

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.

éste no corre sino desde el día en que se descubre el testamento; (1) esto es aplicación del principio *contra non valentem agere non currit prescriptio*. Esta máxima no está en nuestras leyes. Al contrario, el art. 2,251 dice que la prescripción corre contra todo individuo, á menos que esté comprendido en alguna excepción legal; y no hay ley que suspenda el curso de una prescripción por un impedimento material para proceder. Volveremos á esta materia en el título "De la Prescripción."

116. Cuando la partición se hace por donación, debería también correr el término desde que se perfecciona ésta. Conforme á nuestra opinión, tal cosa no es dudosa, puesto que admitimos que existe la partición con todos sus efectos desde que se perfecciona la donación, y que, por consiguiente, pueden proceder los hijos á la rescisión viviendo aún el ascendiente. Pero, siguiendo la opinión contraria, no hay partición vivo el donante, sino hasta que muere, y así, no puede comenzar la prescripción de la acción de nulidad sino desde aquel momento. (2)

Tal es la consecuencia lógica de la nueva doctrina admitida por la jurisprudencia. Los fallos de casación que la consagran casi no hacen sino repetir los motivos generales que hemos expuesto (núms. 111, 112). (3) La Sala de la Instancia se adhirió á la opinión que prevaleció en la Civil, sin dar ningún motivo para su resolución, como si lo hiciera á más no poder y para no menoscabar la autoridad del Tribunal Supremo. (4) Los de apelación motivan sus resoluciones con más cuidado, y el desarrollo que dan á la opinión que hoy domina suscita más de una dificultad. Ya

1 Durantón, t. 9º, pág. 638, núm. 646.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 236, y notas 15 y 16, y los autores que citan. Compárese á Réquier, pág. 421, núm. 235.

3 Casación, 30 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 193, sin motivos). Casación, 16 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 237). Denegada, Sala Civil, 28 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 82).

4 Denegada, 18 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 294).

nosotros le hemos reprochado el ponerse en pugna con el texto legal, haciendo desaparecer de la partición de ascendiente el carácter de partición, para atenerse exclusivamente al elemento de donación. Tampoco el Tribunal de Burdeos da el nombre de partición al acto por el cual distribuye el padre sus bienes entre sus hijos, sino que le llama abandono, y dice que es pura liberalidad, que no había de perjudicar á los hijos. (1) Evidentemente. Pero ¿es eso lo que dice la ley? ¿Se intitula el capítulo VII "De las Liberalidades" que un ascendiente hace á sus descendientes? Se llama "De las Particiones" hechas por los padres; y el art. 1º del capítulo, dice que los ascendientes podrán hacer entre sus hijos la "partición" y la "distribución" de sus bienes; la ley emplea dos palabras para carectizar el acto por el cual el ascendiente entrega sus bienes á sus hijos; no se trata de liberalidad. El carácter dominante del acto es, pues, el de partición. Viene en seguida el art. 1,076, que dice cómo la partición puede y debe hacerse cuando el padre distribuye sus bienes entre vivos; en ese caso, está obligado á observar las formalidades, condiciones y reglas de las donaciones. La donación es, pues, elemento accesorio de la partición de ascendiente, y es alterar la ley, decir, como lo dice la jurisprudencia, que el hijo es "simple donatario" (2) es, ante todo, copartípe; y si no puede salir perjudicado como donatario, es indudable que si puede serlo como copartípe. En un fallo muy bien motivado, el Tribunal de Orleans dice que la partición entre vivos es una "liberalidad acompañada de partición." (3) Esto es lo contrario de lo que dice la ley, según la cual es un acto por el cual el ascendiente parte y distribuye sus bienes entre sus hijos, y que si le quiere hacer el padre en vida, debe

