

acción de rescisión no comienza sino á la muerte, como lo veremos después. En ese momento se hace una partición suplementaria de los bienes que el ascendiente no distribuyó. ¿Habrá que reunir ambas particiones para estimar si hubo lesión? Si el ascendiente mismo hubiese hecho varias particiones, ninguna duda ofrecería la afirmativa. Pudo corregir en otra nueva la desigualdad que hubo en la primera. Por otra parte, ambos instrumentos, aunque hechos en dos distintas fechas, comprenden la distribución de un solo patrimonio, y, por consiguiente, una sola partición. Es necesario, pues, combinar los dos instrumentos para valuar la parte hereditaria del hijo que ataca la partición y estimar el daño. En este punto están de acuerdo los autores y la jurisprudencia. (1) Con eso, debe suceder otro tanto si los herederos hacen la partición de los bienes que quedaron indivisos; ellos habrán hecho lo que podía hacer el ascendiente, reparando el daño que resultara de la partición. Legalmente, no hay daño cuando á virtud de esa partición hecha en dos distintos instrumentos, no salió perjudicado el hijo en más del cuarto. (2)

*Núm. 2. De la acción de rescisión.*

*I. ¿Cuándo se abre?*

109. Entramos aquí en un orden de cuestiones de dificultad extrema; no hay otras en que tan dividida esté la jurisprudencia; y aun no se ha fijado, pues continúa la lucha de los tribunales de apelación contra la Sala de Casación; cosa que no debe asombrar, puesto que esta misma Sala está dividida, opinando de un modo la civil y de otro la criminal. La doctrina, que por tanto tiempo fué unánime,

1 Casación, 18 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 1, 55). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 234, y Demolombe, t. 23, pág. 173, núm. 179.

2 En sentido contrario, Réquier, pág. 318, núm. 177.

cambió con la jurisprudencia, y sería muy temerario asegurar que ha llegado á una solución definitiva. No hay más que un medio para no extraviarse en ese mar de dudas, y es el de atenerse estrictamente á la ley. Creemos que la primitiva jurisprudencia de Casación fue la que tuvo en su favor á la ley (1); lo cual no impide que haya en favor de la nueva jurisprudencia poderosas consideraciones, pero que más bien corresponden al legislador que al intérprete.

110. ¿Cuándo se abre la acción de rescisión por causa de daño? Cuando se hace la partición de ascendiente por acto de última voluntad, no cabe duda; la partición no existe sino á la muerte del testador, que es cuando comienzan las acciones que le conciernen. La cuestión no ocurre, pues, sino tocante á la partición entre vivos. Comencemos por recordar los principios elementales de las acciones de nulidad ó rescisión de un contrato. Comienzan ellas desde que se perfecciona el contrato; este principio está implícitamente establecido por el art. 1,304, como lo veremos en el título "De las Obligaciones," y no se ha discutido. Es principio general; todo acto jurídico puede ser impugnado desde el momento en que existe. Hay otra razón para aplicar ese principio á las acciones de nulidad de un contrato; la ley establece, con respecto á ellos, una prescripción especial, que es la de diez años. Esa prescripción, no es más que una confirmación tácita; el silencio de las partes contratantes que saben que tienen derecho de proceder y no proceden, se considera por la ley como una confirmación del contrato.

Los principios generales se aplican á todos los casos en

1 Denegada, 4 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 1, 49). Este fallo, que se dictó de acuerdo con el pedimento de Lazagni, fué celebrado como un fallo-principio. Dos años después, la Sala se pasó á la opinión contraria. Véase la pág. 156, nota 2.

que no hay derogación de la ley. Nuestra cuestión se reduce, pues, á saber si en el capítulo de las particiones de ascendiente deroga el Código la regla que acabamos de recordar. El art. 1,079, único que trata de la acción de rescisión, se limita á decir que la partición de ascendiente puede ser atacada por daño de más del cuarto. Alguna derogación del derecho común hay, ciertamente, en esos términos; más bien podría decirse que el texto resuelve la cuestión en el sentido del principio general establecido por el art. 1,304. La "partición hecha por el ascendiente" es la que se puede impugnar; luego desde que lo es, puede serlo. ¿Y cuándo se hace la partición al distribuir entre vivos sus bienes el ascendiente? El art. 1,076 responde que es menester aplicar á esa partición las reglas relativas á donaciones. Por tanto, existe y es perfecta la partición, cuando lo es la donación; y ésta, como cualquier contrato, se perfecciona por el conocimiento de las partes. Existiendo la partición desde que se perfecciona el contrato, desde ese momento puede ser atacada. (1)

