

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-

pugnacion de que habla el art. 1,079 no es acción que tienda á anular la particion; no hay vicio que afecte á ésta se pide la reduccion de una mejora excesiva, pero esta mejora no resulta exclusivamente de la particion, sino también de una donacion de mejora, que puede ser ajena á la particion; sin embargo, el hijo mejorado conserva la donacion y su lote; sólo que deberá reparar el perjuicio que sufre el demandante por causa de la doble mejora que recibió el demandado. Desde que no se trata de una accion de nulidad, debe hacerse á un lado el art. 1,304. (1)

La doctrina y la jurisprudencia están divididas. Aplicándose el art. 1,304 se dice que la acción "rescisoria" comprende la acción de "reduccion," puesto que "rescindir" quiere decir no sólo anular, sino también suprimir. Respondemos que importa poco lo que signifique la palabra latina "rescindere," pues la cuestión se reduce á saber lo que el art. 1,304 entiende por la acción de rescisión; y la ley misma nos lo dice, sirviéndose indistintamente de las palabras "acción de nulidad" y "acción de rescisión;" por tanto, rescisión quiere decir nulidad y no reduccion. En vano es decir que la rescisión entraña una nulidad parcial lo cual nos lleva al texto del art. 1,304. Esto no es exacto; la donación y la particion subsisten; porque la donacion es válida en cuanto á que no excede á la parte disponible, y lo es también la particion, en cuanto á que no contiene el perjuicio mayor que un cuarto. ¿De qué se queja el demandante? De que su reserva fué gastada, y pide que se le complete. ¿Quiere esto decir que pida la reduccion? Nó, porque las donaciones se reducen cuando exceden de la parte disponible, y suponemos que no hubo tal exceso. Luego es simplemente una acción de indemnizacion. En su

1 Montpellier, 23 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 185). En el mismo sentido, Denegada de Casación, de Bélgica, 4 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 413). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 212, nota 39, pfo. 734. Réquier, pág. 430, núm. 239.

ma, no es el caso ni del espíritu ni de la letra del artículo 1,304. (1)

Objétase que si se hace á un lado el art. 1,304, se cae en una contradicción inexplicable. La acción de rescisión por causa de lesión no dura más que diez años, cuando se trata de una particion entre vivos; y se quiere que el que pide, no la nulidad, sino una simple reduccion de una mejora excesiva, tenga treinta años para proceder: ¿no es esto un absurdo? Respondemos que precisamente por no tratarse más que de una simple reduccion no hay para qué derogar la regla general de la prescripción de treinta años. Las acciones de nulidad reobran contra tercero y siembran la turbación á las relaciones civiles, lo cual es cierto, sobre todo en las particiones que arreglan los intereses de toda una familia. Era menester, pues, limitar la duración de esas acciones. Tal razón no existe ya cuando se impugna la particion sin pedir su rescisión; la acción es ordinaria, y así, es muy lógico que continúe bajo el dominio del derecho común.

151. Si la particion se hace por testamento, no hay motivo para aplicar la prescripción excepcional del art. 1,304. El texto supone un convenio, y el testamento no es convenio. Además, el art. 1,304 nunca es aplicable cuando un tercero es el que pide la nulidad de un convenio; con mayor razón no debe aplicarse cuando un tercero ataca un testamento. (2) Para apoyar la opinión contraria, se dan razones extrañas. La particion de ascendiente, dicen, es una verdadera particion de la herencia, tal como la habrían hecho los hijos á falta del ascendiente; mas si ellos mismos la hubiesen hecho, no duraría más que diez años

1 En sentido contrario, Dijón, 11 de Mayo de 1844; Denegada, 4 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 51 y siguientes), y 1º de Mayo de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 323). Compárese con Dalloz, núm. 4,645.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 242, nota 39, pfo. 734.

la acción de rescisión, y lo mismo debe suceder si la hace el ascendiente. El art. 1,076 responde á la objeción; la partición de ascendiente es siempre una partición, y, sin embargo, se rige, ora por los principios de las donaciones, ora por los de los testamentos (art. 1,076); esto prueba que es menester considerar el instrumento por el cual se hace la partición; no se pueden poner en la misma línea la donación, que es un contrato, y el testamento, que es un acto unilateral. Sin embargo, algún tribunal imaginó decir que la partición testamentaria, cuando se ejecuta sin reserva por los descendientes, pasa á su vista el estado de convenio. (1)

152. ¿Cuándo comienza á correr la prescripción? El caso no es dudoso cuando la partición es testamentaria; la partición no existe sino á la muerte del testador, y también á la del ascendiente es cuando se abre el derecho á la reserva; mas la acción se funda en haber tocado el testamento-partición la reserva. La partición entre vivos da lugar á la misma controversia por lo que hace á la acción de reducción que por lo que hace á la de rescisión. Conforme al fallo de 1845, la partición hecha por donación es distinta de la que puede todavía hacerse al morir el ascendiente; la herencia se reputa como abierta en el momento de la partición entre vivos, y partida definitivamente. Luego cualquiera acción contra la partición se abre inmediatamente, lo mismo la que mira á la reserva que la relativa á la rescisión por daño. Hemos admitido el principio del fallo Lassagni, descartando la exageración de las dos sucesiones y de los dos patrimonios del ascendiente. (2) En consecuencia, hemos enseñado que la acción rescisoria comienza desde que se perfecciona la partición. ¿Es menester

