse las autoridades en Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4º, pág. 402, nota 22, y en Demolombe, t. 17, pág. 431, núm. 453.

Pothier, cuando el heredero debe sufrir alguna servidumbre que no fué declarada por la partición, porque entonces experimenta una especie de evicción, supuesto que se desmembra su propiedad Pothier explica, sin embargo, las cargas señoriales de que están gravadas las heredades por la costumbre de los lugares y las servidumbres aparentes. (1) La misma doctrina se enseña bajo el imperio del código civil, en lo concerniente á las servidumbres llamadas legales: tal es la servidumbre de calzadas. Respecto á las servidumbres legales, esto casi no tiene duda porque no son verdaderas servidumbres, sino más bien restricciones que el estado de la sociedad impone al derecho absoluto del propietario. El copartícipe no puede decir que está despojado, cuando queda bajo el imperio del derecho común; él recibe los predios en un estado natural, porque el estado natural de la propiedad es el estar subordinado al derecho de la sociedad. En cuanto á las servidumbres aparentes, se puede invocar el art. 1638, por cuyos términos el comprador no tiene derecho á la garantía por el capítulo de servidumbres no declaradas en el contrato, cuando son aparentes. Se supone que el predio habrá sido estimado en razón de esas cargas, que el comprador no podía ignorar supuesto que se anunciaban por medio de obras exteriores. El mismo motivo para decidir existe en caso de partición. Luego debe haber la misma decisión. Podría objetarse que (2), según el artículo 884, la garantía no cesa sino en virtud de una cláusula expresa y especial de la partición. Más adelante diremos cuál es el sentido de esta disposición que no se aplica á las servidumbres aparentes. Ninguno de los copartícipes puede ser engañado, supuesto que todos conocen el estado de

1 Pothier, *Dé las sucesiones*, cap. 4º, art. 5º, pfo. 3º.

2 Aubry y Rau, sobre *Zachariæ*, t. 4º, pág. 423, nota 25. Duranton, t. 7º, pág. 176, núm. 530.

predios que se distribuyen. El argumento de analogía sacado del artículo 1638 nos parece decisivo.

444. La partición puede comprender los créditos, por más que, según la ley (art. 1229), se dividan de pleno derecho entre los herederos. Si se pone un crédito íntegro en un lote, se le debe garantir al copartícipe como otra cosa cualquiera. ¿Se pregunta cuál es el objeto de la garantía en lo concerniente á los créditos? Los coherederos garantizan desde luego la existencia de los créditos; acerca de este punto no hay duda alguna, porque es de derecho común. ¿Qué debe entenderse por existencia del crédito? Cuando jamás ha habido crédito, claro es que no existe, es la nada. El crédito puede haber existido, pero haberse extinguido antes de la partición; también en este caso el crédito ya no existe. Por último, se le tiene que considerar como no existente, si el deudor tiene una excepción perentoria que nulifique la acción del acreedor; semejante crédito no existe más que en apariencia, supuesto que ningún derecho da al acreedor. (1) ¿Los copartícipes garantizan también la solvencia del deudor? Hay que distinguir entre la insolvencia que existe en el momento de la partición y la que sobreviene con posterioridad. Los autores están de acuerdo en enseñar que los coherederos son garantes de la solvencia del deudor en el momento de la partición. La ley lo expresa respecto de las rentas (artículo 886) y existen idénticos motivos para todos los créditos. Un crédito cuyo deudor es insolvente existe en verdad, de derecho, pero de hecho el acreedor no saca provecho alguno de él, y tanto como si no existiera. Así, pues, la igualdad, que es de la esencia de la partición, se rompería si la insolvencia del deudor no diese ningún recurso de garantía: lo que quiere decir que se debe la garantía. ¿Se preguntará que por qué la ley no habla de la

1 Durantón, t. 7^o, pág. 728, núm. 545, y pág. 724, núm. 542.

insolvencia sino en lo concerniente á las rentas? Es porque ella deroga el derecho común que rige la prescripción cuando se trata de rentas; mientras que deja los créditos ordinarios bajo el imperio del derecho común. Lo que prueba que la garantía de la solvencia es la regla, es que el art. 886 la presume más bien que establecerla. Hay, no obstante, un motivo para dudar. La garantía, en materia de partición, es, en general, análoga á la garantía en materia de venta; ahora bien, el art. 1694 dice que el vendedor no es responsable de la solvencia del deudor sino cuando á ello se compromete. ¿No debe aplicarse esta disposición á los copartícipes? Nó, porque es una derogación del derecho común; la ley supone que la compra de un crédito es una especulación; el comprador no paga el valor nominal del crédito, el precio está calculado sobre la solvencia del deudor; así es que está indemnizado de antemano; si puede perder, puede también ganar; luego hay algo de aleatorio en el contrato que hace, lo que excluye toda garantía. Mientras que la partición es una liquidación que se hace sin especulación ninguna, y á la cual debe presidir la más estricta igualdad. (1)

Los copartícipes no garantizan la solvencia futura; el art. 886 lo expresa para las rentas: "no hay lugar á garantía en razón de la insolvencia del deudor, cuando no ha sobrevenido sino después de consumada la partición." Esta disposición debe extenderse á todos los créditos, porque no es más que la aplicación de un principio general. La corte de casación, que ha propuesto el art. 886, comparaba la insolvencia sobrevenida después de la partición, al incendio que destruye una casa incluida en el lote de un heredero; el caso fortuito recae en el propietario sin que

1 Durantón, t. 7º, pág. 724, núm. 543. Demante, t. 3º, pág. 369, núm. 230 bis 2º. Ducanroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 563 número 800.

pueda ejercitar ningún recurso. (1) Por aplicación de este principio es por lo que el código decide que los coherederos son garantes de la evicción, únicamente cuando ella procede de una causa *anterior* á la partición; ahora bien, la insolvencia que sobreviene posteriormente no impide que haya reinado la igualdad en el momento de la partición; luego no puede dar lugar á garantía.

445. ¿Los coherederos deben garantizarse el continente de los inmuebles declarado en el acto de la partición? Cuando el valor se calcula en razón del continente, no hay duda alguna. Se ha objetado ante la corte de casación, que la falta de continente no es una evicción: muy cierto es que el heredero no puede ser desposeído de lo que no existe, pero también es cierto que los herederos están ante todo obligados á garantizarse la existencia de las cosas puestas en el lote. En el caso de que se trata, faltaban cincuenta y cuatro hectáreas de bosque en trescientos treinta y seis, y la hectárea estaba estimada en la escritura, en quinientos francos. La corte de casación decidió que los copartícipes estaban obligados á la entrega, y por consiguiente, á ministrar el número de hectáreas asentado en el contrato. Esto sucede así en materia de venta (arts. 1616 y siguientes); con mayor razón debe ser así en un contrato en el que es esencial la igualdad. (2)

Léese en la sentencia de la corte de casación, que no era la selva íntegra la que se había incluido en el lote del actor, sino un número de hectáreas. ¿Yay que inferir de esto que la garantía no se debe cuando los inmuebles se han considerado en sí mismos más bien que según su continente? Así lo enseñan algunos, añadiendo que, en este caso, no hay lugar más que á la acción de rescisión por causa

1 Ducaurroy, Bonnier y Boustain, t. 2^o, pág. 564, núm. 802.

2 Sentencia de denegada apelación, de la sala de lo civil, de 8 de Noviembre de 1826 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2153).

de lesión. (1) Esto es admisible cuando no se indica ningún continente; el heredero no puede pretender, en este caso, que la cosa no existe; él ha recibido la cosa puesta en su lote; si se queja de que no tenga el valor que reza el contrato, dice con eso que ha sido perjudicado, por lo que debe promover rescisión por causa de cesión. Otra cosa es cuando el continente está indicado y cuando hay un déficit; en este caso, el copartícipe sostiene que la cosa no existe, en parte al menos, y entonces promueve garantía y no rescisión. (2)

II Efecto de la garantía.

446. Garantir es consagrar la defensa del que es perturbado y que tiene derecho á la garantía. Si la defensa no tiene éxito y hay evicción, el código dispone que “cada heredero está personalmente obligado, en proporción de su parte hereditaria, á indemnizar á su coheredero por la pérdida que le ha causado la evicción” (art. 855). Así es que la obligación de garantía no da lugar á la rescisión de la partición. Lógicamente la partición debería anularse, supuesto que es de principio que “cada heredero puede pedir su parte en especie de los muebles é inmuebles de la sucesión” (art. 826). Este principio se echa en olvido con perjuicio del heredero despojado, el cual recibe una indemnización en dinero, en lugar de recibir bienes hereditarios. Dumoulin, espíritu lógico como todos nuestros grades jurisconsultos, había decidido en un principio, que en caso de evicción debía haber una nueva partición; pero la lógica tiene sus inconvenientes en la vida real; á menudo, el derecho tiene que transigir con las exigencias

1 Aubry y Rau sobre Zachariae, t. 4º, pág. 404, notas 29 y 30, según Foffet de Conflans, sobre el art. 884, núm. 2.

2 Burdeos, 16 de Mayo de 1829 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2206). Compárese Demolombe, t. 17, pág. 420, núm. 342.

de la realidad. Dumoulin se retractó, porque sentía, dice él mismo, que se había dejado llevar demasiado lejos. (1) Hay diversos intereses que conciliar en materia de garantía. Los copartícipes están todos interesados en conservar los bienes puestos en su lote, y el interés de los terceros reclama también la estabilidad de la propiedad. Si se rescindiese la partición, todo quedaría resuelto y habría que arreglar entre los herederos las mejoras y los deterioros; los derechos concedidos á los terceros quedarían aniquilados. De aquí un trastorno en las relaciones civiles; la ley se resigna á esto cuando es necesario, y lo evita cuando de otra manera pueden satisfacerse los intereses lastimados. Ahora bien, la indemnización da esta satisfacción al heredero despojado, y por lo mismo, es inútil la rescisión de la partición. (2) Se ha pretendido que el heredero despojado podía pedir una nueva partición cuando era despojado de su parte en totalidad ó poco más ó menos. (3) Esta es una de esas opiniones que pretenden reformar las leyes á nombre de la equidad, y que deben rechazarse sin vacilación: esto para el derecho, es, en cierto modo, una cuestión de vida ó de muerte. El derecho es la expresión de la equidad general; si, en casos excepcionales, la ley se halla en conflicto con la equidad, el derecho debe preponderar, porque de lo contrario cada intérprete y cada magistrado pondrá la equidad particular en el lugar de la justicia, y habrá tantas leyes como autores y jueces. En el caso de que se trata, ni hay ni asomos de duda; el legislador ha hablado, y ha dado la preferencia al interés de

1 Dumoulin, *Tractatus de eo quod in interest*, núms. 45 y 146. El dice en el núm. 45: "*Sed jam sentio me nimis efeferrri.*"

2 Duquante, t. 3^o, pág. 364, núm. 228; Ducaurroy, Bonnier y Roussein, t. 2^o, pág. 559, núm. 792. Demolombe, t. 17, pág. 436, número 358.

3 Delvincourt, t. 2^o, pág. 363; Vazeille, *De las sucesiones*, art. 885, núm. 1; Rolland y Villargues, *Partición*, núm. 288 y *Evicción*, número 58.

los copartícipes, al interés de los terceros á la vez que poniendo á cubierto el interés del heredero despojado; debemos ceñirnos á su decisión, porque él solo puede establecer excepciones, si para ello hay algún motivo.

447. Si á causa de la evicción, el heredero experimentar una lesión de más de la cuarta parte ¿tendría derecho á promover la rescisión por causa de lesión? Se sostiene la afirmativa (1), pero no ha encontrado favor. Nosotros la rechazamos también, sin aceptar, no obstante, los motivos que se aducen para combatir esa opinión. Se dice que ella pone á los copartícipes á discreción del heredero despojado: si los bienes han aumentado en valor desde la partición, él pedirá la rescisión; si su valor ha disminuido, él promoverá la garantía. (2) A nosotros nos parece que esta no es una razón para decidir. En más de una ocasión acontece que una persona tiene dos acciones; por consiguiente, ella puede elegir, y si escoge la que le es más provechosa, de ello resultará naturalmente una desventaja para el demandado. Debemos prescindir de esas consideraciones de hecho y resolver la dificultad de derecho. La acción de garantía y la de rescisión por causa de lesión se otorgan por causas muy diferentes; la una supone que el difunto no era propietario de la cosa de que es despojado el heredero; la otra supone que los lotes se han compuesto mal. El heredero despojado no funda la acción en la lesión; por mínimo que sea el perjuicio que él sufra, tiene derecho á promover. Mientras que el heredero que pide la rescisión de la partición por causa de lesión, debe probar que, á causa de la partición, ha sido perjudicado en más de la cuarta parte. Además, son del todo diferentes los efectos de las dos acciones; la garantía deja subsistir la partición, la rescisión la anula. ¿Puede admitirse que de-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, págs. 209 y 212, según Valette.

2 Demante, t. 3º, pág. 373, núm. 23 bis 4º Demolombe, t. 17, página 437, núm. 359.

penda del heredero, en caso de evicción, intentar una acción que anule la partición, cuando el legislador quiere que se mantenga la partición? La cuestión planteada de tal suerte debe resolverse negativamente: el legislador es el único á quien corresponde arreglar las condiciones y los efectos de las acciones, y cuando se ha pronunciado, las partes no pueden modificar lo que aquél ha resuelto.

448. El heredero despojado no puede reclamar más que una indemnización. ¿Cómo se calcula ésta? ¿Es por el valor de la cosa en el momento de la evicción, ó por el valor que aquélla tenía en la época de la partición? La cuestión es muy controvertida, lo que prueba que existe alguna duda. Y en caso de duda deben consultarse los principios y la tradición. Nosotros creemos que conforme á los principios la cosa debe estimarse en el valor que tenía en el momento de la partición. ¿Qué es la cosa de que es despojado un heredero? Una cosa que no pertenecía al difunto, y que, por consiguiente, no habría debido comprenderse en la partición. Supongamos que, en aquel momento, la cosa valiera diez mil francos. Estos diez mil francos no habrían debido comprenderse en la partición; el resultado de la evicción es, pues, que habría diez mil francos menos que distribuir, y por consiguiente, esta pérdida tiene que repartirse entre todos los copartícipes. Tal era la doctrina de Pothier, y la tradición es decisiva en este punto; porque los autores del código no han hecho más que trasladar al art. 885 lo que decía Pothier. Según los términos de este artículo, cada uno de los coherederos está obligado, en proporción de su parte hereditaria, á indemnizar á un coheredero por la *pérdida que le ha causado la evicción*. Y leemos en Pothier: “La obligación de garantía consiste en que cada uno de los coherederos está obligado, por la porción de que es heredero, á indemnizar á su coheredero por la *pérdida que le ha*

causado la evicción.” Las expresiones son idénticas; queda por averiguar lo que Pothier entendía por la *pérdida* que la evicción causa al heredero; ahora bien, él enseña según Dnmoulin, que cuando un copartícipe ha sufrido evicción, sus copartícipes están únicamente obligados á darle razón de *la suma por la cual ella se le dió en partición* (1). ¿Y no es esto el comentario auténtico del art. 885?

Se objetan los términos de la ley; al decir que los herederos deben indemnizar al que ha sido despojado de la *pérdida que le ha causado la evicción*, ¿no está diciendo el código que el momento de la evicción es lo que debe considerarse para estimar dicha pérdida? La objeción tendría alguna fuerza si Pothier no hubiera dado de antemano la explicación del texto. Aun haciendo á un lado la tradición, una cosa es decir que el heredero debe ser indemnizado por la pérdida que le causa la evicción, y otra cosa que la pérdida debe estimarse en la época de la evicción. El texto no resuelve esta última cuestión que queda intacta, lo que vuelve á llevarnos á los principios; y en el terreno de éstos, la cuestión no es dudosa. En verdad que había un sistema más justo que el del código, y era nulificar la partición; la nueva partición habría tomado los bienes en el estado en que se hallan en el momento de la evicción, y por consiguiente, cada uno de los copartícipes habría ganado ó perdido, según que los bienes hubiesen aumentado ó disminuido de valor. El sistema consagrado por el código puede conducir á injustas desigualdades; si el heredero es despojado de un bien que vale 50,000 francos en el momento de la evicción y que sólo valía 40,000 cuando se hizo la partición, entonces pierde. En cambio, si se admite la opinión que estamos combatiendo, los demás herederos perderán si sus bienes no han aumentado de valor,

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4º, art. 5º, pfo. 3º; *De la venta*, núm. 33.

mientras que aquel de que ha sido despojado el heredero, ha duplicado su valor. Se pretende que, en esta última hipótesis los coherederos podrán pedir la rescisión de la partición. Esto es del todo arbitrario, supuesto que en nada se funda. Ajustémonos al texto y á la tradición que lo interpreta. (1)

449. En el título de la *Venta*, la ley asienta otros principios concernientes al monto de la indemnización á la que tiene derecho el comprador en caso de evicción (artículos 1631-1633). Los autores están de acuerdo en enseñar que los principios particulares á la venta no se aplican en materia de partición. Hay, en efecto, una diferencia esencial entre la partición y la venta. El comprador contrata con un fin interesado, para sacar algún provecho, mientras que los copartícipes no especulan, sino que liquidan derechos preexistentes, que ni siquiera deben el uno al otro; en el sistema del código, la igualdad es lo que preside á esta liquidación. Resulta de esto que no pueden extenderse á la partición las disposiciones que rigen derechos y obligaciones del comprador y del vendedor. (2) Por consiguiente, el art. 1634 no es aplicable á los copartícipes. El vendedor está obligado á reembolsar ó á hacer que se reembolse al adquirente por aquel que lo despoja de todas las reparaciones y mejoras que él ha hecho en el predio. Se ha fallado que esta obligación no incumbe á los copartícipes. (3) El vendedor tiene obligaciones más estrictas, porque se obliga á transferir la propiedad de la cosa al com-

1 Massé y Vergé sobre Zachariae, t. 2º, pág. 376, nota 13; y los autores que citan. Hay un fallo en este sentido del tribunal de San Marcelino, de 19 de Enero de 1859 (Daloz, 1859, 3, 47). La opinión contraria es la que se adopta con más generalidad. Véanse las autoridades citadas por Demolombe, t. 17, pág. 442, núm. 363. Hay, en este sentido, una sentencia de Bruselas, de 20 de Julio de 1845 (*Pascrisia*, 1845, 2, 272).

2 Ducaurroy, Bonnier y Rostain, t. 2º, págs. 558 y siguientes, número 792. Durantón, t. 7º, pág. 728, núm. 546.

3 Denegada, de 9 de Abril de 1862 (Daloz, 1862, 1, 290).

prador; los copartícipes están únicamente obligados á indemnizar al heredero despojado, á fin de restablecerla igualdad que debe reinar entre ellos. El heredero que ha emprendido trabajos en el inmueble de que es despojado, no tiene recurso sino contra el propietario que reivindica contra él el fundo. En otro lugar de esta obra (t. 6º, números 173-181) hemos expuesto los principios que rigen las relaciones del propietario y del tercer poseedor.

450. El recurso de garantía se decide en razón de la parte hereditaria de cada uno de los garantes. Esto es una consecuencia del principio en que se funda la garantía. La evicción constituye una pérdida para todos los herederos; el valor del bien de que es despojado el heredero se halla de menos en la herencia, por lo que cada uno de los herederos debe tomar menos en el activo, en proporción de su parte hereditaria. Siguese de aquí que el heredero despojado reporta igualmente su parte en la pérdida, á diferencia del comprador que tiene derecho á una indemnización completa. El art. 886 dice que cada uno de los coherederos está *personalmente* obligado; y no añade, como lo hace el art. 873, que está obligado hipotecariamente por el total. Sin embargo, la ley da al heredero despojado un privilegio para asegurar su recurso; este privilegio recae sobre todos los inmuebles comprendidos en el lote de los garantes (ley hipotecaria, art. 27, núm. 4); pero como el privilegio no es más que el accesorio del crédito, y como cada heredero no es deudor sino por su parte, resulta que cada uno de ellos no está obligado hipotecariamente sino por la parte que debe reportar en la pérdida común. (1) Insistiremos sobre el privilegio de los copartícipes, en el título de las *Hipotecas*.

451. El art. 885 establece que: "Cada uno de los coherederos está personalmente obligado." Se pregunta si la

1 Chabot, t. 2º, págs. 677 y siguientes, núms. 1 y 2 del art. 886.

obligación de garantía incumbe al heredero beneficiario. No es dudoso que el heredero despojado tenga un recurso contra un coheredero que ha aceptado bajo beneficio de inventario, porque el heredero beneficiario es heredero, y la pérdida que resulta de la evicción deben soportarla todos los herederos. Pero la dificultad está en saber si el heredero beneficiario está obligado á la garantía *ultra vires*. Los mejores en entendimientos están divididos en esta cuestión. Nosotros creemos que él debe pagar su parte en esta deuda por el todo. La garantía es una obligación impuesta á los herederos entre sí, y el beneficio de inventario sólo se refiere á las relaciones del heredero con los acreedores; acarrea la separación de patrimonios, y esta separación sólo puede oponerse á los acreedores del difunto. (1) Se objeta que el heredero no es más que un administrador de la herencia, y que, como tal, no puede obligársele á la garantía, como tampoco al tutor. (2) La objeción es demasiado absoluta, y para nada tiene en cuenta los derechos del heredero; éste es representante del difunto, es propietario de los bienes puestos en su lote; debe la devolución á sus coherederos, y por consiguiente, está también obligado á la garantía. Hay, no obstante, algo de cierto en la objeción que se hace contra nuestra opinión, y es que los bienes que el heredero beneficiario recibe por la partición sirven para pagar á los acreedores. Luego si el heredero beneficiario ha distribuido á los acreedores un valor de diez mil francos, por ejemplo, que debe restituir á su coheredero despojado, resulta que habrá pagado esos diez mil francos sin deberlos, supuesto que tienen que deducirse de su emolumento; de esto concluimos que si la sucesión está en ruina, si no hay residuo, él tendrá una acción recursoria contra los acreedores, fundada en que

1 Dausurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 562, núm. 799.

2 Demante, t. 3º, pág. 366, núm. 226 bis 4º.

les habrá pagado diez mil francos que no les debía. Pero si quedare un emolumento suficiente para cubrir la pérdida de los diez mil francos, será el heredero el que los reporte. Acerca de este punto no podría haber duda.

452. "Si uno de los coherederos se halla insolvente, la partición á que está obligado debe repartirse igualmente entre el garantido y todos los coherederos solventes" (artículo 885). Esta disposición deroga el derecho común, según el cual las deudas no solidarias se dividen entre los deudores, y cada uno no está obligado sino por su parte, y no es responsable de la insolvencia de los demás deudores. ¿Cuál es el motivo de esta derogación? El motivo en el cual descansa la obligación misma de la garantía, la igualdad que debe reinar entre coherederos. El que es desdorado debe ser completamente indemnizado de la pérdida que le causa la evicción, salvo el reportar su parte. Y no quedaría indemnizado si tuviera él solo que perder la parte que el insolvente debía pagarle. Como esta insolvencia y el perjuicio resultante para el garantido es una consecuencia indirecta de la evicción, es justo que el perjuicio se reparta entre todos los herederos solventes, incluso el garantido.

III. Cuando la garantía cesa.

453. El art. 884 establece que "la garantía no tiene lugar si la especie de evicción sufrida ha sido aceptada por una cláusula particular y expresa de la escritura de partición." Resulta de esto que una cláusula general de no garantía sería nula. Una cláusula semejante es válida en materia de venta, pero no dispensa al vendedor de restituir el precio; lo que hace que la cláusula sea inaplicable en la partición, en la cual no hay precio. Y aun puede estipularse que el vendedor no restituirá el precio; en este caso, la venta es aleatoria (arts. 1627, 1629). Esto explica por

qué una cláusula general de no garantía no puede convenirse en la partición, porque alteraría su carácter esencial, la igualdad, lo que excluye toda cláusula aleatoria. El contrato de venta es una especulación, y nada impide que las partes especulen aun sobre eventualidades; mientras que la partición no puede dar todo á uno y nada al ótro: esto no sería entonces una partición. Esta razón no existe cuando hay una cláusula de no garantía; en este caso, la cosa sujeta á á evicción habrá sido estimada en consecuencia, y, por lo tanto, el copartícipe en cuyo lote aquélla está incluida se halla indemnizado anticipadamente. Chabot da el ejemplo siguiente. En la escritura de partición se dice que una casa goza de una servidumbre en la heredad vecina, pero que existe ó que puede surgir á este respecto una discusión con el propietario; la escritura agrega que el heredero en quien recaiga el lote hará valer el derecho, á su cuenta y riesgo, sin que pueda reclamar una indemnización en caso de evicción. Esta cláusula es válida. Debe presumirse que en razón de la incertidumbre que reina sobre el derecho previsto en el contrato, aumentará el lots en el cual está puesta la casa, ó, lo que viene á ser lo mismo, que la casa se habrá estimado en un valor menor. (1) Aun limitada de esta suerte, de la cláusula no garantía se concilia difícilmente con la naturaleza de la partición; de ello resulta, en efecto, una probabilidad de ganancia ó de pérdida, que da á la partición un carácter aleatorio, cosa contraria á su esencia.

Comunmente se da otra razón de la disposición del artículo 884. Si no se permite, dicen, una cláusula general de no garantía, es porque se teme que encubra un fraude de uno de los herederos, que, conociendo el riesgo de la

1 Chabot, t. 2º, pág. 667, núm. 5 del art. 884. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 521, núm. 795. Demante, t. 3º, pág. 363, núm. 227 bis 1º

evicción, hiciese incluir en la escritura de partición una cláusula de no garantía, teniendo cuidado de mandar poner la cosa litigiosa en el lote de uno de sus coherederos. (1) La razón no es decisiva. En primer lugar, no se aplica al caso muy frecuente en que los lotes se echan en suerte. En segundo lugar, si hay fraude la partición sería nula por causa de dolo, y, por consiguiente, podría pedirse su rescisión, lo que hacía inútil el recurso de garantía.

El art. 884 permite una cláusula particular de no garantía; la ley quiere que sea expresa. Puede ser que esta cláusula no esté estipulada sino en provecho de uno de los copartícipes; se pregunta si debe ser expresa en el sentido de que la escritura debe declarar en términos formales que el copartícipe quede exento de todo recurso de garantía. Se ha fallado que la cláusula no debe ser expresa en el sentido de que basta que la derogación resulte de las circunstancias de la causa, principalmente de la correspondencia de las partes interesadas y de otros documentos. A primera vista, esta decisión parece contraria al texto del art. 884, que exige una cláusula expresa que prevea la especie de evicción por cuyo motivo no se deberá la garantía. Pero la cláusula que la corte de Montpellier tenía que interpretar, no era una cláusula general de no garantía; ella dispensaba únicamente á uno de los copartícipes del recurso de garantía, en caso de evicción sufrida por sus coherederos; y las piezas agregadas al proceso probaban que bajo esa condición era como el heredero había consentido en la partición. La decisión fué mantenida por la corte de casación. (2)

454. ¿Cesa la garantía si el heredero despojado tuviera conocimiento al hacerse de partición, de los riesgos de la evicción? En el antiguo derecho se decidía la cuestión en

1 Durantón, t. 7º, pág. 717, núm. 534, y todos los autores.

2 Denegada, de 3 de Marzo de 1856 (Daloz, 1856, 1, 304).

contra del heredero, Lebrún de una manera absoluta y Pothier con una restricción: por una parte enseña éste que el simple conocimiento que el heredero hubiese tenido de que la cosa estaba sujeta á evicción, no lo excluye del derecho de garantía; pero en otro lugar él añade que otra cosa sería si apareciere que el heredero hubiese quedado, por la partición, cargado con los riesgos de la evicción, y que se le hubiese dado la heredad en mucho menos de su valor. Esta distinción es equitativa, pero muy vaga, y habría originado pleitos sobre la intención de las partes contrayentes. El código ha zanjado la dificultad exigiendo una cláusula expresa de no garantía. Tal es la opinión de todos los autores, salvo el disentimiento de Vazeille, que no debe tenerse en cuenta, porque se halla en oposición con el texto de la ley. (1)

455. Cuando se ha estipulado la cláusula de no-garantía y ha tenido lugar la evicción, el heredero despojado no tiene ningún recurso contra sus copartícipes. Pero si de la evicción resulta una lesión de más de la cuarta parte ¿no tendrá él por este motivo la acción de rescisión? Acerca de este punto hay alguna incertidumbre, en la doctrina, una cosa sí nos parece evidente, y es que el heredero no tiene derecho á ninguna acción en razón de la pérdida que la evicción le hace sufrir; porque ese perjuicio ha sido previsto por el contrato; así es que la evicción no hace más que realizar las estipulaciones de las partes contrayentes: un daño previsto y de antemano exceptuado no puede dar margen á una acción cualquiera de indemnización. ¿Debe mantenerse esta decisión en el caso de que en la estimación no se haya tenido en cuenta la depreciación resultante del

1 Lebrún, lib. 4.º, cap. 1.º, núm. 73; Pothier, *Introducción al título 17 de la costumbre de Orleans*, núm. 101; *Tratado de las sucesiones*, capítulo 4.º, art. 5.º, pfo. 3.º Chabot, t. 2.º, pág. 670, núm. 7 del art. 884, seguido por todos los autores

riesgo de la evicción? La equidad está ciertamente en favor del heredero; pero ¿no puede objetársele que ha renunciado á toda acción, al consentir en tomar la cosa al precio fijado en el contrato, y con estipulación de no garantía? Otra cosa sería si, haciendo abstracción del riesgo de la evicción, la cosa hubiese sido estimada en su precio de tal modo superior á su valor, que de ello resultase una lesión de más de una cuarta parte. Se vuelve entonces al derecho común. Creemos inútil insistir sobre estas dificultades; las hipótesis en las cuales se presentan son tan poco probables, que se puede osadamente colocarlas entre esas tésis ociosas que se discuten en la escuela y que sería mejor hacer á un lado. (1)

456. Según los términos del art. 1640, la garantía por causa de evicción cesa cuando el comprador se ha dejado condenar sin apelar á su vendedor, si éste prueba que existían medios suficientes para desechar la demanda. Esta disposición se aplica por analogía á la partición, porque es de derecho común. Es un principio que el que experimenta por su culpa una pérdida no tiene recurso que ejercitar por tal motivo, aun cuando hubiese tenido un recurso y no hubiese cometido falta alguna. Se da como ejemplo el caso en que el heredero, molestado por una acción de reivindicación, descuida oponer una prescripción adquirida. Es verdad que él puede proceder así por un sentimiento de delicadeza; pero como dice muy bien Demante, no le es permitido ser delicado á expensas de sus coherederos. Es llegado el caso de aplicar el artículo 2225, que dice: "los acreedores á otra persona cualquiera que tenga interés en que se adquiriera la prescripción, pueden oponerla, aun cuando el deudor ó el propietario renuncien á ella." El heredero, desde el momento en que es

1 Véanse en sentido diverso. Demolombe, t. 17, pág. 428, número 451; Mourlón, t. 2º, pág. 213; Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 436, nota 35, y los autores que citan.

molestado, debe traer á causa á sus coherederos; á ellos corresponde ver si les conviene oponer la prescripción ó hacer valer otros medios de defensa. (1)

La corte de casación ha hecho la aplicación de este principio á un caso que no ofrecía la menor duda. Por una parte el copartícipe no había registrado su privilegio, y por otra parte, la insolvencia del deudor, que le hacía perder su crédito, había sobrevenido posteriormente á la partición; luego había dos razones igualmente decisivas para que no hubiese lugar á la garantía. (2)

457. El recurso de garantía prescribe, según el derecho común, en el lapso de treinta años (art. 2262), los cuales comienzan á contarse, según el art. 2257, desde el día en que tiene lugar la evicción. Hay excepción á esta regla, en lo concerniente á la garantía que los copartícipes se deben, en materia de rentas. Según el art. 886, la garantía de la solvencia del deudor de una renta no puede ejercitarse sino dentro de los cinco años que siguen á la partición. Esta disposición deroga el antiguo derecho; siendo perpetuas las rentas, se concluirá de esto que la garantía era también perpetua, en el sentido que duraba todo el tiempo que la renta. Esto no era tan absurdo como algunos lo pretenden, Pothier tiene razón en decir que la renta difiere de los créditos ordinarios; consistiendo éstos en un capital que es exigible, basta para asegurar los derechos de los herederos, garantir la solvencia en el momento de la partición. Mientras que las rentas no son exigibles en cuanto al capital, el acreedor no tiene derecho más que á las caídas, á medida que se vayan cumpliendo. Si no se garantiza la solvencia del deudor sino en el momento de la partición, habrá desigualdad entre él y el acreedor de un capital; en efecto, tendrá la seguridad

1 Demante, t. 3^o, pág. 364, núm. 227 bis 2^o, y todos los autores. Bruselas, 20 de Julio de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 272).

