

parte, una indemnización del perjuicio que sufre, como lo veremos más adelante. ¿Pueden compararse casos en que no hay nulidad, con otros en que la partición está viciada y es nula?

IV. Procedimiento.

124. La acción rescisoria por daño está tomada de la partición *ab intestato*; debe reinar la igualdad en la partición de ascendiente lo mismo que en la hecha entre herederos. Deben, pues, aplicarse á la primera los principios relativos á la rescisión de la partición *ab intestato*. En este sentido, se resolvió ya que no es aplicable el art. 1,677 á la acción rescisoria de la partición de ascendiente. Conforme á ese artículo, no es admisible sino por mandato judicial la prueba del daño en materia de venta, y sólo en el caso de que sean demasiado graves y verosímiles para que se presuma el daño los hechos que se expongan. La ley quiere con una especie de disfavor la rescisión que se adoptó á pesar de una enérgica oposición, como lo diremos en el título "De la Venta." Por el contrario, la rescisión de la partición, cuando resulta perjudicado un hijo en más del cuarto, es favorable por ser la sanción del principio de igualdad, y la igualdad es de esencia en la partición. (1)

El art. 1,678, según el cual no se puede formar la prueba del daño sino por el informe de tres peritos, tampoco es aplicable á la partición de ascendiente. Se resolvió ya que la demanda puede desecharse sin el dictamen de peritos, cuando los tribunales posean los elementos suficientes para justipreciar los bienes. En ese caso, ocasionaría el dictamen gastos inútiles. El Tribunal de Agén, que fué quien lo resolvió, dijo muy bien: "Si la justicia debe proscribir con severidad las partes de ascendientes cuando son re-

1 Riom, 10 de Mayo de 1851 (Daloz, 1852, 2, 255).

sultado de una predilección culpable del padre á uno de sus hijos, debe proteger contra las empresas de la mala fe y de la pasión, esos pactos de familia que dan descanso á la vejez y recursos á los hijos para utilizarlos en la agricultura y en la industria, cuando se han celebrado libre y honestamente." (1)

125. El art. 1,080 dice: "El hijo que por alguna de las causas expresadas en el artículo anterior, combata la partición hecha por el ascendiente, deberá anticipar los gastos del avalúo." La ley ha querido prevenir, en cuanto posible fuera, pleitos que no tendrían otro móvil que el espíritu de chicana y de mala fe. De que el demandante deba anticipar los gastos, no hay que inferir que esté obligado á consignarlos. Esta medida se prescribe para los extraños, y no puede extenderse más allá del texto. (2) Sin embargo, en Lyon se declaró que los tribunales pueden decretar la consignación cuando les parezca necesario. (3) Esto es muy dudoso; los tribunales no pueden imponer obligaciones á los litigantes.

El art. 1,080 añade: que el que pide la rescisión sufrirá los gastos de avalúo así como las expensas si no está fundada su reclamación. Esto es de derecho común, según el cual la parte que sucumbe sale condenada en costas (Código de Procedimientos, art. 130). De aquí se ha concluido, y con razón, que el Código Civil deroga la regla general establecida por el art. 131 del de Procedimientos, que permite al juez compensar los gastos entre parientes próximos. (4) Si se declara la rescisión, se vuelve al dominio del derecho común.

126. Cuando se prueba el daño de más del cuarto, debe

1 Agén, 1º de Junio de 1864 (Daloz, 1864, 2, 183).

2 Riom, 10 de Mayo de 1850 (Daloz, 1852, 2, 155).

3 Lyon, 18 de Abril de 1860 (Daloz, 1861, 5, 338). En sentido contrario, Réquier, pág. 354, núm. 190.

4 Réquier y los autores que cita, pág. 354.

el tribunal declarar la rescisión, sin poder conformarse con decretar una indemnización para el demandante. También es de derecho común que el juez debe acceder á las conclusiones del demandante, cuando su demanda se funda en ley; y el art. 1,079 es terminante: Todos están de acuerdo en este punto, excepto Zachariæ, cuya opinión ha quedado aislada. (1) Pero el defensor puede invocar el beneficio del art. 891, que está concebido así: "El defensor en la acción de rescisión puede detener su curso é impedir una nueva partición, ofreciendo y suministrando al demandante el suplemento de su parte hereditaria, ora en numerario, ora en especie." Tal es la opinión de todos los autores. Hay algunos fallos en contrario, pero es muy evidente el error para que tengamos que insistir en él. La acción es rescisoria por causa de daño, ya se trate de la partición de ascendiente ó de la *ab intestato*; de modo que se rige por los mismos principios. Además, hay completa analogía. ¿Por qué permite la ley al demandado que detenga el curso de la demanda de rescisión, suministrando un suplemento al demandante? Porque quiere evitar los graves inconvenientes que resultan de anular la partición; y serían menores, por ventura, esos inconvenientes, cuando es el ascendiente el que parte? Al contrario, son mayores, puesto que, conforme á la jurisprudencia, la acción no se abre sino muerto el ascendiente, y cuando se hace la partición por los padres, después de muerto el que sobrevive; por consiguiente, las relaciones de los copartícipes con los terceros habrán creado multitud de intereses que serían heridos si se anulara la partición. (2)

127. Los ascendientes que distribuyen sus bienes entre sus hijos, han empleado otro medio para poner la parti-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 234 y nota 10. Demolombe, t. 23, página 178, núm. 184.

