les habrá pagado diez mil francos que no les debía. Pero si quedare un emolumento suficiente para cubrir la pérdida de los diez mil francos, será el heredero el que los reporte. Acerca de este punto no podría haber duda.

452. "Si uno de los coherederos se halla insolvente, la partición á que está obligado debe repartirse igualmente entre el garantido y todos los coherederos solventes" (artículo 885). Esta disposición deroga el derecho común, según el cual las deudas no solidarias se dividen entre los deudores, y cada uno no esta obligado sino por su parte, y no es responsable de la insolvencia de los demás deudores. ¿Cuál es el motivo de esta derogación? El motivo en el cual descansa la obligación misma de la garantía, la igualdad que debe reinar entre coherederos. El que es desdojado debe ser completamente indemnizado de la pérdida que le causa la evicción, salvo el reportar su parte. Y no quedaría indemnizado si tuviera él solo que perder la parte que el insolvente debía pagarle. Como esta insolvencia y el perjuicio resultante para el garantido es una consecuencia indirecta de la evicción, es justo que el perjuicio se reparta entre todos los herederos solventes, incluso el garantido.

III. Cuando la garantía cesa.

453. El art. 884 establece que "la garantía no tiene lugar si la *especie* de evicción sufrida ha sido aceptada por una cláusula *particular* y expresa de la escritura de partición." Resulta de esto que una cláusula general de no garantía sería nula. Una cláusula semejante es válida en materia de venta, pero no dispensa al vendedor de restituir el precio; lo que hace que la cláusula sea inaplicable en la partición, en la cual no hay precio. Y aun puede estipularse que el vendedor no restituirá el precio; en este caso, la venta es aleatoria (arts. 1627, 1629). Esto explica por

qué una cláusula general de no garantía no puede convenirse en la partición, porque alteraría su carácter esencial, la igualdad, lo que excluye toda cláusula aleatoria. El contrato de venta es una especulación, y nada impide que las partes especulen aun sobre eventualidades; mientras que la partición no puede dar todo á uno y nada al otro: esto no sería entonces una partición. Esta razón no existe cuando hay una cláusula de no garantía; en este caso, la cosa sujeta á á evicción habrá sido estimada en consecuencia, y, por lo tanto, el copartícipe en cuyo lote aquélla está incluida se halla indemnizado anticipadamente. Chabot da el ejemplo siguiente. En la escritura de partición se dice que una casa goza de una servidumbre en la heredad vecina, pero que existe ó que puede surgir á este respecto una discusión con el propietatio; la escritura agrega que el heredero en quien recaiga el lote hará valer el derecho, á su cuenta y riesgo, sin que pueda reclamar una indemnización en caso de evicción. Esta cláusula es válida. Debe presumirse que en razón de la incertidumbre que reina sobre el derecho previsto en el contrato, aumentará el lots en el cual está puesta la casa, ó, lo que viene á ser lo mismo, que la casa se habrá estimado en un valor menor. (1) Aun limitada de esta suerte, de la cláusula no garantía se concilia difícilmente con la naturaleza de la partición; de ello resulta, en efecto, una probabilidad de ganancia ó de pérdida, que da á la partición un carácter aleatorio, cosa contraria á su esencia.

Comunmente se da otra razón de la disposición del artículo 884. Si no se permite, dicen, una cláusula general de no garantía, es porque se teme que encubra un fraude de uno de los herederos, que, conociendo el riesgo de la

1 Chabot, t. 2°, pág. 667, núm. 5 del art. 884. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 521, núm. 795. Demante, t. 3°, pág. 363, núm. 227 *bis* 1°

evicción, hiciese incluir en la escritura de partición una cláusula de no garantía, teniendo cuidado de mandar poner la cosa litigiosa en el lote de uno de sus coherederos. (1) La razón no es decisiva. En primer lugar, no se aplica al caso muy frecuente en que los lotes se echan en suerte. En segundo lugar, si hay fraude la partición sería nula por causa de dolo, y, por consiguiente, podría pedirse su rescisión, lo que hacía inútil el recurso de garantía.

El art. 884 permite una cláusula particular de no garantía; la ley quiere que sea expresa. Puede ser que esta cláusula no esté estipulada sino en provecho de uno de los copartícipes; se pregunta si debe ser expresa en el sentido de que la escritura debe declarar en términos formales que el copartícipe quede exento de todo recurso de garantía. Se ha fallado que la cláusula no debe ser expresa en el sentido de que basta que la derogación resulte de las circunstancias de la causa, principelmente de la correspondencia de las partes interesadas y de otros documentos. A primera vista, esta decisión parece contraria al texto del art. 884, que exige una cláusula expresa que prevea la especie de evicción por cuyo motivo no se deberá la garantía. Pero la cláusula que la corte de Montpellier tenía que interpretar, no era una cláusula general de no garantía; ella dispensaba únicamente á uno de los copartícipes del recurso de garantía, en caso de evicción sufrida por sus coherederos; y las piezas agregadas al proceso probaban que bajo esa condición era como el heredero había consentido en la partición. La decisión fué mantenida por la corte de casación. (2)