2 Denegada, de 24 de Diciembre de 1866 (*Dalloz*, 1867, 1, 211).

de percibir su crédito íntegro y el otro corre riesgo de perder el capital y los réditos vencidos. Pero la responsabilidad ilimitada de los coherederos tiene un inconveniente, y es que los expone todos los años á acciones recursorias. A Lebrún pareciale esto duro, y los autores del código son de su opinión, sólo que de un exceso han venido á caer en otro. (1) ¿Por qué limitar el recurso de garantía á cinco años para la solvencia del deudor al hacerse la partición? ¿y por qué hacer correr ese plazo desde la partición, en contra de la regla escrita en el art. 2257? En vano se buscarían las razones de estas disposiciones del todo arbitrarias. (2)

Como la prescripción establecida por el art. 886 es, á todas luces, una excepción, debe restringirse al caso para el cual se expidió, es decir, para el servicio de las caídas de la renta. Si no existiere la renta, habría garantía por este capítulo lo mismo que para la existencia de toda cosa y de todo derecho puesto en el lote de los copartícipes. Como la garantía de la existencia de la renta no entra ni en el texto, ni en el espíritu del art. 886, queda, por tal motivo, bajo el imperio del derecho común; luego dura treinta años y la prescripción no empieza á contarse sino desde el día en que se ha comprobado la no existencia de la renta. Todos los autores están de acuerdo en este punto. (3)

458. Hay alguna incertidumbre sobre la garantía de

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4º, art. 6º, pfo. 3º; Lebrún, lib. 4º, cap. 1º, núm. 68; Chabot, t. 2º, pág. 678, núm. 1 del art. 886; Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 563, núms. 801 y siguientes.

2 Durantón ha tratado de justificarlas, t. 7º, pág. 722, núm. 541. La justificación ha sido criticada tanto como el código (Demaute, t. 3º, pág. 370, núm. 230 bis 4º, Demolombe, t. 17, pág. 464, número 375).

3 Véanse las autoridades citadas por Demolombe, t. 17, pág. 467, núm. 378, y por Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 406, nota 38.

la solvencia del deudor cuando se trata de créditos ordinarios. Hemos aplicado el art. 886, por analogía en lo concerniente al principio de la garantía (núm. 444), por que en este punto, este artículo no hace más que consagrar el derecho común. Otra cosa es de la prescripción, porque como ésta es del todo excepcional no podría extenderse. Luego hay que atenerse á los principios generales que rigen la prescripción. Esto equivale á decir que la acción de garantía durará treinta años. (1) ¿Cuándo comenzará á correr este plazo? A nosotros nos parece que debe aplicarse la disposición del art. 2257, que era también adoptada en el antiguo derecho. Trátase de la garantía debida por evicción. Así es que la evicción no empieza á correr desde el día de la evicción, y ¿cuándo puede decirse que la evicción, es decir, la insolvencia del deudor existe? Desde el día en que está comprobada por la discusión de sus bienes; es desde este día cuando él pierde el beneficio del plazo, y también cuando el acreedor está en aptitud de promover. (2)

§ VI.—DE LA RESOLUCION Y DE LA RESCISION
DE LA PARTICION.

Núm. 1. De la resolución.

459. La corte de casación ha fallado que las particiones pueden hacerse con las mismas condiciones que otro contrato cualquiera. (3) Esto no es más que la aplicación del derecho común, y el derecho común debe aplicarse, á menos que la ley lo derogue. Se objeta que el principio con-

1 Tal es la opinión común, con excepción del disentiimiento d^o Ponjol (Zachariæ, t. 4^o, pág. 406, nota 40. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2^o, pág. 565, núm. 804.)

2 Demolombe, t. 17, pág. 470, núm. 382, núm. 382, y los autores que él cita. Según Zachariæ, y Duvergier, la prescripción se cuenta desde la partición.

3 Casación, 8 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 16). Compárese el núm. 293 de este tomo.

sagrado por el art. 883 se opone á una partición condicional. El código dice que la partición es declarativa de propiedad y no atributiva; lo que supone, dicese, que la partición, una vez operada, declara definitivamente que cada uno de los copartícipes ha sido propietario, desde la apertura de la sucesión, de los bienes comprendidos en su lote; no se concibe que esta declaración sea provisoria, á menos que sólo se refiera al goce. Nosotros, con la corte de casación, contestamos que el art. 883 rige las particiones consumadas, es decir, las particiones que las partes han querido que sean irrevocables; pero no es obstáculo para que los herederos suspendan la partición ó la resuelvan. ¿Es permitido suspender la existencia de la partición por medio de una condición suspensiva? Ninguna ley lo prohíbe con tal que la indivisión no sea mantenida durante más de cinco años (art. 816). ¿Es permitido estipular que la partición se resuelva si tal evento futuro é incierto llega á realizarse? El art. 1168 autoriza la condición resolutoria tanto como la suspensiva, en toda especie de convenios, luego también en la partición, supuesto que ninguna ley se opone á ello.

Así, pues, la corte de casación ha fallado bien; sólo que su lenguaje no es correcto, y si lo hacemos notar, es á fin de que nuestros lectores se habitúen á expresar con claridad su pensamiento. Ella dice que las partes contrayentes tienen el derecho de distribuir provisionalmente sus bienes. Esto no es exacto. Las particiones hechas con condiciones resolutorias no crean una propiedad provisional ó temporal; á los copartícipes se les tiene por propietarios desde la apertura de la herencia, del mismo modo que el comprador con condición resolutoria es propietario desde la venta. Pero, en uno y otro caso, la propiedad declarada ó transmitida quedará resuelta si se cumple la condición resolutoria; en este caso, las partes jamás habrán sido

propietarias; se considerará que los herederos han estado siempre en la indivisión, y no habrán tenido propiedad exclusiva, ni siquiera provisional.

La corte se expresa también con falta de exactitud cuando dice, al hablar de la resolución, que las partes pueden subordinar la existencia de la partición á una condición. Esto sería, no ya una consideración resolutoria, sino suspensiva; es inútil añadir que es grande la diferencia, puesto que la condición suspensiva tiene el efecto de que la partición no existe, mientras que la condición resolutoria no suspende la existencia de la partición, sino únicamente su resolución. (1)

460. Hay, sin embargo, una diferencia considerable entre la partición y los contratos sinalagnáticos. En general, la condición resolutoria se subentende en estos contratos para el caso en que una de las partes no satisface su compromiso (art. 1184). La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo para admitir que la condición resolutoria no está subentendida en las particiones. (2) Ya hemos dado la razón de esta diferencia. Si la ley subentende la condición resolutoria en los contratos sinalagnáticos, es porque supone que esa es la intención de las partes contrayentes. Ahora bien, en la partición, la ley no podía hacer tal suposición. En primer lugar, es raro que cada uno de los coparticipes esté obligado con el otro. El caso más común de las obligaciones recíprocas contraídas por los coherederos, es el de devolución por saldo; y es raro que la mitad de los coparticipes esté obligada á los saldos con la otra mi-

1 Se hallan las mismas expresiones inexactas y la misma doctrina, exacta en su fondo, en una sentencia de Montpellier, de 12 de Mayo de 1847 (Daloz, 1847, 2, 158).

2 Véanse las autoridades citadas por Zachariæ, t. 4º, pág. 406 y nota 4, y por Demolombe, t. 17, p. 380, núm. 303; Metz, 23 de Marzo de 1820; Besançon, 25 de Junio de 1828; Casación, 29 de Diciembre de 1829, y 14 de Mayo de 1833; París, 21 de Noviembre de 1830, y 3 de Febrero de 1853; Nancy, 27 de Julio de 1838 (Daloz, *Succesión*, núm. 2093-2096), y 1855, 2, 334.

tad; casi siempre hay lotes que no están gravados con saldos; los herederos que tienen tales lotes están interesados en que se mantenga la partición; por lo que el legislador ya no podía suponer á las partes contrayentes la voluntad de resolver la partición, si una de ellas no cumpliese los compromisos más particulares que ha contraído con la otra; porque no puede suponerse que todos los coparticipes hayan querido ponerse á merced de algunos de entre ellos que pudieran haberse puesto de acuerdo para romper las particiones que todos los demás estaban interesados en mantener. La resolución, por otra parte, en materia de partición, tiene inconvenientes mayores que los que presenta en los demás contratos, en razón del mayor número de coparticipes cuyos derechos vuelven á ponerse en duda cuando la partición está resuelta. Familias enteras se ven molestadas por estas acciones resolutorias, así como los terceros á los que se han otorgado derechos después de la partición. Frente á todos estos inconvenientes, el legislador no podía presumir que la intención de las partes fuese resolver la partición. El mismo principio se aplica á la licitación judicial (1) y á la licitación voluntaria que se verifica entre coherederos. (2) Aunque por naturaleza la licitación sea una venta, el legislador la asimila á una partición, cuando se verifica entre coherederos; luego está sometida á los principios que rigen la partición.

461. Se llama pacto comisorio á la condición resolutoria que se estipula para el caso en que una de las partes no cumple sus obligaciones. ¿Puede incluirse tal cláusula en una partición? La cuestión es debatida, y á nuestro juicio, no es dudosa. El pacto comisorio es una condición resolutoria expresa, en el sentido de que la estipulan las partes contrayentes. Ahora bien, los coherederos pueden estipular las condiciones que quieran, luego también el pac-

1 París, 20 de Noviembre de 1851 (Daloz 1854, 5, 545).

2 Lyon, 8 de Febrero de 1855 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2096).

to comisorió. No es posible prevalerse, contra la condición resolutoria expresa, de las razones que han obligado á rechazar la condición resolutoria tácita en materia de partición. Sin duda que la resolución por causa de inejecución de los contratos presenta algunos inconvenientes, razón por la cual el legislador no la presume; pero de esto á prohibir, hay distancia. Para esto se necesitaría un texto, y no lo hay. Esto decide la cuestión. Agregamos que el legislador habría hecho mal en prohibirla; él debe dejar á las partes el cuidado de velar por sus intereses; si á ellas les parece que la cláusula resolutoria no compromete sus intereses ¿por qué prohibirles que la inserten en sus convenios? Se lee en una sentencia que esta cláusula es incompatible con los efectos esenciales de la partición. (1) Esta es una pura afirmación á la que ya hemos contestado: ¿por qué la propiedad declarada no había de poder resolverse tanto como la transferida? La sentencia agrega que la cláusula de resolución, si se admite, será presto de estilo, lo que destruiría enteramente la ficción del art. 883, ficción introducida por interés de los terceros más bien que por el de los coparticipes. Esto no es exacto; si la partición borra la indivisión, ciertamente que no es por interés de los terceros á los que se han otorgado derechos, supuesto que estos derechos caen, sino ante todo por interés de los coherederos; pues bien, que se les deje el cuidado de proteger sus intereses como mejor lo entiendan. Por último, la sentencia invoca el interés general que quiere que la propiedad inmobiliaria sea cierta y estable. Esto es muy cierto, pero prueba demasiado; á pesar del interés que tiene la sociedad en la estabilidad de la propiedad, el legis-

1 Rouen, 18 de Junio de 1841 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2098); en el mismo sentido Zachariae. t. 4º, pág. 401, nota 15. Duvergier sobre Toullier, t. 3º, 2, pág. 359, núm. 563, nota a y *Venta*, t. 2º, núm. 144 y siguientes.

lador permite que se hagan ventas con condición resolutoria; y ¿por qué no había de permitir las particiones con esa condición? La libertad de contratar es también un interés general y el mayor de todos, supuesto que es uno de los elementos de la libertad individual, sin la cual no hay vida. (1)

La jurisprudencia de la corte de casación se ha pronunciado en este sentido. La corte hasta admite que la condición no debe estipularse de una manera expresa. (2) Esto nos parece dudoso. Es verdad que la voluntad de las partes no debe manifestarse por medio de palabras sacramentales, porque puede inferirse del conjunto de sus convenios. Pero cuando se trata de una excepción á un principio ¿no debe uno mostrarse más riguroso? Ahora bien, el principio es que la partición no está resuelta por la inejecución de los compromisos; por lo mismo, la resolución se vuelve una excepción y toda excepción debe estipularse de una manera formal.

462. Nada tenemos que decir de los efectos de la resolución, cuando se ha estipulado y cuando la condición se realiza. Se aplican los principios generales que expondremos en el título de las *Obligaciones*; puede decirse en una sola palabra que la partición resuelta queda destruida, como si nunca hubiese existido.

Núm. 2. De las particiones inexistentes.

463. La teoría de los contratos inexistentes está admitida por la doctrina; pero como no está formalmente consagrada por la ley, queda siempre alguna incertidumbre. En

1 Demolombe, t 17, pág. 383, núm. 310. La jurisprudencia se fija en este sentido. Denegada, de 4 de Agosto de 1824 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2099, 2°); Casación, 6 de Enero de 1846 (Daloz, 1846, 1, 16); Denegada, de 12 de Agosto de 1856 (Daloz, 1857, 1, 8; Montpellier, 12 de Mayo de 1847 (Daloz, 1847, 2, 158).

2 Denegada, de 12 de Agosto de 1856 (Daloz, 1857, 1, 8).

varias ocasiones hemos expuesto los principios que rigen los contratos inexistentes (1); como debemos insistir, en el título de las *Obligaciones*, nos limitaremos aquí á hacer la aplicación á la partición. ¿Cuándo es inexistente la partición? El código no dice cuáles son los requisitos para la existencia de los convenios; de aquí la incertidumbre que reina en esta materia. (2) Nosotros hemos admitido como condiciones esenciales, en todo convenio, el consentimiento, el objeto y la causa; hay que añadir la solemnidad en los contratos llamados solemnes. Vamos á aplicar este principio á la partición.

464. Si no hay consentimiento, no hay contrato, supuesto que no es otra cosa que el concurso de consentimiento de los que se obligan á dar ó á hacer. Síguese de aquí que una partición hecha sin el concurso de los llamados á tomar parte en ella, no es una partición. Ya lo hemos hecho notar núm. 290). Acerca de este punto, los autores están de acuerdo. (3) Por otra parte, hay un texto: el art. 1078 declara nula por el todo la partición que hubiese hecho un ascendiente sin incluir en ella á todos los hijos que deja á su fallecimiento. Por idénticas razones, hay que declarar radicalmente nulas las particiones en las cuales no han concurrido todos los herederos.

¿Los sucesibles que no han tomado parte en la partición pueden confirmarla? Si se admite la teoría de los actos inexistentes, hay que contestar negativamente. Se confirman actos viciados y anulables en razón de los vicios que los manchan, pero no se confirma un acto que no tiene ninguna existencia, porque la nada confirmada sería siempre la nada. Pero con dificultad penetra esta doctrina en la

1 Véase el t. 1.º de esta obra, núm. 71; t. 2.º, núms. 269-280; t. 4.º, núms. 224-226.

2 Demante, t. 3.º, pág. 371, núm. 231 bis 1.º, seguido por Demolombe, t. 17, pág. 479, núm. 388.

3 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2.º, pág. 549, núm. 781. Demolombe, t. 17, pág. 489, núm. 400.

jurisprudencia. La corte de casación ha fallado en dos ocasiones que el heredero de una línea puede confirmar la primera partición hecha entre las dos líneas, salvo pedir una nueva partición de los bienes atribuidos á su línea; la segunda sentencia permite que los parientes pidan una nueva partición de toda la herencia. (1) Nos parece que hay error en todos conceptos. La primera partición no se podía confirmar, porque era inexistente. Y aun suponiendo que fuese válida la confirmación, los herederos de una de las líneas no podían ya atacarla, supuesto que en el sistema de una partición nula, el sucesible que no ha tomado parte en ella es el único que tiene calidad para atacarla. Pero la corte no podía admitir esta consecuencia de su doctrina, sin ponerse en oposición con el art. 1078; ella habría debido ir más lejos y decidir que todos los actos hechos en ausencia de una copartícipe eran nulos, y no podían, en consecuencia, confirmarse.

¿Sería también inexistente la partición si los coherederos admitiesen en ella por error á una persona que no es heredera? Enséñase que dicha partición sería inexistente, es decir, radicalmente nula, aun respecto de los herederos que en ella figuran. (2) A nosotros nos parece que esto es ir demasiado lejos. En el caso de que se trata, todos los herederos han consentido; luego no puede decirse que la partición es inexistente por falta de consentimiento. Lo que sí es cierto, es que respecto del extranjero, á quien se ha atribuido una parte, no hay partición; él no tiene ningún derecho en los bienes que se le han atribuido, porque la partición no es más que una liquidación de derechos preexistentes, y no confiere ningún derecho; y donde no hay derecho, nada hay que liquidar, luego no hay parti-

1 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil, de 9 de Abril de 1865, y denegada apelación de 3 Agosto de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 434 y 470).

2 Demolombe, t. 17, pág. 480, núm. 378, pág. 488, núm. 401.

ción. Síguese de aquí que los herederos pueden repetir los bienes contra el que los retiene sin causa; habrá lugar, por este capítulo, á una partición suplementaria, como en el caso en que se ha omitido dividir objetos hereditarios. No hay razón para considerar la partición como inexistente respecto de los herederos verdaderos; ellos han consentido, y no queda más que completar sus lotes. (1) Se ha fallado que la partición es nula, lo que conduce á la consecuencia consagrada por la sentencia, que debe intentarse la acción de nulidad dentro de los diez años. (2) Por esto se ve cuán importante es distinguir las particiones nulas de las inexistentes. Lo que ha hecho que la corte se desvíe, es que en el caso de que se trata hay error, y el error es una causa de nulidad. En el título de las *Obligaciones* diremos que hay también un error que acarrea la inexistencia del contrato, y es el error sobre la causa. Cuando los bienes se atribuyen á un hijo adulterino á quien se cree legítimo, hay error sobre la causa en el sentido de que no hay motivo jurídico para admitir á la partición á un hijo que de ella está excluido; y la falsa causa trae consigo la inexistencia del contrato (art. 1131).

¿Hay que distinguir entre el error de derecho y el de hecho? En el caso de la sentencia que acabamos de citar, había error de hecho; creíase que los hijos eran legítimos, siendo que eran adulterinos. Habría error de derecho si se admitieran hijos adulterinos en la partición, porque no se ignore que la ley no les concede ningún derecho en la sucesión. El error de derecho produce el mismo efecto que el error de hecho. (3) Nosotros lo probamos en el título de las *Obligaciones*, que es el sitio de la materia. Así

1 Es lo que el mismo Demolombe dice, pág. 493, núm. 405. Compárese Durantón, t. 7.º, pág. 739, núm. 553.

2 Aix, 12 de Diciembre de 1839 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2331).

3 Demolombe, t. 17, pág. 491, núm. 402. Besançon, 1.º de Marzo de 1827 (*Daños, Obligaciones*, núm. 143; T.º)

lo falló la corte de Tolosa; pero la sentencia considera el error como una causa de nulidad, y aplica la prescripción del art. 1304, á la vez que hace constar que el error sobre la calidad de los copartícipes implica una falta de consentimiento; (1) y la ausencia del consentimiento trae consigo la inexistencia del contrato; y cuando el contrato es inexistente, no hay lugar á la prescripción de diez años.

465. No se concibe un convenio sin objeto, supuesto que los contratos no tienen más razón de ser que procurar á los hombres las cosas que necesitan para su existencia física ó para su vida intelectual. Luego si los herederos *ab intestato* hubieren procedido á la partición de una sucesión ignorando que había un testamento por el cual el difunto ha dado sus bienes á otras personas, no habría partición, supuesto que nada hay que dividir; los herederos poseerán los bienes sin causa; por consiguiente, los legatarios tendrían contra ellos la acción de petición de herencia.

¿Pasaría lo mismo si se hubieran comprendido en la partición bienes que pertenecen á uno de los herederos? Se pretende que, en este caso, falta la base esencial de la partición, los bienes por dividir. Esto no es exacto, porque todos los bienes del difunto se han dividido realmente. Luego hay bienes que no pertenecen al difunto; si se han puesto en el lote del copartícipe, el verdadero copropietario puede reivindicarlos. De aquí evicción, y por consiguiente garantía. Y habría evicción aun cuando los bienes se hubiesen puesto en el lote del heredero propietario, porque no poseería dichos bienes como heredero; luego se vería despojado, en el sentido legal de la palabra. En todo caso, no se puede considerar esa partición como inexistente. El autor que como tal la considera, emplea tantas restricciones en su opinión, que nada, por decirlo

1 Tolosa, 19 de Enero de 1824 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2211, 1.º)

así, queda de ella. (1) Se ahorrarían estas vacilaciones si se comenzara por establecer principios ciertos.

Hay, además, un error concerniente á la distribución de los bienes, y por consiguiente, al objeto de la partición. Se supone, en primer lugar, que los herederos se han engañado sobre la parte alcuota de uno de ellos; se le dió la cuarta parte y no tenía derecho más que á la quinta; ó se le dió un quinto cuando tenía derecho á un cuarto, ó no se tuvo en cuenta una parte que le tocaba por manda como donatario ó legatario. ¿Debe resolverse que, en estos casos, la partición es inexistente? No puede decirse que haya falta de objeto, supuesto que los bienes hereditarios se han dividido realmente; luego la partición existe. Hay un error en la distribución; luego hay lugar á una rectificación de la partición. (2) La corte de casación ha fallado que una partición hecha entre herederos que ignoran la existencia de un testamento que daba á uno de ellos un cuarto por manda, es nulo por causa de error en su substancia, y no solamente rescindible por lesión. (3) Creeríase, según esto, que la corte considera ese error como uno de los substanciales que implican la inexistencia de los convenios. Pero la teoría de los contratos inexistentes no ha echado raíces todavía en la jurisprudencia; la corte pone el error que, según ella, vicia la partición en su substancia, en la misma línea que la violencia y el dolo, es decir, que ve en él una causa de nulidad. En el caso de que se trata, la corte tenía razón para declarar inexistente la partición; ni siquiera puede decirse que fuese nulo, porque la ley no coloca el error entre las causas de nulidad de la partición: si es substancial, la partición es inexis-

1 Demolombe, t. 17, pág. 484, núm. 398. Compárese Demante, t. 3º, pág. 373, núm. 231 bis 2º.

2 Durantón, t. 7º, pág. 340, núm. 553. Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 407 y siguientes, nota 4. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 550, núm. 782.

3 Casación, 17 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1858, 1, 465).

tente: si no es substancial, sólo hay lugar á una rectificación de la partición. Según Chabot, habría lugar á la rescisión por causa de lesión, si ésta fuese de más de un cuarto. (1) Esto no es exacto; la lesión supone un error en la estimación de los bienes, y en el caso de que se trata, hay error sobre los derechos de los copartícipes, las dos hipótesis son del todo diferentes y están regidas por principios diferentes también, como lo ha fallado muy bien la corte de Tolosa. (2) Pero, lo mismo que la corte de casación, ella ve en este error una causa de nulidad.

466. La causa es la única condición substancial de los contratos acerca de la cual se explica el código (artículo 1181). Pero es muy difícil definir lo que el código entiende por causa. En el título de las *Obligaciones*, trataremos de establecer que la causa se confunde con uno ú otro elemento esencial de los convenios. Luego nada especial tiene que decirse en lo concerniente á la partición.

La cuarta condición es extraña á la partición: en nuestra opinión, ésta no es un contrato solemne; de suerte que la nulidad del escrito que la hace constar no tiene más consecuencia que privar á las partes interesada de la prueba literal, salvo el probar la partición por otros medios de prueba.

Núm. 3. De la nulidad de las particiones.

I. De la incapacidad.

467. El código tiene un sistema singular, en materia de partición, cuando menores incapacitados jó ausentes están interesados en ella. Mientras que los actos ordinarios son nulos cuando no se han observado las formas prescriptas

1 Chabot, t. 2º, pág. 682, núm. 4 del art. 887.

2 Tolosa, 19 de Enero de 1824 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2211, 1º). En el mismo sentido, Besangón, 1º de Marzo de 1827 (Daloz, *Obligaciones*, núm. 1117, 1º).

para garantía de los incapaces, las particiones irregulares se mantienen, pero sólo como particiones provisionales, es decir, de goce. Luego no hay lugar á pedir la nulidad de esas particiones; la indivisión continúa, y cada uno de los herederos puede terminarla pidiendo una partición definitiva. Esto supone que el tutor ha procedido con la autorización del consejo de familia; si el tutor no estuviese autorizado, ó si el menor ha figurado en el acto, la partición es nula conforme al derecho común. Se aplican, en este caso, los principios que expondrémos en el título de las *Obligaciones*. Esta distinción entre las particiones nulas y las provisionales da margen á grandes dificultades; remitimos á lo que antes dejamos dicho (núms. 275 y siguientes).

En cuanto á la mujer casada, se aplican también los principios generales que rigen los actos hechos por ella sin autorización. Nosotros hemos expuesto esta materia en el primer libro.

II. De la violencia y del dolo.

468. Según los términos del art. 887, "las particiones pueden rescindirise por causa de violencia ó de dolo." Esto no es más que la aplicación del derecho común que rige los contratos (art. 1109). En el título de las *Obligaciones* expondrémos los principios concernientes á los vicios del consentimiento; ellos se aplican á la partición como á cualquiera otro convenio, supuesto que el código no los deroga. La violencia y el dolo vician el consentimiento y hacen nulo el contrato, es decir, anulable; el art. 1117 remite al capítulo que trata de la acción de nulidad ó de rescisión; así es que los artículos 1304 y siguientes, son aplicables á la acción de rescisión de la partición por causa de violencia ó de dolo. Sucede lo mismo con el art. 1338,

que habla á la vez de la confirmación y de la prueba de la confirmación; esta materia se liga con las nulidades, supuesto que la confirmación tiene por objeto cubrirlas. (1)

469. Los autores discuten la cuestión de saber si el heredero que pide la rescisión de la partición por causa de violencia ó de dolo, debe probar una lesión cualquiera. No, dicen unos, porque la nulidad se funda en un vicio de consentimiento, y el acto no tiene que probar más que la existencia de ese vicio. (2) Los otros objetan el viejo proloquio que dice que no hay acción sin interés; de lo que deducen que el actor debe probar que la violencia ó el dolo le han causado algún perjuicio. (3) ¡Vaya una cuestión ociosa, como pocas! ¿Los copartícipes habrían empleado la violencia para forzar el consentimiento, ó el dolo para sorprenderlo, sin llevar en ello interés ninguno? ¿Se hace uno culpable de violencia ó de manejos fraudulentos por el gusto de ejercer la violencia ó de practicar el dolo, como se profesa el arte por el arte mismo? Luego por el hecho solo de que hay violencia ó dolo, hay un interés para el que emplea tan vergonzosos medios, y por lo tanto, hay un perjuicio cualquiera para el que ha sido violentado ó engañado. (4) Creemos inútil insistir.

470. Se discute, además, la cuestión de saber si el artículo 891 es aplicable en caso de violencia y de dolo, es decir, si el demandado puede detener la secuela de la demanda, proporcionando al actor el suplemento de su porción hereditaria. Los términos mismos del art. 891 prueban que sólo se aplica á la lesión, que debe ser de más de un cuarto para que dé lugar á la rescisión; y el espíritu de

1 Durantón, t. 7º, pág. 745, núm. 559.

2 Durantón, t. 7º, pág. 749, núm. 565; Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 2º, pág. 378, nota 2; Demolombe, t. 17, pág. 497, número 410.

3 Ohabot, t. 2º, pág. 680, núm. 2 del art. 887.

4 Malpel, *De las sucesiones*, pág. 650, núm. 315.

la ley no deja duda alguna. Precisamente porque el único fundamento de la acción es el perjuicio experimentado por el actor, es por lo que la ley permite que se detenga la acción indemnizándolo; la reparación del perjuicio hace que caiga la acción cuando, al contrario, se pide la rescisión por violencia ó dolo, el fundamento de la acción es el vicio de consentimiento, y no se borra este vicio desinteresado al actor. (1)

III. Del error.

471. El código no menciona el error entre las causas que crean el consentimiento. ¿Es esto un olvido del legislador? Nó, porque el proyecto del código civil decía que "las particiones pueden rescindirse, como los demás actos, por causa de violencia, de dolo ó de *error de hecho*." En el consejo de Estado, se suprimió el error. No porque no pueda haber errores en materia de partición; pero unos, como ya lo dijimos, acarrean la inexistencia del contrato, y los otros, como vamos á decirlo, dan lugar á acciones diversas de la de nulidad. (2)

La redacción primitiva sugiere, además, otra cuestión. Al decir que la partición estaba viciada por el error de hecho, el proyecto desechaba implícitamente el error de derecho, porque vicia el consentimiento en materia de partición. En el título de las *Obligaciones* veremos que esa no es la teoría del código, y que los principios están de acuerdo con los textos para decidir que no hay que distinguir entre las fuentes del error, y que basta que exista éste para que el consentimiento esté viciado. (3)

472. El art. 887 prevee un caso de error: "la simple omi-

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe t. 17, pág. 498, núm. 44.

