

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).

mejora, que uno de los copartícipes recibe una mejora mayor que la permitida por la ley." ¿Cuál es la naturaleza de la acción que el art. 1,079 da al hijo? ¿es una acción de rescisión fundada en el daño, ó es una de reducción por haberse tocado la reserva? El interés de la cuestión concierne, sobre todo, al objeto y efecto de la acción. Si ésta es de rescisión, el tribunal declara la nulidad de la partición; si es de reducción, subsiste la partición y el tribunal se limita á indemnizar al demandante del perjuicio que sufre. La cuestión está muy discutida, lo mismo en cuanto al principio que en cuanto á sus consecuencias.

El texto no resuelve la dificultad; no califica ni la acción que resulta del daño, ni la que da la ley á los copartícipes del que recibe una ventaja mayor que la permitida por ella. En uno y otro caso, la ley se sirve de la misma expresión: la partición podrá ser "impugnada." ¿Habrá que deducir de aquí, como se hace, (1) que en los dos casos previstos por el art. 1,079, la partición es nula y que el objeto de la acción es provocar la nulidad? Esto sería excederse de la ley, puesto que no dice ella cuál es el objeto de la "impugnación" que autoriza. Si, en el caso de perjuicio de más del cuarto, se admite que la acción tiende á anular la partición, es en razón de la analogía que, evidentemente, existe entre la lesión que vicia la partición de ascendiente y la que vicia la partición *ab intestato*. Este argumento nos hace falta en cuanto á la segunda disposición del art. 1,079, que es especial para la partición de ascendiente; ante todo, es preciso, pues, buscar el motivo.

Los partidarios de ambas opiniones contrarias, invocan la discusión del Consejo de Estado; prueba de que esa discusión no es decisiva. No buscaremos en ella más que la razón de la ley. En el proyecto de Código Civil había una

1 Demolombe, t. 23, pág. 185, núm. 189 *bis*. Esta es la opinión de Demante, de Marcadé, de Troplong y de Bertauld.

disposición concebida así: "La partición será, además, nula, si los padres ú otros ascendientes hubieren hecho, á título de mejora, una disposición, ya entre vivos, ya por testamento, en favor de uno ó más de sus hijos." Esto era derogación del derecho común que permite al padre dar su parte disponible á uno de sus hijos lo mismo que á un extraño. ¿Por qué se le coartaba esa facultad en el caso de que hiciera él la partición de sus bienes? Temíasa, dice Treilhard, que el padre, además de la ventaja que resultara de la mejora, aventajara á uno de sus hijos en la composición de lotes; es libre para dar lo disponible á uno de sus hijos, pero entonces se le prohíbe que parta sus bienes; si quiere hacer la partición de sus bienes, tiene derecho, pero entonces no podrá hacer la liberalidad por mejora. Esta severidad parece excesiva; ¿por qué presumir, dice Mouraire, que el padre quiso mejorar á uno de sus hijos por la partición, cuando le hace una liberalidad por mejora? Esto sería suponerle la intención de defraudar la ley, que le prohíbe exceder lo disponible. Berlier responde que esta suposición de fraude nada tenía de probable. ¿Cómo creer que el que ya agració á uno de sus hijos con perjuicio de los otros, no lo hará en la partición si tiene expedita esa vía? Lejos de que el dón hecho por mejora haga presumir que allí acabará la liberalidad, la desigualdad introducida ya entre los hijos debe hacer temer que no se la extienda aún más; esta presunción está en la naturaleza de las cosas. Dar, pues, al padre el derecho de partir, cuando ya mejoró á uno de sus hijos, es permitirle que le mejore más defraudando á la ley. No habría más que un medio de evitar esta nueva desigualdad, y sería admitir la rescisión de la partición por el más pequeño daño; pero más sencillo es entonces prohibir la partición. El artículo fué aceptado, menos en cuanto á la redacción, y se presentó otra por la sección de la legislación, que apeló el Consejo de Estado;

es el texto actual del art. 1,079, con la diferencia de que la ley no dice que la partición será "nula," sino solamente que podrá ser impugnada. (1)

Jaubert explicó la nueva disposición en su Informe al Tribunado. Si el padre no hizo liberalidad, si se limitó á partir sus bienes entre sus hijos, no puede impugnarse el instrumento más que por causa de daño en más del cuarto. Si el padre efectúa la partición después de haber dispuesto de todo ó parte de su porción disponible, la ley permite que se le ataque, aunque no haya daño en ella, si al acumular la mejora y la porción que cada hijo hubiera debido tener en una partición igual, el padre se excedió de lo disponible. Jaubert da el ejemplo que sigue: Un padre tiene 60,000 francos de bienes y dos hijos. Da á uno el tercero disponible, 20,000 francos; en seguida parte los 40,000 restantes, dando al hijo ya donatario, por vía de mejora,..... 24,000 y 16,00 al otro; la mejora que resulta de la partición es de 4,000 francos, lo cual no constituye un daño de más del cuarto; pero el hijo doblemente mejorado tendría 44,000 francos, es decir 4,000 más de lo disponible. En ese caso, podrá impugnarse la partición. ¿Por qué? Porque el padre, que ya dió lo disponible á uno de sus hijos, no le puede mejorar todavía en la partición, sin exceder lo disponible. Por haber excedido éste y, consiguientemente, por haberse tocado la reserva, el hijo puede impugnar, pues, la partición. (2)

