de su parte indivisa, ó que dispongan en condiciones ventajosas. Y la ley no debe multiplicar los obstáculos.

Se ha fallado, por otra parte, que el remate es siempre una venta desde el momento en que se admiten extraños, aun cuando un coheredero fuese el adjudicatario; lo que conduce á la consecuencia de que los derechos reales consentidos durante la indivisión, son mantenidos como si lo estuvieran en derecho romano. El remate, dice la corte de Tolosa, no puede asimilarse á la partición sino cuando tiene lugar entre coherederos; desde el momente en que concurre un extraño, ya no es partición; porque el concurso de un extraño es una partición no concebible. (1) Sin duda que sí, pero un coheredero es adjudicatario, el remate tiene lugar realmente entre coherederos; y entonces ¿qué importa que un extraño haya asistido si en definitiva no concurre? Hay un argumento decisivo en contra de la doctrina de Tolosa, y es la tradición; el texto del art. 883 la consagra al decidir que el principio de la partición declarativa se aplica al remate, cuando un efecto de la sucesión toca á un heredero sobre licitación. La jurisprudencia se ha pronunciado en tal sentido.

¿Qué debe decidirse si la adjudicación se hace en parte á un tercero, en parte á un heredero? Se ha fallado que respecto del heredero adjudicatario, se debía aplicar el principio de la partición declarativa, y que el remate se consideraría como una venta respecto del adjudicatario extraño; de suerte que el lote del heredero quedaría libre de todo gravamen contraído durante la indivisión, mientras que subsistirían todos los gravámenes sobre el lote adjudicado al tercero. (2) Esta decisión es una aplicación muy jurídica del principio del art. 883. Es una ficción que no debe aprovechar sino á aquellos por cuyo interés se ha

1 Tolosa, 21 de Febrero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 94).
2 Donai, 25 de Julio de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 185).

establecido, pero que siempre debe aprovecharlos; por lo mismo, el heredero puede invocarla, por más que haya un extraño colicitante; en cambio, el extraño no puede prevalerse de ella, porque, á su respecto, el remate no podría ser una partición; para esto se necesitaría una extensión de la ficción. Esto equivale á decir que se necesitaría una ficción nueva, y el legislador es el único que puede crear ficciones.

400. Cuando la licitación es una venta, se presenta una dificultad en la aplicación. Es un tercero el que se constituye adjudicatario; luego todos los herederos son vendedores. ¿Acaso cada uno de ellos es vendedor por su parte hereditaria? ¿ó la venta se efectúa en provecho de la masa? En principio, cuando hay varios vendedores, sus derechos se dividen, pero esto supone que un derecho de propiedad está dividido; y el remate se verifica durante la indivisión. Demante propone una distinción. Cuando los derechos de los copropietarios sobre el inmueble rematado estuvieren liquidados y determinados al hacerse la venta, cada uno de ellos es vendedor, por aplicación del principio general que acabamos de recordar. De donde se sigue que cada uno de ellos será acreedor, por su parte, de una porción determinada del precio, y que el inmueble vendido estará también afectado por esta parte á los privilegios ó hipotecas que existen sobre el inmueble rematado, por el capítulo de cada uno de los coherederos. Hay sentencias que así lo deciden en términos generales. (1) Demante dice que si el remate no es más que una operación preliminar de la partición, que tiende á facilitar la liquidación, hay que considerar la venta como hecha en provecho de la masa; en esta opinión, la partición determinará cuál de los copartícipes se reputará vendedor: él sólo será el acreedor

1 Orleáns, 7 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1849, 1, 329) y Donai, 25 de Julio de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 185).

del precio, y las hipotecas ó privilegios procedentes de nu capítulo serán los únicos que se mantengan. (1) Este nos parece dudoso. La partición no puede tener efecto sobre la venta consentida durante la indivisión. Por el remate, el inmueble rematado cesa de pertenecer á los coherederos, y ya no tiene derecho más que al precio. No estando incluido el inmueble en la masa divisible, no comprendemos cómo había de ponerse en el lote de uno de los herederos. Hay, pues, que atenerse á los principios generales. En realidad, cada uno de los herederos es vendedor; luego cada uno de ellos debe tener los derechos que se derivan de la venta.