2 Compárese la discusión del consejo de Estado, de 23 nivoso, año XI, núm. 32 (*Loché*, t. 5º, pág. 75).

3 *Durantón*, t. 7º, pág. 740, núm. 554. En sentido contrario, las sentencias citadas por Dalloz, *Sucesión*, núm. 2212.

sión de un objeto de la sucesión no da cabida á la acción de rescisión, sino únicamente al acto de partición.” ¿Por qué la ley prefiere una partición suplementaria á la rescisión? Ella trata de mantener las particiones y de consolidar la propiedad. Y no porque una partición suplementaria deje de tener sus inconvenientes; muy rara vez se podrá observar la regla fundamental de las particiones que quiere que cada copartícipe tenga su parte en especie; con mucha frecuencia habrá que recurrir á la licitación; pero este ligero inconveniente desaparece ante la gran ventaja que procura el mantenimiento de la partición, asegurando el reposo de las familias. Luego debe interpretarse la ley de modo que se evite siempre una nueva partición. Se ha fallado que si un heredero omitió devolver á la masa una suma recibida como anticipo de herencia, hay lugar á un suplemento de partición y no á la rescisión; (1) en efecto, esa suma era un bien de la sucesión, por lo que estamo, dentro del texto y dentro del espíritu de la ley. Se omities y deliberadamente, el comprender en la partición una estatua colocada en la capilla de un castillo, porque se cree que el destino religioso de la estatua se opondría á ponerla en el comercio. Esta era una omisión fundada en un error de derecho; pero como la ley no distingue, el texto es aplicable; la corte de casación ha resuelto que había que ordenar una partición suplementaria por vía de licitación. (2)

Hay casos en que ni siquiera hay lugar á una partición suplementaria. Un heredero pretende que debe haber omisiones en la partición, pero no está ningún bien que se haya omitido; él se funda únicamente en que la partición no corresponde á la fortuna presumible del difunto. Se le podía contestar que la partición tiene por objeto la fortuna real, y no los bienes imaginarios. La demanda fué des-

1 Denegada, de 18 de Junio de 1833 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2208)

2 Denegada, de 23 de Marzo de 1843 (Dalloz, *Bienes*, núm. 116):

echada. (1) Un heredero pide que se rectifiquen algunos errores y omisiones con la escritura de liquidación, y concluye en que los beneficios que resulten de esos errores ú omisiones se repartan entre todos los copartícipes. Se falló que esto era nada más una rectificación de cuentas; luego era preciso aplicar el art. 541 del código de procedimientos, que dice: “no se procederá á la rescisión de ninguna cuenta, salvo á las partes, cuando hay errores ú omisiones, el formular sus demandas ante los mismos jueces.” La corte de apelación resolvió que no había errores ni omisiones; por lo mismo, la cuestión no era de partición suplementaria. (2)

Hay otros casos en que una demanda de rectificación de partición es no admisible, porque el debate estriba en una cuestión de lesión. Se divide un bosque en dos lotes; se descubre que en uno de los lotes haya una pieza de tierra arable enclavada en el bosque, de la cual no tuvo cuenta el agrimensor; se pretende que hay evicción, y, por consiguiente, lugar á un suplemento de partición. Nó, dice la corte de casación, porque la pieza de tierra no está omitida, solamente figura como bosque; de esto resulta una lesión, pero era ésta tan pequeña que no podía dar lugar á una acción de rescisión. (3) Hay errores materiales que los tribunales pueden reparar, porque se pueden asimilar á un error de la contabilidad. Una escritura de partición pone á cargo del primer lote un excedente que, según el informe de peritos, debía ser reportado por el segundo lote en favor del tercero. Error puramente material, que los tribunales tienen derecho de corregir según la decisión de la corte de casación. (4)

1 Casación, 21 de Marzo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 379).

2 Denegada, de 19 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 399).

3 Denegada, de 26 de Noviembre de 1833 (Daloz, *Sucesión*, número 2215).

4 Denegada de 19 de Diciembre de 1815 (Daloz, *Sucesión*, número 2217).

Se ha presentado un caso singular ante la corte de casación. Unos hijos comparten, como provenientes de la sucesión de su madre, algunos bienes que en realidad dependen de la sucesión paterna. No puede decirse que haya bienes omitidos; los bienes paternos, al contrario, habían debido ser excluidos de la partición, pero como pertenecían también á los copartícipes y comonada impide, en derecho, confundir las dos sucesiones, paterna y materna, en una misma masa, no quedaba más que una cuestión de hecho; ¿esta partición lastimó á uno de los copartícipes? En el caso de que se trata, no se invocaba la lesión; por lo mismo, el error sobre el origen de los bienes no daba lugar á ninguna acción. (1)

473. El error que estriba en el valor de las cosas distribuidas produce una lesión. Pero no toda lesión da lugar á una acción; se necesita que sea de más de un cuarto para que la partición pueda rescindir. Si es menor, no se admite la acción de rescisión, á menos que la acción sea el resultado de un dolo.

474. Si por error se han incluido en la partición algunos bienes que pertenecían á terceros, el heredero en cuyo lote se pusieron esos bienes experimenta una evicción; en el momento en que llega á su conocimiento que dichos bienes no son de la propiedad del difunto; luego él tiene una acción de garantía, pero esta acción no anula la partición (núm. 441). Otra cosa sería si los bienes pertenecieran á uno de los herederos, porque éste puede reivindicarlos. No se podría oponerle que él está obligado á la garantía y que el que debe garantizar no puede despojar; el heredero contestaría que los copartícipes no se deben garantía sino en el sentido en que están obligados á reparar la pérdida que resulta de la evicción; que él reportará aquella garantía, supuesto que debe indemnizar al heredero despo-

1 Denegada, de la sala de lo civil, de 3 de Mayo de 1852 (Daloz, 1852, 1, 143).

jado por su porción hereditaria; luego el proverbio no puede aplicarse. (1)

Hay otros casos en los cuales el error concerniente á los bienes se considera que vicia la partición en su substancia; nosotros hemos examinado estas dificultades al tratar de la partición inexistente (núm. 465).

Núm. 4. De la rescisión por causa de la partición.

1. Principio.

475. En la teoría del código, la lesión no es un vicio de consentimiento, no vicia los convenios sino en ciertos contratos, dice el artículo 1118, y éstos son la venta y la partición. ¿Por qué la partición es, por excepción rescindible por causa de lesión? Sí, por regla general, la evicción no es una causa de nulidad, es, como lo dice orador del Tribunado, porque los contratos son una especulación; cada una de las partes va en busca de una ventaja; luego es propio de los contratos que uno de los contrayentes gane más que el otro. No sucede lo mismo con la partición; los coparticipes no especulan, sino que liquidan derechos que deben á la ley y á la voluntad del difunto, y la liquidación debe hacerse conforme á la igualdad más estricta; luego la lesión vicia la partición. (2) Sin embargo, la ley no admite la menor lesión como causa de rescisión; el artículo 887 quiere que sea de más de un cuarto. Una igualdad matemática es imposible, á menos que sólo haya una suma de dinero por distribuir; desde el momento en que se trata de objetos mobiliarios ó inmobiliarios, es necesaria una estimación, y esta operación es siempre más ó menos conjetural. Luego si se admitiera toda lesión, no habría partición al abrigo de una acción de nulidad; pero si las particiones deben hacerse según la ley de la igualdad, im-

1 Bruselas, 21 de Enero de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 300).

2 Discurso de Simeón, núm. 40 (*Loché*, t. 5°, pág. 141).

porta también hacerlas estables, á fin de asegurar el reposo de las familias, porque se trata de un contrato que se celebra entre parientes. En el antiguo derecho se habría dejado alguna latitud al juez fijando la cifra de la lesión del tercio al cuarto. Nuestra legislación moderna no admite ya esta arbitrariedad; según los términos del artículo 887, puede haber lugar á rescisión cuando uno de los coherederos establece, "con perjuicio suyo, una lesión de más de un cuarto." (1) La ley dice que *puede* haber lugar á rescisión; esto no quiere decir que la rescisión sea facultativa para el juez; él debe rescindir el contrato desde el momento en que quede establecida la lesión legal, pero el demandado puede impedir la rescisión procurando al actor el suplemento de su porción hereditaria (art. 391); si el demandado usa de ese derecho, no habrá rescisión, por más que haya lesión.

476. Para que sea recibida la acción de rescisión, se necesita que el actor establezca, en su *perjuicio*, una lesión de más de un cuarto. Así es que no basta que uno de los copartícipes tenga una ventaja de más de un cuarto, para que pueda rescindirse la partición; es preciso que el actor sea lesionado en más de un cuarto. Luego puede suceder que una partición muy desigual no sea rescindible. Una sucesión, que vale 100,000 francos, se divide entre cuatro herederos: cada uno debería tener en su lote un valor de 25,000 francos; ahora bien, uno de ellos tiene 40,000 francos, mientras que los demás sólo tienen 20,000: no estando ninguno de ellos lesionado en más de un cuarto no pueden intentar la acción de rescisión. (2) Estamos exponiendo el sistema del código sin justificarlo; cuando la igualdad se hiere hasta ese punto, debería haber rescisión.

1 Chabot, t. 2º, pág. 680, núm. 3 del art. 887. Ducaurroy, Bonnier y Roussain, t. 2º, pág. 531, núm. 784.

2 Durantón, t. 7º, pág. 747, núm. 561.

477. Importa, pues, precisar el caso en el cual hay lugar á la acción de rescisión. La lesión resulta de un error en la estimación de los bienes; luego desde el momento en que la demanda implica que los bienes han sido mal estimados, es preciso que el actor establezca, en su perjuicio, una lesión de más de un cuarto para que sea aceptada la acción. Pero la estimación puede ser exacta, y el heredero podrá, no obstante, tener una acción, aunque el perjuicio que experimente no llegue al cuarto; esto sucede cuando el que redacta la escritura de partición comete algunos errores de cálculo; es de jurisprudencia que tales errores los puede reparar el tribunal, sin que tenga que considerarse el monto del perjuicio (núm. 472). (1) En el espíritu de la ley está que los errores de cálculo tengan siempre que repararse. La transacción es el más estable de los contratos; la ley le da autoridad de cosa juzgada, y no quiere que se le ataque, ni por error de derecho, ni por causa de lesión; no obstante, ella agrega que debe repararse el error de cálculo (arts. 2052 y 2058). Con mayor razón es así en las particiones.

478 Cuando la lesión es de más de un cuarto, la partición es rescindible, aun cuando se hubiese hecho judicialmente. La ley no distingue, y ni había motivo para distinguir. Sin duda que las formalidades de la partición judicial son garantías para los copartícipes, por lo que rara vez sucederá que uno de ellos sea lesionado. Pero si esto sucediese, no habría razón para rehusar la rescisión. Se objeta el artículo 1684, por cuyos términos la rescisión por causa de lesión no tiene lugar en toda suerte de venta que, conforme á la ley, no puede hacerse sino con autorización judicial. En el título de la *Venta* diremos cuáles son los moti-

1 Demolombe, t. 17, pág. 506, núm. 416, y las autoridades que cita.

vos que se dan para justificar esa disposición, los cuales tienen poco valor. Esta es una excepción que debe uno cuidarse de extender. No se ha admitido la cesión como causa de nulidad de la venta, sino por una especie de transacción entre los partidarios y los adversarios de la rescisión; así es que se veía con poco favor, siendo así que es de la esencia de las particiones. (1) Podría decirse que la igualdad se observa necesariamente en las particiones judiciales, supuesto que los lotes se echan en suerte. Nosotros contestamos que si los lotes son desiguales, la igualdad que exista entre los copartícipes será una igualdad aleatoria, cosa que repugna con la naturaleza de las particiones: se conciben las eventualidades del azar en los contratos en que cada una de las partes quiere lucrar, pero no se conciben en un convenio en el cual es extraña toda especulación.

Al hablar de una partición judicial estamos suponiendo que es una partición verificada en las formas prescriptas por los códigos civil y de procedimientos; el tribunal no interviene más que para autorizar y homologar la partición. En esto no hay decisión judicial que pueda adquirir autoridad de cosa juzgada; hé allí por qué puede atacarse la partición sin atacar á la autoridad que se atribuye á los fallos judiciales. Pero si las operaciones de la partición suscitan una disputa, y el tribunal la resuelve, entonces no se podrá atacar el fallo, ni por una acción de rescisión, ni por otra cualquiera. Se aplican, en este caso, los principios que rigen la cosa juzgada. Esta distinción, que resulta de la naturaleza de las cosas, la consagra la jurisprudencia. (2) Así es que cuando las bases sobre las cuales han sido liquidados los derechos de las partes, se han establecido por un fallo basado en autoridad de cosa

1 Durautón, t. 7º, pág. 761, núm. 581; Ducaurroy, Bonnier y Rous-tain, t. 2º, pág. 566, núm. 805; Demolombe, t. 17, pág. 512, núm. 425.

2 Denegada, de 11 de Junio de 1838 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2300).

juzgada, estas bases no pueden volverse á poner á discusión. (1)

479. ¿Pueden los herederos renunciar el derecho de pedir la rescisión por causa de lesión? En materia de venta, el art. 1674 resuelve la cuestión negativamente: aun cuando el vendedor hubiese expresamente renunciado en el contrato la facultad de pedir la rescisión, conserva el derecho que la ley le otorga. La corte de casación ha fallado que lo mismo es en materia de partición, (2) y la doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. (3) No nos parece dudoso esto si se trata de una renuncia hecha anticipadamente, como lo dice la corte de casación, es decir, en el mismo acto de la partición. La lesión es un vicio de consentimiento; cuando un heredero consiente en una partición á pesar de la lesión de que tiene conocimiento, lo hace como urgido por la necesidad, por lo que no disfruta de su entera libertad; en consecuencia, la renuncia que hiciera estaría viciada por la misma causa que vicia la partición. Distinta es la cuestión de saber si se permite la renuncia cuando está consumada la partición; en este caso, la renuncia es una confirmación. ¿Puede confirmarse la partición viciada por la lesión? Más adelante examinaremos la cuestión.

II. A qué actos se aplica la rescisión.

I. Principio del art. 888.

480. El art. 888 asienta el principio en estos términos: "Se admite la acción de rescisión contra todo acto que

1 Lyon, 26 de Enero de 1841 (Dalloz, *Cosa juzgada*, núm. 372). En el mismo sentido, Aubry y Rau sobre *Zachariæ*, t. 4^o, pág. 417. notas 21 y 22 del pfo 626. Demolomba, t. 17, pág. 512, núm. 425.

2 Casación, 22 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 197). En el mismo sentido, Pau, 12 de Enero de 1826 y Nimes, 15 de Enero de 1839 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2327).

3 Demolomba, t. 17, pág. 511, núm. 417, y las autoridades que cita.

tiene por objeto hacer cesar la indivisión entre coherederos, aun cuando sea calificado de venta, de trueque y de transacción, ó de otra manera cualquiera." Luego es preciso que el acto tenga *por objeto* hacer cesar la indivisión. Sígnese de aquí que la donación de derechos sucesivos hecha por uno de los herederos á sus coherederos, no sería rescindible por causa de lesión. Ella, en verdad, hace cesar la indivisión tanto como la venta, pero no tiene por objeto hacerla cesar. El objeto del donador es hacer una liberalidad, y no un acto de partición; (1) por lo que no se concibe ya la lesión.

Esto supone una donación lisa y llana. Si se hace con gravamen, las obligaciones impuestas al donatario pueden ser el equivalente de los derechos hereditarios del donador; en este caso, la pretendida donación será una partición y podrá rescindirse por causa de lesión. Una hermana da á su hermano los bienes inmuebles indivisos que ella poseía en común con él, con la condición de que el donatario tome á su cargo las rentas hipotecadas sobre esos inmuebles y que pague á la donadora una renta vitalicia de 4,000 francos; la escritura reza que la donadora *retiene* esa renta. Se falló que el acto tenía por objeto hacer cesar la indivisión; en efecto, atribuía al heredero la porción de la hermana en los inmuebles comunes, con los gravámenes que sobre ellos pesaban, y la hermana retenía una renta vitalicia hipotecada sobre esos bienes, á título de compensación. Pero la compensación implicaba una lesión de más del cuarto y aun de más de los siete doceavos. Se rescindió la donación. (2)

481. Desde el momento en que el acto tiene por objeto hacer cesar la indivisión, es rescindible por causa lesión, aun cuando lleve otra calificación. Comunmente se expli-

1 Demante, t. 3º, pág. 375, núm. 232 bis 2º.

2 Gante, 10 de Enero de 1842 (*Pastorísis*, 1843, 2, 160).

ca esta disposición en el sentido de que el legislador ha querido prevenir que las partes contrayentes eludieran la ley, las cuales para evitar que la partición viciada por la lesión sea atacada, le dan otro nombre; de suerte que el art. 888 supondría que la calificación de venta, de trueque, de transacción, que lleva el acto, es falsa. Esta explicación se encuentra en el excelente informe que Chabot rindió al Tribunal. "Para que no pueda *eludirse* la ley, dice Chabot, dando al acto de partición distinta denominación, dispone ella que todo acto que tenga por objeto hacer cesar indivisión entre coherederos, sea considerado como una partición." La mayor parte de los autores reproducen esta interpretación (1), que tiene algo de verdadero. Podía preverse que los copartícipes que se aprovechan de la lesión, y que con mucha frecuencia son de mala fe, tratarían de impedir la rescisión disfrazando la partición con la apariencia de otro contrato. Pero si tal fuera el único objeto del art. 888, sería inútil. En efecto, es de principio que las partes interesadas no pueden eludir la ley por medio de actos simulados, porque esto equivaldría á violarla. Cuando las partes celebran actos simulados, se aplica el viejo proverbio: *plus valet quod agitur quam quod simulatur*; se tiene en cuenta lo que las partes hacen y han querido hacer, y no lo que fingen. Esta regla bastaba para rescindir una partición que las partes hubiesen falsamente calificado de venta. Así, pues, el legislador ha debido tener otro objeto: declarar rescindibles los actos que no fuesen simulados, desde el momento en que tienen por objeto hacer cesar la indivisión. Esto resulta del texto y del espíritu de la ley. El art. 881 no exige el fraude, y ninguna razón tenía para exigirlo. ¿Qué es lo que la ley quiere? La igualdad en la partición; luego desde el momento en que á

1 Chabot, Informe, núm. 62 (Loaré, t. 5º, pfo. 126). Toullier, t. 2º, pág. 364, núm. 577, Chabot, t. 2º, pág. 885, núm. 1 del art. 888; Durantón, t. 7º, pág. 739, núm. 606; Mourlón, *Repeticones*, t. 2º, pág. 214.

causa de un acto cualquiera que hace cesar la indivisión, uno de los herederos es perjudicado en un cuarto, debe tener el derecho de pedir la rescisión. El vende su porción á sus coherederos; trátase de una venta real; como vendedor él puede promover la rescisión si es lesionado, pero es preciso que la lesión sea de siete duodécimos (art. 1674). Si la venta hace cesar la indivisión, equivale entonces á una partición; ahora bien, en la partición, la ley exige mayor igualdad que en una venta; así, pues, el vendedor podrá, como copartícipe, pedir la rescisión desde el momento en que esté lesionado en más de un cuarto. Si en lugar de una venta se supone un trueque, el heredero que ha cambiado su porción hereditaria por inmuebles que le han dado los coherederos, tendrá la acción de rescisión, en caso de lesión, por más que el trueque sea real, y por más que el trueque, como tal, no pueda rescindirse por lesión (art. 1706). El código dice también que la transacción no puede atacarse por causa de lesión (art. 2052). Pero si la transacción, aunque muy real, tiene por objeto hacer cesar la indivisión, será rescindible por lesión de más de un cuarto. (1) Así es que una sola cosa tiene que verse: ¿el heredero que ha recibido su porción hereditaria, en virtud de una causa cualquiera, está lesionado? Si lo está podrá promover la rescisión. Nada más lógico.

482. ¿Se admite la acción de rescisión cuando la partición no comprende más que una parte de los bienes hereditarios? Si se trata de una partición propiamente dicha, no hay la menor duda. La ley no distingue, y ni tenía para qué distinguir. La partición parcial es una partición, luego es rescindible por causa de lesión: tal es el deseo de la ley. Si esto es así en la partición, debe aplicarse el mismo principio á los actos que hacen cesar la indivi-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2^o, pág. 387, núm. 806. De molombe, t. 17, pág. 526, núm. 433.

sión, supuesto que tales actos se asimilan á la partición. Tampoco vemos duda alguna en esto. Los herederos empiezan por distribuirse los muebles; queda un inmueble de gran valor; uno de los herederos vende á sus coherederos su parte en ese inmueble, y de aquí resulta para él una lesión de más de un cuarto. ¿Podrá promover la rescisión? Hay en este caso dos particiones parciales, la de los muebles y la de los inmuebles. Poco importa que no haya más que un solo inmueble; de todas maneras el inmueble está indiviso y debe dividirse. Pues bien, la venta que uno de los herederos hace de su porción en aquel inmueble á sus coherederos, hace cesar la indivisión en cuanto al vendedor. Luego se está dentro del texto de la ley, y en cuanto al espíritu, no es ciertamente dudoso: el heredero está lesionado en más de un cuarto, luego debe tener el derecho de promover la rescisión. (1)

La única dificultad que se presenta, en caso de particiones parciales, es ésta: ¿deben combinarse las diversas particiones y calcular la lesión sobre la totalidad de los bienes que se han distribuido sucesivamente? ¿ó cada partición ha de considerarse como un acto independiente de los demás? La corte de casación se ha pronunciado por la opinión primera, y por motivos de tal suerte perentorios, que no comprendemos que quede aun la menor duda. ¿Qué es lo que quiere el legislador? La igualdad, es decir, que el resultado final de la distribución de los bienes hereditarios no cause á uno de los herederos una lesión de más de un cuarto. Y ¿puede decirse que un heredero es perjudicado cuando en la partición de los muebles recibidos ha cinco mil francos de menos, siendo que en la partición de los inmuebles recibe cinco mil francos de más? Invalidar

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Lesión*, pfo. 4º, núm. 7. Duranton, t. 7º, pág. 755, núm. 576. Zachariæ, t. 4º, pág. 411, nota 10, y las autoridades que allí se citan. Demolombe, t. 17, pág. 514, número 427.

los dos actos equivaldría á anular una partición media según las estrictas leyes de la igualdad. Después de todo, las diversas particiones no constituyen más que un solo acto, una misma distribución; son como las diversas cláusulas de un convenio único; así es que no se puede aislarlas. En vano se dice que cada una de estas particiones es definitiva. ¿Quién lo niega? pero ¿esto impide que todas se relacionen con un solo objeto? Habrá algunos inconvenientes en volver á poner á discusión las particiones hechas después de más de diez años ¿acaso no las cubre la prescripción? Sí, las cubre en el sentido de que no pueden rescindirse; pero la prescripción no se opone á que se combine esa partición con las que la han seguido, para calcular si hay lesión. (1)

483. ¿Se aplica el art. 888 á una partición, ó á un acto equivalente que no hace cesar la indivisión sino respecto de algunos herederos? Ateniéndose al texto y al espíritu del art. 888, la cuestión no es dudosa. La ley es general, y no hace distribuciones: basta que el acto tenga por objeto hacer cesar la indivisión *entre coherederos*. El art. 887 es todavía más general: basta que haya partición y que uno de los herederos sea lesionado en más de un cuarto; y, cuando cesa la indivisión respecto de uno de los herederos ¿acaso no hay partición? El tiene su parte, y ¿es la que habría debido tener, ó se le ha lesionado en más de un cuarto? Si se le ha lesionado ¿por qué no había de poder promover la rescisión? ¿Acaso porque continúa la indivisión entre sus coherederos? Y ¿qué le importa á él esto? ¿Impide acaso el que sea lesionado? Es inútil insistir, porque el art. 889 decide la cuestión. Consagra una excepción á la

1 Sentencia de Rouen, 4 de Marzo de 1838, confirmada por otra de denegada apelación, de 27 de Abril de 1841 (Daloz. *Sucesión*, número 2199, aprobada por Aubry y Rau sobre Zachariae, t. 4º, página 411, nota 10). Compárense las objeciones de Demolombe, t. 17, pág. 515, núm. 428.

regla establecida por los arts. 887 y 888; esta excepción se aplica al caso en que una cesión de derechos sucesivos ha sido hecha por un heredero á uno de los coherederos; y las excepciones descausan naturalmente en los casos comprendidos en la regla; en este sentido, la excepción explica la regla, como lo dice el viejo proverbio: *exceptio denotat regulam*. Esto es decisivo.

La jurisprudencia se halla en este sentido. (1) Hay algunas sentencias de cortes de apelación en sentido contrario. (2) Lo que ha contribuido á obscurecer una cuestión que en realidad está resuelta por el texto, es la interpretación que la jurisprudencia y la mayor parte de los autores dan al art. 883. Si se trata de determinar los efectos de la partición en lo concerniente á la translación de la propiedad, la opinión general exige que la indivisión cese respecto de todos los herederos (núm. 418). Ahora bien, la rescisión por causa de lesión es también uno de los efectos de la partición; y ¿no debe decirse, en consecuencia, que no se aplica sino cuando la indivisión ha cesado totalmente? Contestarémos, en primer lugar, que hay una diferencia entre los dos casos previstos por los arts. 883 y 888. En el caso del art. 883, trátase de los derechos de los terceros y de una ficción: dos razones para interpretar la ley restrictivamente. Mientras que el art. 888 aplica un principio general de derecho y de equidad, el principio de la igualdad que debe reinar en las particiones; ahora bien, la igualdad interesa á cada uno de los herederos, conside-

1 Denegada, de 20 de Marzo de 1844 (Daloz, *Sucesión*, número 2289); Casación, 28 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 299). Sentencia de denegada apelación de la corte de casación de Bélgica, de 14 de Abril de 1848 (*Pasicrisia*, 1848; 1, 472). En el mismo sentido Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4.º, pág. 412, nota 11; Demante, t. 3.º, pág. 375, núm. 232 bis 3.º; Demolombe, t. 17, pág. 520, número 430.

2 Montpellier, 9 de Junio de 1853. (Daloz, 1854, 2, 173). Argelia 26 de Febrero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 189).

rado individualmente; desde el momento en que uno de ellos no tiene la parte que debe tener, tiene derecho á promover la rescisión, sin que tenga que ir á ver lo que pasa entre sus coherederos. Así, pues, no se pueden interpretar los dos arts. 883 y 888, el uno por el otro. Añadimos que, en la opinión que hemos enseñado sobre el alcance del artículo 883, hay armonía entre las dos disposiciones: el artículo 883 así como el 888, se aplican al caso en que un heredero vende á sus coherederos su parte en los bienes indivisos. No obstante, el art. 889 extiende todavía más la noción de la partición; admite que hay acto que hace cesar la indivisión, cuando un heredero vende su parte en los bienes á su coheredero; mientras que, en el caso del artículo 883, semejante cesión se consideraría, no como una partición, sino como una venta. La extensión que el artículo 889 da á la idea de partición, se concibe; la ley no quiere que el heredero sea lesionado; luego desde el momento en que lo es, aun cuando sea por un acto celebrado únicamente entre dos herederos, debe tener el derecho de promover de rescisión.

484. El art. 888 aplica el mismo principio que asienta á la venta, al trueque y á la transacción que tuvieran por objeto hacer cesar la indivisión. Más tarde insistiremos sobre la transacción, que ha dado lugar á largas controversias. El art. 888 agrega: *ó de otro modo cualquiera*. Así, pues, poco importa la naturaleza del acto y el efecto que por sí mismo produce; desde el momento en que hace cesar la indivisión, es rescindible por causa de lesión. Una renuncia hecha á título oneroso por un heredero hace cesar necesariamente la indivisión á su respecto; luego puede rescindirse. (1) La licitación entre herederos es una partición, según los términos del art. 883; luego es rescindible siem-

1 Compárense las sentencias citadas por Dalloz, *Sucesión*, número 2297.

pre que tenga lugar entre coherederos. Si un extraño se constituye adjudicatario, hay venta; los herederos tendrían la acción de rescisión como vendedores; pero es preciso, en este caso, que la lesión sea de más de siete doceavos; y además, el art. 1684 dispone que la rescisión no tiene lugar en las ventas que, según la ley, no pueden hacerse sino con autorización judicial. Insistiremos acerca de esta disposición en el título de la *Venta*. (1) Se ha fallado que una cuenta de tutela puede ser anulada por causa de lesión, si distribuye los bienes entre los herederos como lo haría una partición. (2) Siempre hemos dado por supuesto que el acto se celebra entre herederos. Debe tomarse esta expresión en su más amplia acepción, porque se trata de la aplicación de un principio que rige todas las particiones: la igualdad debe reinar en ellas, ya sean los coparticipes, parientes legítimos ó hijos naturales, legatarios ó donatarios. Se ha fallado que la cesión hecha por un hijo natural á un donatario en usufructo, era rescindible por causa de lesión, supuesto que hacía cesar la indivisión respecto del hijo natural. (3)

Ya se entiende que si un acto que la ley asimila á la partición no hace cesar la indivisión, no puede tratarse de atacarlo por causa de lesión. Si la venta no tiene por objeto hacer cesar la indivisión, no se podrá rescindir por lesión de más de un cuarto; el vendedor podrá, en verdad, pedir la rescisión por causa de lesión, pero será necesario que esté lesionado en más de siete duodécimos (art. 1674). Esto sería así si la venta se celebrara después de la partición; en este caso, es claro que la venta no hace cesar la indivisión, supuesto que ésta ha cesado ya. (4) Algunas veces es difícil distinguir el acto que equivale á una par-

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 416, nota 19.

2 ВРИКОЛНА, 11 de Noviembre de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 197).

3 Paris, 5 de Julio de 1854 (Daloz, 1856, 2, 289).

4 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 569, núm. 308.

tición y el que equivale á una venta. El punto esencial es la cesación de la indivisión: si el acto es posterior, es una venta: si es anterior, tiene por objeto hacer cesar la indivisión, y es un acto equivalente á una partición, de donde se sigue que es rescindible por causa de lesión. Un padre da sus bienes á sus hijos sin dividirlos; hay partición de ascendiente, según la jurisprudencia, pero esta partición no da fin á la indivisión, por lo que la venta por uno de los hijos de su parte en los bienes indivisos hace cesar la indivisión á su respecto, y por consiguiente, hay lugar á la rescisión por causa de lesión. (1)

2. *Aplicación del principio á la transacción.*

485. Los principios que acabamos de exponer se aplican á la transacción; sin embargo, las transacciones que se celebran en materia de partición han dado lugar á grandes dificultades, y las controversias perduran. En la primera parte del art. 888, la ley pone la transacción en la misma línea que la venta, el trueque y los demás actos que tienen por objeto hacer cesar la indivisión entre coherederos, y por consiguiente, la declara rescindible por causa de lesión. Es, pues, preciso aplicar á la transacción lo que hemos dicho de los actos que equivalen á la partición, en el sentido de que tienen el mismo objeto. Esto es una derogación del derecho común. Según el art. 2052, las transacciones no se pueden atacar por causa de lesión. ¿Por qué entonces son rescindibles cuando se verifican entre coherederos y tienen por objeto hacer cesar la indivisión? La misma razón para decidir existe respecto de las transacciones que respecto de los demás actos jurídicos. También el trueque no es rescindible por causa de lesión; por regla general, ningún convenio puede anularse por esa causa; no obstante, todos están sujetos á rescisión cuando

1 Grenoble, 29 de Abril de 1841 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2295).

tienen por objeto hacer cesar la indivisión entre coherederos; la igualdad que debe reinar entre herederos así lo quiere ¿Qué importa la naturaleza del acto por el cual el heredero está lesionado? Que sea por una transacción, ó por un trueque, ó por una cuenta de tutela, desde el momento en que él recibe su porción hereditaria y ésta no es la que legalmente debe tener, tiene el derecho de promover la rescisión por causa de lesión. No hay que distinguir en caso de transacción, como tampoco en otro acto cualquiera, si la transacción se ha celebrado por dificultades verdaderas que existían entre los herederos, ó si las partes han calificado falsamente de transacción un acto que, en realidad, era una partición. Esta distinción es la que con frecuencia ha extraviado á los tribunales; se la encuentra en muchas sentencias, y debe hacerse á un lado. En realidad, poco importa al heredero ser lesionado por una verdadera transacción ó por una venta ó un trueque verdadero; desde el momento en que la transacción le hace sufrir una lesión de más de la cuarta parte, él debe tener el derecho de atacarla; si se le rehusa, la igualdad se rompe, dicho heredero no recibirá la parte que debe tener, lo que es contrario al texto como al espíritu de la ley. Hay sentencias que deciden formalmente lo contrario. La corte de Bruselas, funcionando como corte de casación, ha fallado que el art. 888 no es aplicable más que á las transacciones simuladas, que tienen por objeto eludir la disposición de la ley y enmascarar un acto de verdadera partición, con el falso pretexto de dificultades que dividiesen á los herederos; este artículo, dice la sentencia, no se aplica á una transacción real, que se celebra por dificultades serias é importantes. (1) Nosotros creemos que la corte ha fallado mal. Tratábase de una transacción cele-

1 Bruselas, denegada, 7 de Diciembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 316).

brada sobre algunos objetos de la sucesión, tales son los términos un poco vagos de la sentencia; luego sobre la partición, y, por lo tanto, la transacción tenía por objeto hacer cesar la indivisión, lo que según los términos formales del art. 888, la hacía rescindible por causa de lesión. La corte introduce en la ley una distinción que no existe en ella, que es contraria al texto como al espíritu de la ley (n.º 481), y que no se funda en nada, porque la corte no hace más que afirmar, es decir que resuelve la cuestión con ella misma.

