

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 Agón, 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).

cuanto á que resulta de ella una excepción contra la demanda de rescisión. Es un error evidente que han rechazado la doctrina y la jurisprudencia. Cuando hay daño, el consentimiento está viciado por el error en que están los contratantes acerca del valor de las cosas que son objeto del contrato; mas cuando está viciado el consentimiento, no se puede invocar, ciertamente, contra los que consintieron por error. (1)

133. La confirmación es una renuncia, y así es menester que el que confirma sea capaz de renunciar, quiere decir, de disponer de las cosas que forman el objeto del contrato viciado. Hemos dicho antes (núm. 42) que los bienes dotales no pueden ser objeto de una partición entre vivos, fuera del caso en que se permite, por excepción, la enajenación de esos bienes. De aquí que la mujer casada bajo el régimen dotal, no puede confirmar una partición de ascendiente que encierre en perjuicio propio un daño de más del cuarto; cuando en esa partición se parte, está afectada de dotalidad. El Tribunal de Burdeos había resuelto en sentido contrario, fundándose en que el derecho de concurrir á un acto, implica el de confirmarle. Ahora bien, la mujer dotal puede, ciertamente, recibir, en virtud de una partición de ascendiente, bienes que en su poder estarán afectados de dotalidad; porque la mujer, lejos de enajenar, adquiere, por ser hasta cierto punto la partición entre vivos, una liberalidad. Otra cosa sucede cuando la mujer confirma una partición, en la cual se perjudicaba en más del cuarto; al renunciar la acción rescisoria, disminuye su patrimonio dotal con el cuarto de su parte hereditaria, y ejecuta, por lo mismo, un acto de disposición de bienes dotales. Desde ese momento deja de aplicarse el principio invocado por el Tribunal de Burdeos;

1 Durantón, t. 9º, pág. 637, núm. 645. Tolosa, 23 de Diciembre de 1835 (Dalloz, núm. 4,627).

como muy bien lo dice la Sala de Casación, una cosa es la partición y otra su confirmación. La primera implica, ciertamente, una indivisión, á la cual pone término; pero como en la teoría del Código la partición es declarativa de propiedad, la mujer que consiente en ella no se considera que enajena un derecho dotal, mientras que la renuncia implica una enajenación. (1)

134. ¿Cómo debe hacerse la confirmación? Se aplica el derecho común, puesto que no le deroga la ley. La confirmación puede ser, pues, expresa ó tácita. Cuando es expresa, el art. 1,338 prescribe formalidades especiales para la validez del escrito en que ella conste, el cual debe contener la substancia de la obligación que se trata de confirmar, la mención del motivo de la acción rescisoria y la intención de reparar el vicio en que se funda esta acción. Se resolvió que la confirmación de una partición viciada por el daño, es nula si no se observaron las formalidades del art. 1,338. (2) Esto es demasiado absoluto; es confundir, como por lo demás lo hicieron los autores del Código Napoleón, la confirmación con el instrumento confirmativo; puede ser nulo el escrito y válida la confirmación; lo único que resulta de la nulidad del escrito es que no podría servir de prueba, pero ésta podría formarse por alguno de los medios legales que expondremos en el título "De las Obligaciones;" volveremos en ese mismo título también á la distinción desconocida por el Código, entre la confirmación y el instrumento confirmativo.

135. Hay confirmación tácita, según el art. 1,338, cuando se ejecuta voluntariamente la obligación después de la época en que podía ser válidamente confirmada. ¿Cuándo puede hacerse la confirmación de la partición de ascen-

1 Casación, 2 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 339). Compárese con la Denegada de 30 de Junio de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 327).

2 Angérs, 25 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 37).

diente? La solución estriba en el principio que se observa en cuanto á la partición entre vivos; la cuestión sólo respecto de esa partición se ofrece; ¿puede confirmarse en vida del ascendiente? Conforme á la doctrina que hemos enseñado, existe y produce todos sus efectos la partición desde que se perfecciona la donación, y, por tanto, en vida del ascendiente; de modo que inmediatamente puede pedirse su rescisión, según el derecho común, y así, también puede confirmarse la partición. (1) Si se admite, con la última jurisprudencia, que no hay partición sino á la muerte del ascendiente, que hasta entonces se abre la acción, hay que resolver que antes de esa muerte no puede haber confirmación, porque no se puede renunciar una acción de nulidad que no existe. Tal es la opinión general. (2)

