

ción. ¿Acaso el acto al cual concurren los hijos es una simple donación? ¿y no figura en él cada hijo más que como aceptante de la porción de bienes que puso en su lote el ascendiente? Nó, es una partición, un pacto de familia que están llamados á aceptar ó á reprobár; por consiguiente, aprueban, no sólo su lote, sino todos los lotes.

SECCION II.—Efecto de la partición.

ARTICULO 1.—De la partición considerada como instrumento translativo de propiedad

§ 1.—DE LA PARTICIÓN HECHA POR DONACION.

71. Según el art. 1,076, la partición hecha por acto entre vivos se sujeta á las reglas de las donaciones. No dice la ley que la partición-donación tenga los "efectos" de donación entre vivos, en lo relativo á la translación de la propiedad, sino que al decir que la partición entre vivos se sujeta á las "reglas" de las donaciones, dice implícitamente que tal partición es una donación. Esto resulta, por otra parte, de la naturaleza misma del instrumento: nada debe el padre á sus hijos, les hace, pues, una liberalidad al distribuirles sus bienes; mas toda liberalidad entre vivos es donación, y toda donación es translativa de propiedad. Es menester, pues, aplicar á la partición entre vivos lo que el art. 894 dice de la donación: el ascendiente se despoja actual é irrevocablemente de los bienes que distribuye entre sus descendientes. Los hijos adquieren la propiedad de los bienes comprendidos en la partición, desde que se perfecciona la donación; pero para ser propietarios respecto de tercero, deben registrar el instrumento por lo que hace á los inmuebles. Volverémos á este punto en el título "De las Hipotecas."

72. Casi no tiene dificultad la aplicación del principio en cuanto á las relaciones de los contratantes y los terceros. Ciertamente es, que, con respecto á éstos, la partición es donación, quiere decir, un acto translativo de propiedad.

Por tanto, respecto de ellos, los bienes partidos salen del patrimonio del donante desde que se perfecciona el contrato, si se trata de muebles, y desde el registro, si se trata de inmuebles. Los acreedores del ascendiente no pueden ya apoderarse de los bienes partidos, mientras que los de los hijos tienen sobre los bienes donados los mismos derechos que sobre los otros que están en el dominio de su deudor. Mientras no se haga el registro, pueden los acreedores del ascendiente apoderarse de los inmuebles; después del registro, no tienen más que la acción pauliana si se hizo la donación-partición en fraude de sus derechos. (1)

73. Si hubiese entre los bienes partidos algunos que no fuesen propiedad del ascendiente, ¿podría el hijo en cuyo lote se hubiesen incluido, prescribirlos por la usucapación?

La resolución depende de saber si los hijos son sucesores universales ó á título particular; como universales, no podrían comenzar una nueva prescripción, mientras que sí pueden comenzar á prescribir en virtud de un título particular. Hay un motivo para dudar; los hijos son á la vez donatarios y copartícipes; y este último título supone la calidad de sucesor universal, en tanto que la donación es título particular. ¿Cuál de los dos elementos de la partición prevalece con respecto de tercero? La donación constituye indiscutiblemente un título justo, puesto que

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 460, núm. 243 bis, 6º, y todos los autores.

los hijos habrían llegado á ser propietarios si lo hubiese sido el ascendiente. Esto resuelve la dificultad. (1)

La jurisprudencia está dividida. En Orleáns se resolvió que pues las donaciones contienen distribución de bienes, son esencialmente particiones; así las califica el Código, aplicándoles todas las reglas de la partición. De ahí concluyó el Tribunal que no se pueden considerar como actos de pura liberalidad, sino que más bien son la distribución anticipada de la herencia del padre de familia; los hijos reciben por anticipación bienes que debían volver á ellos conforme á la naturaleza y á la ley. Por consiguiente, el hijo continúa la posesión del padre, no como donatario, sino como sucesor universal. (2) El Tribunal de Burges dió en el mismo asunto un fallo en sentido inverso. ¿Puede haber un sucesor universal en virtud de un instrumento que esencialmente es un título particular? Pues bien, tal es la donación de bienes presentes que el padre hace á sus hijos; la cual recae en determinados bienes, y no en todos ellos. (3) Esto es decisivo. Lo que engañó al Tribunal de Orleáns, fué que la partición de ascendiente tiene un carácter mixto; es un acto translativo de propiedad, y también una distribución de bienes; hay que aplicar, ya los principios de las donaciones, ya los de la partición. La dificultad está en distinguir cuándo se debe considerar como partición y cuándo como donación. En nuestro caso, casi no es dudosa la cuestión; una donación de bienes presentes nunca forma un título universal.