Hay una sentencia en el mismo sentido, de la corte de Amiens. La sentencia está tan poco motivada como la de Bruselas; invoca el art. 2052, y pretende que el art. 888 no ha derogado esa disposición sino en el caso en que la transacción no es verdadera, en que las partes, al disfrazar la naturaleza del acto y al darle la forma y el color de una transacción, han querido substraerlo á la acción de rescisión por causa de lesión; la ley, dice la corte, no ha querido dar á entender que se pudiera rescindir una transacción celebrada sobre una dificultad real. (1) En el fondo, la corte ha fallado bien. La cuestión se reduce á saber si la transacción tiene ó no. por objeto hacer cesar la indivisión. Ahora bien, en el caso de que se trata, había discusión sobre la parte alcuota pretendida por los herederos; la transacción no estribaba sino en esa dificultad, luego no tenía por objeto hacer cesar la indivisión, y por lo tanto, no equivalla á una partición; no siendo aplicable el artículo 888, se volvía á la regla establecida por el art. 2052; la transacción no podía ser atacada.

Lo que hace que los tribunales se engañen, es que la transacción se presta más fácilmente á la simulación que la venta ó el trueque. Tan fácil es suscitar dificultades ima-

1 Amiens, 10 de Marzo de 1821 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2256, 4.º) Compárese Massé y Vergé sobre Zachariae. t. 2.º, pág. 381, nota 12; y Marcadé, t. 3.º, pág. 310, núm. 2 del art. 888.

ginarias en una materia tan complicada como las sucesiones, á fin de provocar una transacción que, en realidad, es una partición. Déjase entender que estas semblanzas de transacción son rescindibles por causa de lesión. Y hasta era inútil preveer esa hipótesis, puesto que los principios generales de derecho eran suficientes para resolverla (número 481). Pero el art. 888 la abarca dentro de la generalidad de sus términos. Se ha fallado que la acción de rescisión por causa de lesión es admisible contra un acto calificado falsamente de sentencia arbitral, y revestida, por este título, del mandamiento de *exequatur*. En el caso de que se trataba, un árbitro, en verdad, había pronunciado una sentencia, pero ésta misma probaba que no había lugar á arbitraje; se limitaba á hacer constar el acuerdo entre todos los cointeresados; el árbitro no había tenido ninguna dificultad para resolver, no había hecho más que homologar los convenios de las partes; éstos ciertamente que no habían perdido su índole propia y real por haber sido falsamente revestidos con las formas de una sentencia arbitral; éste era realmente un acto que tenía por objeto hacer cesar la indivisión, una verdadera partición, es decir, rescindible. (1)

486. El segundo inciso del art. 888 es del tenor siguiente: "Después de la partición ó el acto que hace sus veces, no es ya admisible la rescisión contra la transacción hecha sobre las dificultades reales que presentaba el primer acto, aun cuando no hubiese á este respecto litigio comenzado." Era inútil decir que una transacción que se celebra después de la partición, y sobre el acto que ha hecho cesar la indivisión, no es rescindible por causa de lesión, porque esto es una consecuencia evidente del principio establecido por el primer inciso del art. 888. La transacción, por regla

1 Agen, 12 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1868, 5, 309). Compárese denegada, 8 de Febrero de 1869 (Daloz, 1870, 1, 12).

general, no está sujeta á rescisión por causa de lesión (artículo 2052); sólo se vuelve rescindible por excepción cuando tiene por objeto hacer cesar la indivisión; y puede decirse que la transacción tiene por objeto hacer cesar la indivisión, cuando se celebra después de que ha cesado la indivisión y sobre el acto mismo de partición? Pero podía haber fraude. Con el objeto de eludir la rescisión por causa de lesión, los herederos empiezan por hacer una partición; en seguida suscitan dificultades á fin de corregir lo que se ha hecho, reemplazando una partición igual por otra desigual, á la cual dan el color de una transacción, para substraerla á la rescisión por causa de lesión. ¿Cuál es en esta hipótesis, la verdadera partición? No la primera, que solo se hizo para tener un pretexto de transar la transacción es la que implica la verdadera partición, que debe, por lo tanto, estar sujeta á rescisión. La ley agrega: "aun cuando sobre el particular no hubiese habido litigio." Esto también era inútil decirlo; en efecto, según el art. 2044, la transacción tiene por objeto no sólo terminar una disputa nacida, sino también prevenir una disputa por nacer. Luego si las dificultades son reales, la transacción será inatacable. Si las dificultades son imaginarias, simuladas, la transacción estará sujeta á rescisión, aun cuando hubiese un litigio empezado, porque éste puede ser igualmente ficticio. (1)

487. Esta segunda disposición del art. 888 es más que inútil, porque ha contribuido á hacer caer á los tribunales en el error, haciéndoles creer que toda transacción es irregular desde el momento que se celebra sobre dificultades reales. Si así pasan las cosas en las transacciones posteriores á la partición, hanse dicho, ¿por qué no había de ser lo mismo en las transacciones anteriores? Así, pues,

1 DUCOURROY, BONNIER y ECUSTAIN, t. 2º, pág. 567, núms. 886 y 887. DURANTÓN, t. 7º, pág. 758, núms. 577-579. DEMOLOMBE, t. 17, pág. 526, núms. 434-436.

las únicas transacciones que la ley somete á la rescisión son las simuladas. Precisa que insistamos en esta falsa doctrina, porque se la encuentra hasta en algunas sentencias que, en el fondo, han hecho una justa aplicación de la ley. El principio que debeguiar al intérprete no podría ponerse en duda, porque está escrito en la ley. Por regla general, la lesión no vicia los convenios (art. 1118); el código mantiene este principio para las transacciones, que no pueden atacarse por causa de lesión (art. 2052). Hay, sin embargo, por excepción, ciertas transacciones que son rescindibles por ese capítulo; y éstas son, según los términos del art. 888, las que tienen por objeto hacer cesar la indivisión. Siendo excepcional esta disposición, débese restringir á los límites del texto. Síguese de aquí que las transacciones anteriores á la partición no son rescindibles por causa de lesión, cuando no es su objeto hacer cesar la indivisión; quedan entonces bajo el imperio del derecho común, y en consecuencia no se pueden atacar por causa de lesión. Así, pues, la dificultad se reduce á términos muy sencillos. No se trata de saber si la transacción es verdadera ó simulada; las transacciones simuladas no son transacciones, por lo que no puede aplicárseles el principio del art. 2052. Hay que ver lo que el acto es en realidad; si, como se supone, es una partición, el art. 887 es aplicable, y habrá lugar á rescisión. Supongamos que la transacción sea seria, que los herederos hayan transado sobre dificultades reales antes ó durante las operaciones de la partición: la transacción estará ó no sujeta á rescisión, según que haya ó no tenido por objeto hacer cesar la indivisión entre coherederos y ¿cuándo puede decirse que la transacción ha tenido por objeto hacer cesar la indivisión? Esta es una cuestión de hecho, que los tribunales decidirán según los términos de la transacción y según lo que haya

pasado entre las partes. Los autores establecen como principio la distinción siguiente.

Los herederos están de acuerdo sobre sus derechos en la sucesión, pero entre ellos surgen discusiones sobre la partición; unos quieren proceder extrajudicialmente, otros piden una partición judicial, ó están desacordados acerca de la estimación de los bienes y la composición de los lotes. Ellos dan fin á sus diferencias por medio de una transacción. ¿Qué objeto tiene ésta? Es un elemento esencial de la partición y se confunde con ella; porque la partición no es otra cosa que un convenio concerniente á la estimación de los bienes, la formación de los lotes y su distribución. Luego puede decirse de esta transacción; que tiene por objeto hacer cesar la indivisión. Ella será real, verdadera, y no obstante, sujeta á rescisión, según los términos formales del art. 888.

Surgen al contrario, discusiones sobre los derechos de los que se presentan para recoger una herencia, sobre la cuestión de saber si tienen las calidades que se requieren para suceder, sobre la cuantía de los bienes que reclaman sobre la validez de donaciones ó de legados hechos á uno de ellos, sobre la dispensa ó la obligación de la devolución. Los herederos transan sobre estos debates; ¿será rescindible la transacción por causa de la lesión? Nó, porque no puede decirse que su objeto sea hacer cesar la indivisión. En efecto, la transacción no versa sobre la partición, sino sobre la aplicación de la ley, y no hace más que precisar que ésta decide en cuanto á las porciones de los herederos, en cuanto á los reintegros; y en verdad, que la ley no equivale á una partición; sucede lo mismo con la transacción que se celebra sobre el sentido de la ley. La indivisión subsiste, va á cesar por una partición hecha en virtud de la ley, tal como la transacción la ha interpretado. Luego no estamos en el caso de la excepción

prevista por el art. 888; y por lo tanto, quedamos bajo el dominio de la regla establecida por el art. 2052; no habrá lugar á rescisión.

Esta distinción la propuso ya Chabot; pero le mezcla ciertas suposiciones de fraude y de simulación que deben hacerse á un lado. La admiten la mayor parte de los autores (1) y la consagra la jurisprudencia; pero las sentencias se preocupan también de la simulación y del fraude. Bueno es entrar en los detalles, á fin de separar el error de la verdad; no basta que las decisiones sean justas, sino que también sean motivadas.

488. Se ha fallado por la corte de Pau que la partición efectuada por una transacción real sobre litigio está sujeta á la acción de rescisión, como la partición por medio de otro acto cualquiera. (2) La decisión es muy justa en el fondo, porque las dificultades versaban sobre la estimación de los bienes y la formación de los lotes. Pero la sentencia está muy mal motivada; distingue entre los actos que no tienen más que el nombre de transacción y los que contienen una transacción verdadera, distinción falsa como principio é inaplicable al caso, puesto que la corte decide que la transacción, aun cuando sea verdadera, está sujeta á rescisión; esta decisión es demasiado absoluta, porque la transacción no es ya rescindible cuando no tiene por objeto hacer cesar la indivisión.

La corte de casación ha decidido que todo primer acto celebrado entre los herederos y que tenga por objeto poner arreglo en sus derechos respectivos en la sucesión, es rescindible por lesión, por más que sea una verdadera

1 Chabot, t. 2º, pág. 688, núm. 4 del art. 888. Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 415, nota 17, 4. Ducaurroy, Bonnier y Boustain, t. 2º, pág. 568, núm. 806. Demolombe, t. 17, pág. 533, números 439 y 440.

2 Pau, 12 de Enero de 1826 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2257, 1º) Compárese Solosa, 22 de Marzo de 1808 (Daloz, *ibid.*, núm. 2256, 3º)

transacción, hecha para poner término á ciertas dificultades, graves y serias. (1) Así es que la corte rechaza la distinción entre las transacciones simuladas y las reales; este es el verdadero principio, pero los términos de la sentencia son demasiado generales, y comprenderían hasta el caso en que la transacción no tuviese por objeto hacer cesar la indivisión, supuesto que las discusiones versaban sobre la estimación de los bienes y la formación de los lotes.

Una transacción fija la cuantía de la masa mobiliaria, en seguida los herederos proceden, por el mismo acto, á la partición del resto de los bienes. Aquí puede decirse que la transacción se confunde con la partición, porque los dos actos no constituyen más que uno solo. Se ha presentado el caso en circunstancias en que se imputaban á varios coherederos algunos hechos de fraude y de dolo; ¿no resultaba de esto que la transacción era fraudulenta? A pesar del fraude, seguía siendo verdad que la transacción era una partición, sujeta por lo mismo á rescisión. Sin embargo, la corte de casación mantuvo la sentencia que había rechazado la rescisión. Creemos que el error es patente; la decisión, por lo demás, no tiene ningún valor doctrinal, supuesto que la corte de casación se ampara tras de la apreciación hecha por la corte de apelación; la cual está al abrigo de la censura de la corte suprema. (2) Se ha fallado, por aplicación de los verdaderos principios, que hay lugar á rescisión cuando la transacción opera por sí misma partición; semejante acto entra dentro de los términos del art. 888, supuesto que éste es el que hace cesar la indivisión. (3)

1 Casación, 12 de Agosto de 1829 (Daloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 2325).

2 Denegada, de 6 de Diciembre de 1809 (Daloz, *Sucesión*, número 2260).

3 Nancy, 12 de Agosto de 1836 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2260). Denegada, 18 de Febrero de 1842 (Daloz, *ibid.*, núm. 2264).

489. En cambio, se ha decidido que un contrato celebrado antes de la particion, sobre dificultades verdaderas, pero que no se confunde con la particion, no se puede atacar por causa de lesion. (1) La decision es muy justa puesto que, en el caso de que se trata, la transaccion no tenía por objeto hacer cesar la indivision. Pero la sentencia hace mal en insistir sobre la *indole seria* de las dificultades que se habían suscitado entre herederos, porque de ellas no se podría inferir que la transaccion no es rescindible desde el momento en que es seria, y la misma corte de casacion ha fallado lo contrario. En el caso de que se trata, la cuestion era fijar los derechos de los pretendientes que eran muy litigiosos; era, pues, una contienda que dejaba indivisa la sucesion; por consiguiente, no había lugar á aplicar el art. 888.

En otro pleito, la corte de casacion decidió con toda claridad que la transaccion no era rescindible porque no tenía por objeto ni por efecto hacer cesar la indivision; la sentencia agrega que el objeto de la transaccion era conservar á la familia el estado de paz y de union en el cual había vivido hasta entonces. (2) Esto está de más: la paz es el objeto de toda transaccion, pero no toda transaccion se halla al abrigo de la rescision; el derecho del heredero á una particion igual predomina sobre las consideraciones por poderosas que sean.

490. Se presenta una extraña dificultad en la aplicacion del principio. La transaccion y la particion están comprendidas en un solo y mismo acto. ¿Debe concluirse de eso que la transaccion se confunde entonces necesariamente con la particion, lo que llevaría á la consecuencia de que sería siempre rescindible? Nó; poco importa que el mismo escrito compruebe dos convenios, porque no por

1 Denegada, 7 de Febrero de 1809 (Daloz, *Sucesion*, núm. 2256, 1°)

2 Denegada, 3 de Diciembre de 1833 (Daloz, *Sucesion*, número 2256, 2°)

eso deja de conservar su naturaleza propia é independiente, á menos que las cláusulas de los dos contratos prueben que forman un todo. Se ha fallado en este sentido que, si en un mismo acto, los herederos transigen sobre la validez de donaciones hechas á uno de ellos, y en seguida arreglan sus derechos en la sucesión; la acción de rescisión no es admisible contra la parte del acto que encierra la transacción. (1) En efecto, esta transacción no tenía por objeto hacer cesar la indivisión; luego era independiente de la partición; y ¿qué importa que constara en un solo y mismo acto? Sólo que la corte ha hecho mal en insistir en que la transacción es verdadera; si no era rescindible, no es porque fuera real, sino porque su objeto no era hacer la indivisión. Cuando, al contrario, la transacción se enlaza con la partición, de suerte que viene á ser una de sus cláusulas, participa entonces de la naturaleza de la partición, y, por consiguiente, está sujeta á rescisión, como que es el accesorio de un acto rescindible. (2)

Estos principios recibirían una excepción, por la fuerza de las cosas, si fuera imposible anular la transacción y la partición. Se supone que la transacción tiene por objeto fijar la parte de uno de los herederos; por sí misma, esta transacción no sería rescindible; pero si es inseparable de la partición que es su consecuencia, toma la naturaleza de la partición, en el sentido de que indirectamente tiende á hacer cesar la indivisión. Tal sería el caso en que, por transacción, se hubiesen fijado los derechos de uno de los copartícipes á destajo en una cierta suma; él tendría entonces la acción de rescisión. (3) Podría también haber confusión en cuanto á los derechos que son objeto de la transacción; si entre estos derechos hay algunos extraños á la

1 Nimes, 30 de Junio 1819 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2256, 3°)

2 Caen, 3 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1856 2, 91).

3 Aubry y Rau sobre *Zachariae*, t. 4°, pág. 415, nota 17, seguido por Demolombe, t. 17, pág. 537 B, núm. 440.

partición, pero es indivisible la transacción, estará al abrigo de la acción de rescisión, porque no puede decirse que tenga por objeto hacer cesar la indivisión. (1)

3. *Excepción del art. 889.*

491. "La acción (de rescisión por causa de lesión) no se admite contra una venta de derecho sucesivo hecha sin fraude á uno de los coherederos, á su cuenta y riesgo, por sus otros coherederos ó por uno de ellos" (art. 889). Esta disposición consagra una excepción á la regla según la cual se admite la rescisión contra todo acto que hace cesar la indivisión (art. 888). Claro es que la venta de derechos sucesivos hace veces de partición, al menos respecto del vendedor; luego en virtud de la regla, él debería tener la acción de rescisión cuando se le lesiona en más de la cuarta parte. ¿Por qué la ley no le permite que promueva? Se ha creído que hay contradicción entre el art. 889 y el 888. Hay que decir que éste asienta la regla y que el otro establece una excepción; y esta no es una contradicción. Queda por averiguar si la excepción está suficientemente justificada. En el antiguo derecho, la cuestión era debatida, lo que prueba que es algo dudosa. La razón para dudar está en la igualdad que es de la esencia de la partición y de todo acto que haga sus veces. Se contesta que si debe reinar la igualdad entre coherederos, es porque la partición no es más que una simple liquidación de derechos preexistentes; toda especulación es extraña á las partes contrayentes. No puede decirse otro tanto de la venta de derechos sucesivos hecha á cuenta y riesgo del comprador; este contrato es aleatorio, presenta eventualidades de lucro y de pérdida, y por consiguiente, no puede ya tratarse de igualdad en los resultados: esa es la venta de lo que pueda pescarse

1 Denegada, 15 de Junio de 1809 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2261).

echando la red. En estos convenios, no es la cosa lo que constituye el objeto del contrato, sino la eventualidad; la única igualdad que debe reinar, es que las probabilidades sean iguales para cada uno de los contrayentes. La ley pone su atención en que se respete esta igualdad, supuesto que exige que la venta se haga sin fraude. (1)

Ya por esto se verá la diferencia que existe entre la regla del art. 888 y la excepción del 889. La venta está comprendida entre los actos que, según los términos del artículo 888, hacen cesar la indivisión, y que, por consiguiente, dan lugar á la acción de rescisión. Tal es la venta del todo ó de parte de los bienes hereditarios, que es una venta ordinaria que no impone al comprador la obligación de pagar las deudas, y que, por otra parte, obliga al vendedor á la garantía. Por el contrario, la venta de derechos sucesivos es una cesión del pasivo y del activo hereditarios; el vendedor no garantiza más que su calidad de heredero, y el comprador debe pagar las deudas y gravámenes de la herencia (arts. 1696 y 1698). De aquí el carácter aleatorio de este contrato; si hay más deudas que haber, el comprador sufre pérdida, y el vendedor hace un buen negocio; pero la suerte puede también volverse contra el vendedor y aprovechar al comprador. Esto es decisivo para la acción de rescisión; no puede haber cuestión de lesión en un contrato aleatorio, con tal que se haya verificado sin fraude, como lo exige el art. 889. La excepción se justifica, pues, por la naturaleza misma del contrato. (2)

492. Toda excepción debe restringirse en los límites que la ley ha establecido. Luego debe verse cuáles son los requisitos para que haya lugar á la excepción prevista por el art 889. En primer lugar, la venta debe tener por obje-

1 Informe de Chabot, núm. 62 (Loaré, t. 5º, pág. 127). Ducaurroy, Bonnier y Boustain, t. 2º, pág. 570, núms. 809 y 810.

2 Durantón, t. 7º, pág. 751, núms. 566-571. Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 215.

to los derechos sucesivos del vendedor. La ley no exige que la venta verse sobre toda la herencia; habría venta de derecho sucesivo aun cuando el heredero no vendiese más que una parte de su derecho hereditario; esto no tiene duda, porque los motivos de la excepción existen para una venta parcial tanto como para una total. Con mucha frecuencia acontece que el vendedor se reserva ciertos objetos, ó que se hace una partición parcial en especie, y que la venta no tiene por objeto más que los bienes que quedan indivisos. ¿Es esto una venta de derechos sucesivos? La afirmativa no es dudosa; desde el momento en que la venta presenta los caracteres definidos por los arts. 1696 y 1698, es una venta de derechos sucesivos. Hay algunos disentimientos en la doctrina, sobre los cuales es inútil detenerse. La jurisprudencia es constante. Se ha fallado que el art. 889 es aplicable aun cuando la escritura de venta de derechos sucesivos contenga también una partición en especie, entre las mismas partes del mobiliario de la sucesión. En el caso de que se trataba, la venta versaba sobre los inmuebles, considerados no como objetos determinados, sino como universalidad, de suerte que el comprador adquiría la herencia con excepción del mobiliario; estaba obligado á las deudas y gravámenes sin tener derecho á ninguna garantía. La escritura entraba, pues, dentro de los términos y el espíritu del art. 889. (1)

493. El art. 888 exige que la venta se haga á cuenta y riesgo del comprador. Tal es la condición esencial, puesto que de ella depende el carácter aleatorio del contrato que ha motivado la excepción del art. 889. ¿Cuándo puede decirse que la venta se hace á cuenta y riesgo del cesiona-

1 Burdeos, 26 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 42). En el mismo sentido, Pau, 30 de Enero de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 57), y denegada apelación, de 11 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1858, 1, 147). Compárense los autores citados por Demolombe, t. 17, pág. 542, número 446.

rio? El código contesta la pregunta. Según los términos del art. 1696, el que vende una herencia, sin especificar detalladamente los objetos, no está obligado más que á garantir su calidad de heredero; él no garantiza el activo hereditario. En cuanto al pasivo, el art. 1698 lo pone á cargo del adquirente; luego él corre el riesgo de pagar más deudas que bienes haya en la herencia, sin que tenga ningún recurso por este capítulo. Hé aquí una probabilidad de pérdida; la probabilidad está en su favor si hay más bienes que deudas, y si el excedente del activo es superior al precio que él paga. (1)

¿Se necesita que la escritura declare que la venta se ha hecho á cuenta y riesgo del comprador? Se ha fallado que el art. 889 exige una *estipulación* que diga que la venta se hace á cuenta y riesgo del comprador, y la cláusula formal y aleatoria de pagar todas las deudas. (2) El art. 889 no dice tal cosa, sino que se contenta con el hecho de que la venta tenga lugar á cuenta y riesgo del comprador; ahora bien, esto es de derecho en la venta de derechos sucesivos, y se necesitaría una estipulación en contrario para que el vendedor estuviese obligado á la garantía y para que el comprador no estuviese obligado por las deudas (artículos 1696 y 1698). Así, pues, todo depende de la voluntad de las partes contrayentes: si han estado en la inteligencia de vender y comprar una herencia, es decir, una universalidad, hay venta de derechos sucesivos, hecha á cuenta y riesgo del comprador; á menos que haya una cláusula que obligue al vendedor á garantir, ó que descargue al comprador de la obligación ilimitada de soportar las deudas y gravámenes de la sucesión. La cuestión es, pues, de hecho más que de derecho, supuesto que se trata de saber lo que las partes han querido hacer. En este concepto es co-

1 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 4^o, pág. 413, nota 14, seguido por Démolombe, t. 17, pág. 542, núm. 447.

2 Burdeos, 26 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 42).

mo la corte de casacion decide que á las cortes de apelacion corresponde determinar la índole de la venta; en el caso que tratamos, la corte de Limoges había fallado que la venta de la herencia era una verdadera particion; habiendo las partes apreciado y hecho apreciar por medio de peritos la cuantía de la herencia, todo era conocido, patente, no se vendía una eventualidad, por lo que no se estaba dentro de la excepción del art. 889, sino que se volvía á la regla del art. 888, y por lo tanto, el acto era rescindible por causa de lesión. (1) La venta de la herencia cesa, además, de ser un contrato aleatorio, cuando el vendedor se obliga á la garantía de las deudas y gravámenes. Esto así se ha fallado, y no tiene la menor duda. (2) En cambio habría contrato aleatorio si la cesión se hubiese hecho á destajo, con la declaración de que el cedente no puede ser investido sea cual fuere el pretexto, aun cuando el activo y el pasivo de la sucesión, en el momento de la translación, fuesen perfectamente conocidos de las partes; en efecto, podrían revelarse deudas ignoradas en el momento del contrato. La corte de casación así lo ha fallado. Hay que hacer notar, sin embargo, que, en el caso de que se trata, había otra cláusula que volvía aleatorio el contrato, y es que los derechos cedidos estaban gravados con un usufructo cuya incertidumbre daba margen á una probabilidad de lucro y de pérdida. (3) Sin esta cláusula, la decisión de la corte sería dudosa; cesan las eventualidades cuando se establecen el activo y el pasivo; la posibilidad sola de deudas ignoradas no sería suficiente para volver aleatorio el contrato.

Según lo que acabamos de decir, no es necesario que la

1 Denegada, de 8 de Febrero de 1841 (Daloz, *Sucesión*, número 2278, 2º)

2 Denegada, de 8 de Febrero de 1851 Daloz, *Sucesión*, número 2278, 2º

3 Denegada, de 30 de Enero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 172).

escritura contenga la cláusula de que la venta se hizo á cuenta y riesgo del cesionario. Ni siquiera se necesita una cláusula formal; basta, dice la corte de casación, que la voluntad de las partes resulte con evidencia de la escritura, sean cuales fueren los términos empleados para expresarla. Esto es claro cuando la intención de aquéllas se manifiesta por las cláusulas de la cesión. (1) ¿Se necesita, aún, que haya una cláusula en la escritura? La ley no lo exige; por esto se ha fallado que la prueba de la índole aleatoria resultaba suficientemente de la correspondencia de las partes antes y después de la cesión. (2) Y hasta se ha sostenido que ninguna declaración es necesaria, que es suficiente que haya venta de la herencia. Sin embargo, con razón el art. 889 agrega que la venta debe haberse hecho á cuenta y riesgo del comprador. En efecto, siempre hay que examinar una cuestión de hecho. Puede haber venta de la herencia sin que el comprador corra ningún riesgo, y entonces hay partición más que venta; lo esencial es saber si las partes conocen el pasivo. Este es el punto de hecho, que queda abandonado á la apreciación del juez. (3)

¿Es suficiente que la escritura diga que la venta se hizo á cuenta y riesgo del comprador ó á destajo, ó que haya una cláusula análoga? Tales cláusulas no son decisivas; y con mucha frecuencia sucede que se incluyen en las escrituras para substraerlas á la acción de rescisión. Luego le juez debe á toda hora apreciar los hechos y las circunstancias de la causa. Numerosas sentencias han decidido que,

1 Denegada, 3 de Junio de 1840 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2279, 1°)

2 Denegada, 11 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 147). Compárese denegada, 11 de Febrero de 1835 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2283, 4°), y de 7 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 4, 240).

3 Nimes, 15 de Enero de 1839 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2284, 5°); Lyon, 3 de Diciembre de 1882 (Dalloz, *ibid*, núm. 2281). Compárense las sentencias citadas por Dalloz, en el núm. 2283. Debe añadirse Donai, 16 de Noviembre de 1853, y Nimes, 2 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 89 y 170).

á pesar de dicha cláusula, la escritura es rescindible por causa de lesión, si el cesionario no tuviese que correr riesgo alguno. (1) Por lo común hay mala fe cuando se estipula que el comprador cargue con los riesgos, cuando no hay ninguno. Hay sentencias que hacen constar la mala fe (2); aun cuando hubiese buena fe, no por ello dejaría de ser rescindible la escritura, cuando el art. 888 exige dos condiciones para que la cesión no esté sujeta á rescisión: es preciso que se haya hecho á cuenta y riesgo del comprador, y que no haya fraude. Luego, haciendo abstracción de todo fraude, desde el momento en que el acto nada tiene de aleatorio, cesa de estar regido por el art. 899, y se hace rescindible conforme á la regla establecida por el artículo 888. (3)

494. El último requisito que exige el art. 889 es que la venta se haya verificado sin fraude. ¿Qué se entiende por fraude en esta materia? Hay desde luego un fraude especial á la venta de derechos sucesivos, en el sentido de que tiene por objeto hacer pasar por aleatorio un contrato que no lo es; esto acontece cuando el vendedor ignora el valor de los derechos cedidos así como la cuantía de las deudas y gravámenes, mientras que el comprador las conoce; el contrato entonces nada tiene de aleatorio, aun cuando la escritura rezase que la sesión se hizo á cuenta y riesgo del cesionario. (4) Al estipular que la venta es aleatoria cuando, en realidad, no lo es, se defrauda á la vez á la ley y al vendedor: á la ley, por querer substraer á la rescisión

1 Denegada de 29 de Julio de 1859, y 20 de Marzo de 1844 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2284, 1° y 4°)

2 Denegada, 21 de Marzo de 1870 (Daloz, 1870, 1, 330); Chambéry, 16 de Agosto de 1869 (Daloz, 1870, 2, 83).

3 Esto es lo que suponen la mayor parte de las sentencias. Vamos á citar las últimas: Denegada, 27 de Junio de 1847 (Daloz, 1848, 1, 470), y 16 de Julio de 1856 (Daloz, 1857, 1, 283). Agen, 10 de Enero de 1851 (Daloz, 1851, 2, 53).

