extraños al remate, porque no es la presencia de éstos lo que determina la índole del acto, sino que habría que decir, lo que es un absurdo, que el remate es siempre una venta cuando están interesados menores, porque en este caso, los extraños sí deben ser admitidos (art. 839). Si es un heredero el que se constituye adjudicatario, estamos entonces en los términos y en el espíritu del art. 883; por lo tanto, caen las hipotecas establecidas durante la indivisión. (1)

Se objeta que el art. 883 debe aplicarse únicamente á las relaciones de los comunistas entre sí. La corte de Lyon contesta que la ley no hace esa distinción, y que no es permitido distinguir cuando la ley no lo hace. Esto sería, añade la sentencia, modificar los efectos de la hipoteca, manteniéndola en cuanto al derecho de preferencia, en interés del acreedor, y anulándola en cuanto al derecho de persecución, en interés de los coherederos. La corte dice que esta división de los efectos de la hipoteca sería contraria á la indivisibilidad de la hipoteca. (2) Esto no nos parece exacto. La indivisibilidad de la hipoteca no tiene la significación que la corte le atribuye; no por ello es menos jurídica su decisión. La hipoteca cae por haber sido constituida por un nopropietario, y naturalmente cae por el todo: ¿se concibe que el nopropietario tenga el derecho de consentir una hipoteca que da al acreedor un derecho de preferencia? Se ha recurrido á otro medio para llegar al mismo resultado, á efecto de mantener á los acreedores el beneficio de garantía hipotecaria que les fué concedido durante la indivisión. No sería justo, dice la corte de Aix, que estos acreedores estuvieran privados de un derecho respecto de los acreedores quirografarios, por causa de una disposición que tiene únicamente por objeto

1 Lyon, 14 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 544).
2 Lyon, 14 de Febrero de 1853, segundo caso Dalloz, 1854, 5, 545.

poner á los herederos al abrigo de las acciones recursorias; luego si el precio del inmueble rematado no se ha pagado todavía, nada impide colocar á los acreedores hipotecarios antes de los quirografarios, porque, á su respecto, el precio representa la cosa. (1) ¿Y si fuéramos á preguntar á la corte de Aix en dónde halló esta singular subrogación? Nuestra ley hipotecaria la establece en un caso especial (artículo 48), pero es esta una disposición del todo exorbitante del derecho común. Cuando la hipoteca es nula, no puede producir ningún efecto; y es nula en el caso previsto por el art. 833: ¿cómo había de haber un derecho de preferencia resultante de una hipoteca, cuando no hay hipoteca? La corte de Aix se ha equivocado en derecho; pero tiene razón bajo el punto de vista de la equidad. Su opinión ha sido consagrada por la ley belga de 15 de Agosto de 1854, cuyo art. 2 contiene una disposición análoga á la ley hipotecaria: "en caso de licitación, ya sea quien fuere el adquirente distinto del colicitante, cuya parte indivisa se hallaba gravada con hipoteca, el derecho del acreedor hipotecario será llevado á la parte del deudor en el precio."

420. Cuando la adjudicación tiene lugar en provecho de un extraño, ya no es una partición sino una venta (número 399). En este caso, no se aplica el principio del ar- 883; el adjudicatario no es un copartícipe, sino un comprador; y la venta deja subsistir las hipotecas establecidas en la cosa vendida. Luego el adjudicatario podrá ser despojado; él tendrá expedito su recurso contra los herederos vendedores. (2) Por ese lado, los herederos tienen contra él el privilegio que corresponde al vendedor para el pago

1 Aix, 23 de Enero de 1835 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2092). En sentido contrario, Demolombe, t. 17, pág. 398, núm. 320.
2 Durantón, t. 7°, pág. 707, núm. 520; Demante, t. 3°, pág. 357, núm. 225 *bis* 4°; Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, pág. 556, número 790.

del precio; mientras que si un heredero se hubiese vuelto adjudicatario, habría que aplicar los principios que rigen la partición; los copartícipes tendrían el privilegio que la ley les concede en caso de remate (art. 2123, ley belga, artículo 27); pero no podrían promover resolución (número 412; (1) del mismo modo, el adjudicatario despojado tendría un recurso de garantía contra sus coherederos, pero no podría pedir la resolución de la venta.

