

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

recibió una ventaja mayor que la permitida por la ley; esto es decir que tal ventaja excede la parte disponible y que, por consiguiente, debe ser reducida. Pero ¿cómo saber si la ventaja es excesiva y en cuánto lo es á lo disponible? Es cuestión de reducción; por consiguiente, hay que aplicar el art. 922, que está concebido así: "La reducción se determina formando una masa de todos los bienes existentes al morir el donante ó el testador. Reúnense en ella ficticiamente aquellos de los cuales dispuso entre vivos, según su estado en la época de las donaciones y su valor al morir el donante. Calcúlase en todos esos bienes, deducidas las deudas, cuál es, en atención á la calidad de herederos que deja, la cantidad de que pudo disponer."

La aplicación de esta disposición á la reducción prevista por el art. 1,079 dió lugar á una dificultad que por mucho tiempo dividió á la jurisprudencia. ¿Es menester reunir ficticiamente á los bienes existentes al morir el ascendiente, los que partió entre vivos entre sus hijos? La Sala de Casacion comenzó por resolver que la cantidad disponible y la reserva debían calcularse, en el caso, sobre los bienes que el ascendiente poseía al morir. Fundábase en la irrevocabilidad de las particiones de ascendientes; saliendo íntegramente y para siempre, del patrimonio del ascendiente, los bienes comprendidos en ellas, no podían ya estar sujetas á cuenta, ni ficticia ni real. (1) Esta primitiva jurisprudencia desconocía el objeto de la cuenta ficticia prescrita por el art. 922. Para nada toca la irrevocabilidad de las donaciones-particiones, por ser el único objeto de la reunion ficticia de los bienes partidos á los existentes á la hora del fallecimiento, valuar el monto del patrimonio en que es necesario calcular lo disponible y la reserva. El error del Tribunal se debía á la doctrina que la Sala de Instancias había admitido desde luego, tocante á la

1 Denegada, 4 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 499).

particion entre vivos. Si se considera la particion de ascendiente como herencia distinta de la que se abre al morir el ascendiente, habrá dos sucesiones y, por tanto, dos reservas, dos partes disponibles; y quedando completamente extraña la segunda herencia á la primera, no se puede tratar ya de informe ficticio. Hemos dicho que la Sala Civil desechó esta doctrina; estando repudiado el principio, viene abajo la consecuencia, como en otro lugar hemos dicho. (1)

Hoy es de doctrina y de jurisprudencia que los bienes comprendidos en una particion de ascendiente hecha en forma de donacion entre vivos, deben referirse ficticiamente á la herencia del donante para calcular la parte disponible y la de la reserva. Aplícanse, pues, al caso previsto por el art. 1,079, las reglas que establece el 922; no hay más que una sucesión, no hay más que un patrimonio sobre el cual se calcule lo que el ascendiente pudo dar á uno de sus hijos. Si, además de lo disponible de que dispone en favor de uno de los coparticipes, le mejora por la repartición, há lugar á la reducción y, por consiguiente, á la aplicación del art. 922. Así lo declaró la Sala de Casacion en un caso en que había varios actos sucesivos de partición; sobre el resultado total de esos diversos actos debían calcularse las mejoras hechas á uno de los hijos para saber si estaba consumida la reserva de los demás. (2) También se resolvió que la particion hecha de sus bienes por la madre supérstite, acumulativamente con los que poseían ya los hijos pro indiviso, está sujeta á las reglas establecidas por el art. 922; esto casi no era dudoso, pues la partición de sus bienes personales hecha por la madre, no por eso constituía una donación, sujeta, como cualquiera otra, á la cuenta ficticia. (3)

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 120 á 121, números 72 y 73.

2 Casacion, 18 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 55).

3 Denegada, 24 de Abril de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 277).

Sin embargo, el ascendiente puede derogar el art. 922, declarando que lo disponible se arreglará conforme á los bienes que existan á su fallecimiento, sin tener en cuenta los comprendidos en la partición. El ascendiente renuncia por ello á una parte de su porción disponible, y es libre para hacerlo por disposiciones de mejora, como puede también despojar de una parte de su disponible, manifestando la voluntad de dejar los bienes partidos fuera del cálculo que se haga á su fallecimiento para establecer el monto de la parte disponible y de la reserva. (1)