Hay un instrumento que no puede atacarse por causa de daño, y es la transacción. Si para impedir que se anule una partición de ascendiente, en vida suya transan los copartícipes acerca de los vicios de que adolece, ¿importa confirmación esa transacción? La Sala de Casación resolvió que ésta era nula, por estar viciada por la misma causa que la partición. (1) Esto no nos parece exacto. Las particiones de ascendiente, dice la Sala, cuando hay perjuicio de más de un cuarto para un copartícipe, se presume que no fueron consentidas por los hijos con plena libertad. ¿Es eso la presunción en que la ley admite la acción rescisoria? El vicio no consiste en la violencia moral del padre, porque también su consentimiento está viciado; el daño resulta de un error acerca del valor de los objetos partidos, y la ley supone que se engañaron tanto el ascendiente como los hijos. Hé aquí por qué admitimos la rescisión en vida del ascendiente; no hay ingratitud ni impiedad con pedir que

1 Compárese con lo resuelto en Agén, á 2 de Junio de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 216).

2 Demolombe, t. 23, pág. 249, núm. 225 y los autores que cita.

3 Casación, 6 de Febrero de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 89).

se rehaga una partición que el ascendiente mismo habría vuelto á hacer si hubiese conocido el verdadero valor de sus bienes. Aplicada al ascendiente, casi no es la presunción más que suposición, pero que se convierte en realidad para los hijos que pueden no conocer el valor exacto de los bienes de su padre.

Hay un fallo de casación que invoca otro motivo. Siénta la Sala como principio, que la ejecución voluntaria de un instrumento nulo no tiene fuerza de confirmación sino cuando la ejecución se hizo conociendo perfectamente el vicio de que adolecía el acto y con la intención de reparar el vicio. Tal es el principio que implícitamente establece el art. 1,338. La Sala sigue diciendo que no pudiendo conocerse las causas de rescisión de una partición de ascendiente sino muerto éste, queda intacta hasta ese momento la acción que concede la ley á los hijos, á pesar de cualquiera ejecución que hayan podido dar al instrumento. (1) El fallo confunde las dos acciones que el art. 1,079 concede á los hijos: la que se funda en un daño de más del cuarto, y la que deriva de haber tocado la reserva; en cuanto á esta última acción, admitimos la argumentación de la Sala; en cuanto á la primera, carece de valor; ¿qué impide á los hijos reconocer en vida de su padre el error que cometió al formar los lotes? Ellos le echarán de ver luego que estén en posesión de los bienes; cuando menos le pueden reconocer, y desde ese momento debe admitirseles que procedan y que, por consiguiente, confirmen.

La Sala añade, en otro fallo, que no podría ejercitarse la acción de nulidad de una partición anticipada, ni podría cubrirse válidamente en vida del ascendiente donante, porque los hijos no tienen todavía la calidad de herederos ni pueden ejercitar las acciones que les competen con esa calidad sino al abrirse la herencia de su autor; que renun-

1 Denegada, Sala Civil, 18 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 274).

ciar el derecho de impugnar la partición, es hacer un convenio sobre una herencia futura, cosa que prohíbe la ley. (1) Esto es muy lógico en el sistema de la jurisprudencia; como no admitimos el principio, desechamos también sus consecuencias.

136. Para que la ejecución del acto importe confirmación, es menester, dice el art. 1.338, que sea voluntaria, esto es, que el que la ejecute conozca el vicio y tenga intención de repararle. Este principio es muy importante en materia de daño. Muy bien se puede ejercitar la partición sin tener conocimiento del daño que resulta de ella. Uno de los hijos recibe su parte en forma de pensión; si ignora el verdadero valor del lote que está encargado de pagar la pensión, no podrá considerarse la ejecución que dé al instrumento al recibir su parte en dinero, como renuncia de un derecho cuya existencia ignora. El Tribunal de Burdeos dice, con razón, que el daño no es un vicio evidente en sí mismo; que es un hecho complejo, obscuro y oculto que puede permanecer ignorado por el hijo perjudicado, durante su vida. De aquí deduce que no pueden invocarse por sí mismos los actos de ejecución contra el hijo mientras no se pruebe que conoció el valor de los bienes partidos y el de su lote. (2) De ahí resulta una dificultad tocante á la prueba: ¿le toca al que pide la rescisión probar que ignoraba el daño, ó al demandado probar que la ejecución se hizo con conocimiento de causa? Volveremos á la cuestión en el título "De las Obligaciones."