421. La resolución da lugar á algunas dificultades. Cuando un adjudicatario sobre licitación no paga el precio, los licitantes pueden entablar contra él la reventa, es decir, la resolución de la venta por falta de pago del precio. Se pregunta si el heredero adjudicatario puede ser perseguido por pujas insensatas. La negativa es clara, puesto que el heredero no es comprador, sino copartícipe; ahora bien, la partición no está sometida á la acción resolutoria. (2) ¿Pero qué debe decidirse si el cuaderno de las cargas estipula el derecho de puja insensata? Más adelante dirémos que la condición resolutoria puede estipularse en las particiones; luego puede serlo también en una licitación; las partes pueden hacer, en principio, los convenios que juzguen convenientes, con tal que no tengan nada contrario al orden público; ahora bien, la condición resolutoria es de interés privado, y esto decide la cuestión. Sólo que, como en principio, la partición no está sometida á la condición resolutoria, se necesitaría una cláusula expresa para que los colicitantes pudieran ejercer el derecho de insensata fortuna. Una cláusula general que somete al adjudicatario á la puja insensata es suficiente para que los herederos adjudicatarios puedan ser perseguidos como insensatos postores; la cláusula sería inútil en cuanto á los

1 Nancy, 27 de Julio de 1838 (Dalloz, en la palabra *Sucesión*, número 2096). París, 15 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 334).
2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4°, pág. 402; nota 17. Casación, 14 de Mayo de 1833 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2095).

extraños, porque á su respecto la resolución es de derecho; luego se necesita suponer que se estipuló contra los herederos adjudicatarios. (1) Pero los tribunales no podrían inferir el derecho de puja insensata por vía de inducción; ésta sería una cláusula tácita, y la cláusula debe ser expresa. (2) En los casos en que la licitación es una venta, se subentiende que los licitantes tienen la acción de resolución, y por consiguiente, el derecho de perseguir al adjudicatario por vía de puja insensata. Lo mismo sería de todo acto que, según la jurisprudencia, se asimile á una venta, porque no hace cesar la indivisión entre todos los coherederos. (3) Admitiendo el principio, hay que admitir las consecuencias que de él emanan. Como nosotros rechazamos el principio, claro es que también rechazamos su consecuencia.

422 Se ha fallado que la licitación que no pone término á la indivisión entre todos los herederos no es una partición, sino una venta á la cual deben aplicarse los principios que rigen la venta. (4) Esto no es más que la consecuencia lógica del principio consagrado por la jurisprudencia francesa. En nuestra opinión, la licitación entre herederos siempre es una partición (núm. 418). ¿Las partes interesadas podrían derogar este principio? Más adelante dirémos que la jurisprudencia decide que la cesión de derechos sucesivos, es ora una venta, ora una partición, según que el intento de los herederos es vender ó dividir. La corte de casación ha aplicado la misma doctrina á la licitación. No se trata de gravámenes hipotecados, establecidos durante la indivisión; se pleiteaba sobre la cuestión de saber si los herederos ad-

1 Burdeos, 3 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 547).
2 Nimes, 30 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 546).
3 Denegada, de 27 de Mayo de 1835 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2126, 2°)
4 Denegada, de 27 de Mayo de 1835, y Casación, 13 de Agosto de 1838 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 2126, 2°, y 2122, 3°)

quirentes de los inmuebles hereditarios estaban obligados á devolver el precio á la masa, ó si el valor de los bienes debía imputarse sobre los inmuebles hereditarios indivisos. La corte de París se colocó en el terreno del artículo 883, y falló que, como la licitación no hacía cesar la indivisión sino respecto de los herederos compradores, no estaba sometida al principio de la partición. La corte de casación consideró la cuestión bajo otro punto de vista; resultaba, dice ella, de las circunstancias de la causa, que los herederos habían tenido la intención de vender y no de dividir. (1) Y ¿acaso las partes pueden á su antojo convenir en que un acto que la ley califica de partición se considere como una venta? El art. 883 es formal; la licitación entre herederos es una partición, y, por lo tanto, declarativa de propiedad. Si los herederos pudieran transformar la licitación en venta, el acto se volvería translativo de propiedad. Nosotros no creemos que las partes contrayentes tengan ese derecho, al menos cuando se trata de hipotecas consentidas durante la indivisión. La ley quiere que dichas hipotecas caigan cuando el inmueble se adjudica al heredero que no las ha consentido, y lo quiere para prevenir las evicciones y para impedir las acciones recursorias que de éstas resultan. Este es un motivo de interés general. En este sentido el artículo 883 es de orden público, por lo que no es permitido derogarlo.

