

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.

33. La donación entre vivos es uno de los instrumentos por los cuales puede alguien disponer de sus bienes á título gratuito (art. 893). Así, lo gracioso es uno de los caracteres esenciales de la partición hecha por donación. Sin embargo, la ley admite que se haga ésta con carga, llamándose entonces onerosa. La partición de ascendiente puede también hacerse, pues, con cargas ó condiciones, y casi siempre va acompañada de ciertas estipulaciones ó reservas que hace el ascendiente en provecho propio y para asegurarse. Cuando abandona todos sus bienes á sus hijos, si no tiene otra cosa de qué vivir, estipula una pensión vitalicia ó se reserva el usufructo de los bienes donados; si tiene deudas, establece una cláusula, dejándolas á cargo de los hijos donatarios. (1) Estas cargas no impiden que sea gratuito el acto, bien entendido cuando, deducidas todas las cargas, queda alguna ventaja para los hijos. Pero si la carga excediera del valor de los bienes que abandona el ascendiente, no habría ya liberalidad, ni, por lo mismo, partición de ascendiente; ya no se aplicarían las condiciones y reglas peculiares á la partición, ora se la considerara como donación, ora como distribución de bienes; sería un acto á título oneroso, una venta ó una transacción que se regiría por los principios que establece el Código en el título "De las Obligaciones."

¿Cuándo es partición el acto que pasa entre el ascendiente y sus hijos, y cuándo es un contrato á título oneroso? Esta es cuestión de hecho que al juez resolverá conforme á las circunstancias de cada caso, las cuales varían de uno á otro, pudiendo ser que dos de ellos, al parecer idénticos, se consideren, el uno como contrato oneroso y el otro como partición.

1 En todas las particiones del ascendiente se ven éstas ó análogas cláusulas. Véase, por ejemplo, lo resuelto en Ruan, á 22 de Mayo de 1839 (Daloz, palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 3,829). Burdeos, 30 de Julio de 1849 (Daloz, 1850, 2, 37).

Ciertos padres hacen á sus hijos abandono de todos sus bienes, mediante una pensión vitalicia de 600 francos; los derechos y acciones cedidos, son valuados en 12,000 francos; en el mismo instrumento, las hijas coparticipes venden á sus hermanos su parte, conservando ellas lo que recibieron en matrimonio, y además la cantidad de 1,700 francos para cada una. Piden las hijas la rescisión de la partición por causa de lesión de más del cuarto; se habría admitido su acción, si se hubiese tratado de una verdadera partición; pero la Sala de Apelación declaró que la supuesta partición, en razón de la extensión de las cargas, era un contrato á título oneroso, contra el cual no es admisible ninguna acción de rescisión por causa de lesión; y la Sala de Casación confirmó el fallo. (1)

En el caso que sigue, se declaró que era partición el acto, que había pasado en instrumento privado entre la madre, tres de sus hijos ó hijas y los esposos de éstas, y en el cual la madre arreglaba con uno de sus yernos una cuenta que le debía. La madre consiente en la renta sucesiva de varios inmuebles á dos de sus hijas, solidariamente con sus esposos, estipulando que el precio se pagaría á sus acreedores, y abandonando, por último, á los tres hijos á la vez, cantidades que quedaran libres después de pagadas las deudas, mediante una pensión vitalicia. El Tribunal resolvió que ese instrumento era una partición, nula como tal en cuanto á la forma, puesto que se había hecho en instrumento privado, y en cuanto á la substancia, puesto que no se había comprendido en ella á todos los hijos. (2) En ambos casos, la condición esencial era la misma: el servicio de una pensión vitalicia; pero el carácter oneroso ó gratuito del acto depende, naturalmente, del importe de la pensión;

1 Denegada, 28 de Marzo de 1820 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,508).

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

cuestión de hecho que importa una solución distinta en los dos casos.

