la anulará invocando el derecho. (1) Hé aquí lo arbitrario que con tanta frecuencia señalamos, y que es inevitable cuando los intérpretes se apartan de la ley y de los principios que ella establece. ¿Preguntarémos qué es del derecho si se permite al juez no tenerlo para nada en cuenta?

V. De la confirmación.

1. De la confirmación de las particiones nulas.

514. Los actos que la ley declara nulos en virtud de un vicio que los mancha, pueden ser confirmados. El que tiene el derecho de promover nulidad puede renunciar tal derecho, y entonces el acto se vuelve válido, como si nunca hubiese estado viciado. La confirmacion es expresa ó tácita, como toda manifestacion de voluntad. Cuando la confirmacion expresa consta por escrito, la ley prescribe ciertas formas para la validez del acto confirmativo: debe contener la substancia de la obligacion que se trata de confirmar, la mencion del motivo de la accion de nulidad, y la intencion de separar el vicio en que se funda esta accion. Cuando la intencion de confirmar resulta de un hecho, la confirmacion es tácita; la ley considera como tal la ejecucion voluntaria de la obligacion en una época en que ésta podría confirmarse válidamente. Tales son los principios que resultan del art. 1338, disposicion muy mal redactada, porque confunde la confirmacion y el escrito que lo comprueba. En el título de las *Obligaciones* explicarémos esta materia difícil; hemos tenido que recordar los principios elementales que rigen la confirmacion, porque la aplicacion de estos principios á la particion ha suscitado largas controversias. Hay que distinguir si la particion es nula ó si es rescindible por causa de lesion: nosotros entendemos por particion nula todos los casos sin los cuales

1 Demante, t. 3°, pág. 383, núm. 237 *bis* 3.° Compárese Demolombe, t. 17, pág. 598, núm. 506.

puede atacarse la particion, salvo el caso de lesion. Que pueda confirmarse la particion nula, no tiene la menor duda; esto no es más que el derecho común, y la ley no lo deroga. Así es que deben aplicarse los principios generales, que expondrémos en el título de las *Obligaciones*. La confirmacion podrá ser expresa ó tácita; la confirmacion tácita resultará de la ejecucion voluntaria de la particion hecha en la época en que podía confirmarse. El art. 1304. que establece la prescripcion de diez años para toda accion de nulidad, contiene una aplicacion de estos principios, Esta prescripción es una confirmacion tácita, y por esto no comienza á correr sino desde el día en que es posible la confirmacion; en el caso de violencia, desde el día en que ésta cesó; en los casos de error ó de dolo, desde el día en que se descubrieron; para los actos celebrados por los incapaces, desde el día en que cesa su incapacidad. Sucede lo mismo con la ejecucion voluntaria del acto nulo; así, pues, cuando se trata de una particion nula por causa de dolo ó de violencia, la ejecucion de la particion no se considerará como una confirmacion sino cuando ha tenido lugar después que cesó la violencia ó se descubrió el dolo; si la particion es nula por incapacidad, no se cubrirá la nulidad por la ejecucion voluntaria sino cuando se ejecutó la particion después de que cesó la incapacidad.

515. Tales son los principios generales que se aplican á la partición por el hecho solo de que la ley no los deroga. El art. 892 contiene, además, una disposición especial para el caso de dolo y de violencia, la cual está concebida en estos términos: "El coheredero que ha enajenado su lote en todo ó en parte, cesa de ser recibible á intentar la acción de rescisión por dolo ó violencia, si la enajenación que ha hecho es posterior al descubrimiento del dolo, ó á la cesación de la violencia." Así es que la enajenación parcial ó total de los objetos puestos en el lote de un heredero,

engendra un recurso de no recibir contra la acciöu de nulidad que él quisiera intentar. Pero no basta el simple hecho de la enajenación; se necesita, además, que el heredero haya enajenado en una época en que él había descubierto el dolo y en que la violencia había cesado. Corresponde á quien opone el recurso de no recibir al actor de de la nulidad, probar que la enajenación tiene lugar después del descubrimiento del dolo ó la cesación de la violencia. ¿Por qué la ley prescribe esta condición para que el actor sea declarado no recibible? Notemos que el artículo 1338 exige una condición análoga para la confirmación tácita por la ejecución voluntaria del convenio; es preciso que la ejecución tenga lugar en nna época en la cual podía confirmarse válidamente la obligación, lo que, en caso de dolo ó de violencia, equivale á decir: después del descubrimiento del dolo ó la cesación de la violencia. ¿Debe inferirse de esto que el art. 892 es una aplicación del art. 1338? ¿La enajenación hecha por el heredero de todo ó parte de su lote, es una confirmación tácita?