74. Entre el ascendiente y los hijos, el acto es una liberalidad y, por consiguiente, una donación que transmite los bienes á los donatarios como cualquiera otra; y esa transmisión es actual é irrevocable. Sin embargo, lo mismo que

1 Genty, pág. 269; Demolombe, t. 23, pág. 138, núm. 136; Réquier, pág. 136, núm. 90.

2 Orleáns, 12 de Julio de 1860 (Dalloz, 1870, 2, 151).

3 Burges, 25 de Enero de 1856 (Dalloz, 1859, 1, 305).

la donación, la partición entre vivos puede revocarse por inejecución de las cargas, por ingratitud y por superveniencia de hijos. Esta última no revoca la partición en virtud del art. 960, puesto que el ascendiente que parte sus bienes tiene necesariamente hijos; pero no estando comprendido en la partición el hijo que sobreviene, es aplicable el art. 1,078 y debe aclararse la nulidad de la partición. Que el padre puede revocarla por uno de los hechos de ingratitud legal previstos por el art. 955, no cabe duda: aquí el derecho está de acuerdo con la moral para castigar al hijo ingrato que niega los alimentos al autor de sus días, después que éste se desprendió en favor suyo de todos sus bienes, y con mayor razón al que se atrevió á poner su mano criminal en su padre, ó que se hace culpable respecto de él por sevicia, delitos ó injurias graves. El no cumplirse con las condiciones da lugar á la acción resolutoria en los contratos á título oneroso; la ley la admite con el nombre de reservación en las donaciones entre vivos. Pero es de doctrina y de jurisprudencia que la partición no está sujeta á la acción resolutoria. Hay, pues, que distinguir el caso en que el instrumento es partición, del en que es donación. Más adelante veremos que entre los hijos la donación que hace de sus bienes el ascendiente es una partición. En las relaciones del ascendiente y de sus hijos, el instrumento es donación; el ascendiente no les da sus bienes sino con ciertas condiciones, tales como el pago de una pensión vitalicia, ó de una alimenticia; y si los hijos no cumplen con esas condiciones, justo es que tenga derecho el ascendiente para pedir la resolución del contrato. En este sentido están la doctrina (1) y la jurisprudencia.

El Tribunal de Limoges distingue muy bien los diferen-

1 Genty, págs. 228 y siguientes. Aubry y Rau, t. 6º, págs. 216 y siguientes.

tes elementos que se hallan en la partición de ascendiente; es tal, pero sólo entre los hijos; por parte del padre, hay liberalidad entre vivos, por lo mismo, donación y consiguientemente se aplica el art. 953. En el caso, el padre había estipulado una pensión vitalicia, debiendo además el hijo á quien había donado sus bienes, pagar las deudas del donante y las rentas á los otros hijos; pero no cumplió con los compromisos que contrajo, y era el caso de declarar resuelta la partición. (1)

El padre y la madre hacen partición de sus bienes por acto entre vivos, sin distinguir los bienes paternos de los maternos, con la condición de que se pague al cónyuge que sobreviva una pensión de más de la mitad; el hijo no paga la pensión; ¿puede el supérstite pedir la revocación de la donación en cuanto al todo? El Tribunal de Burdeos declaró la afirmativa, sin más motivo que el de la confusión de bienes. (2) Tal resolución nos parece muy dudosa. La revocación es una resolución, y el efecto de ésta es volver las cosas al mismo estado, como si no hubiese habido partición. Ahora bien, el superstite no dió más que los bienes que le pertenecían; por consiguiente, no podía pedir más que una cosa, que se le volviese á poner en posesión de sus bienes; en ese sentido, le volvería á poner en el estado en que se hallaba antes de contratar. ¿Con qué derecho pediría la resolución por lo que hacía á los bienes donados por el cónyuge difunto? Esos bienes no le pertenecen, y él no es causahabiente del donante.

