

TITULO III.

DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS Y DE LOS TESTAMENTOS.

(CONTINUACION.)

CAPITULO VIII.

DE LA PARTICION DEL ASCENDIENTE. (1)

*SECCION I.—Condiciones que se requieren para que haya
partición de ascendiente.*

§ I.—NOCIONES GENERALES.

1. Dice el art. 1,075: “Los padres y demás ascendientes podrán hacer entre sus hijos y descendientes la distribución y partición de sus bienes.” Por lo regular, la partición se hace por los interesados. ¿Por qué permite la ley á los ascendientes que por sí mismos dividan sus bienes entre

1 Genty, *De las particiones de los ascendientes*, 1 volumen en 8º, París, 1850. Requier, *Tratado de las particiones de los ascendientes*, 1 volumen en 8º, París, 1868. Bertauld, *De la partición del ascendiente* (cuestiones del Código Napoleón, t. 2º, París, 1869. De Folleville, *De la partición del ascendiente* (Programa, 2º examen, t. 1º, pág. 322, Apénd).

sus descendientes? El orador del Gobierno responde, en la Exposición de Motivos, que el objeto de esa partición excepcional es prevenir las disensiones que se susciten entre los hijos y que con tanta frecuencia destrozan á las familias con motivo de las particiones. Bigot-Prámeneu añade que nadie mejor que los padres conoce el valor de las ventajas, los inconvenientes que ofrecen los bienes que dejan; ellos podrán mejor que nadie componer los lotes, teniendo en cuenta las necesidades y aun el grado de afecto para con sus hijos. La partición del ascendiente tiene, además, la ventaja de que impide las particiones judiciales, que llegan á convertirse en necesidad cuando no se pueden poner de acuerdo los hijos, y desgraciadamente absorben una parte considerable de los bienes. Estas últimas consideraciones son meramente secundarias. En cuanto al fin principal que se propuso el legislador, raras veces se consigue; no siempre hacen los ascendientes las particiones con el espíritu de equidad que les supone el legislador, y abusan de la facultad que les concede el Código con mejorar indirectamente á un hijo predilecto á expensas de sus hermanos; de suerte que unos actos destinados para mantener la concordia entre los hijos, llegan á ser manantial de discordias y rencores. Tanto valdría, nos parece, mantener el orden regular de las cosas. (1)

2. La partición del ascendiente hecha por el testamento es de origen romano. La hecha por donación trae su origen de la jurisprudencia antigua, donde se conocía con el nombre de dimisión de bienes. (2) Sin embargo, la partición consagrada por el Código difiere en un punto importante de la dimisión que se usó en otro tiempo. Siendo

1 Vigot-Prámeneu, Exposición de los Motivos, núm. 76 (Loché, t. 5º, pág. 335). Durantón, t. 9º, pág. 600, núm. 614. Demolombe, t. 22, pág. 728, núms. 665-667.

2 Véanse los detalles en de Folleville, pág. 323, núms. 1,088 y siguientes.

esencialmente irrevocable la donación, la partición hecha en esa forma participa de la irrevocabilidad que caracteriza las liberalidades entre vivos. Mientras que la dimisión de bienes desapoderaba al padre que hacía la partición, permitiéndole que la revocara. Cosa notable: la jurisprudencia fué la que introdujo el principio de revocabilidad, é hizolo bajo la influencia de una triste experiencia. Uno de nuestros antiguos proverbios dice:

Qui le sien donne avant mourir
 Bientôt s'apprête à moult souffrir (1)

Este proverbio no habla en favor de las particiones del ascendiente. Los autores se reducen á aconsejar á los funcionarios públicos que redactan las particiones, inserten cláusulas que permitan á los ascendientes ponerse á cubierto de la ingratitud de sus hijos. En verdad, mejor valía dejarlos que se querellaran mutuamente si lo querían. Donde hay afecto entre los hermanos es inútil la partición del ascendiente; pero donde en lugar de cariño fraternal reinan el celo, la envidia y el egoísmo, por más que el padre mismo haga la partición, no restablecerá la concordia cuando vive la discordia en las almas.

3. La partición del ascendiente es de carácter absolutamente singular y encierra principios contradictorios. Por su objeto, es un acto que distribuye los bienes del padre entre los hijos; lo dice el art. 1,075; pero el 1,076 añade que las particiones se hacen por donación entre vivos ó por testamento, observando las formalidades, condiciones y reglas prescriptas para los testamentos y donaciones; mas unos y otras son instrumentos translativos de propiedad. Así, un solo y mismo instrumento es partición, quiere decir, instrumento distributivo, declarativo de pro-

1 (El que da lo suyo antes de morir, está expuesto á sufrir mucho).—Loysel, *Instituciones consuetudinarias*, núm. 668. Genty, página 44, 56.

piedad, y juntamente donación entre vivos ó testamentaria, es decir, instrumento que transfiere del donante al donatario la propiedad. Hay en ello dos elementos contrarios, uno de los cuales no debe absorber al otro, lo cual sería ponerse fuera de la ley. Es menester, pues, dar á cada uno su parte; cosa difícilísima y que da lugar á controversias sin fin. Dicen que el elemento de liberalidad domina en la partición hecha por donación, mientras que el elemento dominante en las particiones testamentarias es la distribución de bienes. Esto es verdad en cierto sentido. El padre que divide sus bienes por testamento no da nada á sus hijos, puesto que en el momento en que la partición habrá de producir efecto, los bienes que deje el padre pertenecen á los hijos conforme á la naturaleza y á la ley. Si aquél los divide por acto entre vivos, hace una verdadera liberalidad, á lo menos en cuanto al goce; da lo que podía guardar y consumir. ¿Es esto decir que la partición entre vivos sea en todo una donación? Nó; entre los hijos la partición es un acto distributivo, puesto que hace veces de la que los descendientes habrían debido hacer, muerto el donante. Vamos á ver las consecuencias que resultan de este conflicto de principios.

§ II. QUIÉN PUEDE HACER UNA PARTICIÓN DE ASCENDIENTE.

4. Las palabras mismas de "partición de ascendiente" parecen responder á esta cuestión, y parece que la ley es también terminante al decir que los "padres y demás ascendientes" podrán hacer entre "sus hijos y descendientes" la partición de sus bienes. Es, pues, un derecho que da la ley á los ascendientes y sólo á ellos, lo cual implica que otros que no sean los ascendientes no le tienen. Tal es, en efecto, la opinión generalmente seguida. Sin embargo, la contraria, que profesa Delvincourt, fué consagrada por un fallo y encon-

tró apoyo entre los autores modernos. Lo que complica la cuestión, es que los partidarios de la opinión general, que es también la nuestra, no parecen estar muy seguros de los principios en que fundan su doctrina, mejor dicho, no los tienen; de modo que es grande su apuro cuando quieren justificar la especie de favor que concede la ley á los ascendientes y niega á cualquier otro pariente. Esta incertidumbre nace de que no están de acuerdo acerca de los derechos que tiene el hombre en lo que concierne á la disposición de sus bienes.

Hemos ensayado establecer los verdaderos principios al tratar de los ejecutores testamentarios. (1) A nuestro juicio, el derecho del propietario sobre sus bienes cesa á su muerte para dar lugar al derecho de sus herederos; nombrar esos herederos, tal es el único derecho que la ley le reconoce; él los instituye para el momento en que ya no ha de vivir. Allí acabó su derecho: legó sus bienes y muere. Después de morir, no puede ejecutar ya ningún acto de voluntad; ha sido menester una disposición expresa de la ley para permitirle que nombrara un ejecutor testamentario encargado de cuidar de la ejecución de su última voluntad. Si se admite ese principio, la consecuencia es indisputable: el que lega sus bienes no puede hacer la partición de ellos. Partir es un derecho de los que son copropietarios por indiviso; la indivisión comienza al morir el testador, y en ese momento cesa el derecho del difunto á sus bienes. Los herederos son los únicos que tienen derecho, y sólo ellos pueden proceder á la distribución de los bienes que les pertenecen exclusivamente. Síguese de aquí que el derecho que concede la ley á los ascendientes es un derecho excepcional, y así no puede extenderse á otros parientes. En vano se diría que hay la

1 Véase el tomo 14 de estos *Principios*, pág. 348, núm. 323 y página 359, núms. 332 y siguientes.

misma razón; los motivos de analogía no son admisibles cuando se trata de excepciones, además de que no hay identidad de motivos. La ley quiere mantener la armonía entre los hijos de un mismo padre; el orden moral se turba cuando invade la discordia el hogar doméstico; es la disolución de la familia, y la familia es la base de la sociedad. Indudablemente siempre son universales las discusiones entre los padres, y hasta entre los extraños que fueran llamados á una herencia. Pero no se negará que el mal es mucho más grave cuando el odio divide á los hijos de un mismo padre.

Tales son, á nuestro juicio, los motivos de orden público que obligaron al legislador á permitir al padre que interpusiera su autoridad después de su fallecimiento, imponiendo su voluntad á sus hijos cuando la desunión amenaza turbar su familia. Los otros parientes no tienen esa facultad, únicamente porque la ley no se las concede. Cuando la partición se hace entre vivos, hay un motivo de más para limitar el derecho á los ascendientes. La partición entre vivos recae sobre una herencia todavía no abierta; hay copartícipes cuando todavía no hay herencia; es un parte sucesivo; mas la ley prohíbe todo convenio sobre herencia futura (art. 1,130); si los admite, es por excepción, y esas excepciones son de la más estricta interpretación, porque derogan una prohibición que concierne á las buenas costumbres. Vese que la partición del ascendiente tiende, bajo todos conceptos, al orden público. Es decir, que sólo la ley podría extender una facultad que no da ella más que á los ascendientes. (1)

Hay un fallo en sentido contrario, del Tribunal de Caen. Ese tribunal considera el derecho de partir los bienes como consecuencia del poder de disponer. Aquellos que po-

1 Compárese á Requier, pág. 204, núm. 116. De Folleville, página 351, núms. 1,141 y siguientes.

drian privar á sus herederos legítimos de los bienes que dejan, pueden con mayor razón distinguirlos entre ellos como les parezca. Por no tener los ascendientes la libre disposición de sus bienes, puesto que una parte de ellos está reservada á los hijos, debió la ley, por una disposición terminante, darles la facultad de partir que se les habría podido disputar, á causa de la indisponibilidad de la reserva. (1) Nosotros discutimos la base de la argumentación, que es el famoso proverbio que tan mal papel hace en materia de testamentos: "El que puede lo más, puede lo menos." Nó, bien podeis desheredar á vuestros padres no reservatarios, y, sin embargo, no podréis poner trabas, vincular el derecho de propiedad á los bienes que les dejáis; y la partición que anticipadamente hacéis es una de esas trabas que no os es permitido imponerle, porque no podéis ejecutar acto alguno de poder cuando aun no existía.

5. Apresurémonos á añadir en qué sentido la facultad de dividir no es más que de los ascendientes. Acabamos de decir (núm. 3) que la partición tiene un carácter mixto; es un acto de disposición y á la vez un acto de distribución; como acto de disposición, es la aplicación del derecho común, pudiendo cada uno disponer de sus bienes por donación ó por testamento; y así cualquier padre puede dar sus bienes entre vivos á sus herederos presuntos, como puede legárselos por testamento, designando á cada quien su parte; puede hasta calificar ese acto de partición; las expresiones de que se sirve el disponente son indiferentes en derecho moderno. Con tal que la disposición se haga con las formalidades prescriptas para las donaciones y los testamentos, será válida y producirá el efecto que les da la ley á las liberalidades entre vivos y testamentarias;

1 Caen, 2 de Diciembre de 1817 (Daloz, 1849, 2, 84). Compárese á Genty, págs. 90 y siguientes. Bertauld (cuestión de Código Napoleón, t. 2º, págs. 3 y siguientes).

pero sólo esos efectos producirá. La partición del ascendiente es además una distribución de bienes (art. 1,075); bajo ese título está sujeta á reglas especiales y produce efectos también especiales. La partición debe hacerse entre todos los herederos presuntos; si se omite en ella á algún hijo, no hay partición (art. 1,078). ¿Sería lo mismo tratándose de una partición que hiciera un tío entre sus sobrinos? Nó, por cierto; el sobrino omitido no tendría acción y la partición sería definitiva entre los sobrinos que están comprendidos en ella; mejor dicho, los sobrinos tendrían los derechos que pertenecen á cualquier donatario ó legatario, un derecho de propiedad exclusivo é inexpugnable por causa de omisión de un sobrino. Siendo la partición del ascendiente una distribución de bienes, debe el ascendiente observar las reglas de igualdad que presiden á la partición entre herederos *ab intestato* (arts. 826 y 832). ¿Sería lo mismo cuando el tío partiera sus bienes entre sus sobrinos? Nó, porque no parte sino que ó da ó lega, es un propietario que dispone de sus bienes y dispone como le parece. La partición del ascendiente está sujeta á la rescisión por causa de lesión, y da lugar á la garantía. Si un tío parte sus bienes entre sus sobrinos, ¿serán éstos quienes garantizan en el caso de evicción? ¿tendrán acción de rescisión en caso de lesión? La cuestión carece de sentido. No son coparticipes sino donatarios ó legatarios, cada quien propietario de los bienes que se le donaron ó legaron; no puede tratarse ni de lesión ni de garantía. No puede, pues, el tío hacer partición propiamente dicha, porque la ley no le faculta para ello; pero sí puede hacer donación ó testamento. Tal es el derecho común. (1)

6. ¿Podría el disponente no ascendiente declarar que su

1 Durantón, t. 9º, pág. 602, núms. 617-619, y los autores citados por Demolombe, t. 22, pág. 663, núm. 700, y por Aubry y Rau, t. 6º, pág. 217, notas 3 y 4, pfo. 728. Réquier, pág. 208, núm. 117.

voluntad era que la distribución de bienes por él hecha en donación ó testamento se sujetara á los principios relativos á la partición del ascendiente? Hay autores que así opinan. (1) Es una concesión peligrosa que hacen á la opinión que combaten. Si se trata de la institución tienen razón los autores disidentes para decir que tal intención puede resultar no sólo de una declaración expresa de voluntad, sino también de la palabra partición usada por el disponente. ¿Qué sucede entonces con el principio que permite sólo al ascendiente dividir sus bienes entre sus descendientes? Una vana teoría. Esta inconsecuencia nace de la incertidumbre que reina en los principios. Si se admite con nosotros que no puede el disponente hacer partición, hay que resolver que no lo puede ni expresa ni tácitamente, ni indirecta ni directamente. Sólo puede hacer donaciones y legados, agregando condiciones que se concilien con la esencia de las liberalidades entre vivos y testamentarias. Tal es el principio, y no entramos á las dificultades que presenta su aplicación, porque hasta aquí no se han ofrecido.

§ III. ¿ENTRE QUIÉN?

7. Conforme al art. 1,075, la partición debe hacerse entre los hijos y descendientes de los padres ó demás ascendientes que la hacen. De aquí, como se resolvió en casación, que no hay partición del ascendiente sino cuando se hizo la disposición únicamente en favor de los capaces de suceder; si se aprovechan de ella otros también, no puede tratarse de partición, por suponer ésta un derecho preexistente en la persona de los que concurren á ella. Además, como lo dice el fallo de casación, es menester que todos los capaces reciban su parte, porque la partición es

1 Colmet de Santerre en Demante, t. 4º, pág. 454, núm. 242 bis, 2º Demolombe, t. 22, pág. 663, núm. 701.

una liquidación que necesariamente debe hacerse entre todos los que tengan derecho. En el caso ocurrido, el tribunal de Colmar había declarado que había partición en el instrumento en que la madre del futuro esposo cede una herencia, tanto á su hijo como á la futura esposa, mediante un precio determinado que los cesionarios se obligaban á pagar en la herencia de la cedente; había intervenido otro hijo de la madre, pero sin recibir ninguna parte ni del inmueble ni del precio; no había, pues, ninguna partición entre los capaces, y en el instrumento que el tribunal calificaba de tal, figuraba uno que no era capaz. Esto resolvía la dificultad; pero el fallo fué casado, como debía serlo. (1)

8. Al decir que debe hacerse la partición entre los hijos y descendientes, el art. 1,075 entiende que los coparticipes sean los capaces de heredar al que distribuye sus bienes, quiere decir, que sean llamados á su herencia por la ley. Un padre hace la partición de sus bienes entre su hijo y los hijos de éste; la partición es nula, por no ser capaces los nietos de heredar al abuelo, viviendo el padre. Este es el único capaz, lo cual excluye toda idea de parte, puesto que el único hijo está llamado á toda la herencia de su padre. (2)

9. Otra consecuencia también evidente resulta del texto del art. 1,075. Para que haya partición es necesario que el ascendiente haga la "distribución" y la "partición" de sus "bienes" entre sus hijos y descendientes; concíbese una partición sin que se distribuyan los bienes á los cuales son llamados los herederos? Sin embargo, se quiere sostener, y hay fallos en este sentido, que el instrumento en que el

1 Casación, 22 de Mayo de 1838 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,474, 4º). Compárese con lo resuelto en Rennes, 11 de Enero de 1814 (Daloz, *Ibid.*, núm. 4,479, 1º).

2 Deuogada, 26 de Enero de 1848 (Daloz, 1848, 1, 56). Donai, 10 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1855, 2, 170).

padre dió sus bienes á sus hijos, en proporei3n á sus derechos hereditarios, sin hacer la divisi3n material de bienes, es una partici3n de ascendiente. (1) Esta opini3n debe desecharse tan s3lo porque se opone al texto terminante del art. 1,075. ¿Qu3 se alega para justificar una interpretaci3n que contradice la letra de la ley? Se invoca la traducci3n. Había en el derecho antiguo dos especies de renuncia de bienes: en la una, hacía el ascendiente abandono de los suyos sin distribuirlos, y en la otra, arreglaba la parte de sus hijos. En hora buena; pero el derecho antiguo est3 abrogado; el C3digo no reconoce ya dos especies de partici3n, sino una sola, que define y que consiste en "distribuir" los bienes. Interpret3se el C3digo para la jurisprudencia antigua, en hora buena tambi3n. Pero no se introduzca en el C3digo una especie de partici3n que ignora. Pret3ndese que el esp3ritu de la ley autoriza esa interpretaci3n extensiva. ¡El esp3ritu de la ley!.....¿Y d3nde encontrarle? En el antiguo derecho. Lo que el legislador quiso estimular, dicen, fu3 la renuncia de bienes, para que pasaran de las manos d3biles del ascendiente á las vigorosas de sus hijos. ¿D3nde se dijo tal? No hay una palabra de ese pretendido esp3ritu de la ley en los trabajos preparatorios. El único motivo que da el orador del Gobierno es el que hemos referido: prevenir las disensiones de familia. Si la vejez hubiese sido la que había hecho introducir la partici3n del ascendiente, habría debido permitirle el legislador á todos los ancianos, en lugar de limitarla á los ascendientes. Las consecuencias de esta opini3n no son menos extrañas que la doctrina misma. Se ven obligados sus sostenedores á confesar que los arts. 1,076 y 1,079 no son aplicables á la pretendida partici3n que no parte. Así en sus artículos de que se compone todo nuestro capítulo, se suprimen dos y se altera el sentido de otro (art. 1075). Hé ahí á lo que se

1 Demolomb3, t. 22, pág. 48, núm. 51.

llega cuando en lugar de atenerse al texto claro de la ley, quiere interpretársela por el espíritu de la misma, lo cual conduce, por lo regular, á hacer que diga el legislador lo contrario de lo que dijo, y agregamos de lo que quiso decir; ¿ó es que por ventura cuando habla el legislador con claridad es para decir lo contrario de lo que decir quiso?

10. Pretenden que la doctrina que sostenemos, consagrada ya por la jurisprudencia, acabó por ser abandonada. La verdad es que la jurisprudencia es vacilante, pero el principio que tiende á hacerla prevalecer es el que está escrito en el artículo 1,075: no hay partición cuando no hay distribución de bienes entre los hijos.

Hay fallos que sientan como principio "que los artículos 1,075 y siguientes no exigen imperiosamente que la partición se halle "materialmente" practicada en el instrumento en que el padre abandona sus bienes á sus hijos."(1) La sala de casación, que así lo resolvió, no da ningún motivo para fundar su fallo; es una simple afirmación. Nosotros sin vacilar, decimos que ese pretendido principio es un error. Verdad es que la palabra "material" no está en la ley; ¿pero no implica la expresión "distribución y partición de bienes" una división material? ¿Qué es, pues, la partición, sino una operación material cuyo objeto es distribuir los bienes entre los copartícipes? ¿Y no es esa operación material la que provoca las dificultades, las discusiones que quiso prevenir la ley con permitir á los ascendientes que la ejecutaran? La sala de casación tiene, pues, en su contra el texto y el espíritu de la ley.

Es menester, además, hacer notar que esos fallos se dictaron en materia fiscal, lo cual disminuye mucho su autoridad en la civil. El fallo que se dió en la causa de Luis Felipe de Orleáns se funda en una ley de hacienda (Junio

1 Denegada de la sala civil, 26 de Abril de 1836 (Daloz, palabra *Registro*, núm. 3,910) y 21 de Abril de 1838 (Daloz, *Id.*, núm. 3,918).

16 de 1824) y hace constar que el donante estaba imposibilitado para partir materialmente sus bienes, puesto que una parte de ellos estaba todavía indivisa entre él y su madre y su hermana. El tribunal invoca la jurisprudencia de la sala de casación, conforme á la cual esa imposibilidad no quita al padre la facultad de partir sus bienes. (1) Esta doctrina nos parece más que dudosa. La ley da al padre derecho de partir para prevenir las disensiones á que dan lugar las dificultades de la partición. ¿Importa hacer una partición, en el sentido y espíritu de la ley, hacer abandono de bienes indivisos? Esto es partición en tan insignificante manera, que será menester una real para poner fin á la indivisión. ¿Se dirá que quitamos al padre un derecho que le concede la ley? Nuestra respuesta está en el art. 815. El padre que quiere hacer partición formal de sus bienes, cuando éstos se hayan todavía proindiviso en todo ó en parte, debe comenzar por hacer terminar la indivisión, lo cual puede hacer á toda hora (art. 815); después podrá distribuir sus bienes entre sus hijos. Si se limita á abandonar los bienes proindiviso, lejos de prevenir las dificultades, las aumenta, puesto que da ó lega á sus hijos una doble partición que hacer. ¡Singular partición la que obliga á los interesados á proceder desde luego á una para determinar los bienes que en seguida se tienen que dividir!

El Tribunal de Paris fué más allá que el de Casación, resolviendo que el padre que abandona sus bienes á sus hijos les puede imponer la condición de quedar proindiviso, á lo menos por cinco años, sin que esto importe que el abandono sea partición. (2) ¡Confesemos que es una extraña partición la que en lugar de dividir los bienes manda que queden indivisos! ¿En qué se funda aquel tribunal

1 Donogada 29 de Marzo de 1831 (Dalloz, palabra *Registro*, número 3,934).

2 París, 23 de Junio de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 10). Demolombe aprueba (t. 23, pág. 52, núm. 56).

para resolver que una cláusula de indivisión equivale á una partición? Esa cláusula, dice, no debilita la validez de la dimisión de bienes, puesto que podía ser cláusula de una partición entre herederos. Abramos el Código Civil, cosa que indudablemente descuidó hacer el Tribunal; ¿qué dice el art. 815? “Nadie puede ser obligado á permanecer en la indivisión; y siempre se podrá pedir la partición, á pesar de las prohibiciones y convenios en contrario. *Sin embargo, se puede convenir en que se suspenda la partición por un tiempo limitado.*” Lo primero que de aquí resulta es que solamente los interesados pueden convenir en quedar en la indivisión; y lo segundo, que la cláusula de indivisión es un convenio que “suspende la partición” y no, como lo dijo el Tribunal, una cláusula de la partición. Partir y quedar en la indivisión son cosas que se contradicen.

11. Otros fallos admiten que hay partición de ascendiente cuando se hace por los hijos á quienes se abandonan los bienes; la doctrina así formulada sería, ciertamente, inexacta; sería una partición de descendientes y no de ascendiente. Importa precisar los casos en que han recaído las resoluciones, para que no se haga decir á la jurisprudencia lo contrario de lo que ella dijo. Nada más inútil ni engañoso al mismo tiempo, que las citas de fallos en globo que se hallan en los autores modernos. Es preciso darse el trabajo de analizarlos y discutirlos, como siempre lo hace Merlín, á menos que la jurisprudencia se convierta en ciencia de compilación. La sala de casación resolvió que si los hijos concurren al acto y hacen la partición “bajo la influencia” y con el asentimiento del padre, hay partición de ascendiente. (1) Estamos de acuerdo; esto supone una partición entre vivos, para lo cual se necesita el consentimiento de los hijos; ciertamente, en el espíritu de la ley

1 Denegada, 10 de Abril de 1831 (Daloz, palabra *Registro*, número 3,935):

está que consientan ellos voluntariamente; una partición que se les impusiera sería un germen de discordia en lugar de ser un elemento de paz. ¿Y qué medio mejor para mantener la armonía entre hermanos, que dejarlos á ellos mismos que procedan á la partición á vista y bajo la direccíon del ascendiente? Eso será una verdadera partición de ascendiente, puesto que será una garantía de concordia.

¿Es también de ascendiente la partición cuando el abandono y la distribucíon se hacen en distintos instrumentos? Se ha discutido esto en un caso en que con toda evidencia los dos actos no formaban más que un solo hecho jurídico. Comienza el padre por declarar que su intencíon es la de usar de la facultad que le conceden los arts. 1,075 y 1,076, y después hace donacíon entre vivos de sus inmuebles á sus cuatro hijos, que la aceptan. En el mismo acto, y con el concurso y el consentimiento de todos los hijos donatarios, repartió el padre entre ellos los inmuebles donados; y como dos de éstos estaban reconocidos como incapaces de divisióon, uno de los hijos los aceptó en su parte, á propuesta del padre, obligándose á pagar una pensión á cada uno de los tres hermanos. Concluyó el instrumento con la cláusula de que el padre y sus hijos hacían cesión y abandono, á título de partición, á cada copartícipe, de lo que formaba su respectivo lote; esto no es una partición de ascendiente, dice el Tribunal de Amiéens. La donacíon, aunque hecha en el mismo instrumento que la partición, la precede, y es un hecho consumado cuando se verifica la partición. En esta segunda parte del instrumento, el padre se limita á proponer, á ejercer una especie de influencia moral, á emitir su parecer; lo cual excluye la idea de que la partición sea condicíon de la donacíon. Concluye de aquí el Tribunal, que los donatarios, aun cuando no fuera más que por un instante de razón, tuvieron un derecho indivi-

so en los inmuebles que provenían de su padre, y que la partición se obró entre los hijos. Esta resolución fué casada, aun cuando pareciera que no era sino la apreciación de un convenio. La sala de casación, contra su costumbre, juzgó muy severamente la resolución que anuló. Si pertenece al juez del conocimiento, dice, buscar la intención de las partes, no le puede corresponder modificar arbitrariamente un contrato so pretexto de interpretarle, cambiar su naturaleza ó esencia, darle un calificativo falso para colocarle en una clase á la cual sería ajeno y someterle á reglas que no le son aplicables. El instrumento litigioso, continúa el Tribunal, es evidentemente una partición de ascendiente; hecha entre vivos, debía contener una donación de bienes, siendo ésta á la vez principio y forma legal de ese modo de partición. Erróneamente distingue el Tribunal de Amiéns en ese instrumento dos contratos distintos, independientes, uno de los cuales, ó sea la donación, habría puesto inmediatamente á los donatarios en posesión de la propiedad indivisa de los bienes donados, y la otra, como ajena al donante exclusivamente personal de los donatarios, habría tenido por objeto la partición de esos bienes. Destruir de esa suerte la unidad de un contrato en el cual todas las estipulaciones concurren al fin que el padre de familia declare haberse propuesto, es desnaturalizar el carácter del instrumento. (1) Si el padre, añadirémos nosotros, en lugar de mandar, usó de su influencia moral, tanto mejor; esa es la verdadera partición de ascendiente.

El Tribunal de Colmar pronunció un fallo con el mismo espíritu. Era el caso que los padres daban por medio de dos instrumentos separados, pero del mismo dia, ciertos inmuebles suyos á dos de sus hijos, por via de mejora de su parte respectiva. En otro instrumento, hecho también el mismo dia, hicieron abandono á favor de todos sus hijos, de

1 Casación, 4 de Junio de 1849 (Daloz; 1849, 1, 307).

casi la totalidad de sus bienes, con formación de lotes y partición de los abandonados, bajo condición de una renta vitalicia. Se hubiera podido decir, como lo hizo el Tribunal de Amiéns, que habiendo precedido la donación á la partición, los donatarios se encontraban en estado de indivisión, del cual habían salido por una partición hecha entre ellos, porque el instrumento expresaba que los lotes habían sido formados por los cuatro hijos donatarios; pero el instrumento añadía que la partición se había hecho en presencia y con el concurso de los padres, y el exordio expresaba que éstos hacían abandono de sus bienes por su avanzada edad y pa a facilitar la partición que tuvieran que hacer los hijos. El tribunal concluye, y con razón, que todos esos instrumentos, aunque hechos y por separado, no formaban más que uno solo y constituían una partición de ascendiente. (1)

12. En un caso nálogo el Tribunal de Lyon resolvió como principio que la partición de ascendiente es el instrumento en que éste hace la distribución y división de sus bienes entre sus descendientes; lo cual es reproducción literal del art. 1,075. Concluye de eso el Tribunal, que el abandono que de sus bienes hace el padre no es partición, sino la hace él ni concurre á ella, aunque en el acto del abandono se haya dicho que la donación se hizo á título de partición; pero no haciéndola ni interviniendo en ella el padre, el instrumento es una partición hecha entre descendientes. (2) Hé aquí la aplicación del principio tal como le hemos formulado. Hay una serie de fallos recientes dictados en el propio sentido.

El Tribunal de Nancy resolvió que la propiedad de una partición de ascendientes por disposición entre vivos está en no poder intervenir más que los capaces de heredar y

1 Colmar, 21 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1870, 5, 262).

2 Lyon, 23 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 112 y siguientes).

sus ascendientes, en obrar un abandono gratuito que despoje al donante, y, finalmente, en preservar á los capaces de todo estado de indivisión en cuanto á esos mismos bienes. En el caso, la madre había vendido todos sus bienes muebles é inmuebles á sus hijos, pero sin partir entre ellos el precio; de suerte que á su muerte ese precio formaba la herencia iadivisa de la madre. Es un hecho que la venta había tenido por objeto favorecer la liquidación de la herencia, reduciéndola á créditos de fácil partición, y siempre tendríamos que la venta no constituía partición. (1)

El Tribunal de Dijón resolvió también terminantemente que la partición permitida á los padres de familia por los arts. 1,075 y siguientes, tenía por objeto prevenir las dificultades que pudieran suscitarse entre los herederos acerca de la distribución de la fortuna del ascendiente, y, por lo mismo, debía ser "real é inmediata," concluyendo de aquí el Tribunal que no podría calificarse de tal un instrumento que dejara subsistente la indivisión entre ellos. [2]

13 La renuncia de bienes no basta, pues, para que haya partición de ascendiente; si bastara, tendríamos que decir que esa renuncia hecha en favor de un hijo único era partición de ascendiente. M. Demolombe lo confiesa; pero aquí le falta por completo la jurisprudencia en que se apoya, la cual consagra más bien la opinión que hemos sostenido; pues siempre se ha resuelto en casación que los artículos 1,075 y siguientes suponen una distribución de bienes entre dos ó más descendientes; de donde se sigue que no puede cuestionarse en cuanto á la partición cuando sólo hay uno que herede; puede el padre hacerle abandono de todos sus bienes, y esto será donación, no partición. (3)

1 Nancy, 4 de Junio de 1859 (Dalloz, 1860, 2, 22).

2 Dijón, 20 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 86).

3 Casación, 4 de Enero de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 58). Denegada, 5 de Junio de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 107). Demolombe (t. 23, pág. 52, núm. 55).

Concluimos con la Sala de Casación, que los arts. 1,075 y siguientes suponen una partición *real*, es decir, una distribución *efectiva* entre dos ó más herrderos. (1) Hay un fallo en el mismo sentido, de la Sala de Casación de Bélgica. (2)

§ IV.—FORMALIDADES.

Núm. 1. Principio.

14. Por sí misma, la partición no es un instrumento solemne; ninguna formalidad exige para su validez; menos aún para su existencia. Antiguamente se admitía el mismo principio para la partición de ascendiente. El Código Civil innovó bajo este respecto; conforme al art. 1,076, “la partición de ascendiente *podrá* hacerse por acto entre vivos ó testamentario, con las formalidades, condiciones y reglas prescriptas para las donaciones entre vivos y para los testamentos.” Siendo unos y otros instrumentos solemnes, también las particiones son instrumentos que no existen sino cuando se han observado las formalidades de la ley. No es, pues, exacto el art. 1,076 al decir que las particiones de ascendientes “podrán” hacerse por donación ó por testamento; esto es cierto en el sentido de que el ascendiente hace la elección, pues “puede” partir sus bienes por acto entre vivos ó por última voluntad. Pero debe añadirse que no puede hacerlo sino en una de estas dos formas.

La innovación del Código se funda en razón. Cuando se hace la partición entre vivos, es esencialmente una liberalidad (núm 3); mas, en nuestro derecho, las liberalidades entre vivos no se pueden hacer sino por instrumento notariado. Cuando la partición se hace por testamento, el ascendiente no da nada á sus hijos, sino que modifica los

1 Casación, 12 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 96).

2 Aubry y Rau, t. 6°, pág. 219, pfo. 729. Demolombe, t. 23, página 23, núm. 5.

derechos que ellos reciben de la naturaleza y de la ley, al partir él mismo los bienes que, conforme al derecho común, los hijos tendrían derecho de partir; en este sentido, dispone para el tiempo en que ya no ha de vivir, y así, lo que hace es un acto de última voluntad. La consecuencia es que la partición debe hacerse por acto de última voluntad, es decir, por testamento. (1)

15 De aquí se sigue que la partición que consta en instrumento privado es uno de aquellos instrumentos que la doctrina califica de inexistentes y la jurisprudencia llama nulos, sin que el Código tenga un término especial para expresar que un instrumento privado no tiene existencia á los ojos de la ley. Implícitamente ha consagrado la Sala de Casación este principio, resolviendo que la partición de ascendiente hecha en instrumento privado se rige por el art. 1,339, y este artículo establece que la donación nula en cuanto á la forma, no puede confirmarse, por la razón de que la nada no podría recibir vida por la confirmación. Lo mismo sucede con la partición de ascendiente hecha en instrumento privado; ese instrumento no tiene existencia legal y, por lo mismo, no puede producir efecto. Tales son los términos del art. 1,131. Ahora bien, la confirmación tiene por objeto borrar el vicio que infecta un instrumento y le hace nulo, es decir, anulable; el que confirma un instrumento renuncia la acción de nulidad que tenía derecho de intentar. Esto supone que hay un documento, aunque viciado, pudiendo borrarse el vicio con la confirmación. Cuando no hay documento, no se puede decir que esté viciado, y así no podría ser confirmado. (2)

La Sala de Casación admite el principio para los actos de confirmación que se ejecutaran en vida de los padres, y parece que no le admite para los que se ejecuten después

1 Denegada, 1° de Julio de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 1, 373).

2 Denegada, 5 de Enero de 1846 (*Dalloz*, 1846, 1, 15).

de muertos. La misma cuestión ocurre en cuanto á los pactos hereditarios, y volverémos á ella en el título "De las Obligaciones." Conforme á la doctrina de los instrumentos no existentes, no es dudosa la solución; es imposible confirmar un instrumento que no existe, pues no se puede confirmar la nada.

De que sean nulas las particiones cuando no se han observado las formalidades de los testamentos ó de las donaciones, no se debe inferir que los convenios que constan en instrumento privado y hayan pasado entre el padre ó la madre y sus hijos, relativamente á las herencias, sean necesariamente nulos. Hay que atender al objeto de esos convenios; serán inexistentes si ese objeto es partir los bienes del ascendiente, como lo serán asimismo si éste quiere hacer donación de sus bienes. Pero si los contratantes celebraron contratos onerosos, quedan bajo el imperio del derecho común, conforme al cual el escrito no sirve más que de prueba tanto como uno auténtico. Se resolvió ya que el instrumento privado en que una madre se desprende de todos sus bienes con la condición de una pensión alimenticia y de un arrendamiento, es válido, como que arregla á título oneroso los intereses de la madre y de los hijos. Y aun cuando aquélla declarara que hacía abandono de sus bienes para que se partiesen entre sus hijos, tal abandono en sí mismo no sería partición, ni tendría, por lo tanto, aplicación el art. 1,076. Falta determinar la naturaleza del instrumento; éste puede ser una transacción, como en el caso resuelto por la Sala de Casación, en el cual caso no se requiere formalidad de ninguna especie, y podrá probarse el convenio por medio de instrumento privado. (1)

16. La aplicación del principio da lugar á una dificultad en que se muestra ya el conflicto de los elementos que

1 Agén, 4 de Agosto de 1824. Denegada, 29 de Mayo de 1823 (Dalloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,537).

entran en la partición de ascendiente. Cuando entre los co-participes hay menores, la ley prescribe formalidades especiales para resguardar sus intereses. ¿Deben observarse esas formalidades cuando un ascendiente es el que hace la partición? Nó, porque en cuanto á la forma, la partición de ascendiente es ó una donación ó un testamento; el ascendiente no tiene, pues, más formalidades que observar, que las prescriptas para las donaciones entre vivos ó testamentarias. (1) Esta opinión, fundada en el texto del artículo 1,076, está en armonía también con el espíritu de la ley. Uno de los motivos por los cuales se da al ascendiente el derecho de partir sus bienes entre sus hijos, es precisamente evitar las formalidades que establece la ley en favor de los incapaces; se supone que la intervención del padre es la mejor garantía que pueden desear los menores. Razón ha tenido, pues, la Sala de Casación para declarar que las particiones hechas por los ascendientes están sujetas, en cuanto á su forma, á reglas particulares por el art. 1,075, y que sería desconocer la naturaleza y objeto de ese modo de disponer, hacer depender la validez de la disposición, cuando es menor uno de los hijos, del cumplimiento de las formalidades prescriptas por el art. 466. (2)

Núm. 2. De la partición hecha por donación.

17. Si se hace la partición por acto entre vivos, se deben guardar las formalidades prescriptas para las donaciones. Tal es la regla que trae el artículo 1,076. Por tanto, es necesario que se haga la partición por instrumento pasado ante notario, con minuta, y que se observen todas las formalidades establecidas por la ley de 25 Ventoso, año XI, para la validez de los instrumentos autorizados por no-

1 Aubry y Rau. t. 6º, pág. 219 y notas 1 y 2, y todos los autores.

2 Denegada, 4 de Mayo de 1846 (Daloz, 1846, 1, 129).

tario (art. 931). Si la partición comprende objetos muebles, no es válida sino respecto de aquellos cuyo avalúo se hubiere agregado á la minuta de la donación (art. 948). Esas formalidades se requieren para la existencia misma de la donación; y así hay que aplicar á la partición todo lo que hemos dicho, á este respecto, al tratar de las donaciones entre vivos. (1)

18. Hay una formalidad establecida en favor de los terceros Si la donación comprende inmuebles, debe registrarse (art. 939); la partición también deberá registrarse si el ascendiente distribuye sus inmuebles entre sus hijos; y si no se registra, no podrá hacerse valer contra tercero (artículo 941). Volverémos á este punto en el título "De las Hipotecas," que es el lugar de esta materia. Se ha resuelto que si el lote de uno de los hijos se compone del monto aun no cobrado de una donación que se le hizo como anticipo de herencia, y además de valores complementarios, no hay, respecto de él, liberalidad más que en cuanto á estos últimos valores, y que, en lo tocante al monto de la donación anterior, la partición no constituye más que donación en pago. El Tribunal concluyó de aquí que no debió haberse registrado la partición sino en cuanto á los valores inmuebles que formaban una liberalidad. (2) Conforme al Código Civil, la consecuencia es exacta; pero según nuestra ley hipotecaria, debe registrarse todo instrumento translativo de derechos reales inmuebles (art. 1.º), y así también la donación en pago debe registrarse, por ser esencialmente translativa de propiedad.

19. Hay una condición de forma, especial á la donación, y debe aceptarse en términos expresos por el donatario. Si se hace la donación por un instrumento posterior, éste

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 318-331, números 220, 229.

2 Limoges, 26 de Marzo de 1852 (Daloz, 1853, 2, 143).

debe ser auténtico y, además, la aceptación debe notificarse al donante; la donación no produce efecto sino desde el día de la notificación (art. 932). Esta formalidad es aplicable á la partición. Sin embargo, hay aquí una anomalía. La aceptación expresa no se funda en ningún motivo jurídico, ni tiene otra razón de ser que el disfavor que afecta á las donaciones en el derecho francés; mas las particiones, lejos de ser vistas, con disfavor, son favorables, puesto que tienden á mantener la paz en las familias; pero la ley es expresa, y hay que atenerse á ella.

La jurisprudencia se ha mantenido fiel al rigor de la ley, declarando la nulidad de las particiones que no hubieren sido expresamente aceptadas por los copartícipes, por más insignificante que en sí misma sea la formalidad que se omitió. Conforme al art. 933, el donatario puede aceptar por mandato, con la condición de que éste sea auténtico y se haya agregado una copia de él á la minuta de la donación. Se resolvió que era nula la partición que aceptaba en virtud de un mandato contenido en instrumento privado. En vano hizo el donatario porque pasara como aceptación expresa la toma de posesión de la cosa; la aceptación expresa exige una declaración de voluntad ante notario; elemento esencial de la solemnidad del instrumento, á falta del cual elemento la donación no tiene existencia legal. (1) ¿Puede cubrirse ese vicio con la confirmación de los herederos del donante? Nos remitimos á lo dicho acerca de este punto en el capítulo "De las Donaciones;" la jurisprudencia admite la confirmación en los términos del art. 1,340. (2)

La jurisprudencia anula también las particiones cuando no se ha notificado la aceptación de los copartícipes al ascendiente con las formalidades del art. 932. Es muy fre-

1 Burdeos, 22 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 196).

2 Bastia, 10 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 216).

cuenta que se hagan particiones en que haya menores interesados, contentándose con la confirmación que dieren ellos al llegar á la mayor edad. Entonces la confirmación equivale á la aceptación; por consiguiente, debe notificarse al ascendiente donante, so pena de nulidad de la partición. La Sala de Casación declaró que puede invocarse la nulidad por el hijo mismo cuya aceptación haya sido irregular.