4 Pau, 8 de Agosto de 1887 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2277, 2°) Do. nai, 16 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1855, 2, 89).

un acto que le está sometido: al vendedor, porque se le quiere impedir que pida la rescisión de un contrato, por más que para ello tenga derecho según la naturaleza del acto. Podría, además, haber fraude en otro sentido y con otro efecto. Uno de los herederos sabe cuál es el estado de la sucesión, se halla en el lugar de ubicación de ésta, mientras que su heredero está ausente y no sabe cuál es el activo ni el pasivo: el primero hace uso de manejos fraudulentos para inducir al otro á que le ceda sus derechos hereditarios; esto no es más que un dolo en el sentido vulgar de la palabra, porque se supone que el otro heredero no habría contratado sin los manejos que se han empleado para engañarlo (art. 1116). Ahora bien, el dolo vicia la partición, haciendo abstracción de toda lesión (núm. 469); síguese de aquí que el cesionario podrá pedir la nulidad de la partición, fundándose en el dolo y sin que tenga que probar una lesión sea la que fuere. (1) Por último, hay una tercera especie de fraude posible: si la cesión versa sobre todos los inmuebles de la herencia y hay deudas, este será un acto equivalente á la partición, y por consiguiente, rescindible por lesión de más de la cuarta parte. A fin de eludir la rescisión, las partes contrayentes hacen una escritura de venta y no mencionan las deudas; esto es defraudar la ley. El vendedor podría, es cierto, promover la rescisión si estuviese lesionado, pero debía establecer la lesión enorme de siete duodécimos, mientras que para la rescisión de la partición basta con la lesión del cuarto; además, la acción dura diez años en caso de partición (artículo 1304) y dos solamente en caso de venta. Déjase entender que el comprador será admitido á probar que el acto es fraudulento y que encubre una partición con la forma de venta. (2)

1 Demolombe, t. 17, pág. 545, núm. 450.

2 Durantón, t. 7º, pág. 753, núms. 572, 575. Obsot, t. 2º, página 693, núm. 2 del art. 889. Zacharie, t. 41, pág. 413, nota 15.

*Núm. 5. De la acción de nulidad ó de rescisión.**1. Principios generales.*

495. En el título de las *Obligaciones* hay una sección intitulada: *De la acción de nulidad ó de rescisión de los convenios*. Allí es el lugar de la difícil materia de las nulidades. Los principios que expongamos entonces se aplican á la partición, supuesto que ésta no es más que un convenio. Aquí nos limitaremos á algunas cuestiones concernientes especialmente á la partición.

¿Quién puede intentar la acción de nulidad ó de rescisión? Esta es una acción que nace de un contrato, luego sólo pueden intentarla las partes contrayentes una contra otra. Y esto se verificaría así aun cuando los bienes que fueron el objeto de la partición se hallaran en poder de un tercer adquirente; la demanda de nulidad no podría formularse contra el tercero, porque éste no ha sido parte en el contrato; así es que habría que proceder primero contra el copartícipe, salvo el reivindicar después los bienes contra el poseedor. Esto supone que el efecto de la anulación implica la nulidad de los actos de disposición llevados á cabo por los coparticipes; más adelante examinaremos esta cuestión.

Toda acción que corresponde al deudor pueden ejercitarla sus acreedores, salvo las exclusivamente inherentes á su persona (art. 1166). Así, pues, los acreedores pueden proceder á nombre del heredero, su deudor. Esto no tiene la menor duda cuando se trata de las acciones de nulidad propiamente dichas. Se ha pretendido que el derecho de pedir la rescisión es exclusivamente propio de la persona; tal pretensión, desprovista de todo fundamento, la ha rechazado la corte de Nimes. (1) El derecho de promover rescisión por causa de lesión es un derecho esencialmente

1 Nimes, 5 de Julio de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 147).

pecuniario; la acción se funda en el perjuicio que el demandante ha resentido, y tiende á repararlo, y aun cae la acción desde el momento en que el demandado procura al actor el suplemento de su porción hereditaria (art. 891). Ahora bien, los derechos pecuniarios nunca son inherentes á la persona. Esto es decisivo.

496. El actor puede ser repelido por un recurso de no-recibir, el de la excepción de garantía. Si el que pide la nulidad, como heredero del que á ella tiene derecho, está obligado á su vez á la garantía, no puede entonces intentar la acción, porque obligado á mantener el acto, no puede perseguir su anulación. Esto es lo que ha decidido la corte de casación en un caso en que se hacía una objeción muy sutil. Uno de los copartícipes sucede á un coheredero, á cuyo respecto es nula la partición: era un incapacitado, y no había estado representado por su tutor en la partición. Se falló que el actor no era recibibile, porque debía la garantía, y el que tiene que garantizar no puede despojar. El principio es incontestable, pero la consecuencia que resulta era inadmisibile, dicen algunos. En efecto, la obligación de garantía que contraía el copartícipe, le impedía ejercitar el derecho que se abría en su provecho en una sucesión futura: ¿no era este un pacto sucesorio, y tal pacto no es radicalmente nulo? La corte de casación contesta, y es perentoria su respuesta, que no había en el caso de que se trata, ningún convenio sobre una sucesión futura, sino una partición en una sucesión abierta; que si la garantía á que están obligados los copartícipes les impedía ejercitar un derecho en una sucesión futura, era ésta una consecuencia de los principios generales de derecho y no de un pacto sucesorio. (1)

La obligación de garantía suscita aún otra dificultad. ¿Puede uno prevalerse de ella contra el heredero que

1 Casación, 13 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 131).

ha vendido sus derechos en una herencia? Veamos el caso en el cual se llamó á decidir la cuestión á la corte de casación. Un padre cede, tanto en su nombre como en el de sus hijos menores, de quienes es tutor, sus derechos en la sucesión de su abuelo y abuela. Después de la muerte del padre, los hijos aceptaron lisa y llanamente su sucesión. ¿Podrían todavía pedir la nulidad de la cesión? La corte de apelación rechazó su acción por la excepción de garantía. A recurso intentado, se falló que el mismo difunto habría podido pedir la nulidad de la acción en que se pudiera oponerle que estando obligado á garantir, no podía despojar, por motivo de que la venta de derecho sucesivo no obliga al cedente á la garantía. Así es que la corte no pone en duda el principio, pero, en el caso de que se trata, no era aplicable. Sin decirlo era de comprenderse que teniendo el padre el derecho de promover, sus hijos lo tenían igualmente. (1)

497. ¿Contra quién debe intentarse la acción de nulidad? Ella resulta de la partición y tiene por objeto nulificarla, lo que conduce á restablecer la indivisión y á proceder á nueva partición. Síguese de esto que la acción debe intentarse contra todos los copartícipes; porque si no se citara á todos al litigio, el fallo no tendría ningún efecto respecto de los que no hubieren figurado en el pleito, y, por consiguiente, no se lograría el objeto de la acción. Esto se falló así en materia de lesión, y la decisión se aplica, por idénticos motivos, á todas las demás causas de nulidad. (2) La corte declaró que no era recibibile la acción porque no se había intentado contra todos los copartícipes. Un motivo había para dudar, y es que el heredero contra el cual se había formulado la demanda, era el único que había apro-

1 Casación, 28 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 299).

2 Nimes, 5 de Julio de 1848 (Daloz, 1848, 2, 147). Compárese Duranton, t. 7º, pág. 764, núm. 584.

vechado la lesión; pero esto no impide que la partición no tenga que anularse respecto á todos; luego es preciso que todos sean traídos á la causa.

¿Debe inferirse de esto que sea indivisible la acción de nulidad? Ya dijimos en qué concepto es indivisible la acción de partición (núm. 258). Si la acción de nulidad tiende á la anulación de toda la partición, es también indivisible, como acabamos de decirlo, supuesto que debe intentarse contra todos los copartícipes; la acción de nulidad implica en este caso una demanda que tiende á una nueva partición; como las dos acciones se confunden, la una participa necesariamente de la naturaleza de la otra. Pero la acción dirigida contra una partición no es indivisible por esencia; tiene por objeto los bienes, cosa que es divisible; si el objeto de la acción puede dividirse, no hay obstáculo que impida que uno de los copartícipes promueva, aun cuando los demás no lo hagan. En un litigio que se llevó ante la corte de casación, uno de los copartícipes interpuso apelación, á su mayor edad, del fallo que había homologado una partición verificada durante su minoría; la acción, en apariencia, era una demanda de nulidad; en realidad, no tenía más que un solo objeto, que era obtener de uno de los coherederos el reintegro de un fondo de comercio que éste había hecho suyo sin derecho; ahora bien, esa demanda era divisible, porque nada se oponía á que los demás copartícipes mantuviesen la partición, y á que el reintegro se hiciese parcialmente. Siendo divisible la acción, la corte rehusó aplicar el principio de que la apelación interpuesta útilmente por uno de los interesados, es provechosa á los demás y los autoriza á que intervengan, no obstante la caducidad en que hubiesen incurrido del derecho de apelar. (1) La corte de casación dió una decisión análoga en un litigio en que uno de los copartíci-

1 Denegada, 10 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 277).

pes, menor en el momento de la cesión de un inmueble indiviso, pedía la nulidad del acto por causa de minoría y de lesión. En materia divisible, el menor no absuelve al mayor; y, en el caso de que se trata, el convenio, obligatorio para los mayores, podía rescindirse parcialmente á favor del menor. Así, pues, los copartícipes mayores no tenían el derecho de prevalerse de la minoría de su coheredero. (1)

498. El art. 1304, que deroga el 2662, limita á diez años la duración de las acciones de nulidad y de rescisión. Esta es una disposición general. "En todos los casos, dice la ley, en que la acción de nulidad ó de rescisión de un *convenio* no está limitada á tiempo menor por la ley particular, esa acción dura diez años." Ahora bien, la partición es un convenio, y no hay ley que derogue el art. 1304. Hay, á este respecto, una diferencia entre la acción de rescisión de la venta y la acción de rescisión de la partición; la primera se debe intentar dentro de dos años contados desde el día de la venta (art. 1676). En el título de la *Venta* diremos las malas razones que se han aducido para justificar aquella derogación; el verdadero motivo es que la rescisión de la venta por causa de lesión, no se ha aceptado sino por vía de transacción; los partidarios de la rescisión han otorgado, en todas las disposiciones de detalle, algunas concesiones á los que no apetecían la rescisión. Así es que hay que cuidarse de aplicar á la partición lo que el código dice de la venta; la argumentación por vía de analogía no es admisible sino cuando las disposiciones del título de la *Venta* son la aplicación de los principios generales de derecho.

A nuestro juicio, debe aplicarse esta regla de interpretación á la cuestión de saber si la prescripción empieza á contarse desde la partición. Los autores están concordes

1 Casación, 16 de Febrero de 1814 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2350).

en enseñar la afirmativa. (1) Ellos invocan el art. 1676 por analogía. Nosotros rechazamos la aplicación analógica de esta disposición, porque deroga los principios generales. La prescripción de diez años es una confirmación tácita; nosotros estableceremos este principio en el título de las *Obligaciones*; está, por lo demás, admitido por los mismos autores que sostienen que aquel plazo corre desde la partición. Ahora bien, la confirmación supone el conocimiento del vicio que se quiere borrar al renunciar al derecho que de ella resulta para pedir la nulidad; decir que la prescripción corre desde el día de la partición, equivale, pues, á suponer que el copartícipe lesionado ha conocido la lesión en el momento mismo en que contestaba. Casi no es probable esa suposición. Admitamos que él haya consentido la partición, sabiendo que estaba lesionado. Esto probaría que se hallaba en una apremiante necesidad, y que trató bajo condiciones desventajosas para crearse recursos. Esta es una nueva razón para no admitir la confirmación; porque la misma causa que vicia la partición viciaría la confirmación. Es indudable que puede decirse de la venta todo lo que hemos dicho de la partición, y no obstante, la ley hace correr la prescripción desde el día de la venta. Nuestra respuesta es siempre la misma, lo que prueba que el art. 1676 no es una disposición de principio, por lo que no puede aplicarse por vía de analogía. Concluyamos que no puede haber confirmación sino desde el día en que se descubre la lesión; también desde este día empieza á contarse la prescripción. Sin duda que es difícil precisar dicho momento; pero ¿acaso es más fácil la cosa cuando se trata del error y del dolo? La dificultad de aplicación nunca es objeción contra un principio de derecho.

1 Aubry y Rau sobre *Zachariæ*, t. 4º, pág. 423, nota 34. Demante, t. 3º, pág. 385, núm. 258 bis. Demolombe, t. 17, pág. 567, número 477.

Sucede á menudo que algunos menores son partes en una partición. La prescripción no corre contra los menores (art. 2252), salvo en los casos previstos por la ley. Se ha pretendido que el plazo de diez años establecido por el art. 1304, no es una prescripción, y que, por consiguiente, no hay lugar á aplicar las reglas sobre la suspensión de la prescripción. Siendo general la cuestión, aplazamos su examen para el título de las *Obligaciones*. A nuestro juicio, no es dudosa; el plazo de diez años es una prescripción, y debe aplicársele el principio del art. 2252. (1)

II. *Estimación de la lesión.*

499. El art. 890 establece que: "para juzgar si ha habido lesión, se estiman los objetos según su valor en la época de la partición." Así es que se tiene en cuenta el *valor* real de los objetos, y no la estimación que se les dió en la escritura de partición. La estimación, por exagerada que se suponga, no prueba que haya lesión; porque igual exageración puede hallarse en la estimación de todos los lotes. Es, pues, preciso que el actor establezca que, teniendo en cuenta el valor real de los objetos hereditarios, está lesionado en más de la cuarta parte. (2)

Estímase el valor en la época de la partición, sin tener en cuenta el aumento ó la disminución de valor que experimentaron los bienes de la partición. Así es que puede ocurrir que haya rescisión por causa de lesión, aunque el heredero tenga más que el valor de su porción hereditaria en razón del incremento accidental que resulta de algunos trabajos públicos, de un camino, de un canal, de una vía férrea; como puede ocurrir que el heredero no pueda pe-

1 Zachariae, t. 4º, pág. 423, nota 35. Demolombe, t. 17, pág. 570, núm. 478.

2 Demante, t. 3º, pág. 373, núm. 231 bis 3º, seguido por Demolombe, t. 17, pág. 508, núm. 418.

ciones son ellas mismas excepcionales. Por regla general, la ley se atiene al juez, en lo referente á las vías que quiere escoger para ilustrar la cuestión. Debe dejársele esa libertad en el caso de particion: él ordenará una información pericial si así lo juzga conveniente; él resolverá, por las piezas del juicio, si son suficientes para la convicción: él desechará la demanda si tiene la prueba de que la demanda está mal fundada, y la recogerá si es patente la lesión. (1) La doctrina está de acuerdo acerca de todos estos puntos con la jurisprudencia. (2)

III. Del derecho establecido por el art. 891.

503. "El demandado, con la acción de rescisión, puede suspender su secuela é impedir una nueva partición, ofreciendo y procurando al actor el suplemento de su porción hereditaria" (art. 891). Existe una disposición análoga en materia de venta (art. 1681). ¿Cuál es el motivo del derecho que la ley concede al demandado? Los autores alegan consideraciones de equidad. En rigor de derecho, dice Chabot, la partición debería rescindirse siempre, y debería procederse á nueva partición, supuesto que se reconoce que la primera está viciada. Pero la tranquilidad de las familias exige que terminen los pleitos entre parientes por vía de conciliación; esto se puede, en caso de lesión, supuesto que los herederos contra quienes va dirigida la acción pueden haber sido de buena fe. Si sólo hubiera esas razones de equidad, casi no sería justificable la disposición del art. 891. La buena fe de los herederos es muy problemática; con mucha frecuencia los que sacan provecho de la lesión son los verdaderos autores de ésta; en cuanto á la

1 Denegada, 26 de Julio de 1820, y 18 de Enero de 1828 (Daloz *Sucesión*, núm. 2197, 1.º y 2.º), y 16 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853, 1.º 399).

2 R. Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 2.º, pág. 385, nota 19. Dutruc, núm. 623. Demolombe, t. 17, pág. 509, núms. 420-422.

tranquilidad de las familias, es un motivo que prueba demasiado, puesto que también podría invocarse en caso de violencia y de dolo. (1)

Creemos que el derecho concedido al demandado por el art. 891 se funda en la naturaleza misma de la acción intentada contra él. Esta acción no tiene más razón de ser, que el principio resentido por el actor; si el demandado repara este perjuicio, la acción tiene que caer, por aplicación del viejo proverbio de que no hay acción sin interés. Por esto da la ley ese derecho en los dos casos en que admite la rescisión por causa de lesión; y si no la concede cuando los menores son restituidos por causa de lesión, es porque no se ocupa de esta lesión; pero siendo idéntico el principio, debe también aceptarse la consecuencia que de él se desprende.

504. El demandado debe procurar al actor el suplemento de su porción hereditaria, es decir, un suplemento que lo indemnice completamente de la pérdida que ha resentido por la partición, restableciendo la igualdad que ha sido vulnerada. Hay, en este punto, una nueva diferencia entre la partición y la venta; el adquirente que tiene también el derecho de ofrecer un suplemento al vendedor, puede retener un décimo del precio total. Esto prueba que las dos acciones, por más que se funden en la misma causa, están regidas por principios diferentes, y que es muy aventurado razonar por analogía de un caso para el otro. El comprador que paga el suplemento debe el interés de éste desde el día de la demanda. Chabot aplica el art. 1682 á la partición, invocando la buena fe del heredero. (2) La buena fe es muy dudosa, y ni siquiera es la cuestión de buena fe.

1 Chabot, t. 2º, pág. 695, núm. 1 del art. 891. Compárese Demolombe, t. 17, pág. 649, núm. 448.

2 Chabot, t. 2º, pág. 696, núms. 2 y 3 del art. 891. Durantón, tomo 7º, pág. 478, núm. 563.

dice la ley, puede detener el curso de la demanda de rescisión é impedir una nueva partición." Estas últimas palabras no suponen, como se pretende, que esté ya pronunciado el fallo; son una consecuencia natural de lo que precede y una especie de explicación; equivalen á que la ley diga: El demandado puede suspender la demanda, y en consecuencia, impedir una nueva partición. Esta interpretación es más natural que la otra, y concilia la disposición del art. 891 con los principios. (1)

507. Si el demandado no usa el derecho que le da el art. 891, se rescindirá la partición, y en consecuencia, los bienes enajenados deberán devolverse á la masa distribuíble. Pregúntase si el tercer poseedor podrá ofrecer una indemnización en dinero, á fin de evitar la evicción de que está amenazado. Todos aceptan que si tiene ese derecho. (2) ¿No hay que distinguir? Que los terceros adquirentes puedan intervenir en la instancia y hacer ofertas al heredero que promueve la rescisión, en nombre de su autor, no es nada dudoso: ellos usan del derecho que el artículo 1166 otorga á todo acreedor. Pero si no intervienen, y si se pronuncia la rescisión, cuéstanos trabajo admitir que los terceros puedan todavía suspender las consecuencias de la rescisión. Hemos dicho las consecuencias de la rescisión. No se trata ya de la acción de rescisión, porque ésta se ha consumado; la partición está rescindida, y en consecuencia, vienen por tierra todos los derechos concedidos por los copartícipes. ¿Con qué título promoverían los poseedores? ¿Como acreedores del copartícipe despojado? Ellos no pueden ejercitar derechos que su autor no tiene ya, y éste carece de todo derecho. Se objeta que

1 Durantón, t. 7º, pág. 764, núm. 583. En sentido contrario, Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 4º, pág. 419, nota 30; Demante, t. 3º, pág. 380, núm. 296 bis 4º; Demolombe, t. 17, pág. 549, núm. 459.

2 En sentido contrario, los autores citados por Zachariæ, t. 4º, pág. 419, nota 30, y por Demolombe, t. 17, pág. 553; núm. 461;

en caso de venta, el art. 1681 da expresamente á los terceros poseedores el derecho que negamos á los terceros en caso de partición. Contestamos nosotros que es muy problemático razonar por analogía en esta materia, con motivo de las diferencias profundas que existen entre la rescisión de la venta y la de la partición: la una es desfavorable y la otra es favorable, en el sentido de que tiende á restablecer la igualdad entre los coherederos.

508. El art. 891 es continuación de las disposiciones que tratan de la rescisión por causa de lesión; luego sólo es concerniente á esta causa de nulidad, y es extraño á la violencia y al dolo, de los cuales no se habla sino en los arts. 884 y 892. Acerca de este punto, todos están concordes, con excepción de Poujol, cuya opinión se ha quedado aislada. Pregúntase si el art. 891 puede aplicarse por analogía. La negativa nos parece evidente. En efecto, el derecho que da la ley al demandado para suspender la acción de rescisión, implica que la demanda se funda únicamente en un perjuicio pecuniario (núm. 475). Ahora bien, en caso de dolo y de violencia, el actor ni siquiera está obligado á probar que se ha lesionado (núm. 469); luego la cuestión no es de indemnizarlo; se trata de saber si el consentimiento está ó no viciado, y desde el momento en que hay vicio, el contrato debe anularse. Tal es el principio, y habría necesidad de un texto para derogarlo. (1)

Se ha fallado por aplicación del mismo principio, que no hay lugar á aplicar el art. 891 cuando se ataca la partición por violación del art. 832. En este caso hay también desigualdad, en el sentido de que cada uno no ha tenido su porción en especie; luego hay cierta analogía entre el caso del art. 832 y la lesión. Pero la analogía no es más que aparente; por un lado, es la calidad que hace falta

1 Zachariæ, t. 4^o, pág. 411, nota 8, edición de Aubry y Rau,

al heredero actor en la nulidad; por otro lado, es la cantidad que le falta. Se le puede desinteresar completamente, cuando se queja de haber sido lesionado en una cuarta parte, proporcionándole esta fracción; pero cuando se queja de no haber tenido su porción en especie, no hay más que un solo medio de reparar tal desigualdad, y es proceder á una nueva partición. La jurisprudencia de la corte de casación se halla en este sentido. (1)

IV. Efecto de la anulación.

509. Cuando hay dolo, violencia ó lesión, se rescinde la partición, es decir, se anula y, como lo expresa el art. 891, se procede á una nueva partición. Por consiguiente, queda destruida la antigua partición, como si nunca hubiese existido; ó, por mejor decir, se restablece la indivisión y se la tiene por no haber cesado jamás. Otra cosa acontece cuando uno de los herederos es despojado; la ley da una acción de garantía, pero no permite que se rescinda la partición. Las dos acciones difieren, además, en otros conceptos. En caso de evicción, la garantía puede ejercitarse dentro de los treinta años, contados desde el día de la evicción; mientras que la acción de rescisión debe ejercitarse dentro de los diez años (art. 1304). En el título de las *Obligaciones* diremos la razón de esta corta prescripción. El heredero despojado tiene una acción recursoria contra sus coherederos; esta acción tiende al pago de una suma de dinero y está provista de un privilegio. Cuando hay una causa de nulidad, la acción tiende á destruir la partición, la cual no está asegurada por ningún privilegio; en general, el heredero no necesita de esta garantía, supuesto que puede reivindicar los bienes contra los terceros poseedores. Existen

1 Denegada, 20 de Agosto de 1848 (Daloz, 1849, 5, 344); y en materia de partición de ascendiente, sentencia de denegada apelación, de 10 de Noviembre de 1847 (Daloz, 1848, 1, 195).

entre las dos acciones otras diferencias en las cuales es inútil insistir. Se puede preguntar por qué el legislador mantiene la partición cuando es despojado su heredero. Nosotros dímos ya contestación á la pregunta (número 446). Igualmente remitimos a lo que queda dicho sobre la cuestión de saber si el heredero despojado tiene la acción de rescisión cuando, por causa de la evicción, es lesionado en más de un cuarto (núm. 447). No quedan por examinar más que las dificultades á que da lugar la anulación.

1. De los efectos de la anulación entre las partes.

510. El principio de que lo que es nulo no produce efecto alguno, se aplica á la partición como á otro convenio cualquiera. (1) Supuesto que se considera que la partición anulada no ha existido jamás, debe volverse á poner á los herederos en el estado en que estaban antes de haber dividido la herencia. Luego se les tiene por haberse quedado en la indivisión. Tal es el principio. La consecuencia es que cada uno de los herederos debe devolver á la masa los bienes que se habian incluido en su lote. Este reintegro se hace en especie si los bienes están todavía en poder del heredero. Si se han enajenado, el reintegro no puede hacerse sino tomando menos. Y esto sucede siempre así, respecto de los muebles corpóreos que el heredero hubiese vendido, porque el comprador de buena fe está al abrigo de la reivindicación (art. 2279). En cuanto á los inmuebles, más adelante diremos cuál es el efecto de las enajenaciones consentidas por el heredero desde la partición; si se mantienen, el reintegro se hace tomando en menos; si no, se hará en especie. Esto decide la cuestión de saber por qué valor son reintegrados los bienes, cuando el reintegro tiene lugar tomando en menos. Los bienes deben dividirse nuevamente, y naturalmente lo son por el valor

1 Véase sobre el principio, el tomo 6° de mis *Principios*, núm. 106.

que tienen al hacerse la partición; luego si no se devuelven en especie, el heredero debe rendir cuenta á la masa de su valor actual. Supuesto que se considera que la indivisión ha existido siempre, la sucesión es la que saca provecho del aumento de valor que han adquirido los bienes, así como es ella la que resiente la pérdida si han disminuido de valor. Esto supone que el aumento y disminución de valor son independientes de los actos del heredero; si por sus trabajos es por lo que los bienes han aumentado de valor, déjase entender que se le deberán reembolsar sus gastos; y si han disminuido por degradaciones que le son imputables, deberá indemnizar á la sucesión. (1)

511. ¿Cómo se verificará el reintegro de los frutos percibidos desde la partición? Reina alguna incertidumbre acerca de este punto en la doctrina y en la jurisprudencia. Ciñéndose al principio que todos aceptan, la decisión no podría ser dudosa. Se supone que la indivisión ha existido siempre; ahora bien, los frutos percibidos durante la indivisión pertenecen á la herencia, y el heredero que los ha percibido debe cuenta de ellos (núm. 220). Se ha objetado que los herederos ganan los frutos si ha habido entre ellos una partición provisional, y se ha fallado que la partición anulada debía al menos tener el efecto de una partición de goce. (2) El error de la corte nos parece evidente. No hay partición provisional sino en los casos en que las partes han querido hacer semejante partición, y en los casos en que la ley transforma una partición irregular en provisional (núm. 270). Ahora bien, en el presente caso no puede ser cuestión ni de una partición provisional voluntaria, ni de una partición provisional legal. Ha habido una partición que, según la intención de las partes, debía ser definitiva; se anula la partición, luego jamás la ha ha-

1. Compárese Demolombe, t. 17, pág. 599, núms. 506 y 507; Zachariae, t. 4^o, pág. 418, nota 26; edición de Aubry y Rau.

2. Casación, 5 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1854, 2, 197).

bido, ha habido siempre indivisión; es preciso, en consecuencia, aplicar los principios que rigen la indivisión, y estos principios son muy sencillos; la sucesión saca provecho de los frutos, supuesto que los herederos todavía no tienen ningún derecho en ellos.

Los autores distinguen; admiten que en caso de dolo y de violencia, debe restituir los frutos el que se ha hecho culpable de esos actos ilícitos; pero los poseedores de buena fe no deberán restituir los frutos. Se aplica el mismo principio á la lesión: como se presume que todos los herederos son de buena fe, deben ganar los frutos (artículo 549). (1) Nosotros creemos que esta doctrina es igualmente errónea. El art. 549 supone una acción de reivindicación intentada por el propietario contra un tercer poseedor; si éste posee en virtud de un título translativo de propiedad cuyos vicios ignora, hace suyos los frutos. ¿Puede decirse de un heredero que ha poseído en virtud de una escritura de partición anulada, que es poseedor de buena fe en ese sentido? Ciertamente que nó; porque á causa de la anulación de la partición, no es él quien ha poseído, sino la sucesión; él está obligado, como propietario por indiviso, á devolver á la masa todos los provechos que ha sacado de la cosa durante la indivisión; la buena ó mala fe del heredero nada tiene de común con esa obligación, luego debe cumplirla. (2)

Conforme al rigor de los principios, ni siquiera hay lugar á compensar los goces respectivos de los diversos herederos. Déjase entender que no podía tratarse de la com-

1 Demante, t. 3.^o, pág. 386, núm. 239 bis. Demolombe, t. 17, pági na 360, núm. 512.

2 La jurisprudencia está incoherente. Hay una sentencia que ordena la restitución de los frutos en caso de lesión, (Rennes, 6 de Enero de 1816, en Dalloz, *Sucesión*, núm. 2252). La corte de casación aplica el art. 549. (Casación, 12 de Enero de 1863, en Dalloz, 1863, I, 119). Compárese el t. 6.^o de mis *Principios*, núms. 241 y 242.

pensación propiamente dicha. Por lo mismo, hay que atenerse á la regla de que destruida la partición, subsiste la indivisión, y por consiguiente, los frutos aumentan la masa. No vemos qué es lo que se podría oponer al heredero que pidiera el reintegro en especie: esto no es más que el derecho común, y para derogarlo sería preciso un texto.

En cuanto á los intereses de los créditos hereditarios puestos en el lote de los diversos copartícipes, se aplica el mismo principio. Si uno de los copartícipes ha pagado un excedente en virtud de la escritura de partición, el heredero que ha disfrutado de ese excedente debe restituir los intereses, siempre por aplicación del principio de que las partes vuelvan á colocarse en el estado en que se hallaban antes de que hubiese partición; los que han percibido un bien hereditario devuelven los frutos; los que han percibido una excedencia deben restituir los intereses desde el día en que se les pagaron. Hay, no obstante, una diferencia entre los frutos y los intereses de las excedencias: los frutos pertenecen á la masa, mientras que la excedencia con los intereses debe restituirse al heredero, quien, á causa de la anulación de la partición, la ha pagado sin causa. (1)

2. Efecto de la anulación respecto de terceros.

512. ¿Tiene efecto la anulación respecto á terceros? En principio, la afirmativa no es dudosa; el mismo código lo dice en el art. 2125: "Los que no tienen sobre el inmueble más que un derecho sujeto á rescisión no pueden consentir más que una hipoteca sometida á la misma rescisión." La razón de esto es bien sencilla. No, como dice Chabot, porque la rescisión implique una condición resolutoria (2): una cosa es la anulación de un contrato, y otra

1 Denegada, de la sala de lo civil, de 14 de Julio de 1869 (Daloz, 1869, 1, 847).

2 Chabot. t. 2º, pág. 682, núm. 5 del art. 887.

cosa su resolución. Pero hay un principio común á la condición resolutoria y á la rescisión, y es que no es posible transmitir á terceros más derechos de los que uno tiene. Luego el que no tiene más que una propiedad rescindible ó resoluble no puede conceder á terceros más que derechos igualmente rescindibles ó resolubles. Síguese de aquí que desde el momento en que se rescinde la partición, todos los derechos consentidos por los copartícipes vienen por tierra. El principio no es dudoso (1); y tampoco lo sería la aplicación, si los intérpretes no tuvieran la malaventurada tendencia de componer con los principios. Hay que proscribir todos esos acomodamientos, porque de lo contrario cesa de haber ciencia, y los hechos dominan en puntos en que el imperio corresponde al derecho.

