

to es que pueden renunciar la herencia de su padre y recibir la de su abuelo; pero si concurren con los hijos de primer grado, es por derecho de representación; y los representantes no tienen otros derechos que los que habrían tenido los representados, á haber sobrevivido. En nuestro caso, el representado tuvo su parte, y, en consecuencia, nada tienen que reclamar sus hijos por ese capítulo. (1)

104. Si se hizo la partición y muere uno de los hijos en ella incluidos, ¿deben estimarse como omitidos sus descendientes, ó reciben la parte de su padre por representación? Discútese este punto, y hay dudas muy formales acerca de él. Si se admite que los hijos coparticipes á virtud de testamento, entran á la herencia como herederos legítimos, ninguna dificultad hay; la consecuencia del principio será que se deben aplicar las reglas de la sucesión legítima; y en la *ab intestato*, los descendientes de un hijo muerto representan á su padre, y así, están incluidos en la partición. Nosotros no hemos aceptado esta doctrina, por ser imposible reputar como herederos *ab intestato* á los que reciben bienes por testamento. No pueden ser más que legatarios; y con ello, si uno de los hijos muere, caducará su legado (art. 1,039); sus hijos no le representan, están omitidos, y pueden, por tanto, pedir nueva partición, salvo que quieran conformarse con el lote que se le aplicó á su padre. Esto es lógico, pero no está muy en armonía con la razón en que se funda la caducidad del legado, caso de morir el legatario. Los legados se hacen por afecto á la persona del legatario y deben concluir con él. Pero ¿puede decirse que el padre que distribuye sus bienes entre sus hijos no incluya á sus nietos por si muere el padre de éstos? Nó, por cierto. Hay, pues, conflicto entre la letra y el espíritu

1 Durantón, t. 9º, pág. 632, núm. 641. Genty, pág. 209, núm. 30. Aubry y Rau, t. 11, pág. 227, nota 7. Demolombe, t. 23, pág. 158, núms. 162 y siguientes.

de la ley. Creemos que la letra debe prevalecer; admitir á los hijos á representar á un legatario muerto, es introducir una excepción en la ley y en los principios, y sólo el legislador tiene esa facultad. En favor de nuestra opinión hay un fallo de Agén, muy bien motivado, y en que un magistrado de aquel tribunal sostuvo una excelente disertación. (1)

Se ha propuesto que se admita á los descendientes del hijo muerto, en virtud de una substitución vulgar tácita. (2) Confesamos no comprender lo que se quiere decir con esto. Que el padre llame á los nietos por si muere el hijo, ó que la ley subentienda una substitución, está en armonía con los principios; pero que el intérprete imagine y de propia autoridad invente una substición, no es admisible, como no se reconozca al juez facultad para legislar.

#### ARTICULO 2.—De la partición nula.

##### § I.—DE LAS CAUSAS DE NULIDAD.

105. La partición de ascendiente debe hacerse por donación ó por testamento; la ley la sujeta á las formalidades, condiciones y reglas prescriptas para las disposiciones entre vivos ó testamentarias; por consiguiente, las causas de nulidad de las donaciones y testamentos se aplican á la partición de ascendiente. Tal es el derecho común. La jurisprudencia aplicó ya este principio, (3) y en esto no cabe duda. La ley prevee una causa especial de nulidad, que es la lesión, y añade que también puede impugnarse la partición por tocar la reserva (art. 1,079).

1 Agén, 23 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1848, 2, 17 y la nota). En sentido contrario, Genty, pág. 209, núm. 30. Demante, continuado por Colmete de Santerre, pág. 462, núm. 243, bis, 9º y todos los autores (Aubry y Rau, t. 6º, pág. 227 y nota 7).

2 Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2º, pág. 115, número 147.

3 Lyon, 30 de Agosto de 1848 (Daloz, 1849, 2, 57).