20. ¿Debe hacerse la aceptación por todos los hijos en cuyo favor se hace la partición? Si se tratara de una donación ordinaria, cada donatario tendría un derecho independiente del de sus codonatarios, puesto que la donación se divide entre ellos; por consiguiente, cada uno podría aceptar la liberalidad que se le hiciera. No sucede lo mismo con la partición del ascendiente. Si es donación en cuanto á la forma, es partición en cuanto á la substitución, y no se concibe la partición sino cuando concurren á ella todos los que tienen derecho; de donde si uno de ellos no acepta, es nula la partición; mejor dicho, no la hay. Esto está conforme también con la institución del ascendiente donante, que no se propone hacer una liberalidad distinta á cada uno de sus hijos, sino que quiere hacer la distribución de sus bienes entre ellos; lo cual implica el concurso de todos. La doctrina y la jurisprudencia están acordes.

21. Si los hijos son menores, pueden aceptar en su nombre, ó el tutor autorizado por el consejo de familia, ó por el padre ú otro ascendiente, sin autorización alguna. Tal es el derecho común en materia de donaciones (art. 935). Su aplicación suscita una dificultad especial. El padre divide sus bienes entre sus hijos, siendo menor uno de ellos; ¿puede el padre aceptar para él en virtud del art. 935? El Tribunal de Nimes resolvió afirmativamente. Esto nos parece muy dudoso. El padre es parte en el instrumento como donante; ¿puede al mismo tiempo figurar en él como aceptando la liberalidad, es decir, como donatario? Cuando se

hace una donación á un menor, quiere la ley, por regla general, que la aceptación sea autorizada por el consejo de familia, pues puede interesarle al menor no aceptar; la intervención del ascendiente que acepte remplace esa garantía. ¿Qué sucede con esta garantía cuando el padre es al mismo tiempo donante y aceptante en nombre del donatario? No vemos más que una manera singular de proceder en ese caso, y es que el menor esté representado por un tutor *ad hoc* autorizado por el consejo de familia.

La jurisprudencia ha consagrado esta doctrina implícitamente, pues se resolvió que el marido que autoriza á su mujer para que haga la partición de sus bienes, puede aceptarla como padre; el fallo se funda en que el padre no era donante ni debía aprovecharse de la donación. También se resolvió que si los padres hacen la partición de bienes indivisos entre ellos, la puede aceptar válidamente el padre en cuanto á los bienes dados por la madre, siempre por razón de que él no es donante. Esto implica que el padre no puede al mismo tiempo ser donante y aceptar para el donatario.

Núm. 3. De la partición hecha en testamento.

22. La partición hecha en documento testamentario debe hacerse con las formalidades prescriptas para los testamentos (art. 1,076). De aquí se sigue que los padres no pueden partir sus bienes entre sus hijos por un testamento conjuntivo; el art. 968 prohíbe esta forma de testar, y la ley no reproduce la excepción que establecía el Estatuto de 1,735 para las particiones del ascendiente (art. 77).

23. Debe aplicarse á las particiones hechas en testamento, todo lo que hemos dicho acerca de las formalidades de los instrumentos testamentarios. La partición hecha por instrumento de última voluntad es, pues, instrumento solemne, y debe contener en sí mismo la expresión completa de

la voluntad del testador; por consiguiente, debe contener la indicación de la cosa donada. Sin embargo, se ha resuelto que el testador que hubiere hecho esa indicación en su testamento, puede referirse á un instrumento auténtico anterior, para la designación más detallada de los objetos legados. Comienza una viuda por hacer constar en un documento autorizado por notario, aquello en que consisten sus bienes, practicando su división en dos lotes, y declara en seguida por testamento, que aplica el primero de esos lotes á los hijos nacidos de un hijo que murió antes, y el segundo á su hija, remitiéndose, para la designación detallada de los bienes comprendidos en cada lote, al instrumento autorizado, que se acaba de hacer. La Sala de Casación declaró la validez de la partición hecha en esa forma.

Puede suceder que un instrumento se relacione con una partición testamentaria, sin formar parte de ella; en ese caso, queda bajo el dominio del derecho común. El padre que hizo la partición, reconociendo que salió perjudicado uno de sus hijos, conviene con el otro en que le pagará al primero una renta vitalicia á título de indemnización: es un convenio ordinario, y no un testamento, porque el padre no dispone allí de sus bienes.

Núm. 4. Aplicación.

24. El ascendiente puede partir sus bienes entre sus hijos, lo cual debe hacerse por donación entre vivos ó por testamento. También puede, sin partir sus bienes, hacer liberalidades entre vivos ó testamentarias, lo cual se hace con las mismas formalidades. ¿Cuándo habrá en ello liberalidad entre vivos ó testamentaria, y cuándo habrá partición? Es mucha la diferencia que hay entre estos actos, pues los unos contienen únicamente una transmisión de bienes entre vivos ó testamentaria, y los otros tienen por objeto, ante todo, la distribución de los bienes del ascendiente, y, como tales, producen efectos absolutamente aje-

nos á la donación y al testamento. Importa mucho, pues, saber cuándo hay donación ó testamento, y cuándo hay partición. Aquí se trata, evidentemente, de la intención; puede el ascendiente querer dar, como puede querer partir; y así, conviene saber lo que él quiere. Punto de hecho, de interpretación de documentos, que los jueces resolverán conforme á las circunstancias del caso.

25. Siendo la partición un instrumento solemne, debe declarar el ascendiente, en la donación ó en el testamento, lo que quiere. Es menester, pues, ante todo, tomar en consideración los términos del instrumento; si dice el ascendiente que entiende usar del derecho que le dan los arts. 1,075 y siguientes; si dice que parte sus bienes entre sus hijos, añadiendo que esto lo hace para prevenir cualquiera discusión entre sus herederos sobre la distribución de sus bienes, habrá que resolver que parte, aun cuando el instrumento contenga, además de la partición, liberalidades entre vivos ó testamentarias.

Hay otro instrumento que también tiene por objeto prevenir los pleitos, que es la transacción, y sabido es que ésta se sujeta á formalidades muy especiales y rigurosas cuando se hallan interesados menores. ¿Cuándo será el instrumento una partición que se rija por el art. 1,076, y cuándo una transacción que se rija por el art. 467? Se resolvió que un instrumento no es transacción sólo porque en el exordio de la partición se diga que se hizo para evitar un pleito de partición al morir los padres donantes; en efecto, todas las particiones de ascendiente se hacen para prevenir discusiones entre los herederos. Por lo demás, si el instrumento litigioso hace realmente la distribución de bienes entre los hijos, será una partición.

26. Conforme á la opinión que hemos emitido (núms. 9-13), no hay partición cuando los bienes no se dividen entre los hijos; de suerte que si en todo ó en parte subsiste la indi-

visión, no hay partición de ascendiente. (1) Hemos dicho que en este punto está vacilante la jurisprudencia; de aquí nuevas dificultades en la aplicación y, fuerza es decirlo, resoluciones más ó menos arbitrarias. Así, se ha resuelto que hay partición de ascendiente aunque se haya dejado la totalidad de los inmuebles á dos de los coparticipes proindiviso. (2) Si hay partición, aunque subsista la indivisión en cuanto á la totalidad de los inmuebles, entre algunos de los hijos, no hay principio que sirva para resolver cuándo habrá partición y cuándo no. Por lo demás, la resolución que impugnamos se dió en materia fiscal, lo cual le hace perder mucho de su autoridad.

27 La calificación que dan las partes á un instrumento no es decisiva; es menester ver si corresponde á la substancia del mismo. Así, en el primero, un ascendiente vende todos sus inmuebles á uno de sus hijos, delegando á cada quien de sus herederos una parte del precio igual á su parte hereditaria; al día siguiente hace donación á cada uno de sus herederos, de la cantidad que le delegó la víspera, declarando que lo hace para mantener la igualdad entre ellos y evitar discusiones judiciales. Sosteníase que los dos instrumentos reunidos formaban una partición; pero la Sala de Casación falló que el primero era una verdadera venta, la cual había sido ejecutada como tal por espacio de diez años. Mas la venta, cuando es real, excluye la idea de partición. (3)

Pero una falsa calificación dada á un instrumento no impide que los jueces vean en él una partición de ascendiente, lo cual dará lugar á su nulidad si no se hizo el

1 Bruselas, 23 de Noviembre de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 243).

2 Denegada, 28 de Abril de 1829 (Daloz, palabra *Registro*, núm. 2,937). Denegada de la Sala de Casación de Bélgica, 1º de Julio de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 1, 373).

3 Denegada, 4 de Diciembre de 1839 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,469).

instrumento con las formalidades y condiciones de la ley. Se resolvió que un arreglo de cuenta era una partición hecha por una madre entre sus tres hijos, omitiendo al cuarto; lo cual hacía la partición nula. (1) Por el contrario, instrumentos calificados como partición no constituyen la de ascendiente cuando el padre abandonó sus bienes á su hijo único y á los hijos de ese hijo (núm. 12). En suma, el juez del conocimiento resolverá conforme á las circunstancias del caso. (2)

28. El ascendiente que parte sus bienes entre sus hijos, puede, en el mismo instrumento, otorgar una liberalidad á cualquiera de ellos. Conforme al proyecto de Código Civil, el ascendiente no tenía ese derecho; se temía, sin duda, que el ascendiente se sirviera de la partición como de un pretexto para mejorar á uno de sus hijos, y que esa mejora llegara á convertirse en manantial de envidias y disensiones, siendo así que el objeto de la facultad de partir es mantener la concordia en las familias. Sin embargo, prevaleció la opinión contraria. Conforme á derecho, no se puede impedir al padre que mejore á uno de sus hijos, con tal que la mejora no exceda de la parte disponible; importando poco que lo haga en el documento de la partición ó en otro. El orador del Gobierno añade que habría sido injusto y hasta opuesto al fin que se proponían, prohibir al padre, que al tiempo de hacer la partición entre sus hijos podía disponer libremente de una parte de sus bienes, el ejercicio de esa facultad en la partición misma. "Puede, dice, evitar con eso desmembramientos, conservar para uno de sus hijos la habitación que seguirá siendo común, reparar las desigualdades naturales y accidentales. En una palabra, en el instrumento de partición es donde

1 Denegada, 20 de Junio de 1837 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,509, 1°).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 18 de Junio de 1867 (Daloz, 1867, 1, 275).

podrá el padre combinar de la mejor manera, al mismo tiempo que realizar la repartición más equitativa y adecuada para la felicidad de cada uno de sus hijos." (1) El art. 1,079 consagra implícitamente esta doctrina, al mismo tiempo que vela por los intereses de los otros hijos. Ya volveremos á este punto.

29. El ejercicio del derecho, que la ley reconoce al padre para otorgar liberalidades á uno de sus hijos en el mismo instrumento de partición, da lugar á una dificultad. Se pregunta qué será de la liberalidad si la partición es nula. Cuando la mejora resulta indirectamente de la composición de los lotes, es cierto que la nulidad de la partición producirá la de la liberalidad que se identifica con ella. Con todo, se ha sostenido que el instrumento, nulo como partición, podía ser válido como donación, siempre que reuniera las condiciones necesarias para valer á título de donación. La jurisprudencia ha rechazado esta interpretación, como opuesta á los principios más elementales. El ascendiente tiene dos derechos: el de partir sus bienes, y el de hacer liberalidades á sus hijos por acto entre vivos. En el caso ocurrido, se supone que quiso hacer partición, y resulta que ésta es nula; desde ese momento no puede el instrumento valer ya ni como partición ni como donación. Es nulo como partición, y lo que es nulo no puede producir efecto; tampoco puede valer como donación, porque el ascendiente no se propuso hacerla, y no hay donación sin voluntad de agraciar; mas el ascendiente quiso, no agraciar sino partir, y el juez no puede transformar una partición en donación; su misión se reduce á interpretar los instrumentos, no á hacerlos de nuevo. Es, pues, punto de intención, como lo resolvió el Tribu-

1 Bigot-Préameneu, Exposición de los Motivos, núm. 78 (Loaré, t. 5º, pág. 355). Grenier, t. 3º, pág. 220, núm. 399.

nal de Donai. (1) La Sala de Casación fué quizás muy lejos al resolver de una manera absoluta que el instrumento nulo como partición no puede valer como donación. (2) Es cierto que el disponente podría declarar, que si el instrumento que hizo era nulo como partición, quiere que valga como donación; pero esto no hay necesidad de declararlo expresamente, pues puede resultar de las cláusulas del instrumento y de las circunstancias del caso.

30. Cuando se hace la liberalidad por una cláusula distinta de partición y la partición es nula, hay que ver si, en la mente del ascendiente, la liberalidad y la partición son un solo instrumento que debe mantenerse ó anularse en su totalidad; en este último caso, la liberalidad caerá en la partición. Lo mismo sucedería con liberalidades que contuviera la partición en favor de otras personas, si se reconocía que esas liberalidades se ligan con la partición, de suerte que el ascendiente no las habría hecho si hubiese previsto que sería anulada la partición. Las diversas disposiciones del instrumento forman un todo indivisible, y todas quedan sin efecto cuando el instrumento es nulo. (3) Pero puede suceder que la liberalidad hecha á un hijo ó á otro pariente sea independiente de la partición; hay entonces dos disposiciones distintas, un instrumento de distribución que es nulo y una donación que es válida; si se hubiesen hecho en distintos instrumentos, no habría influido la nulidad de la partición en la donación; y lo propio debe acontecer si están comprendidas en un mismo instrumento. (4)

1 Donai, 10 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1855, 2, 170).

2 Ruan, 29 de Marzo de 1855, y denegada, 25 de Febrero de 1856 (Daloz, 1856, 2, 36, y 1856, 1, 113). Compárese con lo resuelto en Agén, 16 de Febrero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

3 Agén, 16 de Febrero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

4 Burdeos, 2 de Marzo de 1832 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,573). Denegada, 21 de Noviembre de 1833 (Daloz, *id.*: número 4,458, 3°). Besangón, 16 de Enero de 1846 (Daloz, 1847, 2, 127).

§ V.—CONDICIONES INTRÍNSECAS.

*ARTICULO 1.—De la partición considerada como instrumento de disposición.**Núm. 1. De la partición hecha por donación.**1. Principio.*

31. La partición ordinaria no es un instrumento de disposición, va presidida de la indivisión; es decir, que los coparticipes son propietarios de los bienes en el momento de partirlos; la propiedad de los bienes se les ha transmitido por la ley ó por la voluntad del hombre, según que la herencia es legítima ó testamentaria; la partición tiene sólo por objeto distribuir entre los herederos los bienes de que son ya propietarios. No sucede lo mismo con la partición del ascendiente hecha entre vivos. En el momento de partir el ascendiente sus bienes entre sus hijos, él es el propietario, y así la propiedad pasa de él á los hijos en virtud del instrumento que contiene la partición. En este sentido, la partición es translativa de propiedad. Es uno de los aspectos de la partición (núm. 3) y debemos detenernos desde luego en ese aspecto, porque para que los bienes puedan distribuirse entre los hijos á título de partición, es menester que los hijos sean los propietarios. Un solo y mismo instrumento les transmite la propiedad de los bienes y parte éstos entre ellos. Ese instrumento es una donación; la donación entre vivos es esencialmente translativa de propiedad (art. 711); como tal, está sujeta á condiciones y reglas especiales. Ahora bien, el art. 1,076 declara que la partición entre vivos está sujeta no sólo á formalidades, sino también á las "condiciones y reglas" prescriptas para las donaciones. (1) ¿Cuáles son esas "reglas y condiciones?"

1 Durantón, t. 9º, pág. 619; núm. 627.

32. La donación entre vivos es uno de los instrumentos por los cuales puede alguien disponer de sus bienes á título gratuito (art. 893). Así, lo gracioso es uno de los caracteres esenciales de la partición hecha por donación. Sin embargo, la ley admite que se haga ésta con carga, llamándose entonces onerosa. La partición de ascendiente puede también hacerse, pues, con cargas ó condiciones, y casi siempre va acompañada de ciertas estipulaciones ó reservas que hace el ascendiente en provecho propio y para asegurarse. Cuando abandona todos sus bienes á sus hijos, si no tiene otra cosa de qué vivir, estipula una pensión vitalicia ó se reserva el usufructo de los bienes donados; si tiene deudas, establece una cláusula, dejándolas á cargo de los hijos donatarios. (1) Estas cargas no impiden que sea gratuito el acto, bien entendido cuando, deducidas todas las cargas, queda alguna ventaja para los hijos. Pero si la carga excediera del valor de los bienes que abandona el ascendiente, no habría ya liberalidad, ni, por lo mismo, partición de ascendiente; ya no se aplicarían las condiciones y reglas peculiares á la partición, ora se la considerara como donación, ora como distribución de bienes; sería un acto á título oneroso, una venta ó una transacción que se regiría por los principios que establece el Código en el título "De las Obligaciones."

¿Cuándo es partición el acto que pasa entre el ascendiente y sus hijos, y cuándo es un contrato á título oneroso? Esta es cuestión de hecho que al juez resolverá conforme á las circunstancias de cada caso, las cuales varían de uno á otro, pudiendo ser que dos de ellos, al parecer idénticos, se consideren, el uno como contrato oneroso y el otro como partición.

1 En todas las particiones del ascendiente se ven éstas ó análogas cláusulas. Véase, por ejemplo, lo resuelto en Ruan, á 22 de Mayo de 1839 (Daloz, palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 3,829). Burdeos, 30 de Julio de 1849 (Daloz, 1850, 2, 37).

Ciertos padres hacen á sus hijos abandono de todos sus bienes, mediante una pensión vitalicia de 600 francos; los derechos y acciones cedidos, son valuados en 12,000 francos; en el mismo instrumento, las hijas copartícipes venden á sus hermanos su parte, conservando ellas lo que recibieron en matrimonio, y además la cantidad de 1,700 francos para cada una. Piden las hijas la rescisión de la partición por causa de lesión de más del cuarto; se habría admitido su acción, si se hubiese tratado de una verdadera partición; pero la Sala de Apelación declaró que la supuesta partición, en razón de la extensión de las cargas, era un contrato á título oneroso, contra el cual no es admisible ninguna acción de rescisión por causa de lesión; y la Sala de Casación confirmó el fallo. (1)

En el caso que sigue, se declaró que era partición el acto, que había pasado en instrumento privado entre la madre, tres de sus hijos ó hijas y los esposos de éstas, y en el cual la madre arreglaba con uno de sus yernos una cuenta que le debía. La madre consiente en la renta sucesiva de varios inmuebles á dos de sus hijas, solidariamente con sus esposos, estipulandó que el precio se pagaría á sus acreedores, y abandonando, por último, á los tres hijos á la vez, cantidades que quedaran libres después de pagadas las deudas, mediante una pensión vitalicia. El Tribunal resolvió que ese instrumento era una partición, nula como tal en cuanto á la forma, puesto que se había hecho en instrumento privado, y en cuanto á la substancia, puesto que no se había comprendido en ella á todos los hijos. (2) En ambos casos, la condición esencial era la misma: el servicio de una pensión vitalicia; pero el carácter oneroso ó gratuito del acto depende, naturalmente, del importe de la pensión;

1 Denegada, 23 de Marzo de 1820 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,508).

2 Denegada, 20 de Junio de 1837 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,509, 1°).

cuestión de hecho que importa una solución distinta en los dos casos.

Está por demás decir que la calificación dada al instrumento por las partes contratantes, no liga al juez. Una transacción, un acto calificado de venta ó arrendamiento, se han considerado como particiones de ascendiente. (1) A veces tienen interés las partes en desfigurar la naturaleza del instrumento, á fin de substraerle á la nulidad ó á la rescisión; toca á los tribunales descubrir ese fraude contra la ley, restableciendo la verdad. Su resolución no siempre es suprema, aunque la dicten como jueces de hecho. Cuando los hechos, tal como se hicieren constar, se aprecian mal y resulta de ahí una falsa calificación del instrumento, la Sala de Casación casa y anula la resolución. El Tribunal de Colmar había visto una partición de ascendiente en la cláusula de un contrato de matrimonio, por la cual la madre del futuro esposo cedía una herencia tanto á su hijo como á la futura esposa, mediante determinado precio que los cesionarios se obligaban solidariamente á pagar á la herencia de la cedente; los demás hijos habían intervenido en el acto para prestar su consentimiento. Para que hubiese partición de ascendiente, dijo la Sala de Casación, sería menester que hubiese partición únicamente entre los capaces de heredar, y sólo entre ellos; mas la cesión se había hecho á la futura, no capaz de heredar, y no había ninguna aplicación de parte en favor de los hijos, que aunque se habían hallado presentes al acto, no habían llevado ninguna por no haber estado en posesión de parte alguna del inmueble ni de su precio. (2)

33. La partición entre vivos está sujeta á las condiciones prescriptas para las donaciones (art. 1,076). Una de

1 Agén, 6 de Julio de 1824. Denegada, 14 de Noviembre de 1816 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núms. 4,510, 1º y 4,659).

2 Casación, 22 de Mayo de 1838 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,474, 4º).

las primeras concierne á la capacidad de disponer á título gratuito. ¿El que es capaz de dar puede hacer la partición de sus bienes por medio de mandatario? El Código prevee el caso de que el donatario acepte por procuración; el artículo 933 exige un mandato auténtico y especial. En el título "De las Donaciones" nada se dice del mandato de dar, pero el Código admite el que tiene por objeto enajenar (art. 1,988), y quiere que sea expreso. Esto resuelve la dificultad en cuanto á la partición. El ascendiente puede conferir mandato para partir sus bienes, con tal que sea auténtico y especial: auténtico, porque la partición es un instrumento solemne, lo cual implica la necesidad de consentir en formalidades solemnes; y especial, porque la partición entre vivos es una enajenación.

Se ha objetado que el derecho de partir es una de las atribuciones del poder paterno, el cual, dicen, no puede ser delegado. Es cierto que la partición de ascendiente es de orden público, puesto que tiene por objeto conservar la paz en las familias, pero no se puede decir que sea atribución de la potestad paterna, puesto que el ascendiente sin patria potestad puede hacer la partición de sus bienes entre sus descendientes. Por otra parte, dar mandato para partir, no es abdicar el derecho que la ley concede al ascendiente, sino ejercerle. En el caso, el padre había dado á su mandatario facultad para formar la masa, valuar los bienes y aplicar á cada hijo su lote; ese mandato era el ejercicio del derecho que pertenece al padre; las funciones del mandatario ya no consistian más que en ejecutar la voluntad del donante. (1)

34. Cuando un incapaz quiere hacer partición, hay que aplicar las reglas del Código. Casi no se trata más que de la mujer casada, porque los menores y los sujetos á inter-

1 Tolosa, 10 de Marzo de 1843 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,503). Genty, pág. 126.

dicción no pueden disponer á título gratuito, y, por tanto, son incapaces de hacer una partición, y el tutor que los representa no tiene personalidad para otorgar liberalidades. La mujer casada puede dar con autorización de su marido, aplicándose entonces los principios relativos á la autorización, la cual es tácita cuando el marido concurre al acto. Se resolvió ya, en consecuencia, que cuando dos esposos hacen en un mismo acto partición de sus bienes, la mujer está suficientemente autorizada, puesto que el marido es parte en el acto (art. 217). (1)

35. Conforme al art. 894, el donante debe despojarse "actualmente" de la cosa donada. Está declarado, aplicando este principio, que es nula la partición cuando el ascendiente no se desposesiona en favor de los hijos á quienes distribuye sus bienes. (2)

La obligación de desposesionarse en el momento mismo de hacerse la donación, no impide que el donante no se reserve el goce de los bienes donados; el art. 949 lo dice. Esta reserva es una cláusula usual de la partición de ascendiente. Consíguese el fin de la partición con que cada uno de los hijos reciba su lote, sin que sea necesario que inmediatamente goce de él. Si el ascendiente donante no se reservara el usufructo de sus bienes, sus hijos le deberían alimentos, ya como hijos, ya como donatarios; pero más conviene á la dignidad del padre que goce de un derecho real en las cosas donadas, derecho que le asegura una independencia absoluta con respecto á sus hijos, salvo empero las obligaciones á que está sujeto el usufructuario. Siempre resultará que es mejor la condición de usufructuario que la de acreedor alimenticio. Mas para la exis-

1 Donai, 3 de Agosto de 1846 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,502).

2 Nancy, 22 de Enero de 1838 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,511).

tencia del usufructo, es menester que expresamente le reserve el ascendiente; si ninguna reserva hace, pasa por completo la propiedad plena á los hijos inmediata é irrevocablemente. Sin embargo, se ha enseñado que hay reserva tácita en el caso de que el padre ceda todos sus bienes á sus hijos, porque no se puede suponer que quiera quedar el padre á merced de sus hijos. (1) Es casi inútil discutir esta opinión de Durantón, cuyo error es evidente. El padre que abandona todos sus bienes á sus hijos, no piensa en hacer reserva alguna, pues el abandono mismo está diciendo que confía, quizás demasiado, en la gratitud de sus hijos. Y aun cuando tuviese la idea de reservarse el goce, no bastaría esto para constituir un usufructo; ¿concíbese un derecho real establecido sin el concurso del consentimiento? Y no hay consentimiento sino cuando se expresa ó con hechos ó con palabras.

La reserva del usufructo da lugar á una cuestión muy controvertida. Se pregunta si se puede estipular el usufructo en una partición hecha simultáneamente por el padre y la madre en favor del que sobreviva de ellos. Volveremos á este punto cuando tratemos de las donaciones hechas durante el matrimonio; el art. 1,097 es el lugar de esta materia.

36. Hay otra cláusula de frecuente uso en las particiones de ascendientes que se practican entre vivos: el padre estipula que no podrán los hijos enajenar los bienes donados, viviendo él, ó bien que no podrán disponer de ellos sin su consentimiento. Ordinariamente, el fin de esta cláusula es asegurar el servicio de la renta ó pensión que el padre estipula; reserva inútil, si hay alguna hipoteca para asegurar el crédito. Puede también el padre tener la mente de

1 Durantón, t. 9º, pág. 620, núm. 627. En sentido contrario, Genly, pág. 167.

asegurar la restitución de los bienes donados, en el caso de que los hijos donatarios muriesen sin posteridad; y se pregunta si es válida esa cláusula. En otro lugar hemos examinado el punto. Está resuelto que en nada contradice la cláusula al orden público, cuando el padre estipula que no se podrán enajenar los bienes sino con su consentimiento. Esto no es dejar los bienes fuera del comercio, puesto que se puede enajenar. (1) Suponiéndolas válidas, esas cláusulas son en todo caso de estricta interpretación; si no impiden el ejercicio del derecho de propiedad de una manera absoluta, cuando menos le ponen trabas. (2)

37. Del principio de que el donante debe desposeionarse actualmente de los bienes donados, se sigue que la donación entre vivos no puede abrazar más que los bienes presentes del donante; el art. 943, que consagra esta consecuencia, añade que si abraza bienes futuros, será nula la donación bajo este respecto. La misma disposición contiene el art. 1,078, expresando que las particiones hechas por acto entre vivos no podrán referirse más que á bienes presentes; pero no dice que la partición será válida en cuanto á los presentes en el caso de que recaiga sobre presentes y futuros. De aquí se ha inferido que la partición es totalmente nula si el ascendiente distribuyó sus bienes presentes y los futuros. ¿No es asaz absoluta la conclusión? El art. 1,078 aplica el 943, no le deroga; y aunque tal aplicación es ciertamente inútil, hay muchas disposiciones tan inútiles como esa, en el Código, lo cual no es razón para hacerle decir lo que la ley no quiso decir. No podría admitirse la derogación sino cuando resultara de la naturaleza de la partición; hay autores que dicen que la partición es indivisible y que, por lo mismo, no puede subsistir

1 Angérs, 29 de Junio de 1842 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,512). Véase el tomo 11 de estos *Principios*, pag. 581, número 453.

2 Angérs, 13 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853, 2, 204).

uno de los lotes si no subsiste el otro. Indudablemente, si se han formado los lotes de modo que sea imposible dividirlos, forzosamente vendrá abajo la partición, como resultado de hallarse mezclados bienes presentes con futuros. Pero también puede no suceder esto cuando á cada hijo se le haya fijado su parte en bienes presentes, de suerte que sea completa la partición respecto de ellos. ¿Qué importa que, en ese caso, haya también lotes de bienes futuros? La nulidad de esos lotes no entrañará la de los de bienes presentes. (1)

38. Toda cláusula concerniente á bienes futuros incluida en una donación-partición, es nula. El Tribunal de Grenoble aplicó este principio en el siguiente caso. El padre, al partir sus bienes, se reservaba el mobiliario, añadiendo que éste, lo mismo que todos los demás bienes que dejara al morir, se dividirían por partes iguales entre sus cuatro hijos. Después, dispuso de esos bienes en testamento, legándolos en los límites de su parte disponible. Pretendíase que no podía legar unos bienes de que ya había dispuesto. El Tribunal de Grenoble declaró que el padre no había podido disponer, por donación-participación, de los bienes que dejara á su fallecimiento; en efecto, eso equivalía á dar bienes futuros, lo cual no se puede hacer en una donación entre vivos (art. 943); la ley no permite ese modo de disponer más que en la institución convencional, para favorecer al matrimonio. Siendo nula la cláusula, quedaba con libertad el padre para disponer de los bienes no comprendidos en la partición. (2)

39. El ascendiente no puede partir más que sus bienes presentes. ¿Puede hacer de ellos una partición parcial? En el antiguo derecho, la dimisión debía comprender todos

1 En sentido contrario, Genty, pág. 132. Compárese, en el sentido de nuestra opinión, á Dalloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,519.

2 Grenoble, 12 de Febrero de 1859 (Dalloz, 1860, 1, 169).

los bienes del ascendiente. Esto era muy lógico, por más que se diga; la partición entre vivos implica la apertura ficticia de la herencia, lo mismo que la partición testamentaria la apertura real de la misma. Ahora bien, la herencia comprende todos los bienes del difunto; y así, es menester que la herencia anticipada los comprenda todos. Es, por otra parte, decían, el único medio eficaz de prevenir toda discusión entre los hijos; si quedan bienes que partir, también queda abierta la puerta á las malas pasiones. Esta última condición no es justa; ninguna dificultad hay para partir el dinero y los valores muebles; tan cierto es esto, que la misma ley divide los créditos. La dificultad no existe sino para los inmuebles. Era necesario, pues, dar al ascendiente la facultad de partir los bienes que por su naturaleza ó por razón de las circunstancias pueden suscitar discusiones. Véase por qué los autores del Código no reprodujeron la regla del antiguo derecho; quedando entonces comprendido el caso en el derecho común que rige las donaciones; el ascendiente puede hacer una partición parcial, como puede hacer una donación parcial. Conforme al art. 1,077, si no todos los bienes que deja el ascendiente al morir están comprendidos en la partición, los no comprendidos se partirán conforme á la ley. (1)

40. La irrevocabilidad es también un carácter esencial de las donaciones entre vivos; en consecuencia, la partición entre vivos es irrevocable. De aquí que los arts. 944 y 946, que consagran consecuencias de la irrevocabilidad, se aplican á las particiones entre vivos. Más adelante veremos si las excepciones á la regla de la irrevocabilidad se aplican también á la partición de ascendiente; esto concierne á los efectos de la partición.

II. Cuáles bienes puede comprender la partición entre vivos.

41. Debiendo el donante transportar actual é irrevocablemente

1 Genty, pág. 131. Demolombe, t. 23, pág. 67, núm. 69.

blemente la propiedad de las cosas donadas, síguese que el ascendiente no puede partir más que los bienes que están en su dominio en el momento de la partición. Es la consecuencia evidente, ó, mejor dicho, otra fórmula de la regla en virtud de la cual no puede el ascendiente partir sus bienes presentes. La aplicación no carece de dificultad. Un instrumento, calificado de partición de ascendiente, después de aplicar á uno de los hijos un inmueble, da á los demás una cantidad equivalente que se ha de tomar de la sucesión del ascendiente, quien se obliga sólo á pagar intereses. La Sala de Casación resolvió que aquel instrumento no era partición. Esta resolución está conforme con los principios que hemos enseñado al tratar de las donaciones. (1) El instrumento, dice bien el Tribunal, no transmite á los hijos la propiedad efectiva de las cantidades que se les donaron; constituye en su favor un simple crédito que por sí mismo excluye la idea de la existencia actual de dichas cantidades en la fortuna del donante; el pago de ese crédito está á merced de todas las eventualidades de lo por venir. ¿Hay en ello donación de un objeto que se halla en el dominio del donante y pasa al del donatario? El Tribunal concluye que no es una partición, pero admite que el instrumento es válido como donación por vía de anticipo de herencia. (2) Esto no nos parece lógico. Si el instrumento es válido como donación, lo es también como partición, y si es nulo como partición debe serlo también como donación, puesto que la partición-donación y la donación son un solo y mismo hecho jurídico.

42. No basta que los bienes se hallan en el dominio del ascendiente, es menester además que se puedan enajenar, puesto que la partición-donación es una enajenación. De

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, pág. 581, núms. 423 y siguientes.

2 Denegada, 10 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 163).

aquí que la mujer casada bajo el régimen dotal no puede partir entre vivos sus inmuebles dotales, porque esos inmuebles no se pueden enajenar durante el matrimonio por la mujer, ni aun á título oneroso (art. 1,554); con mayor razón no los puede enajenar á título gratuito, partiéndolos entre sus hijos. Esta aplicación de los principios es de una evidencia tal, que no se alcanza cómo puede haberse discutido en forma. Sin embargo, en casación fué combatida, en virtud de esas nuevas teorías que diariamente inventan en materia de partición de ascendiente. Por esta razón, sin duda, el magistrado informante, M. d'Ubexi, se tomó el trabajo de refutar el sistema del recurso hasta en el detalle de sus objeciones. Vamos á oírle; es un jurisconsulto consumado, y fácil es para él aniquilar las doctrinas imaginarias que no tienen apoyo ni en los textos ni en los principios.

Pretendíase que la mujer casada bajo el régimen dotal conserva, á pesar de no ser enajenables sus bienes dotales, el derecho absoluto de partirlos entre sus hijos, por acto entre vivos. Procediendo como jurisconsulto el consejero informante, pregunta dónde está la ley que, por excepción al art. 1,554, permite que la mujer parta por donación, es decir, que enajene bienes que la ley declara no susceptibles de enajenación. El recurrente responde que esta excepción se halla en la generalidad de los términos del artículo 1,075, que autoriza á todos los ascendientes y, por lo mismo, también á la mujer dotal, para que distribuyan sus bienes entre sus descendientes. Es uno de aquellos argumentos de los que se dice que nada prueban, porque prueban demasiado; como que, en efecto, así se daría al padre en interdicción la facultad de partir sus bienes entre sus hijos, no negando más el art. 1,075 esa facultad al sujeto á interdicción que á la mujer dotal. Hay una respuesta más directa que dar á la argumentación del recurrente,

y la da el mismo informante, diciendo que hay principios generales de derecho que conciernen á los incapaces; la ley no necesita reproducirlos en todas las disposiciones en que se aplican; una vez formulados, se aplican de derecho á todos los casos que pueden ocurrir. Uno de esos principios elementales exige que esté en el comercio algún objeto para que se pueda enajenar; mas los bienes dotales están fuera del comercio todo el tiempo que dura el matrimonio, y así no los puede enajenar la mujer, ni por partición ni de cualquiera otra manera, porque la partición anticipada hecha por el ascendiente es un acto de enajenación.

Aquí viene la nueva teoría de la partición-donación. Niegan que la partición anticipada sea una enajenación, por lo menos enajenación ordinaria que cae bajo la prohibición, del art. 1,554. Dicen que los hijos entre quienes se practica son, en cierto modo, como propietarios de los bienes que, como efecto de la partición, se les aplican; no haciendo respecto de ellos el ascendiente más que anticipar el momento en que pueden tomar posesión de los mismos. Verémos más adelante en qué sentido se puede y debe admitir una copropiedad ficticia entre los hijos copartícipes. El recurso interpuesto querría hacer de una ficción una realidad, objetando contra la partición anticipada el carácter de enajenación. Esto es negar la evidencia, dice M. d'Ubexi. En efecto, esa partición supone, ante todo, una donación, sin la cual los hijos entre quienes se hace, no tendrían ningún derecho á los bienes que en ella se les aplican. Son en tan insignificante materia propietarios los hijos de lo que poseen los padres, en vida de éstos, que la ley llega hasta á negarles toda acción para hacer que los doten los mismos padres (art. 204), quienes conservan, mientras viven, la libre disposición de sus bienes; y si no pueden disponer de ellos á título gratuito sino con ciertos límites,

la ley no les coarta para nada su derecho de enajenarlos á título oneroso. Ese derecho no pertenece, por cierto, á la mujer dotal, pero conserva el de disponer por acto de última voluntad, y basta que pueda reducir á los hijos á la reserva que les asegura la ley, para demostrar lo que tiene de erróneo una teoría que, para quitar á la partición anticipada el carácter de enajenación, pretende que esa partición produce, como único resultado, fijar y determinar la parte de cada uno de los hijos en la proporción común. El texto del art. 1,076 dice todo lo contrario, sometiendo esa partición á las formalidades, reglas y condiciones de las donaciones entre vivos. Ahora bien, la donación es una enajenación más perjudicial para la mujer, puesto que ésta se despoja sin recibir equivalente, ¿Cómo, pues, escaparía á la prohibición de enajenar que afecta á la mujer dotal?

La inenajenabilidad del dote, continúa el recurso, se creó sobre todo para bien de los hijos á quienes garantiza la transmisión de los bienes de la madre; de donde se concluye que la partición de ascendiente no afecta para nada á ese principio, puesto que el objeto que aquélla tiene y el efecto que produce es causar inmediatamente esa transmisión. Esta teoría del dote es tan falsa como la de la partición; al declarar como inenajenables los bienes dotales, la ley no entiende resguardar únicamente el interés de los hijos, sino que antes se preocupa del de la madre cuya existencia asegura, poniéndola en la imposibilidad de enajenar; es la única garantía real que tiene la mujer contra unos compromisos á los cuales cede casi fatalmente en los otros regímenes, y cuya consecuencia es, por lo común, su ruina. Desde este punto de vista, la partición en que la mujer se despoja actual é irrevocablemente de todo lo que posee, para dejar la posesión á sus hijos, va directamente contra el fin que la ley se ha propuesto al proclamar la inenaje-

nabilidad del dote, y está, por lo mismo, comprendida en la prohibición general que declara el art. 1,554.

Esa prohibición tiene sus excepciones; el art. 1,556 autoriza á la mujer dotal para que disponga de sus bienes para "establecer" á sus hijos. El recurso quiso prevalerse de esta disposición para legitimar la partición de los bienes que la madre dotal practica entre sus hijos. Indudablemente, si la madre estuviese en el caso de dotarlos á todos ellos, podría distribuirles sus bienes por una partición anticipada que al mismo tiempo fuera un establecimiento. Decimos á "todos" los hijos, porque la dotación de uno de ellos no sería motivo para partir los bienes entre los que no fueran dotados. También es cierto que la madre podría "establecer" á sus hijos de otra manera que no sea el matrimonio; como lo dice el art. 204; tal sería un establecimiento comercial ó industrial que tuviese el propio objeto que el dote, de asegurar á los hijos una vida independiente. (1) El recurso iba más allá, alterando la excepción, como alteraba la regla. En el caso, los hijos eran casados y estaban dotados; la partición, se decía, aumentaba con una nueva liberalidad su bienestar, y en este sentido servía para su establecimiento. El informante responde que esta interpretación de la excepción tiende nada menos que á transformarla en regla. Si fuese verdad que una madre dispone para establecer á sus hijos cada vez que con una liberalidad aumenta el bienestar de los mismos y les asegura una vida independiente más larga y fácil, el derecho de dárles sus bienes dotales sería ilimitado y sin restricción, puesto que toda donación enriquece al donatario y aumenta su bienestar, sea cual fuere su situación pecuniaria. ¿Es necesario añadir que contra tan extraña teoría protestan la letra y el espíritu de la ley? El art. 1,556 permite la ena-

1 Demolombe, t. 23, pág. 69, núm. 63. Genty, pág. 133.

donación de bienes dotales por excepción, cuando es necesaria para el cumplimiento de un deber ó el pago de una deuda natural. Estas excepciones, como tales, deben ser estrictas y no latas. Con ese espíritu los tribunales legitimarían la donación que hiciera la madre á sus hijos para un verdadero establecimiento, y también, por consiguiente, la partición de sus bienes que practicara en vida entre los mismos. La Sala de Casación consagró estos principios. (1)

43. ¿Puede el ascendiente comprender en la partición los bienes que dió con anterioridad á uno de sus hijos? Si se los dió con dispensa de dar cuenta, ni siquiera puede proponerse la cuestión. El donatario ha llegado á ser propietario irrevocable de los bienes; si la herencia del donante se abriese, no debería presentar la cuenta, ni, por consiguiente, debe tampoco informar acerca de la herencia anticipada que el ascendiente abre ficticiamente al hacerse la partición de sus bienes entre sus hijos. No pudiendo volver ya esos bienes á la herencia del donante, quedan, por lo mismo, excluidos de toda partición. ¿Qué deberá resolverse en el caso de que se haga la donación sin dispensa de cuenta? Los bienes donados salen igualmente del patrimonio del donante, ya no le pertenecen y no puede partir él más que los bienes que le son propios. En vano es decir que esos bienes son restituibles; de que los bienes sujetos á cuenta deban restituirse no se puede inferir que sean revocables las donaciones á voluntad del donante cuando quiere hacer una partición anticipada de sus bienes. La Sala de Casación dice, ciertamente, que la donación á título de anticipo de herencia es revocable; (2) es un error en que incurrió la Sala; no hay donación que sea revocable por el donante, puesto que la irrevocabili-

1 Denegada, 18 de Abril de 1864 (Daloz, 1864, 1, 209). En el mismo sentido, Agén, 16 de Febrero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 196).

2 Denegada, 9 de Julio de 1840 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,552).

dad es de esencia en las donaciones entre vivos. La donación es restituible, pero únicamente al morir el donante y si el donatario acepta la herencia del mismo, porque renunciándola está exento de dar cuentas. No puede, pues, comprender el donante en la partición, contra la voluntad del donatario, los bienes por él donados. Esto no es dudoso. Pero si el donatario acepta la partición, ¿no consiente por ese hecho en la cuenta, y no depende de él renunciar el derecho que tiene de conservar los bienes donados hasta la muerte del donante? Es la opinión general, (1) con la cual todavía nos queda duda. Dicese que los hijos donatarios pueden disponer de esos objetos como á bien lo tengan; luego pueden consentir en una partición en la cual entren los objetos que recibieron. Está por demás decir que el propietario puede disponer de lo que le pertenece; pero aquí no se trata de un simple acto de disposición, sino de una relación que el donatario hace en vida del donante, lo cual implica la aceptación de su herencia; ¿y no es eso un convenio celebrado acerca de una herencia futura? Pues bien, todo convenio por el estilo está afectado de nulidad (art. 1,130). El único medio de conciliar la cuenta de los bienes donados en vida del donante con el principio que prohíbe los pactos hereditarios, está en decir que la partición anticipada autorizada por la ley implica una herencia anticipada y, por consiguiente, un convenio acerca de una herencia que no está abierta sino que la ley permite al ascendiente que la abra de una manera ficticia. Consecuencia de tal ficción es que los bienes donados por vía de anticipo de herencia deben restituirse á la herencia del ascendiente donante. Autorizando la partición anticipada, la ley autoriza implícitamente la cuenta anticipada. Si hay, pues, pacto sucesorio, es en virtud de la ley.