75. ¿Están obligados por las deudas los hijos? Se discute el punto; pero, á nuestro juicio, no es dudoso. Ya en otro lugar examinamos la cuestión de principio. (3) Los

1 Limoges, 21 de Junio de 1836 (Dalloz, palabra *Disposiciones*, número 4,578).

2 Burdeos, 5 de Junio de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 132).

3 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 501 y siguientes, números 355-362).

donatarios de bienes presentes no son más que sucesores á título particular, aun cuando exprese la donación que el donante da todos sus bienes ó una parte de ellos. Mas los sucesores á título particular nunca están sujetos á las deudas. Para que así no fuese, respecto de los hijos á quienes distribuye el padre sus bienes, sería menester que la partición volviera su título universal. Esto se quiere, pero de ese modo se confunde el elemento de la partición con el translativo de propiedad que se mezclan en la partición de ascendiente. Entre los hijos hay partición; entre el ascendiente y ellos, hay donación. ¿Tomaría ésta un carácter de universalidad por constituir una partición entre los hijos? El padre no puede dar entre vivos más que sus bienes presentes, como lo dice el art. 1,076; luego la donación comprende necesariamente bienes determinados. Es decir, que la partición entre vivos no podría ser un título universal. Siendo los hijos donatarios particulares, son, por lo mismo, sucesores á título particular y, como tales, no pueden estar obligados por las deudas.

Tal es la opinión general de los autores. (1) Comienza la discordancia cuando se trata de aplicar el principio. Conforme á los términos del art. 945, el donante puede estar encargado de pagar las deudas existentes en el momento de la donación, ó de las cuales se haya hecho mención en el instrumento. ¿Puede convenirse tácitamente en esa carga? Generalmente es difícil negarlo, puesto que los compromisos pueden ser tácitos. Pero un consentimiento tácito no puede ser consentimiento presunto. Nos remitimos á lo dicho ya en el capítulo "De las Donaciones." (2) Se quiere que la partición de ascendiente implique la carga de pagar las deudas del donante. Réquier, que enérgica-

1 Genty, págs. 235-237; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 230, nota 6. De molombe, t. 23, pág. 130, núm. 128.

2 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, pag. 566, núm. 412.

mente lo sostiene, invoca el principio: *Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*. Si el ascendiente tiene 100,000 francos de bienes y 10,000 de deudas, en realidad sólo tiene 90,000 francos, y no puede dar lo que tiene, á menos que se suponga que quiere defraudar á sus acreedores. Por su parte, el donatario no puede tener la intención de recibir los bienes sin la carga de las deudas, porque ¿con qué pagará las suyas el ascendiente si no le queda nada? La equidad y el derecho están acordes; es justo que los hijos que reciben todos los bienes del padre estén obligados con las deudas, como lo están cuando le heredan. La partición entre vivos es una herencia anticipada; de que los hijos gocen más bien de los bienes paternos ¿se ha de concluir que tienen obligaciones menos extensas? Herederos desde en vida del padre, deben estar obligados á las cargas que incumben á todo heredero. (1)

La equidad es evidente; pero ella no engendra obligaciones. No es exacto que los hijos sean herederos; con respecto á los terceros y al ascendiente, son donatarios y, por tanto, sucesores á título particular; no pueden, pues, quedar obligados á las deudas sino á virtud de estipulación. Ninguna acción tienen los acreedores contra ellos, por no ser sucesores universales. Lo más que se puede conceder, es que en virtud de un convenio tácito los hijos están obligados á soportar las deudas con respecto al padre.