Ordinariamente, los actos de ejecución se ejecutan inmediatamente después de la partición y en vida del ascen-

1 Burdeos, 23 de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, 2, 223), y 21 de Noviembre de 1855 (Daloz, 1856, 2, 113). Agén, 16 de Febrero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

2 Burdeos, 23 de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, 2, 223), y 21 de Noviembre de 1855 (Daloz, 1856, 2, 113). Agén, 16 de Febrero de 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

diente; esos actos no importan ejecución, según la opinión general; pero ya se resolvió que pueden aprovecharse para probar que el hijo perjudicado que ejecutó la partición tenía conocimiento del daño desde que vivía su padre. El hijo, dice la Sala de Casación, no puede ciertamente confirmar la partición anticipada de las herencias de sus padres, por medio de los actos que ejecute en vida de ellos; pero los jueces pueden hallar en esos actos la prueba de que en aquel momento conocía los vicios de las particiones, y ver en los actos posteriores al fallecimiento de los donantes, la voluntad perseverante del hijo, de confirmar dichas particiones en una época en que tenía libertad para manifestar su intención. (1) Es notable que la Sala, que no reconoce al hijo el derecho de proceder en vida del ascendiente, ni de confirmar la partición viciada, dé, sin embargo, efecto á los actos de ejecución anteriores al fallecimiento, permitiendo que se busquen en ellos los elementos de la confirmación, el conocimiento del vicio de daño. Esto no es muy lógico; si el hijo tiene conocimiento del vicio, y á pesar de eso ejecuta el acto viciado, ¿no manifiesta con ello la intención de confirmar el acto viciado, ni le confirma?

Debiendo ser voluntaria la confirmación, resulta de ahí que la cuestión de saber si un acto importa ó no confirmación, es cuestión de hecho que los jueces resolverá según las circunstancias. Se declaró ya que el traer á colocación los copartícipes, en sus contratos matrimoniales, lotes que se les aplicaron por la partición, no constituye por sí solo confirmación, sino que es simplemente un acto de posesión en los bienes procedentes de la partición; mas la posesión no es prueba bastante de que el copartícipe co-

1 Denegada, Sala de lo Civil, 30 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 1, 327).

noce el vicio, puesto que hasta los diez años de posesión es cuando la ley admite la confirmación tácita por vía de prescripción. El mismo fallo declaró que el hecho de cortar árboles por un precio moderado, no se debe considerar como renuncia de la rescisión. (1) Son éstas, resoluciones especiales que sirven de ejemplo, pero no como precedentes, porque todo estriba en la voluntad de los interesados.

137. El art. 892 dice que el heredero que en todo ó en parte enajena su lote, no puede intentar la rescisión por dolo ó violencia, si la enajenación que hizo es posterior al descubrimiento del uno ó á la cesación de la otra. Se resolvió que tal disposición no se aplica al daño. (2) La cuestión se discute, y nosotros nos remitimos á lo dicho en el título "De las Sucesiones." (3)

138. La confirmación de las particiones acumulativas da lugar á las mismas dificultades que la acción de nulidad de esas mismas particiones. Para que se pueda confirmar un acto es necesario que esté abierta la acción de nulidad, puesto que la confirmación no es más que la renuncia del derecho de pedir la nulidad. Si se admite que el hijo puede pedir la rescisión de la partición acumulativa hecha por sus padres, una vez muerto uno de ellos, dividiendo su acción, también podrá confirmar la partición respecto de los bienes del difunto. Tal es nuestra opinión confirmada por un fallo del Tribunal de Agén. (4) Parécenos que no puede ser dudosa la confirmación. Abierta la sucesión de uno de los padres, recibe el hijo completamente partida su parte hereditaria, tiene conocimiento del daño que vicia la partición, y la confirma, no obstante, de una manera expresa; todas las condiciones necesarias para la validez

1 Caen, 31 de Enero de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 154).

2 Denegada, 5 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 15), y 18 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 294).

3 Véase el tomo 10 de estos *Principios*, págs. 638, núm. 518.

4 Agén, 16 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

de la confirmación están cubiertas; ¿por qué no había de valer la confirmación? ¿Por qué es indivisible la partición? Ya hemos respondido á esta objeción (núm. 118). ¿Por qué el respeto que el hijo debe al padre ó á la madre que sobreviven, no le deja en libertad para dar su consentimiento? El art. 1,117 dice que no basta el temor reverencial para anular un contrato.

La opinión contraria es la que prevalece en la jurisprudencia. (1) Cuando se admite que no está abierta en vida del padre ó de la madre supérstite que hicieron la partición de sus bienes, la acción rescisoria, muy lógico es inferir que no puede confirmarse la partición. (2) ¿Pero no habla esta consecuencia contra el principio? La supuesta indivisibilidad de la partición no impide que tenga el hijo derechos muy distintos, uno á la herencia del padre, y el otro al de la madre; ¿por qué no podría renunciar su derecho de impugnar la partición que confunde los dos patrimonios en lo que mira á la herencia de su difunto padre? Y si puede confirmar, es de inferirse que tiene también derecho de proceder.