3 Cesión.

423. La doctrina y la jurisprudencia ponen, en general, la cesión y la licitación en la misma línea y aplican los mismos principios á una y otra. A nosotros nos parece que los dos actos difieren considerablemente bajo el punto de vista del principio establecido por el art. 883. Se

1 Denegada, de 10 de Junio de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 377).

trata de saber cuáles actos deben asimilarse á la partición. Ahora bien ¿qué cosa es la partición? La división de todo ó de parte de los bienes hereditarios, hecha entre todos los herederos; todos deben concurrir á ella, porque de lo contrario no hay partición (núm. 290.) Síguese de aquí que no pueden asimilarse á la partición más que los actos en que figuran todos los herederos, con el fin de distribuir entre ellos los bienes hereditarios en todo ó en parte. Tal es el remate. Todos los herederos toman en él parte necesariamente; si uno de ellos no la tomara, no habría remate, porque faltando uno de los copropietarios de la cosa, los demás no tienen el derecho de licitar. La licitación es, pues, un acto de la misma naturaleza que la partición. Por esto el artículo 883 lo asimila expresamente á la partición propiamente dicha, y puede sostenerse, como lo hemos hecho (núms. 399 y 418), que la licitación equivale á la partición en el sentido del artículo 883, aunque no haga cesar la indivisión entre todos los herederos, porque es siempre una distribución de bienes en la cual toman parte todos los herederos.

No sucede lo mismo con la cesión. Es ella una venta que no puede celebrarse entre todos los herederos, y que puede también celebrarse entre algunos de ellos. Cuando todos los herederos concurren á la cesión, tiene ésta el mismo efecto que la licitación, en el sentido de que hace cesar la indivisión en cuanto á los objetos cedidos, sea respecto de todos los herederos, sea respecto de algunos. Si no concurren á la cesión todos los herederos, no puede ya tratarse de asimilarla á una partición, porque falta el carácter esencial de la partición: el concurso de todos los herederos, sin el cual no puede haber partición, ni, por consiguiente, acto equivalente á partición. Por esto el art. 883 no habla de la cesión. Este silencio es muy significativo; prueba que,

en la intención del legislador, la cesión no equivale siempre á la licitación y á la partición. Cuando no figuren en ella todos los herederos, no pudiendo asimilarse la cesión á la partición, permanece en lo que es por naturaleza, es decir, una venta, y en consecuencia, se aplican los principios que rigen la venta: es translativa y no declarativa de propiedad, con todas las consecuencias que de esto resultan, el mantenimiento de las cargas hipotecarias que gravan la cosa vendida, el privilegio del vendedor y la acción resolutoria.

La distinción que estamos haciendo entre la cesión en la cual toman parte todos los herederos y la cesión que se efectúa entre algunos de ellos, se funda también en la razón. Se concibe que la primera equivalga á una partición, porque interesa á todos los herederos; y para mantener la estabilidad de las propiedades y la tranquilidad de las familias, se concibe, además, que esta cesión sea declarativa de propiedad, es decir, que borre todos los derechos reales consentidos antes de la cesión por los herederos sobre la cosa vendida. Pero cuando la cesión se hace entre algunos de los herederos, esto no es ya un reglamento de los intereses comunes de la familia; luego no hay razón alguna para apartarse de los principios generales y reemplazar con una ficción la realidad de las cosas. El legislador no prodiga las ficciones, y sólo recurre á ellas en caso de necesidad; y no siendo necesarias, carecen de razón de ser, y por lo tanto, hay que ajustarse al derecho común.

Tal es, según nuestro sentir, el principio dominante en esta materia. El nos servirá para decidir las cuestiones debatidas que se presentan en la aplicación. Si hay tantas controversias, y por consiguiente, tanta incertidumbre en la jurisprudencia, es porque no hay principios ciertos que dirijan al magistrado. Hacemos la observación para excusar el largo trabajo que hemos tenido la temeridad de emprender.

a). Cuando la cesión equivale á la partición.

424. Cuando todos los herederos concurren á la cesión, hay partición. Poco importa el objeto de la cesión que comprenda todos los derechos sucesivos del cedente, ó que solo estribe en ciertos objetos hereditarios. Esta distinción no tiene influencia en la aplicación del art. 883, supuesto que está aceptado que el principio de la partición declarativa se aplica aun cuando el acto no comprenda toda la herencia (núm. 417). No hay tampoco que distinguir si la cesión hace cesar la indivisión entre todos los herederos ó si no la hace cesar sino respecto de algunos. Acerca de este punto hay controversia: la corte de casación de Francia consagra la distinción que nosotros rechazamos. Hemos dado las razones al exponer los principios generales que rigen la materia (núm. 418). Si hay partición entre todos los herederos, aunque la indivisión subsista respecto á algunos de entre ellos, debe ser lo mismo de los actos que la ley ó la doctrina asimilan á la partición; no hay ninguna razón para hacer en el particular, una diferencia entre la licitación y la cesión. Cuando todos los herederos concurren á la cesión, no difiere ésta de la licitación sino en la forma, y ésta no puede tener ninguna influencia en la cuestión de saber si el acto es una venta ó una partición, si es atributivo ó declarativo de propiedad. La cesión hecha con el concurso de todos los herederos es uno de los elementos de la partición, lo que la tradición llama un *primer acto*; puede decirse que es una cláusula de partición general y debe, por consiguiente, producir sus efectos.