76. Fuerza es que digamos que la jurisprudencia está dividida y es muy defectuosa. Si tanto insistimos en las sentencias, si las discutimos, no es por el placer de criticar; reconocemos de grado que la jurisprudencia nos ha enseñado mucho, es una de las fuentes más fecundas de nuestra ciencia, pero en la práctica se le supone una autoridad exagerada; en hablando la Sala de Casación, tal

1 Réquier, págs. 173 y siguientes. Troplong, t. 2º, pág. 310, número 2,310.

parece que da á su fallo un poder infalible. Visto de cerca, desvanécese el prestigio. ¡Cuántos fallos que ó no están motivados, ó lo están muy mal! De ese número es el que citaremos. (1) La Sala pone en una misma línea la partición testamentaria y la partición entre vivos. Es cierto que los legatarios universales ó á título universal están obligados á las deudas; por eso los hijos donatarios deben estarlo también, porque el legislador no se propuso tratar de distinta manera á los acreedores, según que el donante adopte un camino ú otro para disponer. El argumento es de extremada debilidad; los legatarios están obligados á las cargas, por ser sucesores universales; los donatarios de bienes presentes no lo están, por ser sucesores á título particular. No se puede admitir, continúa la Sala, que, contra toda justicia y equidad, el legislador haya dado á los ascendientes facultad de engañar á sus acreedores, eligiendo para disponer de sus bienes la vía de una donación entre vivos. Nó, por cierto; el legislador no se propone favorecer el fraude y la mala fe; pero la Sala olvida el artículo 1,167, que da á los acreedores el medio de desvirtuar el fraude pidiendo la nulidad de las particiones hechas para defraudarlos.

Si el ascendiente encarga á sus hijos, á quienes distribuye sus bienes, que paguen sus deudas, se aplican el art. 945 y las cláusulas del instrumento. En este punto hay, igualmente, sentencias que estamos obligados á combatir. ¿Es cierto, como lo dice el Tribunal de Nimes, que los hijos estén obligados "personalmente" con los acreedores? Sólo el deudor y sus sucesores universales son los obligados personalmente; si los hijos donatarios lo están á pagar las deudas, es en virtud de una cláusula de la donación; mas

1 Denegada, 19 de Febrero de 1824 y 12 de Agosto de 1840 (Dalloz, núm. 4,571, 1º, 4º). En sentido contrario, Donai, 12 de Febrero de 1840 (Dalloz, núm. 1,718, 2º).

los contratos no producen efecto sino entre los contratantes: ningún otro derecho dan á los terceros, y, por consiguiente, los hijos están obligados con el donante, no con los acreedores, quienes no tienen contra ellos otra acción que la indirecta del art. 1,186. Esto es elemental. El Tribunal de Nîmes añade que los hijos están obligados también á soportar cada uno su parte en las deudas, con tal que sean ellas de fecha cierta antes de la partición, en virtud de la máxima de que no hay bienes sino deducidas las deudas. La máxima se aplica á los sucesores universales, nunca á los sucesores á título particular. También esto es elemental. Debió haberse demostrado, pues, que los hijos son sucesores á título universal, y siempre estamos esperando esa prueba; ¿cómo habrían de ser sucesores á título universal, donatarios de bienes presentes, es decir, á título particular?

El Tribunal de Burdeos aplicó los principios exactamente, resolviendo que si hay un convenio especial que obligue á los hijos á pagar ciertas deudas, no se los puede obligar á pagar otras. En efecto, los hijos no son sucesores de la persona de su padre, ni le representan, sino causahabientes á título particular; por lo mismo, no pueden quedar obligados á las deudas más que á virtud de un convenio tácito. Mas, en el caso, las partes habían expresado su voluntad, y así no se podía tratar de voluntad tácita, sino que había que atenerse á las cláusulas del documento. (1)

77. Si uno de los hijos llega á morir antes que el ascendiente, ¿qué sucede con los bienes que se le donaron? Hay que distinguir. Si el que muere deja descendientes, se resuelve la cuestión por el art. 1,078, conforme al cual la partición es nula si no se ha hecho entre todos los hijos que existan en la época del fallecimiento y los descendientes de aquéllos ya difuntos. Más adelante examinaremos este

