

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-

nos á la donación y al testamento. Importa mucho, pues, saber cuándo hay donación ó testamento, y cuándo hay partición. Aquí se trata, evidentemente, de la intención; puede el ascendiente querer dar, como puede querer partir; y así, conviene saber lo que él quiere. Punto de hecho, de interpretación de documentos, que los jueces resolverán conforme á las circunstancias del caso.

25. Siendo la partición un instrumento solemne, debe declarar el ascendiente, en la donación ó en el testamento, lo que quiere. Es menester, pues, ante todo, tomar en consideración los términos del instrumento; si dice el ascendiente que entiende usar del derecho que le dan los arts. 1,075 y siguientes; si dice que parte sus bienes entre sus hijos, añadiendo que esto lo hace para prevenir cualquiera discusión entre sus herederos sobre la distribución de sus bienes, habrá que resolver que parte, aun cuando el instrumento contenga, además de la partición, liberalidades entre vivos ó testamentarias.

Hay otro instrumento que también tiene por objeto prevenir los pleitos, que es la transacción, y sabido es que ésta se sujeta á formalidades muy especiales y rigurosas cuando se hallan interesados menores. ¿Cuándo será el instrumento una partición que se rija por el art. 1,076, y cuándo una transacción que se rija por el art. 467? Se resolvió que un instrumento no es transacción sólo porque en el exordio de la partición se diga que se hizo para evitar un pleito de partición al morir los padres donantes; en efecto, todas las particiones de ascendiente se hacen para prevenir discusiones entre los herederos. Por lo demás, si el instrumento litigioso hace realmente la distribución de bienes entre los hijos, será una partición.

26. Conforme á la opinión que hemos emitido (núms. 9-13), no hay partición cuando los bienes no se dividen entre los hijos; de suerte que si en todo ó en parte subsiste la indi-

visión, no hay partición de ascendiente. (1) Hemos dicho que en este punto está vacilante la jurisprudencia; de aquí nuevas dificultades en la aplicación y, fuerza es decirlo, resoluciones más ó menos arbitrarias. Así, se ha resuelto que hay partición de ascendiente aunque se haya dejado la totalidad de los inmuebles á dos de los coparticipes pro indiviso. (2) Si hay partición, aunque subsista la indivisión en cuanto á la totalidad de los inmuebles, entre algunos de los hijos, no hay principio que sirva para resolver cuándo habrá partición y cuándo no. Por lo demás, la resolución que impugnamos se dió en materia fiscal, lo cual le hace perder mucho de su autoridad.

27 La calificación que dan las partes á un instrumento no es decisiva; es menester ver si corresponde á la substancia del mismo. Así, en el primero, un ascendiente vende todos sus inmuebles á uno de sus hijos, delegando á cada quien de sus herederos una parte del precio igual á su parte hereditaria; al día siguiente hace donación á cada uno de sus herederos, de la cantidad que le delegó la víspera, declarando que lo hace para mantener la igualdad entre ellos y evitar discusiones judiciales. Sosteníase que los dos instrumentos reunidos formaban una partición; pero la Sala de Casación falló que el primero era una verdadera venta, la cual había sido ejecutada como tal por espacio de diez años. Mas la venta, cuando es real, excluye la idea de partición. (3)

Pero una falsa calificación dada á un instrumento no impide que los jueces vean en él una partición de ascendiente, lo cual dará lugar á su nulidad si no se hizo el

1 Bruselas, 23 de Noviembre de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 243).

2 Denegada, 28 de Abril de 1829 (Dalloz, palabra *Registro*, núm. 2,937). Denegada de la Sala de Casación de Bélgica, 1º de Julio de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 1, 373).

3 Denegada, 4 de Diciembre de 1839 (Dalloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,469).

instrumento con las formalidades y condiciones de la ley. Se resolvió que un arreglo de cuenta era una partición hecha por una madre entre sus tres hijos, omitiendo al cuarto; lo cual hacía la partición nula. (1) Por el contrario, instrumentos calificados como partición no constituyen la de ascendiente cuando el padre abandonó sus bienes á su hijo único y á los hijos de ese hijo (núm. 12). En suma, el juez del conocimiento resolverá conforme á las circunstancias del caso. (2)

28. El ascendiente que parte sus bienes entre sus hijos, puede, en el mismo instrumento, otorgar una liberalidad á cualquiera de ellos. Conforme al proyecto de Código Civil, el ascendiente no tenía ese derecho; se temía, sin duda, que el ascendiente se sirviera de la partición como de un pretexto para mejorar á uno de sus hijos, y que esa mejora llegara á convertirse en manantial de envidias y disensiones, siendo así que el objeto de la facultad de partir es mantener la concordia en las familias. Sin embargo, prevaleció la opinión contraria. Conforme á derecho, no se puede impedir al padre que mejore á uno de sus hijos, con tal que la mejora no exceda de la parte disponible; importando poco que lo haga en el documento de la partición ó en otro. El orador del Gobierno añade que habría sido injusto y hasta opuesto al fin que se proponían, prohibir al padre, que al tiempo de hacer la partición entre sus hijos podía disponer libremente de una parte de sus bienes, el ejercicio de esa facultad en la partición misma. "Puede, dice, evitar con eso desmembramientos, conservar para uno de sus hijos la habitación que seguirá siendo común, reparar las desigualdades naturales y accidentales. En una palabra, en el instrumento de partición es donde

1 Denegada, 20 de Junio de 1837 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,509, 1°).

2 Denegada, Sala de lo Civil, 18 de Junio de 1867 (Daloz, 1867, 1, 275).

podrá el padre combinar de la mejor manera, al mismo tiempo que realizar la repartición más equitativa y adecuada para la felicidad de cada uno de sus hijos." (1) El art. 1,079 consagra implícitamente esta doctrina, al mismo tiempo que vela por los intereses de los otros hijos. Ya volveremos á este punto.