156. ¿Es aplicable el art. 918 á la partición de ascendiente? Ese artículo comienza por establecer una presunción de liberalidad en lo que mira á las enajenaciones con cargo de pagar una renta vitalicia ó con la reserva del usufructo, cuando se hacen por el difunto á uno de sus herederos en línea recta. Después resuelve que se estiman hechas esas liberalidades con dispensa de cuenta; imputáseles á lo disponible, y sólo el excedente se lleva á la masa. Finalmente, la ley decide que la imputación y la cuenta no podrán pedirse por los herederos en línea recta que hubieren consentido en las enajenaciones; éstas se reputan, con respecto á ellos, como actos á título oneroso. Está resuelto que el art. 918 no es aplicable á la partición de ascendiente. Ordinariamente, se estipula en ellas que los hijos pagarán una renta vitalicia al ascendiente, ó que uno de los copartícipes les pasará una pensión, ó bien el padre se reserva el usufructo de una parte de los bienes comprendidos en la partición. Esas cláusulas nada tienen de común con el art. 918, que establece una serie de presunciones de estricta interpretación por su naturaleza. La ley tuvo en mira un contrato, al parecer oneroso, que se celebra entre el difunto y uno de sus herederos. Ahora bien, la partición de ascendiente es esencialmente una liberali-

1 Denegada, 24 de Abril de 1861 (Daloz, 1861, 1, 277).

dad, aun cuando se haya hecho con alguna carga, y esa liberalidad aprovecha á todos los hijos del donante y debe hacerse en favor de todos, so pena de que se declare no existente (art. 1,078). El art. 1,079 es, pues, ajeno al caso que reglamentó el legislador en el art. 918. En este sentido está la jurisprudencia, y no vemos en ello la menor duda. (1)

157. El art. 922 quiere que se valúen los bienes según su estado en la época de las donaciones y su valor al tiempo de morir el donante; ¿se aplica esta disposición al caso previsto por el art. 1,079? No cabe duda que sí; los autores y la jurisprudencia están de acuerdo. En esto, hay una diferencia entre la acción rescisoria por causa de daño y la que se funda en haberse tocado la reserva. Cuando se trata de daño, se discute mucho la cuestión de si deben valuarse los bienes en la época de la partición ó en la de la donación; nosotros hemos admitido, con la primitiva jurisprudencia de casación, que el avalúo se debe hacer según el valor que tenían los bienes á la hora de la donación. Si así sucede en caso de daño, ¿debe seguirse la misma regla en caso de que se toque la reserva? Nó, las dos acciones se diferencian esencialmente, aun cuando de ambas trate el Código, en un solo artículo. Cuando se impugna por daño la partición, se trata únicamente de ver si el ascendiente observó igualdad en la partición de sus bienes; y para el efecto, es menester atender al valor que tenían á la hora de la partición, porque en ese momento debe existir la igualdad entre los copartícipes; si en ese momento fueren iguales los lotes, deberá quedar la partición á cubierto de todo ataque. Absolutamente distinta es la cuestión, cuando la impugnación se funda en haberse to-

1 Montpellier, 23 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 184). Denegada, Sala Civil, 14 de Marzo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 173).

cado la reserva. Entonces se trata de saber si excede de la parte disponible la doble mejora hecha á uno de los copartícipes por el reparto de lotes y por la liberalidad de mejora. Ahora bien, esa parte debe fijarse conforme al valor que habría tenido el patrimonio del ascendiente, si éste no hubiese hecho ninguna disposición á título gratuito; en caso de donación, es menester, pues, reconstituir el patrimonio del ascendiente como si los bienes partidos hubieren quedado en su patrimonio; apreciarlos, por consiguiente, en el valor que tienen á su fallecimiento. Si, teniendo en consideración ese valor, se ve que hubo exceso en lo disponible, podrán pedir la reduccion los hijos cuya reserva se agotó. En vano el hijo mejorado diría que á la hora de la partición las mejoras que se le hicieron no excedían lo disponible, teniendo en cuenta el valor que entonces tenían los bienes; porque se le respondería que el donatario no recibe los bienes sino con la condición de pasar por una reduccion, si al morir el donante, excede la donacion lo disponible, porque los reservatarios tienen derecho á una parte de los bienes del difunto, según el valor que tienen éstos al abrirse su derecho, es decir, al morir el donante. (1)

Núm. 5. Objeto y efecto de la acción.

