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.

sagrado por el art. 883 se opone á una partición condicional. El código dice que la partición es declarativa de propiedad y no atributiva; lo que supone, dícese, que la partición, una vez operada, declara definitivamente que cada uno de los copartícipes ha sido propietario, desde la apertura de la sucesión, de los bienes comprendidos en su lote; no se concibe que esta declaración sea provisoria, á menos que sólo se refiera al goce. Nosotros, con la corte de casación, contestamos que el art. 883 rige las particiones consumadas, es decir, las particiones que las partes han querido que sean irrevocables; pero no es obstáculo para que los herederos suspendan la partición ó la resuelvan. ¿Es permitido suspender la existencia de la partición por medio de una condición suspensiva? Ninguna ley lo prohibe con tal que la indivisión no sea mantenida durante más de cinco años (art. 816). ¿Es permitido estipular que la partición se resuelva si tal evento futuro é incierto llega á realizarse? El art. 1168 autoriza la condición resolutoria tanto como la suspensiva, en toda especie de convenios, luego también en la partición, supuesto que ninguna ley se opone á ello.

Así, pues, la corte de casación ha fallado bien; sólo que su lenguaje no es correcto, y si lo hacemos notar, es á fin de que nuestros lectores se habitúen á expresar con claridad su pensamiento. Ella dice que las partes contrayentes tienen el derecho de distribuir provisionalmente sus bienes. Esto no es exacto. Las particiones hechas con condiciones resolutorias no crean una propiedad provisional ó temporal; á los copartícipes se les tiene por propietarios desde la apertura de la herencia, del mismo modo que el comprador con condición resolutoria es propietario desde la venta. Pero, en uno y otro caso, la propiedad declarada ó transmitida quedará resuelta si se cumple la condición resolutoria; en este caso, las partes jamás habrán sido

propietarias; se considerará que los herederos han estado siempre en la indivisión, y no habrán tenido propiedad exclusiva, ni siquiera provisional.

La corte se expresa también con falta de exactitud cuando dice, al hablar de la resolución, que las partes pueden subordinar la existencia de la partición á una condición. Esto sería, no ya una consideración resolutoria, sino suspensiva; es inútil añadir que es grande la diferencia, puesto que la condición suspensiva tiene el efecto de que la partición no existe, mientras que la condición resolutoria no suspende la existencia de la partición, sino únicamente su resolución. (1)

460. Hay, sin embargo, una diferencia considerable entre la partición y los contratos sinalagmáticos. En general, la condición resolutoria se subentiende en estos contratos para el caso en que una de las partes no satisface su compromiso (art. 1184). La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo para admitir que la condición resolutoria no está subentendida en las particiones. (2) Ya hemos dado la razón de esta diferencia. Si la ley subentiende la condición resolutoria en los contratos sinalagmáticos, es porque supone que esa es la intención de las partes contrayentes. Ahora bien, en la partición, la ley no podía hacer tal suposición En primer lugar, es raro que cada uno de los copartícipes esté obligado con el otro. El caso más común de las obligaciones recíprocas contraídas por los coherederos, es el de devolución por saldo; y es raro que la mitad de los copartícipes esté obligada á los saldos con la otra mi-

1 Se hallan las mismas expresiones inexactas y la misma doctrina, exacta en su fondo, en una sentencia de Montpellier, de 12 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1847, 2, 158).

2 Véanse las autoridades citadas por Zachariæ, t. 4º, pág. 406 y nota 4, y por Demolombe, t. 17, p. 380, núm. 308; Metz, 23 de Marzo de 1820; Besançon, 25 de Junio de 1828; Casación, 29 de Diciembre de 1829, y 14 de Mayo de 1833; París, 21 de Noviembre de 1830, y 3 de Febrero de 1853; Nancy, 27 de Julio de 1838 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2093-2096), y 1855, 2, 334.

tad; casi siempre hay lotes que no están gravados con saldos; los herederos que tienen tales lotes están interesados en que se mantenga la partición; por lo que el legislador ya no podía suponer á las partes contrayentes la voluntad de resolver la partición, si una de ellas no cumpliese los compromisos más particulares que ha contraído con la otra; porque no puede suponerse que todos los copartícipes hayan querido ponerse á merced de algunos de entre ellos que pudieran haberse puesto de acuerdo para romper las particiones que todos los demás estaban interesados en mantener. La resolución, por otra parte, en materia de partición, tiene inconvenientes mayores que los que presenta en los demás contratos, en razón del mayor número de copartícipes cuyos derechos vuelven á ponerse en duda cuando la partición está resuelta. Familias enteras se ven molestadas por estas acciones resolutorias, así como los terceros á los que se han otorgado derechos después de la partición. Frente á todos estos inconvenientes, el legislador no podía presumir que la intención de las partes fuese resolver la partición. El mismo principio se aplica á la licitación judicial (1) y á la licitación voluntaria que se verifica entre coherederos. (2) Aunque por naturaleza la licitación sea una venta, el legislador la asimila á una partición, cuando se verifica entre coherederos; luego está sometida á los principios que rigen la partición.