454. ¿Cesa la garantía si el heredero despojado tuviera conocimiento al hacerse de partición, de los riesgos de la evicción? En el antiguo derecho se decidía la cuestión en

1 Durantón, t. 7°, pág. 717, núm. 534, y todos los autores.
2 Denegada, de 3 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 304).

contra del heredero, Lebrún de una manera absoluta y Pothier con una restricción: por una parte enseña éste que el simple conocimiento que el heredero hubiese tenido de que la cosa estaba sujeta á evicción, no lo excluye del derecho de garantía; pero en otro lugar él añade que otra cosa sería si apareciere que el heredero hubiese quedado, por la partición, cargado con los riesgos de la evicción, y que se le hubiese dado la heredad en mucho menos de su valor. Esta distinción es equitativa, pero muy vaga, y habría originado pleitos sobre la intención de las partes contrayentes. El código ha zanjado la dificultad exigiendo una cláusula expresa de no garantía. Tal es la opinión de todos los autores, salvo el disentimiento de Vazeille, que no debe tenerse en cuenta, porque se halla en oposición con el texto de la ley. (1)

455. Cuando se ha estipulado la cláusula de no-garantía y ha tenido lugar la evicción, el heredero despojado no tiene ningún recurso contra sus copartícipes. Pero si de la evicción resulta una lesión de más de la cuarta parte ¿no tendrá él por este motivo la acción de rescisión? Acerca de este punto hay alguna incertidumbre, en la doctrina, una cosa sí nos parece evidente, y es que el heredero no tiene derecho á ninguna acción en razón de la pérdida que la evicción le hace sufrir; porque ese perjuicio ha sido previsto por el contrato; así es que la evicción no hace más que realizar las estipulaciones de las partes contrayentes: un daño previsto y de antemano exceptuado no puede dar margen á una acción cualquiera de indemnización. ¿Debe mantenerse esta decisión en el caso de que en la estimación no se haya tenido en cuenta la depreciación resultante del

1 Lebrún, lib. 4°, cap. 1°, núm. 73; Pothier, *Introducción al título 17 de la costumbre de Orleáns*, núm. 101; *Tratado de las sucesiones*, capítulo 4°, art. 5°, pfo. 3° Chabot, t. 2°, pág. 670, núm. 7 del art. 884, seguido por todos los autores

riesgo de la evicción? La equidad está ciertamente en favor del heredero; pero ¿no puede objetársele que ha renunciado á toda acción, al consentir en tomar la cosa al precio fijado en el contrato, y con estipulación de no garantía? Otra cosa sería si, haciendo abstracción del riesgo de la evicción, la cosa hubiese sido estimada en su precio de tal modo superior á su valor, que de ello resultase una lesión de más de una cuarta parte. Se vuelve entonces al derecho común. Creemos inútil insistir sobre estas dificultades; las hipótesis en las cuales se presentan son tan poco probables, que se puede osadamente colocarlas entre esas tésis ociosas que se discuten en la escuela y que sería mejor hacer á un lado. (1)

456. Según los términos del art. 1640, la garantía por causa de evicción cesa cuando el comprador se ha dejado condenar sin apelar á su vendedor, si éste prueba que existían medios suficientes para desechar la demanda. Esta disposición se aplica por analogía á la partición, porque es de derecho común. Es un principio que el que experimenta por su culpa una pérdida no tiene recurso que ejercitar por tal motivo, aun cuando hubiese tenido un recurso y no hubiese cometido falta alguna. Se da como ejemplo el caso en que el heredero, molestado por una acción de reivindicación, descuida oponer una prescripción adquirida. Es verdad que él puede proceder así por un sentimiento de delicadeza; pero como dice muy bien Demante, no le es permitido ser delicado á expensas de sus coherederos. Es llegado el caso de aplicar el artículo 2225, que dice: "los acreedores á otra persona cualquiera que tenga interés en que se adquiera la prescripción, pueden oponerla, aun cuando el deudor ó el propietario renuncien á ella." El heredero, desde el momento en que es

1 Véanse en sentido diverso. Demolombe, t. 17, pág. 428, número 451; Mourlón, t. 2°, pág. 213; Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4°, pág. 436, nota 35, y los autores que citan.

molestado, debe traer á causa á sus coherederos; á ellos corresponde ver si les conviene oponer la prescripción ó hacer valer otros medios de defensa. (1)

La corte de casación ha hecho la aplicación de este principio á un caso que no ofrecía la menor duda. Por una parte el copartícipe no había registrado su privilegio, y por otra parte, la insolvoncia del deudor, que le hacía perder su crédito, había sobrevenido posteriormente á la partición; luego había dos razones igualmente decisivas para que no hubiese lugar á la garantía. (2)