¿Qué se opone contra los principios y contra la ley? En la opinión que enseña que la partición hecha por donación no produce los efectos de la partición sino al morir el ascendiente donante, objétase, naturalmente, que no puede ser atacada la partición mientras no exista, y que, por lo mismo, no puede serlo en vida del ascendiente. Hemos combatido esta doctrina (núm. 89), como contraria al texto, y rechazamos la consecuencia que se deduce de él por igual motivo. No se tiene más que comparar los fallos de casación con el texto del Código, para convencerse de que se hace que la ley obligue otra cosa de lo que dice en realidad. Dice la Sala que, en vida del ascendiente, la parti-

1 Durantón, t. 9º, pág. 638, núm. 647 y todos los autores antiguos, lo mismo que gran número de resoluciones. (Véase la nota de Dalloz, 1847, 1, 197).

ción no produce más que los efectos de una donación, y que sólo al morir él, es cuando hay partición. El Código dice que el ascendiente puede partir sus bienes entre vivos, por donación, y que tal partición, como cualquiera donación entre vivos, produce su efecto actual é irrevocablemente. Por consiguiente, hay partición, y así, puede impugnarse.

Los autores que se ponen de parte de la Sala de Casación, dicen que la partición entre vivos tiene dos caracteres: uno, actual é inmediato, que es de una donación; el otro, futuro y eventual, el de la partición. (1) De suerte que cuando la ley dice que el ascendiente puede distribuir sus bienes entre vivos, significa esto que puede partirlos por causa de muerte. Es difícil ponerse en oposición más directa con la ley. Los autores se ponen en contradicción hasta consigo mismo, al enseñar, con excepción de Genty, que la partición hecha por donación da inmediatamente á los copartícipes los privilegios que nacen de la partición, y admitir que tienen mutuamente obligación de garantizarse. Véase, pues, la donación que produce los efectos de una partición en vida del ascendiente; y después de esto, se dice que la partición de ascendiente no lo es sino hasta que él muere. La contradicción es palpable. ¿Concíbese que un mismo instrumento sea partición bajo ciertas consideraciones y no lo sea bajo otras? Para establecer semejantes distinciones, sería menester una ley, y la única que tenemos dice que el acto por el cual distribuye entre sus hijos sus bienes el ascendiente, es partición. Si lo es, debe producir todos los efectos de tal, y, por lo mismo, en cuanto á los copartícipes el derecho de atacarlo.

111. Contra el argumento de la ley se opone otro, tomado de la ley misma. La acción de nulidad por causa de omisión de uno de los hijos, no nace sino al tiempo de la

1 Demolombe, t. 23, pág. 238, núm. 220.

muerte, dicen; mas el art. 1,079 sigue al 1,078, y debe interpretarse en el mismo sentido, sobreentendiendo en él las palabras "en el momento de la muerte." (1) Comenzamos en que es singular interpretación de la ley, la que "sobreentende" en un artículo palabras que no se hallan en él. Más singular aún es la interpretación cuando se comparan las dos disposiciones que, se dice, están concebidas con idéntico espíritu. En el art. 1,078 se trata de una partición inexistente, mientras que el 1,079 prevée el caso de una rescindible. Cuando es inexistente, no se puede preguntar en qué época nace la acción de nulidad, puesto que no hay acción; los hijos tienen derecho de pedir otra partición; ¿cuándo pueden pedirla? Al morir el ascendiente, puesto que sólo entonces se sabrá si se omitió á un hijo. Cosa muy distinta pasa cuando la partición es rescindible por causa de daño; éste es un vicio, como el error, el dolo y la violencia, y cuando está viciado el consentimiento, procede la acción de nulidad, ó la rescisión inmediatamente; ¿por qué se habla de esperar hasta la muerte del ascendiente, para atacar una partición que está viciada en su esencia, puesto que vulnera la igualdad?

Veamos lo que responde la Sala de Casación. (2) Los ascendientes, dice, tienen completa facultad, durante su vida, para disponer á título gratuito de los bienes que poseen. Indudablemente pueden también donar todos sus bienes á uno de sus hijos, sin que se puedan quejar los otros. Pero cuando en lugar de darlos, los parten, no son libres; el que hace una partición no puede distribuirlo todo entre unos, dejando sin nada, ó casi, á los demás, sino que debe respetar la igualdad, pues si la vulnera, será

1 Demolombe, t. 23, pág. 234, núm. 220.

2 Denegada de la Sala Civil, 30 de Junio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 197, sin motivos, bien que dictada previa deliberación). Casación, 14 de Julio de 1852 (Daloz, 1852, 1, 203). Denegada, Sala Civil, 28 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 81).