401. ¿El principio de la partición declarativa se aplica á la sucesión beneficiaria? Hay alguna vacilación sobre esta cuestión en la jurisprudencia. La corte de casación ha fallado primero que el art. 883 no es aplicable á la sucesión hereditaria, porque como la liquidación de esta sucesión se hace por interés común de acreedores y herederos, el adjudicatario, aunque sea uno de los herederos, no se torna propietario sino como un adquirente extraño, al decidir del precio hacia la herencia; de aquí concluía la corte que había lugar á aplicar todos los principios que rigen la venta, y que, por consiguiente, el heredero adjudicatario podrá ser perseguido por vía de puja insensata. (2) La corte de casación ha corregido esta jurisprudencia (3) y esta última opinión es la que ha prevalecido; universalmente se admite que no hay que distinguir, para la aplicación del art. 883, entre los herederos beneficiarios y los herederos lisos y llanos. (4) No vemos en ello la menor

1 Demante, t. 3º, pág. 357, núm. 225 *bis* 4º, seguido por Demolombe, t. 17, pág. 326, núm. 273.
2 Denegada, de 27 de Mayo de 1835 (Dalloz *Sucesión*, núme. 2126, 2º)
3 Casación, 12 de Agosto de 1839 (Dalloz, *Registro*, núm. 6024, 1º)
4 Burdeos, 22 de Marzo de 1834 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2195).

duda. El art. 883 está concebido en términos generales; no distingue entre los herederos lisos y llanos y los beneficiarios, y ni había lugar á distinguir. El beneficio de inventario en nada cambia las relaciones de los herederos entre sí, todos son copropietarios, todos comparten con el mismo título; luego lo que es una partición respecto de los herederos lisos y llanos, es también una partición respecto de los herederos beneficiarios; y ¿por qué la partición había de tener otro efecto respecto de unos que respecto de los demás?

402. El principio del art. 883 es general, se aplica á toda partición hecha entre comunistas. Esto es de toda evidencia para la partición de la comunidad entre cónyuges; el art. 1476 dice en términos formales que la partición de la comunidad, en lo que concierne á los *efectos de la partición*, está en todo sometida á las reglas establecidas en el título de las *Sucesiones*. El art. 1872 contiene una disposición análoga para la partición de las sociedades. Se ha fallado que el art. 883 es aplicable entre todo género de comunistas. Una fábrica de hilados había sido, en su origen, la copropiedad de tres indivisarios; uno de ellos adquirió la parte de los otros dos. Cayó en quiebra. Su mujer pretendió que su hipoteca legal se extendía á toda la fábrica, estando considerado su mando para el efecto del remate, como habiendo tenido siempre la propiedad exclusiva de aquel inmueble. Los acreedores objetaron que el art. 883 era un beneficio particular á los herederos, que como simples comunistas no podían invocarlo. Se ha fallado que el principio de la partición declarativa es una regla aplicable á toda partición. (1) Se podría objetar que las ficciones no se extienden. Los arts. 1476 y 1872 son una respuesta

Nimes, 6 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1871, 2, 23 y la nota). Duranc, *De la partición*, núm. 548, pág. 586.
1 Grenoble, 28 de Agosto de 1847 (Daloz, 1848, 2, 137).

á la objeción; prueban ellos que el principio, aunque fundado en una ficción, está considerado por la ley como una regla general. En efecto, los motivos por los cuales el legislador ha consagrado este principio tradicional, se aplican á toda partición: no se concebiría que la partición fuese declarativa de propiedad entre herederos, entre cónyuges y entre asociados, siendo atributiva de propiedad entre comunistas.

La jurisprudencia se halla en ese sentido, tanto como la doctrina. Se ha fallado que el art. 883 se aplica entre coadquirentes por indiviso de un inmueble, (1) y la corte de casación ha hecho la aplicación del principio á las hipotecas consentidas durante la indivisión por uno de los copropietarios; si, por efecto de la partición ó del remate, el inmueble recae en otro copropietario, la hipoteca cae por haber sido consentida por quien jamás tuvo la propiedad del inmueble. (2) Pero para que haya lugar á la aplicación del art. 883, se necesita que haya copropiedad, es decir, que una sola y misma cosa pertenezca por indiviso á varias personas. Cuando no hay indivisión, no hay lugar á la partición; por lo mismo, es imposible invocar un principio que no reuna los efectos de la partición. La mujer lega el usufructo de una parte alícuota de sus bienes á su marido; los hijos son nudos propietarios: ¿hay indivisión entre los nudos propietarios y el usufructuario? Evidentemente que nó, porque son dos derechos distintos, independientes uno de otro; el usufructuario no tiene ningún derecho en la nuda propiedad, y el nudo propietario no tiene ningún derecho en el usufructo; supuesto que nada de común hay entre ellos, no puede tratarse ni de indivisión ni de partición. El art. 883 está, pues, fuera de la cuestión. Síguese de aquí que la inscripción tomada sobre el