142. La discusión y el informe de Jaubert nos enseñan por qué puede atacarse la partición; pero los trabajos preparatorios no nos dicen más que el texto, cuál es el objeto y el efecto de la demanda. Debemos recurrir, pues, á los principios; es decir, buscar la naturaleza de la acción. El

1 Sesión del Consejo de Estado, 27 Ventoso, año 11, núm. 30 (Loché, t. 5º, pág. 274).

2 Jaubert, Informe núm. 79 (Loché, t. 5º, pág. 361).

art. 1,079 concede dos acciones contra la partición; la res'cisoria por daño, y la resultante de una mejora que excede lo disponible. La primera es acción de nulidad; ¿por qué? Porque la partición en que se ha violado la ley de igualdad, cesa de ser partición. Tales son las expresiones de Simeón, el orador del Tribunado. (1) ¿Cuándo resulta violada la igualdad? Cuando hay daño de más del cuarto. En el caso previsto por la segunda disposición del art. 1,079, se respeta la igualdad, en cuanto á que no hay daño de más del cuarto; pero la ventaja que resulta de la partición y de la mejora, excede lo disponible y toca la reserva; por eso permite la ley que se impugne la partición. El objeto de la ley, dice Jaubert, es no conservar al padre más que un medio de mejorar á uno de sus hijos con perjuicio del otro. ¿Con qué fin debe impugnarse la partición? Por tocar ella la reserva. ¿Es menester que se anule la partición para reparar ese mal? Basta que se repare el perjuicio que sufre el hijo. ¿Por qué se había de anular la partición? ¿Por qué el hijo reservatario no tiene su reserva en cuerpos hereditarios, como lo quiere la ley? No es tal el motivo por el cual le permite el art. 1,079 que ataque la partición; el legislador se determinó únicamente por la consideración de que se pasó más allá de lo disponible y se tocó la reserva. ¿Es menester, para reducir la mejora á los límites de lo disponible, que se anule la partición? Nó, pues basta que se reduzca la mejora que excede á esa parte, en favor de aquel cuya reserva ha mermado. No hay, pues, razón jurídica para anular la partición. Esto resuelve la dificultad, puesto que no hay ley que la anule. (2)

1 Simeón, Informe sobre el título *De las Sucesiones*, núm. 40 (Loché, t. 5º, pág. 141).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 238 y notas 27-29. Massé y Vergé, comentando á Zachariæ, t. 3º, pág. 314, nota 9. Réquier, pág. 380, número 208.

En ese sentido se ha formado la jurisprudencia. (1) Las dos acciones previstas por el art. 1,079, dice muy bien el Tribunal de Agén, tienen distinto objeto, y así, las consecuencias deben ser distintas, por no poder el efecto traspasar el objeto que las partes han tenido en mira. Ahora bien, el único objeto del demandante, cuando su reserva se gastó, es completarla; para ello, es inútil anular la partición; basta que el hijo mejorado pague un suplemento en dinero á aquel cuya reserva se gastó. Cuando más, podría decirse que el cercenamiento debe efectuarse en especie, como sucede cuando un heredero obra contra su coheredero para reducir liberalidades excesivas hechas por el difunto. No pensó así el Tribunal de Agén, y, á nuestro juicio, resolvió con justificación. (2) No se trata de una acción de reducción propiamente dicha, porque se supone que la liberalidad en que consiste la mejora no excede la parte disponible; por contener nueva mejora la partición, permite la ley impugnarla, y así, la acción va dirigida contra la partición de ascendiente, no contra la donación; la acción es especial, tiene un objeto especial, y el efecto debe restringirse á ese objeto.

143. Según nuestra opinión, la acción abierta por la disposición del art. 1,079 no es de rescisión por daño, ni de reducción de disposiciones excesivas, sino una acción *sui generis*. (3) Los autores están vacilantes en lo que mira á la calificación de la acción. De ahí inconsecuencias inevitables; y también la jurisprudencia es poco lógica. Sólo M. Demolombe, contra su costumbre, se declara aquí por una

1 Riom, 25 de Abril de 1818 (Daloz, núm. 4,617, 2º). Caen, 31 de Enero de 1848 (Daloz, 1848, 2, 154). Denegada, 30 de Junio de 1852 (Daloz, 1854, 1, 434), 17 de Agosto de 1863 (Daloz, 1864, 1, 30), y 13 de Julio de 1869 (Daloz, 1871, 1, 171).

