

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.