1 Grenoble, 12 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 186).
2 Denegada, de 28 de Abril de 1846 (Dalloz, *Sucesión*, número 2135, 2°).

usufructo por los acreedores del usufructuario, subsitse, no obstante toda partición por la cual los nudos propietarios hubiesen adquirido la propiedad exclusiva de los inmuebles gravados de usufructo; esta pretendida partición es una venta, y la venta deja subsistir las hipotecas consentidas por el vendedor. (1)

¿Se necesita, además, que la copropiedad de los diversos propietarios proceda de un título común existente anteriormente á la adquisición que hace uno de ellos de la parte indivisa de su copropietario? La afirmativa se ha fallado en el caso siguiente. Un tercero adquiere los derechos de varios indivisarios, y en seguida se vuelve adquirente de la parte del solo indivisario que queda. La corte de Donai ha fallado que no había lugar á aplicar el principio del art. 883. (2) ¿No es esto sobrepasar la ley, exigiendo una condición que ningún texto prescribe? La corte de casación así lo ha fallado, y con razón, á nuestro juicio. Un tercero compra los derechos succesivos de uno de los herederos; en seguida se hace adjudicatario sobre remate de un inmueble hereditario; este inmueble había sido gravado con hipotecas por los otros herederos. El adjudicatario pretendió que estas hipotecas caían por haber sido consentidas por personas que se tomaban por no haber tenido nunca la propiedad de los inmuebles hipotecados. Esta pretensión fué acogida por la corte. Ella parte del principio de que ninguna disposición de la ley exige que los que posean un inmueble por indiviso sean copropietarios, para que el art. 883 reciba su aplicación. ¿Acaso el espíritu de la ley exige esta distinción? Las ficciones se escapan al intérprete, que no puede ni extenderlas ni restringirlas. Luego no puede decirse: los herederos son co-

1 Denegada, 6 de Agosto de 1822 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2137) Compárese Bruselas, 24 de Julio de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 379).
2 Donai, 2 de Mayo de 1848 (Dalloz, 1849, 2, 184).

propietarios con el mismo título; luego lo mismo debe ser de los comunistas. Esto equivaldría á restringir la ficción. La ley no considera más que una sola cosa, el hecho que varias personas están en la indivisión, ni investigar la causa que origina este estado. Las causas pueden ser diversas; poco importa: esto no impide que la indivisión exista con todos sus efectos. Apliquemos estos principios al caso que se ha presentado ante la corte de casación. Cuando un heredero vende sus derechos, el cesionario ocupa el lugar del cedente, le sucede en todos sus derechos; luego puede pedir la partición, como el cedente habría podido hacerlo. Si la partición se hace en especie, el cesionario puede invocar el principio de la partición declarativa: el espíritu de la ley lo quiere y el texto no se opone á ello. Si no se aplicara el art. 883 al cesionario, las hipotecas establecidas durante la indivisión sobre los bienes recaídos en su lote serían mantenidas, mientras que las cargas que gravan los inmuebles puestos en el lote de los herederos se desvanecerían. Esto, dice la corte, es contrario á la igualdad que debe reinar entre comunistas; ahora bien, el cesionario se ha hecho comunista, luego debe aprovecharse del principio consagrado por el art. 883. (1)

II. Consecuencia del principio.

1. Constitución de derechos reales.

403. Los copropietarios por indiviso pueden, durante la indivisión, consentir derechos reales sobre la cosa que les pertenece indivisamente; pero la validez de tales concesiones está subordinada á la partición. Si el inmueble cae en el lote del que ha consentido el derecho real, la constitución será válida, porque se considera que él ha

1 Denegada de la sala de lo civil, de 27 de Enero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 5). Compárese Demolombe, t. 17, pág. 351, núm. 289.

