

quien conozca las obras de Troplong, no cabe duda que el fallo se redactó por el primer Presidente; lo que le da para nosotros grandísima autoridad, es que se pronunció conforme á las conclusiones del Procurador General De- langle. Comienza el fallo por decir, en estilo de Troplong, que la partición no hace más que donatarios, pues sólo la muerte del ascendiente hace herederos: "Las sucesiones no se abren más que á la muerte; el abandono y la partición que el ascendiente hace al contemplar la muerte y los derechos que tendrán á su herencia sus descendientes, *no podrían conferirles la calidad de herederos.*" Si no son herederos, no pueden ser sino donatarios, y no siendo más que donatarios, no se los puede considerar como "coparticipes." ¿Es esto lo que dice el Código? Según el art. 1,075, el ascendiente puede hacer entre sus descendientes la "distribución" y "partición" de bienes; luego, según la ley, los hijos son coparticipes, y, por tanto, herederos por ficción; mientras que, según la Sala de Casación, no son ni coparticipes ni herederos. La antinomia es fõrma.

La Sala está obligada á reconocer que hay partición, pero, dice, "es una partición destinada, según la mente del ascendiente, á hacer veces de partición legal en el momento que se abra la sucesión." Es decir, que la partición de ascendiente sólo es aparente, pues la verdadera existe al fallecimiento. Lo dice el fallo: los hijos no se hacen herederos sino al fallecimiento, que es únicamente cuando adquieren la propiedad á título de herederos. Luego hasta entonces han poseído como donatarios. ¿Es esto lo que dice el Código? El art. 1,076 expresa: "Estas particiones se podrán hacer por acto entre vivos." Por tanto, partición es lo que hace el ascendiente tomando las condiciones, reglas y formas de la donación. Los hijos son, pues, coparticipes con la de 4 de Junio de 1862 (Daloz, 1862, 1, 401), 28 de Junio y 29 de Agosto de 1864 (Daloz, 1864, 1, 280 y 345).

ticipes y poseen como tales; mas poseer á título de coparticipes, es poseer como heredero, á lo menos ficticio; y así, hay, una vez más, antinomia entre lo resuelto por el Tribunal Supremo y el texto del Código.

¿A qué se encaminan estos largos preliminares? En el momento de abrirse la herencia del ascendiente, no estodavía el hijo más que donatario que va á hacerse heredero coparticipes; entre herederos debe reinar la igualdad y, sin embargo, entre donatarios no se trata de ella. No citamos textualmente el fallo, porque su redacción está de tal manera embrollada, que es difícil comprenderle; bastará con copiar algunas palabras: "la partición de ascendiente es un hecho accidental del hombre al cual no se puede conceder el efecto que la ley le da, la igualdad entre los herederos; ese derecho nace al fallecimiento, que es el único que hace abrirse la sucesión." ¿Acaso dice también el Código que la partición de ascendiente no está sujeta á la ley de igualdad sino al morir el que la hace? El Código llama á esa partición hecha por donación, partición entre vivos (art. 1,076). Esta última es la que se puede impugnar por causa de daño; luego la partición de ascendiente está sometida por la ley á la igualdad, aun viviendo aquél; dígase cuanto se quiera sobre que la partición es un hecho accidental del hombre, es esto una frase, y la frase está en pugna con la ley. ¿Qué se dice del hecho del hombre? Este no habría podido hacer en vida la partición de sus bienes; ha sido menester que la ley le autorizara para ello, y así, en punto á partición de ascendiente, todo es obra de la ley. Y si pudo ella sujetar la partición *ab intestato* á la regla de la igualdad, pudo darle el mismo efecto á la partición entre vivos.

Llegamos á la conclusión, que está igualmente envuelta en ambages y circunlocuciones; casi es menester traducirla para comprenderla. Hasta que el ascendiente muere no

hay más que donatarios; los hijos llegan á ser herederos sólo cuando la herencia se abre, pues sólo entonces se convierte en realidad la apariencia de la partición; el derecho á la igualdad data de aquel momento; por lo mismo, hasta entonces hay que apreciar los bienes para ver si hay daño. En un fallo reciente, redactado con espíritu más jurídico, se formuló en dos palabras la doctrina de la Sala; la partición anticipada se convierte en legal cuando se abre la sucesión, y así, en ese tiempo, hay que valuar los bienes, como lo quiere el art. 890. (1) Nada mejor, si la ley no dijese lo contrario, como lo dice en el art. 1,076; la partición entre vivos produce efecto, como tal, desde que se perfecciona la donación. No hay una palabra en nuestras leyes, de donde se pueda inferir que la partición de ascendiente no es legal sino hasta que muere.