Está por demás decir que la calificación dada al instrumento por las partes contratantes, no liga al juez. Una transacción, un acto calificado de venta ó arrendamiento, se han considerado como particiones de ascendiente. (1) A veces tienen interés las partes en desfigurar la naturaleza del instrumento, á fin de substraerle á la nulidad ó á la rescisión; toca á los tribunales descubrir ese fraude contra la ley, restableciendo la verdad. Su resolución no siempre es suprema, aunque la dicten como jueces de hecho. Cuando los hechos, tal como se hicieren constar, se aprecian mal y resulta de ahí una falsa calificación del instrumento, la Sala de Casación casa y anula la resolución. El Tribunal de Colmar había visto una partición de ascendiente en la cláusula de un contrato de matrimonio, por la cual la madre del futuro esposo cedía una herencia tanto á su hijo como á la futura esposa, mediante determinado precio que los cesionarios se obligaban solidariamente á pagar á la herencia de la cedente; los demás hijos habían intervenido en el acto para prestar su consentimiento. Para que hubiese partición de ascendiente, dijo la Sala de Casación, sería menester que hubiese partición únicamente entre los capaces de heredar, y sólo entre ellos; mas la cesión se había hecho á la futura, no capaz de heredar, y no había ninguna aplicación de parte en favor de los hijos, que aunque se habían hallado presentes al acto, no habían llevado ninguna por no haber estado en posesión de parte alguna del inmueble ni de su precio. (2)

33. La partición entre vivos está sujeta á las condiciones prescriptas para las donaciones (art. 1,076). Una de

1 Agén, 6 de Julio de 1824. Denegada, 14 de Noviembre de 1816 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núms. 4,510, 1º y 4,659).

2 Casación, 22 de Mayo de 1838 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,474, 4º).

las primeras concierne á la capacidad de disponer á título gratuito. ¿El que es capaz de dar puede hacer la partición de sus bienes por medio de mandatario? El Código prevee el caso de que el donatario acepte por procuración; el artículo 933 exige un mandato auténtico y especial. En el título "De las Donaciones" nada se dice del mandato de dar, pero el Código admite el que tiene por objeto enajenar (art. 1,988), y quiere que sea expreso. Esto resuelve la dificultad en cuanto á la partición. El ascendiente puede conferir mandato para partir sus bienes, con tal que sea auténtico y especial: auténtico, porque la partición es un instrumento solemne, lo cual implica la necesidad de consentir en formalidades solemnes; y especial, porque la partición entre vivos es una enajenación.

Se ha objetado que el derecho de partir es una de las atribuciones del poder paterno, el cual, dicen, no puede ser delegado. Es cierto que la partición de ascendiente es de orden público, puesto que tiene por objeto conservar la paz en las familias, pero no se puede decir que sea atribución de la potestad paterna, puesto que el ascendiente sin patria potestad puede hacer la partición de sus bienes entre sus descendientes. Por otra parte, dar mandato para partir, no es abdicar el derecho que la ley concede al ascendiente, sino ejercerle. En el caso, el padre había dado á su mandatario facultad para formar la masa, valuar los bienes y aplicar á cada hijo su lote; ese mandato era el ejercicio del derecho que pertenece al padre; las funciones del mandatario ya no consistían más que en ejecutar la voluntad del donante. (1)

34. Cuando un incapaz quiere hacer partición, hay que aplicar las reglas del Código. Casi no se trata más que de la mujer casada, porque los menores y los sujetos á inter-

1 Tolosa, 10 de Marzo de 1843 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,503). Genty, pág. 126.

dicción no pueden disponer á título gratuito, y, por tanto, son incapaces de hacer una partición; y el tutor que los representa no tiene personalidad para otorgar liberalidades. La mujer casada puede dar con autorización de su marido, aplicándose entonces los principios relativos á la autorización, la cual es tácita cuando el marido concurre al acto. Se resolvió ya, en consecuencia, que cuando dos esposos hacen en un mismo acto partición de sus bienes, la mujer está suficientemente autorizada, puesto que el marido es parte en el acto (art. 217). (1)

35. Conforme al art. 894, el donante debe despojarse "actualmente" de la cosa donada. Está declarado, aplicando este principio, que es nula la partición cuando el ascendiente no se desposesiona en favor de los hijos á quienes distribuye sus bienes. (2)

La obligación de desposesionarse en el momento mismo de hacerse la donación, no impide que el donante no se reserve el goce de los bienes donados; el art. 949 lo dice. Esta reserva es una cláusula usual de la partición de ascendiente. Consíguese el fin de la partición con que cada uno de los hijos reciba su lote, sin que sea necesario que inmediatamente goce de él. Si el ascendiente donante no se reservara el usufructo de sus bienes, sus hijos le deberían alimentos, ya como hijos, ya como donatarios; pero más conviene á la dignidad del padre que goce de un derecho real en las cosas donadas, derecho que le asegura una independencia absoluta con respecto á sus hijos, salvo empero las obligaciones á que está sujeto el usufructuario. Siempre resultará que es mejor la condición de usufructuario que la de acreedor alimenticio. Mas para la exis-

