

Sólo á la muerte del ascendiente produce efecto la partición; hasta entonces no eran los hijos más que donatarios; pero, al abrirse la herencia, se hacen herederos; si la renuncian, nunca habrán sido copartícipes sino simples donatarios por anticipo de herencia, á los cuales se aplican el art. 845 y los principios de las donaciones. No tienen ni los derechos ni las obligaciones de los copartícipes, ni garantía ni privilegio. Esto es muy sencillo y muy lógico. Pero en esta materia hay que desconfiar de lo que es lógico y sencillo, porque el instrumento por medio del cual el ascendiente parte sus bienes, tiene dos caracteres, es una donación y una partición; suprimase uno de esos elementos que le constituyen, y se llegará á una teoría que reduce por su sencillez, pero alterándole se eludirán el texto y el espíritu de la ley. Tan es así, que la opinión que combatimos se divide: uno sigue consecuente hasta el fin y niega que haya partición, privilegio y garantía; (1) el otro retrocede ante esas consecuencias y admite que el renunciante queda sujeto á las obligaciones que se derivan de su título. (2) De toda necesidad es necesario, pues, hacer una porción en cada uno de los elementos que constituyen la partición de ascendiente; resultan de ello contradicciones más aparentes que reales, porque proceden de la doble naturaleza del instrumento en que el ascendiente distribuye sus bienes entre sus hijos.

*SECCION III.—De las causas por las cuales puede atacarse la partición.*

*ARTICULO 1.—De la partición inexistente.*

§ I.—¿LA OMISIÓN DE HIJO HACE INEXISTENTE LA PARTICIÓN.

93. El art. 1,078 está concebido así: "Si no se hizo la

1 Genty, págs. 288 y siguientes; 313, 315.

2 Demolombe, t. 23, pág. 150, núm. 153.

partición entre todos los hijos existentes en la época del fallecimiento y los descendientes de los muertos antes, será nula en toda la partición. Podrá provocarse otra nueva en la forma legal, ora por los hijos ó descendientes que no hayan recibido parte alguna, ora también por aquellos entre quienes se hubiere hecho la partición." Esta disposición emana de la naturaleza de la partición; es de esencia en ella que todos los que tengan derecho concurren á ella, porque es una liquidación de derechos comunes, una distribución de bienes á la cual todos tienen igual derecho; en consecuencia, todos deben tomar parte en ella, pues una partición que no se haga entre todos los que tienen derecho á los bienes partidos, no sería tal. Hemos establecido este principio al tratar de la partición que se hace entre coherederos; (1) ese principio se aplica á la partición de ascendiente, lo cual prueba que tal partición lo es verdaderamente.

94. Conforme á la opinión que hemos sostenido en el título "De las Sucesiones," la partición á la cual no concurren todos los herederos es un instrumento inexistente, y no nulo, y sabemos que es gravado la diferencia entre la nulidad y la no existencia de un instrumento. Cuando es nulo algo, el vicio de que adolece da lugar á una acción de nulidad, que debe intentarse en diez años si se trata de un contrato; mientras que los documentos inexistentes no tienen existencia alguna á los ojos de la ley; no se debe pedir, pues, su nulidad, ni tampoco se puede, porque no se concibe la nulificación de la nada. El vicio que hace nulo un instrumento, puede subsanarse con la confirmación, mientras que los documentos inexistentes no son susceptibles de confirmación. Hemos expuesto ya estos principios en el título "Del Matrimonio," y volveremos á ellos

1 Véase el tomo 10 de estos *Principios*, pág. 563, núm. 464.