1 Genty, págs. 135 y siguientes. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 215, y nota 17.

44. ¿Puede el ascendiente comprender en la partición los bienes que le dió á uno de sus hijos por institución convencional? Esta cuestión ha dado lugar á opiniones las más opuestas. Se han quejado, y no sin razón, de la anarquía que reina en la materia de la partición de ascendiente. (1) ¿No sería culpa tanto de los intérpretes como del legislador? ¿Qué es una institución convencional? La institución de un heredero por contrato de matrimonio. Esta institución es irrevocable; el donante no puede revocarla ni directa ni indirectamente mediante estipulaciones á título gratuito; y lo es la partición entre vivos; quiere decir, que el donante no tiene derecho de dar á título de partición los bienes que dió por institución convencional. Preténdese que puede hacerlo con consentimiento del heredero convencional. A la objeción de que un consentimiento tal había de ser un pacto sucesorio, se responde que el heredero convencional tiene más que un derecho eventual á la sucesión, tiene un derecho condicional y que para nada le impide que disponga; puede, pues, consentir en que el derecho indiviso que tiene en la herencia se transforme en derecho sobre determinados bienes. (2) Nos parece que el raciocinio es débil. El instituido no tiene derecho á los bienes que se le han dado por contrato de matrimonio sino cuando acepta la institución; ¿y puede aceptar una herencia que todavía no se abre? ¿y aceptar una herencia en vida del instituyente, no es celebrar un pacto sucesorio? ¿Se dirá que es menester aplicar á la institución convencional lo que acabamos de decir del anticipo de herencia? Abierta ésta de una manera ficticia, ¿no puede aceptarla y disponer de ella el donatario? Respondemos que pues se trata de una ficción, es necesario restringirla dentro de los límites de la ley, por ser toda ficción de estricta interpre-

1 Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2º, pág. 2.

2 Genty, *Partición de ascendiente*, pág. 134.

tación. Permitiendo al ascendiente que parta en vida sus bienes, la ley autoriza implícitamente la relación de los donados como anticipo de herencia, porque no hay partición sin relación. Cosa distinta es comprender en la partición bienes que el ascendiente dió ya á un heredero convencional; lejos de que haya necesidad de incluirlos en la masa, hay un obstáculo legal para hacerlo, cual es el derecho adquirido del donatario en virtud de un contrato, y la prohibición de los pactos sucesorios.

Se hacen objeciones que verdaderamente no son de peso. El derecho que resulta de la institución convencional, dicen, es una especie de "reserva convencional," y desde ese momento el heredero convencional no puede tener un derecho más robusto que el reservatario. Mas la reserva no es obstáculo para la partición, y así la institución convencional no puede privar al ascendiente de la facultad de partir los bienes comprendidos en la institución. ¿Puede presumirse que el donante, al disponer de una parte de sus bienes futuros, se haya propuesto conceder al donatario un derecho más robusto que el de reserva de sus hijos? M. Demolombe concluye que es menester colocar al heredero convencional en la misma línea que al hijo reservatario, es decir, que tendrá la porción de bienes que se le dió por contrato de matrimonio, como el hijo tendrá la que se le aseguró por la ley. (1) Véase la más completa confusión; ¿habrá para asombrarse de tanta anarquía que reina? Confúndese un derecho convencional, que el donante aseguró al donatario, que no puede ya quitarle, un derecho adquirido para el instituido, con otro que el hijo recibe de la ley. Por lo demás, aquí no hay cuestión. Se trata de saber si todavía puede el instituyente disponer de lo que por institución convencional, y la cuestión está resuelta en el Código nega-

1 Demolombe, t. 23, pág. 79, núm. 78. Compárese á Réquier, página 220, núms. 121 y siguientes.

tivamente: la institución convencional es irrevocable, dice el art. 1,083, en el sentido de que ya no puede disponer á título gratuito el donante, de los objetos comprendidos en la donación, á no ser por cantidades módicas, á título de recompensa ó de otro modo. ¿Se concibe, esto supuesto, que el donante pueda disponer á título gratuito, con el nombre de partición, de aquello de que la ley no le prohíbe disponer á título gratuito? Si los intérpretes viesan la ley con mayor respeto, se ahorrarían muchas controversias y no presentaría nuestra ciencia el espectáculo de anarquía que deploran los autores.

45. La jurisprudencia ha variado en este punto. Se ha resuelto que el padre que dió por contrato de matrimonio la cuarta parte de todos sus bienes presentes á su hijo, para mejorarle, no puede modificar esas disposiciones haciendo una partición testamentaria. (1) Este fallo, que se cita como si hubiera zanjado la dificultad, se refiere más bien á una que hemos examinado antes (núm. 43). La verdadera dificultad se presentó en un caso resuelto por el Tribunal de Caen. Un padre dió al mayor de sus hijos, para mejorarle, el cuarto de los bienes que dejara á su fallecimiento, y en seguida hizo la partición de sus bienes por testamento, arreglando el lote de su hijo mayor en consideración al carácter de donatario que tenía de la parte disponible, reunido con el de heredero reservatario. Este pidió la nulidad de la partición, por ser atentatoria á sus derechos. Los demás hijos le tenían que no podían impugnar la partición sino por causa de lesión de más del cuarto. El Tribunal declaró que el hijo menor reunía en sí dos calidades, la primera de ellas de heredero convencional; los derechos que tenía como tal los había adquirido en virtud de un contrato y debían separarse de los que tenía como

1 Denegada, 12 de Abril de 1831 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,456).

reservatario; por lo cual, podía comenzar por recibir el cuarto de los bienes para recibir después su parte como hijo. De allí que sus hermanos estaban en un error sosteniendo que la lesión de más del cuarto debía recaer en la totalidad de los bienes que estaba llamado á recibir. Pero también, por su parte, estaba en un error el hijo mayor pretendiendo que bastaba cualquiera lesión que sufriera en parte con los bienes reservados para poder pedir la nulidad; bajo este concepto, estaba comprendido en el derecho común del art. 1,079, y lo único que podía exigir era que se respetaran sus derechos de heredero convencional. (1)

La Sala de Casación se muestra más favorable al ascendiente, permitiéndole que después de hacer una institución convencional, parta todos sus bienes entre sus hijos; sin embargo, añade la Sala una restricción que aproxima su resolución á la opinión que hemos sostenido, y es que el instituido no debe ser perjudicado con la partición, cosa que sucedería si ésta no le diese los bienes á que tiene derecho como heredero convencional, además de su parte hereditaria, aunque el déficit no se elevara al cuarto; basta que el perjuicio que sufra sea de alguna importancia, en el cual caso tendrá, no la acción de nulidad sino la de indemnización. En este sentido es como por lo general resuelven los autores la dificultad. M. Demolombe objeta que es dar al heredero convencional un derecho más robusto que al reservatario. De antemano hemos respondido á la objeción. (2) A nuestro juicio, la jurisprudencia,

1 Caen, 21 de Marzo de 1838 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4 601).

2 Denegada, 26 de Marzo de 1845 (Daloz, 1846, 1, 374). Es menester hacer notar que, en el caso, había, además de la institución convencional, una promesa de igualdad. Demolombe, t. 23, págs. 79 y siguientes, núm. 78. Un fallo reciente de casación establece como principio que el art. 1,083, que prohíbe al donante disponer á título gratuito de los objetos comprendidos en la donación, no le quita el derecho completamente distinto de hacer después una partición de ascendiente. Esto equivale á sentar como principio lo que se trata de

aun explicada así, se concilia difícilmente con el artículo 1,083; preferimos atenernos al texto y mantener intactos los derechos que el heredero convencional tiene en virtud de su institución.

46. La misma cuestión ocurre cuando el padre hace una promesa de igualdad en el contrato de matrimonio de uno de sus hijos. Se admite que la cláusula en que el padre promete instituir á sus hijos por partes iguales, ó dejarle á cada uno su parte hereditaria entera, es válida; volveremos á este punto al tratar de la institución convencional.

¿Qué efecto producirá esa promesa? Aquí vuelve á aparecer la anarquía. El padre, dice el uno, renuncia con ello á disponer de la porción disponible, ya en provecho de un extraño, ya en el de un hijo; pero puede partir sus bienes entre sus hijos, á pesar de la promesa de igualdad, y la partición no podrá impugnarse sino por causa de lesión de más del cuarto; de suerte que la igualdad prometida no impediría al padre que mejorara á uno de sus hijos, con tal que la mejora no llegara al cuarto. (1) Esto es contra la letra del Código y los principios. La ley exige la lesión de más del cuarto cuando no hay convenio entre las partes; pero la promesa de igualar es un convenio que obliga al padre. Esto es lo que reconocen otros autores, dando acción al hijo lesionado desde que experimenta un perjuicio algo notable. (2) Esto es muy vago y necesariamente conduce á la arbitrariedad. M. Demolombe interpreta la promesa en el sentido de que el ascendiente se obligue

probar. Añade la Sala, que el ejercicio de ese derecho está subordinado á la condición de que el ascendiente no atente para nada con la partición á la institución convencional. En el caso ocurrido, el ascendiente había mejorado la condición del instituido. Denegada, 7 de Abril de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 421).

1 Durantón, t. 9º, pág. 648, núm. 655. Compárese con Aucelet sobre Grenier, t. 3º, pág. 207, nota.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 238 y notas 22.-25.

simplemente á no mejorar á ninguno de sus hijos. (1) Por último, Troplong dice que el padre debe respetar la promesa de igualar que hubiere hecho, no pudiendo destruir por una partición ulterior promesas que han servido de base para el establecimiento de un hijo. (2) ¿No sería más exacto decir que aquí se trata de interpretar la intención? La ley no define la promesa de igualar, como define la institución convencional; el juez conserva, pues, la facultad que tiene de fijar el sentido de la convención, que es lo que hace al inquirir la intención de las partes contratantes. Si el ascendiente se limitó á hacer aquella promesa sin excepción alguna, es menester interpretarla como Troplong: el buen sentido aconseja que una promesa de igualar excluye toda desigualdad.

47. La jurisprudencia es cierta como lo es la doctrina. Se lee en un fallo de casación, que la promesa referida no puede entenderse de una igualdad matemática. Sin duda, porque la apreciación del valor de las cosas no tiene el rigor de las ciencias exactas. Pero no es así como lo entendió la Sala, al establecer como principio que el padre que hizo tal promesa se obliga solamente á no mejorar á ninguno de sus herederos. (3) A nuestro juicio, esto es muy absoluto, porque no se puede decir *a priori* cuál es la intención de los contratantes.

El Tribunal de Limoges está más en lo cierto, cuando resuelve en términos bastante vagos que la promesa de igualar excluye toda disposición que de una manera notable afecte á la promesa de igualar. (4)

1 Compárese á Réquier, *De las particiones de ascendiente*, pág. 233, núm. 133.

2 Troplong, t. 2º, pág. 311, núm. 2,314.

3 Denegada de la Sala Civil, 15 de Marzo de 1827 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,457).

4 Limoges, 29 de Febrero de 1832 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,456, 2º).

La Sala de Casación, separándose de su primitiva jurisprudencia, fijó la interpretación más rigurosa, que cuando menos se conforma con el tenor literal de la cláusula, y declaró que la promesa de igualar hecha por el padre en una institución convencional en favor de sus hijos, le impide agraciarse después á unos con perjuicio de otros, sin quitarle empero el derecho, completamente distinto, de hacer entre ellos una partición de ascendiente, con tal que cumpla escrupulosamente su promesa de igualar. (1) Las interpretaciones literales no tienen más que un inconveniente: debe admitírselas, pero con la reserva de que la letra puede no estar de acuerdo con la intención de las partes.

La interpretación literal y rigurosa es la que tiende á predominar en la jurisprudencia. Un fallo reciente de Dijón dice que el ascendiente debe sostener la igualdad prometida. En el caso de que se trataba, los hijos mejorados ofrecían completar el lote del que se creía perjudicado, ya con numerario, ya en especie, lo cual subsanaba el vicio de desigualdad. (2)

No conocemos más que un fallo que establezca el principio tal como lo hemos formulado. El Tribunal de Bruselas dice que no determinando la ley los efectos de la promesa de igualar, se remite, por lo mismo, á la prudencia judicial que debe extenderlos ó restringirlos, conforme lo permitan los términos usados por el ascendiente, y siempre de acuerdo con la voluntad presunta de las partes. Tratábase de saber si el padre que había prometido igualar á sus hijos podía todavía disponer en favor de extraños. El Tribunal resolvió que el padre no se había privado de esa facultad, que es de derecho natural; y que no reputándose que alguien renuncia un derecho que le conce-

1 Denegada, 26 de Marzo de 1845 (Daloz, 1846, 1, 374).

2 Dijón, 13 de Julio de 1870 (Daloz, 1872, 1, 94).

de la ley, hay que concluir que sólo puede admitirse la renuncia cuando sea expresa. (1)

III. De la partición de la sociedad.

48. Es por demás decir que los padres pueden reunir sus bienes en una masa para hacer conjuntamente la partición entre sus hijos. Esto es lo que ordinariamente se llama una partición conjuntiva, porque contiene la distribución de dos masas de bienes confundidas. Decimos que esto es de derecho, cuando los padres dividen lo que les pertenece. Sin embargo, hay una razón para dudar. Los hijos son reservatarios y tienen derecho á su reserva en especie, quiere decir, que tienen derecho de reclamar su parte en inmuebles si inmuebles posee su padre. Para poner la partición á cubierto de cualquier ataque, harán bien los padres con reunir los lotes de manera que no resulte lesionado el derecho de reserva. Volverémos á ocuparnos en este punto.

Hay todavía una restricción que hacer tocante á la forma de la partición; los padres no pueden hacerla en un mismo testamento, puesto que la ley prohíbe los testamentos conjuntivos. Si, pues, los padres quieren distribuir los bienes por un solo y mismo acto, deben hacer una partición entre vivos. (2)

49 ¿Pueden los padres comprender en esa partición los bienes de su sociedad? Se sabe que el marido no puede disponer á título gratuito de los inmuebles de la sociedad, ni de todos los muebles ó de una parte de ellos, como no sea para establecer á los hijos comunes. No podría, pues, hacer por sí solo la partición de los bienes de la sociedad entre sus hijos, puesto que partir es dar. Pero cuando la mujer concurre á la partición, la cuestión cambia de as-

1 Bruselas, 23 de Noviembre de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 243).

2 Demolombe, t. 23, pág. 81, núms. 80 y 81.

pecto. Los dos cónyuges, como asociados, son copropietarios, y cuando los copropietarios están de acuerdo pueden disponer de sus bienes como les parezca. De aquí se concluye, conforme á la opinión más general, que ambos cónyuges pueden conjuntamente disponer á título gratuito, de la sociedad, siguiéndose de ello que pueden incluirla en la partición que hagan de sus bienes. No admitimos el principio. En el título "Del Contrato de Matrimonio" estableceremos que la mujer excluida de la administración de la sociedad no tiene ya derecho de concurrir á los actos que practique para validarlos, ni tampoco el de oponerse á ellos; que sobre todo no le tiene de validar las donaciones por su concurrencia, porque ese derecho facultaría indirectamente al marido para disolver la sociedad y despojar á la mujer asociada. La consecuencia es indiscutible: partir entre vivos, es dar; por consiguiente, los cónyuges no pueden partir los bienes de la sociedad. (1)

Se objeta que la mujer es copropietaria, y se reivindica para ella el derecho que á todo copropietario, de disponer de todos los bienes que le pertenecen. Creemos que Dumoulin estaba más en lo cierto al decir de la mujer común: la mujer no es asociada, propiamente hablando, pero puede llegar á serlo. En efecto, no llega á tal sino cuando acepta la sociedad, porque si la renuncia, se reputa que nunca estuvo asociada. No es tal, ciertamente, la condición de un socio ordinario. Es muy cierto que la ley tiene en cuenta el derecho de la mujer, puesto que le prohíbe al marido que disponga á título gratuito de los bienes de la sociedad. Pero esa prohibición, cuyo objeto es garantizar los derechos de la mujer, prueba precisamente que la mujer no puede validar, concurriendo, las enajenaciones á título gratuito que hiciere el marido. Esa facultad, que im-

1 Compárese á Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2º, página 135, núms. 179-182.

prudentermente se reclama para la mujer, daría por resultado su propio despojo, como lo diremos en el título "Del Contrato de Matrimonio." (1)

Todo lo que se podría decir, sería que la partición de ascendiente es un acto favorable; si despoja á los padres, enriquece á los hijos. El legislador habría podido tener en cuenta la diferencia que hay entre la partición y la donación, para autorizar á los cónyuges á partir los bienes de la sociedad; pero no lo hizo, y subsiste el dominio del derecho común. Ahora bien, ese derecho común no es, como se cree, el de dos copropietarios libres para disponer de sus derechos; el marido es dueño y señor de la sociedad, mientras que la mujer no tiene ningún derecho de sociedad mientras dura el régimen, sino que es dependiente, y hay que defenderla del abuso que pudiera hacer de esa dependencia el marido. (2)

50. Es cierto que el marido solo, no puede partir entre sus hijos los bienes de la sociedad. Ni lo puede por lo que hace á ésta, puesto que el art. 1,422 le prohíbe que disponga entre vivos á título gratuito de los inmuebles y de la totalidad ó de una parte alícuota del mobiliario. Tampoco puede disponer de su parte en la sociedad, porque no la tiene mientras dura ésta; la partición sólo se hace al disolverse la misma, si la mujer acepta; y la disolución no tiene lugar sino al morir uno de los cónyuges, ó bien por el divorcio, por la separación en cuanto al lecho ó por la de bienes.

Con mayor razón no puede la mujer partir la sociedad entre sus hijos, ni distribuirles su parte en los bienes comunes; ¿cómo había de tener carácter para hacer una do-

1 En sentido contrario, Genty, pág. 162. Demolombe, t. 23, página 84, núm. 83. Poitiers, 10 de Junio de 1851 (Daloz, 1853, 2, 11; Amiéns, 9 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1849, 2, 69). París, 23 de Junio de 1849 (Daloz, 1850, 2, 10).

2 En sentido contrario, Réquier, pág. 249, núm. 134.

nación? ¿Se dirá que puede disponer de su parte? Respondemos que no sólo no sabe cuál es esa parte, pero ni siquiera si tendrá alguna vez alguna; esto depende del partido que tome en la disolución de la sociedad. Si renuncia, se estima que nunca tuvo derecho á los bienes de la sociedad misma. (1)

51. Todos están de acuerdo en este punto. Se ha tratado de escapar al rigor de esa conclusión, haciendo una partición provisional de la sociedad, después de la cual, el marido ó cada uno de los cónyuges parte sus bienes, incluso los comunes que se le aplicaron en esa partición ficticia. Hay fallos que han autorizado ese procedimiento; pero, sin vacilar, decimos que es un error. ¿Puede haber partición de la sociedad mientras dura ésta? Es una imposibilidad jurídica, un verdadero absurdo. ¿Se partiría la comunidad, y á pesar de esa pretendida partición, había de subsistir aquélla!... Esto había de ser, pues, ficción; ¿y corresponde al intérprete establecer ficciones?

El Tribunal de Burges admitió la validez de esa partición por muy malos motivos, invocando el texto que permite á los padres partir "sus bienes" entre sus hijos; mas los bienes de la sociedad son bienes de los cónyuges. Y aunque es cierto que no están divididos, para esto se hace una partición provisional que sirva de base á la de ascendiente. En el caso, esa partición era testamentaria; de suerte que no se trataba de disponer actualmente de los bienes comunes, y permanecían intactos los derechos del marido y sin alterar los de la mujer. Esto, dice el Tribunal, era sencillamente una partición provisional, como las particiones entre herederos menores. Sobre este último punto, el Tribunal se engaña sin duda alguna; la partición entre menores de que habla, es la partición provisional; es una parti-

1 Aubry y Rau, t. 6^o; pág. 224 y notas 13 y 14.

ción de goce de los bienes de la sociedad; y pueden los cónyuges hacer una partición de goce de los bienes de la sociedad? Esto es una herejía jurídica. El fallo del Tribunal de Burges fué casado, como debía serlo. La Sala de Casación dijo muy bien que los casados bajo el régimen de sociedad conyugal no pueden, antes de disolverse la misma, hacer la distribución de los bienes que la constituyen; porque esto sería atentar á la inmutabilidad del pacto matrimonial y á los derechos que cada cónyuge debe conservar en su integridad; no pueden hacer más una partición provisional que una definitiva. La nulidad de la partición de la sociedad entrañaba la de la partición de ascendiente á la cual servía de base. En vano se invocaba la aprobación dada á la partición por el cónyuge supérstite; no se concibe la confirmación, porque ésta se retrotrae; y se comprende que se considere válida la partición, en un momento en que subsiste la sociedad? Pues tampoco se concibe que sea válida la partición, una vez disuelta la sociedad, cuando ya murió uno de los copartícipes; y puede haber concurso de consentimiento entre un muerto y un vivo? (1)

52. Se resolvió que el padre supérstite puede hacer una masa común de sus bienes y de los de su mujer, muerta antes, para partirlo todo entre sus hijos. Teóricamente, no se concibe que el padre parta unos bienes de que no es propietario, y que, sin embargo, se estime que los da, puesto que se supone que la partición se hace entre vivos; el padre daría, pues, á los hijos, bienes que pertenezcan á éstos en calidad de herederos de su madre. El Tribunal de Mont-

1 Casación, 23 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 31), y en nota, Orleans, 5 de Junio de 1862 (Daloz, 1863, 2, 159). Compárese con lo resuelto en Donai, á 10 de Febrero de 1828 (Daloz, palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1,702). Burdeos, 8 de Agosto de 1851 (Daloz, 1851, 2, 143). En el mismo sentido, Genty, págs. 155 y siguientes, y de Folleville, pág. 368, núm. 1,170.

pellier dice que toda persona mayor y dueña de sus derechos es libre para consentir en cualquier convenio que no se oponga ni á la ley, ni al orden público, ni á las buenas costumbres. Sí, pero con una condición, y es la de que los convenios sean jurídicamente posibles. Y ¿de qué convenio se trata? De una partición de ascendiente hecha entre vivos; es decir, de una donación; ¿pueden los hijos consentir en que su padre dé bienes que no le pertenecen y que los dé á quienes son propietarios de los mismos? Esto no tiene sentido. El Tribunal dice que la partición anticipada consiste, por parte de los hijos, en que se remitan á la previsión y al afecto del ascendiente, que pondrá el cuidado necesario para repartir entre ellos, tanto los bienes maternos como los paternos; ¿es contraria esta convención á las leyes, al orden público ó á las buenas costumbres? (1) Nuestra respuesta está en el art. 1,075 que permite al padre partir "sus" bienes; la ley misma no habría podido permitirle que partiera bienes que no le pertenecieran, porque la ley no puede reconocer el derecho de disponer al que no es propietario. En el caso había una circunstancia muy desfavorable para el hijo que pedía la nulidad de la partición, y era la de que él la había provocado, él había propuesto referirse al ascendiente para la partición de los bienes maternos; había ejecutado la partición por espacio de nueve años; y estos hechos fueron sin duda los que determinaron al Tribunal.

La Sala de Casación consagró implícitamente los verdaderos principios en el siguiente caso. La partición litigiosa contenía dos partes distintas: primero, una donación hecha por la madre superviviente en los bienes indivisos entre ella y la herencia de su marido; después, la partición hecha por los hijos entre sí, tanto de la porción de la donación como de la que volvía á ellos como herederos del

1 Montpellier, 6 de Marzo de 1871 (Daloz, 1871, 2, 252).

padre. La Sala cuidó de hacer constar que de las cláusulas del instrumento resultaba que la madre no se había inmiscuido en la partición de los bienes del padre; lo cual implica que habría anulado la partición si se hubiese mezclado la madre en ella. (1)

Núm. 2. De la partición hecha por testamento.

53. ¿Qué es la partición testamentaria? ¿Es un acto de disposición como la partición entre vivos, de suerte que fuera testamentaria la herencia y que se llamara á ella á los hijos, no como herederos legítimos sino como legatarios? ¿O bien la partición por testamento no es más que simple distribución de la herencia legítima, de suerte que los hijos la reciben, no como legatarios sino como herederos? Hay sobre esta cuestión una doctrina acreditada que debemos examinar ante todo, puesto que domina toda la materia de la partición de ascendiente. Generalmente enseñan que la partición hecha por acto de última voluntad no es disposición de bienes; que no hay legado, sea universal sea á título universal ó á título particular; que los hijos entran á heredar, no como legatarios sino como herederos legítimos. A nuestro juicio es falsa esta teoría, como opuesta en forma al texto del Código, lo cual basta para condenarla, y no menos contrario que la letra, le es el espíritu de la ley.

La teoría que combatimos no puede negar que la partición testamentaria no sea un testamento; lo dice la ley (artículo 1,076); y en el sistema del código, ningún instrumento de última voluntad que contenga cualquiera disposición de bienes puede ser más que testamento. Mas el testa-

1 Denegada, 2 de Diciembre de 1862 (Daloz, 1863, 1, 228). Compárese con lo resuelto en Donai, 7 de Diciembre de 1871 (Daloz, 1873, 2, 212). En el mismo sentido, Demolombe, t. 23, pág. 92, número 89.

mento es esencialmente un acto de disposición, y la ley le coloca junto con la donación entre las maneras legales que sirven para adquirir y transmitir la propiedad (art. 711). Por tanto, la partición-testamento, lo mismo que la partición-donación, es un acto por el cual se transmiten los bienes del difunto á aquellos á quienes instituye sus herederos ó legatarios. ¿Por ventura el Código derogaría ese principio en el capítulo que trata de la partición de ascendiente? Lejos de derogarle, le confirma con una disposición muy explícita, diciendo que la partición de ascendiente puede hacerse por instrumento testamentario con las formalidades, "condiciones y reglas" prescriptas para los testamentos. Una de las primeras "reglas" es la que resulta de la naturaleza misma del testamento, tal como el Código lo define: es un acto por el cual el testador "dispone," para el tiempo en que ya no habrá de vivir, de "todo ó parte de sus bienes." No hay testamento sin una disposición de bienes; esto es elemental, se puede decir que es axioma. Si la partición testamentaria es un acto de disposición, siguese que los hijos entre quienes se hace reciben los bienes á título de herederos instituidos ó de legatarios, y no á título de herederos legítimos. La lógica del lenguaje y del pensamiento resulta lastimada por la teoría que creemos deber combatir. Hay un testamento, no se puede negar, ¡y no había de haber legatarios! Hay un testamento, ¡y los llamados á la herencia en virtud de él habían de ser herederos legítimos, quiere decir *ab intestato*! Una herencia *ab intestato*, diferida en virtud de un "testamento."

Para admitir ficción tan enorme, sería menester que la ley la consagrara en términos muy formales. Lejos de eso, el texto del Código la rechaza. Un solo y mismo artículo es el que somete á las reglas de las donaciones y de los testamentos la partición practicada por el ascendiente, se:

gún que lo hace por acto entre vivos ó de última voluntad; ni el art. 1,076, ni otro alguno, establece diferencia entre la partición por testamento y la partición por donación, en lo que mira al carácter dispositivo del instrumento: ambas formas implican una transmisión y una adquisición de bienes; lo dice el art. 711 y lo repite el 1,076 implícitamente. Sin embargo, conforme á la opinión contraria, se establece una diferencia fundamental entre la partición de ascendiente hecha por testamento y la hecha por donación; ésta última es un acto de disposición, la otra no es más que un acto de distribución. ¿Y qué se dice para justificar esa diferencia, de la cual no hablan nuestras leyes una palabra?

Se alega al derecho antiguo. (1) Lebrún dice, en efecto, que aunque el instrumento por el cual hizo el ascendiente la partición entre sus hijos, sea un instrumento testamentario, las costumbres no dejan de considerar, en ese caso, á los hijos como herederos *ab intestato* de las porciones que les legó el padre. El argumento sería decisivo si hubiese establecido como principio al antiguo derecho, como lo hace el Código Civil, que la partición de ascendiente no puede hacerse más que por donación ó testamento, con las formalidades, condiciones y reglas prescriptas para las donaciones entre vivos y para los testamentos. Pero esa disposición es nueva y deroga el derecho antiguo; (2) y sin embargo, la disposición del art. 1,076 es el lugar de la materia. Esto prueba que la tradición no tiene autoridad alguna en el debate. Es menester hacerle á un lado para atenernos al texto y al espíritu del Código Civil.

En este terreno la opinión general es de una debilidad

1 Genty, págs. 197 y siguientes. Demolombe, t. 23, pág. 101, número 97. Réquier, pág. 86, núm. 59.

2 Réquier, después de exponer el derecho antiguo, dice que nada se encuentra en él que se parezca a nuestra partición entre vivos de bienes presentes (pág. 51, núm. 27 bis.).

extrema. Todo lo que se dice para probar que el testamento es un simple acto de distribución de los bienes, se aplica literalmente á la donación; de suerte que sería menester concluir que también la donación, lo mismo que el testamento, llama á los hijos á la herencia en calidad de herederos, quienes nunca son ni donatarios ni legatarios. ¿No equivale esto á borrar el art. 1,076 del Código? El ascendiente, dicen, que parte sus bienes por testamento, no se propone destruir, ni siquiera modificar, el llamamiento general de sus hijos. ¿No sucede otro tanto con el ascendiente que parte sus bienes por donación? El ascendiente, continúan, hace lo mismo que sus hijos harían después que él, ya muerto. Sin duda, puesto que parte los bienes en lugar de los hijos. Pero, una vez más, ¿no es lo mismo cuando los parte entre vivos?

Mejor estaría decir que hay cierta semejanza entre la donación y el testamento. En el momento de que el padre da sus bienes á sus hijos, éstos nada tienen aún; el padre les hace, pues, una liberalidad, es decir, ejecuta un acto de disposición; mientras que la partición testamentaria no produce efecto más que á la muerte del ascendiente y, en ese momento, los hijos son llamados por la ley, entran en la propiedad y posesión de los bienes de su padre, quien, por lo mismo, nada les da, y así, no hay acto de disposición. Respondemos, y nuestra respuesta es concluyente, que cuando hay partición testamentaria, son llamados los hijos, no á los bienes indivisos del difunto, sino cada uno á un lote distinto; lo que prueba que no son herederos, pues éstos adquieren un derecho indiviso, y los hijos uno dividido; por lo mismo, no son herederos sino legatarios.

La teoría que combatimos absorbe el testamento en la partición, y lógicamente debería hacer otro tanto con la donación, lo cual viola el art. 1,076. La ley dice que al partición se hace por donación ó por testamento, y que se

deben observar no sólo las formalidades, sino también las "condiciones y reglas" de los testamentos. Esto equivale á decir que la partición es, al mismo tiempo, distribución de bienes y acto de disposición. No entendemos absorber la partición en la donación ó en el testamento. Hay dos elementos, y es menester distinguirlos. Por de pronto, consideramos la partición como acto de disposición; después veremos qué efecto produce con distribución. Este doble carácter de un mismo acto es manantial de grandes dificultades, que no quedan resueltas con mutilar el acto suprimiendo uno de sus elementos.

54. ¿Qué capacidad deben tener los hijos para heredar en virtud del testamento del ascendiente? Según nuestra opinión, son legatarios, y, por lo mismo, deben tener la capacidad que se requiere para recibir un legado; de modo que se les aplican los arts. 1,046 y 1,047. Pero, según la opinión general, los hijos suceden como herederos, y de ahí que deben ser capaces de heredar *ab intestato*, aplicándoseles, por tanto, el art. 727. M. Demolombe confiesa haber aceptado no sin vacilación, ó, mejor dicho, sin repugnancia, esta consecuencia que emana del principio por él mismo admitido, por obligarle á ello la fuerza de la lógica. (1) ¿No es éste el caso de decir que la lógica hace traición á las causas malas? ¡Cómo! soy llamado á recibir en virtud de un "testamento," y debo tener la capacidad del heredero *ab intestato*! Si el derecho dice que sí, el buen sentido dice, por cierto, que nó. ¿Quién ha puesto al derecho en conflicto con el buen sentido? La teoría de los intérpretes; porque la ley ignora esas contradicciones. La ley quiere que se apliquen á la partición testamentaria las reglas y condiciones de los testamentos, y así, también la regla relativa á la capacidad del legatario. Sólo de un autor que sea de nuestra opinión tenemos noticia, y es M.

1 Demolombe, t. 23, pág. 110, núm. 105.

Bertauld, pero su sistema no el nuestro. Según él, las disposiciones del Código concernientes á la partición de ascendiente, son la aplicación del derecho común, y ese mismo derecho hay que aplicar en cuanto á la capacidad. (1, Conforme á nuestra opinión, la partición es un derecho excepcional, y es menester atenerse al texto para determinar las condiciones del ejercicio de ese derecho; más el texto nos remite al capítulo "De los Testamentos," y esto es decisivo.

55. ¿Pueden los hijos repudiar la partición testamentaria y aceptar la herencia *ab intestato*? Según nuestra opinión, debe responderse afirmativamente, sin vacilar. Los hijos son legatarios; mas cuando se hace un legado á un heredero *ab intestato*, puede renunciarle y aceptar la sucesión legítima. Esto es de derecho común, y el art. 1,076 mantiene ese derecho para la partición testamentaria. Lo que es cierto para los herederos legítimos en general, lo es con mayor razón para los hijos, porque son herederos en reserva, y ésta es un derecho del que no pueden ser privados; tienen, pues, dos calidades y dos derechos, son legatarios y reservatarios; ¿por qué no hablan de poder renunciar uno de esos derechos para ejercitar el otro? No hay legatario necesario, como no hay heredero necesario; el derecho de repudiar el legado que se les hizo es indiscutible, y si le renuncian conservan su calidad de reservatarios que no han renunciado.

Objétase (2) que el testamento, en el caso, no es más que la sucesión legítima que llega á los hijos ya partida, y que, por lo mismo, no la pueden recibir de otro modo. Parecemos que la consecuencia va una vez más contra el prin-

1 Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2º, pág. 29, número 43.

2 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 457, núm. 243 bis 2º. Genty, págs. 199 y siguientes; Demolombe, t. 23, pág. 105, núm. 99.

cipio. Una herencia que llega á los hijos ya partida no es sucesión legítima, porque ésta llega, al contrario, no partida á los herederos; si, pues, lo está ya, no puede ser *ab intestato*, y, consiguientemente, es legítima; de aquí que los hijos, al renunciar, renuncian un legado, y no su reserva, que pueden reclamar á toda hora mientras no hayan renunciado la sucesión *ab intestato*; y es contradictorio en cuanto á los términos decir que el que rehusa un legado, es decir, un derecho testamentario, repudia por ende la reserva, es decir, la herencia *ab intestato*.

Insístese diciendo que si se permite á uno de los hijos renunciar, se hace ilusoria la facultad que la ley reconoce á los ascendientes. Es una facultad que les concede ella para mantener la paz y la armonía en la familia; y así, es menester admitir que el ejercicio que hacen de esa facultad obliga á los descendientes; de otro modo, no sería tal facultad. Nuestra respuesta está en el texto, que no habla de facultad ni de una partición que los ascendientes impongan con autoridad á sus hijos. El art. 1,075 dice que pueden hacer la distribución de sus bienes entre sus hijos. Véase, aparentemente, la facultad. Pero el art. 1,076 añade que el ejercicio de esa pretendida facultad está sujeto á las reglas y condiciones relativas á las donaciones y á los testamentos. Ahora bien, ¿no es la más elemental de esas reglas y condiciones, que el donatario debe consentir para que haya donación, y que se hace caduco el testamento cuando el legatario rehusa aceptar el legado? No se negará que los hijos pueden negarse á consentir una partición hecha por donación; sin embargo, es el ejercicio de la misma facultad que la ley concede á los ascendientes; el derecho es idéntico, ya se ejerza por acto entre vivos ó por acto de última voluntad. Si está permitido á los hijos negar su consentimiento á una partición entre vivos, ¿por qué no tendrían el derecho de repudiar una partición tes-

tamentaria? Esto es hacer ilusorio el derecho de partir, dicen. Respondemos que se forman una idea falsa de la partición de ascendiente, considerándola como acto de autoridad. ¿Cuál es el fin del ascendiente? Mantener la concordia entre sus hijos; ¿y es establecer la armonia entre ellos obligarlos á pasar por una partición que ellos no aceptan? ¿No es eso, más bien, sembrar la discordia y el rencor?

Confésase que si todos los hijos renuncian, cae la partición testamentaria. ¿Qué es entonces de la facultad del ascendiente? Si todos se ponen de acuerdo para repudiar la partición testamentaria, se hace ilusoria la facultad del ascendiente, lo mismo que si alguno de los hijos renuncia. Es más: no hay derecho de renunciar colectivamente, la renuncia es un acto individual; y así, para que sea válida la renuncia de todos, es necesario que cada uno tenga derecho de renunciar, y si cada uno tiene ese derecho, debe valer la renuncia que haga, independientemente del partido que sigan los demás. Por tanto, la renuncia de todos, que se admite, debe hacer admitir la renuncia individual de cada uno de los hijos.

56. Las consecuencias que se derivan de la operación general no son propias para reconciliarnos con el principio de donde se derivan. (1) Hay necesidad de admitir que la aceptación de la herencia implica la de la partición, puesto que ésta no es más que la herencia partida. Sin embargo, en el momento de abrirse la sucesión, pueden los hijos ignorar la existencia del testamento; y hélos aquí legatarios sin saberlo ni quererlo; habrán aceptado una partición sin saber que la hubo. ¿Y aceptar no supone la intención de ser heredero? ¿y se concibe una aceptación sin intención? A cada paso nos damos encuentro con las imposibilidades jurídicas. Véase aún una que es preciso to-

1 Genty, pág. 203.

lerar siguiendo la opinión general. La partición da un privilegio á los coparticipes; según el Código Civil, ese privilegio debe registrarse dentro de sesenta días contados desde la partición. En caso de partición testamentaria, se cuenta el término desde la apertura de la sucesión; por consiguiente, el término para el registro correrá desde ese momento, aun cuando los hijos ignoren que hay testamento; puede, pues, correr el término de sesenta días antes de que sepan los hijos que debían hacer el registro. Esto repugna al buen sentido; pero es lógico, dicen. Si; mas una doctrina que choca en ese punto con el buen sentido, parece muy sospechosa. Preferimos, en todo caso, el derecho tal como está consagrado por el texto de nuestro Código. No hay partición testamentaria sin la aceptación de los hijos, y desde esa aceptación es cuando tiene que correr el plazo.

57. ¿Qué bienes puede comprender la partición testamentaria? A diferencia de la entre vivos, la partición testamentaria recae en bienes que el testador deja á su fallecimiento. El derecho del ascendiente no puede ejercerse más que en los bienes que están en su dominio. Conforme al art. 1,021, es nulo el legado de cosa ajena; esta disposición se aplica á la partición testamentaria, puesto que está sujeta á las reglas de los testamentos. Una madre parte no sólo sus bienes, sino también los de su marido y los de sus hijos. Se quería revalidar la partición invocando el art. 900, es decir, no teniendo en consideración la partición, en tanto que distribuía bienes que eran del ascendiente.

El Tribunal de Angers resolvió que el art. 900 era inaplicable; en efecto, ese artículo supone que puede subsistir el instrumento después de borrar las cláusulas ilegales, mientras que la partición se hacía impracticable si se separaban los bienes de que había dispuesto la madre sin de-

recho. (1) Hay que añadir que el art. 900 no es aplicable sino cuando hay condiciones ó cargas propiamente dichas; no se le puede, pues, aplicar á una partición hecha sin condiciones, pero que recaiga en bienes que no se pueden incluir en ella.

58. Las cuestiones que hemos examinado al tratar de la partición entre vivos, se presentan asimismo en la testamentaria. Se pregunta si el ascendiente puede comprender en esa partición los bienes que dió, sin dispensa de cuenta, á uno de sus hijos. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en reconocerle aquel derecho. (2) Nosotros dudamos de ello; en todo caso, la resolución es muy absoluta. En teoría, habría que decir más bien, que el padre no puede partir los bienes que dió entre vivos, porque salieron definitivamente de su patrimonio; éste es legado de cosa ajena, y ese legado es nulo. Dicen que los bienes dados sin cláusula de mejora deben restituirse, y forman, por lo mismo, parte de la masa partible. Cuando se hace entre los hijos la partición, esto es evidentísimo; pero cuando la hace el padre, no le toca exigir la cuenta, porque no es heredero; y eso corresponde exclusivamente á los herederos. Es más: el padre no puede saber si el hijo donatario aceptará la herencia; el hijo puede tener interés en renunciar, y si renuncia, cesa la obligación de la cuenta. Concluimos de aquí que el padre no puede hacer la partición imponiendo la cuenta al hijo donatario, pues lo único que puede hacer es formar un proyecto de partición para el caso de que el hijo donatario aceptara, y otro proyecto para el de que renunciara. Habría, pues, un proyecto de partición que no sería definitivo sino mediante la aceptación del hijo donatario. Esto sería una nueva singularidad, porque el testa-

1 Angérs, 25 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 36).

2 Genty, pág. 135. Donogada, 9 de Julio de 1840 (Dalloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,552).

dor no propone, sino que ordena. Mas en el caso no puede ordenar, puesto que esto sería legar una cosa que no le pertenece. Después de todo, la partición de ascendiente es siempre un proyecto, en cuanto á que no se hace definitiva sino por la aceptación de los hijos. Con mayor razón no podría el ascendiente comprender en la partición los bienes de que dispuso por institución convencional. Es menester aplicar aquí lo que ya antes dijimos. El que hizo una institución convencional no puede disponer, á título gratuito, de los objetos comprendidos en la institución (artículo 1,083). Ahora bien, la partición de ascendiente es una disposición á título gratuitamente, puesto que es una disposición testamentaria (art. 895). Esto resuelve la cuestión. (1)

59. Aplicando el mismo principio, hay que resolver que uno de los esposos no puede comprender en la partición de sus bienes los que comprenden la sociedad, ni su parte en los sociales. (2) Hizolo así un testador después de hacer una partición provisional de la sociedad; incluyendo, decía, lo que tenía de irregular aquel procedimiento; pero expresando la convicción de que su mujer aceptaría el lote que le aplicaba, y consentiría en la entrega, en favor de sus herederos, de los lotes que les designaba, protestando que no había adoptado esa vía sino para evitar discusiones de interés entre su mujer y sus hijos. Aquella intención era excelente, ¿pero era también legal? El testador mismo confesaba que no lo era, y la Sala de Casación se vió obligada á anular lo hecho. Como ordinariamente acontece, un yerno fué el que reclamó contra la partición, y bastaba una reclamación, para hacerla venir abajo. Sin embargo, el Tribunal de Amiéns la sostuvo; pero en casa-

1 Genty, pág. 133.

2 La cuestión ha sido tratada con todos sus pormenores, por Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2º, pág. 147, núms. 198-205.

