insolvencia sino en lo concerniente á las rentas? Es porque ella deroga el derecho común que rige la prescripción cuando se trata de rentas; mientras que deja los créditos ordinarios bajo el imperio del derecho común. Lo que prueba que la garantía de la solvencia es la regla, es que el art. 886 la presume más bien que establecerla. Hay, no obstante, un motivo para dudar. La garantía, en materia de partición, es, en general, análoga á la garantía en materia de venta; ahora bien, el art. 1694 dice que el vendedor nó es responsable de la solvencia del deudor sino cuando á ello se compromete. ¿No debe aplicarse esta disposición á los copartícipes? Nó, porque es una derogación del derecho común; la ley supone que la compra de un crédito es una especulación; el comprador no paga el valor nominal del crédito, el precio está calculado sobre la solvencia del deudor; así es que está indemnizado de antemano; si puede perder, puede también ganar; luego hay algo de aleatorio en el contrato que hace, lo que excluye toda garantía. Mientras que la partición es una liquidación que se hace sin especulación ninguna, y á la cual debe presidir la más estricta igualdad. (1)

Los copartícipes no garantizan la solvencia futura; el art. 886 lo expresa para las rentas: "no hay lugar á garantía en razón de la insolvencia del deudor, cuando no ha sobrevenido sino después de consumada la partición." Esta disposición debe extenderse á todos los créditos, porque no es más que la aplicación de un principio general. La corte de casación, que ha propuesto el art. 886, comparaba la insolvencia sobrevenida después de la partición, al incendio que destruye una casa incluída en el lote de un heredero; el caso fortuito recae en el propietario sin que

1 Durantón, t. 7°, pág. 724, núm. 543. Demante, t. 3°, pág. 369, núm. 230 *bis* 2°. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 563 número 800.

pueda ejercitar ningún recurso. (1) Por aplicación de este principio es por lo que el código decide que los coherederos son garantes de la evicción, únicamente cuando ella procede de una causa *anterior* á la partición; ahora bien, la insolvencia que sobreviene posteriormente no impide que haya reinado la igualdad en el momento de la partición; luego no puede dar lugar á garantía.

445. ¿Los coherederos deben garantirse el continente de los inmuebles declarado en el acto de la partición? Cuando el valor se calcula en razón del continente, no hay duda alguna. Se ha objetado ante la corte de casación, que la falta de continente no es una evicción: muy cierto es que el heredero no puede ser desposeído de lo que no existe, pero también es cierto que los herederos están ante todo obligados á garantirse la existencia de las cosas puestas en el lote. En el caso de que se trata, faltaban cincuenta y cuatro hectáreas de bosque en trescientos treinta y seis, y la hectárea estaba estimada en la escritura, en quinientos francos. La corte de casación decidió que los copartícipes estaban obligados á la entrega, y por consiguiente, á ministrar el número de hectáreas asentado en el contrato. Esto sucede así en materia de venta (arts. 1616 y siguientes); con mayor razón debe ser así en un contrato en el que es esencial la igualdad. (2)

Léese en la sentencia de la corte de casación, que no era la selva íntegra la que se había incluído en el lote del actor, sino un número de hectáreas. ¿Yay que inferir de esto que la garantía no se debe cuando los inmuebles se han considerado en sí mismos más bien que según su continente? Así lo enseñan algunos, añadiendo que, en este caso, no hay lugar más que á la acción de rescisión por causa

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 564, núm. 802.
2 Sentencia de denegada apelación, de la sala de lo civil, de 8 de Noviembre de 1826 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2153).

de lesión. (1) Esto es admisible cuando no se indica ningún continente; el heredero no puede pretender, en este caso, que la cosa no existe; él ha recibido la cosa puesta en su lote; si se queja de que no tenga el valor que reza el contrato, dice con eso que ha sido perjudicado, por lo que debe promover rescisión por causa de cesión. Otra cosa es cuando el continente está indicado y cuando hay un déficit; en este caso, el copartícipe sostiene que la cosa no existe, en parte al menos, y entonces promueve garantía y no rescisión. (2)

II Efecto de la garantía.

446. Garantir es consagrar la defensa del que es perturbado y que tiene derecho á la garantía. Si la defensa no tiene éxito y hay evicción, el código dispone que "cada heredero está personalmente obligado, en proporción de su parte hereditaria, á indemnizar á su coheredero por la pérdida que le ha causado la evicción" (art. 855). Así es que la obligación de garantía no da lugar á la rescisión de la partición. Lógicamente la partición debería anularse, supuesto que es de principio que "cada heredero puede pedir su parte en especie de los muebles é inmuebles de la sucesión" (art. 826). Este principio se echa en olvido con perjuicio del heredero despojado, el cual recibe una indemnización en dinero, en lugar de recibir bienes hereditarios. Dumoulín, espíritu lógico como todos nuestros grades jurisconsultos, había decidido en un principio, que en caso de evicción debía haber una nueva partición; pero la lógica tiene sus inconvenientes en la vida real; á menudo, el derecho tiene que transigir con las exigencias

1 Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4°, pág. 404, notas 29 y 30, según Foüet de Conflans, sobre el art. 884, núm. 2.