2 Durantón, t. 9º, pág. 643, núm. 651. Demolombe, t. 23, página 174, núm. 181.

ción á cubierto de una acción rescisoria por causa de lesión, declarando en ella que si excede el valor de un lote al de los otros, dan ó legan el excedente, como mejora, al que tuviese aquel lote. ¿Es válida esa cláusula? No vemos que haya ninguna duda en ello; el padre no hace más que usar del derecho que le concede la ley para mejorar á uno de sus hijos dentro de los límites de la parte disponible. Mas el padre puede otorgar una liberalidad por vía de mejora en el instrumento que contiene la partición. (1)

El Tribunal de Montpellier lo resolvió así. Era el caso de un ascendiente que añadió que reducía á la reserva legal al donatario que impugnara la partición. El Tribunal declaró que era válida también esa cláusula. (2) En otro lugar hemos hablado ya de las cláusulas penales añadidas á la partición de ascendiente; (3) son válidas cuando el ascendiente se limita á disponer de la parte disponible sin tomar de la reserva. Se ha disputado acerca de la validez de todas esas cláusulas, porque tenían por objeto estorbar á los hijos el ejercicio de la acción rescisoria, es decir, usar de un derecho que les concede la ley. Ciertamente es que si el padre prohibiese á sus hijos el ejercicio de una facultad legal, la cláusula sería nula. Si realmente se lastima la igualdad con la partición, deben tener los hijos derecho para pedir su nulidad. Pero si no se toca la reserva ni hay daño de más del cuarto, el padre tiene también un derecho que le concede la ley, cual es el de disponer de sus bienes dentro de los límites de lo disponible.

V. Efecto de la rescisión.

128. ¿Cuál es el efecto de la rescisión? Esta palabra tiene, en derecho, el sentido de nulidad; el art. 1,034 pone la

1 Réquier, pág. 352, núm. 188 y los autores que cita.

2 Montpellier, 6 de Marzo de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 252).

3 Véase el tomo 11 de estos *Principios*, pág. 713, núms. 486 y 487.

acción de rescisión en la misma línea que la de nulidad, en cuanto á la prescripción; en el título "De las Obligaciones" veremos como no hay diferencia entre ambas acciones, en derecho moderno. Así, pues, cuando el juez declara la rescisión de la partición de ascendiente, ese acto es anulado, y, por consiguiente, los coparticipes quedan en estado de indivisión. Esto no tiene duda en cuanto á la partición testamentaria, Creemos que lo mismo sucede con la hecha entre vivos. Ciertamente es que antes de la partición los bienes no pertenecían á los hijos; mas para que pueda haber allí partición, es menester suponer una indivisión ficticia. Siguiendo la opinión general, que no admite la acción rescisoria sino después de la muerte del ascendiente, esto no es dudoso. Siendo herederos los hijos, son, por ende, copropietarios pro indiviso cuando se rescinde la partición. Pero conforme á la opinión que hemos sustentado, de acuerdo con la primitiva jurisprudencia de Casación, podría decirse que, anulándose la partición, vuelven los bienes al donante. Sin embargo, esto sería contrario á la irrevocabilidad de la partición hecha por donación; los bienes han llegado á ser propiedad incommutabile de los hijos; son coparticipes, quiere decir, herederos, cuando menos por ficción, y siguen siéndolo, aunque se rescinda la distribución de bienes que les hizo. (1)

129. La cuestión que acabamos de proponer presenta otra dificultad. Si la rescisión equivale á la nulidad, ¿es menester aplicar los principios relativos á los actos nulos? No cabe duda. Lo que es nulo no puede producir ningún efecto; luego si se anuló la partición, se estima que nunca fueron partícipes los hijos; quiere decir, se estima que estuvieron en la indivisión desde que se hizo la partición. Por consiguiente, nulos serán los actos de disposi-

1 En sentido contrario, Réquier, págs. 424 y siguientes. Hay gran incertidumbre acerca de esta cuestión, entre los autores.

ción hechos por ellos, si los bienes de que dispusieron no entran en su lote en la nueva partición que hagan, puesto que, en ese caso, se considera que nunca fueron propietarios. Si los bienes entran en su lote, han podido disponer de ellos, puesto que se estima que tuvieron su propiedad desde la partición. Estas consecuencias emanan del principio de que la partición es declarativa de propiedad (artículo 883).