rescindible el acto. Sí, dice la Sala, pero sólo al morir, porque hasta entonces se abre la sucesión; hasta entonces, ninguno de sus hijos tiene derecho á la fortuna del ascendiente, ni pueden, por lo mismo, criticar el abuso que de ella haga. Nó, los hijos no tienen derecho á los bienes de su padre mientras vive; pero éste les puede dar un derecho con distribuirles sus bienes, y es menester que por una ficción se suponga que tienen algún derecho, si no, no se concebiría la partición; el padre les puede dar lo que quiera, no puede distribuir sus bienes sino á quienes tienen un derecho preexistente. Esta ficción, sin la cual no se comprende la partición de ascendiente, responde también á lo que la Sala dice de la apertura de la sucesión del ascendiente. Esa apertura no tiene lugar sino á la hora de la muerte, y esto es evidente; mas para que en vida del ascendiente haya partición, ¿no hay que suponer que hay bienes que dividir, y, por consiguiente, una herencia abierta por ficción? Y si se abre la herencia para hacer de ella la partición, ¿por qué no se abriría para atacarla?

Esto, dice la Sala, no puede ser, porque sólo al morir el ascendiente es cuando quedan fijados los derechos y obligaciones recíprocos de los herederos. El argumento es un poco vago, los tribunales de apelación son algo más explícitos. Sólo al morir el ascendiente es cuando se pueden apreciar las fuerzas de su patrimonio; mas una parte de éste es la que recibe cada heredero, conforme á su derecho propio; hay, pues, que esperar á la muerte para saber si hubo daño. (1) La objeción no tiene en cuenta la partición entre vivos, partición que implica la apertura ficticia de la herencia del ascendiente, y, por lo mismo, el ejercicio de todos los derechos que corresponden á los herederos.

1 Pau, 9 de Julio de 1861 (Daloz, 1861, 2, 192). Poitiers, 5 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 2, 119). Limoges, 3 de Diciembre de 1868 (Daloz, 1869, 2, 176).

ros. Si un hijo resulta perjudicado con la partición, tiene derecho inmediato para pedir la rescisión; y ese derecho le recibe del ascendiente mismo, que, al distribuir sus bienes, da á sus hijos la calidad de herederos desde que vive. Esto no impedirá que, muerto él, se arreglen los derechos de los herederos con respecto al patrimonio entero del difunto. Si há lugar á una partición suplementaria, esta partición, conforme á la opinión que hemos enseñado (número 108), es una consecuencia de la que hizo el ascendiente; los dos actos reunidos no forman más que una misma partición de un solo patrimonio, y, en consecuencia, quedarán arreglados los derechos de los coparticipes. En este punto, nos apartamos de la jurisprudencia primitiva de casación, que consideraba la partición de ascendiente y la que se hacía á su muerte, como dos particiones distintas é independientes una de otra. Esta doctrina se prestaba á serias objeciones; concíbese que haya dos particiones, y, por lo mismo, dos herencias de una sola y misma persona? Dudamos que la ficción vaya hasta allá; siendo, como esencialmente lo son, contrarias á la realidad, las ficciones deben contraerse dentro de los límites más estrechos. El art. 1,079 dice, en verdad, que los bienes no comprendidos en la partición de ascendiente se partirán á su muerte conforme á la ley, pero no que la segunda partición esté aislada de la primera, y que, por consiguiente, habrá dos sucesiones, y así dos muertes, una ficticia y la otra real. Es menester entrar á la realidad desde el momento en que la ficción no obliga á separarse de ella.

112. Quedan las consideraciones morales que los fallos desarrollan con gran vigor. Nada debe el ascendiente á sus hijos mientras vive, pues voluntariamente se despoja de lo suyo en favor de ellos; éstos lo deben todo á su padre, aun cuando no haya igualdad en la partición; y se quiere que pidan la nulidad de un acto que les hace gracia, y

que acusen á su padre de haberlos perjudicado, cuando, en realidad, los mejoró. Esto sería impiedad, dice el Tribunal de Poitiers. ¿Y qué resultará de tal doctrina? Que los hijos que respeten á su padre no procederán; pero si se resuelve que tampoco tienen derecho de proceder, correrá contra ellos la prescripción, que podrá estar completa al morir el padre; de modo que los hijos respetuosos perderán su derecho de atacar la partición que los daña, en tanto que obrarán los que olviden toda piedad filial. ¿Debe el legislador dar la mano á los que desconocen el principal de sus deberes? ¿y puede admitirse que los hijos que cumplen con el suyo pierdan su derecho porque el respeto que deben á sus ascendientes les impide obrar? (1)