1 Burdeos, 18 de Enero de 1858 (Daloz, 1859, 2, 182).

punto. Si el hijo que muere no deja descendientes, los bienes que le dió su padre en la partición pasarán á sus herederos con el resto de su patrimonio. Entre esos herederos se halla el ascendiente mismo, que á título de tal y como donante, sucede en los bienes por él donados si se hallan en especie en su herencia (art. 747). (1) Si no puede el ascendiente ejercer lo que se llama derecho de restitución, los herederos recibirán los bienes donados. Es la consecuencia lógica del principio de la partición entre vivos. El hijo es donatario y, por lo mismo propietario irrevocable; en consecuencia, los bienes donados forman parte de su patrimonio y pasan, con éste, á sus herederos. Podría objetarse que la donación equivale entre los hijos á una partición; y cuando uno de los herederos muere antes que el donante, su parte acrece á sus coherederos; mejor dicho, nunca tuvo parte, sino que los herederos que sobreviven reciben toda la herencia, por ser los únicos herederos. ¿No debe pasar otro tanto con la sucesión ficticia que se abre por la partición que el ascendiente hace de sus bienes? Nó, porque el hijo que muere antes no puede considerarse como heredero, precisamente por morir antes que el padre; y sería absurdo decir que el hijo hereda al padre cuando éste le sobrevive. En tal caso, el padre es quien hereda al hijo, y así es imposible que el hijo herede al padre. Y si no es heredero el hijo, no tiene parte que pueda acrecer á sus coherederos. ¿Se dirá que tuvo una como heredero presunto y que, llegando á faltar la calidad de heredero presunto, debe caducar la parte que recibió? El legislador habría podido admitir ese sistema, y hubiera sido el más lógico; pero el intérprete no puede hacerlo. En efecto, hay una donación, y, por lo mismo una transmisión irrevocable de los bienes donados, y jamás caduca una donación por

1 Véase el tomo 9º de estos *Principios*, pág. 265, núm. 183.

fallecer el donatario, aun cuando se le haya hecho como anticipación de herencia. Lo mismo debe suceder con la donación-partición, porque como donación es anticipo de herencia. (1)

El Tribunal de Montpellier dió un fallo en este mismo sentido, resolviendo, con apoyo del art. 1,076, que la partición entre vivos participa de la donación en que el ascendiente se desprende actual é irrevocablemente de los bienes partidos, para dejarlos en seguida é irrevocablemente á sus descendientes, que se hacen propietarios incommutables. El art. 1,077 confirma este principio, disponiendo que si no se comprendieron en la partición todos los bienes que había de dejar el ascendiente al morir, los no comprendidos se dividirán conforme á la ley; de donde resulta que, según la mente del legislador, los bienes partidos por el ascendiente lo están de una manera irrevocable y no forman parte de la herencia, puesto que no quedan por dividir sino los que dejaron de incluirse en la partición. La consecuencia es evidente; los bienes distribuidos á cada uno de sus hijos entran á su dominio, y si muere el hijo, pasan á sus herederos. En este caso predomina el elemento de donación sobre el de partición. Si nos atuviésemos exclusivamente á la idea de partición, tendríamos que decir que no puede haberla donde no hay heredero; de lo cual se seguiría que el donatario no tiene derecho á los bienes que se le donaron si no es haciéndose heredero, es decir, sobreviviendo al donante. Pero raciocinar así es ofuscar la idea de donación. Finalmente, dice el Tribunal, no se puede decir que la partición sea nula cuando uno de los hijos comprendidos en ella muere antes sin dejar descendientes. La ley determina las causas que hay para ata-

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 458, núm. 243 bis, 4º. Geuty, pág. 285. Demolombe, t. 23, pág. 143, número 146.

car la partición, y no pone entre ellas el fallecimiento anterior de uno de los hijos. Esto es decisivo, porque no es lícito al intérprete crear nulidades (1)

§ II.—DE LA PARTICION HECHA POR TESTAMENTO.

78. La partición por testamento se rige por el art. 895; el ascendiente parte sus bienes para un tiempo en que ya no vive, de modo que no dispone actual é irrevocablemente de ellos. El testador puede revocar á toda hora su testamento; también el ascendiente puede revocar la partición testamentaria que hace entre sus descendientes.