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

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

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

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

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

Núm. 1. La doctrina.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Réquier, pág. 273, núms. 141 y 142.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ción. ¿Acaso el acto al cual concurren los hijos es una simple donación? ¿y no figura en él cada hijo más que como aceptante de la porción de bienes que puso en su lote el ascendiente? Nó, es una partición, un pacto de familia que están llamados á aceptar ó á reprobár; por consiguiente, aprueban, no sólo su lote, sino todos los lotes.

SECCION II.—Efecto de la partición.

ARTICULO 1.—De la partición considerada como instrumento translativo de propiedad

§ 1.—DE LA PARTICIÓN HECHA POR DONACION.

71. Según el art. 1,076, la partición hecha por acto entre vivos se sujeta á las reglas de las donaciones. No dice la ley que la partición-donación tenga los "efectos" de donación entre vivos, en lo relativo á la translación de la propiedad, sino que al decir que la partición entre vivos se sujeta á las "reglas" de las donaciones, dice implícitamente que tal partición es una donación. Esto resulta, por otra parte, de la naturaleza misma del instrumento: nada debe el padre á sus hijos, les hace, pues, una liberalidad al distribuirles sus bienes; mas toda liberalidad entre vivos es donación, y toda donación es translativa de propiedad. Es menester, pues, aplicar á la partición entre vivos lo que el art. 894 dice de la donación: el ascendiente se despoja actual é irrevocablemente de los bienes que distribuye entre sus descendientes. Los hijos adquieren la propiedad de los bienes comprendidos en la partición, desde que se perfecciona la donación; pero para ser propietarios respecto de tercero, deben registrar el instrumento por lo que hace á los inmuebles. Volverémos á este punto en el título "De las Hipotecas."

72. Casi no tiene dificultad la aplicación del principio en cuanto á las relaciones de los contratantes y los terceros. Ciertamente es que, con respecto á éstos, la partición es donación, quiere decir, un acto translativo de propiedad.

Por tanto, respecto de ellos, los bienes partidos salen del patrimonio del donante desde que se perfecciona el contrato, si se trata de muebles, y desde el registro, si se trata de inmuebles. Los acreedores del ascendiente no pueden ya apoderarse de los bienes partidos, mientras que los de los hijos tienen sobre los bienes donados los mismos derechos que sobre los otros que están en el dominio de su deudor. Mientras no se haga el registro, pueden los acreedores del ascendiente apoderarse de los inmuebles; después del registro, no tienen más que la acción pauliana si se hizo la donación-partición en fraude de sus derechos. (1)

73. Si hubiese entre los bienes partidos algunos que no fuesen propiedad del ascendiente, ¿podría el hijo en cuyo lote se hubiesen incluido, prescribirlos por la usucapitación?

La resolución depende de saber si los hijos son sucesores universales ó á título particular; como universales, no podrían comenzar una nueva prescripción, mientras que sí pueden comenzar á prescribir en virtud de un título particular. Hay un motivo para dudar; los hijos son á la vez donatarios y copartícipes; y este último título supone la calidad de sucesor universal, en tanto que la donación es título particular. ¿Cuál de los dos elementos de la partición prevalece con respecto de tercero? La donación constituye indiscutiblemente un título justo, puesto que

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 460, núm. 243 bis, 6º, y todos los autores.

los hijos habrían llegado á ser propietarios si lo hubiese sido el ascendiente. Esto resuelve la dificultad. (1)

La jurisprudencia está dividida. En Orleáns se resolvió que pues las donaciones contienen distribución de bienes, son esencialmente particiones; así las califica el Código, aplicándoles todas las reglas de la partición. De ahí concluyó el Tribunal que no se pueden considerar como actos de pura liberalidad, sino que más bien son la distribución anticipada de la herencia del padre de familia; los hijos reciben por anticipación bienes que debían volver á ellos conforme á la naturaleza y á la ley. Por consiguiente, el hijo continúa la posesión del padre, no como donatario, sino como sucesor universal. (2) El Tribunal de Burges dió en el mismo asunto un fallo en sentido inverso. ¿Puede haber un sucesor universal en virtud de un instrumento que esencialmente es un título particular? Pues bien, tal es la donación de bienes presentes que el padre hace á sus hijos; la cual recae en determinados bienes, y no en todos ellos. (3) Esto es decisivo. Lo que engañó al Tribunal de Orleáns, fué que la partición de ascendiente tiene un carácter mixto; es un acto translativo de propiedad, y también una distribución de bienes; hay que aplicar, ya los principios de las donaciones, ya los de la partición. La dificultad está en distinguir cuándo se debe considerar como partición y cuándo como donación. En nuestro caso, casi no es dudosa la cuestión; una donación de bienes presentes nunca forma un título universal.

74. Entre el ascendiente y los hijos, el acto es una liberalidad y, por consiguiente, una donación que transmite los bienes á los donatarios como cualquiera otra; y esa transmisión es actual é irrevocable. Sin embargo, lo mismo que

1 Genty, pág. 269; Demolombe, t. 23, pág. 138, núm. 136; Réquier, pág. 136, núm. 90.

2 Orleáns, 12 de Julio de 1860 (Dalloz, 1870, 2, 151).

3 Burges, 25 de Enero de 1856 (Dalloz, 1859, 1, 305).

la donación, la partición entre vivos puede revocarse por inejecución de las cargas, por ingratitud y por superveniencia de hijos. Esta última no revoca la partición en virtud del art. 960, puesto que el ascendiente que parte sus bienes tiene necesariamente hijos; pero no estando comprendido en la partición el hijo que sobreviene, es aplicable el art. 1,078 y debe aclararse la nulidad de la partición. Que el padre puede revocarla por uno de los hechos de ingratitud legal previstos por el art. 955, no cabe duda: aquí el derecho está de acuerdo con la moral para castigar al hijo ingrato que niega los alimentos al autor de sus días, después que éste se desprendió en favor suyo de todos sus bienes, y con mayor razón al que se atrevió á poner su mano criminal en su padre, ó que se hace culpable respecto de él por sevicia, delitos ó injurias graves. El no cumplirse con las condiciones da lugar á la acción resolutoria en los contratos á título oneroso; la ley la admite con el nombre de reservación en las donaciones entre vivo. Pero es de doctrina y de jurisprudencia que la partición no está sujeta á la acción resolutoria. Hay, pues, que distinguir el caso en que el instrumento es partición, del en que es donación. Más adelante veremos que entre los hijos la donación que hace de sus bienes el ascendiente es una partición. En las relaciones del ascendiente y de sus hijos, el instrumento es donación; el ascendiente no les da sus bienes sino con ciertas condiciones, tales como el pago de una pensión vitalicia, ó de una alimenticia; y si los hijos no cumplen con esas condiciones, justo es que tenga derecho el ascendiente para pedir la resolución del contrato. En este sentido están la doctrina (1) y la jurisprudencia.

El Tribunal de Limoges distingue muy bien los diferen-

1 Genty, págs. 228 y siguientes. Aubry y Rau, t. 6º, págs. 216 y siguientes.

tes elementos que se hallan en la partición de ascendiente; es tal, pero sólo entre los hijos; por parte del padre, hay liberalidad entre vivos, por lo mismo, donación y consiguientemente se aplica el art. 953. En el caso, el padre había estipulado una pensión vitalicia, debiendo además el hijo á quien había donado sus bienes, pagar las deudas del donante y las rentas á los otros hijos; pero no cumplió con los compromisos que contrajo, y era el caso de declarar resuelta la partición. (1)

El padre y la madre hacen partición de sus bienes por acto entre vivos, sin distinguir los bienes paternos de los maternos, con la condición de que se pague al cónyuge que sobreviva una pensión de más de la mitad; el hijo no paga la pensión; ¿puede el supérstite pedir la revocación de la donación en cuanto al todo? El Tribunal de Burdeos declaró la afirmativa, sin más motivo que el de la confusión de bienes. (2) Tal resolución nos parece muy dudosa. La revocación es una resolución, y el efecto de ésta es volver las cosas al mismo estado, como si no hubiese habido partición. Ahora bien, el superstite no dió más que los bienes que le pertenecían; por consiguiente, no podía pedir más que una cosa, que se le volviese á poner en posesión de sus bienes; en ese sentido, le volvería á poner en el estado en que se hallaba antes de contratar. ¿Con qué derecho pediría la resolución por lo que hacía á los bienes donados por el cónyuge difunto? Esos bienes no le pertenecen, y él no es causahabiente del donante.

75. ¿Están obligados por las deudas los hijos? Se discute el punto; pero, á nuestro juicio, no es dudoso. Ya en otro lugar examinamos la cuestión de principio. (3) Los

1 Limoges, 21 de Junio de 1836 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,578).

2 Burdeos, 5 de Junio de 1850 (Daloz, 1852, 2, 132).

3 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 501 y siguientes, números 355-362).

donatarios de bienes presentes no son más que sucesores á título particular, aun cuando exprese la donación que el donante da todos sus bienes ó una parte de ellos. Mas los sucesores á título particular nunca están sujetos á las deudas. Para que así no fuese, respecto de los hijos á quienes distribuye el padre sus bienes, sería menester que la partición volviera su título universal. Esto se quiere, pero de ese modo se cofunde el elemento de la partición con el translativo de propiedad que se mezclan en la partición de ascendiente. Entre los hijos hay partición; entre el ascendiente y ellos, hay donación. ¿Tomaría ésta un carácter de universalidad por constituir una partición entre los hijos? El padre no puede dar entre vivos más que sus bienes presentes, como lo dice el art. 1,076; luego la donación comprende necesariamente bienes determinados. Es decir, que la partición entre vivos no podría ser un título universal. Siendo los hijos donatarios particulares, son, por lo mismo, sucesores á título particular y, como tales, no pueden estar obligados por las deudas.

Tal es la opinión general de los autores. (1) Comienza la discordancia cuando se trata de aplicar el principio. Conforme á los términos del art. 945, el donante puede estar encargado de pagar las deudas existentes en el momento de la donación, ó de las cuales se haya hecho mención en el instrumento. ¿Puede convenirse tácitamente en esa carga? Generalmente es difícil negarlo, puesto que los compromisos pueden ser tácitos. Pero un consentimiento tácito no puede ser consentimiento presunto. Nos remitimos á lo dicho ya en el capítulo "De las Donaciones." (2) Se quiere que la partición de ascendiente implique la carga de pagar las deudas del donante. Réquier, que enérgica-

1 Genty, págs. 235-237; Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 230, nota 6. De Molombe, t. 23, pág. 130, núm. 128.

2 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, pag. 566, núm. 412.

mente lo sostiene, invoca el principio: *Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Si el ascendiente tiene 100,000 francos de bienes y 10,000 de deudas, en realidad sólo tiene 90,000 francos, y no puede dar lo que tiene, á menos que se suponga que quiere defraudar á sus acreedores. Por su parte, el donatario no puede tener la intención de recibir los bienes sin la carga de las deudas, porque ¿con qué pagará las suyas el ascendiente si no le queda nada? La equidad y el derecho están acordes; es justo que los hijos que reciben todos los bienes del padre estén obligados con las deudas, como lo están cuando le heredan. La partición entre vivos es una herencia anticipada; de que los hijos gocen más bien de los bienes paternos ¿se ha de concluir que tienen obligaciones menos extensas? Herederos desde en vida del padre, deben estar obligados á las cargas que incumben á todo heredero. (1)

La equidad es evidente; pero ella no engendra obligaciones. No es exacto que los hijos sean herederos; con respecto á los terceros y al ascendiente, son donatarios y, por tanto, sucesores á título particular; no pueden, pues, quedar obligados á las deudas sino á virtud de estipulación. Ninguna acción tienen los acreedores contra ellos, por no ser sucesores universales. Lo más que se puede conceder, es que en virtud de un convenio tácito los hijos están obligados á soportar las deudas con respecto al padre.

76. Fuerza es que digamos que la jurisprudencia está dividida y es muy defectuosa. Si tanto insistimos en las sentencias, si las discutimos, no es por el placer de criticar; reconocemos de grado que la jurisprudencia nos ha enseñado mucho, es una de las fuentes más fecundas de nuestra ciencia, pero en la práctica se le supone una autoridad exagerada; en hablando la Sala de Casación, tal

1 Réquier, págs. 173 y siguientes. Troplong, t. 2º, pág. 310, número 2,310.

parece que da á su fallo un poder infalible. Visto de cerca, desvanécese el prestigio. ¡Cuántos fallos que ó no están motivados, ó lo están muy mal! De ese número es el que citaremos. (1) La Sala pone en una misma línea la partición testamentaria y la partición entre vivos. Es cierto que los legatarios universales ó á título universal están obligados á las deudas; por eso los hijos donatarios deben estarlo también, porque el legislador no se propuso tratar de distinta manera á los acreedores, según que el donante adopte un camino ú otro para disponer. El argumento es de extremada debilidad; los legatarios están obligados á las cargas, por ser sucesores universales; los donatarios de bienes presentes no lo están, por ser sucesores á título particular. No se puede admitir, continúa la Sala, que, contra toda justicia y equidad, el legislador haya dado á los ascendientes facultad de engañar á sus acreedores, eligiendo para disponer de sus bienes la vía de una donación entre vivos. Nó, por cierto; el legislador no se propone favorecer el fraude y la mala fe; pero la Sala olvida el artículo 1,167, que da á los acreedores el medio de desvirtuar el fraude pidiendo la nulidad de las particiones hechas para defraudarlos.

Si el ascendiente encarga á sus hijos, á quienes distribuye sus bienes, que paguen sus deudas, se aplican el art. 945 y las cláusulas del instrumento. En este punto hay, igualmente, sentencias que estamos obligados á combatir. ¿Es cierto, como lo dice el Tribunal de Nimes, que los hijos estén obligados "personalmente" con los acreedores? Sólo el deudor y sus sucesores universales son los obligados personalmente; si los hijos donatarios lo están á pagar las deudas, es en virtud de una cláusula de la donación; mas

1 Denegada, 19 de Febrero de 1824 y 12 de Agosto de 1840 (Daloz, núm. 4,571, 1º, 4º). En sentido contrario, Douai, 12 de Febrero de 1840 (Daloz, núm. 1,718, 2º).

los contratos no producen efecto sino entre los contratantes: ningún otro derecho dan á los terceros, y, por consiguiente, los hijos están obligados con el donante, no con los acreedores, quienes no tienen contra ellos otra acción que la indirecta del art. 1,186. Esto es elemental. El Tribunal de Nîmes añade que los hijos están obligados también á soportar cada uno su parte en las deudas, con tal que sean ellas de fecha cierta antes de la partición, en virtud de la máxima de que no hay bienes sino deducidas las deudas. La máxima se aplica á los sucesores universales, nunca á los sucesores á título particular. También esto es elemental. Debíó haberse demostrado, pues, que los hijos son sucesores á título universal, y siempre estamos esperando esa prueba; ¿cómo habían de ser sucesores á título universal, donatarios de bienes presentes, es decir, á título particular?

El Tribunal de Burdeos aplicó los principios exactamente, resolviendo que si hay un convenio especial que obligue á los hijos á pagar ciertas deudas, no se los puede obligar á pagar otras. En efecto, los hijos no son sucesores de la persona de su padre, ni le representan, sino causahabientes á título particular; por lo mismo, no pueden quedar obligados á las deudas más que á virtud de un convenio tácito. Mas, en el caso, las partes habían expresado su voluntad, y así no se podía tratar de voluntad tácita, sino que había que atenderse á las cláusulas del documento. (1)

77. Si uno de los hijos llega á morir antes que el ascendiente, ¿qué sucede con los bienes que se le donaron? Hay que distinguir. Si el que muere deja descendientes, se resuelve la cuestión por el art. 1,078, conforme al cual la partición es nula si no se ha hecho entre todos los hijos que existan en la época del fallecimiento y los descendientes de aquéllos ya difuntos. Más adelante examinaremos este

1 Burdeos, 18 de Enero de 1858 (Daloz, 1859, 2, 182).

punto. Si el hijo que muere no deja descendientes, los bienes que le dió su padre en la partición pasarán á sus herederos con el resto de su patrimonio. Entre esos herederos se halla el ascendiente mismo, que á título de tal y como donante, sucede en los bienes por él donados si se hallan en especie en su herencia (art. 747). (1) Si no puede el ascendiente ejercer lo que se llama derecho de restitución, los herederos recibirán los bienes donados. Es la consecuencia lógica del principio de la partición entre vivos. El hijo es donatario y, por lo mismo propietario irrevocable; en consecuencia, los bienes donados forman parte de su patrimonio y pasan, con éste, á sus herederos. Podría objetarse que la donación equivale entre los hijos á una partición; y cuando uno de los herederos muere antes que el donante, su parte acrece á sus coherederos; mejor dicho, nunca tuvo parte, sino que los herederos que sobreviven reciben toda la herencia, por ser los únicos herederos. ¿No debe pasar otro tanto con la sucesión ficticia que se abre por la partición que el ascendiente hace de sus bienes? Nó, porque el hijo que muere antes no puede considerarse como heredero, precisamente por morir antes que el padre; y sería absurdo decir que el hijo hereda al padre cuando éste le sobrevive. En tal caso, el padre es quien hereda al hijo, y así es imposible que el hijo herede al padre. Y si no es heredero el hijo, no tiene parte que pueda acrecer á sus coherederos. ¿Se dirá que tuvo una como heredero presunto y que, llegando á faltar la calidad de heredero presunto, debe caducar la parte que recibió? El legislador habría podido admitir ese sistema, y hubiera sido el más lógico; pero el intérprete no puede hacerlo. En efecto, hay una donación, y, por lo mismo una transmisión irrevocable de los bienes donados, y jamás caduca una donación por

1 Véase el tomo 9º de estos *Principios*, pág. 265, núm. 183.

fallecer el donatario, aun cuando se le haya hecho como anticipación de herencia. Lo mismo debe suceder con la donación-partición, porque como donación es anticipo de herencia. (1)

El Tribunal de Montpellier dió un fallo en este mismo sentido, resolviendo, con apoyo del art. 1,076, que la partición entre vivos participa de la donación en que el ascendiente se desprende actual é irrevocablemente de los bienes partidos, para dejarlos en seguida é irrevocablemente á sus descendientes, que se hacen propietarios incommutables. El art. 1,077 confirma este principio, disponiendo que si no se comprendieron en la partición todos los bienes que había de dejar el ascendiente al morir, los no comprendidos se dividirán conforme á la ley; de donde resulta que, según la mente del legislador, los bienes partidos por el ascendiente lo están de una manera irrevocable y no forman parte de la herencia, puesto que no quedan por dividir sino los que dejaron de incluirse en la partición. La consecuencia es evidente; los bienes distribuidos á cada uno de sus hijos entran á su dominio, y si muere el hijo, pasan á sus herederos. En este caso predomina el elemento de donación sobre el de partición. Si nos atuviésemos exclusivamente á la idea de partición, tendríamos que decir que no puede haberla donde no hay heredero; de lo cual se seguiría que el donatario no tiene derecho á los bienes que se le donaron si no es haciéndose heredero, es decir, sobreviviendo al donante. Pero raciocinar así es ofuscar la idea de donación. Finalmente, dice el Tribunal, no se puede decir que la partición sea nula cuando uno de los hijos comprendidos en ella muere antes sin dejar descendientes. La ley determina las causas que hay para ata-

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 458, núm. 243 bis, 4º. Genty, pág. 285. Demolombe, t. 23, pág. 143, número 146.

car la partición, y no pone entre ellas el fallecimiento anterior de uno de los hijos. Esto es decisivo, porque no es lícito al intérprete crear nulidades (1)

§ II.—DE LA PARTICION HECHA POR TESTAMENTO.

78. La partición por testamento se rige por el art. 895; el ascendiente parte sus bienes para un tiempo en que ya no vive, de modo que no dispone actual é irrevocablemente de ellos. El testador puede revocar á toda hora su testamento; también el ascendiente puede revocar la partición testamentaria que hace entre sus descendientes.

La revocación se hace, por lo general, conforme al derecho común (arts. 1,035-1,037), y no cabe duda que por lo que dispone el art. 1,038. Si el ascendiente enajena todo ó parte de los bienes puestos en el lote de uno ó más de sus hijos, ¿resultará de aquí que se revocará la partición en cuanto á todo lo que se enajenó? Sólo el plantear la cuestión prueba que el art. 1,038 no es aplicable á la partición; no se revoca en parte una partición, como sucede con el legado, porque éste se diferencia de aquélla. El legado es una liberalidad hecha en favor de una persona, liberalidad del todo independiente de las otras disposiciones de última voluntad que contiene el testamento; puede ser, pues, un legado por la enajenación de la cosa legada, y subsistir los otros legados no revocados. Por el contrario, en una partición, los diversos legados forman otros tantos lotes y, por consiguiente, otras tantas cláusulas de un solo y mismo instrumento, encadenadas é independientes entre sí. Si enajenara el testador todos los bienes comprendidos en un lote, el hijo á quien se hubiese aplicado éste, se hallaría sin parte; estaría omitido, y en tal virtud habría que aplicar el art. 1,078, conforme al cual es nula la par-

1 Motpellier, 7 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 25).

tición en todo, cuando no se hizo entre todos los hijos que existieren en el momento del fallecimiento. Está por demás decir que no sucedería lo propio con un testamento que contuviese varios legados distintos: la revocación de uno de ellos no influiría en los demás.

Si no es aplicable el art. 1,038 al testamento que contiene una partición, falta saber hasta dónde influirá en la partición la enajenación hecha por el ascendiente. Hay un caso en que no cabe duda. Si el instrumento no tiene valor legal como partición, á causa de la enajenación, caerá en todo la partición; acabamos de dar un ejemplo de ello. Pero si es legal la partición, quiere decir, si todos los hijos siguen comprendidos en ella, sin que resulte perjudicado en más del cuarto, y no se hubiere tocado la reserva, ¿se mantendrá la partición á pesar de la enajenación que disminuye el lote de los coparticipes? Reina acerca de esto alguna incertidumbre entre los autores. ¿Se revocará la partición? Si se admite que no es aplicable á ella el art. 1,038, la cuestión se convierte en dificultad de hecho: ¿cuál es la intención del ascendiente que enajena un objeto comprendido en la partición? ¿Se propone revocarla? Si consta esa voluntad, vendrá abajo la partición. Sólo no se puede declarar revocada la partición por el hecho de la enajenación; sucedió que un padre enajenó un objeto comprendido en la partición, y no reclamó el hijo en cuyo lote figuraba aquel objeto. (1) Esto prueba que la enajenación no altera necesariamente la partición. Es punto de intención. (2)

Si no se revoca la partición, ¿no tendrá acción para pedir indemnización el hijo cuyo lote se disminuyó con la enajenación? Hase dicho que el heredero despojado podía pedir que le garantizaran sus coherederos, como si el tes-

1 Burdeos, 30 de Julio de 1853 (Daloz, 1855, 2, 120).

2 Compárese á Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 230, nota 5. Réquier, págs. 78, núm. 57.

tador hubiese comprendido en su lote la cosa ajena, sin consentimiento de aquél. (1) La equidad parece exigirlo así, pero conforme á derecho nos parece muy dudoso. ¿Puede haber acción para pedir garantía, no habiendo evicción? ¿y puede decirse que hay evicción cuando nunca tuvo derecho á la cosa el legatario? Pues, no hay por cierto, ningún derecho cuando la cosa legada no está ya en el patrimonio del testador.

79. ¿Están obligados á las deudas los hijos entre quienes partió sus bienes el ascendiente? Según la opinión que considera la partición testamentaria como simple reglamento de la sucesión *ab intestato* (núm. 53), los hijos no son legatarios sino llamados como herederos legítimos. Esto resuelve la dificultad; porque á título de herederos, deben pagar las deudas, y hasta *ultra vires*, si aceptan pura y simplemente. (2) Conforme á nuestra opinión, los hijos entran á la herencia como legatarios: ¿en virtud de qué título reclaman los bienes de su lote? En virtud del testamento que les dió esos lotes. Luego son legatarios, y estarán, por lo tanto, obligados á las deudas como legatarios universales ó á título universal. Si son legatarios á título particular, no deben contribuir para el pago de deudas. Sin embargo, los acreedores serán pagados antes que ellos, por la máxima *nemo liberalis nisi liberatus*; el ascendiente sólo puede partir los bienes que posee, y no posee sino lo que le queda, deducidas las deudas. (3)

80 ¿Qué sucede con la parte del hijo que muere antes que el testador? Sobre esto no hay duda, sea cual fuere la

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 461, número 243 bis, 7º. Aubry y Rau, t. 6º, págs. 231 y siguientes, y nota 11 (pfo. 733).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 231 y nota 7. Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 463, núm. 243 bis, 11. Demolombe, t. 23, pág. 121, núm. 119.

3 Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2º, pág. 114, número 145.

opinión que se admita en cuanto á la cuestión de principio. Estando llamados á la herencia los hijos como legatarios, caduca el legado del que muera antes (art. 1,039); pero si lo están como herederos, no puede heredar el que muere antes, puesto que para ello necesita forzosamente existir en el momento de abrirse la sucesión (art. 725). (1)

¿Trae consigo la caducidad del legado la de la partición? Generalmente, la caducidad de un legado no hace caer el testamento. Pero la disposición que atribuye un lote á un hijo, no es simple legado; es una cláusula de un instrumento que distribuye todo el patrimonio; ¿y no son indivisibles esas cláusulas, en el sentido de que por caer una tienen que caer las otras? Así opina Troplong: los elementos, dice, sobre que operó el testador, no son los que existen en el momento de fallecer él; y así, hay que substituir con otra partición la que hizo el ascendiente en vista de otro orden de personas y cosas. Hase respondido, y la respuesta es concluyente, que así había podido declararlo el testador, pero que, supuesto que nada dijo, no puede el intérprete crear causas de nulidad ó revocación. (2)

Se pregunta qué sucede con la parte del legatario muerto antes. Se aplican los principios generales de derecho. Si el testador hizo la partición instituyendo desde luego conjuntamente á todos los legatarios, la parte del que no entra á la herencia acrece á los demás. Si procedió por vía de disposición particular, la caducidad del legado dejará los bienes legados en la herencia *ab intestato*, y se hará una partición suplementaria conforme al art. 1,078. (3)

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 462, núm. 243 bis, 8º.

2 Troplong, t. 2º, pág. 312, núm. 2,319. En sentido contrario, todos los autores (Aubry y Rau, t. 6º, págs. 228 y siguientes y notas 12 y 13; Demolombe, t. 23, pág. 111, núms. 106, 107. Réquier, pági. na 104.)

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 229 y nota 15, pfo. 732.

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

§ I.—DE LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA.

81. El instrumento por el cual distribuye el ascendiente sus bienes entre sus hijos, es esencialmente una partición; así la califica la ley en el capítulo VII, y las disposiciones del Código están en armonía con el nombre que da á ese instrumento. Conforme al art. 1,078, es nula en todo la partición si no se hace entre los hijos que existen en la época del fallecimiento. Hé ahí una regla que no se aplica más que á la partición. En los legados ordinarios, no puede tratarse de una omisión que viciaría el testamento. Según el art. 1,079, la partición hecha por el ascendiente puede ser atacada por causa de lesión en más del cuarto; esta disposición está tomada de la partición *ab intestato* (art. 887), y es tanto más notable cuanto es absolutamente excepcional. Por derecho común, la lesión no vicia los convenios (artículo 1,118). Prueba decisiva de que la partición de ascendiente es una verdadera partición; si ese acto tiene un carácter mixto, si es también un acto de disposición, es porque no puede hacerse la partición más que por donación ó testamento, quiere decir, por actos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad. En su objeto esencial, la partición de ascendiente no es acto de disposición, esto es, de distribución, como la ley misma lo dice en el primer artículo de nuestro capítulo. (1) ¿Cómo conciliar los dos efectos contrarios que produce un mismo acto? ¿Puede ser á la vez la partición de ascendiente acto de disposición y acto de distribución? Acabamos de exponer los efectos que produce la partición como disposición, efectos que conciernen á las relaciones del ascendiente con los hijos y de los contratantes con los terceros. En cuanto á las

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 231, pfo. 733. Genty, pág. 82.

recíprocas de los hijos, el acto es una partición y produce todos los efectos de tal.

82. El primer efecto de la partición, el que distingue esencialmente los actos translativos de propiedad, en cuanto á que se reputa cada heredero como habiendo sucedido él solo é inmediatamente en todos los objetos comprendidos en su lote, sin haber tenido nunca derecho á los objetos de los lotes de sus coherederos (art. 883). ¿Se aplica á la de ascendiente ese principio que caracteriza á la partición? Se admite generalmente, por la razón de que la partición de ascendiente es una partición y produce todos los efectos que le son propios. Esto no ofrece dificultad. El art. 883 descansa en una ficción; en realidad, los herederos cambian su derecho indiviso por uno dividido; de donde se sigue que la partición es translativa de propiedad. En otro lugar hemos dicho por qué la ley, al derogar el rigor de los principios, considera la partición como declarativa de propiedad. Los dos principios implican que la partición va precedida de un estado de indivisión al cual pone fin, era declarando cuál es el derecho de los copartícipes, ora aplicándoles una propiedad dividida en cambio de otra indivisa.

Mas, en el caso de que un ascendiente parta sus bienes entre sus hijos, nunca ha habido indivisión. Cuando la partición se hace por donación, esto es evidente, puesto que antes de ésta no tenían derecho los donatarios á las cosas donadas. También esto es cierto cuando es testamentaria la partición. Es un hecho que en ese caso los hijos son herederos en el momento de abrirse la herencia; pero no puede decirse que sean comuneros, porque al morir el ascendiente, produce efecto el testamento; de modo que los hijos reciben, no una herencia indivisa, sino dividida; y si la reciben así, no puede tratarse de una ficción para explicar el cambio de la indivisión por la división; realmente,

los hijos han sido siempre propietarios divisos. (1) Esto es cierto; pero nos hallamos en el terreno de la realidad? Ateniéndonos á ella, prueba demasiado el argumento, como que probaría que no hay partición posible, puesto que nunca ha habido indivisión. Sin embargo, la ley dice que hay partición; y toda partición implica una indivisión que ella hace terminar. Si la indivisión no es real, debe ser ficticia; luego hay ficción en la partición de ascendiente. Este divide su herencia, y no se concibe herencia sin indivisión; distribuye sus bienes á título de partición, y no es posible ésta donde no hay indivisión. Tenemos que aceptar la ficción con sus consecuencias; la ley admite que hay partición, y con ello admite la indivisión, y, por consiguiente, un acto que le pone fin y que, como tal, es declarativo de propiedad.

En casación se aplicaron estos principios á la mujer casada bajo el régimen dotal. En la partición hecha por el ascendiente, se asignó un inmueble á uno de los hijos, con la carga de pagar cierta cantidad á una hija casada bajo el régimen dotal. Aquella cantidad que figuraba en el lote de la mujer, constituía todo el derecho que ella tenía á la herencia; se estimaba no haber tenido nunca derecho al inmueble puesto en el lote de otro hijo, y así no tenía más que un simple crédito garantizado con privilegio. La mujer había dejado extinguir ese privilegio por no haberle registrado en tiempo hábil, y no le quedaba más que una hipoteca sobre la cual estaban los acreedores inscriptos antes que ella. (2) Hay un fallo dictado en Caen, en este sentido; y en el caso de que se trataba, la mujer era copropietaria del inmueble comprendido en su lote, habiendo sido excluido

1 Réquier, págs. 97, 122, 133. En sentido contrario, Demolombe, t. 23, pág. 119, núm. 118.

2 Denegada, 7 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 498).

el inmueble de la constitución del dote; de donde resultaba que todo el inmueble era extradotal, y con eso podía ser hipotecado por la mujer y asegurado por el acreedor hipotecario. (1)

83. El Código Civil concede un privilegio á los copartícipes para garantizar la entrega de los lotes, y tal privilegio debe registrarse dentro de sesenta días á contar desde el instrumento de partición; faltando ese registro, el privilegio degenera en hipoteca (arts. 2,103, núm. 3; 2,109 y 2,113). Nuestra ley hipotecaria conserva ese privilegio sobre los inmuebles en el lote cargado con la restitución; pero modificó el modo de conservación: cuando la partición comprende inmuebles, se sujeta al registro para tener efecto contra tercero; la ley junta la conservación del privilegio al registro (arts. 27, núm. 3; 33 y 1.º de la ley de 16 de Diciembre de 1851).

¿Gozan del privilegio para garantizar la devolución de lotes los hijos entre quienes se hace la partición de ascendiente? Sin duda alguna que sí, puesto que la ley que concede el privilegio está concebida en términos generales y no distingue entre las diversas particiones; toda partición está garantizada por el privilegio, y lo está, por consiguiente, la de ascendiente. (2)

Bajo el imperio del Código Civil ocurría una dificultad concerniente al término en que se debía hacer el registro; nos remitimos para esta cuestión á los autores franceses. (3) La ley belga da lugar á otra cuestión que examinaremos en el título "De las Hipotecas," lugar que le corresponde.

1 Caen, 26 de Noviembre de 1868 (Daloz, 1870, 5, 262).

2 Aubry y Rau, t. 6.º, pág. 231 y nota 9. Montpellier, 12 de Mayo de 1847 (Daloz, 1847, 2, 158) y 19 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 2, 204).

3 Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2.º, pág. 112, número 142.

84. ¿Tienen también acción los copartícipes para pedir la resolución de la partición por el deudor de la partición? Cuando se hace aquélla por testamento, no es dudosa la negativa. Es un hecho que los legados pueden revocarse por no cumplirse con las condiciones (arts. 1,046 y 954); pero esto supone que hay herederos deudores del legado, é interesados, con ese título, en pedir la revocación. Ahora bien, en la partición testamentaria hecha entre los hijos, los herederos son precisamente los legatarios; mejor dicho, conforme á nuestra opinión, no hay herederos, no hay más que legatarios. Por tanto, la acción de revocación no sería admisible sino cuando algún legatario tuviese acción contra otro, es decir, el acreedor de la partición contra el que la debiera. No hay en eso la acción que comienza para pedir la revocación de los legados; eso no podría ser más que la acción fundada en la condición resolutoria tácita establecida por el art. 1,184; pero este artículo supone la existencia de un contrato sinalagmático; y ¿puede decirse que hay contrato sinalagmático entre los hijos, en caso de partición testamentaria? (1) Aun cuando la partición se haga por donación, es inaplicable el artículo 1,184. Tal es el derecho común, como lo hemos dicho en el título "De las Sucesiones." (2)

La ley hipotecaria belga suministra un argumento decisivo en apoyo de nuestra opinión. Hay tres acreedores privilegiados, que además de su privilegio tienen acción para la resolución, y son: el vendedor, el cambista y el donante: ¿esa acción es independiente del privilegio? Conforme al Código Civil, ambos derechos eran independientes entre sí, de suerte que el acreedor que había perdido su privilegio, todavía podía ejercitar la acción reso-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 231 y nota 8; Demolombe, t. 23, página 117, núm. 114; pág. 138, núm. 137. Réquier, pág. 132, núm. 87.

2 Véase el tomo 10 de estos *Principios*, pág. 490, núm. 410.

lutoria. En este punto, la ley belga deroga el Código, pues declara que no se puede ejercitar la acción resolutoria cuando perdió su privilegio el acreedor. Si los copartícipes privilegiados tuviesen también acción resolutoria, habría debido aplicarles la ley el mismo principio y comprenderlos, por consiguiente, en el art. 28; sin embargo, no los menciona; prueba de que en la mente del legislador los copartícipes no tienen más que un derecho, el privilegio que les da la ley.

85. Estando reputados como copartícipes los hijos entre quienes parte sus bienes el ascendiente, están obligados por ende á dar la garantía que la ley impone á los que parten una sucesión. Hay, pues, que aplicarles el art. 884, en virtud del cual los herederos siguen siendo recíproca y respectivamente los que se garantizan por las perturbaciones y evicciones que proceden de una causa anterior á la partición. El Código Civil (art. 2,103,3^o) y la ley hipotecaria belga (art. 27, núm. 4, y art. 33) garantizan esta obligación ó derecho con un privilegio que se extiende á todos los inmuebles comprendidos en el lote de los garantes. En otro lugar hemos dicho cuál es el fundamento de la garantía que se deben mutuamente los coherederos. La obligación, aunque establecida en el título "De las Sucesiones," se aplica á toda partición (art. 1,476), y, por lo mismo, á la partición de ascendiente. (1)

La Sala de Casación consagró implícitamente esta opinión al declarar válida una estipulación de no prestar la garantía. Esa estipulación se permite en las partes *ab intestato*, y también, por lo mismo, en las de ascendiente. Pero ¿no traspasó la sala los límites de la ley? En el caso, la estipulación no era expresa, como lo quiere el art. 884; uno de los hijos, una hija casada bajo el régimen dotal, no consintió

1 Véase el tomo 10 de estos *Principios*, pág. 528, núm. 436. Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 231, nota 10 y todos los autores.

en la partición sino con la condición expresa de que en manera alguna ni en ningún caso se le perjudicaría en la constitución dotal que resultaba de su contrato de matrimonio. El instrumento de la partición no le designaba más que la cantidad que se le había constituido como dote, del cual ya era propietaria y que podría reclamar á virtud de su contrato matrimonial; uno de los coparticipes, detentador de los inmuebles de la herencia, estaba encargado de pagar aquella cantidad. Se resolvió que, en tales circunstancias, la hija podía reclamar su dote sin estar obligada á dar ninguna garantía, en razón de las evicciones que habrían podido sufrir los coparticipes. (1) Conforme al derecho común, aquella resolución sería irreprochable; pero el art. 884 deroga el derecho común, exigiendo una cláusula particular y expresa que exceptúe la "especie" de evicción sufrida. La cláusula litigiosa satisfacía esa prescripción. Dudamos de ello.

§ II.—DE LA PARTICION POR DONACION.

Núm. 1. En vida del donante.

86. El ascendiente distribuye sus bienes entre sus hijos, por donación entre vivos; ¿es partición esa distribución y produce sus efectos en vida del donante? Cuando se lee y respeta la ley, admiran las discusiones á que ha dado margen esa cuestión. Efectivamente, la ley la resuelve. El artículo 1,075 permite á los ascendientes que hagan entre sus hijos la "distribución y partición" de sus bienes. Estas particiones, dice el art. 1,076, podrán hacerse por acto entre vivos, con las formalidades, condiciones y reglas prescriptas para las "donaciones." Por tanto, la distribución de bienes hecha por donación es partición, y como ésta

1 Denegada, Sala de lo Civil, 3 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 356).

no puede recaer en los presentes, produce inmediatamente efecto, lo mismo que cualquiera donación. Cuando la ley dice que la partición hecha por donación es una partición, y una partición entre vivos, ¿con qué derecho llega á decir el intérprete que tal partición no producirá ningún efecto entre vivos? Tal es, sin embargo, la doctrina sustentada por M. Genty, y M. Demolombe la adoptó, añadiendo algunas inconsecuencias. Los autores modernos, MM. Réquier, Barafort y Bertauld, la combaten, pero sin ponerse de acuerdo entre sí. ¿No podríamos decir, pues, ser ésta una de aquellas dificultades insolubles en que no puede haber uniformidad? Por de pronto los culpables son los intérpretes, con haberse imaginado una teoría de las particiones que ningún apoyo tiene ni en la ley ni en los principios. Muy fácil nos ha de ser probarlo.

El ascendiente que distribuye sus bienes entre sus hijos por acto entre vivos, dicen que les hace una donación. ¿Qué carácter es el de esa liberalidad? Es una donación como anticipo de herencia; efectivamente, el ascendiente asigna de antemano á sus hijos la parte hereditaria que les toca en sus bienes. Esta donación produce efecto actual é inmediato, poniendo á los donatarios en propiedad de los bienes donados; pero no tendrá valor como partición de herencia sino desde el momento en que se abra ésta y se hagan herederos los hijos. Hé ahí el sistema en dos palabras; sistema que divide la partición-donación, valiendo inmediatamente el instrumento como donación, mas no como partición sino muerto el donante.

¿Con qué facultad divide el intérprete un acto que, según la ley, tiene un solo objeto, cual es el de distribuir los bienes del padre entre sus hijos? Se responde que no puede haber sucesión partida antes de haber sucesión; ¿concíbese que los hijos se consideren como herederos copartícipes no siendo todavía herederos? Ahora bien, no hay he-

redero de un hombre vivo. Sólo muerto el padre hay herederos, y sólo entonces hay partición. (1)

Nuestra respuesta se halla en la ley. Quiérese que sea imposible la partición mientras viva el ascendiente. ¿Y qué dice el Código? Faculta á éste para partir sus bienes entre vivos; de modo que lo que el intérprete declara imposible, la ley lo autoriza y lo sanciona. Pues bien, autorizando la ley un acto, no hay que decir ya que es imposible; si se opone á la realidad de las cosas, debería decirse que es ficción; ¿y no puede el legislador establecer ficciones que por su naturaleza misma hieran más ó menos á la realidad?

No hay sucesion de un hombre vivo. Nó; pero esto no impide que permita el legislador al ascendiente que distribuya en vida sus bienes entre sus hijos; mas toda partición supone una herencia abierta; ¿puede partirse lo que no existe? La sucesión se estima, pues, abierta, y es o es, evidentemente, una ficción. ¿Por qué la autoriza la ley? Ya lo hemos dicho; hay motivos morales, consideraciones de economía rural; por tanto, las particiones de ascendiente afectan al orden público, y cuando está de por medio ese orden, no retrocede el legislador ante una excepción de los principios. ¿Cuántas derogaciones no permite en las convenciones matrimoniales? Por igual razón, permite que se parta una herencia antes de estar abierta. El espíritu de la ley está en armonía con su letra. ¿Por qué permite al padre que invierta las leyes de la naturaleza, partiendo en vida su herencia? Para prevenir una partición entre sus hijos que acaso no se pondrían de acuerdo; para impedir que sea fraccionada la herencia paterna y se hagan imposibles las labores. Hé aquí por qué el padre hace personalmente la partición de sus bienes. Quiere hacerla, pues,

1 Genty, págs. 218 y siguientes. Demolombe, t. 23, págs. 125 y siguientes; núm. 122.

verdadera, toda vez que su objeto es precisamente evitar que se haga otra después de muerto.