2 Burdeos, 16 de Mayo de 1829 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2206). Compárese Demolombe, t. 17, pág. 420, núm. 342.

de la realidad. Dumoulín se retractó, porque sentía, dice él mismo, que se había dejado llevar demasiado lejos. (1) Hay diversos intereses que conciliar en materia de garantía. Los copartícipes están todos interesados en conservar los bienes puestos en su lote, y el interés de los terceros reclama también la estabilidad de la propiedad. Si se rescindiese la partición, todo quedaría resuelto y habría que arreglar entre los herederos las mejoras y los deterioros; los derechos concedidos á los terceros quedarían aniquilados. De aquí un trastorno en las relaciones civiles; la ley se resigna á esto cuando es necesario, y lo evita cuando de otra manera pueden satisfacerse los intereses lastimados. Ahora bien, la indemnización da esta satisfacción al heredero despojado, y por lo mismo, es inútil la rescisión de la partición. (2) Se ha pretendido que el heredero despojado podía pedir una nueva partición cuando era despojado de su parte en totalidad ó poco más ó menos. (3) Esta es una de esas opiniones que pretenden reformar las leyes á nombre de la equidad, y que deben rechazarse sin vacilación: esto para el derecho, es, en cierto modo, una cuestión de vida ó de muerte. El derecho es la expresión de la equidad general; si, en casos excepcionales, la ley se halla en conflicto con la equidad, el derecho debe preponderar, porque de lo contrario cada intérprete y cada magistrado pondrá la equidad particular en el lugar de la justicia, y habrá tantas leyes como autores y jueces. En el caso de que se trata, ni hay ni asomos de duda; el legislador ha hablado, y ha dado la preferencia al interés de

1 Dumoulín, *Tractatus de eo quod interest*, núms. 45 y 146. El dice en el núm. 45; "*Sed jam sentio me nimis efeferri.*"

2 Demante, t. 3°, pág. 364, núm. 228; Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 559, núm. 792. Demolombe, t. 17, pág. 436, número 358.

3 Delvincourt, t. 2°, pág. 363; Vazeille, *De las sucesiones*, art. 885, núm. 1; Rolland y Villargues, *Partición*, núm. 288 y *Eviccion*, número 58.

los copartícipes, al interés de los terceros á la vez que poniendo á cubierto el interés del heredero despojado; debemos ceñirnos á su decisión, porque él solo puede establecer excepciones, si para ello hay algún motivo.

447. Si á causa de la evicción, el heredero experimentare una lesión de más de la cuarta parte ¿tendría derecho á promover la rescisión por causa de lesión? Se sostiene la afirmativa (1), pero no ha encontrado favor. Nosotros la rechazamos también, sin aceptar, no obstante, los motivos que se aducen para combatir esa opinión. Se dice que ella pone á los copartícipes á discreción del heredero despojado: si los bienes han aumentado en valor desde la partición, él pedirá la rescisión; si su valor ha disminuido, él promoverá la garantía. (2) A nosotros nos parece que esta no es una razón para decidir. En más de una ocasión acontece que una persona tiene dos acciones; por consiguiente, ella puede elegir, y si escoge la que le es más provechosa, de ello resultará naturalmente una desventaja para el demandado. Debemos prescindir de esas consideraciones de hecho y resolver la dificultad de derecho. La acción de garantía y la de rescisión por causa de lesión se otorgan por causas muy diferentes; la una supone que el difunto no era propietario de la cosa de que es despojado el heredero; la otra supone que los lotes se han compuesto mal. El heredero despojado no funda la acción en la lesión; por mínimo que sea el perjuicio que él sufra, tiene derecho á promover. Mientras que el heredero que pide la rescisión de la partición por causa de lesión, debe probar que, á causa de la partición, ha sido perjudicado en más de la cuarta parte. Además, son del todo diferentes los efectos de las dos acciones; la garantía deja subsistir la partición, la rescisión la anula. ¿Puede admitirse que de-

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. 2°, págs. 209 y 212, según Valette.