461. Se llama pacto comisorio á la condición resolutoria que se estipula para el caso en que una de las partes no cumple sus obligaciones. ¿Puede incluirse tal cláusula en una partición? La cuestión es debatida, y á nuestro juicio, no es dudosa. El pacto comisorio es una condición resolutoria expresa, en el sentido de que la estipulan las partes contrayentes. Ahora bien, los coherederos pueden estipular las condiciones que quieran, luego también el pacto comisorio. No es posible prevalerse, contra la condición resolutoria expresa, de las razones que han obligado á rechazar la condición resolutoria tácita en materia de partición. Sin duda que la resolución por causa de inejecución de los contratos presenta algunos inconvenientes, razón por la cual el legislador no la presume; pero de esto á prohibir, hay distancia. Para esto se necesitaría un texto, y no lo hay. Esto decide la cuestión. Agregamos que el legislador habría hecho mal en prohibirla; él debe dejar á las partes el cuidado de velar por sus intereses; si á ellas les parece que la cláusula resolutoria no compromete sus intereses ¿por qué prohibirles que la inserten en sus convenios? Se lee en una sentencia que esta cláusula es incompatible con los efectos esenciales de la partición. (1) Esta es una pura afirmación á la que ya hemos contestado: ¿por qué la propiedad declarada no había de poder resolverse tanto como la transferida? La sentencia agrega que la cláusula de resolución, si se admite, será presto de estilo, lo que destruiría enteramente la ficción del art. 883, ficción introducida por interés de los terceros más bien que por el de los copartícipes. Esto no es exacto; si la partición borra la indivisión, ciertamente que no es por interés de los terceros á los que se han otorgado derechos, supuesto que estos derechos caen, sino ante todo por interés de los coherederos; pues bien, que se les deje el cuidado de proteger sus intereses como mejor lo entiendan. Por último, la sentencia invoca el interés general que quiere que la propiedad inmobiliaria sea cierta y estable. Esto es muy cierto, pero prueba demasiado; á pesar del interés que tiene la sociedad en la estabilidad de la propiedad, el legis-

1 París, 20 de Noviembre de 1851 (Dalloz 1854, 5, 545).
2 Lyon, 8 de Febrero de 1855 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2096).

1 Rouen, 18 de Junio de 1841 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2098); en el mismo sentido Zachariæ. t. 4°, pág. 401, nota 15. Duvergier sobre Toullier, t. 3°, 2, pág. 359, núm. 563, nota *a* y *Venta*, t. 2°, núm. 144 y siguientes.

lador permite que se hagan ventas con condición resolutoria; y ¿por qué no había de permitir las particiones con esa condición? La libertad de contratar es también un interes general y el mayor de todos, supuesto que es uno de los elementos de la libertad individual, sin la cual no hay vida. (1)

La jurisprudencia de la corte de casación se ha pronunciado en este sentido. La corte hasta admite que la condición no debe estipularse de una manera expresa. (2) Esto nos parece dudoso. Es verdad que la voluntad de las partes no debe manifestarse por medio de palabras sacramentales, porque puede inferirse del conjunto de sus convenios. Pero cuando se trata de una excepción á un principio ¿no debe uno mostrarse más riguroso? Ahora bien, el principio es que la partición no está resuelta por la inejecución de los compromisos; por lo mismo, la resolución se vuelve una excepción y toda excepción debe estipularse de una manera formal.

462. Nada tenemos que decir de los efectos de la resolución, cuando se ha estipulado y cuando la condición se realiza. Se aplican los principios generales que expondrémos en el título de las *Obligaciones*; puede decirse en una sola palabra que la partición resuelta queda destruida, como si nunca hubiese existido.

Núm. 2. De las particiones inexistentes.

463. La teoría de los contratos inexistentes está admitida por la doctrina; pero como no está formalmente consagrada por la ley, queda siempre alguna incertidumbre. En

1 Demolombe, t 17, pág. 383, núm. 310. La jurisprudencia se fija en este sentido. Denegada, de 4 de Agosto de 1824 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2099, 2°); Casación, 6 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 16); Denegada, de 12 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 8); Montpellier, 12 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1847, 2, 158).

2 Denegada, de 12 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 8).

varias ocasiones hemos expuesto los principios que rigen les contratos inexistentes (1); como debemos insistir, en el título de las *Obligaciones*, nos limitarémos aquí á hacer la aplicación á la partición. ¿Cuándo es inexistente la partición? El código no dice cuáles son los requisitos para la existencia de los convenios; de aquí la incertidumbre que reina en esta materia. (2) Nosotros hemos admitido como condiciones esenciales, en todo convenio, el consentimiento, el objeto y la causa; hay que añadir la solemnidad en los contratos llamados solemnes. Vamos á aplicar este principio á la partición.

464. Si no hay consentimiento, no hay contrato, supuesto que no es otra cosa que el concurso de consentimiento de los que se obligan á dar ó á hacer. Síguese de aquí que una partición hecha sin el concurso de los llamados á tomar parte en ella, no es una partición. Ya lo hemos hecho notar núm. 290). Acerca de este punto, los autores están de acuerdo. (3) Por otra parte, hay un texto: el art. 1078 declara nula por el todo la partición que hubiese hecho un ascendiente sin incluir en ella á todos los hijos que deja á su fallecimiento. Por idénticas razones, hay que declarar radicalmente nulas las particiones en las cuales no han concurrido todos los herederos.

¿Los sucesibles que no han tomado parte en la partición pueden confirmarla? Si se admite la teoría de los actos inexistentes, hay que contestar negativamente. Se confirman actos viciados y anulables en razón de los vicios que los manchan, pero no se confirma un acto que no tiene ninguna existencia, porque la nada confirmada sería siempre la nada. Pero con dificultad penetra esta doctrina en la

1 Véase el t. 1° de esta obra, núm. 71; t. 2°, núms. 269-280; t. 4°, núms. 224-226.

2 Demante, t. 3°, pág. 371, núm. 231 *bis* 1°, seguido por Demolombe, t. 17, pág. 479, núm. 388.

3 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 549, núm. 781. Demolombe, t. 17, pág. 489, núm. 400.