2 Agén, 14 de Mayo de 1851 (Daloz, 1851, 2, 230).

3 De Folleville, pág. 416, núm. 1,236. Compárese con Demolombe, t. 23, pág. 188, núm. 189 bis. Troplong, t. 2º, pág. 317, número 2,333. Réquier, pág. 385, núm. 211.

opinión absoluta, diciendo que la acción es absolutamente rescisoria. Troplong es obscuro, como en muchos puntos, la acción de reducción, dice, toma el aspecto de la de daño; tanto es así de daño como de reducción. Esto es imposible, puesto que una de las acciones tiende á anular la partición, mientras que la otra implica su mantenimiento. M. Réquier admite asimismo, que al mismo tiempo hay partición desigual y liberalidad que excede la parte disponible; lo cual no es exacto, puesto que puede no traspasar lo disponible la liberalidad, y, sin embargo, puede ser impugnada la partición si es desigual. ¿Por qué no confesar que la acción no lo es ni de rescisión por causa de daño, ni de reducción ordinaria? No tenemos más que leer la discusión del Consejo de Estado, para convencernos de que la acción se funda en una presunción de fraude contra la reserva; es, pues, una disposición absolutamente especial.

Núm. 2. Condiciones necesarias para que proceda la acción.

144. ¿Cuáles son las condiciones necesarias para que tenga lugar la acción que la segunda disposición del artículo 1,079 concede contra la partición? Es menester que uno de los hijos tenga una mejora mayor que la permitida por la ley (art. 1,079); si uno de los copartícipes no está mejorado en más de lo disponible, no puede impugnarse la partición, en virtud de la segunda disposición del artículo 1,079; en ese caso, no se toca la reserva, y en esto debe fundarse la impugnación. Pero no basta que se gaste la reserva para que se aplique el art. 1,079; es menester que la mejora excesiva resulte á la vez de la partición y de las disposiciones hechas por mejora en favor de uno de los copartícipes. La ley exige que el ascendiente haya mejorado á uno de sus hijos de dos modos, por la partición y por

otra liberalidad, y precisamente por esta doble mejora la ley concede una acción contra la partición. Vamos á ver las consecuencias que de aquí se siguen.

145. Si el ascendiente no otorgó liberalidad de mejora en favor de uno de los copartícipes, no procede la acción de reducción, aun cuando se consuma la reserva de uno de ellos por la partición, es decir, por la composición de los lotes. La presunción establecida por el art. 1,079 cesa entonces; no se estima que el ascendiente formó lotes desiguales para mejorar á uno de sus hijos con perjuicio del otro, porque falta una de las circunstancias en que funda la ley tal presunción; el ascendiente no hizo liberalidad directa al hijo que resulta mejorado en la partición, y con eso, la ley no presume ya que el ascendiente quiso mejorarle con perjuicio de otro. La partición de ascendiente queda en el derecho común; el padre pudo engañarse al formar los lotes, como los herederos ó los peritos se pueden engañar en una partición *ab intestato*. Mientras no suba al cuarto de su parte hereditaria el perjuicio que resulta de la partición para un hijo, la ley no tiene presente el daño; la partición es igual, con tal de que al hijo que salga desigualado le toquen las tres cuartas partes de la que habría debido tocarle en una partición igual; sólo cuando se le haya perjudicado en más de la cuarta parte, podrá pedir la rescisión por esa causa. (1)

Pero si, además de la ventaja indirecta que resulta de la partición, uno de los copartícipes recibe otra liberalidad, habrá lugar á la acción de reducción. El art. 1,079 no exige que esa liberalidad comprenda todo lo disponible, ni que se haga en el mismo instrumento en que parte sus bienes el ascendiente; basta que haya una disposición por mejora en favor del hijo mejorado por la repartición, enton-

1 Grenier, t. 3º, pág. 204, núm. 293. Orleáns, 27 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1858, 2, 78).

ces presume la ley que el ascendiente quiso defraudar la reserva, y concede, en consecuencia, la acción de reducción. (1)

146. Aplicando estos principios, se resolvió que si el ascendiente no hizo ninguna liberalidad de mejora, no tiene acción para pedir la reducción el hijo copartícipe que se queja de haberse consumido su reserva; no puede tener más acción que la de rescisión por daño, si se le perjudicó en más de una cuarta parte. La cuestión puede ser de importancia capital para el hijo. Este dejó transcurrir los diez años que le da el art. 1,304 para impugnar la partición entre vivos, y prescribió su acción rescisoria. Podría, sin embargo, pedir la reducción puesto que esta acción dura treinta años; pero no la tiene cuando no hay disposiciones de mejora. (2)