La cuestión es debatida. Todos los autores franceses consideran la enajenación como una confirmación. (1) Zachariæ dice que esto no es una confirmación, que es una presunción de renuncia del derecho que tenía el heredero vendedor para promover la nulidad. (2) El jurisconsulto alemán tiene razón en decir que la enajenación no es una ejecución de la partición. Se ejecuta un convenio ejercitando los derechos que él da ó cumpliendo las obligaciones que impone; en este sentido la enajenación no es una ejecución de la partición; y es la verdad decir que el artículo 892 no es una aplicasión de la disposición del artículo 1338, que hace que la confirmación resulte de la ejecución voluntaria del acto nulo. Por esto es que el art. 892 no se sirve de la palabra confirmación ó ratificación que emplea el art. 1338, sino que dice que no se recibirá al vendedor á atacar la partición. Sin embargo, este recurso de no recibir ¿no es en el fondo una especie de confirmacion? ¿y no es aún la única que sea posible, por lo común, en materia de partición? En general, la partición no impone ninguna obligación á los copartícipes, salvo la de garantía, de la que no puede tratarse, supuesto que no resulta del acto mismo de partición. Los copartícipes nada tienen los unos de los otros, luego entre ellos no podría haber ni derechos ni obligaciones. Sólo por accidente, en caso de saldo por exceso, hay un deudor y un acreedor. Luego ajustándose á la confirmación tácita del art. 1338, nunca los habrá en caso de partición, excepto cuando hay saldo por excedencia. Pero ¿no puede considerarse la enajenación como una confirmación especial de la partición? Es claro que la ley aplica á la enajenacion, para que produzca un recurso de no recibir, la misma condicion que exige para la confirmacion tácita por la ejecucion del acto, y es que se verifique después del descubrimiento del dolo ó la cesacion de la violencia, es decir, en una época en que la particion podía confirmarse válidamente. Es también claro que la renuncia en que Zachariæ funda el recurso de no recibir consagrado por el art. 892, es también el fundamento de la confirmacion, porque ¿qué cosa es confirmar si no renunciar al derecho que se tiene para promover la nulidad? Luego la enajenacion es una especie de confirmacion no prevista por el art. 1338, y particular á la particion. En este sentido, el art. 892 tiene el carácter de una disposicion excepcional; ha sido precisa una declaracion del legislador para dar esta extension al principio

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Lesión*, pfo. 6º Chabot, t. 2º, pág. 698, núm. 1 del art. 892. Durantón, t. 7º, pág. 767, núm. 588. Demante, t. 3º, pág. 382, núm. 237 *bis* 1º Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 572, núm. 812.

2 Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 4º, pág. 409, nota 6.

de la confirmacion tácita. Lo que significa que no se puede admitirla sino en los casos previstos por la ley y bajo las condiciones que ésta establece.

La corte de Bruselas ha hecho una aplicacion de este principio de interpretacion, al fallar que al copartícipe menor que continúa poseyendo, después de su mayor edad, los objetos puestos en su lote, no se le considera por haber confirmado la particion; (1) la posesion no es ni una ejecucion del acto, como quiere el art. 1338, ni una enajenacion, como quiere el art. 892; luego la cuestion no es de confirmacion. ¿Se aplica el art. 892 á otras causas de nulidad, principalmente á la lesion? Vamos á examinar esta cuestion al tratar de la confirmacion de las particiones rescindibles por causa de lesion. Es debatida con exceso; hay como un caos de opiniones contradictorias y de decisiones judiciales que chocan entre sí y se combaten. Se necesitaría una disertacion especial si se quisiera rectificar todos los errores y discutir todos los pareceres disidentes. Nos limitamos á exponer los principios.

Núm. 2. De la confirmación de las particiones rescindibles por causa de lesión.