Se pretende que esa partición no es más que anticipo de herencia. Una vez más es contrario el testamento. Un anticipo de herencia es adelanto de la futura, é implica una partición que debe hacerse en la del donante y en relación de los bienes donados para formar la masa partible; el padre da, no parte. Si otra cosa no fuese la partición de ascendiente, habría sido inútil tratar de ella en capítulo aparte, pues bastarían los principios generales. Pero el padre que parte hace más que dar, da para partir; siendo irrevocable la partición, lo es también la donación que implica; todo queda consumado, una vez perfecto el acto sin haber ya ni partición ni relación. Por lo regular el padre distribuye todos sus bienes, y al morir ya no hay herencia, ni, por lo mismo, nada que partir. Así, en lugar de anticipo de herencia, que difiere todo hasta la muerte del donante, tenemos un acto que se propone prevenir lo que ordinariamente hace á su muerte; consumada é irrevocable ya la partición, ¿por qué no se le había de dar efecto inmediatamente? Los principios lo quieren, y con ellos va de acuerdo la voluntad del padre. (1)

87. ¡Cosa singular! Después de negar la posibilidad de una partición, se confiesa que hay una de cosas "comunes," pero se le niegan los efectos de una partición ordinaria. (2) Hay, pues, cosas comunes. Esto supone una indivisión, ¿y no es necesaria la partición para hacer terminar esa indivisión? Henos aquí en un dédalo de imposibilidades jurídicas. No se quiere que haya partición, porque implicaría una herencia, y no hay herencia de un hombre vivo; ¿y las cosas "comunes" entre hijos, no implican también una

1 Demante, continuado por Golmet de Santerre, t. 4^o, pág. 453, núm. 242 y págs. 464 y sig., núm. 243 bis, 15. Réquier, págs. 141, 195, 138 y siguientes; de Folleville, pág. 381, núms. 1,191 y siguientes.

2 Genty, *De las particiones de ascendientes*, pág. 220.

sucesión? ¿De dónde vendría esa "comunidad," si no de una herencia abierta por anticipación? Debemos, pues, decir con Demante, que hay una especie de apertura anticipada de la herencia ó, hablando en lenguaje más jurídico, que hay una ficción legal que considera la herencia como abierta. Esa ficción debe producir efecto; fué creada para hacer posible la partición, y debe, por lo mismo, producir los efectos de ella.

Conforme á la opinión que impugnamos, la partición de ascendiente no produce efectos de partición. Si ésta asigna los inmuebles á uno de los hijos, encargándole que pague á los otros una cantidad de dinero que sea su parte hereditaria, no tendrán los hijos más que una acción personal como donatarios para reclamar su parte, mas no el privilegio que la ley les da á los copartícipes para garantizarse la entrega de sus lotes. ¡Quiere decir que los hijos no son "copartícipes" y, sin embargo, á título de "partición" es como reciben los bienes! Ya se ha visto cuán inicua es esta consecuencia, y se ha pretendido que una cláusula del instrumento de partición podría conferir ese privilegio. ¡Véase una imposibilidad jurídica, si las hubo! ¡Un privilegio creado por convenio, cuando es principio elemental que la ley es la que crea los privilegios! Retrocediendo ante semejante enormidad, M. Demolombe prefiere conceder el privilegio de pensión á los hijos. (1) Otra imposibilidad en la opinión que combatimos, ó si se quiere, una inconsecuencia flagrante. ¡Cómo! ¡la partición no produce efecto en vida del ascendiente, y confiere el privilegio que es efecto de la partición!

La misma solución hay que darle á lo de la garantía. Los hijos no se deben garantía, se dice, por no ser herederos. Respondemos que lo son por ficción, pues de lo con-

1 Genty, págs. 252, 253. Demolombe, t. 23, págs. 134, núm. 134.

trario no podría haber partición, y la ley dice que la hay. Se insiste, invocando los motivos por los cuales se deben garantía los herederos; es, dicen, por ser la partición un cambio, lo cual supone un derecho indiviso cambiado por otro dividido; mas en la partición de ascendiente no hay ni cambio ni indivisión, y así no puede haber garantía. Respondemos que conforme al sistema del Código, la garantía no puede proceder de un cambio, puesto que el Código no admite que la partición sea translativa de propiedad; la garantía es la sanción de la igualdad que debe reinar entre copartícipes; ¿y no debe reinar también en las particiones de ascendiente? Admirado de la iniquidad de una doctrina que niega la garantía á los copartícipes, M. Demolombe prefirió admitirla, á riesgo de una inconsecuencia, y tuvo por más lógico desechar el principio con sus consecuencias. (1)

Tal es la opinión de los autores más modernos, pero no están de acuerdo acerca de las consecuencias. M. Réquier admite los principios tales como los acabamos de exponer, mientras que M. Bertauld, enseñando y todo que es partición la de ascendiente, dice que es una especial con el privilegio de la renta, pero sin la acción de garantía. Esto es arbitrario, y son deplorables las resoluciones arbitrarias, puesto que no hacen más que aumentar la confusión que reina ya en esta materia. (2)

88. La jurisprudencia parece acercarse á la doctrina que hemos creído deber combatir. Pero es de notar que no ha tenido que declararse de una manera formal en la cuestión. Con ocasión de la acción de rescisión por causa de lesión, han surgido graves disensiones en este punto. La Sala de Casación cambió de sistema, considerando desde

1 Genty, pág. 247, núm. 36. Demolombe, t. 23, pág. 134, número 134.

2 Réquier, págs. 130, y 142 y siguientes. Bertauld, t. 2º, pág. 67, núms. 83 y siguientes.

luego la partición entre vivos como la apertura de la herencia del donante en cuauto á los bienes presentes, partición definitiva seguida de otra al morir aquél. (1) Esta jurisprudencia está abandonada. Conforme á la última doctrina de casación, el hijo no es heredero á virtud de la partición entre vivos, sino por la muerte del ascendiente, que es únicamente cuando se abre la sucesión. (2) De donde la sala sacó por consecuencia, que la partición entre vivos no produce efecto como tal sino hasta que muere el ascendiente. (3) Esto, aparentemente, es la teoría de MM. Genty y Demolombe; mas parécenos que aplicándola al privilegio de renta y á la garantía, se va más allá de la mente del Tribunal Supremo. Nos reservamos á examinar su jurisprudencia cuando tratemos de la acción de rescisión por causa de lesión.

89. ¿Tienen los hijos, además del privilegio de renta, acción para pedir la resolución de la partición por no cumplirse con las condiciones? Hemos contestado negativamente á esta pregunta, por lo que mira á la partición testamentaria (núm. 48). Tal es también la opinión general cuando la partición se hace por donación (4); sin embargo, hay motivos para dudar, que miran especialmente á la partición entre vivos. Esta es un contrato sinalagmático; por lo cual podrían los donatarios invocar el principio de la condición resolutoria consagrada por el art. 1,184. Se responde que el 883 es una excepción de la regla establecida por el 1,184 para los contratos ordinarios. La particion, aunque convencional, no está sujeta á la condición resolutoria tácita (5); este principio debe aplicarse á la partición de as-

1 Denegada, 4 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 1, 49).

2 Denegada, 13 de Febrero de 1860 (Daloz, 1860, 1, 169).

3 Casación, 24 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 1, 289).

4 Véanse los autores citados por Demolombe, t. 23, pág. 138, número 137.

5 Véase el tomo 10 de estos *Principios*, pág. 559, núm. 460.

cediente lo mismo que á la partición *ab intestato*. En este sentido está la jurisprudencia (1), excepto un fallo de Limoges que declara que la acción de revocación de la donación que pertenece al padre, pasa á sus hijos, en su calidad de herederos. (2) Creemos que es imposible, jurídicamente, que la acción del ascendiente pase á sus hijos. El padre tiene la resolutoria por no cumplirse las condiciones estipuladas en favor suyo; y ya por este capítulo podría disputársele el derecho de pedir la revocación por falta de pago de la renta, puesto que ésta no se estipuló en su favor, sino que es un derecho que pertenece al copartícipe acreedor contra el obligado á pagarla. Aun suponiendo que pudiera el padre pedir por esa causa la resolución de la partición, habría que ver si su acción podía ejercitarse por los hijos. La tiene él como donante; sin embargo, son donatarios; ¿y pueden ser á la vez donantes y donatarios? ¿pueden ejercitar, como representantes del donante, una acción que les compete á título de donatarios? Véanse unas calidades inconciliables. De modo que es fuerza mantener el principio que prohíbe á los copartícipes pedir la resolución de la partición.

Núm 2. Después de la muerte del ascendiente.

90. Muerto el ascendiente, se abre su herencia; los herederos llamados á ella son los hijos entre quienes partió el padre ya sus bienes, y que la reciben tal como la fué partida. Entonces produce la partición todos los efectos que le son propios. Esto no tiene duda y se admite en todas las opiniones; procede el privilegio de la renta, que-

1 Grenoble, 8 de Enero de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 189). Besançon, 8 de Junio de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 66). Denegada, 7 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 499).

2 Limoges, 21 de Junio de 1836 (Dalloz, palabra *Disposiciones*, número 4,578, 1°).

dan obligados los hijos á la garantía y tienen derecho de ese modo al privilegio que la asegura; la partición es declarativa de principio y está sujeta á las acciones de nulidad, de rescisión y de reducción que abre la ley contra la partición de ascendiente. (1)

Según nuestra opinión, los hijos siguen siendo, muerto el padre, lo que eran cuando vivía, donatarios copartícipes; no llegan á serlo, porque su derecho no les viene de que se abra la sucesión; para ellos, se abre ésta desde el momento en que el ascendiente les distribuyó sus bienes. Esto es evidente cuando aceptan. Continúan como propietarios de los bienes que su padre les distribuyó; y pues que fueron distribuidos éstos, claro está que no debe sujetárseles á nueva partición. Ordinariamente el padre incluye todos sus bienes en la partición que hace de ellos; en ese caso, ningún nuevo efecto se produce con su muerte. Si adquirió algunos bienes después de la partición, ó si no todos los suyos los incluyó en ella, procederá que se haga una partición suplementaria, la cual, dice el art. 1,077, se hará conforme á la ley, puesto que se trata de partir una herencia *ab intestato*. (2)

Ninguna dificultad ofrece la aplicación del principio en caso de aceptación. Cuando es prudente la partición suplementaria, podría creerse que debían relacionarse los bienes dados entre vivos, conforme al derecho común que rige en las sucesiones *ab intestato*; pero nada de eso, porque los bienes donados entre vivos son bienes partidos, y la partición es irrevocable, precisamente por haber sido hecha por acto entre vivos. No es posible que se trate de partir lo que ya está partido, y hé ahí una diferencia esencial entre la donación-partición y la donación como anticipo de herencia. Esta última está sujeta á colación para mante-

1 Demolombe, t. 23, pág. 140, núm. 139; pág. 143, núm. 145.

2 Réquier, pág. 159, núm. 98.

ner la igualdad entre los herederos que van á proceder á la partición de la sucesión; la primera no es colacionable, porque la colación no tendría objeto por estar divididos ya los bienes donados.

91. ¿La donación-partición conserva también sus efectos cuando uno de los hijos renuncia á la sucesión, lo cual supone una partición suplementaria? Podía creerse que el hijo que renuncia pierde todo derecho á los bienes que recibió entre vivos. Ciertamente es que son bienes *donados*; pero, como lo acabamos de decir, son igualmente bienes *partidos* que el hijo recibió á título de partición y, consiguientemente, como heredero; pero si renuncia, tiénese como que nunca fué tal; y ¿puede conservar á título de heredero bienes que con esa calidad recibió, cuando la renuncia y se estima no haberla tenido nunca? Se responde que la renuncia del hijo no puede afectar á los derechos que irrevocablemente adquirió. Recibió los bienes como heredero, es verdad, mas por un título que no puede revocarse, por ser esencialmente irrevocable la donación.

El hijo conserva los bienes que recibió entre vivos; se entiende que hasta donde concurran con lo disponible. Lo que renuncia es el derecho común de heredero (art. 845); y el heredero que renuncia pierde su calidad de tal, no pudiendo, en consecuencia, tener derecho á la reserva. Esto parece oponerse á lo que acabamos de decir: que subsiste la partición á pesar de renunciar el hijo. La respuesta está en el carácter mixto de la donación-partición. El hijo recibió los bienes por un título irrevocable, y así tiene que conservarlos; pero puede renunciar, y con ello pierde su derecho á la reserva; debe, pues, pasar por la reducción si la donación excede de lo disponible. (1)

92. Queda una duda que ha dado lugar á una contro-

1 Réquier, págs. 161 y siguientes. Demante, t. 4º, pág. 458, número 143 *bis*, 4º).

versia. El hijo que renuncia no es heredero; ¿con qué título conserva los bienes? Conforme á la opinión que hemos adoptado en cuanto al carácter de la partición entre vivos, debe responderse que, subsistiendo la partición, queda siendo el hijo donatario copartícipe. No se puede decir que con su renuncia transforme en donación la donación-partición, porque no está en su mano cambiar la naturaleza de su título irrevocable; no recibió los bienes como donatario, sino como copartícipe; sigue siendo, pues, donatario-copartícipe. Siguese de aquí que continúa sujeto á las obligaciones que nacen de la partición, pudiendo así mismo ejercer los derechos que se deducen de ella. Imposible sería negar que hay aquí efectos contradictorios. El hijo que renuncia no es heredero; no puede ser, pues, copartícipe, porque para ser lo segundo, necesita ser lo primero, y, sin embargo, estará obligado á la garantía como copartícipe, y estará sujeto al privilegio con ese título, así como en cuanto á la pensión, si debe restituir el lote. Estas contradicciones son la consecuencia del carácter mixto inherente á la partición de ascendiente. Es una partición, lo cual implica que los copartícipes son herederos, y esa partición hecha por donación, es irrevocable. La muerte del ascendiente, la renuncia del hijo no puede introducir ninguna modificación en un acto incommutable. Por tanto, el que renuncia será siempre donatario-copartícipe, y en virtud de una donación-partición será como continuará poseyendo. La consecuencia lógica es que está ligado, con respecto á los otros hijos, por las obligaciones que resultan de la partición, así como por su parte éstos están obligados con respecto á él. (1)

Según la opinión que considera la donación-partición como anticipo de herencia, no existen estas dificultades.

1 Réquier, pág. 159, núm. 98. Bertauld, t. 2º, pág. 70, núms. 90, 1; pág. 73, núm. 93; pág. 80, núm. 105; pág. 82, núm. 106.

Sólo á la muerte del ascendiente produce efecto la partición; hasta entonces no eran los hijos más que donatarios; pero, al abrirse la herencia, se hacen herederos; si la renuncian, nunca habrán sido copartícipes sino simples donatarios por anticipo de herencia, á los cuales se aplican el art. 845 y los principios de las donaciones. No tienen ni los derechos ni las obligaciones de los copartícipes, ni garantía ni privilegio. Esto es muy sencillo y muy lógico. Pero en esta materia hay que desconfiar de lo que es lógico y sencillo, porque el instrumento por medio del cual el ascendiente parte sus bienes, tiene dos caracteres, es una donación y una partición; suprimase uno de esos elementos que le constituyen, y se llegará á una teoría que reduce por su sencillez, pero alterándole se eludirán el texto y el espíritu de la ley. Tan es así, que la opinión que combatimos se divide: uno sigue consecuente hasta el fin y niega que haya partición, privilegio y garantía; (1) el otro retrocede ante esas consecuencias y admite que el renunciante queda sujeto á las obligaciones que se derivan de su título. (2) De toda necesidad es necesario, pues, hacer una porción en cada uno de los elementos que constituyen la partición de ascendiente; resultan de ello contradicciones más aparentes que reales, porque proceden de la doble naturaleza del instrumento en que el ascendiente distribuye sus bienes entre sus hijos.

SECCION III.—De las causas por las cuales puede atacarse la partición.

ARTICULO 1.—De la partición inexistente.

§ I.—¿LA OMISIÓN DE HIJO HACE INEXISTENTE LA PARTICIÓN.

93. El art. 1,078 está concebido así: “Si no se hiz la

1 Genty, págs. 288 y siguientes; 313, 315.

2 Demolombe, t. 23, pág. 150, núm. 153.

partición entre todos los hijos existentes en la época del fallecimiento y los descendientes de los muertos antes, será nula en todo la partición. Podrá provocarse otra nueva en la forma legal, ora por los hijos, ó descendientes que no hayan recibido parte alguna, ora también por aquellos entre quienes se hubiere hecho la partición." Esta disposición emana de la naturaleza de la partición; es de esencia en ella que todos los que tengan derecho concurren á ella, porque es una liquidación de derechos comunes, una distribución de bienes á la cual todos tienen igual derecho; en consecuencia, todos deben tomar parte en ella, pues una partición que no se haga entre todos los que tienen derecho á los bienes partidos, no sería tal. Hemos establecido este principio al tratar de la partición que se hace entre coherederos; (1) ese principio se aplica á la partición de ascendiente, lo cual prueba que tal partición lo es verdaderamente.

94. Conforme á la opinión que hemos sostenido en el título "De las Sucesiones," la partición á la cual no concurren todos los herederos es un instrumento inexistente, y no nulo, y sabemos que es gravado la diferencia entre la nulidad y la no existencia de un instrumento. Cuando es nulo algo, el vicio de que adolece da lugar á una acción de nulidad, que debe intentarse en diez años si se trata de un contrato; mientras que los documentos inexistentes no tienen existencia alguna á los ojos de la ley; no se debe pedir, pues, su nulidad, ni tampoco se puede, porque no se concibe la nulificación de la nada. El vicio que hace nulo un instrumento, puede subsanarse con la confirmación, mientras que los documentos inexistentes no son susceptibles de confirmación. Hemos expuesto ya estos principios en el título "Del Matrimonio," y volverémos á ellos

1 Véase el tomo 10 de estos *Principios*, pág. 563, núm. 464.

en el "De las Obligaciones." ¿Se aplican á la partición de ascendiente en que se haya omitido á un hijo?

Teóricamente, la cuestión no es dudosa; la partición de ascendiente es una verdadera partición, y, por lo mismo, está sujeta á todos los principios de la partición. Falta saber si el art. 1,078 consagra estos principios, ó si los deroga. A nuestro juicio, la solución no es dudosa. Dice la ley que la partición es nula "en cuanto al todo." ¿Por qué añade las palabras "en cuanto al todo," que no acostumbra emplear, para calificar un instrumento nulo? Para designar que el instrumento es radicalmente nulo, que no puede producir ningún efecto, ni con respecto á los hijos que concurrieron á él, ni con respecto al que fué omitido. La continuación de aquel artículo confirma esta interpretación. Si la partición fuere simplemente nula, es decir, anulable, resultaría de ello una acción de nulidad; y no habiéndose establecido ésta sino en beneficio del hijo omitido, sólo él tendría derecho de obrar. ¿Es esto lo que dice la ley? No habla ellá de acción de nulidad, y sus términos la excluyen. Después de decir que es nula en cuanto al todo la partición, el art. 1,078 añade que podrá provocarse otra nueva en la forma legal. Véase, pues, la acción que nace de la partición en que se omitió á un hijo: esa acción no es nulidad del instrumento, sino una petición de partición, y una petición de ese género supone la indivisión; conforme al art. 816, no puede pedirse la partición cuando hay un instrumento en que esté consignada. Si, pues, tuviese existencia legal en el caso la partición de ascendiente, sería menester, ante todo, provocar su anulación, y no se podría proceder á una nueva partición sino después del fallo que hubiese anulado la primera. No es esto lo que sucede, según el art. 1,078; la ley misma declara nula totalmente la partición, permitiendo que se pida la facción de otra nueva. Esto quiere decir que nin-

guna existencia legal tiene la primera. De modo que la ley da derecho de pedir una nueva partición, no sólo al hijo omitido, sino también á los hijos entre quienes se hubiere hecho. Es consecuencia, al mismo tiempo que prueba, de la inexistencia de la primera partición. Estando considerada como si nunca hubiese existido, los hijos se hallan en estado de indivisión, y los comuneros pueden pedir á toda hora la partición. Por tanto, los hijos comprendidos en la partición tienen acción, lo mismo que el hijo omitido; todos tienen derecho de hacer terminar la indivisión.

Aunque admitida por los autores modérnos, no carece de dificultad en su aplicación la teoría de los instrumentos inexistentes, por no consagrarla de una manera terminante el Código. De ahí las incertidumbres y contradicciones aun entre los que profesan aquella doctrina; dejamos á un lado á los que la rechazan ó parece que la ignoran; en el título "De las Obligaciones" discutiremos la cuestión de principio y contesteremos á las objeciones. Por de pronto, debemos combatir una distinción propuesta, por MM. Aubry y Rau. (1) Consideran estos autores la partición como no hecha con relación al hijo omitido, y como nula solamente respecto de los que figuran en ella. Con esfuerzos comprendemos que un mismo instrumento sea inexistente respecto de unos, y nulo respecto de otros. Si es inexistente, es por faltarle una condición esencial para su existencia, y si no la tiene legal, ¿cómo había de producir efecto? La ley rechaza esta distinción; coloca ella á los hijos copartícipes en la misma línea que al omitido; si éste puede pedir otra partición sin estar obligado á pedir la nulidad de la primera, lo propio debe pasar con los copartícipes, puesto que la ley no distingue entre ellos, ni había para que distinguiera. Hay indivisión respecto del hijo omitido, y la

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 228, nota 10.

hay también, por consiguiente, respecto de los copartícipes. pues no se concibe que haya indivisión respecto de uno de ellos y la haya respecto de todos; y en habiendo esa indivisión, es aplicable el art. 815. Esto se funda también en la razón. No produciendo efecto, en orden al hijo omitido, la partición, los copartícipes se ven expuestos de un momento á otro á una demanda de partición, demanda que no está sujeta á prescripción, puesto que la acción relativa es imprescriptible; y deberán estar eternamente en la incertidumbre, hasta que al hijo omitido le plazca obrar? Los más de los autores están por nuestra opinión; aunque no la liguen á la teoría de los actos inexistentes, tienden á las mismas consecuencias. (1)

95. Una de las más importantes concierne á la prescripción. Si la partición en que se omitió á un hijo fuese nula, daría lugar á una acción de nulidad; los hijos copartícipes deberían intentarla en diez años, conforme al art. 1,034, mientras que el omitido, suponiendo que también debiese proceder, tendría treinta años, conforme al derecho común. Ya se entiende que suponemos hecha la partición por donación, puesto que el art. 1,034 no se aplica más que á los convenios; la partición testamentaria estaría sujeta á la prescripción de treinta años, general para todos los interesados. Según nuestra opinión, no hay acción de nulidad, ni, por consiguiente, prescripción de diez ni de treinta años. Todos los hijos pueden pedir la partición, conforme al derecho común; y en cuanto á la prescripción de la acción relativa, nos remitimos á lo dicho en el título "De las Sucesiones."

Otra consecuencia, también cierta, es que no se puede confirmar la partición que no existe, pues la nada no se

1. Durantón, t. 9º, pág. 636, núm. 643. Demante, t. 4º, pág. 473, núm. 246. Genty, págs. 301 y siguientes. Demolombe, t. 23, página 161, núm. 168. Réquier, pág. 306, núms. 166-168.

confirma. Es indudable que, muerto el ascendiente, pueden celebrar los hijos los convenios que quieran respecto á la sucesión y á la partición ya hecha; pero esos convenios no producirán el efecto de una confirmación; no pueden dar existencia legal á una partición que no existe para la ley.

96. Cuando decimos que ni existe ni produce efecto la partición, nos referimos á la testamentaria que se abre al morir el testador, quiere decir, en el momento mismo en que la ley la hiere de nulidad radical. En cuanto á la hecha entre vivos, la ley no la declara totalmente nula sino cuando al morir el ascendiente no se hubieren incluido en ella todos los hijos. Por tanto, vivo aquél, produce efecto la donación, sin que tenga acción alguna el hijo omitido, por no tener derecho á los bienes de su padre, viviendo todavía éste; el cual pudo disponer de sus bienes en favor de algunos de sus hijos, sin que los otros tengan por qué quejarse, puesto que cada quien puede hacer de sus bienes lo que le parezca, sin perjuicio de arreglar los derechos de los reservatarios á su muerte. Esto puede hacerse también sin espíritu de desigualdad. Ha acontecido que después de hacer la partición de sus bienes á los setenta años de edad, se haya vuelto á casar el padre y haya tenido sucesión de segundo matrimonio. La partición es irrevocable, salvo el derecho del hijo omitido para invocar el art. 1,078; de aquí que en vida del ascendiente produce efecto la partición; los hijos son propietarios, disfrutau de los bienes y los pueden enajenar. Pero ¿qué sucederá al morir el ascendiente? El hijo omitido promoverá una nueva partición, pues para él no existe la hecha entre vivos, sino que todos los bienes partidos deben entrar al acervo hereditario; no puede reclamar los frutos, que pertenecen á los propietarios, y, en consecuencia, á los hijos copartícipes. ¿Qué será de las enajenaciones consentidas por los donatarios? Que serán man-

tenidas, puesto que los hijos tenían derecho de enajenar. Inútil sería decir que, pues la partición era inexistente, nunca fueron ellos propietarios. El art. 1,078 responde á esta objeción; la partición no se tiene por inexistente sino desde que muere el ascendiente; hasta entonces los hijos fueron propietarios, y no se resuelve su derecho, porque eran propietarios sin condición. Es, pues, uno de los casos en que la propiedad queda revocada sin retroactividad. Esta resolución está en armonía con el derecho de los terceros, quienes adquirieron la propiedad en virtud de un instrumento válido que tuvieron derecho de hacer los vendedores, y, por lo mismo, es de mantenerse su propiedad. Sólo la ley habría podido resolverla; y ninguna disposición del Código, ni principio alguno, puede oponerse para invalidar una enajenación legalmente hecha. Es una diferencia entre la partición inexistente y la superveniencia de hijo, que conforme al art. 960 revoca inmediatamente y con retroactividad el derecho de los donatarios. Se comprende la razón de la diferencia, la revocación del artículo 960 es una condición resolutoria. En el caso del artículo 1,078, ninguna condición resolutoria establece la ley; la donación-partición no viene abajo sino al morir el ascendiente.

Véase otra singularidad de la partición de ascendiente. Por regla general, un acto inexistente no produce efecto (art. 1,131); y aun difícilmente se concibe que un acto comience por producir los efectos que le son anejos, y que en seguida sea declarado inexistente. Es que, en el caso, la acción por la cual se declara inexistente el acto, no se produce sino á la muerte del ascendiente; sólo entonces se sabrá si hubo ó no omisión de hijo. Y el hijo omitido no puede reclamar contra los efectos que la partición produjo en vida de su padre, siendo éste libre de disponer de sus bienes como le parezca.

97. ¿Hay que inferir de ahí que sólo la partición es nula y que el acto valdrá como donación? Compréndese la dificultad si se admite que la partición es simplemente anulable, un acto que, aunque nulo, puede tener valor con otro título, como lo veremos más adelante al tratar de la nulidad de la partición de ascendiente. (1) No pasa lo mismo siguiendo la opinión que considera la partición como no existente. Un instrumento que no tiene existencia legal no podría producir efecto; la nada no puede valer como donación más que como partición.

La jurisprudencia está en ese sentido, si bien no invoca los principios que, á nuestro juicio, resuelven la dificultad, (2) y ha sido criticada. Preténdese que el texto mismo de la ley es opuesto á la opinión consagrada por los tribunales. La partición, dicen, es la que el art. 1,078 anula, pues no habla de la donación. (3) La objeción no es formal. ¿De qué se trata en nuestro capítulo VII? De la partición de ascendiente. ¿Cómo se hace esa partición? Por donación ó por testamento, dice el art. 1,076. Cuando se hace entre vivos, la partición se confunde con la donación, no componiendo ambas más que un acto, que es la partición donación. Luego cuando la ley dice que la partición es nula en todo, anula la partición y la donación, y está en armonía con la intención del ascendiente. ¿Quiso éste hacer dos actos, una donación y una partición? Nó, por cierto, sino que entendió distribuir sus bienes entre vivos, y debió hacerlo por donación. La ley no podía, pues, decir que anulaba la donación, puesto que el ascendiente quiso, no dar sus bienes, sino partíroslos.

Desechando la interpretación que se da al art. 1,078,

1 Troplong, t. 2º, pág. 312, núm. 2.317. Réquier, págs. 308 y 370.

2 Angérs, 16 de Julio de 1847 (Dalloz, 1872, 2, 180). Caen, 10 de Mayo de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 185).

3 Demolombe, t. 22, pág. 162, núm. 169. Compárese á Genty, página 303.

rechazamos, naturalmente, las consecuencias que se deducen. Quiérese que el hijo que renuncia pueda retener los bienes que se le dieron, aunque sea inexistente la partición, porque, se dice, los retiene como donatario. Nosotros respondemos que no los puede retener, con ese título, sino cuando hay partición; no teniendo existencia legal ésta, no puede haber donatario ni copartícipe.

Resulta asimismo de nuestra opinión, que si uno de los hijos legara sus bienes, ningún derecho tendría el legatario á los bienes partidos. En vano es decir que esos bienes están en el patrimonio del hijo, puesto que no se considera la partición como no existente sino al morir el ascendiente. Respondemos que el hijo está obligado á hacer entrar esos bienes en la masa partible, si es inexistente la partición, y que, por consiguiente, su heredero tiene la misma obligación. (1)

98. ¿La nulidad de la partición entraña la de las donaciones por mejora que contiene el acto en favor de algunos de los copartícipes? Si fuese la partición simplemente nula, ninguna influencia ejercería la nulidad en las disposiciones extrañas al acto; pero cuando es inexistente, hay un motivo para dudar. La nada, pueden decir, no produce ningún efecto. Nos parece que el argumento confunde la partición, considerada como hecho jurídico, con el escrito en que se hace consignar el acto; suponemos que la donación es válida en cuanto á la forma, y así hay un instrumento válido, y ese instrumento comprende dos hechos jurídicos muy distintos, una donación de mejora y una partición; si la donación se hubiese hecho en instrumento aparte, continuaría siendo válida, á pesar de la nulidad radical de la partición; debe también subsistir si consta en el mismo instrumento, porque uno mismo pue-

1 En sentido contrario, Demolombe, t. 23, pág. 163, núms. 170 y 171.

de contener disposiciones muy distintas, válidas las unas y nulas ó inexistentes las otras. El Tribunal de Burdeos resolvió la cuestión en ese sentido. (1)

§ II.—¿CUÁNDO ES INEXISTENTE LA PARTICION?

Núm. 1. De los hijos omitidos.

99. Según el art. 1,078, es nula en todo la partición cuando no está comprendido en ella un hijo que vive al tiempo del fallecimiento. Por hijo que vive hay que entender el que está llamado á la sucesión del ascendiente, y que, por lo mismo, debe tener parte en la partición. El principio es, pues, éste: si un hijo que hubiese debido concurrir á la partición entre herederos no tiene parte en la que el ascendiente hizo, esta partición está atacada de nulidad radical, es inexistente, como se dice en lenguaje jurídico.

100. El principio se aplica sin dificultad al caso de que nazca un hijo posteriormente á la partición; aun cuando nazca después de muerto el ascendiente, basta que esté concebido entonces, para que sea llamado á la herencia y, por consiguiente, á la partición (art. 725). Si el padre no le comprendió en ella, se encuentra en el caso previsto por el art. 1,078; hay un hijo omitido, y así, no hay partición.

Si el padre no incluyó en la suya á un hijo que vivía ya en la época en que distribuyó sus bienes, ó que nació después, y si ese hijo llega á morir antes que el ascendiente, es válida la partición, por haber sido hecha como lo quiere el art. 1,078, entre todos los hijos que viven en la época del fallecimiento.

Lo mismo sucedería si el hijo omitido renunciara ó se hiciese indigno. Ese hijo "existía," ciertamente, al morir

1 Burdeos, 20 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 258).

el padre, pero era extraño á la herencia, por considerarse como si nunca hubiera sido heredero el que renuncia, y por estar excluido de la herencia el heredero indigno en el momento de abrirse aquélla (arts. 785 y 727); ninguna parte recibirían en la partición hecha *ab intestato*, y así no deben estar comprendidos en la de ascendiente. Bajo el aspecto de la sucesión, no existen. (1)

101. La omisión de un hijo adoptivo entrañaría la nulidad de la partición. En esto no cabe duda, puesto que, conforme al art. 350, el adoptivo tiene, á la herencia del adoptante, los mismos derechos que tendría el hijo nacido de matrimonio.

Creemos que lo mismo pasa con el natural. Sin embargo, se ha discutido el punto, como todo lo que concierne á los hijos nacidos fuera de matrimonio. A nuestro juicio, no cabe duda. Cuando se hace *ab intestato* la partición, debe llamarse á ella al hijo natural; esto es decisivo; si el padre no le incluye en la distribución que hace de sus bienes, hay un hijo omitido y, en consecuencia, la partición es nula. ¡Qué importa que el hijo natural no sea heredero! Esto no impide que tenga un derecho hereditario de la misma naturaleza, aunque menos extenso que el del hijo legítimo. Nos remitimos á lo dicho en el título "De las Sucesiones." Témesese que el padre se sirva de la partición para mejorar á su hijo más allá de los límites de la ley; mala razón, porque si hay mejora excesiva, podría quedar reducida. Troplong da, además, otra mala razón: habría, dice, muchos inconvenientes para la moralidad en una mezcla de la filiación legítima y de la ilegítima. Véase una de aquellas frases que abundan en Troplong y que citamos para que nuestros jóvenes lectores cobren aversión á la fraseología. Lejos de "mezclar" la partición de ascen-

1 Aubry y Rau, t. 6º, págs. 225 y siguientes, y notas 1.4. Duranton, t. 9º, pág. 630, núms. 638-640.

diente la filiación legítima con la ilegítima, previene cualquier conflicto, cualquier concurso aun entre los hijos legítimos y el natural, puesto que previene la partición *ab intestato*, á la cual tendría derecho de concurrir el hijo natural, á despecho de la moralidad. Genty vino á aumentar este caos de opiniones jurídicas, imaginando un nuevo sistema; creemos inútil refutar esas teorías imaginarias; el lector puede consultar á Réquier. (1)

Síguese de ahí que si después de la partición reconoce el padre á su hijo natural, será nula aquélla, puesto que no se incluyó en la misma á un hijo que debió haber tenido parte. (2)

Núm. 2. De los nietos.

102. La ley pone á los nietos en la misma línea que á los hijos de primer grado (art. 1,078); así es que, si á la hora de la partición hay un hijo muerto, el ascendiente debe incluir en ella á los nietos. La ley quiere también que haga la partición entre los hijos de cada rama, para que no quede indivisa la herencia y sea necesaria una partición *ab intestato*; autoriza la de ascendiente sólo para evitar las particiones entre herederos. (3)

103. Si muere antes que el ascendiente y dejando descendientes el hijo comprendido en la la partición, ¿sería ésta nula por omisión? Si se hizo por donación, no se puede decir que se hayan omitido los nietos, puesto que su padre está comprendido en ella. El hijo de primer grado recibió su parte, y, al morir, la transmite á sus descendientes; por lo mismo, éstos no pueden decir que fueron omitidos. Cier-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 226, nota 5. Réquier, pág. 215, número 119. En sentido contrario, Duránton, t. 9º, pág. 629, núm. 635. Troplong, núm. 2,324 (t. 2º, pág. 314). Genty, págs. 101 y siguientes.

2 Angérs, 16 de Julio de 1847 (Daloz, 1847, 2, 130). Réquier, página 301.

3 Réquier, pág. 303, núm. 162.

to es que pueden renunciar la herencia de su padre y recibir la de su abuelo; pero si concurren con los hijos de primer grado, es por derecho de representación; y los representantes no tienen otros derechos que los que habrían tenido los representados, á haber sobrevivido. En nuestro caso, el representado tuvo su parte, y, en consecuencia, nada tienen que reclamar sus hijos por ese capítulo. (1)

104. Si se hizo la partición y muere uno de los hijos en ella incluidos, ¿deben estimarse como omitidos sus descendientes, ó reciben la parte de su padre por representación? Discútese este punto, y hay dudas muy formales acerca de él. Si se admite que los hijos copartícipes á virtud de testamento, entran á la herencia como herederos legítimos, ninguna dificultad hay; la consecuencia del principio será que se deben aplicar las reglas de la sucesión legítima; y en la *ab intestato*, los descendientes de un hijo muerto representan á su padre, y así, están incluidos en la partición. Nosotros no hemos aceptado esta doctrina, por ser imposible reputar como herederos *ab intestato* á los que reciben bienes por testamento. No pueden ser más que legatarios; y con ello, si uno de los hijos muere, caducará su legado (art. 1,039); sus hijos no le representan, están omitidos, y pueden, por tanto, pedir nueva partición, salvo que quieran conformarse con el lote que se le aplicó á su padre. Esto es lógico, pero no está muy en armonía con la razón en que se funda la caducidad del legado, caso de morir el legatario. Los legados se hacen por afecto á la persona del legatario y deben concluir con él. Pero ¿puede decirse que el padre que distribuye sus bienes entre sus hijos no incluya á sus nietos por si muere el padre de éstos? Nó, por cierto. Hay, pues, conflicto entre la letra y el espíritu

1 Durantón, t. 9º, pág. 632, núm. 641. Genty, pág. 209, núm. 30. Aubry y Rau, t. 11, pág. 227, nota 7. Demolombe, t. 23, pág. 158, núms. 162 y siguientes.

de la ley. Creemos que la letra debe prevalecer; admitir á los hijos á representar á un legatario muerto, es introducir una excepción en la ley y en los principios, y sólo el legislador tiene esa facultad. En favor de nuestra opinión hay un fallo de Agén, muy bien motivado, y en que un magistrado de aquel tribunal sostuvo una excelente disertación. (1)

Se ha propuesto que se admita á los descendientes del hijo muerto, en virtud de una substitución vulgar tácita. (2) Confesamos no comprender lo que se quiere decir con esto. Que el padre llame á los nietos por si muere el hijo, ó que la ley subentienda una substitución, está en armonía con los principios; pero que el intérprete imagine y de propia autoridad invente una substición, no es admisible, como no se reconozca al juez facultad para legislar.

ARTICULO 2.—De la partición nula.

§ I.—DE LAS CAUSAS DE NULIDAD.

105. La partición de ascendiente debe hacerse por donación ó por testamento; la ley la sujeta á las formalidades, condiciones y reglas prescriptas para las disposiciones entre vivos ó testamentarias; por consiguiente, las causas de nulidad de las donaciones y testamentos se aplican á la partición de ascendiente. Tal es el derecho común. La jurisprudencia aplicó ya este principio, (3) y en esto no cabe duda. La ley prevee una causa especial de nulidad, que es la lesión, y añade que también puede impugnarse la partición por tocar la reserva (art. 1,079).

1 Agén, 23 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1848, 2, 17 y la nota). En sentido contrario, Genty, pág. 209, núm. 30. Demante, continuado por Colmete de Santerre, pág. 462, núm. 243, bis, 9º y todos los autores (Aubry y Rau, t. 6º, pág. 227 y nota 7).

2 Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2º, pág. 115, número 147.

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

§ II.—DE LA RESCISIÓN POR CAUSA DE LESIÓN.

Núm. 1.—¿Quién puede pedir la rescisión?

106. El art. 1,069 dice que la partición hecha por el ascendiente podrá atacarse por lesión de más del cuarto. Esto es la aplicación, á la partición de ascendiente, del principio establecido por el art. 887 para las particiones entre los herederos; há lugar á rescisión cuando uno de los coherederos establece, en su perjuicio, una lesión de más del cuarto; quiere decir, cuando el valor de los objetos que figuran en su lote es inferior en más de un cuarto al importe de la parte hereditaria que hubiera debido percibir. Siendo idéntico el principio, nos remitimos al título “De las Sucesiones” para todo lo que es común á las dos especies de partición en lo relativo á la lesión.

107. Para saber si un hijo fué perjudicado en más del cuarto por la partición de ascendiente, hay que considerar únicamente los objetos que forman la materia de la partición, sin tener parte la masa total de los bienes que componen el patrimonio del ascendiente. Lo dice el texto del art. 1,078: la partición es la que debe causar el daño de más del cuarto, para que pueda ser impugnada; y desde que sale perjudicado uno de los hijos en esa distribución, en más del cuarto, puede pedir la rescisión.

Todos los autores admiten el principio, y las consecuencias que de él emanan son evidentes. Supónese que la partición no perjudica á ninguno de los copartícipes, y no hay lesión sino cuando un hijo no recibe los tres cuartos de su parte hereditaria. Pero uno de ellos se queja de que el ascendiente otorgó liberalidades, y de que, por causa de esas donaciones y de la partición de bienes, no ha recibido los tres cuartos de los bienes que forman el patrimonio del ascendiente. Hay, pues, desigualdad entre él y sus copartícipes; ¿le da ella derecho para atacar la partición? Hay que

distinguir. Si quedó íntegra la reserva del hijo desigualmente partido, no tiene acción. No tiene la de rescisión de la partición por causa de lesión, porque no le perjudica la partición, pues obtuvo los tres cuartos de su parte hereditaria; y no puede atacar la partición por tocar la reserva, puesto que recibió la partición de bienes que se le reservó. Pero si se consume la reserva, podrá el hijo acogerse á la segunda parte del art. 1,079, que permite impugnar la partición, caso de que resulte de ella y de las liberalidades hechas por mejora, que uno de los copartícipes obtiene ventaja mayor que la permitida por la ley. Más adelante explicaremos esa segunda disposición de aquel artículo. (1)

Si mi hijo no ha tenido las tres cuartas partes de su herencia en los objetos partidos por el ascendiente, tiene derecho de impugnar la partición por causa de lesión, aun cuando haya recibido una liberalidad como mejora, y esa donación, añadida á su lote, le dé las tres cuartas partes, y más, de la que le perteneciera en la masa total de los bienes del ascendiente, si todos ellos hubiesen hecho el objeto de la partición. ¿Se dirá que, en definitiva, ese hijo no salió perjudicado, puesto que recibió más de los tres cuartos del patrimonio de su padre? Se responde, y la respuesta es perentoria, que legalmente fué perjudicado; en efecto, no tuvo los tres cuartos de su parte hereditaria en los bienes que distribuyó su padre; fué, pues, perjudicado conforme al artículo 1,078, y, por tanto, puede pedir la rescisión de la partición. (2)

108. El hijo sale perjudicado en más del cuarto, en una partición entre vivos. Conforme á la opinión general, la

1 Nimes, 7 de Abril de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 43). Caen, 31 de Enero de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 154).

2 Durantón, t. 9º, pág. 639, núm. 648; pág. 640, núm. 649. Demante, t. 4º, pág. 475, núm. 247 bis, 1º. Genty, pág. 305. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 234 y nota 5. Demolombe, t. 23, pág. 167, núm. 176. Compárese con Réquier, pág. 323, núm. 179.

acción de rescisión no comienza sino á la muerte, como lo veremos después. En ese momento se hace una partición suplementaria de los bienes que el ascendiente no distribuyó. ¿Habrá que reunir ambas particiones para estimar si hubo lesión? Si el ascendiente mismo hubiese hecho varias particiones, ninguna duda ofrecería la afirmativa. Pudo corregir en otra nueva la desigualdad que hubo en la primera. Por otra parte, ambos instrumentos, aunque hechos en dos distintas fechas, comprenden la distribución de un solo patrimonio, y, por consiguiente, una sola partición. Es necesario, pues, combinar los dos instrumentos para valuar la parte hereditaria del hijo que ataca la partición y estimar el daño. En este punto están de acuerdo los autores y la jurisprudencia. (1) Con eso, debe suceder otro tanto si los herederos hacen la partición de los bienes que quedaron indivisos; ellos habrán hecho lo que podía hacer el ascendiente, reparando el daño que resultara de la partición. Legalmente, no hay daño cuando á virtud de esa partición hecha en dos distintos instrumentos, no salió perjudicado el hijo en más del cuarto. (2)

Núm. 2. De la acción de rescisión.