2 Demante, t. 3°, pág. 373, núm. 23 *bis* 4° Demolombe, t. 17, página 437, núm. 359.

penda del heredero, en caso de evicción, intentar una acción que anule la partición, cuando el legislador quiere que se mantenga la partición? La cuestión planteada de tal suerte debe resolverse negativamente: el legislador es el único á quien corresponde arreglar las condiciones y los efectos de las acciones, y cuando se ha pronunciado, las partes no pueden modificar lo que aquél ha resuelto.

448. El heredero despojado no puede reclamar más que una indemnización. ¿Cómo se calcula ésta? ¿Es por el valor de la cosa en el momento de la evicción, ó por el valor que aquélla tenía en la época de la partición? La cuestión es muy controvertida, lo que prueba que existe alguna duda. Y en caso de duda deben consultarse los principios y la tradición. Nosotros creemos que conforme á los principios la cosa debe estimarse en el valor que tenía en el momento de la partición. ¿Qué es la cosa de que es despojado un heredero? Una cosa que no pertenecía al difunto, y que, por consiguiente, no habría debido comprenderse en la partición. Supongamos que, en aquel momento, la cosa valiera diez mil francos. Estos diez mil francos no habrían debido comprenderse en la partición; el resultado de la evicción es, pues, que habría diez mil francos menos que distribuir, y por consiguiente, esta pérdida tiene que repartirse entre todos los copartícipes. Tal era la doctrina de Pothier, y la tradición es decisiva en este punto; porque los autores del código no han hecho más que transladar al art. 885 lo que decía Pothier. Según los términos de este artículo, cada uno de los coherederos está obligado, en proporción de su parte hereditaria, á indemnizar á un coheredero por la *pérdida que le ha causado la evicción*. Y leemos en Pothier: "La obligación de garantía consiste en que cada uno de los coherederos está obligado, por la porción de que es heredero, á indemnizar á su coheredero por la *pérdida que le ha*

causado la evicción." Las expresiones son idénticas; queda por averiguar lo que Pothier entendía por la *pérdida* que la evicción causa al heredero; ahora bien, él enseña según Dumoulin, que cuando un copartícipe ha sufrido evicción, sus copartícipes están únicamente obligados á darle razón de *la suma por la cual ella se le dió en partición* (1). ¿Y no es esto el comentario auténtico del art. 885?

Se objetan los términos de la ley; al decir que los herederos deben indemnizar al que ha sido despojado de la *pérdida que le ha causado la evicción*, ¿no está diciendo el código que el momento de la evicción es lo que debe considerarse para estimar dicha pérdida? La objeción tendría alguna fuerza si Pothier no hubiera dado de antemano la explicación del texto. Aun haciendo á un lado la tradición, una cosa es decir que el heredero debe ser indemnizado por la pérdida que le causa la evicción, y otra cosa que la pérdida debe estimarse en la época de la evicción. El texto no resuelve esta última cuestión que queda intacta, lo que vuelve á llevarnos á los principios; y en el terreno de éstos, la cuestión no es dudosa. En verdad que había un sistema más justo que el del código, y era nulificar la partición; la nueva partición habría tomado los bienes en el estado en que se hallan en el momento de la evicción, y por consiguiente, cada uno de los copartícipes habría ganado ó perdido, según que los bienes hubiesen aumentado ó disminuido de valor. El sistema consagrado por el código puede conducir á injustas desigualdades; si el heredero es despojado de un bien que vale 50,000 francos en el momento de la evicción y que sólo valía 40,000 cuando se hizo la partición, entonces pierde. En cambio, si se admite la opinión que estamos combatiendo, los demás herederos perderán si sus bienes no han aumentado de valor,

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4°, art. 5 °, pfo. 3°; *De la venta*, núm. 33.

mientras que aquel de que ha sido despojado el heredero, ha duplicado su valor. Se pretende que, en esta última hipótesis los coherederos podrán pedir la rescisión de la partición. Esto es del todo arbitrario, supuesto que en nada se funda. Ajustémonos al texto y á la tradición que lo interpreta. (1)

449. En el título de la *Venta*, la ley asienta otros principios concernientes al monto de la indemnización á la que tiene derecho el comprador en caso de evicción (artículos 1631–1633). Los autores están de acuerdo en enseñar que los principios particulares á la venta no se aplican en materia de partición. Hay, en efecto, una diferencia esencial entre la partición y la venta. El comprador contrata con un fin interesado, para sacar algún provecho, mientras que los copartícipes no especulan, sino que liquidan derechos preexistentes, que ni siquiera deben el uno al otro; en el sistema del código, la igualdad es lo que preside á esta liquidación. Resulta de esto que no pueden extenderse á la partición las disposiciones que rigen derechos y obligaciones del comprador y del vendedor. (2) Por consiguiente, el art. 1634 no es aplicable á los copartícipes. El vendedor está obligado á reembolsar ó á hacer que se reembolse al adquirente por aquel que lo despoja de todas las reparaciones y mejoras que él ha hecho en el predio. Se ha fallado que esta obligación no incumbe á los copartícipes. (3) El vendedor tiene obligaciones más estrictas, porque se obliga á transferir la propiedad de la cosa al com-