122. El único tribunal de apelación que ha resistido al de Casación, es el de Agén, presidido hoy por M. Réquier, autor de una excelente monografía sobre la partición de ascendiente. Nosotros hemos celebrado semejante resistencia. Compárese el fallo de 1868 dictado por el Tribunal de Apelación, con el del mismo año que le casa y anula, y se verá uno obligado á confesar que, en cuanto á la forma y á la substancia, el fallo de Apelación es superior al de Casación. Toda partición, dice el de Agén, está viciada en su esencia cuando se violó la igualdad en los límites fijados por la ley. Esta regla, que recita el art. 887, se ha declarado común á las particiones de ascendientes, por la primera disposición del art. 1,079. La ley permite que se ataquen esas particiones por lesión en más del cuarto. ¿De qué se trata en la acción rescisoria? Únicamente de buscar si hizo bien ó mal el ascendiente; la distribución de su patrimonio, si violó la regla de la igualdad de una manera bastante grave para motivar la nulificación del ins-

1 Casación, 25 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 466).

trumento. Para ello, es necesario referirse al día de la partición y tomar las cosas en el estado que tenían en aquella época. ¿Podría declararse desigual la partición, aun cuando los lotes estuviesen iguales cuando fueron aplicados y distribuidos? En vano se diría que después de la partición, tal objeto subió de valor, ó que tal otro bajó; la partición no puede estar viciada por un hecho posterior que las partes no han podido ni debido prever; cada uno de los coparticipes, al hacerse propietario incommutable del lote que se le designó, no tiene que dar otra á sus coherederos, del mayor valor que el tiempo ó cualquiera otra circunstancia hayan podido dar á los objetos que le componen, ni que reclamar por la depreciación que hubieren podido sufrir. Al estimar los bienes según su valor, el día del instrumento, no se hace más que aplicar la regla estricta contenida en el art. 890; las particiones de ascendiente deben sujetarse á esa regla, porque son particiones, y ninguna disposición legal las exime de una regla de buen sentido y equidad. (1)

El fallo responde en seguida á las objeciones; nosotros las conocemos y creemos haber respondido á ellas. Se ha discutido el principio que sirve de base á toda la argumentación del Tribunal. Que debe reinar la igualdad en las particiones hechas entre los coherederos que tenían un derecho preexistente á los objetos distribuidos, es evidente, dicen; pero sucede otra cosa con la partición que un propietario hace de sus bienes entre personas que ningún derecho tienen á ellos. Cualquiera que sea la desigualdad de la repartición que hace de sus bienes el padre, los hijos no tienen por qué quejarse, porque ningún derecho tienen á su patrimonio antes de abrirse la sucesión. M. Réquier había refutado ya la objeción en su tratado de las particiones de ascendiente. Sin duda, éste es libre para dar á sus

1 Agén, 8 de Julio de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 241).

hijos lo que quiera y como quiera, si les hace una donación como anticipo de herencia que los donatarios deberán traer á colación á la sucesión; ésta no se parte, entonces, sino á la muerte del donante, y con aquello se establece la igualdad entre sus herederos. Pero si el ascendiente quiere hacer la partición de sus bienes en vida, debe respetar la igualdad, esencial en toda partición. Entonces ejerce una facultad que la ley concede en favor de la familia, queriendo prevenir las disensiones que haría nacer la partición á la cual procederían los hijos al morir; con ese fin distribuye por sí mismo sus bienes entre ellos, y por eso le impone la ley la obligación de respetar la regla de igualdad que debe regir en toda partición (artículo 1,079). (1)

El Tribunal de Agén, así como M. Réquier, insisten en las consecuencias funestas que proceden de la doctrina consagrada por la jurisprudencia. Son hechos que importa conocer. En el caso que acabamos de citar, la partición hecha en 1841, juntamente por el padre y la madre entre sus seis hijos, aplicaba al mayor, que vivía en su compañía, el pequeño terreno que constituía toda su fortuna, mediante varias rentas que pagó á sus hermanos para completar su parte. Transcurrieron veintidós años desde que se hizo la partición hasta que murió el último de los comuneros, y por causa de tan largo tiempo y del cuidado que el hijo mayor puso en la herencia, aumentaron de valor los inmuebles. ¿Qué hacen los demás hijos? Ellos se habían aprovechado de los intereses de su lote y ahora vienen á quejarse contra su hermano, para tener parte en un aumento de valor absolutamente extraño á la partición. Un fallo de 1866 hirió vivamente una manera tal de proceder. Los hijos que después de una dilatada posesión venían á impugnar la partición, eran precisamente los que la

1 Nota de M. Réquier, en la Recopilación de Dalloz, 1862, 2, 9.

habían solicitado para ventaja propia; al aceptarla, habían querido ciertamente tratar de una manera definitiva sobre la base del valor que en aquella época tenían los bienes; no podían tomar en consideración el valor que tendrían al fallecer su padre, puesto que no podían prever el día de ese fallecimiento; pretendían ahora cambiar las bases del pacto de familia al cual habían concurrido, que ellos habían provocado; no era su fin hacer nueva partición, sino imponer condiciones más onerosas á aquel de sus hermanos que tan largo tiempo había explotado sus bienes. El Tribunal tiene razón para decir que es poco honrosa aquella especulación. (1) Estas consideraciones de hecho carecerían de valor si no encontraran apoyo en la ley. La doctrina de casación favorece, desgraciadamente, á esos especuladores sin delicadeza, puesto que, sistemáticamente, casa el Tribunal todas las resoluciones del de Agén que chocan con su jurisprudencia. (2)