I. ¿Cuándo se abre?

109. Entramos aquí en un orden de cuestiones de dificultad extrema; no hay otras en que tan dividida esté la jurisprudencia; y aun no se ha fijado, pues continúa la lucha de los tribunales de apelación contra la Sala de Casación; cosa que no debe asombrar, puesto que esta misma Sala está dividida, opinando de un modo la civil y de otro la criminal. La doctrina, que por tanto tiempo fué unánime,

1 Casación, 18 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 1, 55). Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 234, y Demolombe, t. 23, pág. 173, núm. 179.

2 En sentido contrario, Réquier. pág. 318, núm. 177.

cambió con la jurisprudencia, y sería muy temerario asegurar que ha llegado á una solución definitiva. No hay más que un medio para no extraviarse en ese mar de dudas, y es el de atenerse estrictamente á la ley. Creemos que la primitiva jurisprudencia de Casación fue la que tuvo en su favor á la ley (1); lo cual no impide que haya en favor de la nueva jurisprudencia poderosas consideraciones, pero que más bien corresponden al legislador que al intérprete.

110. ¿Cuándo se abre la acción de rescisión por causa de daño? Cuando se hace la partición de ascendiente por acto de última voluntad, no cabe duda; la partición no existe sino á la muerte del testador, que es cuando comienzan las acciones que le conciernen. La cuestión no ocurre, pues, sino tocante á la partición entre vivos. Comencemos por recordar los principios elementales de las acciones de nulidad ó rescisión de un contrato. Comienzan ellas desde que se perfecciona el contrato; este principio está implícitamente establecido por el art. 1,304, como lo veremos en el título "De las Obligaciones," y no se ha discutido. Es principio general; todo acto jurídico puede ser impugnado desde el momento en que existe. Hay otra razón para aplicar ese principio á las acciones de nulidad de un contrato; la ley establece, con respecto á ellos, una prescripción especial, que es la de diez años. Esa prescripción, no es más que una confirmación tácita; el silencio de las partes contratantes que saben que tienen derecho de proceder y no no proceden, se considera por la ley como una confirmación del contrato.

Los principios generales se aplican á todos los casos en

1 Denegada, 4 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 1, 49). Este fallo, que se dictó de acuerdo con el pedimento de Lazagni, fué celebrado como un fallo-principio. Dos años después, la Sala se pasó á la opinión contraria. Véase la pág. 156, nota 2.

que no hay derogación de la ley. Nuestra cuestión se reduce, pues, á saber si en el capítulo de las particiones de ascendiente deroga el Código la regla que acabamos de recordar. El art. 1,079, único que trata de la acción de rescisión, se limita á decir que la partición de ascendiente puede ser atacada por daño de más del cuarto. Alguna derogación del derecho común hay, ciertamente, en esos términos; más bien podría decirse que el texto resuelve la cuestión en el sentido del principio general establecido por el art. 1,304. La "partición hecha por el ascendiente" es la que se puede impugnar; luego desde que lo es, puede serlo. ¿Y cuándo se hace la partición al distribuir entre vivos sus bienes el ascendiente? El art. 1,076 responde que es menester aplicar á esa partición las reglas relativas á donaciones. Por tanto, existe y es perfecta la partición, cuando lo es la donación; y ésta, como cualquier contrato, se perfecciona por el conocimiento de las partes. Existiendo la partición desde que se perfecciona el contrato, desde ese momento puede ser atacada. (1)

¿Qué se opone contra los principios y contra la ley? En la opinión que enseña que la partición hecha por donación no produce los efectos de la partición sino al morir el ascendiente donante, objétase, naturalmente, que no puede ser atacada la partición mientras no exista, y que, por lo mismo, no puede serlo en vida del ascendiente. Hemos combatido esta doctrina (núm. 89), como contraria al texto, y rechazamos la consecuencia que se deduce de él por igual motivo. No se tiene más que comparar los fallos de casación con el texto del Código, para convencerse de que se hace que la ley obligue otra cosa de lo que dice en realidad. Dice la Sala que, en vida del ascendiente, la parti-

1 Durantón, t. 9º, pág. 638, núm. 647 y todos los autores antiguos, lo mismo que gran número de resoluciones. (Véase la nota de Dalloz, 1847, 1, 197).

ción no produce más que los efectos de una donación, y que sólo al morir él, es cuando hay partición. El Código dice que el ascendiente puede partir sus bienes entre vivos, por donación, y que tal partición, como cualquiera donación entre vivos, produce su efecto actual é irrevocablemente. Por consiguiente, hay partición, y así, puede impugnarse.

Los autores que se ponen de parte de la Sala de Casación, dicen que la partición entre vivos tiene dos caracteres: uno, actual é inmediato, que es de una donación; el otro, futuro y eventual, el de la partición. (1) De suerte que cuando la ley dice que el ascendiente puede distribuir sus bienes entre vivos, significa esto que puede partirlos por causa de muerte. Es difícil ponerse en oposición más directa con la ley. Los autores se ponen en contradicción hasta consigo mismo, al enseñar, con excepción de Genty, que la partición hecha por donación da inmediatamente á los copartícipes los privilegios que nacen de la partición, y admitir que tienen mutuamente obligación de garantizarse. Véase, pues, la donación que produce los efectos de una partición en vida del ascendiente; y después de esto, se dice que la partición de ascendiente no lo es sino hasta que él muere. La contradicción es palpable. ¿Concíbese que un mismo instrumento sea partición bajo ciertas consideraciones y no lo sea bajo otras? Para establecer semejantes distinciones, sería menester una ley, y la única que tenemos dice que el acto por el cual distribuye entre sus hijos sus bienes el ascendiente, es partición. Si lo es, debe producir todos los efectos de tal, y, por lo mismo, en cuanto á los copartícipes el derecho de atacarlo.

III. Contra el argumento de la ley se opone otro, tomado de la ley misma. La acción de nulidad por causa de omisión de uno de los hijos, no nace sino al tiempo de la

1 Demolombe, t. 23, pág. 238, núm. 220.

muerte, dicen; mas el art. 1,079 sigue al 1,078, y debe interpretársele en el mismo sentido, sobreentendiendo en él las palabras "en el momento de la muerte." (1) Comenzamos en que es singular interpretación de la ley, la que "sobreentiende" en un artículo palabras que no se hallan en él. Más singular aún es la interpretación cuando se comparan las dos disposiciones que, se dice, están concebidas con idéntico espíritu. En el art. 1,078 se trata de una partición inexistente, mientras que el 1,079 prevee el caso de una rescindible. Cuando es inexistente, no se puede preguntar en qué época nace la acción de nulidad, puesto que no hay acción; los hijos tienen derecho de pedir otra partición; ¿cuándo pueden pedirla? Al morir el ascendiente, puesto que sólo entonces se sabrá si se omitió á un hijo. Cosa muy distinta pasa cuando la partición es rescindible por causa de daño; éste es un vicio, como el error, el dolo y la violencia, y cuando está viciado el consentimiento, procede la acción de nulidad, ó la rescisión inmediatamente; ¿por qué se había de esperar hasta la muerte del ascendiente, para atacar una partición que está viciada en su esencia, puesto que vulnera la igualdad?

Veamos lo que responde la Sala de Casación. (2) Los ascendientes, dice, tienen completa facultad, durante su vida, para disponer á título gratuito de los bienes que poseen. Indudablemente pueden también donar todos sus bienes á uno de sus hijos, sin que se puedan quejar los otros. Pero cuando en lugar de darlos, los parten, no son libres; el que hace una partición no puede distribuirlo todo entre unos, dejando sin nada, ó casi, á los demás, sino que debe respetar la igualdad, pues si la vulnera, será

1 Demolombe, t. 23, pág. 234, núm. 220.

2 Denegada de la Sala Civil, 30 de Junio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 197, sin motivos, bien que dictada previa deliberación). Casación, 14 de Julio de 1852 (Daloz, 1852, 1, 203). Denegada, Sala Civil, 28 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 81).

rescindible el acto. Sí, dice la Sala, pero sólo al morir, porque hasta entonces se abre la sucesión; hasta entonces, ninguno de sus hijos tiene derecho á la fortuna del ascendiente, ni pueden, por lo mismo, criticar el abuso que de ella haga. Nó, los hijos no tienen derecho á los bienes de su padre mientras vive; pero éste les puede dar un derecho con distribuirles sus bienes, y es menester que por una ficción se suponga que tienen algún derecho, si no, no se concebiría la partición; el padre les puede dar lo que quiera, no puede distribuir sus bienes sino á quienes tienen un derecho preexistente. Esta ficción, sin la cual no se comprende la partición de ascendiente, responde también á lo que la Sala dice de la apertura de la sucesión del ascendiente. Esa apertura no tiene lugar sino á la hora de la muerte, y esto es evidente; mas para que en vida del ascendiente haya partición, ¿no hay que suponer que hay bienes que dividir, y, por consiguiente, una herencia abierta por ficción? Y si se abre la herencia para hacer de ella la partición, ¿por qué no se abriría para atacarla?

Esto, dice la Sala, no puede ser, porque sólo al morir el ascendiente es cuando quedan fijados los derechos y obligaciones recíprocos de los herederos. El argumento es un poco vago, los tribunales de apelación son algo más explícitos. Sólo al morir el ascendiente es cuando se pueden apreciar las fuerzas de su patrimonio; mas una parte de éste es la que recibe cada heredero, conforme á su derecho propio; hay, pues, que esperar á la muerte para saber si hubo daño. (1) La objeción no tiene en cuenta la partición entre vivos, partición que implica la apertura ficticia de la herencia del ascendiente, y, por lo mismo, el ejercicio de todos los derechos que corresponden á los herederos

1 Pau, 9 de Julio de 1861 (Daloz, 1861, 2, 192). Poitiers, 5 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 2, 119). Limoges, 3 de Diciembre de 1868 (Daloz, 1869, 2, 176).

ros. Si un hijo resulta perjudicado con la partición, tiene derecho inmediato para pedir la rescisión; y ese derecho le recibe del ascendiente mismo, que, al distribuir sus bienes, da á sus hijos la calidad de herederos desde que vive. Esto no impedirá que, muerto él, se arreglen los derechos de los herederos con respecto al patrimonio entero del difunto. Si há lugar á una partición suplementaria, esta partición, conforme á la opinión que hemos enseñado (número 108), es una consecuencia de la que hizo el ascendiente; los dos actos reunidos no forman más que una misma partición de un solo patrimonio, y, en consecuencia, quedarán arreglados los derechos de los copartícipes. En este punto, nos apartamos de la jurisprudencia primitiva de casación, que consideraba la partición de ascendiente y la que se hacía á su muerte, como dos particiones distintas é independientes una de otra. Esta doctrina se prestaba á serias objeciones; ¿concíbese que haya dos particiones, y, por lo mismo, dos herencias de una sola y misma persona? Dudamos que la ficción vaya hasta allá; siendo, como esencialmente lo son, contrarias á la realidad, las ficciones deben contraerse dentro de los límites más estrechos. El art. 1,079 dice, en verdad, que los bienes no comprendidos en la partición de ascendiente se partirán á su muerte conforme á la ley, pero no que la segunda partición esté aislada de la primera, y que, por consiguiente, habrá dos sucesiones, y así dos muertes, una ficticia y la otra real. Es menester entrar á la realidad desde el momento en que la ficción no obliga á separarse de ella.

112. Quedan las consideraciones morales que los fallos desarrollan con gran vigor. Nada debe el ascendiente á sus hijos mientras vive, pues voluntariamente se despoja de lo suyo en favor de ellos; éstos lo deben todo á su padre, aun cuando no haya igualdad en la partición; y se quiere que pidan la nulidad de un acto que les hace gracia, y

que acusen á su padre de haberlos perjudicado, cuando, en realidad, los mejoró. Esto sería impiedad, dice el Tribunal de Poitiers. ¿Y qué resultará de tal doctrina? Que los hijos que respeten á su padre no procederán; pero si se resuelve que tampoco tienen derecho de proceder, correrá contra ellos la prescripción, que podrá estar completa al morir el padre; de modo que los hijos respetuosos perderán su derecho de atacar la partición que los daña, en tanto que obrarán los que olviden toda piedad filial. ¿Debe el legislador dar la mano á los que desconocen el principal de sus deberes? ¿y puede admitirse que los hijos que cumplen con el suyo pierdan su derecho porque el respeto que deben á sus ascendientes les impide obrar? (1)

Deploramos este conflicto entre el sentido moral y el derecho; leyes mal formadas, siquiera estén conformes con los principios, son las que vulneran la conciencia. Pero el intérprete no puede guiarse por motivos de interés general, que esto es misión del legislador. También podrían invocarse en apoyo de nuestra opinión, consideraciones de orden público; así lo hizo el Tribunal de Dijón. (2) Las acciones de nulidad son de consecuencias funestas para los terceros, y comprometiendo los derechos de éstos, conmueven la estabilidad de la propiedad; quiere decir, conmueven los cimientos de la sociedad. Esto es cierto, sobre todo en cuanto á las particiones que interesan á una familia entera así como á todos los que mantienen relaciones con ella; importa no nulificarlas, y cuando ello es necesario, vale más que desde luego se intente la acción, que no dejarla para cuando muera el ascendiente. Cierto, éstos motivos son de gravedad, pero corresponden al legislador, que se decide por consideraciones de interés público; el

1 Denegada, Sala Civil, 28 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 81). París, 8 de Abril de 1850 (Daloz, 1850, 2, 134). Tolosa, 22 de Mayo de 1863 (Daloz, 1863, 2, 78).

2 Dijón, 11 de Mayo de 1844 (Daloz, 1845, 1, 51).

intérprete no debe tener presentes más que la ley y los principios.

113. Es necesario que nos coloquemos en el punto de vista de la opinión general, puesto que la que acabamos de exponer está abandonada por los autores y por la jurisprudencia. Viviendo el ascendiente, no se puede intentar la rescisión, cuya acción está como en sueños, dice el Tribunal de París; desde entonces los defensores pueden excepcionarse contra el que pide la rescisión; y aun el Tribunal debería considerar de oficio la excepción, por estar fundada en razones de orden público. (1)

La jurisprudencia está, sin embargo, porque se admita la rescisión, vivo el ascendiente, cuando se hace la partición entre los hijos sin concurrir el padre. Hé ahí una resolución muy lógica en cierto sentido, pero que no por eso destruye menos las bases de la opinión general. La partición hecha entre los hijos es ordinaria, y nada tiene que ver el respeto á la autoridad paterna; nada hay, pues, que prohiba proceder á los hijos. (2) Nos cuidamos de contestar á esto. Pero ¿qué sucede entonces con la doctrina que deja para cuando muera el ascendiente los efectos de la partición que hizo entre vivos? No fué él quien procedió á la partición, en hora buena; pero ésta se practica en virtud de la donación que hizo á sus hijos para distribuirles sus bienes. En todo caso, hay partición, puesto que los tribunales admiten que se pida su rescisión. ¿Y puede haber partición viviendo aquel cuyos bienes se dividen? Si puede haberla, hay por lo mismo, una sucesión abierta, pues sin ella no podría haber partición. Eso es precisamente lo que sostenemos. Si hay partición cuando los hijos se distribuyen los bienes,

1 París, 8 de Abril de 1850 (Daloz, 1850, 2, 134).

2 Riom, 4 de Agosto de 1866 (Daloz, 1866, 2, 153). Denegada, Sala Civil, 16 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 1, 153). Lyon, 23 de Mayo de 1868 (Daloz, 1869, 2, 112). Burdeos, 8 de Marzo de 1870 (Daloz, 1871, 2, 202).

¿por qué no había de haberla cuando el padre hace la distribución?

II. *¿En qué término se debe intentar la acción?*

114. Cuando se hace la partición por donación entre vivos, debe intentarse la acción rescisoria dentro de diez años. Esto es aplicación del art. 1,304, que así dice: "En todo caso en que no estuviere limitada á un término menor, por una ley particular, la acción de nulidad ó rescisión de un convenio, durará diez años." Ahora bien, la partición entre vivos es convenio, puesto que no puede hacerse sino por donación; luego debe aplicarse la prescripción especial de aquel artículo.

¿Sucede lo mismo con la partición por testamento? Es indudable que nó. No se puede aplicar la prescripción especial y excepcional del art. 1,304, puesto que el testamento no es contrato; y no estando en el caso de la excepción prevista por ese artículo, hay que volver á la regla general del 2,262, según la cual toda acción prescribe á los treinta años. Sin embargo, se discute el punto, como si en esta materia todo hubiera de ser dudoso. Durantón extiende á testamentaria lo que acabamos de decir de la partición entre vivos. Creemos inútil impugnar este error, porque le hay; basta leer el art. 1,304 para convencerse de ello. (1) Volveremos, por lo demás, á los principios, en el título "De las Obligaciones."

115. ¿Cuándo comienza á correr el término? La partición testamentaria se rige por el derecho común; la acción de nulidad de un testamento se abre al morir el testador, y desde luego debe comenzar el término. Hase dicho que

1 Casación, 25 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, 1, 425). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 257 y nota 18. Réquier, pág. 413, núm. 229. En sentido contrario, Durantón, t. 9º, pág. 638, núm. 646.

éste no corre sino desde el día en que se descubre el testamento; (1) esto es aplicación del principio *contra non va lentem agere non currit prescriptio*. Esta máxima no está en nuestras leyes. Al contrario, el art. 2,251 dice que la prescripción corre contra todo individuo, á menos que esté comprendido en alguna excepción legal; y no hay ley que suspenda el curso de una prescripción por un impedimento material para proceder. Volverémos á esta materia en el título "De la Prescripción."

116. Cuando la partición se hace por donación, debería también correr el término desde que se perfecciona ésta. Conforme á nuestra opinión, tal cosa no es dudosa, puesto que admitimos que existe la partición con todos sus efectos desde que se perfecciona la donación, y que, por consiguiente, pueden proceder los hijos á la rescisión viviendo aún el ascendiente. Pero, siguiendo la opinión contraria, no hay partición vivo el donante, sino hasta que muere, y así, no puede comenzar la prescripción de la acción de nulidad sino desde aquel momento. (2)

Tal es la consecuencia lógica de la nueva doctrina admitida por la jurisprudencia. Los fallos de casación que la consagran casi no hacen sino repetir los motivos generales que hemos expuesto (núms. 111, 112). (3) La Sala de la Instancia se adhirió á la opinión que prevaleció en la Civil, sin dar ningún motivo para su resolución, como si lo hiciera á más no poder y para no menoscabar la autoridad del Tribunal Supremo. (4) Los de apelación motivan sus resoluciones con más cuidado, y el desarrollo que dan á la opinión que hoy domina suscita más de una dificultad. Ya

1 Durantón, t. 9º, pág. 638, núm. 646.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 236, y notas 15 y 16, y los autores que citan. Compárese á Réquier, pág. 421, núm. 235.

3 Casación, 30 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 193, sin motivos). Casación, 16 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 237). Denegada, Sala Civil, 28 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 82).

4 Denegada, 18 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 294).

nosotros le hemos reprochado el ponerse en pugna con el texto legal, haciendo desaparecer de la partición de ascendiente el carácter de partición, para atenerse exclusivamente al elemento de donación. Tampoco el Tribunal de Burdeos da el nombre de partición al acto por el cual distribuye el padre sus bienes entre sus hijos, sino que le llama abandono, y dice que es pura liberalidad, que no habla de perjudicar á los hijos. (1) Evidentemente. Pero ¿es eso lo que dice la ley? ¿Se intitula el capítulo VII "De las Liberalidades" que un ascendiente hace á sus descendientes? Se llama "Delas Particiones" hechas por los padres; y el art. 1.º del capítulo, dice que los ascendientes podrán hacer entre sus hijos la "partición" y la "distribución" de sus bienes; la ley emplea dos palabras para carectizar el acto por el cual el ascendiente entrega sus bienes á sus hijos; no se trata de liberalidad. El carácter dominante del acto es, pues, el de partición. Viene en seguida el art. 1,076, que dice cómo la partición puede y debe hacerse cuando el padre distribuye sus bienes entre vivos; en ese caso, está obligado á observar las formalidades, condiciones y reglas de las donaciones. La donación es, pues, elemento accesorio de la partición de ascendiente, y es alterar la ley, decir, como lo dice la jurisprudencia, que el hijo es "simple donatario" (2) es, ante todo, copartícipe; y si no puede salir perjudicado como donatario, es indudable que sí puede serlo como copartícipe. En un fallo muy bien motivado, el Tribunal de Orleáns dice que la partición entre vivos es una "liberalidad acompañada de partición." (3) Esto es lo contrario de lo que dice la ley, según la cual es un acto por el cual el ascendiente parte y distribuye sus bienes entre sus hijos, y que si lo quiere hacer el padre en vida, debe

1 Burdeos, 30 de Julio de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 37).

2 Agén, 17 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 297).

3 Orleans, 17 de Enero de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 270).

usar las condiciones y reglas prescriptas para las donaciones. La diferencia entre la jurisprudencia y la ley es capital: el Código dice que el ascendiente hace la partición y distribución de sus bienes, lo cual implica un acto á título oneroso, un derecho de los hijos, un acto en que el padre debe observar el principio de legalidad, pena de nulidad; los tribunales dicen que el hijo carece de derecho, que es simple donatario, que recibe una pura liberalidad, y en ese orden de ideas, ciertamente no se concibe que salga perjudicado. Lo que engañó á los tribunales, fué que para nada tuvieron en cuenta la ficción que se halla en la partición de ascendiente; en realidad, ningún derecho tienen los hijos á los bienes de su padre, mientras vive, pero éste les reconoce cierto derechos al declarar su herencia ficticiamente abierta, y partir, consiguientemente, entre sus hijos, bienes de los cuales se estima ser ellos copropietarios pro indiviso. Sin esa ficción, la partición de ascendiente es un contrasentido. Con la ficción todo se explica, es cierto, aunque no sin dificultad; nada más difícil que trazar los límites á que deben circunscribirse las ficciones. La jurisprudencia se facilita la tarea, pero suprimiendo la ficción.

117. La aplicación del principio generalmente admitido, ha dado lugar á una dificultad. Hay, al morir el padre, bienes no partidos; ¿corre en ese caso la acción de rescisión por causa de lesión, contra la partición, desde la muerte ó desde la partición de los bienes pro indiviso? La Sala de Casación tiene resuelto que corre desde la muerte. Desde ese momento existe la partición, conforme á la jurisprudencia, y, por consiguiente, debe correr la prescripción de la acción de rescisión. (1) La resolución es lógica, pero atestigua contra el principio admitido por la jurisprudencia. ¿Qué se dice para combatir la primitiva de ca-

1 Denegada, 27 de Noviembre de 1865 (Daloz, 1866, 1, 216).

sación? Que no se puede intentar la acción de rescisión en vida del ascendiente, porque á su muerte puede haber bienes y porque la lesión debe calcularse sobre todo el patrimonio del ascendiente, visto que no hay dos sucesiones sino una sola (núm. 110). Y bien, véase cómo la Sala de Casación permite que se rescinda la partición entre vivos antes de que se partan los bienes que quedan en la herencia *ab intestato*, antes que se haya podido hacer constar el valor del patrimonio y asegurar si hubo daño. La contradicción es evidente; si, á pesar de ello, admite que se puede intentar la acción de rescisión desde luego y antes de la segunda partición, ¿por qué no podría formarse en vida del ascendiente lo mismo que después de muerto?

118. Sucede con frecuencia que los padres distribuyen sus bienes á sus hijos por un solo acto, comprendiendo los paternos y los maternos en una sola masa común. Hemos hecho ciertas reservas contra esta manera de proceder (número 48); á nuestro juicio, cada uno de los padres puede partir únicamente los bienes que le pertenecen, porque si la partición es una distribución de bienes, también es donación; ¿y se pueden donar bienes de que no se es propietario? Las dificultades á que da lugar la acción de rescisión de esas particiones acumulativas, confirma nuestras dudas. En nuestro concepto, no hay ninguna; pudiendo intentarse en vida de los padres la rescisión, con mayor razón se podrá muerto alguno de ellos. Conforme al sistema de la jurisprudencia, la acción no se abre sino al morir el ascendiente. ¿Será menester que el hijo espere á que muera el que sobrevive para proceder? Tal es la doctrina consagrada por la jurisprudencia; los autores la admiten igualmente con una restricción que se halla también en los fallos, para el caso de que los bienes paternos y maternos, aunque partidos por un mismo acto, hubiesen sido distribuidos como patrimonios distintos; hay entonces dos

particiones comprendidas en un solo instrumento, y, por consiguiente, ninguna dificultad hay para que se divida la acción rescisoria. (1) Pero cuando se confundieron ya los bienes, ¿cómo separar cláusulas de un mismo instrumento y cortar una partición que forma un todo indivisible en la mente de los contratantes? La jurisprudencia admite, en razón de esta indivisibilidad, que no podrá intentarse la acción sino muerto uno de los dos cónyuges. (2) Sin embargo, hay fallos en contrario, (3) y los motivos en que se fundan nos parecen decisivos. ¿Hay realmente indivisibilidad? Esta no resulta, ciertamente, de las cosas que son objeto de la partición; son dos patrimonios distintos y, por tanto, es de derecho la división. Así lo confiesan, diciéndolo que la indivisibilidad resulta de la intención de los padres, á la cual se unen los hijos, puesto que concurren á la partición, á lo menos al aceptarla. La cuestión, pues, se reduce á saber si los ascendientes tienen derecho de hacer de sus bienes un todo indivisible, de suerte que también lo sea la partición. Nosotros les disputamos tal derecho. Ninguno de los cónyuges puede dar sino lo que le pertenece, y los hijos tienen derecho de reclamar su reserva en la sucesión del padre y de la madre, quienes no los pueden privar de ese derecho, así como los hijos no le pueden renunciar viviendo aún sus padres, puesto que equivaldría á renunciar una herencia futura, y tales renunciaciones, como todo pacto sucesorio, están severamente prohibidas (arts. 791 y 1,130). Se invocan, además, motivos de orden moral: si no pueden los hijos proceder contra sus padres,

1 Demolombe, t. 23, pág. 250, núm. 227. Tolosa, 22 de Mayo de 1863 (Daloz, 1863, 2, 78).

2 Lyon, Abril 18 de 1860 (Daloz, 1861, 5, 339). Agén, Junio 7 de 1861 (Daloz, 1861, 2, 116), y 1º de Junio de 1864 (Daloz, 1864, 2, 183). Tolosa, 22 de Mayo de 1863 (Daloz, 1863, 2, 78). Denegada, 18 de Junio de 1867 y 14 de Agosto de 1866 (Daloz, 1867, 1, 2741). 11,

3 Agén, 17 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1856, 2, 297), y 16 de Febrero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

viviendo aún, por razón del respeto que les deben, tampoco pueden proceder contra el intérprete para romper un instrumento que aquél quiso hacer indivisiblemente con su cónyuge. Sin duda, hay algo de indivisible, cual es el respeto que los hijos deben á sus padres; pero también es evidente que ese respeto, consideración puramente moral, no podría hacer indivisible el contrato. Quedan algunas dificultades de hecho que son incontestables, pero de las cuales nunca se puede prevalecer el juez para desechár una demanda.

Sea como fuere, la opinión consagrada por la jurisprudencia, atenta contra los derechos de los hijos. Al morir uno de los padres, están, por disposición de la ley, en posesión de los bienes del difunto, tienen un derecho actual, inmediato, que ningún convenio puede quitarles. ¿Por qué razón la jurisprudencia pone trabas al ejercicio de la propiedad que pertenece á los hijos? El Tribunal de Agén dice muy bien, que no bastaría la más expresa voluntad de los padres, para impedir que al fallecer uno de los donantes tengan acción los hijos para reclamar su parte hereditaria, sin que estén obligados, para obtenerla entera, á esperar el fallecimiento del cónyuge supérstite.

III. Avalúo de bienes.

119. El art. 890 expresa: "Para apreciar si hubo daño, se estiman los objetos según el valor que tenían al tiempo de la partición." ¿Se aplica á la de ascendiente esta disposición, escrita en el capítulo "De la Partición de las Herencias *ab intestato*?" Si se admite, con la primitiva jurisprudencia de Casación, que la acción rescisoria comienza en vida del ascendiente, la respuesta no es dudosa; la partición de ascendiente es verdadera partición, é implica que, por una ficción legal, está abierta la sucesión del ascendiente; el padre distribuye los bienes entre sus

hijos, en lugar de ellos; distribución que no es sino liquidación y repartición de un patrimonio común, y en la cual debe presidir la igualdad como en las particiones *ab intestato* que harían entre sí los herederos; el daño vicia, pues, la partición en su esencia. De ahí la acción de rescisión ¿Cómo se sabrá si hay daño? El art. 890 responde á esta pregunta; la regla que establece emana de la naturaleza de las cosas, dictada por el buen sentido. Un hijo pretende haber salido perjudicado en más del cuarto por la partición de ascendiente; es necesario que pruebe no haber recibido los tres cuartos de su parte hereditaria, apreciando los bienes conforme al valor que tenían al tiempo de la partición. Una vez consumada ésta, si fué igual la parte de los coparticipes, los aumentos ó disminuciones de valor que pueden sobrevenir, son de cuenta de los coparticipes; propietarios incommutables de los bienes puestos en su lote, perecen los bienes, aumentan ó disminuyen de valor para ellos. La consecuencia es indiscutible tan luego como se admite el principio. (1)

120. Hoy desechan el principio los autores y la jurisprudencia. ¿Tendremos que inferir de ello que con el principio viene abajo la consecuencia? La cuestión se agita vivamente, y no ha concluido la lucha. La Sala de Casación ha desertado del sistema que había prevalecido en 1845 en la Sala de la Instancia, de acuerdo con el pedimento de Lasagni, uno de los magistrados más distinguidos del Tribunal. Los de apelación se han doblegado á la autorización del Tribunal Supremo, con excepción del de Agén que, inspirándose en un juriconsulto distinguido, M. Réquier, hoy su Presidente, resiste á la Sala de Casación con una perseverancia que admiramos. Estamos convencidos

1 Denegada, 4 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 1, 49). En el mismo sentido, Denegada de la Sala de Casación de Bélgica, 7 de Agosto de 1845 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 144). Lieja, 20 de Julio de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 290).

de que la Sala de Apelación tiene razón contra la de Casación; lo que complica singularmente la dificultad es que la doctrina de 1845 por nadie está sostenida. Todos admiten que la acción rescisoria no comienza sino á la muerte. Es una concesión peligrosa, que da toda la ventaja á la lógica de casación, mientras que la opinión contraria parece ilógica y condenada de antemano por sus contradicciones.

Hasta nosotros, que nos habíamos acomodado á la primitiva jurisprudencia de casación, no quisiéramos admitir el fallo de 1845 en todo su rigor. Es demasiado absoluto, y en materia de partición de ascendiente, toda doctrina absoluta es sospechosa; la partición entre vivos, y es la de que se trata, encierra dos elementos diversos, opuestos en cierta manera; es, al mismo tiempo, una partición y un instrumento de disposición. De ahí inevitables conflictos que parecen contradicciones. Es menester recurrir á una ficción para explicarlos; y las ficciones nada tienen de absoluto, pues, antes bien, son opuestas á la realidad y sólo es absoluta la verdad. Por ser tan absoluto el fallo de 1845, no ha fijado la jurisprudencia. Pero ésta ha ido demasiado lejos en su reacción contra el fallo de Lasagni. Era menester separar lo que tiene de absoluto, y, por consiguiente, de erróneo, y mantener lo que tiene de cierto. Ese difícil trabajo es el que vamos á emprender. Ya está á la mitad. El fallo de 1845 admite que hay dos sucesiones, la primera abierta por la partición entre vivos, y la segunda por la muerte del ascendiente; ninguna de las cuales tiene relación recíproca. Esto es llevar la ficción hasta el absurdo. No ha faltado quien dirija este reproche á la Sala de Instancias. ¡Cómo! dicen. ¡Dos herencias! ¡Entonces, habría también dos muertes! Se puede contestar que la primera muerte es ficticia; no está, pues, ahí el absurdo, que consiste en admitir para una sola persona dos patri-

monios distintos, independientes entre sí. La ley no dice tal. Una sola persona no puede tener más que un patrimonio; si éste forma el objeto de dos particiones, lo cual supone dos herencias, es menester detenerse y decir que la herencia ficticia y la real no forman más que un patrimonio; es menester, pues, rechazar la consecuencia que el fallo Lazagni saca de la ficción, resolviendo que no há lugar á la relación ficticia de los bienes partidos entre vivos; ya en otro lugar lo hemos dicho. (1) Es menester desechar, además, la otra consecuencia que el fallo de 1845 deduce del principio, de que son extrañas entre sí la partición ficticia y la real; esto no dice el art. 1,076, y siempre hay que cuidarse de llevar las ficciones hasta el extremo. Hemos enseñado que ambas particiones no forman más que una (núm. 110); lo cual es evidente, manteniéndose en el derecho de la realidad; un solo patrimonio, una sola herencia, una sola partición.

Exageraciones son las que han impedido á la Sala Civil consagrar la doctrina admitida por la de las Instancias. Nosotros nos desentendemos de esas exageraciones. Cuando tratamos de la acción que el art. 1,079 concede al hijo por causa de atentarse contra la reserva, dirémos que el fallo de 1845 erró también, confundiendo esa acción con la que se funda en el daño. Tal confusión se ha mantenido en la jurisprudencia, la cual aplica á la rescisión por causa de daño, lo que, conforme á los principios, no es cierto sino en cuanto á la reserva. La confusión ha traído el error á la acción de rescisión, así como todo lo que tiene de erróneo el fallo de Lasagni. Se ha declarado el principio con las falsas consecuencias que de él había sacado la Sala de la Instancia. Hemos tratado de salvar el principio (número 110), según el cual, la acción rescisoria comienza desde

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 57 y siguientes, números 33-35.

en vida del ascendiente, luego que se perfecciona la partición. También este principio se ha desechado. Todos admiten que no puede pedirse la rescisión sino á la muerte del ascendiente donante. Hé ahí una nueva dificultad: ¿se debe cuando menos hacer el justiprecio de los bienes en la época de la partición?

121. Creemos que, aun propuesta así, debe resolverse la cuestión afirmativamente. No son idénticas la relativa al tiempo en que comienza la acción rescisoria y la relativa al tiempo en que se deben valuar los bienes para determinar el importe del daño. Concíbese que se suspenda la prescripción en vida del ascendiente; esto no impide que en ese tiempo exista la partición. Negarlo, es hacer á un lado los arts. 1,075 y 1,076 del Código Civil. Mas si hay partición, debe observarse en ella la igualdad en el momento de hacerlo el ascendiente, como debería suceder si partieran los hijos entre sí los bienes. Luego hay que aplicar el art. 890 á la partición de ascendiente, lo mismo que á la *ab intestato*. Si no recibió el hijo los tres cuartos de su partición hereditaria, conforme al valor que tenían los bienes al hacerse la partición, puede pedir la rescisión; mas no tendrá acción si recibió los tres cuartos. Poco importan los cambios que se han producido en el precio de los bienes partidos después de la partición; habiendo llegado á ser propiedad incommutable de los hijos, quedan á riesgo suyo, como en la partición *ab intestato*. (1)

La Sala de Casación consagró en dos nuevos fallos la opinión contraria. Hemos dicho antes (núm. 116), que la jurisprudencia hace decir á la ley lo contrario de lo que ella dice. Que juzgue el lector. Hé aquí lo que se lee en el fallo más largamente motivado del Tribunal Supremo. (2) Para

1 Orléans, 27 de Diciembre de 1856, (Daloz, 1858, 77). La Guadalupe, 3 de Marzo de 1858 (Daloz, 1859, 2, 30).

2 Casación, 24 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 1, 289), Compárese

quien conozca las obras de Troplong, no cabe duda que el fallo se redactó por el primer Presidente; lo que le da para nosotros grandísima autoridad, es que se pronunció conforme á las conclusiones del Procurador General De-
 langle. Comienza el fallo por decir, en estilo de Troplong, que la partición no hace más que donatarios, pues sólo la muerte del ascendiente hace herederos: “Las sucesiones no se abren más que á la muerte; el abandono y la partición que el ascendiente hace al contemplar la muerte y los derechos que tendrán á su herencia sus descendientes, *no podrían conferirles la calidad de herederos.*” Si no son herederos, no pueden ser sino donatarios, y no siendo más que donatarios, no se los puede considerar como “coparticipes.” ¿Es esto lo que dice el Código? Según el art. 1,075, el ascendiente puede hacer entre sus descendientes la “distribución” y “partición” de bienes; luego, según la ley, los hijos son coparticipes, y, por tanto, herederos por ficción; mientras que, según la Sala de Casación, no son ni coparticipes ni herederos. La antinomia es formal.

La Sala está obligada á reconocer que hay partición, pero, dice, “es una partición destinada, según la mente del ascendiente, á hacer veces de partición legal en el momento que se abra la sucesión.” Es decir, que la partición de ascendiente sólo es aparente, pues la verdadera existe al fallecimiento. Lo dice el fallo: los hijos no se hacen herederos sino al fallecimiento, que es únicamente cuando adquieren la propiedad á título de herederos. Luego hasta entonces han poseído como donatarios. ¿Es esto lo que dice el Código? El art. 1,076 expresa: “Estas particiones se podrán hacer por acto entre vivos.” Por tanto, partición es lo que hace el ascendiente tomando las condiciones, reglas y formas de la donación. Los hijos son, pues, copar-
 con la de 4 de Junio de 1862 (Daloz, 1862, 1, 401), 28 de Junio y 29 de Agosto de 1864 (Daloz, 1864, 1, 280 y 345).

ticipes y poseen como tales; mas poseer á título de coparticipes, es poseer como heredero, á lo menos ficticio; y así, hay, una vez más, antinomia entre lo resuelto por el Tribunal Supremo y el texto del Código.

¿A qué se encaminan estos largos preliminares? En el momento de abrirse la herencia del ascendiente, no es todavía el hijo más que donatario que va á hacerse heredero coparticipes; entre herederos debe reinar la igualdad y, sin embargo, entre donatarios no se trata de ella. No citamos textualmente el fallo, porque su redacción está de tal manera embrollada, que es difícil comprenderle; bastará con copiar algunas palabras: "la partición de ascendiente es un hecho accidental del hombre al cual no se puede conceder el efecto que la ley le da, la igualdad entre los herederos; ese derecho nace al fallecimiento, que es el único que hace abrirse la sucesión." ¿Acaso dice también el Código que la partición de ascendiente no está sujeta á la ley de igualdad sino al morir el que la hace? El Código llama á esa partición hecha por donación, partición entre vivos (art. 1,076). Esta última es la que se puede impugnar por causa de daño; luego la partición de ascendiente está sometida por la ley á la igualdad, aun viviendo aquél; dígase cuanto se quiera sobre que la partición es un hecho accidental del hombre, es esto una frase, y la frase está en pugna con la ley. ¿Qué se dice del hecho del hombre? Este no habría podido hacer en vida la partición de sus bienes; ha sido menester que la ley le autorizara para ello, y así, en punto á partición de ascendiente, todo es obra de la ley. Y si pudo ella sujetar la partición *ab intestato* á la regla de la igualdad, pudo darle el mismo efecto á la partición entre vivos.

Llegamos á la conclusión, que está igualmente envuelta en ambages y circunlocuciones; casi es menester traducirla para comprenderla. Hasta que el ascendiente muere no

hay más que donatarios; los hijos llegan á ser herederos sólo cuando la herencia se abre, pues sólo entonces se convierte en realidad la apariencia de la partición; el derecho á la igualdad data de aquel momento; por lo mismo, hasta entonces hay que apreciar los bienes para ver si hay daño. En un fallo reciente, redactado con espíritu más jurídico, se formuló en dos palabras la doctrina de la Sala; la partición anticipada se convierte en legal cuando se abre la sucesion, y así, en ese tiempo, hay que valuar los bienes, como lo quiere el art. 890. (1) Nada mejor, si la ley no dijese lo contrario, como lo dice en el art. 1,076; la partición entre vivos produce efecto, como tal, desde que se perfecciona la donación. No hay una palabra en nuestras leyes, de donde se pueda inferir que la partición de ascendiente no es legal sino hasta que muere.