La revocación se hace, por lo general, conforme al derecho común (arts. 1,035-1,037), y no cabe duda que por lo que dispone el art. 1,038. Si el ascendiente enajena todo ó parte de los bienes puestos en el lote de uno ó más de sus hijos, ¿resultará de aquí que se revocará la partición en cuanto á todo lo que se enajenó? Sólo el plantear la cuestión prueba que el art. 1,038 no es aplicable á la partición; no se revoca en parte una partición, como sucede con el legado, porque éste se diferencia de aquélla. El legado es una liberalidad hecha en favor de una persona, liberalidad del todo independiente de las otras disposiciones de última voluntad que contiene el testamento; puede ser, pues, un legado por la enajenación de la cosa legada, y subsistir los otros legados no revocados. Por el contrario, en una partición, los diversos legados forman otros tantos lotes y, por consiguiente, otras tantas cláusulas de un solo y mismo instrumento, encadenadas é independientes entre sí. Si enajenara el testador todos los bienes comprendidos en un lote, el hijo á quien se hubiese aplicado éste, se hallaría sin parte; estaría omitido, y en tal virtud habría que aplicar el art. 1,078, conforme al cual es nula la par-

1 Montpellier, 7 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 25).

ción en todo, cuando no se hizo entre todos los hijos que existieren en el momento del fallecimiento. Está por demás decir que no sucedería lo propio con un testamento que contuviese varios legados distintos: la revocación de uno de ellos no influiría en los demás.

Si no es aplicable el art. 1,038 al testamento que contiene una partición, falta saber hasta dónde influirá en la partición la enajenación hecha por el ascendiente. Hay un caso en que no cabe duda. Si el instrumento no tiene valor legal como partición, á causa de la enajenación, caerá en todo la partición; acabamos de dar un ejemplo de ello. Pero si es legal la partición, quiere decir, si todos los hijos siguen comprendidos en ella, sin que resulte perjudicado en más del cuarto, y no se hubiere tocado la reserva, ¿se mantendrá la partición á pesar de la enajenación que disminuye el lote de los coparticipes? Reina acerca de esto alguna incertidumbre entre los autores. ¿Se revocará la partición? Si se admite que no es aplicable á ella el art. 1,038, la cuestión se convierte en dificultad de hecho: ¿cuál es la intención del ascendiente que enajena un objeto comprendido en la partición? ¿Se propone revocarla? Si consta esa voluntad, vendrá abajo la partición. Sólo no se puede declarar revocada la partición por el hecho de la enajenación; sucedió que un padre enajenó un objeto comprendido en la partición, y no reclamó el hijo en cuyo lote figuraba aquel objeto. (1) Esto prueba que la enajenación no altera necesariamente la partición. Es punto de intención. (2)

Si no se revoca la partición, ¿no tendrá acción para pedir indemnización el hijo cuyo lote se disminuyó con la enajenación? Hase dicho que el heredero despojado podía pedir que le garantizaran sus coherederos, como si el tes-

1 Burdeos, 30 de Julio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 120).

2 Compárese á Aubry y Rau, t. 6º, pág. 230, nota 5. Réquier, pá. 78, núm. 57.

tador hubiese comprendido en su lote la cosa ajena, sin consentimiento de aquél. (1) La equidad parece exigirlo así, pero conforme á derecho nos parece muy dudoso. ¿Puede haber acción para pedir garantía, no habiendo evicción? ¿y puede decirse que hay evicción cuando nunca tuvo derecho á la cosa el legatario? Pues, no hay por cierto, ningún derecho cuando la cosa legada no está ya en el patrimonio del testador.

79. ¿Están obligados á las deudas los hijos entre quienes partió sus bienes el ascendiente? Según la opinión que considera la partición testamentaria como simple reglamento de la sucesión *ab intestato* (núm. 53), los hijos no son legatarios sino llamados como herederos legítimos. Esto resuelve la dificultad; porque á título de herederos, deben pagar las deudas, y hasta *ultra vires*, si aceptan pura y simplemente. (2) Conforme á nuestra opinión, los hijos entran á la herencia como legatarios: ¿en virtud de qué título reclaman los bienes de su lote? En virtud del testamento que les dió esos lotes. Luego son legatarios, y estarán, por lo tanto, obligados á las deudas como legatarios universales ó á título universal. Si son legatarios á título particular, no deben contribuir para el pago de deudas. Sin embargo, los acreedores serán pagados antes que ellos, por la máxima *nemo liberalis nisi liberatus*; el ascendiente sólo puede partir los bienes que posee, y no posee sino lo que le queda, deducidas las deudas. (3)

80 ¿Qué sucede con la parte del hijo que muere antes que el testador? Sobre esto no hay duda, sea cual fuere la

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 461, número 243 bis, 7º. Aubry y Rau, t. 6º, págs. 231 y siguientes, y nota 11 (pfo. 733).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 231 y nota 7. Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 463, núm. 243 bis, 11. Demolombe, t. 23, pág. 121, núm. 119.