457. El recurso de garantía prescribe, según el derecho común, en el lapso de treinta años (art. 2262), los cuales comienzan á contarse, según el art. 2257, desde el día en que tiene lugar la evicción. Hay excepción á esta regla, en lo concerniente á la garantía que los copartícipes se deben, en materia de rentas. Según el art. 886, la garantía de la solvencia del deudor de una renta no puede ejercitarse sino dentro de los cinco años que siguen á la partición. Esta disposición deroga el antiguo derecho; siendo perpetuas las rentas, se concluirá de esto que la garantía era también perpetua, en el sentido que duraba todo el tiempo que la renta. Esto no era tan absurdo como algunos lo pretenden, Pothier tiene razón en decir que la renta difiere de los créditos ordinarios; consistiendo éstos en un capital que es exigible, basta para asegurar los derechos de los herederos, garantir la solvencia en el momento de la partición. Mientras que las rentas no son exigibles en cuanto al capital, el acreedor no tiene derecho más que á las caídas, á medida que se vayan cumpliendo. Si no se garantiza la solvencia del deudor sino en el momento de la partición, habrá desigualdad entre él y el acreedor de un capital; en efecto, tendrá la seguridad

1 Demante, t. 3°, pág. 364, núm. 227 *bis* 2°, y todos los autores. Bruselas, 20 de Julio de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 272).

2 Denegada, de 24 de Diciembre de 1866 (Dalloz, 1867, 1, 211).

de percibir su crédito íntegro y el otro corre riesgo de perder el capital y los réditos vencidos. Pero la responsabilidad ilimitada de los coherederos tiene un inconveniente, y es que los expone todos los años á acciones recursorias. A Lebrún parecíale esto duro, y los autores del código son de su opinión, sólo que de un exceso han venido á caer en otro. (1) ¿Por qué limitar el recurso de garantía á cinco años para la solvencia del deudor al hacerse la partición? ¿y por qué hacer correr ese plazo desde la partición, en contra de la regla escrita en el art. 2257? En vano se buscarían las razones de estas disposiciones del todo arbitrarias. (2)

Como la prescripción establecida por el art. 886 es, á todas luces, una excepción, debe restringirse al caso para el cual se expidió, es decir, para el servicio de las caídas de la renta. Si no existiere la renta, habría garantía por este capítulo lo mismo que para la existencia de toda cosa y de todo derecho puesto en el lote de los copartícipes. Como la garantía de la existencia de la renta no entra ni en el texto, ni en el espíritu del art. 886, queda, por tal motivo, bajo el imperio del derecho común; luego dura treinta años y la prescripción no empieza á contarse sino desde el día en que se ha comprobado la no existencia de la renta. Todos los autores están de acuerdo en este punto. (3)

458. Hay alguna incertidumbre sobre la garantía de

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 4°, art. 6°, pfo. 3°; Lebrún, lib. 4°, cap. 1°, núm. 68; Chabot, t. 2°, pág. 678, núm. 1 del art. 886; Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 563, núms. 801 y siguientes.

2 Durantón ha tratado de justificarlas, t. 7°, pág. 722, núm. 541. La justificación ha sido criticada tanto como el código (Demante, t. 3°, pág. 370, núm. 230 *bis* 4°, Demolombe, t. 17, pág. 464, número 375).

3 Véanse las autoridades citadas por Demolombe, t. 17, pág. 467, núm. 378, y por Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4°, pág. 406, nota 38.

la solvencia del deudor cuando se trata de créditos ordinarios. Hemos aplicado el art. 886, por analogía en lo concerniente al principio de la garantía (núm. 444), porque en este punto, este artículo no hace más que consagrar el derecho común. Otra cosa es de la prescripción, porque como ésta es del todo excepcional no podría extenderse. Luego hay que atenerse á los principios generales que rigen la prescripción. Esto equivale á decir que la acción de garantía durará treinta años. (1) ¿Cuándo comenzará á correr este plazo? A nosotros nos parece que debe aplicarse la disposición del art. 2257, que era también adoptada en el antiguo derecho. Trátase de la garantía debida por evicción. Así es que la evicción no empieza á correr desde el día de la evicción, y ¿cuándo puede decirse que la evicción, es decir, la insolvencia del deudor existe? Desde el día en que está comprobada por la discusión de sus bienes; es desde este día cuando él pierde el beneficio del plazo, y también cuando el acreedor está en aptitud de promover. (2)

§ VI.—De la resolucion y de la rescision de la particion.

Núm. 1. De la resolución.

459. La corte de casación ha fallado que las particiones pueden hacerse con las mismas condiciones que otro contrato cualquiera. (3) Esto no es más que la aplicación del derecho común, y el derecho común debe aplicarse, á menos que la ley lo derogue. Se objeta que el principio con-

1 Tal es la opinión común, con excepción del disentimiento de Poujol (Zachariæ, t. 4°, pág. 406, nota 40. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 565, núm. 804.)

2 Demolombe, t. 17, pág. 470, núm. 382, núm. 382, y los autores que él cita. Según Zachariæ, y Duvergier, la prescripción se cuenta desde la partición.

3 Casación, 6 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 16). Compárese el núm. 293 de este tomo.