

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 indivisa 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 tendremos 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 (Daloz, 1860, 2, 22).

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

3 Casación, 4 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 1, 58). Denegada, 5 de Junio de 1848 (Daloz, 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 herederos. (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 testamento, 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 (Daloz, 1849, 1, 96).

2 Aubry y Rau, t. 6^o, 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 volveremos 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 aquella 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 (Dalloz, 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). Volveremos 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 (Dalloz, 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 Bardeos, 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, 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-