sido siempre propietario del predio, mientras que será nula la constitución si el inmueble cae en el lote de uno de sus coherederos, porque se considera que él no ha sido nunca propietario. Esto no es más que la aplicación elemental del principio consagrado por el art. 883. La jurisprudencia lo aplica á las servidumbres. (1) En cuanto á las hipotecas, déjase entender que están regidas por el art. 883, supuesto que con motivo de las hipotecas es por lo que el legislador ha consagrado el principio de la partición declarativa. La corte de Rouen ha hecho la aplicación de la regla en un caso en que había motivo para dudar. Los mismos herederos eran llamados á dos sucesiones diversas; ellos confundieron los bienes en una sola y misma masa, de la cual hicieron después la partición. Durante la indivisión, se establecieron algunas hipotecas sobre bienes dependientes de las sucesiones. La partición puso en el lote del heredero que había concedido dichas hipotecas algunos bienes dependientes de la otra herencia. El acreedor hipotecario negó la validez de la partición, por cuya causa él perdía su hipoteca. Se falló que la partición era válida. (2) Un primer punto sí es cierto: los herederos tenían el derecho de confundir las dos sucesiones en una sola masa (núm. 292). No era esta confusión lo que había hecho caer á la hipoteca, sino la partición que había puesto los inmuebles hipotecados en el lote de otro heredero que el que había consentido las hipotecas. Para impedir que la partición se haga con perjuicio de los acreedores es por lo que el art. 882 les da derecho para que intervengan en ella; si no formulan oposición, no pueden atacar la partición; ahora bien, en el caso de que se trata, el acreedor no había formulado oposición; por lo mismo él no tenía el derecho de atacarla. En vano se invocaba el

1 Limoges, 23 de Junio de 1858 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2088).
2 Rouen, 17 de Enero de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 97).

fraude; no había fraude, supuesto que los lotes se habían sorteado, y aun el acreedor figuraba en la partición como curador de uno de los copartícipes, lo que alejaba toda sospecha de un concierto fraudulento. Por otra parte, no habiendo hecho oposición, el acreedor ni siquiera podía atacar la partición por haber sido hecha con fraude de sus derechos; el art. 882 es formal.

404. Cuando el inmueble hipotecado durante la indivisión cae en el lote del heredero que ha concedido la hipoteca ¿ésta pesa sobre todo el inmueble? La decisión de la cuestión depende de los términos en los cuales se ha consentido la hipoteca. Si el heredero ha hipotecado el inmueble indiviso, ó todos los inmuebles indivisos, no hay duda alguna; en este caso ha querido hipotecar todo el inmueble, y como el inmueble cae en su lote, él ha tenido el derecho de hipotecarlo por el todo, lo que es decisivo.

Pero si el heredero no ha hipotecado el inmueble sino por la parte que le pertenece, en una mitad, por ejemplo, la hipoteca no gravará al inmueble sino por esa parte. La corte de París había decidido que la hipoteca se extendía sobre todo el inmueble, porque, en virtud del art. 883, se consideraba que el concedente había tenido siempre la propiedad de ese inmueble. Sin duda que sí, ¿pero acaso el propietario no puede establecer una hipoteca sobre una porción del inmueble? Esto era lo que en el presente caso, había hecho el heredero al hipotecar el predio por su porción. Luego la hipoteca era parcial, porque tal era la voluntad de las partes contrayentes; el art. 883 nada tiene que ver con esta cuestión. Intentado el recurso, fué casada la sentencia de la corte de París. (1)

1 Durantón, t. 7°, pág. 708, núm. 521, seguido por todos los autores (véase Dalloz, *Sucesión*, núm. 2087, y Demolombe, t. 17, página 400, núm. 321).

2. Enajenación.

405. Los copropietarios por indiviso pueden enajenar así como pueden conceder derechos reales sobre la cosa que poseen en común. ¿Cuál será el efecto de la enajenación? La enajenación total, lo mismo que la parcial, está subordinada al resultado de la partición. Luego si el inmueble no cae en el lote del heredero vendedor, la enajenación cae por haber sido hecha por quien jamás había tenido la propiedad de la cosa. Se ha negado esta consecuencia que resulta del principio establecido por el artículo 883. La venta, se dice, es válida como hecha por el propietario; luego la cosa no pertenece ya en común á los coherederos y al que ha vendido su parte, y en lo de adelante es indivisa entre ellos y el comprador. Tal es la decisión de una ley romana. De aquí se ha concluido que el inmueble vendido no puede ser incluido en la partición entre los coherederos, que debe dividirse entre el adquirente y los coherederos del vendedor. (1) Esta opinión ha quedado aislada, porque afirma lo que debe probarse. En efecto, se empieza por decir que la venta es válida, y precisamente esta es la cuestión; ahora bien, ella está resuelta por los términos generales del art. 883. ¿Acaso el que no es propietario puede vender? Pues bien, la ley dice que al heredero vendedor se le considera como que nunca ha sido propietario, lo que es decisivo. Verdad es que las enajenaciones, si fueran mantenidas, no tendrían para los coherederos del vendedor los mismos inconvenientes que las hipotecas, no darían lugar á acciones recursorias. Así, pues, el legislador habría debido mantenerlas, á fin de asegurar la estabilidad de las propiedades. Pero para esto habría sido necesario establecer una excepción á la regla general del art. 883. El intéprete no puede, ciertamente,