1 Donai, 3 de Agosto de 1846 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,502).

2 Nancy, 22 de Enero de 1838 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,511).

tencia del usufructo, es menester que expresamente le reserve el ascendiente; si ninguna reserva hace, pasa por completo la propiedad plena á los hijos inmediata é irrevocablemente. Sin embargo, se ha enseñado que hay reserva tácita en el caso de que el padre ceda todos sus bienes á sus hijos, porque no se puede suponer que quiera quedar el padre á merced de sus hijos. (1) Es casi inútil discutir esta opinión de Durantón, cuyo error es evidente. El padre que abandona todos sus bienes á sus hijos, no piensa en hacer reserva alguna, pues el abandono mismo está diciendo que confía, quizás demasiado, en la gratitud de sus hijos. Y aun cuando tuviese la idea de reservarse el goce, no bastaría esto para constituir un usufructo; ¿concíbese un derecho real establecido sin el concurso del consentimiento? Y no hay consentimiento sino cuando se expresa ó con hechos ó con palabras.

La reserva del usufructo da lugar á una cuestión muy controvertida. Se pregunta si se puede estipular el usufructo en una partición hecha simultáneamente por el padre y la madre en favor del que sobreviva de ellos. Volveremos á este punto cuando tratemos de las donaciones hechas durante el matrimonio; el art. 1,097 es el lugar de esta materia.

36. Hay otra cláusula de frecuente uso en las particiones de ascendientes que se practican entre vivos: el padre estipula que no podrán los hijos enajenar los bienes donados, viviendo él, ó bien que no podrán disponer de ellos sin su consentimiento. Ordinariamente, el fin de esta cláusula es asegurar el servicio de la renta ó pensión que el padre estipula; reserva inútil, si hay alguna hipoteca para asegurar el crédito. Puede también el padre tener la mente de

1 Durantón, t. 9º, pág. 620, núm. 627. En sentido contrario, Genty, pág. 167.

asegurar la restitución de los bienes donados, en el caso de que los hijos donatarios muriesen sin posteridad; y se pregunta si es válida esa cláusula. En otro lugar hemos examinado el punto. Está resuelto que en nada contradice la cláusula al orden público, cuando el padre estipula que no se podrán enajenar los bienes sino con su consentimiento. Esto no es dejar los bienes fuera del comercio, puesto que se puede enajenar. (1) Suponiéndolas válidas, esas cláusulas son en todo caso de estricta interpretación; si no impiden el ejercicio del derecho de propiedad de una manera absoluta, cuando menos le ponen trabas. (2)

37. Del principio de que el donante debe desposesionarse actualmente de los bienes donados, se sigue que la donación entre vivos no puede abrazar más que los bienes presentes del donante; el art. 943, que consagra esta consecuencia, añade que si abraza bienes futuros, será nula la donación bajo este respecto. La misma disposición contiene el art. 1,078, expresando que las particiones hechas por acto entre vivos no podrán referirse más que á bienes presentes; pero no dice que la partición será válida en cuanto á los presentes en el caso de que recaiga sobre presentes y futuros. De aquí se ha inferido que la partición es totalmente nula si el ascendiente distribuyó sus bienes presentes y los futuros. ¿No es asaz absoluta la conclusión? El art. 1,078 aplica el 943, no le deroga; y aunque tal aplicación es ciertamente inútil, hay muchas disposiciones tan inútiles como esa, en el Código, lo cual no es razón para hacerle decir lo que la ley no quiso decir. No podría admitirse la derogación sino cuando resultara de la naturaleza de la partición; hay autores que dicen que la partición es indivisible y que, por lo mismo, no puede subsistir

1 Angers, 29 de Junio de 1842 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 4,512). Véase el tomo 11 de estos *Principios*, pag. 581, número 453.

2 Angers, 13 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853, 2, 204).

uno de los lotes si no subsiste el otro. Indudablemente, si se han formado los lotes de modo que sea imposible dividirlos, forzadamente vendrá abajo la partición, como resultado de hallarse mezclados bienes presentes con futuros. Pero también puede no suceder esto cuando á cada hijo se le haya fijado su parte en bienes presentes, de suerte que sea completa la partición respecto de ellos. ¿Qué importa que, en ese caso, haya también lotes de bienes futuros? La nulidad de esos lotes no entrañará la de los de bienes presentes. (1)