3 Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2º, pág. 114, número 145.

opinión que se admita en cuanto á la cuestión de principio. Estando llamados á la herencia los hijos como legatarios, caduca el legado del que muera antes (art. 1,039); pero si le están como herederos, no puede heredar el que muere antes, puesto que para ello necesita forzosamente existir en el momento de abrirse la sucesión (art. 725). (1)

¿Trae consigo la caducidad del legado la de la partición? Generalmente, la caducidad de un legado no hace caer el testamento. Pero la disposición que atribuye un lote á un hijo, no es simple legado; es una cláusula de un instrumento que distribuye todo el patrimonio; ¿y no son indivisibles esas cláusulas, en el sentido de que por caer una tienen que caer las otras? Así opina Troplong: los elementos, dice, sobre que operó el testador, no son los que existen en el momento de fallecer él; y así, hay que substituir con otra partición la que hizo el ascendiente en vista de otro orden de personas y cosas. Hase respondido, y la respuesta es concluyente, que así había podido declararlo el testador, pero que, supuesto que nada dijo, no puede el intérprete crear causas de nulidad ó revocación. (2)

Se pregunta qué sucede con la parte del legatario muerto antes. Se aplican los principios generales de derecho. Si el testador hizo la partición instituyendo desde luego conjuntamente á todos los legatarios, la parte del que no entra á la herencia acrece á los demás. Si procedió por vía de disposición particular, la caducidad del legado dejará los bienes legados en la herencia *ab intestato*, y se hará una partición suplementaria conforme al art. 1,078. (3)

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 462, núm. 243 bis, 8º.

2 Troplong, t. 2º, pág. 312, núm. 2,319. En sentido contrario, todos los autores (Aubry y Rau, t. 6º, págs. 228 y siguientes y notas 12 y 13; Demolombe, t. 23, pág. 111, núms. 106, 107. Réquier, página 104.)

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 229 y nota 15, pfo. 732.

ARTICULO 2.—De la partición como distribución de bienes.

§ I.—DE LA PARTICIÓN TESTAMENTARIA.

81. El instrumento por el cual distribuye el ascendiente sus bienes entre sus hijos, es esencialmente una partición; así la califica la ley en el capítulo VII, y las disposiciones del Código están en armonía con el nombre que da á ese instrumento. Conforme al art. 1,078, es nula en todo la partición si no se hace entre los hijos que existen en la época del fallecimiento. Hé ahí una regla que no se aplica más que á la partición. En los legados ordinarios, no puede tratarse de una omisión que viciaría el testamento. Según el art. 1,079, la partición hecha por el ascendiente puede ser atacada por causa de lesión en más del cuarto; esta disposición está tomada de la partición *ab intestato* (art. 887), y es tanto más notable cuanto es absolutamente excepcional. Por derecho común, la lesión no vicia los convenios (artículo 1,118). Prueba decisiva de que la partición de ascendiente es una verdadera partición; si ese acto tiene un carácter mixto, si es también un acto de disposición, es porque no puede hacerse la partición más que por donación ó testamento, quiere decir, por actos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad. En su objeto esencial, la partición de ascendiente no es acto de disposición, esto es, de distribución, como la ley misma lo dice en el primer artículo de nuestro capítulo. (1) ¿Cómo conciliar los dos efectos contrarios que produce un mismo acto? ¿Puede ser á la vez la partición de ascendiente acto de disposición y acto de distribución? Acabamos de exponer los efectos que produce la partición como disposición, efectos que conciernen á las relaciones del ascendiente con los hijos y de los contratantes con los terceros. En cuanto á las

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 231, pfo. 733. Genty, pág. 82.