1 Burdeos, 30 de Julio de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 37).

2 Agén, 17 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 297).

3 Orleans, 17 de Enero de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 270).

usar las condiciones y reglas prescriptas para las donaciones. La diferencia entre la jurisprudencia y la ley es capital: el Código dice que el ascendiente hace la partición y distribución de sus bienes, lo cual implica un acto á título oneroso, un derecho de los hijos, un acto en que el padre debe observar el principio de legalidad, pena de nulidad; los tribunales dicen que el hijo carece de derecho, que es simple donatario, que recibe una pura liberalidad, y en ese orden de ideas, ciertamente no se concibe que salga perjudicado. Lo que engañó á los tribunales, fué que para nada tuvieron en cuenta la ficción que se halla en la partición de ascendiente; en realidad, ningún derecho tienen los hijos á los bienes de su padre, mientras vive, pero éste les reconoce ciertos derechos al declarar su herencia ficticiamente abierta, y partir, consiguientemente, entre sus hijos, bienes de los cuales se estima ser ellos copropietarios pro indiviso. Sin esa ficción, la partición de ascendiente es un contrasentido. Con la ficción todo se explica, es cierto, aunque no sin dificultad; nada más difícil que trazar los límites á que deben circunscribirse las ficciones. La jurisprudencia se facilita la tarea, pero suprimiendo la ficción.

117. La aplicación del principio generalmente admitido, ha dado lugar á una dificultad. Hay, al morir el padre, bienes no partidos; ¿corre en ese caso la acción de rescisión por causa de lesión, contra la partición, desde la muerte ó desde la partición de los bienes pro indiviso? La Sala de Casación tiene resuelto que corre desde la muerte. Desde ese momento existe la partición, conforme á la jurisprudencia, y, por consiguiente, debe correr la prescripción de la acción de rescisión. (1) La resolución es lógica, pero atestigua contra el principio admitido por la jurisprudencia. ¿Qué se dice para combatir la primitiva de ca-

1 Denegada, 27 de Noviembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 216).

sación? Que no se puede intentar la acción de rescisión en vida del ascendiente, porque á su muerte puede haber bienes y porque la lesión debe calcularse sobre todo el patrimonio del ascendiente, visto que no hay dos sucesiones sino una sola (núm. 110). Y bien, véase cómo la Sala de Casación permite que se rescinda la partición entre vivos antes de que se partan los bienes que quedan en la herencia *ab intestato*, antes que se haya podido hacer constar el valor del patrimonio y asegurar si hubo daño. La contradicción es evidente; si, á pesar de ello, admite que se puede intentar la acción de rescisión desde luego y antes de la segunda partición, ¿por qué no podría formarse en vida del ascendiente lo mismo que después de muerto?

118. Sucede con frecuencia que los padres distribuyen sus bienes á sus hijos por un solo acto, comprendiendo los paternos y los maternos en una sola masa común. Hemos hecho ciertas reservas contra esta manera de proceder (número 48); á nuestro juicio, cada uno de los padres puede partir únicamente los bienes que le pertenecen, porque si la partición es una distribución de bienes, también es donación; ¿y se pueden donar bienes de que no se es propietario? Las dificultades á que da lugar la acción de rescisión de esas particiones acumulativas, confirma nuestras dudas. En nuestro concepto, no hay ninguna; pudiendo intentarse en vida de los padres la rescisión, con mayor razón se podrá muerto alguno de ellos. Conforme al sistema de la jurisprudencia, la acción no se abre sino al morir el ascendiente. ¿Será menester que el hijo espere á que muera el que sobrevive para proceder? Tal es la doctrina consagrada por la jurisprudencia; los autores la admiten igualmente con una restricción que se halla también en los fallos, para el caso de que los bienes paternos y maternos, aunque partidos por un mismo acto, hubiesen sido distribuidos como patrimonios distintos; hay entonces dos