La jurisprudencia y la mayor parte de los autores admiten este principio cuando la cesión hace cesar la indivisión en todo ó en parte respecto de todos los herede-

ros (1). Casi no hay duda ni de disentimiento cuando la cesión tiene por objeto los derechos sucesivos del cedente. La corte de casación ha fallado que una cesión hecha por varios coherederos á sus coherederos, constituye, no una venta, sino una verdadera partición, cuando por el mismo acto los herederos se han distribuido entre sí la totalidad de la sucesión. Si en el caso de que se trata, los herederos se hubieran limitado á la cesión, sin que los cesionarios se hubiesen distribuido los bienes hereditarios, el acto habría sido una venta, según la jurisprudencia; pero como por el mismo acto los herederos habían puesto término á la indivisión respecto de todos, la corte ha consagrado el acto como una partición. ¿Esta decisión no habla también en contra de la distinción que la jurisprudenadmite? Hay siete herederos; cinco ceden sus derechos sucesivos á los otros dos; ésta cesión aislada se habría considerado como una venta por la corte de casación, siendo así que resuelve que es unn partición cuando por el mismo acto los dos cesionarios se distribuyen los bienes hereditarios. ¿Y qué importa que esta partición se haga por el mismo acto ó por un acto subsecuente? En todo caso la cesión es un *primer acto* de la partición y se confunde con ésta. Teniendo el mismo objeto, debe tener también el mismo efecto.

Hay algunas sentencias que deciden que la cesión de derechos sucesivos, aun la hecha á un solo heredero por todos sus coherederos, es una venta, porque uno solo de los herederos obtiene, en este caso, la totalidad de los bienes hereditarios en especie, mientras que los demás no obtienen más que dinero, y éste proviene, no de la sucesión, sino del heredero cesionario: esto, dicen, no es una distribución de bienes, sino una venta. (2) Sin duda que esa es la

1 Sentencias de denegada apelación, de 3 de Marzo de 1807, y de 25 de Enero de 1809 (Dalloz, *Sucesiòn*, núm. 2085, 1° y 2°).

2 Tolosa, 14 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 85); Grenoble, 4 de Enero de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 356). En sentido contrario, Demolombe, t. 17, pág. 333, núm. 279.

realidad de las cosas, pero estamos en el dominio de las ficciones. Lo que se dice de la cesión, podría decirse de la licitación, cuando todos los bienes son licitados y cuando un solo heredero se hace adjudicatario de ellos; este acto es también una venta, y no obstante, la ley lo asimila á una partición (art. 883). Lo mismo debe pasar con la cesión. ¿Se objetaría que el art. 883 menciona la licitación y no habla de la cesión? El art. 1458 contesta la objeción (núm. 418); á decir verdad, los dos actos son idénticos, no difieren sino por el nombre y las formas; luego deben producir el mismo efecto.

425. La venta de un bien hereditario hecha por todos los coherederos á uno de entre ellos, es también una partición, en el sentido del art. 883. En efecto, ese acto hace cesar la indivisión respecto de todos los herederos, tanto como una partición parcial. Se objeta que ese acto tiene todos los caracteres de una venta, cosa que es evidente; pero cuando una venta la hacen copropietarios á su copropietario, produce un efecto particular, y es que pone término á la indivisión, es su *primer acto* de partición; luego la ficción que la ley establece para la partición puede y debe aplicarse á la venta. ¿En dónde está la diferencia entre la venta hecha extrajudicialmente y la licitación? Si todos los coherederos se ponen de acuerdo para ceder un inmueble á uno de ellos ¿por qué había de obligárseles á recurrir á un notario para licitar el bien? La venta es en este caso una licitación voluntaria; cae, pues, en la aplicación del art. 883. Si se objetara que este artículo consagra una ficción exorbitante del derecho común, se contestaría por el texto del art. 1458. Creemos inútil insistir, porque ésta es la opinión generalmente adoptada.

426. La jurisprudencia y la mayor parte de los autores