1 Ferry, en la *Themis*, t. 8°, págs. 49 y siguientes.

crear una excepción, puesto que eso sería derogar la ley, y el legislador tenía buenas razones para no hacerlo. En primer lugar, al validar la venta habría obligado á los herederos á hacer dos particiones. En seguida, la partición entre coherederos se basa en esta regla fundamental que cada uno de ellos tiene derecho á su parte en especie; la enajenación de un inmueble podría hacer imposible la aplicación de esta regla. Así es que el legislador ha hecho bien en garantir ante todo los derechos de los copropietarios. (1)

Hay una opinión del todo contraria, según la cual la venta hecha por un heredero durante la indivisión sería nula, como venta de cosa ajena. Así lo ha fallado la corte de Bastia. (2) Nos parece que el error es palpable. En tanto que dure la indivisión, cada uno de los coherederos tiene un derecho indiviso sobre toda la herencia; y ¿cómo el que es copropietario de lo que vende, había de vender la cosa ajena? No habrá venta de la cosa ajena sino cuando, por el efecto de la partición, la cosa no caiga en el lote del vendedor. Hasta entonces la suerte de la venta permanecerá en suspenso. La cosa, aunque vendida, estará incluida en la partición, supuesto que el vendedor no ha podido despojar á sus coherederos de su derecho de copropiedad, y la partición resolverá si se mantendrá ó no la venta. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. (3)

Se ha presentado un caso en el cual hay una ligera duda. Uno de los herederos había recibido en dinero, y durante la indivisión, una parte más considerable que la que le tocaba; vendió su parte eventual en los inmuebles. Sus

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 553, núm. 788; Demante, t. 3°, pág. 358, núm. 225 *bis*; Mourlon, *Repeticiones*, t. 2°, página 204, nota, según Valette; Demolombe, t. 17, pág. 377, núm. 306.
2 Bastia, 18 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 305).
3 Burdeos, 11 de Junio de 1857 (Dalloz, 1859, 5, 389).

coherederos sostuvieron que él no tenía ya derecho á vender, porque había recibido más allá de su porción hereditaria. La corte de Nancy falló muy bien que el heredero era deudor hacia la masa, del dinero que había percibido antes de la partición; pero que esto no le impedía ser copropietario; luego tenía el derecho de vender, salvo las eventualidades de la partición. (1)

406. ¿Qué debe resolverse si todos los herederos venden un inmueble durante la indivisión? Se supone que los acreedores de los herederos han tomado inscripción sobre el inmueble vendido. Se ha fallado que el precio substituye al inmueble; de esto, la sentencia concluye que al heredero que tiene el precio en su lote se le considera como que siempre ha sido propietario del inmueble; en consecuencia, las inscripciones tomadas por los otros herederos, caen por el efecto de la partición. (2) Esta decisión nos parece muy dudosa. Cuando los herederos venden un inmueble, el precio se pone en la masa y se confunde con los demás bienes que son objeto de la partición. En ninguna parte se dice que el precio de los bienes vendidos sea subrogado en estos bienes y que tome su naturaleza. ¿No se necesitaría un texto para establecer esta subrogación? Hay otra objeción que nos parece perentoria. Cuando se remata un inmueble y un extraño se constituye adjudicatario, hay venta, pero no partición; en consecuencia, no es aplicable el art. 883. Lo mismo debe ser cuando los coherederos venden poco á poco; la venta deja subsistir las hipotecas consentidas por el vendedor.

Una segunda sentencia pronunciada por la misma corte, en un caso idéntico, advierte que las hipotecas subsisten cuando la venta ha atribuido á cada uno de los herederos vendedores una parte en el precio; en este caso, cada uno

1 Nancy, 8 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1855, 5, 464).
2 Grenoble, 2 de Junio de 1863 (Dalloz, 1864, 2, 100).