513. Hay una primera dificultad que aplazamos para el título de las "Obligaciones," porque ahí está el asiento de la materia. Se pretende que el dolo no tiene acción retroactiva contra los terceros. Nosotros probamos, ó por mejor decir, el texto de la ley (art. 1117), prueba que esta es una de esas distinciones imaginadas por los autores, que acabarán por volver al revés el código civil, si no se detiene uno en esta vía que llamamos funesta, porque confunde la misión del intérprete con la del legislador. Nuestra regla de interpretación es muy sencilla, y es incontestable. La anulación de la partición hace que jamás haya habido partición; luego los derechos de los copartícipes son los que tienen durante la indivisión. Antes dijimos cuáles son esos derechos (núms. 212-218). ¿La partición aparente que ha existido entre los coherederos modifica estos principios? Tal es la verdadera cuestión. En todos los casos en que hay anulación, hay un acto aparente; lo que no impide los efectos de la anulación.¹ Luego quedamos bajo el imperio de los principios generales, con la diferencia de que los

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 573, núm. 814.

derechos de los copartícipes no están enteramente destruidos, como lo están los derechos de un comprador de un donatario. La partición ha declarado cuáles son los derechos del heredero; anulada la partición, resulta que el heredero no tiene ya derechos divididos, pero se quedan los derechos indivisos que como heredero le pertenecen. No puede decirse de él que no tiene el derecho de enajenar, ni de llevar á cabo acto ninguno de disposición; él tiene ese derecho en su calidad de copropietario por indiviso; los actos que él haya ejecutado desde la partición, como los que hubiese hecho antes, serán válidos ó nulos, según que los objetos hereditarios de que haya dispuesto caigan en su lote ó en el de un coheredero. Así, pues, se incluyen en la masa hereditaria los bienes enajenados ó gravados con derechos reales: el resultado de la partición decidirá de la validez de los actos.

No es esa la doctrina de los autores ni de la jurisprudencia. Se razona y se decide como si después de la anulación de la partición, aconteciere que los copartícipes no habían tenido ningún derecho en los bienes puestos en su lote, y se pregunta si sus actos son nulos ó si hay que mantenerlos. Esto es no tener para nada en cuenta del estado de indivisión, que jamás ha cesado y que da derechos á los copropietarios por indiviso. Se comprende la doctrina general, cuando se trata de objetos mobiliarios enajenados por los copartícipes; el comprador, en este caso, está protegido por un principio general contra toda reivindicación, y es porque en materia de muebles la posesión equivale á título. Cuando se trata de inmuebles, se distingue. Las enajenaciones hechas por el que demanda la rescisión no pueden, dicen algunos, atacarse, porque él debe garantizar á sus compradores contra toda evicción, y el que tiene que garantizar no puede despojar. (1) Creemos nosotros que deben

1 Ducanroy, Bannier y Roustain, t. 2º, pág. 573, núm. 815.

aplicarse los principios que rigen la indivisión. Se supone que el inmueble fué enajenado durante la indivisión; si cae en el lote del heredero que lo ha enajenado, la enajenación es válida; si cae en el lote de otro heredero, éste podrá, ciertamente, reivindicarlo. ¿Qué le opondría el comprador? ¿La excepción de garantía? No es el heredero actor quien ha vendido. ¿Dirá el tercero que su vendedor era propietario? Lo era en virtud de una partición que se tiene por no haber existido nunca; mientras que al heredero reivindicante se le tiene por haber sido siempre propietario; él puede reivindicar lo que le pertenece. En cuanto á los actos de disposición ejecutados por los demandados, dicese que vienen por tierra. Esto es demasiado absoluto; todo depende de la partición. Los inmuebles enajenados deben incluirse en la partición, supuesto que se considera que fueron vendidos, no por un copartícipe sino por un copropietario indiviso; no caerá la enajenación sino cuando se ponga el inmueble en el lote de un coheredero del vendedor. En la opinión general, se recurre á nuevas distinciones, más arbitrarias unas que otras, para presumir la anulación de los actos de disposición hechos después de la partición. Uno querría distinguir entre las concesiones de derechos reales y las ventas: la ley, dice Demolombe, mantiene á veces las enajenaciones, mientras que anula los derechos reales (artículo 860). ¡Qué confusión de principios! El art. 860 habla del reintegro, es decir, de un caso en que se resuelve la propiedad y su que el vendedor se halla con que no tiene ningún derecho, mientras que, en nuestro caso, el vendedor sigue siendo copropietario. Otro autor, y uno de los mejores, prevaliéndose de la disposición del art. 860, concluye que los tribunales podrían determinarse por consideraciones de equidad, siendo la equidad la gran regla en materia de partición. Demante deja, pues, al juez, la elección: él mantendrá la enajenacion invocando la equidad, ó

la anulará invocando el derecho. (1) Hé aquí lo arbitrario que con tanta frecuencia señalamos, y que es inevitable cuando los intérpretes se apartan de la ley y de los principios que ella establece. ¿Preguntaremos qué es del derecho si se permite al juez no tenerlo para nada en cuenta?

V. De la confirmación.

1. De la confirmación de las particiones nulas.

514. Los actos que la ley declara nulos en virtud de un vicio que los mancha, pueden ser confirmados. El que tiene el derecho de promover nulidad puede renunciar tal derecho, y entonces el acto se vuelve válido, como si nunca hubiese estado viciado. La confirmación es expresa ó tácita, como toda manifestación de voluntad. Cuando la confirmación expresa consta por escrito, la ley prescribe ciertas formas para la validez del acto confirmativo: debe contener la substancia de la obligación que se trata de confirmar, la mención del motivo de la acción de nulidad, y la intención de separar el vicio en que se funda esta acción. Cuando la intención de confirmar resulta de un hecho, la confirmación es tácita; la ley considera como tal la ejecución voluntaria de la obligación en una época en que ésta podría confirmarse válidamente. Tales son los principios que resultan del art. 1338, disposición muy mal redactada, porque confunde la confirmación y el escrito que lo comprueba. En el título de las *Obligaciones* explicaremos esta materia difícil; hemos tenido que recordar los principios elementales que rigen la confirmación, porque la aplicación de estos principios á la partición ha suscitado largas controversias. Hay que distinguir si la partición es nula ó si es rescindible por causa de lesión: nosotros entendemos por partición nula todos los casos sin los cuales

1 Demante, t. 3º, pág. 383, núm. 237 bis 3.º Compárese Demolombe, t. 17, pág. 598, núm. 506.

puede atacarse la particion, salvo el caso de lesion. Que pueda confirmarse la particion nula, no tiene la menor duda; esto no es más que el derecho común, y la ley no lo deroga. Así es que deben aplicarse los principios generales, que expondremos en el título de las *Obligaciones*. La confirmacion podrá ser expresa ó tácita; la confirmacion tácita resultará de la ejecucion voluntaria de la particion hecha en la época en que podía confirmarse. El art. 1304. que establece la prescripcion de diez años para toda accion de nulidad, contiene una aplicacion de estos principios. Esta prescripcion es una confirmacion tácita, y por esto no comienza á correr sino desde el día en que es posible la confirmacion; en el caso de violencia, desde el día en que ésta cesó; en los casos de error ó de dolo, desde el día en que se descubrieron; para los actos celebrados por los incapaces, desde el día en que cesa su incapacidad. Sucede lo mismo con la ejecucion voluntaria del acto nulo; así, pues, cuando se trata de una particion nula por causa de dolo ó de violencia, la ejecucion de la particion no se considerará como una confirmacion sino cuando ha tenido lugar después que cesó la violencia ó se descubrió el dolo; si la particion es nula por incapacidad, no se cubrirá la nulidad por la ejecucion voluntaria sino cuando se ejecutó la particion después de que cesó la incapacidad.

515. Tales son los principios generales que se aplican á la particion por el hecho solo de que la ley no los deroga. El art. 892 contiene, además, una disposicion especial para el caso de dolo y de violencia, la cual está concebida en estos términos: "El coheredero que ha enajenado su lote en todo ó en parte, cesa de ser recibibile á intentar la accion de rescision por dolo ó violencia, si la enajenacion que ha hecho es posterior al descubrimiento del dolo, ó á la cesacion de la violencia." Así es que la enajenacion parcial ó total, de los objetos puestos en el lote de un heredero,

engendra un recurso de no recibir contra la acción de nulidad que él quisiera intentar. Pero no basta el simple hecho de la enajenación; se necesita, además, que el heredero haya enajenado en una época en que él había descubierto el dolo y en que la violencia había cesado. Corresponde á quien opone el recurso de no recibir al actor de de la nulidad, probar que la enajenación tiene lugar después del descubrimiento del dolo ó la cesación de la violencia. ¿Por qué la ley prescribe esta condición para que el actor sea declarado no recibibile? Notemos que el artículo 1338 exige una condición análoga para la confirmación tácita por la ejecución voluntaria del convenio; es preciso que la ejecución tenga lugar en una época en la cual podía confirmarse válidamente la obligación, lo que, en caso de dolo ó de violencia, equivale á decir: después del descubrimiento del dolo ó la cesación de la violencia. ¿Debe inferirse de esto que el art. 892 es una aplicación del art. 1338? ¿La enajenación hecha por el heredero de todo ó parte de su lote, es una confirmación tácita?

La cuestión es debatida. Todos los autores franceses consideran la enajenación como una confirmación. (1) Zachariæ dice que esto no es una confirmación, que es una presunción de renuncia del derecho que tenía el heredero vendedor para promover la nulidad. (2) El jurisconsulto alemán tiene razón en decir que la enajenación no es una ejecución de la partición. Se ejecuta un convenio ejercitando los derechos que él da ó cumpliendo las obligaciones que impone; en este sentido la enajenación no es una ejecución de la partición; y es la verdad decir que el artículo 892 no es una aplicación de la disposición del artícu-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Lesión*. pfo. 6º Chabot, t. 2º, pág. 698, núm. 1 del art. 892. Durantón, t. 7º, pág. 767, núm. 588. Demante, t. 3º, pág. 382, núm. 237 bis 1º Ducaurroy, Bonater, y Roustain, t. 2º, pág. 572, núm. 812.

2 Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 4º, pág. 409, nota 6.

lo 1338, que hace que la confirmación resulte de la ejecución voluntaria del acto nulo. Por esto es que el art. 892 no se sirve de la palabra confirmación ó ratificación que emplea el art. 1338, sino que dice que no se recibirá al vendedor á atacar la partición. Sin embargo, este recurso de no recibir ¿no es en el fondo una especie de confirmación? ¿y no es aún la única que sea posible, por lo común, en materia de partición? En general, la partición no impone ninguna obligación á los copartícipes, salvo la de garantía; de la que no puede tratarse, supuesto que no resulta del acto mismo de partición. Los copartícipes nada tienen los unos de los otros, luego entre ellos no podría haber ni derechos ni obligaciones. Sólo por accidente, en caso de saldo por exceso, hay un deudor y un acreedor. Luego ajustándose á la confirmación tácita del art. 1338, nunca los habrá en caso de partición, excepto cuando hay saldo por excedencia. Pero ¿no puede considerarse la enajenación como una confirmación especial de la partición? Es claro que la ley aplica á la enajenación, para que produzca un recurso de no recibir, la misma condición que exige para la confirmación tácita por la ejecución del acto, y es que se verifique después del descubrimiento del dolo ó la cesación de la violencia, es decir, en una época en que la partición podía confirmarse válidamente. Es también claro que la renuncia en que Zachariæ funda el recurso de no recibir consagrado por el art. 892, es también el fundamento de la confirmación, porque ¿qué cosa es confirmar si no renunciar al derecho que se tiene para promover la nulidad? Luego la enajenación es una especie de confirmación no prevista por el art. 1338, y particular á la partición. En este sentido, el art. 892 tiene el carácter de una disposición excepcional; ha sido precisa una declaración del legislador para dar esta extensión al principio

de la confirmación tácita. Lo que significa que no se puede admitirla sino en los casos previstos por la ley y bajo las condiciones que ésta establece.

La corte de Bruselas ha hecho una aplicación de este principio de interpretación, al fallar que al copartícipe menor que continúa poseyendo, después de su mayor edad, los objetos puestos en su lote, no se le considera por haber confirmado la partición; (1) la posesión no es ni una ejecución del acto, como quiere el art. 1338, ni una enajenación, como quiere el art. 892; luego la cuestión no es de confirmación. ¿Se aplica el art. 892 á otras causas de nulidad, principalmente á la lesión? Vamos á examinar esta cuestión al tratar de la confirmación de las particiones rescindibles por causa de lesión. Es debatida con exceso; hay como un caos de opiniones contradictorias y de decisiones judiciales que chocan entre sí y se combaten. Se necesitaría una disertación especial si se quisiera rectificar todos los errores y discutir todos los pareceres disidentes. Nos limitamos á exponer los principios.

Núm. 2. De la confirmación de las particiones rescindibles por causa de lesión.

516 La lesión es una causa de rescisión ó de nulidad en la partición y la venta; vicia también y anula los compromisos contraídos por los menores. ¿Puede disiparse este vicio por medio de la confirmación? Planteada en términos tan generales, no nos parece dudosa la cuestión. La confirmación no se limita á ciertas causas de nulidad; según el texto formal del art. 1338, se aplica á toda obligación contra la cual la ley admite la acción de nulidad ó de rescisión; el artículo no distingue las diversas obligaciones; tampoco distingue las diversas causas por las cuales pueden anularse ó rescindirse los contratos. Esta distin-

1 Bruselas, 21 de Enero de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 300).

ción, que no se halla en el art. 1338, ¿existe ó resulta de la naturaleza misma de la lesión? Como el art. 1338 establece una regla general, sería necesaria una disposición de la ley para que pudiera admitirse una excepción. Tal excepción se la buscaría en vano en nuestros textos, y tampoco se deriva del vicio mismo de la lesión. Los menores, ya mayores, pueden evidentemente confirmar los actos que hicieron en minoría, y que tenían derecho de atacar por causa de lesión; el vendedor, como lo diremos en otro lugar, puede confirmar la venta que tiene derecho á atacar si está lesionado en más de siete duodécimos. ¿Por qué no había de ser lo mismo del copartícipe cuando se le lesiona en más de la cuarta parte? Para la confirmación expresa, la cuestión casi no tiene duda. El copartícipe lesionado declara que confirma la partición cuya rescisión tendría derecho de pedir; redacta una escritura confirmativa en los términos prescritos por el art. 1338; suponemos que la confirmación reúne todas las condiciones que la doctrina exige para su validez. ¿Por qué no había de ser válida esa confirmación? No hay razón para que no lo sea.

Se hace una singular objeción. Demante reconoce que los actos rescindibles por lesión son susceptibles de confirmarse; pero no es posible, dice, la confirmación sino después de que cesó el vicio. Y ¿cuándo cesa el vicio de lesión? Cuando el déficit de donde resulta la lesión se haya reducido á tal proporción que ya no constituya una lesión de más de la cuarta parte. Hasta entonces el consentimiento para que la acción se extinga no es más eficaz de lo que ha sido el consentimiento á la parte para impedir que se origine la acción. El principio de donde parte Demante no es exacto, y la consecuencia que se saca no es aceptable. Hay vicios que se prolongan: tales son el error, la violencia, el dolo, la incapacidad. Mientras subsista la cuestión no puede ser de confirmación, porque ésta estaría tan viciada

como el acto que se trata de confirmar. ¿Pasa lo mismo con la lesión? La lesión resulta de un error; desde el momento en que se reconoce el error, no hay obstáculo que impida al copartícipe renunciar al derecho que le da la lesión para pedir la rescisión de la partición. Si no pudiera hacerlo cuando el déficit está cubierto en parte, como lo dice D. mate, jamás lo podría, porque desde el momento en que ya no hay lesión de más de la cuarta parte, la acción no es recibida. Así, pues, la doctrina que estamos combatiendo conduce á esta singular consecuencia, y es que la confirmación no puede borrar el vicio de lesión, porque sólo se admite cuando el acto no es ya rescindible. (1) Digámoslo de una vez, éste es uno de esos errores que se escapan á los mejores entendimientos y que debía ser para todos una lección de indulgencia.

517. Si la confirmación expresa puede tener lugar en caso de lesión, debe inferirse que también es admisible la confirmación tácita. El art. 1338 pone los casos de confirmación en la misma línea, y con razón, porque son un solo y mismo hecho jurídico, la renuncia al derecho de pedir la nulidad de un acto viciado; ahora bien, la renuncia es una manifestación de voluntad, y la voluntad puede manifestarse también por medio de hechos como de palabras. Luego, conforme al derecho común, puede haber confirmación tácita por la ejecución voluntaria del acto de partición. Esto acontecerá rara vez, según acabamos de decirlo, porque la partición no impone obligaciones á las partes contrayentes. Esto, sin embargo, puede suceder en caso de saldo por excedencia. El heredero lesionado paga un saldo, y lo paga en un momento en que tiene conocimiento de la lesión, y lo hace con plena libertad, con el objeto de confirmar la partición. Nosotros preguntamos

1 Demante, t. 3º, pág. 382, núm. 237 bis 1º. En sentido contrario, Demolombe, t. 17, pág. 375, núm. 431.

de nuevo ¿por qué no había de ser válida semejante confirmación? Cosa distinta es si el heredero fuese el acreedor del saldo; podría decirse, en este caso, que al recibirla obedece á la misma necesidad que lo ha inducido á consentir en la partición, la necesidad de procurarse inmediatamente recursos; de suerte que la confirmación estaría viciada por la misma causa que vicia la partición.

El art. 1304 viene en apoyo de nuestra opinión. En efecto, la prescripción de diez años que el artículo establece, no es otra cosa que una confirmación tácita; y por confesión de todos, la prescripción de diez años se aplica á la partición rescindible por causa de lesión; luego esta partición puede confirmarse tácitamente. No obstante, nos hallamos aquí con una nueva objeción. El art. 1304, dicen algunos, determina el momento desde el cual comienza á correr la prescripción de diez años, cuando el acto es nulo por causa de error, de violencia ó de dolo; no habla de lesión; prueba de que la lesión, en la mente de la ley, no es un vicio que se cubre por la prescripción ni por la confirmación tácita. (1) Nosotros respondemos que el artículo 1304 prevee un caso de lesión, supuesto que dice que el plazo corre, respecto de los actos ejecutados por los menores, desde el día de su mayor edad; y los menores pueden atacar sus actos si han sido lesionados; luego hay lugar á confirmación tácita por causa de lesión. En cuanto á la lesión en materia de venta, hay una disposición especial en el art. 1676. Queda la partición á cuyo respecto era inútil una disposición particular, porque bastan los principios generales para decidir la dificultad (número 498).

Se objeta, además, el silencio del art. 892, que, en la opinión general, es una aplicación del art. 1338; y éste no menciona más que los casos de dolo y de violencia; y ¿no

1 Mourlón, *Repeticiones* t. 2º, pág. 217.

es esto excluir la lesión? Y si la enajenación hecha por el heredero lesionado no confirma la partición, lo mismo debe ser con toda especie de enajenación, lo que viene á parar en decir que la confirmación tácita no se admite en el caso en que la partición está viciada por lesión. (1) De antemano hemos contestado á la objeción (núm. 515). El artículo 892 no es una aplicación del 1338; si la enajenación fuese una ejecución del contrato, habría sido inútil preveer este caso en el art. 892, porque la regla del art. 1338 era suficiente. La interpretación que se da al art. 892 está, además, en oposición con el art. 1304, como acabamos de probarlo. Por último, ella consagraria una derogacion de los principios generales, la cual por nada está justificada. Si la lesión puede cubrirse por una confirmación expresa ¿por qué no serlo por una tácita? ¿cuándo habrá confirmación tácita? Acerca de este punto, remitimos al art. 1338 y á las explicaciones que daremos en el título de las *Obligaciones*. En nuestra opinión, como la partición está sometida á la regla general, nada hay especial que decir en este caso.

518. Queda la cuestión de saber si el art. 892 es aplicable á la lesión. Planteada en tales términos, creemos que debe resolverse negativamente. El art. 892 menciona expresamente el dolo y la violencia; no habla de la lesión; el silencio del código nos parece decisivo. En efecto, trátase de una disposición especial, y en cierto concepto, excepcional (núm. 515); y las excepciones no se extienden. Dícese en vano que nuestro argumento es uno de esos razonamientos más que problemáticos que se apoyan en el silencio de la ley. (2) En más de una ocasión hemos rechazado los argumentos *á contrario*, pero cuidando de hacer notar que están en oposición con los principios de derecho. En el caso de que se trata, el silencio de la ley tiene ya por

1 Durantón, t. 7º, pág. 768, núm. 589; Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 3º, pág. 338, nota 26, y las autoridades que allí se citan.

2 Chabot, t. 2º, pág. 699, núm. 2 del art. 892.

si mismo gran valor, supuesto que el art. 802 es una disposición excepcional. Y notemos que viene á continuación de cuatro artículos que todos son relativos á la lesión; que nos explican por qué la ley, si pusiera la lesión en la misma línea que los demás vicios, menciona expresamente el dolo y la violencia, y se calla respecto de la lesión. (1) En vano hemos buscado una razón de este silencio en los autores y en las sentencias. Mientras que, siguiendo nuestra opinión, se puede muy bien practicar la disposición que admite que la enajenación cubre los vicios de dolo y de violencia, y no confirma la partición viciada por la lesión. ¿Cuándo enajena un heredero? Cuando necesita dinero. Ahora bien, puede muy bien suceder que esta misma necesidad es la que lo ha hecho consentir en una partición lesionaria; por lo mismo, la enajenación no podía considerarse como un acto de confirmación. Porque, no hay que olvidarlo, se trata de una confirmación tácita, es decir, de una voluntad que se infiere de un hecho, y esta voluntad, en el caso que nos ocupa, es una renuncia; y ¿no es de principio que la renuncia no se admita cuando los hechos de donde se infiere no pueden recibir otra interpretación? Desde el momento en que la enajenación hecha por un coheredero lesionado no implica necesariamente la intención de renunciar, el legislador no podía admitirla como una confirmación tácita. (2)

La opinión que estamos sosteniendo está consagrada por la jurisprudencia de la corte de casación. Sin embargo, ella agrega una restricción importante, y es que la enajenación puede ser una confirmación tácita, si de hecho se decide que tuvo lugar con la intención de purgar el vicio de lesión. Esta restricción es admisible. Verdad es que,

1 Agen, 21 de Enero de 1836 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2313).

2 Ducaurroy, Bonnier y Boustan, t. 2°, pág. 572, núm. 813. En sentido contrario, Demolombe, t. 17, pág. 591, núm. 497.

en nuestra opinión, la enajenación no es una ejecución de la partición; por lo que no entra en la definición que el art. 1338 da de la confirmación tácita. Pero la confirmación por ejecución del convenio, consagrada por el artículo 1338 ¿excluye otros hechos que impliquen la voluntad de renunciar? No lo creemos así. Después de todo, la confirmación no es otra cosa que una cuestión de intención, y la intención se establece por los hechos y las circunstancias de la causa, tanto como por una manifestación expresa de voluntad. Así es que á los jueces tocará decidir si la enajenación se ha hecho con la voluntad de purgar el vicio de lesión. ¿Será suficiente, como lo dice la corte en una de sus sentencias, que el heredero haya conocido la lesión de enajenar? (1) Nó, porque esto equivaldría á una presunción legal de intención, y no puede tratarse de una presunción legal, supuesto que, en la opinión de la corte de casación, no hay más ley que el art. 1338; y éste, al definir la confirmación tácita, no prevee el caso de enajenación. Así, pues, la cuestión se resuelve en una dificultad de hecho; de hecho, como acabamos de decirlo, la enajenación puede ser un acto obligado, una consecuencia necesaria de la partición lesionaria, lo que excluye toda idea de confirmación. Más exacto es decir, como lo hace la corte de casación en otra sentencia, que se deben aplicar las condiciones generales prescriptas por el art. 1338 (2); ahora bien, á pesar de la mala redacción de esta disposición, es claro que la confirmación exige más que el conocimiento del vicio; necesitase también la intención de repararlo. Cuando la confirmación es expresa y consta por escrito, no hay la menor duda; el art. 1338 es formal. Ahora bien, la confirmación tácita es idéntica á la expresa, haciendo abstracción del escrito que la comprueba. En este sentido es co-

1 Casación, 4 de Diciembre de 1850 (Daloz, 1850, I, 337).

2 Denegada, 16 de Febrero de 1851 (Daloz, 1851, I, 294).

mo el art. 1338 dice que la ejecución debe ser *voluntaria*, es decir, hecha con el intento de purgar el vicio. Esta condición es de rigor en toda confirmación ó renuncia. La corte de casación ha aplicado este principio desechando el recurso contra una sentencia que comprobaba de hecho que el heredero había enajenado *voluntariamente* y con conocimiento de causa, siendo así que ya uno de sus coherederos había intentado una acción de rescisión. (1)

§ VII.—DERECHOS DE LOS ACREEDORES DE LOS HEREDEROS.

Núm. 1. Derechos de provocar la partición.

519. La ley da á los acreedores el derecho de provocar la partición (art. 2205, y ley de 11 de Agosto de 1854, artículo 2), y aun los obliga á ello, en el concepto de que o pueden poner en venta la parte indivisa de su deudor en los inmuebles de una sucesión, antes de la partición ó de la licitación que la reemplaza (núm. 254). El art. 2205 dice también que los acreedores pueden intervenir en la partición, y el art. 882, que consagra el mismo derecho, agrega que los acreedores intervienen á sus expensas. ¿Debe aplicarse esta disposición al caso en que los acreedores pidan la partición? Se ha fallado que cuando los acreedores ejercitan los derechos y acciones de su deudor en una partición, no reportan las costas, porque en este caso, no hacen más que usar del derecho común establecido por el art. 1166, procediendo á nombre de su deudor; éste es el que promueve por mediación de sus acreedores, luego él

1 Denegada, 9 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 312). Compárese en el mismo sentido Grenoble, 8 de Mayo de 1835 (Daloz, *Disposición entre vivos*, núm. 4634, 1^o) Limoges, 9 de Marzo de 1841 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2321, 2^o); Nimes, 10 de Marzo de 1847 (Daloz, 1848, 2, 175); Caen, 6 de Enero de 1848 (Daloz, 1851, 2, 4); Poitiers, 5 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 2, 119).

es el que tiene que reportar las costas. Esto se funda también en la razón. Cuando los acreedores proceden en virtud del art. 1160, el producto de la acción no pertenece á los actores, sino que se pone en la masa común que es la prenda de todos los acreedores; esto equivale á decir, que el deudor y sus acreedores se aprovechan de la acción; luego es justo que resientan los gastos. (1) Otro tanto hay que decir de la demanda de partición, porque también se intenta á nombre del deudor, y el beneficio se pone en la masa.

520. ¿Cuáles son los acreedores que pueden pedir la partición á nombre de su deudor? El art. 2205 dice: los acreedores personales. Esta expresión general comprende á todos los acreedores, aun á aquellos que, en el lenguaje ordinario, se llaman cointerésados. Tales son los adquirentes de inmuebles hereditarios vendidos durante la indivisión por uno de los herederos. Son éstos á un tiempo mismo cointerésados y acreedores; en efecto, en su calidad de compradores, tienen derecho á la garantía; tienen también interés en provocar la partición, porque la partición será la que resuelva si conservarán la propiedad del inmueble. La jurisprudencia se halla en este sentido, y la cuestión no es dudosa. (2)

521. ¿Tienen los acreedores el derecho de provocar una partición judicial, si los herederos están de acuerdo en hacerla extrajudicialmente? Ya hemos resuelto la cuestión negativamente (núm. 300). Esto supone que los herederos no están en moratoria, como lo ha fallado la corte de Poitiers. (3) Los herederos no pueden, por su inacción, hacer perjuicio á sus acreedores. Estos tienen un derecho absoluto para proceder; el ejercicio de este derecho se vuelve

1 Pau, 18 de Noviembre de 1862 (Dalloz, 1863, 5, 268).

2 Bastia, 21 de Junio de 1833, y Burdeos, 24 de Diciembre de 1834 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1009).

3 Poitiers, 10 de Junio de 1851 (Dalloz, 1853, 2, 11).

inútil cuando los herederos proceden por sí mismos á la partición; pero desde el momento en que los herederos no promueven, los acreedores vuelven á la plenitud de su derecho.

No carece de dificultades el principio cuando el tutor ha procedido á una partición que, en razón de su irregularidad, está considerada por la ley como una partición provisional. La partición de goce mantiene la indivisión, por lo que no impide que los acreedores pidan una partición definitiva á nombre de su deudor. ¿Qué debe decidirse si el menor confirma, después de su mayor edad, esta partición provisional? En la opinión que nosotros hemos enseñado, no hay lugar á la confirmación propiamente dicha; si las partes quieren que la partición provisional se convierta en definitiva, deben hacer un nuevo convenio (núm. 283) Supongamos que se haya celebrado un convenio, habrá entonces partición, y por consiguiente, ya puede tratarse para los acreedores de provocar uno nuevo. Pero si los acreedores hubiesen procedido antes del convenio que ha vuelto definitiva la partición provisional ¿se les podría oponer este convenio como un recurso de no recibir? No lo creemos así. De cualquiera manera que se considere el convenio que transforma la partición provisional en definitiva, no podría despojar á los acreedores de su derecho adquirido. ¿Se trata de una confirmación? El art. 1338 decide formalmente que la confirmación no perjudica el derecho de los terceros. ¿Se trata de un convenio que no hace más que aprobar la partición provisional? El acreedor á quien se opusiera podría desecharla, diciendo que tiene derecho á una nueva partición, en la cual intervendrá para resguardar sus intereses. Si es un cointeresado, lo está y mucho en que la partición se haga en su presencia. Si es un acreedor personal, tiene también interés en que se proceda á una partición en la cual pueda vigilar

la composición de los lotes. Es decir que su demanda le da un derecho adquirido, derecho que no podría arrebatarse el convenio celebrado entre los herederos. (1)

522. No debe inferirse de esto que si los acreedores provocan la partición, los herederos no puedan ya pedirla. La preferencia, en este caso, pertenecería á los herederos. En efecto, ellos son los principales interesados; los acreedores no tienen ningún interés en prescindir las operaciones de la partición; todo lo que ellos pueden pedir, es intervenir en ella. Si ellos han tomado la iniciativa provocando la partición, es porque los herederos se estaban en la inacción, lo que comprometía los derechos de aquéllos. Desde el momento en que los herederos proceden, la acción de los acreedores cesa de tener razón de ser. Sólo que el tribunal, á la vez que admitiendo la acción de los herederos, podría fijarles un plazo dentro del cual deberían poner término á sus diligencias, y pasado el cual los acreedores tendrían el derecho de continuarlas. Así se ha fallado, y aun cuando el tribunal no hubiese fijado plazo, la inacción de los herederos autorizaría á los acreedores á proseguir en su primera demanda. (2)

523. ¿Cuál es el efecto de la demanda de partición intentada por los acreedores? ¿Es obstáculo para que el heredero enajene su porción hereditaria ó los derechos indivisos que él tiene en los bienes de la sucesión? Enseñan la negativa los autores y la consagra la jurisprudencia. (3) Dícese que los acreedores no hacen más que ejercitar los derechos de su deudor; y éste á toda hora es libre para enajenar sus bienes, y tales enajenaciones son siempre respecto de los acreedores personales, á menos que se hayan hecho con

1 Donai, 26 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1855, 2, 340).

2 París, 23 de Enero de 1808, y tribunal de Metz, 12 de Abril de 1850 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2003).