particiones comprendidas en un solo instrumento, y, por consiguiente, ninguna dificultad hay para que se divida la acción rescisoria. (1) Pero cuando se confundieron ya los bienes, ¿cómo separar cláusulas de un mismo instrumento y cortar una partición que forma un todo indivisible en la mente de los contratantes? La jurisprudencia admite, en razón de esta indivisibilidad, que no podrá intentarse la acción sino muerto uno de los dos cónyuges. (2) Sin embargo, hay fallos en contrario, (3) y los motivos en que se fundan nos parecen decisivos. ¿Hay realmente indivisibilidad? Esta no resulta, ciertamente, de las cosas que son objeto de la partición; son dos patrimonios distintos y, por tanto, es de derecho la división. Así lo confiesan, diciendo que la indivisibilidad resulta de la intención de los padres, á la cual se unen los hijos, puesto que concurren á la partición, á lo menos al aceptarla. La cuestión, pues, se reduce á saber si los ascendientes tienen derecho de hacer de sus bienes un todo indivisible, de suerte que también lo sea la partición. Nosotros les disputamos tal derecho. Ninguno de los cónyuges puede dar sino lo que le pertenece, y los hijos tienen derecho de reclamar su reserva en la sucesión del padre y de la madre, quienes no los pueden privar de ese derecho, así como los hijos no le pueden renunciar viviendo aún sus padres, puesto que equivaldría á renunciar una herencia futura, y tales renunciaciones, como todo pacto sucesorio, están severamente prohibidas (arts. 791 y 1,130). Se invocan, además, motivos de orden moral: si no pueden los hijos proceder contra sus padres,

1 Demolombe, t. 23, pág. 250, núm. 227. Tolosa, 22 de Mayo de 1863 (Daloz, 1863, 2, 78).

2 Lyon, Abril 18 de 1860 (Daloz, 1861, 5, 339). Agén, Junio 7 de 1861 (Daloz, 1861, 2, 116), y 1º de Junio de 1864 (Daloz, 1864, 2, 183). Tolosa, 22 de Mayo de 1863 (Daloz, 1833, 2, 78). Denegada, 18 de Junio de 1867 y 14 de Agosto de 1866 (Daloz, 1867, 1, 2741). 11,

3 Agén, 17 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1856, 2, 297), y 16 de Febrero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

viviendo aún, por razón del respeto que les deben, tampoco pueden proceder contra el intérprete para romper un instrumento que aquél quiso hacer indivisiblemente con su cónyuge. Sin duda, hay algo de indivisible, cual es el respeto que los hijos deben á sus padres; pero también es evidente que ese respeto, consideración puramente moral, no podría hacer indivisible el contrato. Quedan algunas dificultades de hecho que son incontestables, pero de las cuales nunca se puede prevalecer el juez para desechár una demanda.

Sea como fuere, la opinión consagrada por la jurisprudencia, atenta contra los derechos de los hijos. Al morir uno de los padres, están, por disposición de la ley, en posesión de los bienes del difunto, tienen el derecho actual, inmediato, que ningún convenio puede quitarles. ¿Por qué razón la jurisprudencia pone trabas al ejercicio de la propiedad que pertenece á los hijos? El Tribunal de Agén dice muy bien, que no bastaría la más expresa voluntad de los padres, para impedir que al fallecer uno de los donantes tengan acción los hijos para reclamar su parte hereditaria, sin que estén obligados, para obtenerla entera, á esperar el fallecimiento del cónyuge supérstite.

III. Avalúo de bienes.

119. El art. 890 expresa: "Para apreciar si hubo daño, se estiman los objetos según el valor que tenían al tiempo de la partición." ¿Se aplica á la de ascendiente esta disposición, escrita en el capítulo "De la Partición de las Herencias *ab intestato*?" Si se admite, con la primitiva jurisprudencia de Casación, que la acción rescisoria comienza en vida del ascendiente, la respuesta no es dudosa; la partición de ascendiente es verdadera partición, é implica que, por una ficción legal, está abierta la sucesión del ascendiente; el padre distribuye los bienes entre sus