516 La lesión es una causa de rescisión ó de nulidad en la partición y la venta; vicia también y anula los compromisos contraídos por los menores. ¿Puede disiparse este vicio por medio de la confirmación? Planteada en términos tan generales, no nos parece dudosa la cuestión. La confirmación no se limita á ciertas causas de nulidad; según el texto formal del art. 1338, se aplica á toda obligación contra la cual la ley admite la acción de nulidad ó de rescisión; el artículo no distingue las diversas obligaciones; tampoco distingue las diversas causas por las cuales pueden anularse ó rescindirse los contratos. Esta distin-

1 Bruselas, 21 de Enero de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 300).

ción, que no se halla en el art. 1338, ¿existe ó resulta de la naturaleza misma de la lesión? Como el art. 1338 establece una regla general, sería necesaria una disposición de la ley para que pudiera admitirse una excepción. Tal excepción se la buscaría en vano en nuestros textos, y tampoco se deriva del vicio mismo de la lesión. Los menores, ya mayores, pueden evidentemente confirmar los actos que hicieron en minoría, y que tenían derecho de atacar por causa de lesión; el vendedor, como lo dirémos en otro lugar, puede confirmar la venta que tiene derecho á atacar si está lesionado en más de siete duodécimos. ¿Por qué no había de ser lo mismo del copartícipe cuando se le lesiona en más de la cuarta parte? Para la confirmación expresa, la cuestión casi no tiene duda. El copartícipe lesionado declara que confirma la partición cuya rescisión tendría derecho de pedir; redacta una escritura confirmativa en los términos prescriptos por el art. 1338; suponemos que la confirmación reune todas las condiciones que la doctrina exige para su validez. ¿Por qué no había de ser válida esa confirmación? No hay razón para que no lo sea.

Se hace una singular objeción. Demante reconoce que los actos rescindibles por lesión son susceptibles de confirmarse; pero no es posible, dice, la confirmación sino después de que cesó el vicio. Y ¿cuándo cesa el vicio de lesión? Cuando el déficit de donde resulta la lesión se haya reducido á tal proporción que ya no constituya una lesión de más de la cuarta parte. Hasta entonces el consentimiento para que la acción se extinga no es más eficaz de lo que ha sido el consentimiento á la parte para impedir que se origine la acción. El principio de donde parte Demante no es exacto, y la consecuencia que se saca no es aceptable. Hay vicios que se prolongan: tales son el error, la violencia, el dolo, la incapacidad. Mientras subsista la cuestión no puede ser de confirmación, porque ésta estaría tan viciada

como el acto que se trata de confirmar. ¿Pasa lo mismo con la lesión? La lesión resulta de un error; desde el momento en que se reconoce el error, no hay obstáculo que impida al copartícipe renunciar al derecho que le da la lesión para pedir la rescisión de la partición. Si no pudiera hacerlo cuando el déficit está cubierto en parte, como lo dice Demante, jamás lo podría, porque desde el momento en que ya no hay lesión de más de la cuarta parte, la acción no es recibible. Así, pues, la doctrina que estamos combatiendo conduce á esta singular consecuencia, y es que la confirmacion no puede borrar el vicio de lesion, porque sólo se admite cuando el acto no es ya rescindible. (1) Digámoslo de una vez, éste es uno de esos errores que se escapan á los mejores entendimientos y que debía ser para todos una leccion de indulgencia.

517. Si la confirmación expresa puede tener lugar en caso de lesión, debe inferirse que también es admisible la confirmación tácita. El art. 1338 pone los casos de confirmación en la misma línea, y con razón, porque son un solo y mismo hecho jurídico, la renuncia al derecho de pedir la nulidad de un acto viciado; ahora bien, la renuncia es una manifestación de voluntad, y la voluntad puede manifestarse también por medio de hechos como de palabras. Luego, conforme al derecho común, puede haber confirmación tácita por la ejecución voluntaria del acto de partición. Esto acontecerá rara vez, según acabamos de decirlo, porque la partición no impone obligaciones á las partes contrayentes. Esto, sin embargo, puede suceder en caso de saldo por excedencia. El heredero lesionado paga un saldo, y lo paga en un momento en que tiene conocimiento de la lesión, y lo hace con plena libertad, con el objeto de confirmar la partición. Nosotros preguntamos

1 Demante, t. 3°, pág. 382, núm. 237 *bis* 1°. En sentido contrario, Demolombe, t. 17, pág. 375, núm. 481.

de nuevo ¿por qué no había de ser válida semejante confirmación? Cosa distinta es si el heredero fuese el acreedor del saldo; podría decirse, en este caso, que al recibirla obedece á la misma necesidad que lo ha inducido á consentir en la partición, la necesidad de procurarse inmediatamente recursos; de suerte que la confirmación estaría viciada por la misma causa que vicia la partición.