122. El único tribunal de apelación que ha resistido al de Casación, es el de Agén, presidido hoy por M. Réquier, autor de una excelente monografía sobre la partición de ascendiente. Nosotros hemos celebrado semejante resistencia. Compárese el fallo de 1868 dictado por el Tribunal de Apelación, con el del mismo año que le casa y anula, y se verá uno obligado á confesar que, en cuanto á la forma y á la substancia, el fallo de Apelación es superior al de Casación. Toda partición, dice el de Agén, está viciada en su esencia cuando se violó la igualdad en los límites fijados por la ley. Esta regla, que recita el art. 887, se ha declarado común á las particiones de ascendientes, por la primera disposición del art. 1,079. La ley permite que se ataquen esas particiones por lesión en más del cuarto. ¿De qué se trata en la acción rescisoria? Únicamente de buscar si hizo bien ó mal el ascendiente; la distribución de su patrimonio, si violó la regla de la igualdad de una manera bastante grave para motivar la nulificación del ins-

1 Casación, 25 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 466).

trumento. Para ello, es necesario referirse al día de la partición y tomar las cosas en el estado que tenían en aquella época. ¿Podría declararse desigual la partición, aun cuando los lotes estuviesen iguales cuando fueron aplicados y distribuidos? En vano se diría que después de la partición, tal objeto subió de valor, ó que tal otro bajó; la partición no puede estar viciada por un hecho posterior que las partes no han podido ni debido prever; cada uno de los copartícipes, al hacerse propietario incommutable del lote que se le designó, no tiene que dar otra á sus coherederos, del mayor valor que el tiempo ó cualquiera otra circunstancia hayan podido dar á los objetos que le componen, ni que reclamar por la depreciación que hubieren podido sufrir. Al estimar los bienes según su valor, el día del instrumento, no se hace más que aplicar la regla estricta contenida en el art. 890; las particiones de ascendiente deben sujetarse á esa regla, porque son particiones, y ninguna disposición legal las exime de una regla de buen sentido y equidad. (1)

El fallo responde en seguida á las objeciones; nosotros las conocemos y creemos haber respondido á ellas. Se ha discutido el principio que sirve de base á toda la argumentación del Tribunal. Que debe reinar la igualdad en las particiones hechas entre los coherederos que tenían un derecho preexistente á los objetos distribuidos, es evidente, dicen; pero sucede otra cosa con la partición que un propietario hace de sus bienes entre personas que ningún derecho tienen á ellos. Cualquiera que sea la desigualdad de la repartición que hace de sus bienes el padre, los hijos no tienen por qué quejarse, porque ningún derecho tienen á su patrimonio antes de abrirse la sucesión. M. Réquier había refutado ya la objeción en su tratado de las particiones de ascendiente. Sin duda, éste es libre para dar á sus

1 Agén, 8 de Julio de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 241).

hijos lo que quiera y como quiera, si les hace una donación como anticipo de herencia que los donatarios deberán traer á colación á la sucesión; ésta no se parte, entonces, sino á la muerte del donante, y con aquello se establece la igualdad entre sus herederos. Pero si el ascendiente quiere hacer la partición de sus bienes en vida, debe respetar la igualdad, esencial en toda partición. Entonces ejerce una facultad que la ley concede en favor de la familia, queriendo prevenir las disensiones que haría nacer la partición á la cual procederían los hijos al morir; con ese fin distribuye por sí mismo sus bienes entre ellos, y por eso le impone la ley la obligación de respetar la regla de igualdad que debe regir en toda partición (artículo 1,079). (1)

El Tribunal de Agén, así como M. Réquier, insisten en las consecuencias funestas que proceden de la doctrina consagrada por la jurisprudencia. Son hechos que importa conocer. En el caso que acabamos de citar, la partición hecha en 1841, juntamente por el padre y la madre entre sus seis hijos, aplicaba al mayor, que vivía en su compañía, el pequeño terreno que constituía toda su fortuna, mediante varias rentas que pagó á sus hermanos para completar su parte. Transcurrieron veintidós años desde que se hizo la partición hasta que murió el último de los comuneros, y por causa de tan largo tiempo y del cuidado que el hijo mayor puso en la herencia, aumentaron de valor los inmuebles. ¿Qué hacen los demás hijos? Ellos se habían aprovechado de los intereses de su lote y ahora vienen á quejarse contra su hermano, para tener parte en un aumento de valor absolutamente extraño á la partición. Un fallo de 1866 hirió vivamente una manera tal de proceder. Los hijos que después de una dilatada posesión venían á impugnar la partición, eran precisamente los que la

1 Nota de M. Réquier, en la Recopilación de Dalloz, 1862, 2, 9.

habían solicitado para ventaja propia; al aceptarla, habían querido ciertamente tratar de una manera definitiva sobre la base del valor que en aquella época tenían los bienes; no podían tomar en consideración el valor que tendrían al fallecer su padre, puesto que no podían prever el día de ese fallecimiento; pretendían ahora cambiar las bases del pacto de familia al cual habían concurrido, que ellos habían provocado; no era su fin hacer nueva partición, sino imponer condiciones más onerosas á aquel de sus hermanos que tan largo tiempo había explotado sus bienes. El Tribunal tiene razón para decir que es poco honrosa aquella especulación. (1) Estas consideraciones de hecho carecerían de valor si no encontraran apoyo en la ley. La doctrina de casación favorece, desgraciadamente, á esos especuladores sin delicadeza, puesto que, sistemáticamente, casa el Tribunal todas las resoluciones del de Agén que chocan con su jurisprudencia. (2)

123. La doctrina está dividida. Troplong aplaude la nueva jurisprudencia, enseñando como autor lo que practica como magistrado, é insistiendo demasiado en consideraciones morales. (3) Sin duda, no conviene que los hijos lleguen á quejarse contra la obra de su padre, mientras vive; pero sus críticas apasionadas y poco honrosas son más morales cuando se dirigen á su memoria? MM. Aubry y Rau cambiaron de parecer bajo la influencia de la jurisprudencia. (4) Hay autores que no admiten la doctrina de casación sino con restricciones que, por lo demás, ha consagrado la jurisprudencia. Esta favorece el sistema de M. Genty, que no ve en las particiones entre

1 Agén, 16 de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 123).

2 Casación, 25 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 466).

3 Troplong. t. 2º, pág. 316, núm. 2,331.

4 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 234, nota 8; pág. 236, nota 16 (párrafo 734).

vivos más que un anticipo de herencia; sin embargo, propone que se aplique en avalúo de los bienes partidos la regla del Código para la noticia de bienes dados en dispensa de ella; el mobiliario se justipreciaría, pues, sirviendo de base el valor con el monto de la donación y los inmuebles conforme á su estado en aquel monto mismo, y su valor á la hora de abrirse la herencia; de suerte que se tendría en cuenta al donatario los gastos hechos para mejorar la cosa (arts. 860 y 862). M. Demolombe da su aprobación á esta mejora, porque ella disminuye los inconvenientes que resultan del sistema dominante. (1) La Sala de Casación aplica el principio establecido en materia de reducción por el art. 922, es decir, que todos los bienes, sin distinguir muebles de inmuebles, se valuarían conforme al "estado" que tuvieran en el momento de la partición y su valor en el del fallecimiento. (2) Parécenos que ninguna analogía hay entre la cuenta ó la reducción, y la rescisión por causa de daño. Cuando há lugar á la cuenta, los bienes traídos á ella deben volver á la masa común, y ésta no puede mejorarse á expensas del heredero donatario. Cuando los bienes se reducen, hay una razón análoga. Cuando se ataca una partición por causa de daño, se trata únicamente de apreciar los bienes que fueron objeto de ella, y así, el valor al tiempo de la partición es el único que se debe tomar en cuenta.

Réquier dice que tiene la firme convicción de que su opinión acabará por triunfar. (3) Hasta aquí, casi no hay apariencias de que vuelva á su jurisprudencia la Sala de Casación, y los autores que escribieron después que M. Réquier,

1 Genty, págs. 317 y siguientes. Demolombe, t. 23, pág. 245, número 222.

2 Casación, 28 de Enero y 29 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 280 y 345).

3 Réquier, *De las particiones de ascendientes*, págs. 349 y siguientes, y pág. 337, núm. 187).

se declararon por la doctrina de aquella Sala. Tal es la opinión de M. Bertauld (1) y de M. Barafort. Ni uno ni otro han traído al debate nuevos elementos, y la cuestión está agotada. M. Barafort dice, en apoyo de la jurisprudencia, que ciertamente es partición, pero provisional, la de ascendiente, y se funda en el art. 1,078 que declara la partición nula cuando se omitió á un hijo en ella; de aquí concluye que no se hace definitiva sino al morir el ascendiente, y que, por lo mismo, sólo entonces se puede saber si la partición es ó no igual. Esta argumentación no se hace para atraernos á la doctrina de la jurisprudencia. No hay partición provisional, porque una de dos: ó todos los hijos están comprendidos en ella, y entonces siempre habrá sido definitiva, ó se omitió á un hijo, y en ese caso, nunca habrá habido partición, en el sentido de que es no existente y de que no produce ninguno de los efectos de la partición. M. Barafort hace valer otro motivo que tiene cierta apariencia jurídica y que ya había propuesto M. Demolombe. La acción de nulidad, caso de omisión de hijo, y la misma acción por tocar la reserva, comienzan al morir el ascendiente; si hay lugar á apreciar bienes, en aquel momento se hace la apreciación; por tanto, debe suceder lo mismo con la acción rescisoria por causa de daño, porque la ley coloca todas estas acciones una misma línea (2) Hay, en esta identificación de las tres acciones de los hijos, una confusión completa de derechos esencialmente distintos. Cuando los hijos proceden á virtud del art. 1,078, no piden la nulidad de la partición, sino que provocan una nueva, como lo hacen los herederos que se hallan en estado de indivisión. Cuando un hijo ataca la partición por tocar la reserva, tampoco pide su nulidad, sino un suplemento de

1 Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2º, pág. 91, número 121.

2 Barafort, *De las particiones de ascendientes*, págs. 72 y siguientes, y pág. 90.

parte, una indemnización del perjuicio que sufre, como lo veremos más adelante. ¿Pueden compararse casos en que no hay nulidad, con otros en que la partición está viciada y es nula?

IV. Procedimiento.

124. La acción rescisoria por daño está tomada de la partición *ab intestato*; debe reinar la igualdad en la partición de ascendiente lo mismo que en la hecha entre herederos. Deben, pues, aplicarse á la primera los principios relativos á la rescisión de la partición *ab intestato*. En este sentido, se resolvió ya que no es aplicable el art. 1,677 á la acción rescisoria de la partición de ascendiente. Conforme á ese artículo, no es admisible sino por mandato judicial la prueba del daño en materia de venta, y sólo en el caso de que sean demasiado graves y verosímiles para que se presuma el daño los hechos que se expongan. La ley quiere con una especie de disfavor la rescisión que se adoptó á pesar de una enérgica oposición, como lo diremos en el título "De la Venta." Por el contrario, la rescisión de la partición, cuando resulta perjudicado un hijo en más del cuarto, es favorable por ser la sanción del principio de igualdad, y la igualdad es de esencia en la partición. (1)

El art. 1,678, según el cual no se puede formar la prueba del daño sino por el informe de tres peritos, tampoco es aplicable á la partición de ascendiente. Se resolvió ya que la demanda puede desecharse sin el dictamen de peritos, cuando los tribunales posean los elementos suficientes para justipreciar los bienes. En ese caso, ocasionaría el dictamen gastos inútiles. El Tribunal de Agén, que fué quien lo resolvió, dijo muy bien: "Si la justicia debe proscribir con severidad las partes de ascendientes cuando son re-

1 Riom, 10 de Mayo de 1851 (Daloz, 1852, 2, 255).

sultado de una predilección culpable del padre á uno de sus hijos, debe proteger contra las empresas de la mala fe y de la pasión, esos pactos de familia que dan descanso á la vejez y recursos á los hijos para utilizarlos en la agricultura y en la industria, cuando se han celebrado libre y honestamente." (1)

125. El art. 1,080 dice: "El hijo que por alguna de las causas expresadas en el artículo anterior, combata la partición hecha por el ascendiente, deberá anticipar los gastos del avalúo." La ley ha querido prevenir, en cuanto posible fuera, pleitos que no tendrían otro móvil que el espíritu de chicana y de mala fe. De que el demandante deba anticipar los gastos, no hay que inferir que esté obligado á consignarlos. Esta medida se prescribe para los extraños, y no puede extenderse más allá del texto. (2) Sin embargo, en Lyon se declaró que los tribunales pueden decretar la consignación cuando les parezca necesario. (3) Esto es muy dudoso; los tribunales no pueden imponer obligaciones á los litigantes.

El art. 1,080 añade: que el que pide la rescisión sufragará los gastos de avalúo así como las expensas si no está fundada su reclamación. Esto es de derecho común, según el cual la parte que sucumbe sale condenada en costas (Código de Procedimientos, art. 130). De aquí se ha concluido, y con razón, que el Código Civil deroga la regla general establecida por el art. 131 del de Procedimientos, que permite al juez compensar los gastos entre parientes próximos. (4) Si se declara la rescisión, se vuelve al dominio del derecho común.

126. Cuando se prueba el daño de más del cuarto, debe

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

2 Ríom, 10 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 155).

3 Lyon, 18 de Abril de 1860 (Dalloz, 1861, 5, 338). En sentido contrario, Réquier, pág. 354, núm. 190.

4 Réquier y los autores que cita, pág. 354.

el tribunal declarar la rescisión, sin poder conformarse con decretar una indemnización para el demandante. También es de derecho común que el juez debe acceder á las conclusiones del demandante, cuando su demanda se funda en ley; y el art. 1,079 es terminante: Todos están de acuerdo en este punto, excepto Zachariæ, cuya opinión ha quedado aislada. (1) Pero el defensor puede invocar el beneficio del art. 891, que está concebido así: "El defensor en la acción de rescisión puede detener su curso é impedir una nueva partición, ofreciendo y suministrando al demandante el suplemento de su parte hereditaria, ora en numerario, ora en especie." Tal es la opinión de todos los autores. Hay algunos fallos en contrario, pero es muy evidente el error para que tengamos que insistir en él. La acción es rescisoria por causa de daño, ya se trate de la partición de ascendiente ó de la *ab intestato*; de modo que se rige por los mismos principios. Además, hay completa analogía. ¿Por qué permite la ley al demandado que detenga el curso de la demanda de rescisión, suministrando un suplemento al demandante? Porque quiere evitar los graves inconvenientes que resultan de anular la partición; ¿y serían menores, por ventura, esos inconvenientes, cuando es el ascendiente el que parte? Al contrario, son mayores, puesto que, conforme á la jurisprudencia, la acción no se abre sino muerto el ascendiente, y cuando se hace la partición por los padres, después de muerto el que sobrevive; por consiguiente, las relaciones de los copartícipes con los terceros habrán creado multitud de intereses que serían heridos si se anulara la partición. (2)

127. Los ascendientes que distribuyen sus bienes entre sus hijos, han empleado otro medio para poner la parti-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 234 y nota 10. Demolombe, t. 23, página 178, núm. 184.

2 Durantón, t. 9º, pág. 643, núm. 651. Demolombe, t. 23, página 174, núm. 181.

ción á cubierto de una acción rescisoria por causa de lesión, declarando en ella que si excede el valor de un lote al de los otros, dan ó legan el excedente, como mejora, al que tuviese aquel lote. ¿Es válida esa cláusula? No vemos que haya ninguna duda en ello; el padre no hace más que usar del derecho que le concede la ley para mejorar á uno de sus hijos dentro de los límites de la parte disponible. Mas el padre puede otorgar una liberalidad por vía de mejora en el instrumento que contiene la partición. (1)

El Tribunal de Montpellier lo resolvió así. Era el caso de un ascendiente que añadió que reducía á la reserva legal al donatario que impugnara la partición. El Tribunal declaró que era válida también esa cláusula. (2) En otro lugar hemos hablado ya de las cláusulas penales añadidas á la partición de ascendiente; (3) son válidas cuando el ascendiente se limita á disponer de la parte disponible sin tomar de la reserva. Se ha disputado acerca de la validez de todas esas cláusulas, porque tenían por objeto estorbar á los hijos el ejercicio de la acción rescisoria, es decir, usar de un derecho que les concede la ley. Ciertamente es que si el padre prohibiese á sus hijos el ejercicio de una facultad legal, la cláusula sería nula. Si realmente se lastima la igualdad con la partición, deben tener los hijos derecho para pedir su nulidad. Pero si no se toca la reserva ni hay daño de más del cuarto, el padre tiene también un derecho que le concede la ley, cual es el de disponer de sus bienes dentro de los límites de lo disponible.

V. Efecto de la rescisión.

128. ¿Cuál es el efecto de la rescisión? Esta palabra tiene, en derecho, el sentido de nulidad; el art. 1,034 pone la

1 Réquier, pág. 352, núm. 188 y los autores que cita.

2 Montpellier, 6 de Marzo de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 252).

3 Véase el tomo 11 de estos *Principios*, pág. 713, núms. 486 y 487.

acción de rescisión en la misma línea que la de nulidad, en cuanto á la prescripción; en el título "De las Obligaciones" veremos como no hay diferencia entre ambas acciones, en derecho moderno. Así, pues, cuando el juez declara la rescisión de la partición de ascendiente, ese acto es anulado, y, por consiguiente, los coparticipes quedan en estado de indivisión. Esto no tiene duda en cuanto á la partición testamentaria, Creemos que lo mismo sucede con la hecha entre vivos. Ciertamente es que antes de la partición los bienes no pertenecían á los hijos; mas para que pueda haber allí partición, es menester suponer una indivisión ficticia. Siguiendo la opinión general, que no admite la acción rescisoria sino después de la muerte del ascendiente, esto no es dudoso. Siendo herederos los hijos, son, por ende, copropietarios pro indiviso cuando se rescinde la partición. Pero conforme á la opinión que hemos sustentado, de acuerdo con la primitiva jurisprudencia de Casación, podría decirse que, anulándose la partición, vuelven los bienes al donante. Sin embargo, esto sería contrario á la irrevocabilidad de la partición hecha por donación; los bienes han llegado á ser propiedad incommutabile de los hijos; son coparticipes, quiere decir, herederos, cuando menos por ficción, y siguen siéndolo, aunque se rescinda la distribución de bienes que les hizo. (1)

129. La cuestión que acabamos de proponer presenta otra dificultad. Si la rescisión equivale á la nulidad, ¿es menester aplicar los principios relativos á los actos nulos? No cabe duda. Lo que es nulo no puede producir ningún efecto; luego si se anuló la partición, se estima que nunca fueron participes los hijos; quiere decir, se estima que estuvieron en la indivisión desde que se hizo la partición. Por consiguiente, nulos serán los actos de disposi-

1 En sentido contrario, Réquier, págs. 424 y siguientes. Hay gran incertidumbre acerca de esta cuestión, entre los autores.

ción hechos por ellos, si los bienes de que dispusieron no entran en su lote en la nueva partición que hagan, puesto que, en ese caso, se considera que nunca fueron propietarios. Si los bienes entran en su lote, han podido disponer de ellos, puesto que se estima que tuvieron su propiedad desde la partición. Estas consecuencias emanan del principio de que la partición es declarativa de propiedad (artículo 883).

M. Réquier enseña que la partición, nula como tal, valdrá como donación de anticipo de herencia, y que, por consiguiente, los hijos donatarios deberán traer los bienes á la masa común; de donde concluye que deben aplicarse los principios relativos á la colación. Resulta de aquí que los actos de enajenación hechos por los donatarios, serán respetados, á salvo producir la cuenta; mientras que vendrían abajo las hipotecas y demás derechos reales (artículos 859-865). (1) En teoría, preferiríamos esta opinión á la que acabamos de profesar, puesto que resguarda los intereses del tercer adquirente; pero no vemos cómo poder conciliarla con los principios relativos á la indivisión. Sería menester suponer que anulada la partición subsistía la donación, en el sentido de que los hijos habían poseído como donatarios. ¿No es esto alterar la naturaleza de la partición-donación? No hay dos actos, una partición y una donación, sino uno solo, que es la partición hecha por donación; rescindida aquélla, deja de subsistir ésta, sin que haya donatarios sino herederos en estado de indivisión y que se estiman haber sido siempre propietarios pro indiviso. Tales son, pues, los principios de indivisión que hay que aplicar.

1 Réquier, *De la partición de ascendiente*, págs. 363 y 370. En el mismo sentido, Genty, pág. 319, núm. 51. Demolombe, t. 23, página 258, núm. 235.

130. Cuando el cónyuge supérstite parte al mismo tiempo sus bienes y los del difunto y se rescinde la partición por daño ¿habrá nulidad en cuanto al todo? Hemos dicho ya (núm. 52) que en esta materia no hay indivisibilidad; á nuestro juicio, la partición es válida en cuanto á los bienes del supérstite, y nula respecto de los del difunto. Los hijos tienen, pues, dos acciones en ese caso: pueden pedir la nulidad de la partición respecto de los bienes del difunto, por no tener derecho de dar ni legar el ascendiente bienes que no son suyos; y pueden también pedir la rescisión por daño. Regularmente no pueden pedir la rescisión sino en cuanto á la partición anticipada hecha por el supérstite; y así, debe el demandante probar que se le perjudicó en más de un cuarto con tal partición. Si se formaron dos masas hereditarias y no hay confusión entre los dos patrimonios, serán fáciles la prueba y la división. Cuando se confundieron los dos patrimonios en una sola masa, es difícil determinar en qué bienes recayó el daño, y esa dificultad es la que ha hecho que se admita la indivisibilidad de la partición. Siempre tendremos que es indiscutible el derecho de los hijos, y que si la rescisión de la partición entraña la nulidad de toda la distribución, habrá que proceder á nueva partición de ambos patrimonios. Conforme á la opinión general, no se puede intentar sino después de muerto el supérstite la acción rescisoria de una partición acumulativa; el hijo perjudicado en más del cuarto con la distribución de bienes paternos ó maternos, tiene derecho para pedir la rescisión, dividiendo su acción, si es posible, y si no lo es, pidiendo la nulidad de toda la partición. (1)

131. El ascendiente puede hacer donaciones por mejora en el instrumento en que distribuye sus bienes entre sus

1 Compárese con lo resuelto en Agén, á 20 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 109).

hijos. Siendo independientes de la partición estas donaciones, subsisten aun cuando se rescinda la partición. Si se hacen las liberalidades en una partición acumulativa, puede haber sus dificultades. El supérstite confunde en la partición que hace entre sus hijos, los bienes que le pertenecen y los que provienen de la sucesión de su cónyuge, haciendo en los primeros una donación por mejora. Anúlase la partición, y á consecuencia de la confusión de ambos patrimonios, se hace necesario proceder á una nueva partición de los bienes del ascendiente; se pregunta si subsistirán las liberalidades hechas por mejora. El Tribunal de Besançon lo declaró así, y no nos parece que haya duda. El ascendiente dió lo que tenía derecho de dar, haciendo una liberalidad por mejora en su patrimonio; la rescisión de la partición no puede alcanzar á una donación irrevocable. (1)

VI. De la confirmación de la partición.

132. Por regla general, todo acto contra el cual admite la ley la acción de nulidad ó de rescisión, puede ser confirmado. La ley no exceptúa el caso de daño; también la acción que nace del daño la califica regularmente la ley de acción rescisoria (arts. 887, 1,079, 1,305, 1,674). Cualquiera vicio que anula un instrumento puede desaparecer con la confirmación, porque ésta no es más que la renuncia del derecho de pedir la nulidad que nace del vicio de que está afectado un instrumento; y cada quien puede renunciar los derechos establecidos en su favor. (2)

Se ha pretendido que la aceptación de los hijos, que se requiere para la validez y hasta para la existencia de la partición entre vivos, es una especie de confirmación, en

1 Besançon, 16 de Enero de 1846 (Daloz, 1847, 2, 137).

2 Denegada, 16 de Enero de 1846 (Daloz, 1854, 1, 239).

cuanto á que resulta de ella una excepción contra la demanda de rescisión. Es un error evidente que han rechazado la doctrina y la jurisprudencia. Cuando hay daño, el consentimiento está viciado por el error en que están los contratantes acerca del valor de las cosas que son objeto del contrato; mas cuando está viciado el consentimiento, no se puede invocar, ciertamente, contra los que consintieron por error. (1)

133. La confirmación es una renuncia, y así es menester que el que confirma sea capaz de renunciar, quiere decir, de disponer de las cosas que forman el objeto del contrato viciado. Hemos dicho antes (núm. 42) que los bienes dotales no pueden ser objeto de una partición entre vivos, fuera del caso en que se permite, por excepción, la enajenación de esos bienes. De aquí que la mujer casada bajo el régimen dotal, no puede confirmar una partición de ascendiente que encierre en perjuicio propio un daño de más del cuarto; cuando en esa partición se parte, está afectada de dotalidad. El Tribunal de Burdeos había resuelto en sentido contrario, fundándose en que el derecho de concurrir á un acto, implica el de confirmarle. Ahora bien, la mujer dotal puede, ciertamente, recibir, en virtud de una partición de ascendiente, bienes que en su poder estarán afectados de dotalidad; porque la mujer, lejos de enajenar, adquiere, por ser hasta cierto punto la partición entre vivos, una liberalidad. Otra cosa sucede cuando la mujer confirma una partición, en la cual se perjudicaba en más del cuarto; al renunciar la acción rescisoria, disminuye su patrimonio dotal con el cuarto de su parte hereditaria, y ejecuta, por lo mismo, un acto de disposición de bienes dotales. Desde ese momento deja de aplicarse el principio invocado por el Tribunal de Burdeos;

1 Durantón, t. 9º, pág. 637, núm. 645. Tolosa, 23 de Diciembre de 1835 (Daloz, núm. 4,627).

como muy bien lo dice la Sala de Casación, una cosa es la partición y otra su confirmación. La primera implica, ciertamente, una indivisión, á la cual pone término; pero como en la teoría del Código la partición es declarativa de propiedad, la mujer que consiente en ella no se considera que enajena un derecho dotal, mientras que la renuncia implica una enajenación. (1)

134. ¿Cómo debe hacerse la confirmación? Se aplica el derecho común, puesto que no le deroga la ley. La confirmación puede ser, pues, expresa ó tácita. Cuando es expresa, el art. 1,338 prescribe formalidades especiales para la validez del escrito en que ella conste, el cual debe contener la substancia de la obligación que se trata de confirmar, la mención del motivo de la acción rescisoria y la intención de reparar el vicio en que se funda esta acción. Se resolvió que la confirmación de una partición viciada por el daño, es nula si no se observaron las formalidades del art 1,338. (2) Esto es demasiado absoluto; es confundir, como por lo demás lo hicieron los autores del Código Napoleón, la confirmación con el instrumento confirmativo; puede ser nulo el escrito y válida la confirmación; lo único que resulta de la nulidad del escrito es que no podría servir de prueba, pero ésta podría formarse por alguno de los medios legales que expondrémos en el título "De las Obligaciones;" volverémos en ese mismo título también á la distinción desconocida por el Código, entre la confirmación y el instrumento confirmativo.

135. Hay confirmación tácita, según el art. 1,338, cuando se ejecuta voluntariamente la obligación después de la época en que podía ser válidamente confirmada. ¿Cuándo puede hacerse la confirmación de la partición de ascen-

1 Casación, 2 de Julio de 1866 (Daloz, 1866, 1, 389). Compárese con la Denegada de 30 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 1, 327).

2 Angérs, 25 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 37).

diente? La solución estriba en el principio que se observa en cuanto á la partición entre vivos; la cuestión sólo respecto de esa partición se ofrece; ¿puede confirmarse en vida del ascendiente? Conforme á la doctrina que hemos enseñado, existe y produce todos sus efectos la partición desde que se perfecciona la donación, y, por tanto, en vida del ascendiente; de modo que inmediatamente puede pedirse su rescisión, según el derecho común, y así, también puede confirmarse la partición. (1) Si se admite, con la última jurisprudencia, que no hay partición sino á la muerte del ascendiente, que hasta entonces se abre la acción, hay que resolver que antes de esa muerte no puede haber confirmación, porque no se puede renunciar una acción de nulidad que no existe. Tal es la opinión general. (2)

Hay un instrumento que no puede atacarse por causa de daño, y es la transacción. Si para impedir que se anule una partición de ascendiente, en vida suya transan los coparticipes acerca de los vicios de que adolece, ¿importa confirmación esa transacción? La Sala de Casación resolvió que ésta era nula, por estar viciada por la misma causa que la partición. (1) Esto no nos parece exacto. Las particiones de ascendiente, dice la Sala, cuando hay perjuicio de más de un cuarto para un coparticipes, se presume que no fueron consentidas por los hijos con plena libertad. ¿Es eso la presunción en que la ley admite la acción rescisoria? El vicio no consiste en la violencia moral del padre, porque también su consentimiento está viciado; el daño resulta de un error acerca del valor de los objetos partidos, y la ley supone que se engañaron tanto el ascendiente como los hijos. Hé aquí por qué admitimos la rescisión en vida del ascendiente; no hay ingratitud ni impiedad con pedir que

1 Compárese con lo resuelto en Agén, á 2 de Junio de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 216).

2 Demolombe, t. 23, pág. 249, núm. 225 y los autores que cita.

3 Casación, 6 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 89).

se rehaga una partición que el ascendiente mismo habría vuelto á hacer si hubiese conocido el verdadero valor de sus bienes. Aplicada al ascendiente, casi no es la presunción más que suposición, pero que se convierte en realidad para los hijos que pueden no conocer el valor exacto de los bienes de su padre.

Hay un fallo de casación que invoca otro motivo. Sienta la Sala como principio, que la ejecución voluntaria de un instrumento nulo no tiene fuerza de confirmación sino cuando la ejecución se hizo conociendo perfectamente el vicio de que adolecía el acto y con la intención de reparar el vicio. Tal es el principio que implícitamente establece el art. 1,338. La Sala sigue diciendo que no pudiendo conocerse las causas de rescisión de una partición de ascendiente sino muerto éste, queda intacta hasta ese momento la acción que concede la ley á los hijos, á pesar de cualquiera ejecución que hayan podido dar al instrumento. (1) El fallo confunde las dos acciones que el art. 1,079 concede á los hijos: la que se funda en un daño de más del cuarto, y la que deriva de haber tocado la reserva; en cuanto á esta última acción, admitimos la argumentación de la Sala; en cuanto á la primera, carece de valor; ¿qué impide á los hijos reconocer en vida de su padre el error que cometió al formar los lotes? Ellos le echarán de ver luego que estén en posesión de los bienes; cuando menos le pueden reconocer, y desde ese momento debe admitírseles que procedan y que, por consiguiente, confirmen.

La Sala añade, en otro fallo, que no podría ejercitarse la acción de nulidad de una partición anticipada, ni podría cubrirse válidamente en vida del ascendiente donante, porque los hijos no tienen todavía la calidad de herederos ni pueden ejercitar las acciones que les competen con esa calidad sino al abrirse la herencia de su autor; que renun-

1 Denegada, Sala Civil, 18 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 274).

ciar el derecho de impugnar la partición, es hacer un convenio sobre una herencia futura, cosa que prohíbe la ley. (1) Esto es muy lógico en el sistema de la jurisprudencia; como no admitimos el principio, desechamos también sus consecuencias.

136. Para que la ejecución del acto importe confirmación, es menester, dice el art. 1.338, que sea voluntaria, esto es, que el que la ejecute conozca el vicio y tenga intención de repararle. Este principio es muy importante en materia de daño. Muy bien se puede ejercitar la partición sin tener conocimiento del daño que resulta de ella. Uno de los hijos recibe su parte en forma de pensión; si ignora el verdadero valor del lote que está encargado de pagar la pensión, no podrá considerarse la ejecución que dé al instrumento al recibir su parte en dinero, como renuncia de un derecho cuya existencia ignora. El Tribunal de Burdeos dice, con razón, que el daño no es un vicio evidente en sí mismo; que es un hecho complejo, obscuro y oculto que puede permanecer ignorado por el hijo perjudicado, durante su vida. De aquí deduce que no pueden invocarse por sí mismos los actos de ejecución contra el hijo mientras no se pruebe que conoció el valor de los bienes partidos y el de su lote. (2) De ahí resulta una dificultad tocante á la prueba: ¿le toca al que pide la rescisión probar que ignoraba el daño, ó al demandado probar que la ejecución se hizo con conocimiento de causa? Volveremos á la cuestión en el título "De las Obligaciones."

Ordinariamente, los actos de ejecución se ejecutan inmediatamente después de la partición y en vida del ascen-

1 Burdeos, 23 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 223), y 21 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 113). Agén, 16 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

2 Burdeos, 23 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 223), y 21 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 113). Agén, 16 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

diente; esos actos no importan ejecución, según la opinión general; pero ya se resolvió que pueden aprovecharse para probar que el hijo perjudicado que ejecutó la partición tenía conocimiento del daño desde que vivía su padre. El hijo, dice la Sala de Casación, no puede ciertamente confirmar la partición anticipada de las herencias de sus padres, por medio de los actos que ejecute en vida de ellos; pero los jueces pueden hallar en esos actos la prueba de que en aquel momento conocía los vicios de las particiones, y ver en los actos posteriores al fallecimiento de los donantes, la voluntad perseverante del hijo, de confirmar dichas particiones en una época en que tenía libertad para manifestar su intención. (1) Es notable que la Sala, que no reconoce al hijo el derecho de proceder en vida del ascendiente, ni de confirmar la partición viciada, dé, sin embargo, efecto á los actos de ejecución anteriores al fallecimiento, permitiendo que se busquen en ellos los elementos de la confirmación, el conocimiento del vicio de daño. Esto no es muy lógico; si el hijo tiene conocimiento del vicio, y á pesar de eso ejecuta el acto viciado, ¿no manifiesta con ello la intención de confirmar el acto viciado, ni le confirma?

Debiendo ser voluntaria la confirmación, resulta de ahí que la cuestión de saber si un acto importa ó no confirmación, es cuestión de hecho que los jueces resolverá según las circunstancias. Se declaró ya que el traer á colocación los coparticipes, en sus contratos matrimoniales, lotes que se les aplicaron por la partición, no constituye por sí solo confirmación, sino que es simplemente un acto de posesión en los bienes procedentes de la partición; mas la posesión no es prueba bastante de que el copartícipe co-

1 Donegada, Sala de lo Civil, 30 de Junio de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 327).

noce el vicio, puesto que hasta los diez años de posesión es cuando la ley admite la confirmación tácita por vía de prescripción. El mismo fallo declaró que el hecho de cortar árboles por un precio moderado, no se debe considerar como renuncia de la rescisión. (1) Son éstas, resoluciones especiales que sirven de ejemplo, pero no como precedentes, porque todo estriba en la voluntad de los interesados.

137. El art. 892 dice que el heredero que en todo ó en parte enajena su lote, no puede intentar la rescisión por dolo ó violencia, si la enajenación que hizo es posterior al descubrimiento del uno ó á la cesación de la otra. Se resolvió que tal disposición no se aplica al daño. (2) La cuestión se discute, y nosotros nos remitimos á lo dicho en el título "De las Sucesiones." (3)

138. La confirmación de las particiones acumulativas da lugar á las mismas dificultades que la acción de nulidad de esas mismas particiones. Para que se pueda confirmar un acto es necesario que esté abierta la acción de nulidad, puesto que la confirmación no es más que la renuncia del derecho de pedir la nulidad. Si se admite que el hijo puede pedir la rescisión de la partición acumulativa hecha por sus padres, una vez muerto uno de ellos, dividiendo su acción, también podrá confirmar la partición respecto de los bienes del difunto. Tal es nuestra opinión confirmada por un fallo del Tribunal de Agén. (4) Parécenos que no puede ser dudosa la confirmación. Abierta la sucesión de uno de los padres, recibe el hijo completamente partida su parte hereditaria, tiene conocimiento del daño que vicia la partición, y la confirma, no obstante, de una manera expresa; todas las condiciones necesarias para la validez

1 Caen, 31 de Enero de 1848 (Daloz, 1848, 2, 154).

2 Denegada, 5 de Enero de 1846 (Daloz, 1846, 1, 15), y 18 de Febrero de 1851 (Daloz, 1851, 1, 294).

3 Véase el tomo 10 de estos *Principios*, págs. 638, núm. 518.

4 Agén, 16 de Febrero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

de la confirmación están cubiertas; ¿por qué no había de valer la confirmación? ¿Por qué es indivisible la partición? Ya hemos respondido á esta objeción (núm. 118). ¿Por qué el respeto que el hijo debe al padre ó á la madre que sobreviven, no le deja en libertad para dar su consentimiento? El art. 1,117 dice que no basta el temor reverencial para anular un contrato.

La opinión contraria es la que prevalece en la jurisprudencia. (1) Cuando se admite que no está abierta en vida del padre ó de la madre supérstite que hicieron la partición de sus bienes, la acción rescisoria, muy lógico es inferir que no puede confirmarse la partición. (2) ¿Pero no habla esta consecuencia contra el principio? La supuesta indivisibilidad de la partición no impide que tenga el hijo derechos muy distintos, uno á la herencia del padre, y el otro al de la madre; ¿por qué no podría renunciar su derecho de impugnar la partición que confunde los dos patrimonios en lo que mira á la herencia de su difunto padre? Y si puede confirmar, es de inferirse que tiene también derecho de proceder.

139. Hemos dicho que la partición de la sociedad, hecha por uno de los cónyuges como preliminar de la de ascendiente, es nula y produce la nulidad de la partición misma (núm. 51). Se pregunta si la confirmación del supérstite hace válida la partición. Está resuelto que siendo ésta radicalmente nula, no puede confirmarse por el consentimiento de todos los interesados, como si se tratara de hacer otra partición. A decir verdad, es necesaria una nueva, si se admite que ningún efecto puede producir la anterior, en razón de una división de sociedad que exige el consentimiento de dos asociados ó de sus herederos, y después de muerto uno de los asociados, ya no puede tener

1 Denegada, 18 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 1, 366).

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

lugar ese consentimiento. Ahora bien, faltando él, se hace no existente la partición de la sociedad, y siendo ella la base de la de ascendiente, también esta última es inexistente, y un acto que no existe, no puede ser confirmado. De ahí la consecuencia aceptada en casación, de que es necesario el concurso de todos los interesados para dar efecto á una partición tal. Además, ni ese concurso sería una confirmación sino una nueva partición, que sólo tendría efecto desde el momento de consentir en ella todos los interesados (1).

Por igual razón debe tenerse por nula radicalmente la partición que de sus bieues hace una madre entre sus hijos, comprendiendo los bienes de su marido vivo todavía y los de sus hijos. Eu vano confirmarían éstos, muerta la madre, dicha partición, porque tal confirmación quedaria sin efecto, puesto que la falta de consentimiento del padre hace inexistente el acto, y, en consecuencia, imposible la confirmación. Así se declaró en Angérs. (2) Añadimos una reserva; la confirmación, imposible respecto de los bienes del padre, podía hacerse respecto de los de los hijos, por no existir de hecho ni de derecho la indivisibilidad alegada por el Tribunal.

140. Se ha resuelto que la prescripción de la acción de nulidad de una partición de ascendiente, en la cual incluyó el padre bienes de la madre difunta, no corre sino desde la muerte del ascendiente donante, aun respecto de los bienes que dependan de la sucesión de su cónyuge, cuando los dos sucesores se han confundido en la partición, sin indicarse su respectivo valor ni la parte que á cada quien tocara al componer los lotes. (3) Si se admite con

1 Casación, 23 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 31), y en nota ó remisión, Orlenás 5 de Junio de 1862 (Daloz, 1863, 2, 159).

2 Angérs; 25 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 36). Compárese con lo resuelto en Burdeos, 8 de Agosto de 1850 (Daloz, 1851, 2, 143).

3 Casación, 19 de Diciembre de 1859 (Daloz, 1859, 1, 494). Com-

la Sala de Casación que no está abierta la acción, es lógico inferir que no corre la prescripción y que es imposible la confirmación. Podría sostenerse que la partición es inexistente tocante á los bienes del difunto, y que es menester su consentimiento para que pueda hacerse la partición. Si no consiente, no hay partición. Pero la aceptación de la donación ó del testamento que contiene la partición, ¿no equivale al consentimiento, por lo menos en el sentido de que se pudo formar el contrato, sin perjuicio de pedir su nulidad por falta de consentimiento? Esto, en la partición entre vivos, sería admisible, puesto que se verifica el concurso del consentimiento; pero el de los hijos, en la testamentaria, no puede hacer válido un acto que, al abrirse el testamento, no tiene existencia legal. Lógicamente, sería menester, pues, resolver que se puede confirmar la partición entre vivos; según nuestra opinión, desde que se hace la partición; según la opinión general, después de la muerte del ascendiente. Pero en el caso de partición testamentaria, habría nulidad radical en lo relativo á los bienes del ascendiente muerto, y, por consiguiente, imposibilidad de confirmar; y se necesitaría una nueva partición, no pudiendo tener lugar la confirmación más que por la partición de los bienes del testador.

§ III.—DE LA REDUCCION POR TOCAR LA RESERVA.

Núm. 1. Naturaleza de la acción.

141. Después de decir que la partición de ascendiente puede ser impugnada por daño de más de un cuarto, el artículo 1,079 añade: "También podrá serlo en el caso de que resulte de la partición y de las disposiciones hechas por

mejora, que uno de los copartícipes recibe una mejora mayor que la permitida por la ley." ¿Cuál es la naturaleza de la acción que el art. 1,079 da al hijo? ¿es una acción de rescisión fundada en el daño, ó es una de reducción por haberse tocado la reserva? El interés de la cuestión concierne, sobre todo, al objeto y efecto de la acción. Si ésta es de rescisión, el tribunal declara la nulidad de la partición; si es de reducción, subsiste la partición y el tribunal se limita á indemnizar al demandante del perjuicio que sufre. La cuestión está muy discutida, lo mismo en cuanto al principio que en cuanto á sus consecuencias.

El texto no resuelve la dificultad; no califica ni la acción que resulta del daño, ni la que da la ley á los copartícipes del que recibe una ventaja mayor que la permitida por ella. En uno y otro caso, la ley se sirve de la misma expresión: la partición podrá ser "impugnada." ¿Habrá que deducir de aquí, como se hace, (1) que en los dos casos previstos por el art. 1,079, la partición es nula y que el objeto de la acción es provocar la nulidad? Esto sería excederse de la ley, puesto que no dice ella cuál es el objeto de la "impugnación" que autoriza. Si, en el caso de perjuicio de más del cuarto, se admite que la acción tiende á anular la partición, es en razón de la analogía que, evidentemente, existe entre la lesión que vicia la partición de ascendiente y la que vicia la partición *ab intestato*. Este argumento nos hace falta en cuanto á la segunda disposición del art. 1,079, que es especial para la partición de ascendiente; ante todo, es preciso, pues, buscar el motivo.