1 Genty, pág. 329. Lieja, 23 de Abril de 1846 (*Pasierisia*, 1847, 2, 222).

2 El fallo Lassagni y uno de Burdeos, de 31 de Mayo de 1846 (*Dalloz*, 1847, 2, 186).

ter aplicar la misma resolución á la acción de reducción abierta por la segunda disposición del art. 1,079? Se pretende obligar á ello, y hay fallos en ese sentido. Sin duda, si se admite que la sucesión se abre con la partición entre vivos, es menester admitir también la acción, por tocar la reserva la partición de una herencia anticipada. Pero si se desecha esa apertura de una herencia en vida del ascendiente, queda íntegra la cuestión de la prescripción, y debe resolverse conforme á la naturaleza particular de las acciones que se dirigen contra la partición. Si se trata de una acción de rescisión por causa de daño, nada obsta que se ejercite inmediatamente, puesto que no se trata más que de estimar los bienes comprendidos en la partición. No sucede lo mismo con la acción que se funda en haberse tocado la reserva. Para que se sepa si ésta fué consumida por haber excedido el disponible, es necesario que se conozca el monto de lo disponible y de la reserva; mas por el número de reservatarios que hay cuando se abre la herencia, se fija el monto de la parte disponible y de la reserva, y así, es menester, necesariamente, esperar que muera el ascendiente para determinar si la reserva está gastada y en cuánto excedió á lo disponible. De aquí se sigue que la acción no se abre sino á la muerte, ni comienza la prescripción sino hasta entonces.

Objétase que esto es ilógico; que la acción de reducción y la de rescisión, concedidas al hijo por un solo y mismo artículo, están sujetas por ende á la misma prescripción. El Tribunal de Montpellier respondió á esta objeción en un fallo muy bien motivado. Las dos acciones, dice, se diferencian esencialmente por su naturaleza y por su objeto. La rescisión ataca el instrumento para destruirle; si se declara la rescisión, extingue la partición, la herencia se halla indivisa, y há lugar á proceder á una nueva partición. Por el contrario, la acción de reducción no ataca el ins-

trumento sino para restringir sus efectos; la particion conserva toda su fuerza, salvo la reduccion debida á los reservatarios. Dos acciones tan distintas deben estar sujetas á distintas reglas. En vano dicen que la ley usa la misma palabra para calificarlas; la palabra "atacar" abraza en su generalidad todas las acciones que se pueden intentar contra un acto, sea para pedir que se anule, sea para modificar sus efectos. La accion concedida por la segunda disposicion, se funda en haberse tocado la reserva, y no se puede abrir sino cuando se abre la reserva, es decir, al morir el ascendiente. Podría decirse que la particion implica una apertura ficticia de la reserva; pero la ley no lleva la ficcion hasta allá, y sería imposible; hay que esperar la muerte del padre para saber cuántos hijos deja y calcular, por consiguiente, lo disponible y la reserva. Por tanto, forzosamente se llega á la época de la apertura de la herencia, por lo que mira á las acciones relativas á la reserva; lo cual resuelve la cuestion. (1)

153. Tal es hoy la opinion general consagrada por una jurisprudencia constante. (2) Todavía hay vacilacion respecto de la naturaleza de las dos acciones establecidas por el art. 1,079 para impugnar la particion. La jurisprudencia las confunde, y, por otra parte, las distingue, puesto que resuelve que la accion de rescision tiende á anular la particion, mientras que la relativa á la reserva tiene por único objeto reparar lo que se tocó de ésta. La Sala de Casacion invoca consideraciones morales, la autoridad del padre, el respeto que se le debe. Parécenos que se ha abusado de esas consideraciones; no vemos que la moral tenga nada qué hacer en este debate, en que se trata de un cálculo pa-

1 Montpellier, 23 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 1, 184).

2 Denegada, Sala Civil, 30 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 193). Casacion, 2 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 174), 31 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 53).

ra fijar lo disponible y la reserva. Si el padre se excedió de lo disponible, será impugnada la particion; ya lo sea al morir él ó vivo aún, ni en uno ni en otro caso respeta lo que hizo; hizo, después de todo, lo que no tenía derecho de hacer; por tanto, es una cuestion de derecho que agitan los hijos, y si lo pueden hacer después de muerto el ascendiente, sin faltar al respeto debido á su memoria, no se ve por qué no lo podrían hacer en vida. Es menester, pues, dejar á un lado la moral, y decir, con el Tribunal de Apelacion, que las cuestiones de reserva no se pueden resolver sino muerto el padre, cuando ya se sabe cuál es la importancia de aquélla. (1)

154. ¿Pueden ser atacadas por separado las particiones acumulativas hechas por los padres, por haber tocado la reserva, muerto uno de los ascendientes, y suponiendo que el difunto se haya excedido de la parte disponible? Varias ocasiones hemos dicho que nos parece indiscutible el derecho del hijo, puesto que éste recibe su reserva de la ley y que no la puede tocar el ascendiente. Ahora bien, ¿no sería tocarla impedir al hijo que reclamara un suplemento de reserva muerto el padre, si éste es quien no le deja la parte reservada por la ley? Se objeta la indivisibilidad de la particion; respondemos que los padres no tienen derecho de hacer una particion indivisible que quite á uno de sus hijos el derecho de reclamar su reserva completa al morir el supérstite. La opinion contraria domina en la jurisprudencia y en los autores. (2)

Núm. 4. Cómo se calcula la reduccion.

155. El art. 1,079 supone que uno de los copartícipes

1 Lyon, 30 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 57). Agén, 12 de Junio de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 240).

2 Agén, 28 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 8). Denegada, 6 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 101). Réquier, pág. 432, núm. 240