139. Hemos dicho que la partición de la sociedad, hecha por uno de los cónyuges como preliminar de la de ascendiente, es nula y produce la nulidad de la partición misma (núm. 51). Se pregunta si la confirmación del supérstite hace válida la partición. Está resuelto que siendo ésta radicalmente nula, no puede confirmarse por el consentimiento de todos los interesados, como si se tratara de hacer otra partición. A decir verdad, es necesaria una nueva, si se admite que ningún efecto puede producir la anterior, en razón de una división de sociedad que exige el consentimiento de dos asociados ó de sus herederos, y después de muerto uno de los asociados, ya no puede tener

1 Denegada, 18 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 366).

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

lugar ese consentimiento. Ahora bien, faltando él, se hace no existente la partición de la sociedad, y siendo ella la base de la de ascendiente, también esta última es inexistente, y un acto que no existe, no puede ser confirmado. De ahí la consecuencia aceptada en casación, de que es necesario el concurso de todos los interesados para dar efecto á una partición tal. Además, ni ese concurso sería una confirmación sino una nueva partición, que sólo tendría efecto desde el momento de consentir en ella todos los interesados (1).

Por igual razón debe tenerse por nula radicalmente la partición que de sus bienes hace una madre entre sus hijos, comprendiendo los bienes de su marido vivo todavía y los de sus hijos. En vano confirmarían éstos, muerta la madre, dicha partición, porque tal confirmación quedaría sin efecto, puesto que la falta de consentimiento del padre hace inexistente el acto, y, en consecuencia, imposible la confirmación. Así se declaró en Angérs. (2) Añadimos una reserva; la confirmación, imposible respecto de los bienes del padre, podía hacerse respecto de los de los hijos, por no existir de hecho ni de derecho la indivisibilidad alegada por el Tribunal.

140. Se ha resuelto que la prescripción de la acción de nulidad de una partición de ascendiente, en la cual incluyó el padre bienes de la madre difunta, no corre sino desde la muerte del ascendiente donante, aun respecto de los bienes que dependan de la sucesión de su cónyuge, cuando los dos sucesores se han confundido en la partición, sin indicarse su respectivo valor ni la parte que á cada quien tocara al componer los lotes. (3) Si se admite con

1 Casación, 23 de Diciembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 31), y en nota ó remisión, Orlénas 5 de Junio de 1862 (Daloz, 1863, 2, 159).

2 Angérs, 25 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 36). Compárese con lo resuelto en Burdeos, 8 de Agosto de 1850 (Daloz, 1851, 2, 143).

3 Casación, 19 de Diciembre de 1859 (Daloz, 1859, 1, 494). Com-

la Sala de Casación que no está abierta la acción, es lógico inferir que no corre la prescripción y que es imposible la confirmación. Podría sostenerse que la partición es inexistente tocante á los bienes del difunto, y que es menester su consentimiento para que pueda hacerse la partición. Si no consiente, no hay partición. Pero la aceptación de la donación ó del testamento que contiene la partición, ¿no equivale al consentimiento, por lo menos en el sentido de que se pudo formar el contrato, sin perjuicio de pedir su nulidad por falta de consentimiento? Esto, en la partición entre vivos, sería admisible, puesto que se verifica el concurso del consentimiento; pero el de los hijos, en la testamentaria, no puede hacer válido un acto que, al abrirse el testamento, no tiene existencia legal. Lógicamente, sería menester, pues, resolver que se puede confirmar la partición entre vivos; según nuestra opinión, desde que se hace la partición; según la opinión general, después de la muerte del ascendiente. Pero en el caso de partición testamentaria, habría nulidad radical en lo relativo á los bienes del ascendiente muerto, y, por consiguiente, imposibilidad de confirmar; y se necesitaría una nueva partición, no pudiendo tener lugar la confirmación más que por la partición de los bienes del testador.

### § III.—DE LA REDUCCION POR TOCAR LA RESERVA.

#### *Núm. 1. Naturaleza de la acción.*

141. Después de decir que la partición de ascendiente puede ser impugnada por daño de más de un cuarto, el artículo 1,079 añade: "También podrá serlo en el caso de que resulte de la partición y de las disposiciones hechas por

párese con lo resuelto en Agén, 11 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 30).