147. No basta que el ascendiente haya hecho una liberalidad mejoratoria, para que se aplique el art. 1,079; aun cuando resultara mejorado uno de los hijos en la formación de lotes, no tendría la acción de reducción del artículo 1,079, si no fué él á quien se hizo la donación. No hay presunción de fraude á la ley, y así, el caso queda siendo de derecho común; podrá impugnarse la donación si es excesiva, y atacarse la partición si hay daño mayor que el cuarto; pero el copartícipe dañado no tendrá la acción especial de aquel artículo. Tampoco procede esa acción cuando uno de los copartícipes, distinto del que resultó mejorado en la partición, fué á quien le tocó la liberalidad de mejora: no hay ya fundamento alguno para presumir el fraude, porque el donatario no fué mejorado por la partición, y el que lo fué no es donatario. Aquel de los hijos que tiene una parte desigual, no podrá quejarse si no excede la donación de la parte disponible ni se le perjudicó en

1 Aubry y Rau, t. 6º, págs. 239 y siguientes, y nota 30, pfo. 734.

2 Casación, 2 de Julio de 1866 (Daloz, 1866, 1, 389).

más de un cuarto por la partición; en ningún caso puede haber la acción de reducción creada por el art. 1,079. Con mayor razón no puede el hijo donatario por mejora, quejarse de la partición desigual, como no resulte de más de un cuarto la desigualdad. (1)

148. La liberalidad por mejora hecha á uno de los copartícipes no bastaría aun cuando excediera la parte disponible, para tener la acción establecida por el art. 1,079, sino que es necesario, además, que el hijo donatario sea mejorado por la partición. En ese caso, el hijo perjudicado tendrá la acción de reducción ordinaria si la donación pasa lo disponible, pero no tendrá ninguna de las acciones del art. 1,079; no puede pedir la rescisión, puesto que no se le perjudica por la partición; no tiene la acción por haberse tocado la reserva, puesto que el hijo donatario no resultó mejorado en la partición. Los copartícipes quedan bajo el dominio del derecho común y es inaplicable el artículo 1,079. (2) Por lo demás, el hijo que se queja de haber sido perjudicado en ese caso, no necesita acción excepcional; siendo igual la partición, si sufre algún perjuicio, es que será excepción la donación, que tocará la reserva; la acción de reducción de las donaciones que exceden á lo disponible, bastará para devolver á ese hijo la parte de su reserva de que indebidamente fué privado. (3)

149. En el fallo que acabamos de citar, la Sala de Casación declaró que sólo puede proceder el hijo cuya reserva se gastó. En efecto, la acción se funda en un perjuicio, y, por consiguiente, en una lesión, y sólo el perjudicado puede obrar; los demás herederos carecen absolutamente de

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 476, núm. 247 bis, 3º. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 240 y nota 32. Caen, 21 de Marzo de 1838 (Daloz, núm. 4.601).

2 Denegada, 20 de Diciembre de 1847, y el Informe del Consejero Mesnard (Daloz, 1848, 1, 14).

3 Denegada, 30 de Junio de 1852 (Daloz, 1854, 1, 434).

interés, á lo menos según nuestra opinión; subsiste la partición, se mantienen los lotes, y no hay otro con derecho para quejarse, que el hijo en cuyo perjuicio se hizo la doble mejora prevista por el art. 1,079; sólo él podrá impugnar la partición, probando que se confirmó su reserva por las disposiciones de mejora, junto con la que resulta de la forma de lotes.

Núm. 3. Duración de la acción.

150. La acción fundada en haberse tocado la reserva, no es acción de nulidad, conforme á la operación consagrada por la jurisprudencia. Sin embargo, por una inconsecuencia singular, los tribunales aplican á esa acción los principios de la rescisoria. Si la partición se hizo por donación, ¿será la prescripción de treinta años ó de diez? La cuestión está en saber si es aplicable el art. 1,304. A nuestro juicio, no lo es. Ese artículo establece una prescripción especial, excepcional para la acción de nulidad ó rescisión de un convenio; y para que se aplique, es menester uno en que uno de los contratantes pida la anulación ó la rescisión. La palabra "rescisoria," en el lenguaje del Código, es sinónima de nulidad; si se impugna un convenio sin pedir su anulación, no se está ya en el caso previsto por la excepción del art. 1,304, y, por consiguiente, se vuelve á la regla general del art. 2,262; la acción durará treinta años.

Tal es también el espíritu de la ley. La prescripción excepcional de diez años es una confirmación tácita y supone que el convenio está inficionado de un vicio que le hace ser nulo, en el sentido de que puede demandarse su nulidad; no obrando, pues, la parte contratante que tenía derecho de proceder á la nulidad, se reputa renunciado ese derecho y que se confirma el convenio. Ahora bien, la im-