38. Toda cláusula concerniente á bienes futuros incluida en una donación-partición, es nula. El Tribunal de Grenoble aplicó este principio en el siguiente caso. El padre, al partir sus bienes, se reservaba el mobiliario, añadiendo que éste, lo mismo que todos los demás bienes que dejara al morir, se dividirían por partes iguales entre sus cuatro hijos. Después, dispuso de esos bienes en testamento, legándolos en los límites de su parte disponible. Pretendíase que no podía legar unos bienes de que ya había dispuesto. El Tribunal de Grenoble declaró que el padre no había podido disponer, por donación-participación, de los bienes que dejara á su fallecimiento; en efecto, eso equivalía á dar bienes futuros, lo cual no se puede hacer en una donación entre vivos (art. 943); la ley no permite ese modo de disponer más que en la institución convencional, para favorecer al matrimonio. Siendo nula la cláusula, quedaba con libertad el padre para disponer de los bienes no comprendidos en la partición. (2)

39. El ascendiente no puede partir más que sus bienes presentes. ¿Puede hacer de ellos una partición parcial? En el antiguo derecho, la dimisión debía comprender todos

1 En sentido contrario, Genty, pág. 132. Compárese, en el sentido de nuestra opinión, á Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 4,519.

2 Grenoble, 12 de Febrero de 1859 (Daloz, 1860, 1, 169).

los bienes del ascendiente. Esto era muy lógico, por más que se diga; la partición entre vivos implica la apertura ficticia de la herencia, lo mismo que la partición testamentaria la apertura real de la misma. Ahora bien, la herencia comprende todos los bienes del difunto; y así, es menester que la herencia anticipada los comprenda todos. Es, por otra parte, decían, el único medio eficaz de prevenir toda discusión entre los hijos; si quedan bienes que partir, también queda abierta la puerta á las malas pasiones. Esta última condición no es justa; ninguna dificultad hay para partir el dinero y los valores muebles; tan cierto es esto, que la misma ley divide los créditos. La dificultad no existe sino para los inmuebles. Era necesario, pues, dar al ascendiente la facultad de partir los bienes que por su naturaleza ó por razón de las circunstancias pueden suscitar discusiones. Véase por qué los autores del Código no reprodujeron la regla del antiguo derecho; quedando entonces comprendido el caso en el derecho común que rige las donaciones; el ascendiente puede hacer una partición parcial, como puede hacer una donación parcial. Conforme al art. 1,077, si no todos los bienes que deja el ascendiente al morir están comprendidos en la partición, los no comprendidos se partirán conforme á la ley. (1)

40. La irrevocabilidad es también un carácter esencial de las donaciones entre vivos; en consecuencia, la partición entre vivos es irrevocable. De aquí que los arts. 944 y 946, que consagran consecuencias de la irrevocabilidad, se aplican á las particiones entre vivos. Más adelante veremos si las excepciones á la regla de la irrevocabilidad se aplican también á la partición de ascendiente; esto concierne á los efectos de la partición.

*II. Cúales bienes puede comprender la partición entre vivos.*

41. Debiendo el donante transportar actual é irrevocablemente Genty, pág. 131. Demolombe, t. 23, pág. 67, núm. 69,

blemente la propiedad de las cosas donadas, síguese que el ascendiente no puede partir más que los bienes que están en su dominio en el momento de la partición. Es la consecuencia evidente, ó, mejor dicho, otra fórmula de la regla en virtud de la cual no puede el ascendiente partir sus bienes presentes. La aplicación no carece de dificultad. Un instrumento, calificado de partición de ascendiente, después de aplicar á uno de los hijos un inmueble, da á los demás una cantidad equivalente que se ha de tomar de la sucesión del ascendiente, quien se obliga sólo á pagar intereses. La Sala de Casación resolvió que aquel instrumento no era partición. Esta resolución está conforme con los principios que hemos enseñado al tratar de las donaciones. (1) El instrumento, dice bien el Tribunal, no transmite á los hijos la propiedad efectiva de las cantidades que se les donaron; constituye en su favor un simple crédito que por sí mismo excluye la idea de la existencia actual de dichas cantidades en la fortuna del donante; el pago de ese crédito está á merced de todas las eventualidades de lo por venir. ¿Hay en ello donación de un objeto que se halla en el dominio del donante y pasa al del donatario? El Tribunal concluye que no es una partición, pero admite que el instrumento es válido como donación por vía de anticipo de herencia. (2) Esto no nos parece lógico. Si el instrumento es válido como donación, lo es también como partición, y si es nulo como partición debe serlo también como donación, puesto que la partición-donación y la donación son un solo y mismo hecho jurídico.

42. No basta que los bienes se hallen en el dominio del ascendiente, es menester además que se puedan enajenar, puesto que la partición-donación es una enajenación. De

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, pág. 581, núms. 423 y siguientes.

2 Denegada, 10 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, 1, 163).