El art. 1304 viene en apoyo de nuestra opinión. En efecto, la prescripción de diez años que el artículo establece, no es otra cosa que una confirmación tácita; y por confesión de todos, la prescripción de diez años se aplica á la partición rescindible por causa de lesión; luego esta partición puede confirmarse tácitamente. No obstante, nos hallamos aquí con una nueva objeción. El art. 1304, dicen algunos, determina el momento desde el cual comienza á correr la prescripción de diez años, cuando el acto es nulo por causa de error, de violencia ó de dolo; no habla de lesión: prueba de que la lesión, en la mente de la ley, no es un vicio que se cubre por la prescripción ni por la confirmación tácita. (1) Nosotros respondemos que el artículo 1304 prevee un caso de lesión, supuesto que dice que el plazo corre, respecto de los actos ejecutados por los menores, desde el día de su mayor edad; y los menores pueden atacar sus actos si han sido lesionados; luego hay lugar á confirmación tácita por causa de lesión. En cuanto á la lesión en materia de venta, hay una disposición especial en el art. 1676. Queda la partición á cuyo respecto era inútil una disposicion particular, porque bastan los principios generales para decidir la dificultad (número 498).

Se objeta, además, el silencio del art. 892, que, en la opinión general, es una aplicación del art. 1338; y éste no menciona más que los casos de dolo y de violencia; y ¿no

1 Mourlón, *Repeticiones* t. 2°, pág. 217.

es esto excluir la lesion? Y si la enajenación hecha por el heredero lesionado no confirma la partición, lo mismo debe ser con toda especie de enajenación, lo que viene á parar en decir que la confirmación tácita no se admite en el caso en que la partición está viciada por lesión. (1) De antemano hemos contestado á la objeción (núm. 515). El artículo 892 no es una aplicación del 1838; si la enajenación fuese una ejecución del contrato, habría sido inútil preveer este caso en el art. 892, porque la regla del art. 1338 era suficiente. La interpretación que se da al art 892 está, además, en oposición con el art. 1304, como acabamos de probarlo. Por último, ella consagraría una derogacion de los principios generales, la cual por nada está justificada. Si la lesión puede cubrirse por una confirmación expresa ¿por qué no serlo por una tácita? ¿cuándo habrá confirmación tácita? Acerca de este punto, remitimos al art. 1338 y á las explicaciones que darémos en el título de las *Obligaciones*. En nuestra opinión, como la partición está sometida á la regla general, nada hay especial que decir en este caso.

518. Queda la cuestión de saber si el art. 892 es aplicable á la lesión. Planteada en tales términos, creemos que debe resolverse negativamente. El art. 892 menciona expresamente el dolo y la violencia; no habla de la lesión; el silencio del código nos parece decisivo. En efecto, trátase de una disposición especial, y en cierto concepto, excepcional (núm. 515); y las excepciones no se extienden. Dícese en vano que nuestro argumento es uno de esos razonamientos más que problemáticos que se apoyan en el silencio de la ley. (2) En más de una ocasión hemos rechazado los argumentos *á contrario*, pero cuidando de hacer notar que están en oposición con los principios de derecho. En el caso de que se trata, el silencio de la ley tiene ya por

1 Durantón, t. 7°, pág. 768, núm. 589; Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 2°, pág. 338, nota 26, y las autoridades que allí se citan.
2 Chabot, t. 2°, pág. 699, núm. 2 del art. 892.

sí mismo gran valor, supuesto que el art. 892 es una disposición excepcional. Y notemos que viene á continuacion de cuatro artículos que todos son relativos á la lesion; que nos explican por qué la ley, si pusiera la lesion en la misma línea que los demás vicios, menciona expresamente el dolo y la violencia, y se calla respecto de la lesion. (1) En vano hemos buscado una razon de este silencio en los autores y en las sentencias. Mientras que, siguiendo nuestra opinion, se puede muy bien practicar la disposicion que admite que la enajenacion cubre los vicios de dolo y de violencia, y no confirma la particion viciada por la lesión. ¿Cuándo enajena un heredero? Cuando necesita dinero. Ahora bien, puede muy bien suceder que esta misma necesidad es la que lo ha hecho consentir en una particion lesionaria; por lo mismo, la enajenacion no podía considerarse como un acto de confirmacion. Porque, no hay que olvidarlo, se trata de una confirmacion tácita, es decir, de una voluntad que se infiere de un hecho, y esta voluntad, en el caso que nos ocupa, es una renuncia; y ¿no es de principio que la renuncia no se admita cuando los hechos de donde se infiere no pueden recibir otra interpretacion? Desde el momento en que la enajenacion hecha por un coheredero lesionado no implica necesariamente la intencion de renunciar, el legislador no podía admtirla como una confirmacion tácita. (2)