Los partidarios de ambas opiniones contrarias, invocan la discusión del Consejo de Estado; prueba de que esa discusión no es decisiva. No buscaremos en ella más que la razón de la ley. En el proyecto de Código Civil había una

1 Demolombe, t. 23, pág. 185, núm. 189 *bis*. Esta es la opinión de Demante, de Marcadé, de Troplong y de Bertauld.

disposición concebida así: "La partición será, además, nula, si los padres ú otros ascendientes hubieran hecho, á título de mejora, una disposición. ya entre vivos, ya por testamento, en favor de uno ó más de sus hijos." Esto era derogación del derecho común que permite al padre dar su parte disponible á uno de sus hijos lo mismo que á un extraño. ¿Por qué se le coartaba esa facultad en el caso de que hiciera él la particion de sus bienes? Temíasa, dice Treilhard, que el padre, además de la ventaja que resultara de la mejora, aventajara á uno de sus hijos en la composición de lotes; es libre para dar lo disponible á uno de sus hijos, pero entonces se le prohíbe que parta sus bienes; si quiere hacer la partición de sus bienes, tiene derecho, pero entonces no podrá hacer la liberalidad por mejora. Esta severidad parece excesiva; ¿por qué presumir, dice Mouraire, que el padre quiso mejorar á uno de sus hijos por la partición, cuando le hace una liberalidad por mejora? Esto sería suponerle la intención de defraudar la ley, que le prohíbe exceder lo disponible. Berlier responde que esta suposición de fraude nada tenía de probable. ¿Cómo creer que el que ya agració á uno de sus hijos con perjuicio de los otros, no lo hará en la partición. si tiene expedita esa vía? Lejos de que el dón hecho por mejora haga presumir que allí acabará la liberalidad, la desigualdad introducida ya entre los hijos debe hacer temer que no se la extienda aún más; esta presunción está en la naturaleza de las cosas. Dar, pues, al padre el derecho de partir, cuando ya mejoró á uno de sus hijos, es permitirle que le mejore más defraudando á la ley. No habría más que un medio de evitar esta nueva desigualdad, y sería admitir la rescisión de la partición por el más pequeño daño; pero más sencillo es entonces prohibir la partición. El artículo fué aceptado, menos en cuanto á la redacción, y se presentó otra por la sección de la legislación, que apeló el Consejo de Estado;

es el texto actual del art. 1,079, con la diferencia de que la ley no dice que la partición será "nula," sino solamente que podrá ser impugnada. (1)

Jaubert explicó la nueva disposición en su Informe al Tribunado. Si el padre no hizo liberalidad, si se limitó á partir sus bienes entre sus hijos, no puede impugnarse el instrumento más que por causa de daño en más del cuarto. Si el padre efectúa la partición después de haber dispuesto de todo ó parte de su porción disponible, la ley permite que se le ataque, aunque no haya daño en ella, si al acumular la mejora y la porción que cada hijo hubiera debido tener en una partición igual, el padre se excedió de lo disponible. Jaubert da el ejemplo que sigue: Un padre tiene 60,000 francos de bienes y dos hijos. Da á uno el tercero disponible, 20,000 francos; en seguida parte los 40,000 restantes, dando al hijo ya donatario, por vía de mejora,..... 24,000 y 16,00 al otro; la mejora que resulta de la partición es de 4,000 francos, lo cual no constituye un daño de más del cuarto; pero el hijo doblemente mejorado tendría 44,000 francos, es decir 4,000 más de lo disponible. En ese caso, podrá impugnarse la partición. ¿Por qué? Porque el padre, que ya dió lo disponible á uno de sus hijos, no le puede mejorar todavía en la partición, sin exceder lo disponible. Por haber excedido éste y, consiguientemente, por haberse tocado la reserva, el hijo puede impugnar, pues, la partición. 2)

142. La discusión y el informe de Jaubert nos enseñan por qué puede atacarse la partición; pero los trabajos preparatorios no nos dicen más que el texto, cuál es el objeto y el efecto de la demanda. Debemos recurrir, pues, á los principios; es decir, buscar la naturaleza de la acción. El

1 Sesión del Consejo de Estado, 27 Ventoso, año 11, núm. 30 (Looré, t. 5º, pág. 274).

2 Jaubert, Informe núm. 79 (Looré, t. 5º, pág. 361).

art. 1,079 concede dos acciones contra la partición; la rescisoria por daño, y la resultante de una mejora que excede lo disponible. La primera es acción de nulidad; ¿por qué? Porque la partición en que se ha violado la ley de igualdad, cesa de ser partición. Tales son las expresiones de Simeón, el orador del Tribunado. (1) ¿Cuándo resulta violada la igualdad? Cuando hay daño de más del cuarto. En el caso previsto por la segunda disposición del art. 1,079, se respeta la igualdad, en cuanto á que no hay daño de más del cuarto; pero la ventaja que resulta de la partición y de la mejora, excede lo disponible y toca la reserva; por eso permite la ley que se impugne la partición. El objeto de la ley, dice Jaubert, es no conservar al padre más que un medio de mejorar á uno de sus hijos con perjuicio del otro. ¿Con qué fin debe impugnarse la partición? Por tocar ella la reserva. ¿Es menester que se anule la partición para reparar ese mal? Basta que se repare el perjuicio que sufre el hijo. ¿Por qué se había de anular la partición? ¿Por qué el hijo reservatario no tiene su reserva en cuerpos hereditarios, como lo quiere la ley? No es tal el motivo por el cual le permite el art. 1,079 que ataque la partición; el legislador se determinó únicamente por la consideración de que se pasó más allá de lo disponible y se tocó la reserva. ¿Es menester, para reducir la mejora á los limites de lo disponible, que se anule la partición? Nó, pues basta que se reduzca la mejora que excede á esa parte, en favor de aquel cuya reserva ha mermado. No hay, pues, razón jurídica para anular la partición. Esto resuelve la dificultad, puesto que no hay ley que la anule. (2)

1 Simeón, Informe sobre el título *De las Sucesiones*, núm. 40 (Locré, t. 5º, pág. 141).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 238 y notas 27-29. Massé y Vergé, comentando á Zachariae, t. 3º, pág. 314, nota 9. Réquier, pág. 380, número 208.

En ese sentido se ha formado la jurisprudencia. (1) Las dos acciones previstas por el art. 1,079, dice muy bien el Tribunal de Agén, tienen distinto objeto, y así, las consecuencias deben ser distintas, por no poder el efecto traspasar el objeto que las partes han tenido en mira. Ahora bien, el único objeto del demandante, cuando su reserva se gastó, es completarla; para ello, es inútil anular la partición; basta que el hijo mejorado pague un suplemento en dinero á aquel cuya reserva se gastó. Cuando más, podría decirse que el cercenamiento debe efectuarse en especie, como sucede cuando un heredero obra contra su coheredero para reducir liberalidades excesivas hechas por el difunto. No pensó así el Tribunal de Agén, y, á nuestro juicio, resolvió con justificación. (2) No se trata de una acción de reducción propiamente dicha, porque se supone que la liberalidad en que consiste la mejora no excede la parte disponible; por contener nueva mejora la partición, permite la ley impugnarla, y así, la acción va dirigida contra la partición de ascendiente, no contra la donación; la acción es especial, tiene un objeto especial, y el efecto debe restringirse á ése objeto.

143. Según nuestra opinión, la acción abierta por la disposición del art. 1,079 no es de rescisión por daño, ni de reducción de disposiciones excesivas, sino una acción *sui generis*. (3) Los autores están vacilantes en lo que mira á la calificación de la acción. De ahí inconsecuencias inevitables; y también la jurisprudencia es poco lógica. Sólo M. Demolombe, contra su costumbre, se declara aquí por una

1 Riom, 25 de Abril de 1818 (Daloz, núm. 4,617, 2º). Caen, 31 de Enero de 1848 (Daloz, 1848, 2, 154). Denegada, 30 de Junio de 1852 (Daloz, 1854, 1, 434), 17 de Agosto de 1863 (Daloz, 1864, 1, 30), y 13 de Julio de 1869 (Daloz, 1871, 1, 171).

2 Agén, 14 de Mayo de 1851 (Daloz, 1851, 2, 230).

3 De Folleville, pág. 416, núm. 1,236. Compárese con Demolombe, t. 23, pág. 188, núm. 189 *bis*. Troplong, t. 2º, pág. 317, número 2,333. Réquier, pág. 385, núm. 211.

opinión absoluta, diciendo que la acción es absolutamente rescisoria. Troplong es obscuro, como en muchos puntos, la acción de reducción, dice, toma el aspecto de la de daño; tanto es así de daño como de reducción. Esto es imposible, puesto que una de las acciones tiende á anular la partición, mientras que la otra implica su mantenimiento. M. Réquier admite asimismo, que al mismo tiempo hay partición desigual y liberalidad que excede la parte disponible; lo cual no es exacto, puesto que puede no traspasar lo disponible la liberalidad, y, sin embargo, puede ser impugnada la partición si es desigual. ¿Por qué no confesar que la acción no lo es ni de rescisión por causa de daño, ni de reducción ordinaria? No tenemos más que leer la discusión del Consejo de Estado, para convencernos de que la acción se funda en una presunción de fraude contra la reserva; es, pues, una disposición absolutamente especial.

Núm. 2. Condiciones necesarias para que proceda la acción.

144. ¿Cuáles son las condiciones necesarias para que tenga lugar la acción que la segunda disposición del artículo 1,079 concede contra la partición? Es menester que uno de los hijos tenga una mejora mayor que la permitida por la ley (art. 1,079); si uno de los copartícipes no está mejorado en más de lo disponible, no puede impugnarse la partición, en virtud de la segunda disposición del artículo 1,079; en ese caso, no se toca la reserva, y en esto debe fundarse la impugnación. Pero no basta que se gaste la reserva para que se aplique el art. 1,079; es menester que la mejora excesiva resulte á la vez de la partición y de las disposiciones hechas por mejora en favor de uno de los copartícipes. La ley exige que el ascendiente haya mejorado á uno de sus hijos de dos modos, por la partición y por

otra liberalidad, y precisamente por esta doble mejora la ley concede una acción contra la partición. Vamos á ver las consecuencias que de aquí se siguen.

145. Si el ascendiente no otorgó liberalidad de mejora en favor de uno de los copartícipes, no procede la acción de reducción, aun cuando se consuma la reserva de uno de ellos por la partición, es decir, por la composición de los lotes. La presunción establecida por el art. 1,079 cesa entonces; no se estima que el ascendiente formó lotes desiguales para mejorar á uno de sus hijos con perjuicio del otro, porque falta una de las circunstancias en que funda la ley tal presunción; el ascendiente no hizo liberalidad directa al hijo que resulta mejorado en la partición, y con eso, la ley no presume ya que el ascendiente quiso mejorarle con perjuicio de otro. La partición de ascendiente queda en el derecho común; el padre pudo engañarse al formar los lotes, como los herederos ó los peritos se pueden engañar en una partición *ab intestato*. Mientras no su-
ba al cuarto de su parte hereditaria el perjuicio que resulta de la partición para un hijo, la ley no tiene presente el daño; la partición es igual, con tal de que al hijo que salga desigualado le toquen las tres cuartas partes de la que habría debido tocarle en una partición igual; sólo cuando se le haya perjudicado en más de la cuarta parte, podrá pedir la rescisión por esa causa. (1)

Pero si, además de la ventaja indirecta que resulta de la partición, uno de los copartícipes recibe otra liberalidad, habrá lugar á la acción de reducción. El art. 1,079 no exige que esa liberalidad comprenda todo lo disponible, ni que se haga en el mismo instrumento en que parte sus bienes el ascendiente; basta que haya una disposición por mejora en favor del hijo mejorado por la repartición, enton-

1 Grenier, t. 3º, pág. 204, núm. 293. Orleáns, 27 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1858, 2, 78).

ces presume la ley que el ascendiente quiso defraudar la reserva, y concede, en consecuencia, la acción de reducción. (1)

146. Aplicando estos principios, se resolvió que si el ascendiente no hizo ninguna liberalidad de mejora, no tiene acción para pedir la reducción el hijo copartícipe que se queja de haberse consumido su reserva; no puede tener más acción que la de rescisión por daño, si se le perjudicó en más de una cuarta parte. La cuestión puede ser de importancia capital para el hijo. Este dejó transcurrir los diez años que le da el art. 1,304 para impugnar la partición entre vivos, y prescribió su acción rescisoria. Podría, sin embargo, pedir la reducción puesto que esta acción dura treinta años; pero no la tiene cuando no hay disposiciones de mejora. (2)

147. No basta que el ascendiente haya hecho una liberalidad mejoratoria, para que se aplique el art. 1,079; aun cuando resultara mejorado uno de los hijos en la formación de lotes, no tendría la acción de reducción del artículo 1,079, si no fué él á quien se hizo la donación. No hay presunción de fraude á la ley, y así, el caso queda siendo de derecho común; podrá impugnarse la donación si es excesiva, y atacarse la partición si hay daño mayor que el cuarto; pero el copartícipe dañado no tendrá la acción especial de aquel artículo. Tampoco procede esa acción cuando uno de los copartícipes, distinto del que resultó mejorado en la partición, fué á quien le tocó la liberalidad de mejora: no hay ya fundamento alguno para presumir el fraude, porque el donatario no fué mejorado por la partición, y el que lo fué no es donatario. Aquel de los hijos que tiene una parte desigual, no podrá quejarse si no excede la donación de la parte disponible ni se le perjudicó en

1 Aubry y Rau, t. 6º, págs. 239 y siguientes, y nota 30, pfo. 734.

2 Casación, 2 de Julio de 1866 (Daloz, 1866, 1, 389).

más de un cuarto por la partición; en ningún caso puede haber la acción de reducción creada por el art. 1,079. Con mayor razón no puede el hijo donatario por mejora, quejarse de la partición desigual, como no resulte de más de un cuarto la desigualdad. (1)

148. La liberalidad por mejora hecha á uno de los copartícipes no bastaría aun cuando excediera la parte disponible, para tener la acción establecida por el art. 1,079, sino que es necesario, además, que el hijo donatario sea mejorado por la partición. En ese caso, el hijo perjudicado tendrá la acción de reducción ordinaria si la donación pasa lo disponible, pero no tendrá ninguna de las acciones del art. 1,079; no puede pedir la rescisión, puesto que no se le perjudica por la partición; no tiene la acción por haberse tocado la reserva, puesto que el hijo donatario no resultó mejorado en la partición. Los copartícipes quedan bajo el dominio del derecho común y es inaplicable el artículo 1,079. (2) Por lo demás, el hijo que se queja de haber sido perjudicado en ese caso, no necesita acción excepcional; siendo igual la partición, si sufre algún perjuicio, es que será excepción la donación, que tocará la reserva; la acción de reducción de las donaciones que exceden á lo disponible, bastará para devolver á ese hijo la parte de su reserva de que indebidamente fué privado. (3)

149. En el fallo que acabamos de citar, la Sala de Casación declaró que sólo puede proceder el hijo cuya reserva se gastó. En efecto, la acción se funda en un perjuicio, y, por consiguiente, en una lesión, y sólo el perjudicado puede obrar; los demás herederos carecen absolutamente de

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4^o, pág. 476, núm. 247 bis, 3^o. Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 240 y nota 32. Caen, 21 de Marzo de 1838 (Daloz, núm. 4.601).

2 Denegada, 20 de Diciembre de 1847, y el Informe del Consejero Mesnard (Daloz, 1848, 1, 14).

3 Denegada, 30 de Junio de 1852 (Daloz, 1854, 1, 434).

interés, á lo menos según nuestra opinión; subsiste la partición, se mantienen los lotes, y no hay otro con derecho para quejarse, que el hijo en cuyo perjuicio se hizo la doble mejora prevista por el art. 1,079; sólo él podrá impugnar la partición, probando que se confirmó su reserva por las disposiciones de mejora, junto con la que resulta de la forma de lotes.

Núm. 3. Duración de la acción.

150. La acción fundada en haberse tocado la reserva, no es acción de nulidad, conforme á la operación consagrada por la jurisprudencia. Sin embargo, por una inconsecuencia singular, los tribunales aplican á esa acción los principios de la rescisoria. Si la partición se hizo por donación, ¿será la prescripción de treinta años ó de diez? La cuestión está en saber si es aplicable el art. 1,304. A nuestro juicio, no lo es. Ese artículo establece una prescripción especial, excepcional para la acción de nulidad ó rescisión de un convenio; y para que se aplique, es menester uno en que uno de los contratantes pida la anulación ó la rescisión. La palabra "rescisoria," en el lenguaje del Código, es sinónima de nulidad; si se impugna un convenio sin pedir su anulación, no se está ya en el caso previsto por la excepción del art. 1,304, y, por consiguiente, se vuelve á la regla general del art. 2,262; la acción durará treinta años.

Tal es también el espíritu de la ley. La prescripción excepcional de diez años es una confirmación tácita y supone que el convenio está inficionado de un vicio que le hace ser nulo, en el sentido de que puede demandarse su nulidad; no obrando, pues, la parte contratante que tenía derecho de proceder á la nulidad, se reputa renunciado ese derecho y que se confirma el convenio. Ahora bien, la im-

pugnacion de que habla el art. 1,079 no es acción que tienda á anular la particion; no hay vicio que afecte á ésta se pide la reduccion de una mejora excesiva, pero esta mejora no resulta exclusivamente de la particion, sino también de una donacion de mejora, que puede ser ajena á la particion; sin embargo, el hijo mejorado conserva la donacion y su lote; sólo que deberá reparar el perjuicio que sufre el demandante por causa de la doble mejora que recibió el demandado. Desde que no se trata de una accion de nulidad, debe hacerse á un lado el art. 1,304. (1)

La doctrina y la jurisprudencia están divididas. Aplicándose el art. 1,304 se dice que la acción "rescisoria" comprende la acción de "reducción," puesto que "rescindir" quiere decir no sólo anular, sino también suprimir. Respondemos que importa poco lo que signifique la palabra latina "rescindere," pues la cuestión se reduce á saber lo que el art. 1,304 entiende por la acción de rescisión; y la ley misma nos lo dice, sirviéndose indistintamente de las palabras "acción de nulidad" y "acción de rescisión;" por tanto, rescisión quiere decir nulidad y no reducción. En vano es decir que la rescisión entraña una nulidad parcial lo cual nos lleva al texto del art. 1,304. Esto no es exacto; la donación y la particion subsisten; porque la donacion es válida en cuanto á que no excede á la parte disponible, y lo es también la particion, en cuanto á que no contiene el perjuicio mayor que un cuarto. ¿De qué se queja el demandante? De que su reserva fué gastada, y pide que se le complete. ¿Quiere esto decir que pida la reduccion? Nó, porque las donaciones se reducen cuando exceden de la parte disponible, y suponemos que no hubo tal exceso. Luego es simplemente una acción de indemnizacion. En su

1 Montpellier, 23 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 185). En el mismo sentido, Denegada de Casacion, de Bélgica, 4 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 413). Aubry y Rau, t. 6°, pág. 212, nota 39, pfo. 734. Réquier, pág. 430, núm. 239.

ma, no es el caso ni del espíritu ni de la letra del artículo 1,304. (1)

Objétase que si se hace á un lado el art. 1,304, se cae en una contradicción inexplicable. La acción de rescisión por causa de lesión no dura más que diez años, cuando se trata de una partición entre vivos; y se quiere que el que pide, no la nulidad, sino una simple reducción de una mejora excesiva, tenga treinta años para proceder: ¿no es esto un absurdo? Respondemos que precisamente por no tratarse más que de una simple reducción no hay para qué derogar la regla general de la prescripción de treinta años. Las acciones de nulidad reobran contra tercero y siembran la turbación á las relaciones civiles, lo cual es cierto, sobre todo en las particiones que arreglan los intereses de toda una familia. Era menester, pues, limitar la duración de esas acciones. Tal razón no existe ya cuando se impugna la partición sin pedir su rescisión; la acción es ordinaria, y así, es muy lógico que continúe bajo el dominio del derecho común.

151. Si la partición se hace por testamento, no hay motivo para aplicar la prescripción excepcional del art. 1,304. El texto supone un convenio, y el testamento no es convenio. Además, el art. 1,304 nunca es aplicable cuando un tercero es el que pide la nulidad de un convenio; con mayor razón no debe aplicarse cuando un tercero ataca un testamento. (2) Para apoyar la opinión contraria, se dan razones extrañas. La partición de ascendiente, dicen, es una verdadera partición de la herencia, tal como la habrían hecho los hijos á falta del ascendiente; mas si ellos mismos la hubiesen hecho, no duraría más que diez años

1 En sentido contrario. Dijón, 11 de Mayo de 1844; Denegada, 4 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 1, 51 y siguientes), y 1º de Mayo de 1861 (Daloz, 1861, 1, 323). Compárese con Daloz, núm. 4,645.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 242, nota 39, pfo. 734.

la acción de rescisión, y lo mismo debe suceder si la hace el ascendiente. El art. 1,076 responde á la objeción; la partición de ascendiente es siempre una particion, y, sin embargo, se rige, ora por los principios de las donaciones, ora por los de los testamentos (art. 1,076); esto prueba que es menester considerar el instrumento por el cual se hace la particion; no se pueden poner en la misma línea la donacion, que es un contrato, y el testamento, que es un acto unilateral. Sin embargo, algún tribunal imaginó decir que la particion testamentaria, cuando se ejecuta sin reserva por los descendientes, pasa á su vista el estado de convenio. (1)

152. ¿Cuándo comienza á correr la prescripcion? El caso no es dudoso cuando la particion es testamentaria; la particion no existe sino á la muerte del testador, y también á la del ascendiente es cuando se abre el derecho á la reserva; mas la accion se funda en haber tocado el testamento-particion la reserva. La particion entre vivos da lugar á la misma controversia por lo que hace á la accion de reduccion que por lo que hace á la de rescision. Conforme al fallo de 1845, la particion hecha por donacion es distinta de la que puede todavía hacerse al morir el ascendiente; la herencia se reputa como abierta en el momento de la particion entre vivos, y partida definitivamente. Luego cualquiera accion contra la particion se abre inmediatamente, lo mismo la que mira á la reserva que la relativa á la rescision por daño. Hemos admitido el principio del fallo Lassagni, descartando la exageración de las dos sucesiones y de los dos patrimonios del ascendiente. (2) En consecuencia, hemos enseñado que la accion rescisoria comienza desde que se perfecciona la particion. ¿Es menes-

1 Genty, pág. 329. Lieja, 23 de Abril de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 222).

2 El fallo Lassagni y uno de Burdeos, de 31 de Mayo de 1846 (*Dalloz*, 1847, 2, 186).

ter aplicar la misma resolucion á la accion de reduccion abierta por la segunda disposicion del art. 1,079? Se pretende obligar á ello, y hay fallos en ese sentido. Sin duda, si se admite que la sucesion se abre con la particion entre vivos, es menester admitir también la accion, por tocar la reserva la particion de una herencia anticipada. Pero si se desecha esa apertura de una herencia en vida del ascendiente, queda íntegra la cuestion de la prescripcion, y debe resolverse conforme á la naturaleza particular de las acciones que se dirigen contra la particion. Si se trata de una acción de rescision por causa de daño, nada obsta que se ejercite inmediatamente, puesto que no se trata más que de estimar los bienes comprendidos en la particion. No sucede lo mismo con la accion que se funda en haberse tocado la reserva. Para que se sepa si ésta fué consumida por haber excedido el disponible, es necesario que se conozca el monto de lo disponible y de la reserva; mas por el número de reservatarios que hay cuando se abre la herencia, se fija el monto de la parte disponible y de la reserva, y así, es menester, necesariamente, esperar que muera el ascendiente para determinar si la reserva está gastada y en cuánto excedió á lo disponible. De aquí se sigue que la acción no se abre sino á la muerte, ni comienza la prescripcion sino hasta entonces.

Objétase que esto es ilógico; que la acción de reduccion y la de rescision, concedidas al hijo por un solo y mismo artículo, están sujetas por ende á la misma prescripcion. El Tribunal de Montpellier respondió á esta objecion en un fallo muy bien motivado. Las dos acciones, dice, se diferencian esencialmente por su naturaleza y por su objeto. La rescision ataca el instrumento para destruirle; si se declara la rescision, extingue la particion, la herencia se halla indivisa, y há lugar á proceder á una nueva particion. Por el contrario, la accion de reduccion no ataca el ins-

trumento sino para restringir sus efectos; la particion conserva toda su fuerza, salvo la reduccion debida á los reservatarios. Dos acciones tan distintas deben estar sujetas á distintas reglas. En vano dicen que la ley usa la misma palabra para calificarlas; la palabra "atacar" abraza en su generalidad todas las acciones que se pueden intentar contra un acto, sea para pedir que se anule, sea para modificar sus efectos. La accion concedida por la segunda disposicion, se funda en haberse tocado la reserva, y no se puede abrir sino cuando se abre la reserva, es decir, al morir el ascendiente. Podría decirse que la particion implica una apertura ficticia de la reserva; pero la ley no lleva la ficcion hasta allá, y sería imposible; hay que esperar la muerte del padre para saber cuántos hijos deja y calcular, por consiguiente, lo disponible y la reserva. Por tanto, forzosamente se llega á la época de la apertura de la herencia, por lo que mira á las acciones relativas á la reserva; lo cual resuelve la cuestion. (1)

153. Tal es hoy la opinion general consagrada por una jurisprudencia constante. (2) Todavía hay vacilacion respecto de la naturaleza de las dos acciones establecidas por el art. 1,079 para impugnar la particion. La jurisprudencia las confunde, y, por otra parte, las distingue, puesto que resuelve que la accion de rescision tiende á anular la particion, mientras que la relativa á la reserva tiene por único objeto reparar lo que se tocó de ésta. La Sala de Casacion invoca consideraciones morales, la autoridad del padre, el respeto que se le debe. Parécenos que se ha abusado de esas consideraciones; no vemos que la moral tenga nada qué hacer en este debate, en que se trata de un cálculo pa-

1 Montpellier, 23 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 184).

2 Denegada, Sala Civil, 30 de Junio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 193). Casacion, 2 de Agosto de 1848 (Daloz, 1848, 1, 174), 31 de Enero de 1853 (Daloz, 1853, 1, 53).

ra fijar lo disponible y la reserva. Si el padre se excedió de lo disponible, será impugnada la partición; ya lo sea al morir él ó vivo aún, ni en uno ni en otro caso respeta lo que hizo; hizo, después de todo, lo que no tenía derecho de hacer; por tanto, es una cuestión de derecho que agitan los hijos, y si lo pueden hacer después de muerto el ascendiente, sin faltar al respeto debido á su memoria, no se ve por qué no lo podrían hacer en vida. Es menester, pues, dejar á un lado la moral, y decir, con el Tribunal de Apelación, que las cuestiones de reserva no se pueden resolver sino muerto el padre, cuando ya se sabe cuál es la importancia de aquélla. (1)

154. ¿Pueden ser atacadas por separado las particiones acumulativas hechas por los padres, por haber tocado la reserva, muerto uno de los ascendientes, y suponiendo que el difunto se haya excedido de la parte disponible? Varias ocasiones hemos dicho que nos parece indiscutible el derecho del hijo, puesto que éste recibe su reserva de la ley y que no la puede tocar el ascendiente. Ahora bien, ¿no sería tocarla impedir al hijo que reclamara un suplemento de reserva muerto el padre, si éste es quien no le deja la parte reservada por la ley? Se objeta la indivisibilidad de la partición; respondemos que los padres no tienen derecho de hacer una partición indivisible que quite á uno de sus hijos el derecho de reclamar su reserva completa al morir el supérstite. La opinión contraria domina en la jurisprudencia y en los autores. (2)

Núm. 4. Cómo se calcula la reducción.

155. El art. 1,079 supone que uno de los copartícipes

1. Lyon, 30 de Agosto de 1848 (Daloz, 1849, 2, 57). Agén, 12 de Junio de 1849 (Daloz, 1849, 2, 240)

2. Agén, 28 de Mayo de 1850 (Daloz, 1851, 2, 8). Denegada, 6 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 101). Régnier, pág. 432, núm. 240

recibió una ventaja mayor que la permitida por la ley; esto es decir que tal ventaja excede la parte disponible y que, por consiguiente, debe ser reducida. Pero ¿cómo saber si la ventaja es excesiva y en cuánto lo es á lo disponible? Es cuestión de reducción; por consiguiente, hay que aplicar el art. 922, que está concebido así: "La reducción se determina formando una masa de todos los bienes existentes al morir el donante ó el testador. Reúnense en ella ficticiamente aquellos de los cuales dispuso entre vivos, según su estado en la época de las donaciones y su valor al morir el donante. Calcúlase en todos esos bienes, deducidas las deudas, cuál es, en atención á la calidad de herederos que deja, la cantidad de que pudo disponer."

La aplicación de esta disposición á la reducción prevista por el art. 1,079 dió lugar á una dificultad que por mucho tiempo dividió á la jurisprudencia. ¿Es menester reunir ficticiamente á los bienes existentes al morir el ascendiente, los que partió entre vivos entre sus hijos? La Sala de Casacion comenzó por resolver que la cantidad disponible y la reserva debían calcularse, en el caso, sobre los bienes que el ascendiente poseía al morir. Fundábase en la irrevocabilidad de las particiones de ascendientes; saliendo íntegramente y para siempre, del patrimonio del ascendiente, los bienes comprendidos en ellas, no podían ya estar sujetas á cuenta, ni ficticia ni real. (1) Esta primitiva jurisprudencia desconocía el objeto de la cuenta ficticia prescripta aor el art. 922. Para nada toca la irrevocabilidad de las donaciones-particiones, por ser el único objeto de la reunion ficticia de los bienes partidos á los existentes á la hora del fallecimiento, valuar el monto del patrimonio en que es necesario calcular lo disponible y la reserva. El error del Tribunal se debía á la doctrina que la Sala de Instancias había admitido desde luego, tocante á la

1 Denegada, 4 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 49).

particion entre vivos. Si se considera la particion de ascendiente como herencia distinta de la que se abre al morir el ascendiente, habrá dos sucesiones y, por tanto, dos reservas, dos partes disponibles; y quedando completamente extraña la segunda herencia á la primera, no se puede tratar ya de informe ficticio. Hemos dicho que la Sala Civil desechó esta doctrina; estando repudiado el principio, viene abajo la consecuencia, como en otro lugar hemos dicho. (1)

Hoy es de doctrina y de jurisprudencia que los bienes comprendidos en una particion de ascendiente hecha en forma de donacion entre vivos, deben referirse ficticiamente á la herencia del donante para calcular la parte disponible y la de la reserva. Aplícanse, pues, al caso previsto por el art. 1,079, las reglas que establece el 922; no hay más que una sucesión, no hay más que un patrimonio sobre el cual se calcule lo que el ascendiente pudo dar á uno de sus hijos. Si, además de lo disponible de que dispone en favor de uno de los coparticipes, le mejora por la repartición, há lugar á la reducción y, por consiguiente, á la aplicación del art. 922. Así lo declaró la Sala de Casación en un caso en que había varios actos sucesivos de partición; sobre el resultado total de esos diversos actos debían calcularse las mejoras hechas á uno de los hijos para saber si estaba consumida la reserva de los demás. (2) También se resolvió que la particion hecha de sus bienes por la madre supérstrate, acumulativamente con los que poseían ya los hijos pro indiviso, está sujeta á las reglas establecidas por el art. 922; esto casi no era dudoso, pues la partición de sus bienes personales hecha por la madre, no por eso constituía una donación, sujeta, como cualquiera otra, á la cuenta ficticia. (3)

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 120 á 121, números 72 y 73.

2 Casación, 18 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 1, 55).

3 Denegada, 24 de Abril de 1861 (Daloz, 1861, 1, 277).

Sin embargo, el ascendiente puede derogar el art. 922, declarando que lo disponible se arreglará conforme á los bienes que existan á su fallecimiento, sin tener en cuenta los comprendidos en la partición. El ascendiente renuncia por ello á una parte de su porción disponible, y es libre para hacerlo por disposiciones de mejora, como puede también despojar de una parte de su disponible, manifestando la voluntad de dejar los bienes partidos fuera del cálculo que se haga á su fallecimiento para establecer el monto de la parte disponible y de la reserva. (1)

156. ¿Es aplicable el art. 918 á la partición de ascendiente? Ese artículo comienza por establecer una presunción de liberalidad en lo que mira á las enajenaciones con cargo de pagar una renta vitalicia ó con la reserva del usufructo, cuando se hacen por el difunto á uno de sus herederos en línea recta. Después resuelve que se estiman hechas esas liberalidades con dispensa de cuenta; impútaselas á lo disponible, y sólo el excedente se lleva á la masa. Finalmente, la ley decide que la imputación y la cuenta no podrán pedirse por los herederos en línea recta que hubieren consentido en las enajenaciones; éstas se reputan, con respecto á ellos, como actos á título oneroso. Está resuelto que el art. 918 no es aplicable á la partición de ascendiente. Ordinariamente, se estipula en ellas que los hijos pagarán una renta vitalicia al ascendiente, ó que uno de los copartícipes les pasará una pensión, ó bien el padre se reserva el usufructo de una parte de los bienes comprendidos en la partición. Esas cláusulas nada tienen de común con el art. 918, que establece una serie de presunciones de estricta interpretación por su naturaleza. La ley tuvo en mira un contrato, al parecer oneroso, que se celebra entre el difunto y uno de sus herederos. Ahora bien, la partición de ascendiente es esencialmente una liberali-

1 Denegada, 24 de Abril de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 277).

dad, aun cuando se haya hecho con alguna carga, y esa liberalidad aprovecha á todos los hijos del donante y debe hacerse en favor de todos, so pena de que se declare no existente (art. 1,078). El art. 1,079 es, pues, ajeno al caso que reglamentó el legislador en el art. 918. En este sentido está la jurisprudencia, y no vemos en ello la menor duda. (1)

157. El art. 922 quiere que se valúen los bienes según su estado en la época de las donaciones y su valor al tiempo de morir el donante; ¿se aplica esta disposición al caso previsto por el art. 1,079? No cabe duda que sí; los autores y la jurisprudencia están de acuerdo. En esto, hay una diferencia entre la acción rescisoria por causa de daño y la que se funda en haberse tocado la reserva. Cuando se trata de daño, se discute mucho la cuestión de si deben valuarse los bienes en la época de la particion ó en la de la donacion; nosotros hemos admitido, con la primitiva jurisprudencia de casacion, que el avalúo se debe hacer según el valor que tenían los bienes á la hora de la donacion. Si así sucede en caso de daño, ¿debe seguirse la misma regla en caso de que se toque la reserva? NÓ, las dos acciones se diferencian esencialmente, aun cuando de ambas trate el Código, en un solo artículo. Cuando se impugna por daño la particion, se trata únicamente de ver si el ascendiente observó igualdad en la particion de sus bienes; y para el efecto, es menester atender al valor que tenían á la hora de la particion, porque en ese momento debe existir la igualdad entre los copartícipes; si en ese momento fueren iguales los lotes, deberá quedar la particion á cubierto de todo ataque. Absolutamente distinta es la cuestión, cuando la impugnación se funda en haberse to-

1 Montpellier, 23 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 184). Denegada, Sala Civil, 14 de Marzo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 173).

cado la reserva. Entonces se trata de saber si excede de la parte disponible la doble mejora hecha á uno de los copartícipes por el reparto de lotes y por la liberalidad de mejora. Ahora bien, esa parte debe fijarse conforme al valor que habría tenido el patrimonio del ascendiente, si éste no hubiese hecho ninguna disposición á título gratuito; en caso de donación, es menester, pues, reconstituir el patrimonio del ascendiente como si los bienes partidos hubieren quedado en su patrimonio; apreciarlos, por consiguiente, en el valor que tienen á su fallecimiento. Si, teniendo en consideración ese valor, se ve que hubo exceso en lo disponible, podrán pedir la reduccion los hijos cuya reserva se agotó. En vano el hijo mejorado diría que á la hora de la partición las mejoras que se le hicieron no excedían lo disponible, teniendo en cuenta el valor que entonces tenían los bienes; porque se le respondería que el donatario no recibe los bienes sino con la condición de pasar por una reduccion, si al morir el donante, excede la donacion lo disponible, porque los reservatarios tienen derecho á una parte de los bienes del difunto, según el valor que tienen éstos al abrirse su derecho, es decir, al morir el donante. (1)

Núm. 5. Objeto y efecto de la acción.

158. Otra diferencia hay, además, entre la accion rescisoria por daño y la de reducción por tocar la reserva. Se pregunta si debe aplicarse á esta última accion la disposición del art. 891, que permite al demandado suspender el curso de la accion é impedir una nueva particion, ofrecien-

1 Réquier, págs. 407 y siguientes, núm. 226. Denegada, 18 de Febrero de 1851 (Daloz, 1851, 1 294). Casación, 24 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 1, 239), y 25 de Agosto de 1869 (Daloz, 1869, 1, 466). Hay un fallo contrario del Tribunal de Orleáns, que confunde las dos acciones concedidas por el art. 1,079 (27 de Diciembre de 1856, Daloz, 1858, 2, 77).

do al demandante suplirle su parte hereditaria. Reina gran confusión en este punto entre los autores y la jurisprudencia. Es que no están de acuerdo ni sobre el objeto de la acción ni sobre sus efectos. Los que admiten que las dos acciones establecidas por el art. 891 son idénticas, que tienen por objeto anular la partición viciada por el daño, enseñan, naturalmente, que el art. 891 se aplica á ambas. (1) Pero no es tal la opinión consagrada por la jurisprudencia. Indudablemente, las dos acciones reconocen distinta causa; una se funda en una apreciación errónea del valor de los bienes, é implica un vicio de consentimiento y, por consiguiente, entraña la nulidad de la partición; la otra se funda en una presunción de fraude de la reserva, la cual se consume por una mejora excesiva que otorgó el ascendiente á uno de sus hijos; pero esa mejora tiene de particular que no resulta de una liberalidad, sino de una repartición desigual hecha en favor del hijo, que es donatario por mejora. Fundándose en una excesiva la acción, tiene por objeto y efecto reducir la parte del hijo que recibió mejora mayor que la permitida por la ley. ¿Es decir esto que sea una acción de reducción? Nó, porque esa acción no se da sino contra la liberalidad excesiva, mientras que, en el caso del art. 1,079, se da la acción contra la partición, la cual es la que se impugna, como lo dice la ley. ¿Esa impugnación tiende á anular la partición? Nó, sino á restablecer la igualdad entre los copartícipes por la reduccion de las mejoras excesivas.

Si tal es el carácter de la acción absolutamente especial del art. 1,079, hay que concluir de ello que no es aplicable el 891. Esto resulta del texto mismo de la ley. El art. 891 supone que la acción tiende á anular la partición,

1 Genty, pág. 325. Bertauld, *Cuestiones de Código Napoleón*, t. 2º (pág. 189, núm. 259). Réquier admite la aplicación del art. 891, aunque enseñando que la acción del art. 1,079 no es de nulidad (página 393, núm. 217).

dando al demandado el derecho de impedir tal anulación con ofrecer al demandante el suplemento de su parte hereditaria. Ahora bien, la acción del art. 1,079 no tiende á anular la partición; esto parece decisivo. Sin embargo, no queda resuelta la dificultad. Suprimiendo el art. 891, subsiste la cuestión de si el demandado no puede, conforme al derecho común, detener la acción ofreciendo al demandante lo que pide, que es la reparación de la desigualdad. ¿Tiene el demandante derecho de obtener el suplemento de su reserva en numerario? Si se tratase de una acción de reducción ordinaria, sería menester decir que el hijo tiene derecho á esa reserva en bienes hereditarios; de lo cual se seguiría que el demandado no puede detener el curso de la demanda iudemnizando con numerario al demandante. (1) Pero la acción no es de reducción propiamente dicha; ataca la partición, no la donación; el reparto es, pues, el que se debe modificar, y esto se consigue, ó con devolver el lote, ó con satisfacer una renta. Si el demandado ofrece al demandante esta última, su ofrecimiento es una verdadera aquiescencia á la demanda, la cual queda, por lo mismo, sin efecto.

159. ¿Puede el demandante oponer contra la demanda la excepción que resulta de la confirmación de la partición? También están confusas, acerca de esta cuestión, la doctrina y la jurisprudencia. Por lo regular, las particiones de ascendiente se ejecutan por los coparticipes; de ahí sus frecuentes discusiones sobre si la ejecución importa confirmación de la partición. Cuando se trata de una respecto de la cual se cree que tocó la reserva, hay una dificultad particular que parece no tomarse en consideración. La

1 Esta es la objeción de la Sala de Casación. Denegada, 17 de Agosto de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 29). Compárese con lo resuelto en Tolosa, 21 de Agosto de 1833 (Dalloz, núm. 4,260, 1º). Hay un fallo, en sentido contrario, del mismo Tribunal (11 de Junio de 1836, Dalloz, núm. 4,619).

confirmación supone una partición contra la cual admite la ley la acción de nulidad ó la de rescisión; implica, pues, que está viciada la partición, y su objeto es, precisamente, reparar aquel vicio, renunciando la acción de nulidad que de él resulta. Estos son los términos del art. 1,338. Para que tenga lugar la confirmación de una partición, es menester, pues, que el instrumento esté viciado y sea nulo por razón de ese vicio. Mas la partición que toca la reserva no está viciada, pues no da lugar á una acción de nulidad; tal es, á lo menos, la jurisprudencia, y tal la opinión que hemos seguido. Admitida, no puede haber ya duda acerca de la confirmación; ¿cómo hacer desaparecer un vicio que no hay? ¿cómo renunciar una acción de nulidad cuando no hay éste? Indudablemente el copartícipe cuya reserva se consume, puede renunciar el derecho que tiene para impugnar la partición; pero esta renuncia no es una confirmación, y, por consiguiente, no está sujeta á las reglas de la confirmación, quedando bajo el dominio del derecho común.

¿Puede renunciar el copartícipe su derecho en vida del ascendiente? Nó, y no cabe duda, sea cual fuere la opinión que se profese acerca de la materia de la acción. El derecho de proceder no comienza sino con la muerte; y no se puede renunciar una acción antes que ella nazca. Este principio basta para resolver la dificultad. (1) Según la opinión que acabamos de enunciar, es más evidente aún la solución. Se trata de la reserva, es decir, de la herencia del ascendiente, y no se puede celebrar ningún convenio acerca de una herencia que todavía no se abre; toda renuncia á la reserva ó á un suplemento de reserva, está, pues, atacada de nulidad radical.

El copartícipe no puede renunciar su derecho sino muerto el ascendiente. Si renuncia de una manera expresa y se

1 Réquier, págs. 437 y siguientes.

presenta un escrito de esa renuncia, ¿será menester que dicho documento esté redactado conforme al art. 1,338? Nó, porque no es un documento confirmativo, sino una simple renuncia, y las renunciaciones no están sujetas á las reglas especiales y excepcionales del art. 1,338. Volverémos á este asunto en el título "De las Obligaciones."

¿Puede renunciar tácitamente el copartícipe su acción? Generalmente, la renuncia tácita equivale á la expresa, puesto que es una manifestación de voluntad, y el consentimiento puede manifestarse con actos, lo mismo que con palabras y con escritos. Pero ¿basta para que haya renuncia la ejecución de la partición? Nó, aun cuando en el momento de la ejecución haya conocido el copartícipe que la partición tocó la reserva; y la razón de ello es clara y decisiva. La partición subsiste, aun cuando uno de los hijos haya recibido una mejora mayor que la permitida legalmente, porque la acción no es de nulidad. Y si se mantienen los lotes, deben, naturalmente, ejecutarse. El demandante conserva el suyo, y sólo pide que se le complete; y recibir su lote no implica la voluntad de renunciar que se le complete. (1)

Admitiendo, como admite la jurisprudencia, que no es nula la partición, supone que hay confirmación cuando renuncia el copartícipe su derecho. De ahí la incoherencia de las resoluciones. El Tribunal de Caen declaró muy bien que la ejecución de la partición no engendra una excepción contra los copartícipes cuya reserva se agotó; aun cuando anunciaran ellos con la posible formalidad la voluntad de guardar los lotes que les tocaran, no resultaría de ahí que hubiesen renunciado á exigir el suplemento al cual tienen derecho para completar su reserva. (2) Esto es muy cierto, pero si así sucede no hay que hablar ya de

1 Compárese con Aubry y Rau, t. 6°, pág. 242, y nota 36, pfo. 734.

2 Caen, 31 de Enero de 1848 (Daloz, 1848, 2, 154).

confirmación, ni de la prescripción del art. 1,304, que no es más que confirmación tácita. (1) Sin embargo, la Sala de Casación habla de confirmación, é invoca los principios que la rigen. (2) La confusión nos parece evidente.

1 Compárese con lo resuelto en Montpellier, á 23 de Diciembre de 1845 (Daloz, 1874, 2, 184).

2 Denegada, Sala Civil, 14 de Marzo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 173) Compárese con el fallo de Casación, 11 de Junio de 1872 (Daloz, 1872, 1, 452).