158. Otra diferencia hay, además, entre la accion rescisoria por daño y la de reduccion por tocar la reserva. Se pregunta si debe aplicarse á esta última accion la disposición del art. 891, que permite al demandado suspender el curso de la accion é impedir una nueva particion, ofrecien-

1 Réquier, págs. 407 y siguientes, núm. 226. Denegada, 18 de Febrero de 1851 (Daloz, 1851, 1 294). Casación, 24 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 1, 289), y 25 de Agosto de 1869 (Daloz, 1869, 1, 466). Hay un fallo contrario del Tribunal de Orleans, que confunde las dos acciones concedidas por el art. 1,079 (27 de Diciembre de 1856, Daloz, 1858, 2, 77).

do al demandante suplirle su parte hereditaria. Reina gran confusión en este punto entre los autores y la jurisprudencia. Es que no están de acuerdo ni sobre el objeto de la acción ni sobre sus efectos. Los que admiten que las dos acciones establecidas por el art. 891 son idénticas, que tienen por objeto anular la partición viciada por el daño, enseñan, naturalmente, que el art. 891 se aplica á ambas. (1) Pero no es tal la opinión consagrada por la jurisprudencia. Indudablemente, las dos acciones reconocen distinta causa; una se funda en una apreciación errónea del valor de los bienes, é implica un vicio de consentimiento y, por consiguiente, entraña la nulidad de la partición; la otra se funda en una presunción de fraude de la reserva, la cual se consume por una mejora excesiva que otorgó el ascendiente á uno de sus hijos; pero esa mejora tiene de particular que no resulta de una liberalidad, sino de una repartición desigual hecha en favor del hijo, que es donatario por mejora. Fundándose en una excesiva la acción, tiene por objeto y efecto reducir la parte del hijo que recibió mejora mayor que la permitida por la ley. ¿Es decir esto que sea una acción de reduccion? Nó, porque esa acción no se da sino contra la liberalidad excesiva, mientras que, en el caso del art. 1,079, se da la acción contra la partición, la cual es la que se impugna, como lo dice la ley. ¿Esa impugnación tiende á anular la partición? Nó, sino á restablecer la igualdad entre los copartícipes por la reduccion de las mejoras excesivas.

Si tal es el carácter de la acción absolutamente especial del art. 1,079, hay que concluir de ello que no es aplicable el 891. Esto resulta del texto mismo de la ley. El art. 891 supone que la acción tiende á anular la partición,

1 Genty, pág. 325. Bertand, *Cuestiones de Código Napoleón*, t. 2º (pág. 189, núm. 259). Réquier admite la aplicación del art. 891, aunque enseñando que la acción del art. 1,079 no es de nulidad (página 393, núm. 217).

dando al demandado el derecho de impedir tal anulación con ofrecer al demandante el suplemento de su parte hereditaria. Ahora bien, la acción del art. 1,079 no tiende á anular la partición; esto parece decisivo. Sin embargo, no queda resuelta la dificultad. Suprimiendo el art. 891, subsiste la cuestión de si el demandado no puede, conforme al derecho común, detener la acción ofreciendo al demandante lo que pide, que es la reparación de la desigualdad. ¿Tiene el demandante derecho de obtener el suplemento de su reserva en numerario? Si se tratase de una acción de reducción ordinaria, sería menester decir que el hijo tiene derecho á esa reserva en bienes hereditarios; de lo cual se seguiría que el demandado no puede detener el curso de la demanda indemizando con numerario al demandante. (1) Pero la acción no es de reducción propiamente dicha; ataca la partición, no la donación; el reparto es, pues, el que se debe modificar, y esto se consigue, ó con devolver el lote, ó con satisfacer una renta. Si el demandado ofrece al demandante esta última, su ofrecimiento es una verdadera aquiescencia á la demanda, la cual queda, por lo mismo, sin efecto.

159. ¿Puede el demandante oponer contra la demanda la excepción que resulta de la confirmación de la partición? También están confusas, acerca de esta cuestión, la doctrina y la jurisprudencia. Por lo regular, las particiones de ascendiente se ejecutan por los copartícipes; de ahí sus frecuentes discusiones sobre si la ejecución importa confirmación de la partición. Cuando se trata de una respecto de la cual se cree que tocó la reserva, hay una dificultad particular que parece no tomarse en consideración. La

1 Esta es la objeción de la Sala de Casación. Denegada, 17 de Agosto de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 29). Compárese con lo resuelto en Tolosa, 21 de Agosto de 1833 (Dalloz, núm. 4,260, 1º). Hay un fallo, en sentido contrario, del mismo Tribunal (11 de Junio de 1836, Dalloz, núm. 4,619).