123. La doctrina está dividida. Troplong aplaude la nueva jurisprudencia, enseñando como autor lo que practica como magistrado, é insistiendo demasiado en consideraciones morales. (3) Sin duda, no conviene que los hijos lleguen á quejarse contra la obra de su padre, mientras vive; pero sus críticas apasionadas y poco honrosas ¿son más morales cuando se dirigen á su memoria? MM. Aubry y Rau cambiaron de parecer bajo la influencia de la jurisprudencia. (4) Hay autores que no admiten la doctrina de casación sino con restricciones que, por lo demás, ha consagrado la jurisprudencia. Esta favorece el sistema de M. Genty, que no ve en las particiones entre

1 Agén, 16 de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 123).

2 Casación, 25 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 466).

3 Troplong, t. 2º, pág. 316, núm. 2,331.

4 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 234, nota 8; pág. 236, nota 16 (párrafo 734).

vivos más que un anticipo de herencia; sin embargo, propone que se aplique en avalúo de los bienes partidos la regla del Código para la noticia de bienes dados en dispensa de ella; el mobiliario se justipreciaría, pues, sirviendo de base el valor con el monto de la donación y los inmuebles conforme á su estado en aquel monto mismo, y su valor á la hora de abrirse la herencia; de suerte que se tendría en cuenta al donatario los gastos hechos para mejorar la cosa (arts. 860 y 862). M. Demolombe da su aprobación á esta mejora, porque ella disminuye los inconvenientes que resultan del sistema dominante. (1) La Sala de Casación aplica el principio establecido en materia de reducción por el art. 922, es decir, que todos los bienes, sin distinguir muebles de inmuebles, se valuarían conforme al "estado" que tuvieran en el momento de la partición y su valor en el del fallecimiento. (2) Parécenos que ninguna analogía hay entre la cuenta ó la reducción, y la rescisión por causa de daño. Cuando há lugar á la cuenta, los bienes traídos á ella deben volver á la masa común, y ésta no puede mejorarse á expensas del heredero donatario. Cuando los bienes se reducen, hay una razón análoga. Cuando se ataca una partición por causa de daño, se trata únicamente de apreciar los bienes que fueron objeto de ella, y así, el valor al tiempo de la partición es el único que se debe tomar en cuenta.

Réquier dice que tiene la firme convicción de que su opinión acabará por triunfar. (3) Hasta aquí, casi no hay apariencias de que vuelva á su jurisprudencia la Sala de Casación, y los autores que escribieron después que M. Réquier,

1 Genty, págs. 317 y siguientes. Demolombe, t. 23, pág. 245, número 222.

2 Casación, 28 de Enero y 29 de Agosto de 1864 (Daloz, 1864, 1, 280 y 345).

3 Réquier, *De las particiones de ascendientes*, págs. 349 y siguientes, y pág. 337, núm. 187).

se declararon por la doctrina de aquella Sala. Tal es la opinión de M. Bertauld (1) y de M. Barafort. Ni uno ni otro han traído al debate nuevos elementos, y la cuestión está agotada. M. Barafort dice, en apoyo de la jurisprudencia, que ciertamente es partición, pero provisional, la de ascendiente, y se funda en el art. 1,078 que declara la partición nula cuando se omitió á un hijo en ella; de aquí concluye que no se hace definitiva sino al morir el ascendiente, y que, por lo mismo, sólo entonces se puede saber si la partición es ó no igual. Esta argumentación no se hace para atraernos á la doctrina de la jurisprudencia. No hay partición provisional, porque una de dos: ó todos los hijos están comprendidos en ella, y entonces siempre habrá sido definitiva, ó se omitió á un hijo, y en ese caso, nunca habrá habido partición, en el sentido de que es no existente y de que no produce ninguno de los efectos de la partición. M. Barafort hace valer otro motivo que tiene cierta apariencia jurídica y que ya había propuesto M. Demolombe. La acción de nulidad, caso de omisión de hijo, y la misma acción por tocar la reserva, comienzan al morir el ascendiente; si hay lugar á apreciar bienes, en aquel momento se hace la apreciación; por tanto, debe suceder lo mismo con la acción rescisoria por causa de daño, porque la ley coloca todas estas acciones una misma línea. (2) Hay, en esta identificación de las tres acciones de los hijos, una confusión completa de derechos esencialmente distintos. Cuando los hijos proceden á virtud del art. 1,078, no piden la nulidad de la partición, sino que provocan una nueva, como lo hacen los herederos que se hallan en estado de indivisión. Cuando un hijo ataca la partición por tocar la reserva, tampoco pide su nulidad, sino un suplemento de

1 Bertauld, *Cuestiones del Código Napoleón*, t. 2º, pág. 91, número 121.

2 Barafort, *De las particiones de ascendientes*, págs. 72 y siguientes, y pág. 90.