Deploramos este conflicto entre el sentido moral y el derecho; leyes mal formadas, siquiera estén conformes con los principios, son las que vulneran la conciencia. Pero el intérprete no puede guiarse por motivos de interés general, que esto es misión del legislador. También podrían invocarse en apoyo de nuestra opinión, consideraciones de orden público; así lo hizo el Tribunal de Dijón. (2) Las acciones de nulidad son de consecuencias funestas para los terceros, y comprometiendo los derechos de éstos, conmueven la estabilidad de la propiedad; quiere decir, conmueven los cimientos de la sociedad. Esto es cierto, sobre todo en cuanto á las particiones que interesan á una familia entera así como á todos los que mantienen relaciones con ella; importa no nulificarlas, y cuando ello es necesario, vale más que desde luego se intente la acción, que no dejarla para cuando muera el ascendiente. Ciertamente, éstos motivos son de gravedad, pero corresponden al legislador, que se decide por consideraciones de interés público; el

1 Denegada, Sala Civil, 28 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 81). París, 8 de Abril de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 134). Tolosa, 22 de Mayo de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 78).

2 Dijón, 11 de Mayo de 1844 (Dalloz, 1845, 1, 51).

intérprete no debe tener presentes más que la ley y los principios.

113. Es necesario que nos coloquemos en el punto de vista de la opinión general, puesto que la que acabamos de exponer está abandonada por los autores y por la jurisprudencia. Viviendo el ascendiente, no se puede intentar la rescisión, cuya acción está como en sueños, dice el Tribunal de París; desde entonces los defensores pueden excepcionarse contra el que pide la rescisión; y aun el Tribunal debería considerar de oficio la excepción, por estar fundada en razones de orden público. (1)

La jurisprudencia está, sin embargo, porque se admita la rescisión, vivo el ascendiente, cuando se hace la partición entre los hijos sin concurrir el padre. Hé ahí una resolución muy lógica en cierto sentido, pero que no por eso destruye menos las bases de la opinión general. La partición hecha entre los hijos es ordinaria, y nada tiene que ver el respeto á la autoridad paterna; nada hay, pues, que prohiba proceder á los hijos. (2) Nos cuidamos de contestar á esto. Pero ¿qué sucede entonces con la doctrina que deja para cuando muera el ascendiente los efectos de la partición que hizo entre vivos? No fué él quien procedió á la partición, en hora buena; pero ésta se practica en virtud de la donación que hizo á sus hijos para distribuirles sus bienes. En todo caso, hay partición, puesto que los tribunales admiten que se pida su rescisión. ¿Y puede haber partición viviendo aquel cuyos bienes se dividen? Si puede haberla, hay por lo mismo, una sucesión abierta, pues sin ella no podría haber partición. Eso es precisamente lo que sostenemos. Si hay partición cuando los hijos se distribuyen los bienes,

1 París, 8 de Abril de 1850 (Daloz, 1850, 2, 134).

2 Riom, 4 de Agosto de 1866 (Daloz, 1866, 2, 153). Denegada, Sala Civil, 16 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 1, 153). Lyon, 23 de Mayo de 1868 (Daloz, 1869, 2, 112). Burdeos, 8 de Marzo de 1870 (Daloz, 1871, 2, 202).

¿por qué no había de haberla cuando el padre hace la distribución?

11. *¿En qué término se debe intentar la acción?*

114. Cuando se hace la partición por donación entre vivos, debe intentarse la acción rescisoria dentro de diez años. Esto es aplicación del art. 1,304, que así dice: "En todo caso en que no estuviere limitada á un término menor, por una ley particular, la acción de nulidad ó rescisión de un convenio, durará diez años." Ahora bien, la partición entre vivos es convenio, puesto que no puede hacerse sino por donación; luego debe aplicarse la prescripción especial de aquel artículo.

¿Sucede lo mismo con la partición por testamento? Es indudable que nó. No se puede aplicar la prescripción especial y excepcional del art. 1,304, puesto que el testamento no es contrato; y no estando en el caso de la excepción prevista por ese artículo, hay que volver á la regla general del 2,262, según la cual toda acción prescribe á los treinta años. Sin embargo, se discute el punto, como si en esta materia todo hubiera de ser dudoso. Durantón extiende á testamentaria lo que acabamos de decir de la partición entre vivos. Creemos inútil impugnar este error, porque le hay; basta leer el art. 1,304 para convencerse de ello. (1) Volverémos, por lo demás, á los principios, en el título "De las Obligaciones."

115. ¿Cuándo comienza á correr el término? La partición testamentaria se rige por el derecho común; la acción de nulidad de un testamento se abre al morir el testador, y desde luego debe comenzar el término. Hase dicho que

1 Casación, 25 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, 1, 425). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 257 y nota 18. Réquier, pág. 413, núm. 229. En sentido contrario, Durantón, t. 9º, pág. 638, núm. 646.