3 Burdeos, 29 de Junio de 1848 (Daloz, 1850, 2, 25) Dutruc, página 525, núm. 556.

fraude de sus derechos. El principio es verdadero, pero ¿no se hace de él una falsa aplicación? Sin duda que los acreedores no pueden impedir á su deudor que enajene, pero tienen el derecho de apoderarse de sus bienes, y el embargado no puede ya enajenar con perjuicio del embargante; porque el embargo da un derecho al acreedor, derecho que el embargado no puede arrebatarse. Luego la cuestión consiste en saber si la demanda de partición da un derecho á los acreedores sobre los bienes que la partición atribuye á su deudor. A nuestro juicio, este derecho no es dudoso. ¿No es un principio que el actor debe conseguir por su demanda lo que el juez le atribuye desde el día de la acción? Ahora bien, la partición provocada por el acreedor es una instancia judicial, luego retrograda en lo que concierne al acreedor, hasta el día en que se intentó la acción. Desde tal día el deudor no puede ya disponer libremente de sus derechos hereditarios. El art. 2205 confirma esta opinión. No permite al acreedor vender los derechos indivisos de su deudor; conforme á la interpretación consagrada por la ley de 1854, el acreedor está obligado á provocar la partición para poder apoderarse de los bienes de la sucesión: ¿no es esto equivalente á decir que la demanda de partición es un preliminar necesario del embargo? ¿y este preliminar legal puede volverse contra el acreedor á quien la ley lo impone?

Núm. 2: Del derecho de pedir la nulidad de la partición.

524. El art. 882 reglamenta los derechos de los acreedores cuando los herederos proceden á la partición: ellos no pueden ya, en este caso, formular una demanda de partición á nombre de su deudor, á menos que los herederos no comprometan los intereses de los acreedores por su negligencia ó por su dolo. (1) La partición puede también

1 Bruselas, 7 de Marzo de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 318)

comprometer los intereses de los acreedores. Así sucedería si los herederos atribuyesen al deudor una parte menor que la que le corresponde; si lo sometieran á la devolución de deliberalidades que no deben reintegrarse, ó si pusiesen en su lote objetos mobiliarios, dinero ó valores que el heredero podría fácilmente disipar ó desviar con perjuicio de sus acreedores; por último, si el heredero hubiese dispuesto de un inmueble, ó lo hubiese gravado con un derecho real, los coherederos podrían hacer caer tales actos no poniendo el inmueble en el lote del que dispone. Habría fraude en todas esas hipótesis si el objeto de los coparticipes hubiera sido defraudar los derechos de los acreedores; y el fraude da á éstos el derecho de pedir la nulidad del acto fraudulento. Pero la anulación de una partición en la cual están interesadas varias familias, y que refluya contra los terceros, da lugar á tantos inconvenientes, que el legislador ha procurado evitarlos conciliando los derechos de los herederos y de los terceros con el derecho de los acreedores. Con este fin el art. 882 establece: "los acreedores de un copartícipe, para evitar que se haga la partición con fraude de sus derechos, pueden oponerse á que se proceda fuera de su presencia; tienen derecho á intervenir á sus expensas, pero no pueden atacar una partición consumada, á menos que se haya procedido sin ellos y con perjuicio de una oposición que hubieran formulado." Así es que los acreedores tienen dos derechos, pueden formular oposición á que se haya procedido sin ellos, y pueden pedir la nulidad de la partición.

1. *Del derecho de oposición.*

525. El art. 882 dice: "los acreedores de un *copartícipe*." En cuanto á los acreedores de la sucesión, ellos no pueden ni provocar la partición (núm. 255), ni oponerse á

que á ella se haya procedido fuera de su presencia. (1) Ellos carecen de todo interés, y la ley les procura medios más directos para que resguarden sus derechos; pueden perseguir á los herederos, y si éstos son insolventes, pueden atenerse á la prenda que les ofrece la sucesión pidiendo la separación de los patrimonios.

Todo acreedor de los coparticipes puede formular oposición; luego si los herederos aceptan la sucesión lisa y llanamente, como los acreedores del difunto se vuelven acreedores del heredero, podrán también, con tal carácter, oponerse que se proceda á la partición fuera de su presencia. Son acreedores todos los que tienen una acción personal contra los herederos; se ha fallado que basta con un derecho eventual. (2) En efecto, la oposición es un acto conservatorio; ahora bien, el acreedor condicional puede, antes de que se haya cumplido la condición, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho (art. 1180).

Los adquirentes de inmuebles indivisos son acreedores del vendedor, que es un copartípe, porque tienen contra él la acción de garantía. Por lo mismo, pueden formular oposición. (3). Tienen ellos un interés directo y mayor; en efecto, si no hacen oposición, y si el inmueble cae en el lote de un coheredero del vendedor, éste puede despojarlos, sin que tengan el derecho de atacar la partición, aun cuando, como más adelante lo diremos, se hubiese hecho la partición con fraude de sus derechos. (4)

Con mucha frecuencia acontece que los hijos comparten las sucesiones de su padre y madre confundidas en una

1 Turín, 9 de Enero de 1811, y Poitiers, 21 de Julio de 1824 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2016).

2 Grenoble, 19 de Enero de 1827 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2014).

3 Burdeos, 27 de Febrero de 1836, y Montpellier, 11 de Junio de 1839 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2017). Casación, 14 de Agosto de 1840 (Dalloz, *ibid.*; núm. 2018, 2°).

4 Nimes, 5 de Julio de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 147), y Oñsei, 11 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 32).

sola masa; los acreedores de una de las sucesiones pueden tener interés en impedir su confusión. Deben formular oposición, como para ello tienen derecho, y oponerse á que se haga una sola masa de las dos herencias: se ha fallado que si ellos no atacaran el fallo que ha ordenado la partición de las dos sucesiones, si, por el contrario, han aceptado todas las operaciones consiguientes, así como la composición de lotes, no pueden entonces atacar la partición: deben culparse á sí mismos por no haber procedido cuando tenían derecho á hacerlo. (1)

526. El art. 882 define la oposición: los acreedores se oponen á que se haya procedido á la partición fuera de su presencia. Ellos tienen derecho á asistir á las operaciones de la partición, y, por consiguiente, los copartícipes deben convocarlos. La ley no dice en qué forma deben hacer los acreedores su oposición. Ese es un acto extrajudicial que por lo común se hace con intervención de comisario; pero como la ley no prescribe esa forma, la doctrina y la jurisprudencia admiten que puede reemplazarse la notificación por actos equivalentes. Esta materia no deja de tener sus dificultades, y por más que ellas se refieran al procedimiento más que al derecho civil, hay que detenernos á considerarlas, porque son de un interés capital para los acreedores; todas las garantías que la ley quiere asegurarles dependen de la oposición que tienen derecho de formular, y naturalmente, se necesita que esta oposición sea regular.

Hay disidencia sobre un primer punto que es esencial. ¿A quien debe notificarse la oposición? Los autores están de acuerdo en enseñar que la oposición debe notificarse á todos los copartícipes; la jurisprudencia vacila. (2) Hay

1 Denegada, 22 de Marzo de 1847 (Dalloz, 1847, 1. 287).

2 Chabot, t. 2º, pág. 650, núm. 2 del art. 882; Zachariae, t. 4º, página 427, núm. 27; Demolombe, t. 17, pág. 284, núm. 231.

sentencias que exigen la notificación á todos los herederos; (1) otras se conforman con una notificación hecha al heredero deudor, y dicen que se presume que éste pondrá en conocimiento á los interesados. (2) Ha pasado que la oposición se ha notificado á los coherederos del deudor sin serlo al deudor; la corte de casación ha fallado que la ley no determina la forma de la oposición y no impone la obligación de notificarla; en el caso de que se trata, dice la corte, estaba comprobado por la sentencia de la corte de apelación, que la oposición era notoria y conocida del deudor. (3) Sin duda que la ley no prescribe forma ninguna, pero hay formas que dependen de la substancia misma del acto, y sin las cuales éste no existe. ¿Qué cosa es la oposición? Es una prohibición que se dirige á todos los herederos, que no pueden proceder á la partición sin convocar al acreedor opositor; luego es preciso que ellos conozcan la oposición, y tienen el mayor interés en conocerla, porque la partición que hicieren fuera de la presencia del acreedor opositor, sería nula. ¿Se dirá, con la corte de París, que se presume que la dará á conocer el deudor á quien se notifica la oposición? Preguntaremos que en dónde se halla escrita tal presunción, y si puede haber una presunción legal sin ley. ¿Se dirá con la corte de casación que es suficiente la notoriedad? En derecho, la notoriedad de hecho no tiene ningún valor; la oposición debe ponerse en el conocimiento individual de todos los interesados; y no vemos otro medio de lograr el objeto, que una notificación.

1 Denegada, 24 de Enero de 1837 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2033); Bourges, 27 de Agosto de 1852 (Daloz, 1854, 2, 72).

2 Burdeos, 30 de Noviembre de 1840 (Daloz, *Sucesión*, número 2028), y París, 15 de Marzo de 1860 (Daloz, 1861, 2, 14).

3 Denegada, 18 de Febrero de 1862 (Daloz, 1862, 1, 224).

527. Admitimos, con la doctrina (1) y la jurisprudencia, que la oposición por encargo de comisario, puede reemplazarse por actos equivalentes. Como lo dice la corte de Pau, no habiendo determinado la ley las formas de la oposición, debe bastar con que el acreedor haya manifestado, por medio de actos de diligencias, á los diversos copartícipes, sus derechos en los bienes indivisos, y su intención de ejercitarlos en la porción de su deudor. (2) No hay duda de que una demanda de intervención notificada á todos los herederos, equivalga á una oposición, porque el art. 882 dice que los acreedores tienen el derecho de intervenir en la partición, y la oposición no tiene más objeto que forzar á los herederos á sufrir dicha intervención. (3)

Se admite además que una oposición á los sellos hecha en la forma prescripta por el código de procedimientos (arts. 926 y 927), equivale á una oposición en el sentido del art. 882. La oposición sobre sellos no da á los acreedores del heredero el derecho de asistir á que aquéllos se levanten (arts. 926, 932 y 934 del código de procedimientos), á menos de negarle todo efecto, debe verse en ella una oposición á la partición. Como la oposición á los sellos debe notificarse al actuario del juez de paz, se admite que por eso mismo se notifica á todos los interesados. (4) Esto nos parece dudoso, porque ninguna ley obliga al actuario á comunicar la oposición á los herederos; luego sería más regular notificarla á todos los copartícipes. En este sentido es como nos parece que debe entenderse la sentencia de la corte de casación que ha decidido que la oposición á los

1 Zachariæ, t. 4º, pág. 427; Demolombe, t. 17, pág. 285, número 232.

2 Pau, 3 de Febrero de 1855 (Daloz, 1856, 2, 12).

3 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 428, nota 49.

4 Chabot, t. 2º, pág. 650, núm. 2 del art. 882. Zachariæ, t. 4º, página 428, notas 50 y 51. Demolombe, t. 17, pág. 285, núm. 232). Orleáns, 1º de Diciembre de 1857, y á recurso, denegada de 9 de Julio de 1838, y Nancy, 9 de Enero de 1817 (Daloz, *Sellos*, núms. 93 y 46.)

sellos no equivale á la partición sino cuando se ha proseguido. (1)

Un embargo preventivo practicado sobre un deudor de la sucesión, no equivale por sí solo á una oposición á la partición. El embargo tiene un fin especial, que es el de retener preventivamente la suma debida á la sucesión; no va directamente á los coparticipes; pero si se notifica á todos los herederos, esta notificación da á conocer á los coparticipes la intención del acreedor embargante de ejercitar sus derechos sobre los objetos hereditarios, y, por consiguiente, su intención de intervenir en la partición. La jurisprudencia se halla en ese sentido. (2)

El embargo inmobiliario da también lugar á alguna duda. Es cierto que el deudor no puede ya, después de denunciar el embargo, disponer de los inmuebles. Pero, en el caso, se trata de inmuebles indivisos, y, según la ley de 15 de Agosto de 1854, los acreedores no pueden embargar inmuebles indivisos; y, aun admitiendo que bajo el imperio del código civil tuviesen el derecho de embargo (número 409), de todos modos éste es extraño á los demás herederos; para impedir que éstos dispongan del inmueble, es necesario que se les notifique el embargo. Cuando éste se denuncia á todos los coparticipes, equivale á una oposición, porque notifica á los herederos la intención que tiene el acreedor de ejercer su derecho en el inmueble embargado, respecto de todos los coparticipes, lo que no puede hacerse si no es interviniendo en la partición. (3)

528. Resulta del art. 882 que los acreedores pueden for-

1 Denegada, 6 de Julio de 1858 (Daloz, 1858, 1, 414).

2 Denegada, 24 de Enero de 1857 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2033), Demolombe, t. 17, pág. 285, núm. 233.

3 Dutruc, pág. 558, núm. 526, *Zachariæ*, t. 4^o, pág. 427, nota 48. Casación, 11 de Noviembre de 1840 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2030). Bourges, 27 de Agosto de 1852 (Daloz, 1854, 2, 72). Agén, 11 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1856, 2, 12).

mular oposición hasta que esté consumada la partición. Cuando está consumada, la cuestión ya no es de intervenir. Luego los acreedores tienen interés en formular su oposición inmediatamente. Se ha fallado que una oposición hecha ocho días después del fallecimiento, era tardía, por estar ya consumada la partición, sin que pudiera decirse que fuese simulada, ni hecha con fraude de los acreedores. (1) ¿Cuándo está consumada la partición? La corte de Nîmes ha decidido que "no se reputa consumada la partición sino en tanto que se han distribuido definitivamente los lotes á cada uno de los copartícipes." (2) ¿No es esto confundir la ejecución con el convenio mismo? La venta es perfecta y consumada desde que hay concurso de consentimiento, por más que la cosa vendida no se haya entregado. Del mismo modo, la partición es perfecta desde el momento en que se forma el convenio. Desde tal momento ya no puede ser cuestión de intervenir en las operaciones de la partición, porque están terminadas. Puede haber particiones parciales; cada una de ellas es definitiva, y está consumada por el concurso de consentimiento de los interesados. La corte de París ha fallado que una partición parcial se reputa consumada en el sentido del art. 882. aunque la liquidación definitiva haya sido aplazada á otra época. (3)

Se ha pretendido que el acto por el cual un heredero reservatario y no legatario de la parte alícuota disponible arreglan sus derechos, no es una partición, porque el legatario está obligado á pedir la entrega de su legado al heredero embargado. La corte de casación ha rechazado esta singular pretensión; la demanda de entrega se confunde en realidad con la acción de partición, porque el derecho del legatario se extiende indivisamente á todos

1 París, 4 de Febrero de 1837 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2036).

2 Nîmes, 13 de Mayo de 1836 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2064).

3 París, 4 de Febrero de 1837 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2036).

los objetos que componen la herencia, por lo que se necesita una partición para determinar la parte del legatario y la del reservatario. (1)

La partición consumada puede oponerse al acreedor que formula oposición; pero para esto se necesita que la escritura tenga fecha cierta. Esto no es más que el derecho común. (2) ¿Se necesita también que haya sido transcrita en virtud del art. 1º de la ley hipotecaria? Remitimos la cuestión al título de las "Hipotecas," en donde se halla el lugar de la materia.

529. El art. 882 dispone que los acreedores pueden intervenir en la partición á sus expensas. Esto no es más que la aplicacion de un principio general; aquel en cuyo interés se hacen los gastos es el que debe reportarlos; ahora bien, el acreedor interviene para resguardar sus derechos, y esto decide la cuestión. Salvo al acreedor el ejercitar su recurso contra su deudor, si há lugar. (3) El principio se aplica no sólo á los gastos de la intervención propiamente dicha, sino también á los ocasionados por la intervención de los acreedores opositores en las operaciones de la partición, y á las discusiones que de esto surjan; estos gastos se hacen por su interés, aun cuando ganare el pleito. (4) Estos gastos no son judiciales, no se han erogado por interés común de los acreedores; el acreedor que los ha anticipado no tiene más que una acción personal contra el deudor. (5)

II. Efectos de la oposición.

520. El art. 882 dice que los *acreedores* pueden oponer-

1 Denegada de la sala de lo civil, de 23 de Diciembre de 1823 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2067). Compárese Pau, 28 de Mayo de 1834 (Daloz, *ibid*, núm. 2068).

2 Marcadé, t. 3º, pág. 299, núm. 3 del art. 882.

3 Burdeos, 17 de Enero de 1831 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2020).

4 Orleáns, 28 de Marzo de 1843 (Daloz, 1845, 4, 385).

5 Orleáns, 26 de Julio de 1849 (Daloz, 1850, 2, 29).

se. Así es que cada uno de los acreedores tiene tal derecho; luego la oposición es un derecho individual, y por consiguiente, no produce efecto sino respecto del acreedor que la ha formulado. Se ha fallado que la oposición hecha por un acreedor no aprovecha más que á él solo y no á sus propios acreedores. Esto no es más que la aplicación de un principio elemental: nadie puede prevalerse de los actos de un tercero, los cuales así como no pueden perjudicarle, tampoco pueden aprovecharle. (1)

531. Generalmente se admite que la oposición tiene el efecto de que el deudor no puede ya disponer, con perjuicio del acreedor embargante, de los bienes que le atribuirá la partición. La cuestión es dudosa. El art. 882 no dice que esa sea el efecto de la oposición; según el texto del código, la oposición da al acreedor el derecho de intervenir en la partición, á fin de cuidar que no se haga con fraude de sus derechos; y él puede atacar la partición si se ha procedido á ella sin él. (2) Luego hay que buscar en otra parte los motivos del secuestro que acarrea el derecho de oposición. ¿Qué objeto tiene la oposición? Asegurar los derechos del acreedor sobre los bienes que la partición atribuya al heredero, su deudor. La oposición, si no es un embargo, tiende, pues, á un embargo. Un acreedor quirografario es el que cuida de que la partición no ponga en el lote de su deudor bienes que éste podría disipar ó sustraer. Claro es que obra así con la intención de apoderarse de esos bienes desde el momento en que se haya verificado la partición. Si no lo hace inmediatamente, es porque el código no le permite que expropie bienes indivisos (artículo 2205), y según la ley de 1845, ni siquiera puede en-

1 Burdeos, 3 de Mayo de 1833 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2042) *Zachariae*, t. 4º, pág. 429, nota 52.

2 Véase en este sentido Donai, 24 de Mayo de 1850 (Daloz, 1851, 2. 86), y una requisitoria del procurador Douny, en un negocio juzgado por la corte de Gante (*Pasicrisia*, 1864, 2, 312),

bargarlos (núm. 409). El único medio de poner mano en los bienes es pedir la partición, ó si á ella se ha procedido por los herederos, intervenir formulando oposición. Estos dos actos son igualmente conservatorios; luego deben conservar los derechos del acreedor. Ahora bien, si el acreedor pudiera vender sus derechos sucesivos, la oposición, lejos de conservar los derechos del acreedor, los comprometerá; el heredero se daría prisa á enajenar, para substraer á las persecuciones de sus acreedores los bienes que deben corresponderle por la partición. ¿Diráse, en este caso, que el acreedor tiene la acción pauliana? (artículo 1167. Pero el ejercicio de tal acción supone que el tercero que contrató con el deudor es cómplice del fraude; si es de buena fe, el acreedor ya no puede promover. Es, sin embargo, necesario, que tenga un medio eficaz de asegurarse su prenda; y mientras dura la indivisión, no hay otro más que la oposición. Se objeta que los acreedores personales no pueden impedir al deudor que enajene; esto es cierto por todo el tiempo que ellos no ejerciten sus derechos sobre los bienes del deudor, pero desde el momento en que promueven, no puede ya permitirse al deudor que arrebaté á los acreedores la prenda que la ley les da sobre dichos bienes. La oposición, en cuanto á los bienes indivisos, debe considerarse como un comienzo de embargo. En teoría, la doctrina general se justifica, pues, perfectamente: (1) la jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido. (2) No obstante, el silencio de la ley deja que subsista alguna duda.

532. La aplicación de estos principios da lugar á algu-

1 Dutruc, pág. 574, núm. 538. Demolombe, t. 17, pág. 268, número 238.

2 París, 19 de Enero de 1843 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2039), y 18 de Febrero de 1853 (Daloz, 1855. 2. 77). Denegada, 18 de Febrero de 1862 (Daloz, 1862, 1, 224). Compárese Gante, 27 de Noviembre de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 34); la corte reconoce al acreedor un derecho de prosecución, lo que equivale á un sacuestro.

nás dificultades. Claro es que la oposición no da al acreedor un derecho de preferencia en los bienes que la partición atribuya á su deudor; no hay privilegio sin ley; y en el caso de que se trata, la ley calla. El acreedor opositor no hace más que usar del derecho que pertenece á todo acreedor sobre los bienes de su deudor, pero sigue siendo acreedor personal, y entre los acreedores personales no hay preferencia. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que si después de la oposición hecha por un acreedor, el heredero cede sus derechos sucesivos á otro acreedor de buena fe, éste concurrirá con el primero en los bienes que se hayan puesto en el lote de su deudor común. La notificación del traslado se ha considerado como una oposición; luego había dos acreedores opositores, y como ninguna ley da la preferencia al primero, debían ambos concurrir. (1)

La corte de París ha fallado, además, que la oposición formulada por un primer acreedor anteriormente al traslado que el heredero hace de sus derechos sucesivos, aprovecha al acreedor que no formula oposición sino posteriormente á dicho traslado. En el caso de que se trata, el primer opositor había dado desembargo de su oposición; sólo quedaba una oposición hecha después del traslado; y esta oposición podía perjudicar al adquirente, en el sentido de que el traslado quedara sin efecto respecto del segundo opositor? La corte de París ha fallado á favor del segundo opositor, pero como su decisión no está motivada, no tiene ninguna autoridad doctrinal. (2) Ella viola los principios más elementales de derecho. ¿Tiene todavía el acreedor una acción sobre los bienes salidos del patrimonio de su deudor? Supongamos que se hayan cumplido todas las formalidades prescriptas por la ley; la acción de

1 París, 15 de Marzo de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 14).

2 París. 18 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 77).

derechos sucesivos ha sido notificada al deudor, como lo exige el art. 1690, suponiendo que este artículo sea aplicable á la venta de una herencia; el derecho hereditario no está ya en el patrimonio del heredero; por lo mismo se escapa á la acción del acreedor, á menos que el traslado no se haya hecho con fraude de sus derechos (art. 1167). La oposición formulada antes del traslado no puede invocarla el segundo opositor, porque se ha levantado dicha oposición. Si hubiese existido todavía, habría impedido el traslado, la herencia habría permanecido en poder del heredero, y por consiguiente, podría haber sido el objeto de una nueva oposición. Y aun esto es dudoso, y creemos que es preferible la opinión contraria. En efecto, siendo la oposición un derecho individual, el primer opositor puede muy bien invocarla para atacar el traslado, pero la nulidad no se pronunciará sino por su interés; el acto seguirá siendo válido respecto del acreedor cuya oposición es tardía, porque él no puede prevalerse de la oposición de otro acreedor.

533. Según los términos del art. 882, los acreedores pueden oponerse á que se proceda á la partición fuera de su presencia. Síguese de aquí que deben ser convocados á todas las operaciones de la partición. Se ha preguntado si la venta ó licitación de los bienes comunes es una operación de partición, á la que los herederos deben convocar á los acreedores opositores. No es dudosa la afirmativa al tratar de la acción de partición y de su forma, el código se ocupa de la venta de los bienes hereditarios; esta venta es indispensable cuando los inmuebles no pueden distribuirse cómodamente (art. 827); luego la venta es una operación preliminar de la partición; los acreedores opositores tienen derecho é interés en asistir á ella, como lo tendrían si los inmuebles fueran distribuidos. Y aun puede suceder que

la licitación constituya toda la partición, si la sucesión se compone únicamente de los inmuebles licitados; por esto es que el art. 883 pone la licitación en la misma línea que la partición. Hay una sentencia de la corte de Gante en este sentido; á nuestro juicio, no hay la menor duda. (1)

¿De que los acreedores deban ser convocados á la partición, debe inferirse que puedan oponerse á lo que los herederos quieran hacer? Si lo pueden, pero con una condición, y es que la operación á que se oponen se haga con fraude de sus derechos; porque tal es el objeto de la oposición, con tal fin intervienen: el art. 882 lo dice en términos formales. Los herederos están de acuerdo para distribuir los bienes en especie, poniendo los inmuebles en los lotes atribuidos á dos de entre ellos; ¿el acreedor podrá exigir la venta por licitación? Nó, á menos que pruebe que tal manera de distribuir los bienes haya sido adoptada para defraudar sus derechos. Si no hay ningún fraude, los herederos están en libertad para dividir los bienes como se les ocurra; el único interés que tenga en este caso el acreedor opositor, es que los bienes se estimen en su justo valor, y podrá provocar una información pericial. (2)

Del mismo modo si los bienes están gravados con rentas, y si los herederos quieren distribuirlos sin reembolsar las rentas, tienen á ello derecho; el acreedor opositor no puede exigir que las deudas hipotecarias se paguen antes de la partición, á menos que tal modo de distribuir sea fraudulento. En el caso en que se presentó la cuestión, los acreedores no tenían ningún interés en el reembolso previo de las rentas; éstas eran antiguas y estaban constituidas á tipo muy bajo, y el interés de los herederos, tanto como el de los acreedores, exigía, por el contrario, que no se reembolsasen. (3)

1 Gante, 13 de Mayo de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 13).

2 Bruselas, 7 de Abril de 1852 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 272).

3 Bruselas, 18 de Enero de 1851 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 20).

Se ve por estas aplicaciones tomadas á la jurisprudencia, que la intimación de los acreedores no deja de tener inconvenientes; ellos suscitan dificultades y pleitos con frecuencia, por espíritu de chicana. Toca á los tribunales reprimir tal abuso, manteniendo el derecho de los herederos contra las exigencias injustas de los acreedores; ya se entiende que éstos reportarán los gastos de las contiendas que hayan suscitado sin tener interés en ello.

534. Los acreedores han formulado oposición; pero los herederos no la toman en consideración y proceden á la partición sin convocar á los acreedores opositores. ¿Cuál es, en este caso, el derecho de los acreedores? El art. 882 contesta la pregunta: los acreedores pueden atacar la partición á la que se ha procedido sin ellos y con perjuicio la oposición que han formulado. Resulta de esto que la partición no es radicalmente nula ó inexistente, como lo sería si un heredero no fuese convocado á ella. (1) Los acreedores no son herederos; un deudor figura en la partición, como es de suponerse; por lo mismo, la partición existe, pero el art. 882 da á los acreedores opositores el derecho de atacarla. Es, pues, preciso que promuevan la nulidad. ¿Cuál es el fundamento de su acción? ¿Acaso el fraude? Nó, porque ellos no intentan la acción pauliana (artículo 1167); ellos proceden en virtud del art. 882, y todo lo que este artículo exige, es que la partición se haya verificado fuera de su presencia y con perjuicio de la oposición formulada por ellos. Luego no basta que los herederos hayan procedido á la partición sin los acreedores, para que éstos tengan el derecho de atacarla; se necesita que la partición les origine algún perjuicio. Si la partición no lastima sus intereses, no tienen derecho á pedir su nulidad, porque no hay acción sin interés. Pero basta con el per-

1 La corte de Donai dice que la partición se considera como si no hubiese sobrevenido. Sentencia de 26 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 340).

juicio; ellos no deben probar el fraude. La ley no lo exige. (1) Esta es una diferencia entre la acción del art. 882 y la acción pauliana. Hay en esto algo de anómalo. El artículo 882 no hace más que aplicar el principio establecido por el art. 1167, sometiendo el ejercicio de la acción á una condición especial, como más adelante lo diremos. Por esto es que la ley empieza por decir que los acreedores pueden formular oposición para evitar que se haga la partición con *fraude de sus derechos*; ésta es la expresión del art. 1167. Pero al final del art. 882 ya la cuestión no es de fraude, y la ley sólo habla de *perjuicio*. No es posible explicar esta anomalía sino admitiendo que el legislador presume el fraude por el hecho solo de que los herederos han procedido á la partición sin los acreedores opositores, y que de ello ha resultado un perjuicio para éstos, y tal presunción tiene ciertamente en su favor todas las probabilidades. Mientras que, en el art. 1167, se trata de actos á los que los acreedores no debían ser convocados; luego no podía presumirse el fraude, sino que, al contrario, lo que se presume es la buena fe; luego á los acreedores corresponde probar el fraude.

Los acreedores tienen el derecho de atacar la partición, aun cuando ésta abarcase varias sucesiones y aun cuando los opositores no fuesen acreedores más que de una de las sucesiones. Esto así fué fallado por la corte de casación, (2) y la cuestión no es dudosa. Habiendo los herederos reunido en una masa las dos sucesiones, la partición se vuelve indivisible, en el sentido de que los acreedores opositores deben ser convocados á todas las operaciones de la partición, por más que comprenda una sucesión sobre la cual no tienen ninguna pretensión; síguese de aquí que la

1 Pau, 3 de Febrero de 1855 (Daloz, 1856, 2, 13).

2 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil, de 14 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1853, 2, 325).

demanda de nulidad es también indivisible, porque el acreedor no puede separar lo que los herederos han unido.

535. ¿Los acreedores opositores no tienen más acción que la de nulidad? Se ha fallado que los acreedores pueden conformarse con reclamar daños y perjuicios. (1) El texto deja alguna duda, pero los principios no dejan ninguna. Si el art. 882 no habla más que del derecho de atacar la partición, es porque el objeto de la ley era determinar las condiciones bajo las cuales los acreedores pueden intentar la acción pauliana contra una partición hecha con fraude de sus derechos. La ley no habla de una acción de daños y perjuicios, porque bastan los principios generales para resolver la cuestión en favor de los acreedores. Todo acto del hombre, dice el art. 1382, que causa daño á otro, obliga á aquel por cuya culpa ha sido conducido, á repararlo. Esta disposición se aplica á los hechos de los herederos que proceden á las operaciones de la partición, menospreciando la oposición de un acreedor. La acción de nulidad se funda también en un perjuicio; quien quiere lo más puede lo menos; si, en razón de un perjuicio, los acreedores pueden promover nulidad, con mayor razón pueden conformarse con daños y perjuicios.