M. Réquier enseña que la partición, nula como tal, valdrá como donación de anticipo de herencia, y que, por consiguiente, los hijos donatarios deberán traer los bienes á la masa común; de donde concluye que deben aplicarse los principios relativos á la colación. Resulta de aquí que los actos de enajenación hechos por los donatarios, serán respetados, á salvo producir la cuenta; mientras que vendrían abajo las hipotecas y demás derechos reales (artículos 859-865). (1) En teoría, preferiríamos esta opinión á la que acabamos de profesar, puesto que resguarda los intereses del tercer adquirente; pero no vemos cómo poder conciliarla con los principios relativos á la indivisión. Sería menester suponer que anulada la partición subsistía la donación, en el sentido de que los hijos habían poseído como donatarios. ¿No es esto alterar la naturaleza de la partición-donación? No hay dos actos, una partición y una donación, sino uno solo, que es la partición hecha por donación; rescindida aquélla, deja de subsistir ésta, sin que haya donatarios sino herederos en estado de indivisión y que se estiman haber sido siempre propietarios pro indiviso. Tales son, pues, los principios de indivisión que hay que aplicar.

1 Réquier, *De la partición de ascendiente*, págs. 363 y 370. En el mismo sentido, Genty, pág. 319, núm. 51. Demolombe, t. 23, página 258, núm. 235.

130. Cuando el cónyuge supérstite parte al mismo tiempo sus bienes y los del difunto y se rescinde la partición por daño ¿habrá nulidad en cuanto al todo? Hemos dicho ya (núm. 52) que en esta materia no hay indivisibilidad; á nuestro juicio, la partición es válida en cuanto á los bienes del supérstite, y nula respecto de los del difunto. Los hijos tienen, pues, dos acciones en ese caso: pueden pedir la nulidad de la partición respecto de los bienes del difunto, por no tener derecho de dar ni legar el ascendiente bienes que no son suyos; y pueden también pedir la rescisión por daño. Regularmente no pueden pedir la rescisión sino en cuanto á la partición anticipada hecha por el supérstite; y así, debe el demandante probar que se le perjudicó en más de un cuarto con tal partición. Si se formaron dos masas hereditarias y no hay confusión entre los dos patrimonios, serán fáciles la prueba y la división. Cuando se confundieron los dos patrimonios en una sola masa, es difícil determinar en qué bienes recayó el daño, y esa dificultad es la que ha hecho que se admita la indivisibilidad de la partición. Siempre tendremos que es indiscutible el derecho de los hijos, y que si la rescisión de la partición entraña la nulidad de toda la distribución, habrá que proceder á nueva partición de ambos patrimonios. Conforme á la opinión general, no se puede intentar sino después de muerto el supérstite la acción rescisoria de una partición acumulativa; el hijo perjudicado en más del cuarto con la distribución de bienes paternos ó maternos, tiene derecho para pedir la rescisión, dividiendo su acción, si es posible, y si no lo es, pidiendo la nulidad de toda la partición. (1)

131. El ascendiente puede hacer donaciones por mejora en el instrumento en que distribuye sus bienes entre sus

1 Compárese con lo resuelto en Agén, á 20 de Abril de 1864 (Daloz, 1864, 2, 109).

hijos. Siendo independientes de la partición estas donaciones, subsisten aun cuando se rescinda la partición. Si se hacen las liberalidades en una partición acumulativa, puede haber sus dificultades. El supérstite confunde en la partición que hace entre sus hijos, los bienes que le pertenecen y los que provienen de la sucesión de su cónyuge, haciendo en los primeros una donación por mejora. Anúlase la partición, y á consecuencia de la confusión de ambos patrimonios, se hace necesario proceder á una nueva partición de los bienes del ascendiente; se pregunta si subsistirán las liberalidades hechas por mejora. El Tribunal de Besançon lo declaró así, y no nos parece que haya duda. El ascendiente dió lo que tenía derecho de dar, haciendo una liberalidad por mejora en su patrimonio; la rescisión de la partición no puede alcanzar á una donación irrevocable. (1)

VI. De la confirmación de la partición.

132. Por regla general, todo acto contra el cual admite la ley la acción de nulidad ó de rescisión, puede ser confirmado. La ley no exceptúa el caso de daño; también la acción que nace del daño la califica regularmente la ley de acción rescisoria (arts. 887, 1,079, 1,305, 1,674). Cualquiera vicio que anula un instrumento puede desaparecer con la confirmación, porque ésta no es más que la renuncia del derecho de pedir la nulidad que nace del vicio de que está afectado un instrumento; y cada quien puede renunciar los derechos establecidos en su favor. (2)

Se ha pretendido que la aceptación de los hijos, que se requiere para la validez y hasta para la existencia de la partición entre vivos, es una especie de confirmación, en

1 Besançon, 16 de Enero de 1846 (Daloz, 1847, 2, 137).

2 Denegada, 16 de Enero de 1846 (Daloz, 1854, 1, 239).