La opinión que estamos sosteniendo está consagrada por la jurisprudencia de la corte de casación. Sin embargo, ella agrega una restricción importante, y es que la enajenación puede ser una confirmación tácita, si de hecho se decide que tuvo lugar con la intención de purgar el vicio de lesión. Esta restricción es admisible. Verdad es que,

1 Agen, 21 de Enero de 1836 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2313).
2 Ducaurroy, Bonnier y Boustain, t. 2°, pág. 572, núm. 813. En sentido contrario, Demolombe, t. 17, pág. 591, núm. 497.

en nuestra opinión, la enajenación no es una ejecución de la partición; por lo que no entra en la definición que el art. 1338 da de la confirmación tácita. Pero la confirmación por ejecución del convenio, consagrada por el artículo 1338 ¿excluye otros hechos que impliquen la voluntad de renunciar? No lo creemos así. Después de todo, la confirmación no es otra cosa que una cuestión de intención, y la intención se establece por los hechos y las circunstancias de la causa, tanto como por una manifestación expresa de voluntad. Así es que á los jueces tocará decidir si la enajenación se ha hecho con la voluntad de purgar el vicio de lesion. ¿Será suficiente, como lo dice la corte en una de sus sentencias, que el heredero haya conocido la lesión de enajenar? (1) Nó, porque esto equivaldría á una presunción legal de intención, y no puede tratarse de una presunción legal, supuesto que, en la opinión de la corte de casación, no hay más ley que el art. 1338; y éste, al definir la confirmacion tácita, no prevee el caso de enajenación. Así, pues, la cuestión se resuelve en una dificultad de hecho; de hecho, como acabamos de decirlo, la enajenación puede ser un acto obligado, una consecuencia necesaria de la partición lesionaria, lo que excluye toda idea de confirmación. Más exacto es decir, como lo hace la corte de casación en otra sentencia, que se deben aplicar las condiciones generales prescriptas por el art. 1338 (2); ahora bien, á pesar de la mala redacción de esta disposición, es claro que la confirmación exige más que el conocimiento del vicio; necesítase también la intención de repararlo. Cuando la confirmación es expresa y consta por escrito, no hay la menor duda; el art 1338 es formal. Ahora bien, la confirmación tácita es idéntica á la expresa, haciendo abstracción del escrito que la comprueba. En este sentido es como el art. 1338 dice que la ejecución debe ser *voluntaria*, es decir, hecha con el intento de purgar el vicio. Esta condición es de rigor en toda confirmación ó renuncia. La corte de casación ha aplicado este principio desechando el recurso contra una sentencia que comprobaba de hecho que el heredero había enajenado *voluntarimente* y con conocimiento de causa, siendo así que ya uno de sus coherederos había intentado una accion de rescisión. (1)

1 Casación, 4 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 337).
2 Denegada, 18 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 294).

§ VII.—Derechos de los acreedores de los herederos.

Núm. 1. Derechos de provocar la partición.

519. La ley da á los acreedores el derecho de provocar la partición (art. 2205, y ley de 11 de Agosto de 1854, artículo 2), y aun los obliga á ello, en el concepto de que o pueden poner en venta la parte indivisa de su deudor en los inmuebles de una sucesión, antes de la partición ó de la licitación que la reemplaza (núm. 254). El art. 2205 dice también que los acreedores pueden intervenir en la partición, y el art. 882, que consagra el mismo derecho, agrega que los acreedores intervienen á sus expensas. ¿Debe aplicarse esta disposición al caso en que los acreedores pidan la partición? Se ha fallado que cuando los acreedores ejercitan los derechos y acciones de su deudor en una partición, no reportan las costas, porque en este caso, no hacen más que usar del derecho común establecido por el art. 1166, procediendo á nombre de su deudor; éste es el que promueve por mediación de sus acreedores, luego él

1 Denegada, 9 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 312). Compárese en el mismo sentido Grenoble, 8 de Mayo de 1835 (Dalloz. *Disposición entre vivos*, núm. 4634, 1°) Limoges, 9 de Marzo de 1841 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2321, 2°); Nimes, 10 de Marzo de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 175); Caen, 6 de Enero de 1848 (Dalloz, 1851, 2, 4); Poitiers, 5 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 119).