III. Derechos de los acreedores no opositores.

536. ¿Cuáles son los derechos de los acreedores no opositores cuando una partición practicada sin ellos es reducida en perjuicio? La cuestión se debate con vivacidad. Hay algunos puntos en los cuales no hay la menor duda, y de ello diremos algo. La ley da dos derechos á los acreedores. Pueden, en primer lugar, ejercitar todos los derechos y acciones de su deudor (art. 1166). Por aplicación de este principio, pueden ellos pedir la partición de la sucesión á nombre del heredero su deudor. Si es el deudor

1 Gante, 23 de Marzo de 1851 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 13).

el que procede á la partición, y si tiene una acción cualquiera para provocar su nulidad, los acreedores pueden ejercitarla á nombre de aquél. Esto no es dudoso. El derecho consagrado por el art. 1166 es general, se aplica á todos los casos, á menos que la acción que él trata de ejercitar sea exclusivamente inherente á la persona del deudor; ahora bien, las acciones concernientes á la partición son puramente pecuniarias, lo que es decisivo. (1)

537. Los acreedores tienen también el derecho de atacar los actos hechos por su deudor con fraude de sus derechos; el art. 1167 agrega esta restricción: "Ellos, sin embargo, deben, en cuanto á sus derechos enunciados en el título de las *Sucesiones*, conformarse á las reglas allí prescriptas." Hay disposiciones especiales en materia de partición; tal es el art. 882, que ha dado margen á tantas controversias. Esto no quiere decir que la acción pauliana, ejercida por los acreedores contra la partición practicada por su deudor, no quede sometida á los principios generales que rigen dicha acción; estos principios conservan toda la fuerza, en tanto que no los derogue el art. 882. Tal es el principio fundamental concerniente al derecho de promover. La acción pauliana se funda en el perjuicio que resienten los acreedores por el acto que el deudor ha practicado con fraude de sus derechos; lo que supone que los acreedores son anteriores al acto fraudulento; los que tratan después de este acto no pueden quejarse de que él disminuye el patrimonio de su deudor, porque el patrimonio estaba ya disminuido en el momento en que nació su crédito. Este principio se aplica, sin duda alguna, á la acción que ejercen los acreedores en virtud del art. 882. (2) Sucede lo mismo con los demás principios que rigen la acción pauliana, y

1 Ohabot, t. 2º, pág. 650, núm. 3 del art. 882. Zachariae, t. 4º, página 429, nota 53.

2 Denegada, 14 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 346).

que expondrémos en el título de las *Obligaciones*, salvo la excepción establecida por el art. 882; acerca del alcance de esta disposición, hay gran divergencia de opiniones.

538. Se ha dicho, y con razón, que la cuestión la decide el texto de la ley. (1) Se trata de saber si los acreedores no opositores pueden atacar la partición practicada por su deudor con fraude sus derechos. Si podrán en virtud del principio general asentado por el art. 1167; en efecto, la acción pauliana se acepta contra todo acto fraudulento. Pero el segundo inciso añade una restricción á la regla general establecida por el primero. Establece que los acreedores deben, no obstante, en quanto á sus derechos enunciados en el título de las *Sucesiones*, conformarse con las reglas que allí están prescriptas. ¿Cuáles son esas reglas? El art. 882 nos las da á conocer. El objeto de la acción pauliana es garantir á los acreedores contra el fraude de su deudor. Pues bien, el art. 882 les da un medio muy fácil: “evitar que se haga la partición con fraude de sus derechos;” “oponerse á que se proceda á la partición fuera de su presencia.” Si ellos formulan oposición, deben ser convocados á todas las operaciones de la partición; y al fraude más pequeño que perciban, pueden reclamar. Si no los convocan á la partición, á pesar de su oposición, tienen el derecho de atacar la partición; la ley ni aun siquiera exige que prueben el fraude, prueba siempre muy difícil; basta, según el texto del art. 882, que se haya procedido sin ellos á la partición, y con *perjuicio* de la oposición que hayan formulado. Hé aquí sus derechos enteramente resguardados, mejor de lo que lo hace el art. 1167; lo único que el art. 882 exige de los acreedores, es que por sí mismos cuiden sus intereses formulando oposición.

Tal es la regla á la cual, según el art. 1167, deben conformarse en materia de sucesión; si no lo hacen, no pue-

1 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 2º, pág. 390, núm 37.

den ya pedir la nulidad de la partición. El art. 882 es formal; después de haber dicho que los acreedores tienen el derecho de intervenir en la partición á sus expensas, la ley añade: "Pero no pueden atacar una partición consumada, á menos, no obstante, que se haya procedido sin ellos y con perjuicio de una oposición que hubiesen formulado." Luego la oposición es el requisito para que los acreedores puedan atacar una partición á la cual, á pesar de su oposición, se ha procedido sin ellos. Si no formulan oposición, se aplica esta disposición formal: "no pueden atacar una partición consumada." Tales son los textos, y en verdad que no pueden ser más claros. Sin embargo, la corte de Gante invoca el texto en favor de la opinión contraria. (1) El respeto que nos inspira la corte, nos obliga á insistir en lo que consideramos un error. Según los términos del art. 1167, habría dos excepciones al principio que él establece: una en el título del *Contrato de matrimonio*; la otra en el título de las *Sucesiones*. Ahora bien, en vano se las buscaría en el primer título, y tampoco están en el otro. Todo lo que resulta del art. 882, dice la corte, es que los acreedores tienen un derecho más, el de atacar la partición por simple perjuicio, cuando han formulado oposición. De antemano hemos dado respuesta á este último argumento. El primero tiene por resultado borrar el art. 1167, segundo inciso; y el intérprete no tiene semejante derecho. Si acontece que el legislador se engañe, preciso es que el error sea patente para que se pueda aceptar. Y, en el caso de que se trata, el sentido literal de la ley está en armonía con los verdaderos principios; se necesita alterar el texto para descubrir el sentido que la corte le atribuye. Y el intérprete tampoco tiene el derecho de alterar el texto.

La corte de Gante invoca, además, los principios generales que rigen los actos fraudulentos; el fraude, dicen al-

1 Gante, 25 de Enero de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 181).

gunos, es siempre excepción; la ley no puede mantener un acto fraudulento, la conciencia protesta contra semejante suposición. Sin duda que el legislador debe dar oídos á la voz de la conciencia, porque son leyes malas las que violan el criterio moral. Veamos si los arts. 1167 y 882, tal como acabamos de interpretarlos, merecen ese reproche. La cuestión está en saber por qué el artículo 882 deroga al principio general que permite á los acreedores que ataquen todos los actos de su deudor por causa de fraude. Ya hemos indicado la razón, y es que el legislador ha querido conciliar los intereses numerosos que se han complicado en una partición, con el interés de los acreedores. A diferencia de los actos ordinarios que se celebran entre dos personas, la partición se verifica entre dos familias, desde el momento en que los ascendientes ó colaterales son convocados á la herencia; y cuando sean los descendientes, es muy raro que no haya más que dos coparticipes. Ahora bien, los coparticipes disponen por lo común de los bienes comprendidos en sus lotes, sea enajenándolos, sea gravándolos con hipotecas. Si se anula la partición, todos estos intereses quedarán comprometidos, y habrá una multitud de acciones recursorias que trastornarán las relaciones civiles. ¿Existe algún medio de prevenir estos numerosos inconvenientes, poniendo las particiones al abrigo del ataque de los acreedores? En este punto entramos al corazón del debate. Que resulten algunos inconvenientes de la anulación de las particiones, nadie lo niega; pero tales inconvenientes no han detenido al legislador cuando se trata de actos ordinarios, porque permite que se ataquen por causa de fraude; y ¿por qué no había de permitir atacar las particiones fraudulentas? Porque en las particiones hay un medio fácil de resguardar plenamente los intereses de los acreedores, á la vez que se les prohíbe que ataquen las

particiones consumadas: el art. 882 los autoriza para que intervengan y para que por sí mismos vigilen sus derechos. Si se les convoca, evidentemente que no pueden quejarse, porque depende de ellos el atacar cada oposición que les pareciere fraudulenta; ó por mejor decir, su sola presencia consentirá por lo común toda tentativa de fraude. Y si no se les convoca á la partición, será suficiente que prueben que la partición les es perjudicial, para que tengan el derecho de atacarla. La garantía es completa. ¿Y se preguntará por qué la ley no sigue el mismo sistema para todos los actos jurídicos que interesan á los acreedores? La razón es muy sencilla: porque es imposible. Las particiones se anuncian por un hecho público, la muerte; desde tal instante despiértase la atención de los acreedores, que pueden desde luego formular oposición á la futura partición, y con ello quedan á salvo todos sus derechos. Mientras que las ventas y demás actos se hacen en secreto; cuando se hacen públicas, por la posesión ó por una publicidad legal, todo queda consumado; como la ley no puede prevenir los actos fraudulentos, ha tenido que imponerles la nulidad. Las particiones, al contrario, por poco importantes que sean, se prolongan necesariamente á causa de las diversas operaciones que originan; luego hay medio de organizar la intervención de los acreedores, intervención que no se concibe en los actos ordinarios.

Estas consideraciones justifican la derogación que el artículo 882 hace del art. 1167. Ciertamente que los acreedores deben felicitarse por ello, porque la ley les procura un medio más fácil y más eficaz de resguardar sus derechos, que la acción pauliana. Verdad es que ellos no pueden atacar las particiones consumadas, aun las fraudulentas, cuando no han formulado oposición; pero ¿de qué se quejarían cuando ellos mismos han visto con negligencia el cuidado de sus intereses? ¿Dirán acaso que más sencillo

habría sido mantener para la partición la regla general de la acción pauliana? Esto sería procesar á la ley, y tal proceso sería muy injusto. Nada más fácil, en apariencia, que la acción pauliana, y en realidad, nada es más difícil. Se tiene que probar el fraude de todas las partes contrayentes; esta prueba, que es ya difícil para el deudor, es á menudo imposible respecto de terceros. La ley, lejos de agravar la condición de los acreedores, en materia de partición, la ha mejorado, permitiéndoles que eviten una partición fraudulenta. Pero, por último, se dirá, si los acreedores descuidan, quizá por ignorancia, formular oposición, ¿es ésta razón para mantener una partición hecha con fraude de sus derechos? Nosotros contestamos que ni la moral que se invoca, ni el derecho estricto, están vulnerados. ¿Acaso no es una cosa moral prevenir actos fraudulentos? ¿no vale más impedirlos que tener después que anularlos? Cuando se anula, los terceros á quienes no es imputable falta alguna, son lastimados; mientras que se respetan los intereses de los terceros, si los acreedores usan del derecho que la ley les concede. ¿Pueden, su negligencia ó su ignorancia, prevalecer contra el interés de todos?

La corte de casación se ha pronunciado por la opinión que acabamos de sostener (1); hay que esperar que la sentencia de principio que ella ha pronunciado, ponga término á la divergencia que hasta aquí ha reinado en la jurisprudencia y en la doctrina. Jamás se habrían producido tales disentimientos, si los autores y los tribunales tuvieran más respeto al texto de la ley.

1 Sentencia de denegada apelación, 9 de Julio de 1866, pronunciada á conclusiones conformes del procurador de justicia Fabre (Daloz, 1866, 1, 369). En el mismo sentido, Burdeos, 3 de Mayo de 1833; Biom, 23 de Julio de 1838 (Daloz, *Sucesión*, núm. 2047); Douai, 7 de Junio de 1848 (Daloz, 1849, 2, 194), y 15 de Diciembre de 1851 (Daloz, 1854, 5, 540). Hay gran número de sentencias en sentido contrario, que se citan en la nota que acompaña á la sentencia de la corte de casación; dicha nota resume la doctrina y la jurisprudencia. Hay que agregar la sentencia de Gante precipitada.

539. La jurisprudencia y la doctrina admiten algunas restricciones al principio establecido por el art. 882. En primer lugar, los acreedores pueden atacar una partición practicada sin que ellos hayan formulado la oposición, cuando la partición es simulada. Una partición simulada, dice muy bien la corte de casación, no tiene existencia; (1) esto no es más que la aplicación de un antiguo proverbio: *Quod simulatur, fingitur non esse*. No puede aplicarse el artículo 882 á una partición simulada. Cuando la ley rehusa á los acreedores no opositores el derecho de atacar una partición fraudulenta, da á entender que habla de una partición real, que hace cesar la indivisión, que tiene por objeto distribuir los bienes entre los herederos: los acreedores pueden intervenir en ella, lo que resguarda suficientemente sus derechos. Cosa distinta es una partición simulada, es decir, la nada. El texto del art. 882 deja de ser aplicable; no puede tratarse de atacar una partición inexistente, porque no se pide la nulidad de la nada. Pasa lo mismo con el espíritu de la ley. Esta ha pretendido proteger los intereses de las familias copartícipes y de los terceros que con ellas tratan. Ahora bien, cuando la partición es simulada, no puede tratar con los terceros como copartícipes, supuesto que no hay partición.

El principio no es dudoso, pero la aplicación no carece de dificultades, porque á veces es difícil distinguir una partición simulada de otra fraudulenta. Hay que atenderse á la decision de la corte de casación. Una partición simulada no tiene existencia legal, no es más que una apariencia de partición; en realidad, la indivisión continúa. La corte ha resuelto que hay una partición simulada, cuando los herederos han admitido á la partición, y á sabiendas, á algunos pretendidos herederos que no tenían ningún de-

1 Denegada, 1° de Marzo de 1825 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2055). Compárese Demolombe, t. 17, pág. 294, núm. 142.

recho á la sucesión. (1) No puede decirse, en este caso, que haya error, porque los herederos han obrado con conocimiento de causa; no puede decirse que haya fraude en el sentido del art. 882, porque el fraude que este artículo prevee supone una partición real en la que se han sacrificado los intereses de los acreedores. En el caso de que se trata, se ha querido defraudar la ley haciendo pasar por partición un acto que no lo es, que no es nada, con el fin de impedir que los acreedores usen del derecho que la ley les concede. Hé aquí por qué los acreedores pueden prevalerse de la simulación, por más que no puedan invocar el fraude; en caso de fraude, ellos han podido resguardar sus intereses, interviniendo en la partición, no lo pueden, porque ésta les impide que usen del derecho que la ley les otorga.

Hay, además, simulación, cuando los herederos no han tenido más objeto que substraer á la acción de los acreedores la mayor parte de los bienes que han tocado á su deudor. ¿Cuál es el objeto esencial de la partición? Distribuir los bienes del difunto entre todos los cointeresados. Si en lugar de distribuirlos, se ocultan ó se desvían, esto no es ya una partición. Hay fraude si se quiere, pero el fraude tiene por efecto un acto que no tiene más que la apariencia de la partición; los bienes que se ha tratado de substraer á la acción de los acreedores, permanecen indivisos, la partición no está practicada, está por practicarse, y esto decide la cuestión. (2)

Finalmente, se ha fallado que una partición es simulada cuando oculta una liberalidad hecha con fraude de acreedores. (3) Hay una diferencia radical entre la partición, acto de título oneroso, y la donación, acto de título gratuito. Una donación hecha en la forma de partición, no de-

1 Denegada, 27 de Noviembre de 1844 (Dallcz, 1845, 1, 39).

2 Denegada, 22 de Mayo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 250).

3 Lieja, 18 de Julio de 1857 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 81).

ja por eso de ser una donación, y está, por consiguiente, sometida á los principios que rigen las donaciones; luego cae en la aplicación del art. 1167. Considerada como partición sería inatacable por causa de fraude; pero, en el caso de que se trata, la partición no sirve más que de forma, da una falsa apariencia al acto verdadero que se celebra entre las partes, es decir, que es simulado. Lo que distingue este caso de los demás, es que hay un acto real disfrazado bajo la forma de un acto simulado. Para apreciar sus efectos, hay que dejar en su lugar el disfraz y ceñirse á la esencia del acto.

540. Es también de jurisprudencia que el art. 882 no es aplicable cuando los herederos ponen una precipitación fraudulenta en proceder á la partición á fin de impedir que los acreedores formulen oposición é intervengan. (1) La decisión se funda en el derecho y en la equidad. Si el artículo 882 no permite que los acreedores ataquen una partición consumada, es porque la ley les procura un medio más fácil á la vez que más eficaz de vigilar sus intereses; ellos pueden formular oposición á la partición é intervenir en ella. Cuando se hace la oposición y los herederos proceden á la partición fuera de la preferencia de los acreedores, éstos tienen el derecho de pedir su nulidad. Así es que la oposición es la condición bajo la cual los acreedores pueden atacar la partición. Ahora bien, se supone que por la precipitación dolosa que los herederos han puesto en distribuir, los acreedores se han visto en la imposibilidad de formular oposición; luego hay lugar á aplicar el art. 1178, por cuyos términos se reputa cumplida la partición cuando el deudor es quien ha puesto obstáculos á su cumpli-

1 Limoges, 15 de Abril de 1856, y denegada, 4 de Febrero de 1857, Dalloz, 1857, 2, 22, y 1857, 1, 255. Colmar, 16 de Marzo de 1869, y denegada, 14 de Febrero 1870 (Dalloz, 1871, 1, 21). Compárese Demante, t. 3º, pág. 354, núm. 254 bis, seguido por Demolombe, t. 17, pág. 293, núm. 243.

miento. Esto se funda también en la razón. Lo que justifica la derogación que el art. 882 impone al 1167, es que los acreedores han descuidado formular oposición; y ¿se les puede reprochar que no hayan procedido, cuando por la culpa y el dolo de los herederos han estado en la imposibilidad de proceder? En el caso juzgado por la corte de Limoges, dos hermanos dividieron la sucesion de la madre al día siguiente de la muerte de ésta; multiplicaron los actos de dolo ó de fraude á fin de substraer los valores que correspondían á uno de ellos en la accion de sus acreedores; por esta colusión y por la precipitación que pusieron en dividir los bienes sin haberlos estimado y sin conocer el estado de las deudas, impidieron á los acreedores formular oposición: ¡la partición estaba consumada antes de que fuese conocido el fallecimiento! ¡Hay que llenar de infamia tales fraudes, tanto más vergonzosos cuanto que eran nobles las personas que los practicaban!

541. El fraude y la simulación hacen un papel demasiado frecuente en los litigios, aun entre próximos parientes, como lo son á menudo las contiendas en materia de partición. ¿Cómo se prueban el fraude y la simulación? Por todos los medios de prueba, hasta por testigos, hasta por presunciones, según diremos en el titulo de las *Obligaciones* (arts. 1348 y 1353). Esto no es más que el derecho común, pero hay que aplicarlo con una restricción que es también de derecho común. Si el dolo, el fraude y la simulación se prueban por testigos y por presunciones, es porque las partes interesadas han estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal; en todos los casos en que ellas han podido procurarse un escrito, se deja de estar en la excepción prevista por los arts. 1348 y 1353; así es que se vuelve á la regla general que prohíbe la prueba por testigos, en el caso en que el valor del hecho jurídico exceda de ciento cincuenta francos (art. 1341). Así,

pues, cuando se trata de la partición, hay que distinguir si son los acreedores los que la atacan; ellos pueden probar el fraude y la simulación por testigos y por presunciones, cuando los herederos no los convocan á la partición á pesar de su oposición; porque permaneciendo extraños á las operaciones de la partición, no han podido pedir que se hiciera un escrito. Si al contrario, ellos intervienen, pueden atacar todas las operaciones como fraudulentas; en este caso, pueden y deben procurarse una prueba literal, de lo que se hace en su presencia, salvo probar después, por testigos y por presunciones, los hechos de dolo y de fraude. Hay alguna vacilación en la jurisprudencia, pero los principios no permiten duda alguna, y volveremos á tratarlos en el título de las *Obligaciones*.

542. Los herederos pueden defraudar los derechos de los acreedores antidiatando una partición hecha en documento privado, ¿se admitirá á los acreedores opositores á probar la antidiata? Se tienen que aplicar los principios generales sobre la fecha de los escritos. Según los términos del art. 1328, "las actas bajo firma privada no tienen fecha cierta contra *terceros* sino desde el día en que fueron registradas, desde el día de la muerte del que ó de uno de los que las subscribieron, ó desde el día en que se comprueba su substancia en actas levantadas por los oficiales públicos, tales como actos de sellos ó de inventario. ¿Son *terceros* los acreedores en el sentido del art. 338? Cuando ejercitan los derechos de su deudor, intentando á nombre de éste una acción de partición, no son *terceros*, sino co-interesados universales; por mejor decir, se considera que el deudor mismo es quien promueve; luego las escrituras que tienen fecha cierta, respecto del deudor, pueden también oponerse á los acreedores. Pero cuando proceden en virtud del art. 882, proceden en propio nombre y contra su deudor; luego con *terceros*, y hay que aplicarles el ar-

título 1328. Esto se funda tambien en la razón. Si el deudor ó los demás herederos pudieran oponer á los acreedores una partición bajo firma privada no registrada, podrían á toda hora eludir el derecho de oposicion, antidiatando la escritura. Tal es la opinion general, salvo el disentiimiento de Toullier, acerca del cual insistiremos en el título de las *Obligaciones*. (1)

543. El art. 882 dice: "los *acreedores* de un copartícipe." ¿Cuáles son los acreedores á los que es aplicable el artículo 882? El texto decide la cuestion porque habla de acreedores en general; luego todo acreedor debe conformarse con sus disposiciones. Se ha fallado que la mujer, acreedora de su marido, que ha descuidado formular oposicion á la partición de una sucesión á la que era convocado el marido, no puede ya atacarla como hecha con fraude de sus derechos. (2) Esto no es dudoso. Son tambien acreedores los terceros retenedores de inmuebles vendidos por uno de los herederos durante la indivisión; se les llama co-interesados, pero son tambien acreedores, supuesto que como compradores tienen derecho á la garantia contra el heredero vendedor. (3) La corte de Donai ha fallado que el cesionario de derechos indivisos que no manda notificar su título á los coherederos del cedente, y que no formula oposicion á que sin él se halla procedido á la partición, no es recibibile á atacarla cuando se ha consumado en su ausencia. Se objeta que el art. 1690 no es aplicable á la accion de la herencia. La corte contesta, y es perentoria su respuesta, que ella no invoca el art. 1690, sino el artículo 882. Nada más justo, por otra parte. ¿Cómo se ha de reprochar á los copartícipes que no hayan convocado á las

1 Véanse los autores citados por Dalloz. *Sucesión*, núm. 2045.

2 Bruselas, 13 de Diciembre de 1845 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 128).

3 Nimes, 5 de Julio de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 147).

operaciones de la partición al cesionario á quien no conoce? Preciso es, pues, que se dé á conocer; en tanto que no ha notificado su cesión, el cedente es el que permanece heredero respecto de sus copartícipes, y la partición hecha con él podrá oponerse al cesionario. Si éste notifica su título, basta esto para que deba ser convocado á las operaciones de la partición, porque él ejerce los derechos de un cedente, luego se le considera como heredero, y como tal debe concurrir á la partición. (1)

Un hermano cede á su hermano todos los derechos en la sucesión de la madre común, en pago de lo que le debe. Supónese que la cesión es regular y que se ha hecho de buena fe. Resulta de esto que el cedente se vuelve extraño á la partición, y, por consiguiente, sus acreedores no pueden ya ejercitar el derecho de oposición que les otorga el art. 882. En el caso de que se trata, había habido oposición, pero posterior á la cesión; era ineficaz, supuesto que en el momento en que se había formulado, el deudor de los acreedores opositores ya no tenía derecho en la herencia. La corte de casación así lo falló, y no vemos ni sombra de duda. (2)

544. Como el artículo 882 deroga en cierto concepto, el derecho común, debe restringirse su aplicación á los límites de la ley. El art. 1167 establece la regla; los acreedores pueden atacar todo acto ejecutado por su deudor con fraude de los derechos de aquéllos. Hay excepción en caso de partición; los acreedores deben entónces formular oposición, y no pueden atacar la partición sino cuando se ha practicado sin ellos y con menosprecio de su oposición. Desde el momento en que no se está dentro de los términos de la excepción, se vuelve á la regla. La corte de Bour-

1 Donai, 11 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 32).

2 Denegada de la sala de lo civil, de 6 de Julio de 1858, (Dalloz, 1858, 1, 414).

ges así lo ha fallado en el caso siguiente. Un hijo abandonó unos inmuebles que dependen de una herencia á su madre, en pago de una deuda contraída después de la disolución de la comunidad que había existido entre ella y su marido. ¿Es esto una partición? Nó, porque el hijo era deudor de su madre, en virtud de un mandato; así, pues, el abandono de los inmuebles que él le hizo era una dación en pago; había habido, es cierto, partición de la comunidad, y, en consecuencia, liquidación de la sucesión paterna; pero ese no era el objeto principal de la escritura celebrada entre el hijo y su madre, era más bien un medio de rendir la cuenta que el hijo debía á su madre; de suerte que la esencia de la escritura era la comprobación de la deuda y el pago hecho en inmuebles. Por lo mismo, el art. 882 era inaplicable. (1)

Desde el momento en que hay partición, el art. 882 debe aplicarse. Un padre abandona á sus hijos los bienes que provienen de la comunidad no dividida que ha existido entre él y su mujer. Este acto, calificado de partición anticipada, entra dentro de los términos del art. 882. En efecto, el primer acto era el que hacía cesar la indivisión entre el padre y los hijos, luego era una partición, y en consecuencia, los acreedores no podían pedir su nulidad por causa de fraude. Objetábase que esta pretendida partición era una donación; habría, en efecto, donación en cuanto á los propios, pero la mayor parte de los bienes abandonados se componía de muebles y de adquiridos, constituyendo el activo de la comunidad; de suerte que había á la vez donación y partición; la donación estaba regida por el artículo 1167, y la partición por el 882. (2)

Deben asimilarse á las particiones los actos que hacen cesar la indivisión entre todos los herederos; esto no tiene

1 Bourges, 22 de Enero de 1853, (Daloz, 1854, 5, 542).

2 Tribunal de Caen, de 10 de Agosto de 1847 (Daloz, 1851, 5, 93).

duda. ¿Pero qué debe resolverse si el acto no hace cesar la indivisión respecto de algunos herederos? Esta cuestión se relaciona con la que suscita el art. 883. La jurisprudencia no considera como una partición el acto que no hace cesar la indivisión sino respecto de un heredero, aun cuando todos los herederos hayan concurrido; tal sería el traslado de derechos sucesivos hecho por un heredero á sus coherederos; y se aplica el mismo principio al derecho de los acreedores, tal como lo rige el art. 882. Si la cuestión pudiera resolverse en teoría, creemos que no debería someterse á los acreedores á la restricción de lart. 882, sino cuando se trata de una partición propiamente dicha. Por último, el texto y el espíritu de la ley suponen que los acreedores intervienen en las operaciones de la partición y que están en aptitud de revisarlas; esta intervención y esta revisión no existen cuando, en lugar de una partición, hay una venta de derechos sucesivos; así es que pudiera decirse que los acreedores deben quedar bajo el imperio del derecho común, es decir, del art. 1167. ¿Pero no es demasiado absoluta tal interpretación de la ley? En la materia de las particiones, se asimila á la partición propiamente dicha todo acto que hace cesar la indivisión: ¿por qué no había de ser lo mismo en el caso del art. 882? Esta disposición es excepcional, es cierto; pero lejos de restringir los derechos de los acreedores, les da garantías que no les ofrece el art. 1167; luego no hay razón para interpretarla restrictivamente á su respecto. De esto inferimos que todo acto que hace cesar la indivisión entre el heredero deudor y sus coherederos ó algunos de los herederos, ó aun uno solo, cae bajo la aplicación del art. 882: tal sería una cesión de derechos sucesivos que uno de los herederos hiciere á su coheredero. Este acto equivale á una partición, en lo que concierne al heredero que cede sus derechos sucesivos; luego sus acreedores no pueden atá-

carlo por causa de fraude sino cuando han formulado oposición. Esta interpretación del art. 882, lejos de ser desfavorable á los acreedores, les es ventajosa; porque si formulan oposición, deben ser llamados á la cesión y más fácil les es prevenir una cesión fraudulenta que obtener la anulación de una cesión hecha con fraude de sus derechos; y si no son citados al acto, pueden atacarlo por simple perjuicio (núm. 534).

Se ha fallado, en sentido contrario, que cuando hay varios herederos, la cesión de los derechos sucesivos de uno de ellos á uno de sus coherederos, no constituye una verdadera partición respecto á los acreedores del cedente; la sentencia concluye de aquí que los acreedores del cedente pueden, además, formular oposición en tanto que no se ha celebrado una partición regular entre los coherederos. (1) Esta decisión se ajusta á la letra del art. 882 que exige una partición, y la partición comprende necesariamente á todos los herederos. Pero si la cesión de derechos sucesivos no es una partición, debe tener los efectos de una venta; y si el deudor vende sus derechos sucesivos cómo sus acreedores podrán intervenir en una partición en la cual su deudor ha venido á ser un extraño? Lo que justifica la decisión de la corte París, en el caso de que se trata, es que el fraude del vendedor estaba probado por las circunstancias de la causa; de suerte que el acto era nulo en virtud del art. 1167, si se le consideraba como venta, y era, además, nulo como partición, supuesto que el acreedor que lo atacaba había formulado oposición á que se procediera á la partición fuera de su presencia. Si no hubiera formulado oposición, no habría sido admitido, en nuestra opinión, á pedir la nulidad del acto. Este es el inconveniente ligado á la interpretación extensiva del artí-

1 París, 18 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 77). Compárese Zachariae, t. 4.º, pág. 429, nota 39, edición de Aubry y Rau.

culo 882; pero se puede contestar con el viejo proverbio, que los derechos se establecen para los que velan diligentemente y no para los que se duermen.

545. El art. 882 habla de la partición en general; ¿debe inferirse que se aplique á toda suerte de particiones? No háy la menor duda respecto de la partición de la comunidad. El art. 1166, segundo inciso, se refiere al título del *Contrato de matrimonio*, tanto como al de las *Sucesiones*, en lo concerniente á los derechos de los acreedores; y el artículo 1476 declara aplicables á la partición de la comunidad las reglas establecidas en el título de las *Sucesiones*, para todo lo que concierne las formas de la partición, la licitación de los inmuebles, los efectos de la partición; y uno de los efectos de la partición, cuando se hace con fraude de los derechos de los acreedores, está determinado por el art. 882; luego el art. 882 es aplicable á la partición de la comunidad.

No sucede lo mismo con la partición de la sociedad. El art. 1167 no habla de la sociedad, lo que prueba ya que, en la mente de la ley, la partición de la sociedad permanece bajo el imperio del derecho común en lo concerniente á los derechos de los acreedores. Esta interpretación está confirmada por el art. 1872, disposición análoga á la del art. 1476, pero que difiere de ella en que es restrictiva; declara aplicables á la partición entre asociados, no todas las reglas de la partición, sino únicamente las concernientes á la forma de la partición y á las obligaciones que de ésta se derivan para los copartícipes, lo que excluye la aplicación del art. 1167. Esta es la decisión de la corte de París (1), que está al abrigo de toda crítica, bajo el punto de vista de los textos. ¿Existe alguna razón para la diferencia que establece la ley entre la sociedad y la comunidad? La corte no aduce ninguna, y en principio no se ve

1 Denegalis, 9 de Julio de 1806 (Daloz, 1806, 1, 369).

por qué los acreedores no habían de tener los mismos derechos en todos los casos en que hay partición. Todo lo que puede decirse, es que el derecho de oposición sería de un ejercicio más difícil en materia de sociedad, porque la particion no se anuncia por medio de un hecho público, como la partición de la comunidad y de las sucesiones; y por eso mismo el derecho de oposición ofrecería menos garantías á los acreedores. Quizá por esta razón la ley ha dejado á la sociedad bajo el dominio del derecho común.