confirmación supone una partición contra la cual admite la ley la acción de nulidad ó la de rescisión; implica, pues, que está viciada la partición, y su objeto es, precisamente, reparar aquel vicio, renunciando la acción de nulidad que de él resulta. Estos son los términos del art. 1,338. Para que tenga lugar la confirmación de una partición, es menester, pues, que el instrumento esté viciado y sea nulo por razón de ese vicio. Mas la partición que toca la reserva no está viciada, pues no da lugar á una acción de nulidad; tal es, á lo menos, la jurisprudencia, y tal la opinión que hemos seguido. Admitida, no puede haber ya duda acerca de la confirmación; ¿cómo hacer desaparecer un vicio que no hay? ¿cómo renunciar una acción de nulidad cuando no hay éste? Indudablemente el copartícipe cuya reserva se consume, puede renunciar el derecho que tiene para impugnar la partición; pero esta renuncia no es una confirmación, y, por consiguiente, no está sujeta á las reglas de la confirmación, quedando bajo el dominio del derecho común.

¿Puede renunciar el copartícipe su derecho en vida del ascendiente? No, y no cabe duda, sea cual fuere la opinión que se profese acerca de la materia de la acción. El derecho de proceder no comienza sino con la muerte; y no se puede renunciar una acción antes que ella nazca. Este principio basta para resolver la dificultad. (1) Según la opinión que acabamos de enunciar, es más evidente aún la solución. Se trata de la reserva, es decir, de la herencia del ascendiente, y no se puede celebrar ningún convenio acerca de una herencia que todavía no se abre; toda renuncia á la reserva ó á un suplemento de reserva, está, pues, atacada de nulidad radical.

El copartícipe no puede renunciar su derecho sino muerto el ascendiente. Si renuncia de una manera expresa y se

1 Réquier, págs. 437 y siguientes.

presenta un escrito de esa renuncia, ¿será menester que dicho documento esté redactado conforme al art. 1,338? Nó, porque no es un documento confirmativo, sino una simple renuncia, y las renunciaciones no están sujetas á las reglas especiales y excepcionales del art. 1,338. Volveremos á este asunto en el título "De las Obligaciones."

¿Puede renunciar tácitamente el copartícipe su acción? Generalmente, la renuncia tácita equivale á la expresa, puesto que es una manifestación de voluntad, y el consentimiento puede manifestarse con actos, lo mismo que con palabras y con escritos. Pero ¿basta para que haya renuncia la ejecución de la partición? Nó, aun cuando en el momento de la ejecución haya conocido el copartícipe que la partición tocó la reserva; y la razón de ello es clara y decisiva. La partición subsiste, aun cuando uno de los hijos haya recibido una mejora mayor que la permitida legalmente, porque la acción no es de nulidad. Y si se mantienen los lotes, deben, naturalmente, ejecutarse. El demandante conserva el suyo, y sólo pide que se le complete; y recibir su lote no implica la voluntad de renunciar que se le complete. (1)

Admitiendo, como admite la jurisprudencia, que no es nula la partición, supone que hay confirmación cuando renuncia el copartícipe su derecho. De ahí la incoherencia de las resoluciones. El Tribunal de Caen declaró muy bien que la ejecución de la partición no engendra una excepción contra los copartícipes cuya reserva se agotó; aun cuando anunciaran ellos con la posible formalidad la voluntad de guardar los lotes que les tocaran, no resultaría de ahí que hubiesen renunciado á exigir el suplemento al cual tienen derecho para completar su reserva. (2) Esto es muy cierto, pero si así sucede no hay que hablar ya de

1 Compárese con Aubry y Rau, t. 6º, pág. 242, y nota 36, pfo. 734.
2 Caen, 31 de Enero de 1848 (Daloz, 1848, 2, 154).

confirmación, ni de la prescripción del art. 1,304, que no es más que confirmación tácita. (1) Sin embargo, la Sala de Casación habla de confirmación, é invoca los principios que la rigen. (2) La confusión nos parece evidente.

1 Compárese con lo resuelto en Montpellier, á 23 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1874, 2, 184).

2 Denegada, Sala Civil, 14 de Marzo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 173) Compárese con el fallo de Casación, 11 de Junio de 1872 (Daloz, 1872, 1, 452).