

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 desecharse 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

hijos, en lugar de ellos; distribución que no es sino liquidación y repartición de un patrimonio común, y en la cual debe presidir la igualdad como en las particiones *ab intestato* que harían entre sí los herederos; el daño vicia, pues, la partición en su esencia. De ahí la acción de rescisión. ¿Cómo se sabrá si hay daño? El art. 890 responde á esta pregunta; la regla que establece emana de la naturaleza de las cosas, dictada por el buen sentido. Un hijo pretende haber salido perjudicado en más del cuarto por la partición de ascendiente; es necesario que pruebe no haber recibido los tres cuartos de su parte hereditaria, apreciando los bienes conforme al valor que tenían al tiempo de la partición. Una vez consumada ésta, si fué igual la parte de los copartícipes, los aumentos ó disminuciones de valor que pueden sobrevenir, son de cuenta de los copartícipes; propietarios incommutables de los bienes puestos en su lote, perecen los bienes, aumentan ó disminuyen de valor para ellos. La consecuencia es indiscutible tan luego como se admite el principio. (1)

120. Hoy desechan el principio los autores y la jurisprudencia. ¿Tendremos que inferir de ello que con el principio viene abajo la consecuencia? La cuestión se agita vivamente, y no ha concluido la lucha. La Sala de Casación ha desertado del sistema que había prevalecido en 1845 en la Sala de la Instancia, de acuerdo con el pedimento de Lasagni, uno de los magistrados más distinguidos del Tribunal. Los de apelación se han doblegado á la autorización del Tribunal Supremo, con excepción del de Agén que, inspirándose en un jurisconsulto distinguido, M. Réquier, hoy su Presidente, resiste á la Sala de Casación con una perseverancia que admiramos. Estamos convencidos

1 Denegada, 4 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 49). En el mismo sentido, Denegada de la Sala de Casación de Bélgica, 7 de Agosto de 1845 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 144). Lieja, 20 de Julio de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 290).

de que la Sala de Apelación tiene razón contra la de Casación; lo que complica singularmente la dificultad es que la doctrina de 1845 por nadie está sostenida. Todos admiten que la acción rescisoria no comienza sino á la muerte. Es una concesión peligrosa, que da toda la ventaja á la lógica de casación, mientras que la opinión contraria parece ilógica y condenada de antemano por sus contradicciones.

Hasta nosotros, que nos habíamos acomodado á la primitiva jurisprudencia de casación, no quisiéramos admitir el fallo de 1845 en todo su rigor. Es demasiado absoluto, y en materia de partición de ascendiente, toda doctrina absoluta es sospechosa; la partición entre vivos, y es la de que se trata, encierra dos elementos diversos, opuestos en cierta manera; es, al mismo tiempo, una partición y un instrumento de disposición. De ahí inevitables conflictos que parecen contradicciones. Es menester recurrir á una ficción para explicarlos; y las ficciones nada tienen de absoluto, pues, antes bien, son opuestas á la realidad y sólo es absoluta la verdad. Por ser tan absoluto el fallo de 1845, no ha fijado la jurisprudencia. Pero ésta ha ido demasiado lejos en su reacción contra el fallo de Lasagni. Era menester separar lo que tiene de absoluto, y, por consiguiente, de erróneo, y mantener lo que tiene de cierto. Ese difícil trabajo es el que vamos á emprender. Ya está á la mitad. El fallo de 1845 admite que hay dos sucesiones, la primera abierta por la partición entre vivos, y la segunda por la muerte del ascendiente; ninguna de las cuales tiene relación recíproca. Esto es llevar la ficción hasta el absurdo. No ha faltado quien dirija este reproche á la Sala de Instancias. ¡Cómo! dicen. ¡Dos herencias! ¡Entonces, habría también dos muertes! Se puede contestar que la primera muerte es ficticia; no está, pues, ahí el absurdo, que consiste en admitir para una sola persona dos patri-

monios distintos, independientes entre sí. La ley no dice tal. Una sola persona no puede tener más que un patrimonio; si éste forma el objeto de dos particiones, lo cual supone dos herencias, es menester detenerse y decir que la herencia ficticia y la real no forman más que un patrimonio; es menester, pues, rechazar la consecuencia que el fallo Lazagni saca de la ficción, resolviendo que no há lugar á la relación ficticia de los bienes partidos entre vivos; ya en otro lugar lo hemos dicho. (1) Es menester desechar, además, la otra consecuencia que el fallo de 1845 deduce del principio, de que son extrañas entre sí la partición ficticia y la real; esto no dice el art. 1,076, y siempre hay que cuidarse de llevar las ficciones hasta el extremo. Hemos enseñado que ambas particiones no forman más que una (núm. 110); lo cual es evidente, manteniéndose en el derecho de la realidad; un solo patrimonio, una sola herencia, una sola partición.

Exageraciones son las que han impedido á la Sala Civil consagrar la doctrina admitida por la de las Instancias. Nosotros nos desentendemos de esas exageraciones. Cuando tratamos de la acción que el art. 1,079 concede al hijo por causa de atentarse contra la reserva, diremos que el fallo de 1845 erró también, confundiendo esa acción con la que se funda en el daño. Tal confusión se ha mantenido en la jurisprudencia, la cual aplica á la rescisión por causa de daño, lo que, conforme á los principios, no es cierto sino en cuanto á la reserva. La confusión ha traído el error á la acción de rescisión, así como todo lo que tiene de erróneo el fallo de Lasagni. Se ha declarado el principio con las falsas consecuencias que de él había sacado la Sala de la Instancia. Hemos tratado de salvar el principio (número 110), según el cual, la acción rescisoria comienza desde

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 57 y siguientes, números 33-35.

en vida del ascendiente, luego que se perfecciona la partición. También este principio se ha desechado. Todos admiten que no puede pedirse la rescisión sino á la muerte del ascendiente donante. Hé ahí una nueva dificultad: ¿se debe cuando menos hacer el justiprecio de los bienes en la época de la partición?

121. Creemos que, aun propuesta así, debe resolverse la cuestión afirmativamente. No son idénticas la relativa al tiempo en que comienza la acción rescisoria y la relativa al tiempo en que se deben valuar los bienes para determinar el importe del daño. Concíbese que se suspenda la prescripción en vida del ascendiente; esto no impide que en ese tiempo exista la partición. Negarlo, es hacer á un lado los arts. 1,075 y 1,076 del Código Civil. Mas si hay partición, debe observarse en ella la igualdad en el momento de hacerlo el ascendiente, como debería suceder si partieran los hijos entre sí los bienes. Luego hay que aplicar el art. 890 á la partición de ascendiente, lo mismo que á la *ab intestato*. Si no recibió el hijo los tres cuartos de su partición hereditaria, conforme al valor que tenían los bienes al hacerse la partición, puede pedir la rescisión; mas no tendrá acción si recibió los tres cuartos. Poco importan los cambios que se han producido en el precio de los bienes partidos después de la partición; habiendo llegado á ser propiedad inmutable de los hijos, quedan á riesgo suyo, como en la partición *ab intestato*. (1)

La Sala de Casación consagró en dos nuevos fallos la opinión contraria. Hemos dicho antes (núm. 116), que la jurisprudencia hace decir á la ley lo contrario de lo que ella dice. Que juzgue el lector. Hé aquí lo que se lee en el fallo más largamente motivado del Tribunal Supremo. (2) Para

1 Orleáns, 27 de Diciembre de 1856, (Daloz, 1858, 77). La Guadalupe, 3 de Marzo de 1858 (Daloz, 1859, 2, 30).

2 Casación, 24 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 1, 289). Compárese