29. El ejercicio del derecho, que la ley reconoce al padre para otorgar liberalidades á uno de sus hijos en el mismo instrumento de partición, da lugar á una dificultad. Se pregunta qué será de la liberalidad si la partición es nula. Cuando la mejora resulta indirectamente de la composición de los lotes, es cierto que la nulidad de la partición producirá la de la liberalidad que se identifica con ella. Con todo, se ha sostenido que el instrumento, nulo como partición, podía ser válido como donación, siempre que reuniera las condiciones necesarias para valer á título de donación. La jurisprudencia ha rechazado esta interpretación, como opuesta á los principios más elementales. El ascendiente tiene dos derechos: el de partir sus bienes, y el de hacer liberalidades á sus hijos por acto entre vivos. En el caso ocurrido, se supone que quiso hacer partición, y resulta que ésta es nula; desde ese momento no puede el instrumento valer ya ni como partición ni como donación. Es nulo como partición, y lo que es nulo no puede producir efecto; tampoco puede valer como donación, porque el ascendiente no se propuso hacerla, y no hay donación sin voluntad de agraciar; mas el ascendiente quiso, no agraciar sino partir, y el juez no puede transformar una partición en donación; su misión se reduce á interpretar los instrumentos, no á hacerlos de nuevo. Es, pues, punto de intención, como lo resolvió el Tribu-

1 Bigot-Práameneu, Exposición de los Motivos, núm. 78 (Loché, t. 5°, pág. 355). Grenier, t. 3°, pág. 220, núm. 399.

nal de Donai. (1) La Sala de Casación fué quizás muy lejos al resolver de una manera absoluta que el instrumento nulo como partición no puede valer como donación. (2) Es cierto que el disponente podría declarar, que si el instrumento que hizo era nulo como partición, quiere que valga como donación; pero esto no hay necesidad de declararlo expresamente, pues puede resultar de las cláusulas del instrumento y de las circunstancias del caso.

30. Cuando se hace la liberalidad por una cláusula distinta de partición y la partición es nula, hay que ver si, en la mente del ascendiente, la liberalidad y la partición son un solo instrumento que debe mantenerse ó anularse en su totalidad; en este último caso, la liberalidad caerá en la partición. Lo mismo sucedería con liberalidades que contuviera la partición en favor de otras personas, si se reconocía que esas liberalidades se ligan con la partición, de suerte que el ascendiente no las habría hecho si hubiese previsto que sería anulada la partición. Las diversas disposiciones del instrumento forman un todo indivisible, y todas quedan sin efecto cuando el instrumento es nulo. (3) Pero puede suceder que la liberalidad hecha á un hijo ó á otro pariente sea independiente de la partición; hay entonces dos disposiciones distintas, un instrumento de distribución que es nulo y una donación que es válida; si se hubiesen hecho en distintos instrumentos, no habría influido la nulidad de la partición en la donación; y lo propio debe acontecer si están comprendidas en un mismo instrumento. (4)

1 Donai, 10 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1855, 2, 170).

2 Ruan, 29 de Marzo de 1855, y denegada, 25 de Febrero de 1856 (Daloz, 1856, 2, 36, y 1856, 1, 113). Compárese con lo resuelto en Agén, 16 de Febrero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

3 Agén, 16 de Febrero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

4 Burdeos, 2 de Marzo de 1832 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,573). Denegada, 21 de Noviembre de 1833 (Daloz, *id.*, número 4,458, 3º). Besangón, 16 de Enero de 1846 (Daloz, 1847, 2, 127).

§ V.—CONDICIONES INTRÍNSECAS.

ARTICULO I.—*De la partición considerada como instrumento de disposición.*

*Núm. 1. De la partición hecha por donación.*

*1. Principio.*

31. La partición ordinaria no es un instrumento de disposición, va presidida de la indivisión; es decir, que los copartícipes son propietarios de los bienes en el momento de partírselos; la propiedad de los bienes se les ha transmitido por la ley ó por la voluntad del hombre, según que la herencia es legítima ó testamentaria; la partición tiene sólo por objeto distribuir entre los herederos los bienes de que son ya propietarios. No sucede lo mismo con la partición del ascendiente hecha entre vivos. En el momento de partir el ascendiente sus bienes entre sus hijos, él es el propietario, y así la propiedad pasa de él á los hijos en virtud del instrumento que contiene la partición. En este sentido, la partición es translativa de propiedad. Es uno de los aspectos de la partición (núm. 3) y debemos detenernos desde luego en ese aspecto, porque para que los bienes puedan distribuirse entre los hijos á título de partición, es menester que los hijos sean los propietarios. Un solo y mismo instrumento les transmite la propiedad de los bienes y parte éstos entre ellos. Ese instrumento es una donación; la donación entre vivos es esencialmente translativa de propiedad (art. 711); como tal, está sujeta á condiciones y reglas especiales. Ahora bien, el art. 1,076 declara que la partición entre vivos está sujeta no sólo á formalidades, sino también á las "condiciones y reglas" prescriptas para las donaciones. (1) ¿Cuáles son esas "reglas y condiciones?"

1 Durantón, t. 9º, pág. 619; núm. 627.