

derse por la palabra *posseen*. El art. 1,402 contesta á la cuestión: el esposo posee el inmueble cuando tenía la propiedad ó la posesión legal anteriormente al matrimonio.

290. ¿Cuándo tiene el esposo la propiedad antes del matrimonio? El esposo es propietario cuando su título es anterior á la celebración de la unión conyugal, aunque el título no lo haga propietario incommutable siempre que se vuelva propietario en virtud de este título. Por ejemplo, compra un inmueble bajo condición suspensiva, se casa después y la condición se cumple durante el matrimonio, ó aun después de su disolución; la condición cumplida tiene efecto retroactivo al día del contrato (art. 1,179); luego el esposo era propietario en virtud de su título antes de la celebración de su matrimonio, y por tanto, el inmueble le es propio aunque cuando el matrimonio no fuese propietario ni poseedor, pues la venta bajo condición suspensiva no transfiere la propiedad, y es raro que el comprador esté puesto en posesión durante el tiempo en que la condición está en suspenso; pero era propietario condicional, lo que le da la propiedad á partir de la venta cuando la condición llega á cumplirse. (1)

291. El esposo que compra un inmueble antes de su matrimonio, es propietario de él aunque la entrega no le haya sido hecha y que no haya pagado el precio. Esta es la aplicación de los nuevos principios que rigen la translación de propiedad. Si, pues, el matrimonio llegaba á disolverse y que el esposo se volviese á casar, el inmueble le quedaría en propio, aunque el precio fuese pagado por la segunda comunidad; ésta solo tendría derecho á compensación. Que si el inmueble hubiera sido comprado durante la primera comunidad, formaría una ganancial de dicha comunidad. Esto fué sentenciado así en un caso en el que el esposo había estipulado que sus propios entrarían en la comunidad si la se-

1 Duranton, t. XIV, pág. 227, núm. 179.

gunda pagaba su precio. Los esposos pueden, sin duda, hacer muebles sus inmuebles, pero no lo pueden hacer con perjuicio del derecho de tercero. Si hay hijos del primer matrimonio, el inmueble hace parte de la primera comunidad, de la que la mitad pertenece á los hijos; desde luego, el marido no puede, como lo dice la Corte de Casación, introducir á título de ganancial en una segunda comunidad, un inmueble que formaba ganancial en la primera y cuya calidad y propiedad eran irrevocablemente fijadas entre los esposos y el hijo del primer matrimonio. (1)

292. Para que el inmueble sea propio al esposo, no es necesario que haya tenido su propiedad antes de la celebración del matrimonio, basta que lo haya poseído, siempre que la posesión sea legal (arts. 1,402 y 1,404). ¿Qué es lo que entiende el Código por posesión legal? El término no es técnico, y su sentido es vago. Según la terminología del Código, aquel que posee á título precario tiene la posesión: el arrendatario y el usufructuario poseen; sus posesiones son, pues, legales, puesto que están reconocidas por la ley; pero ¿es legal en el sentido del art. 1,402? Nó, pues nunca pueden llegar á ser propietarios mediante la posesión, por larga que ésta sea; y por posesión *legal* la ley entiende una posesión que prolongándose puede llegar á ser una propiedad por efecto de la prescripción, pues se trata de saber quién es propietario, el esposo ó la comunidad; y cuando el esposo es simple detentor, la cosa no pertenece ni á él ni á la comunidad, pertenece á aquel por quien posee el esposo. Así, la posesión legal es la que conduce á la prescripción; el artículo 2,229 determina sus caracteres. La ley no habla de la buena fe; no está requerida para que la posesión sea legal en el sentido del art. 1,402, pues el poseedor de mala fe puede prescribir solo que debe poseer durante treinta años,