1 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 2°, pág. 376, nota 13; y los autores que citan. Hay un fallo en este sentido del tribunal de San Marcelino, de 19 de Enero de 1859 (Dalloz, 1859, 3, 47). La opinión contraria es la que se adopta con más generalidad. Véanse las autoridades citadas por Demolombe, t. 17, pág. 442, núm. 363. Hay, en este sentido, una sentencia de Bruselas, de 20 de Julio de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 272).

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, págs. 558 y siguientes, número 792. Durantón, t. 7°, pág. 728, núm. 546.

3 Denegada, de 9 de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 290).

prador; los copartícipes están únicamente obligados á indemnizar al heredero despojado, á fin de restablecer la igualdad que debe reinar entre ellos. El heredero que ha emprendido trabajos en el inmueble de que es despojado, no tiene recurso sino contra el propietario que reivindica contra él el fundo. En otro lugar de esta obra (t. 6º, números 173-181) hemos expuesto los principios que rigen las relaciones del propietario y del tercer poseedor.

450. El recurso de garantía se decide en razón de la parte hereditaria de cada uno de los garantes. Esto es una consecuencia del principio en que se funda la garantía. La evicción constituye una pérdida para todos los herederos; el valor del bien de que es despojado el heredero se halla de menos en la herencia, por lo que cada uno de los herederos debe tomar menos en el activo, en proporción de su parte hereditaria. Síguese de aquí que el heredero despojado reporta igualmente su parte en la pérdida, á diferencia del comprador que tiene derecho á una indemnización completa. El art. 886 dice que cada uno de los coherederos está *personalmente* obligado; y no añade, como lo hace el art. 873, que está obligado hipotecariamente por el total. Sin embargo, la ley da al heredero despojado un privilegio para asegurar su recurso; este privilegio recae sobre todos los inmuebles comprendidos en el lote de los garantes (ley hipotecaria, art. 27, núm. 4); pero como el privilegio no es más que el accesorio del crédito, y como cada heredero no es deudor sino por su parte, resulta que cada uno de ellos no está obligado hipotecariamente sino por la parte que debe reportar en la pérdida común. (1) Insistirémos sobre el privilegio de los copartícipes, en el título de las *Hipotecas*.

451. El art. 885 establece que: "Cada uno de los coherederos está personalmente obligado." Se pregunta si la

1 Chabot, t. 2°, págs. 677 y siguientes, núms. 1 y 2 del art. 886.

obligación de garantía incumbe al heredero beneficiario. No es dudoso que el heredero despojado tenga un recurso contra un coheredero que ha aceptado bajo beneficio de inventario, porque el heredero beneficiario es heredero, y la pérdida que resulta de la evicción deben soportarla todos los herederos. Pero la dificultad está en saber si el heredero beneficiario está obligado á la garantía *ultra vires*. Los mejores entendimientos están divididos en esta cuestión. Nosotros creemos que él debe pagar su parte en esta deuda por el todo. La garantía es una obligación impuesta á los herederos entre sí, y el beneficio de inventario sólo se refiere á las relaciones del heredero con los acreedores; acarrea la separación de patrimonios, y esta separación sólo puede oponerse á los acreedores del difunto. (1) Se objeta que el heredero no es más que un administrador de la herencia, y que, como tal, no puede obligársele á la garantía, como tampoco al tutor. (2) La objeción es demasiado absoluta, y para nada tiene en cuenta los derechos del heredero; éste es representante del difunto, es propietario de los bienes puestos en su lote; debe la devolución á sus coherederos, y por consiguiente, está también obligado á la garantía. Hay, no obstante, algo de cierto en la objeción que se hace contra nuestra opinión, y es que los bienes que el heredero beneficiario recibe por la partición sirven para pagar á los acreedores. Luego si el heredero beneficiario ha distribuido á los acreedores un valor de diez mil francos, por ejemplo, que debe restituir á su coheredero despojado, resulta que habrá pagado esos diez mil francos sin deberlos, supuesto que tienen que deducirse de su emolumento; de esto concluimos que si la sucesión está en ruina, si no hay residuo, él tendrá una acción recursoria contra los acreedores, fundada en que

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 562, núm. 799.
2 Demante, t. 3°, pág. 366, núm. 228 *bis* 4°.