1 Metz, 28 de Noviembre de 1817 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 741).

mientras que el poseedor de buena fe, cuando tiene justo título, prescribe en diez ó veinte años; en uno y otro caso, la posesión conduce á la prescripción; luego ésta es legal. Tampoco está requerido que la posesión sea anual. La posesión anual está requerida para que el poseedor tenga acciones posesorias. Esto nada tiene de común con la posesión legal del art. 1,402; todo cuanto exige la ley es que el esposo posea, no dice que la posesión deba tener cierto tiempo. (1) Poco importa también cuando se cumpla la prescripción, sea durante el matrimonio ó después de su disolución, esto es extraño á la comunidad; ésta no puede, en ningún caso, pretender que el inmueble le sea propio; desde que está probado que la posesión ha comenzado antes de la celebración del matrimonio en provecho de uno de los esposos, queda probado por esto mismo que el inmueble no fué adquirido durante el matrimonio; luego no puede ser una ganancial. (2)

293. ¿Cómo probará el esposo que tenía la propiedad ó la posesión anteriormente á su matrimonio? Se aplica el derecho común, puesto que el Código no lo deroga. Y según el art. 1,341, la prueba testimonial no es admitida para probar los hechos jurídicos cuyo valor pecuniario pasa de 150 francos; la propiedad se prueba, pues, ordinariamente por títulos. No pasa así con la posesión; los hechos de cultivo que la establecen son hechos materiales que pueden probarse indefinidamente por testigos. La Corte de Lieja lo sentenció así, (3) y esto no tiene ninguna duda, aunque Pothier parece decir que puede probarse por testigos el hecho de que el esposo era propietario cuando la celebración del matrimonio; esto es verdad en el sentido de que la posesión se prueba por testigos, y la ley se conforma con esta prueba, se en-

1 Duranton, t. XIV, pág. 235, núms. 177 y 178. Rodière y Pont, t. I, página 435, núm. 524. Pothier, *De la comunidad*, núm. 157.

2 Duranton, t. XIV, pág. 235, núm. 276.

3 Lieja, 5 de Junio de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, pág. 100, y Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 765).

tiende cuando se trata de las relaciones del esposo y la comunidad. Para con el propietario reivindicante, el esposo debe probar, ó la propiedad por los títulos ó por la prescripción; mientras que para con la comunidad basta que pruebe que poseía cuando la celebración del matrimonio. En todo caso, la posesión se prueba por testigos.

294. Pothier dice que el inmueble es propio del esposo desde que la causa de la adquisición es anterior al matrimonio. Esto es la aplicación del principio de que aquel que tiene una acción para obtener un inmueble está como teniendo el inmueble. El esposo que tiene una acción inmobiliar, y que la intenta durante el matrimonio, es propietario del inmueble cuando el matrimonio; éste es, pues, un propio. Este principio se aplica sin dificultad ninguna á la acción de nulidad ó de rescisión. El esposo que ha vendido un inmueble y que está perjudicado por más de siete duodécimas partes del precio, tiene derecho á pedir la rescisión de la venta; esta acción es inmobiliar, puesto que tiende á hacerlo dueño de un inmueble; si la intenta durante el matrimonio, el inmueble le quedará propio. Esto no es una adquisición que él hace, vuelve á entrar en propiedad de su inmueble en virtud de una causa anterior al matrimonio; el inmueble debe, pues, quedarle propio.

El principio se aplica sin dificultad á la resolución. Si el esposo antes de su matrimonio ha vendido un inmueble con pacto de recompra y si ejerce su derecho durante el matrimonio, el inmueble le quedará propio. Esto no es una adquisición que él hace, como parece decirlo el término de recompra, no es por una nueva venta como se hace propietario, es la venta la que está resuelta; y la resolución retroaccionando al día del contrato, nunca cesó de ser propietario; lo era, pues, al casarse y, por lo tanto, el inmueble le queda propio.

Lo mismo sucedería en caso de revocación de una dona-

ción, pues la revocación no es sino la resolución del contrato. Cuando la revocación retrotrae, se aplica á la letra lo que acabamos de decir; poco importa que la resolución se haga en virtud de la ley, en caso del advenimiento de un hijo, ó por efecto de la convención cuando el donatario no ejecuta los cargos, lo seguro es que la donación está revocada retroactivamente y que, por consiguiente, el esposo donante era propietario del inmueble dado el día de la celebración de su matrimonio, lo que decide la cuestión. ¿Sucederá lo mismo cuando se revoca la donación por causa de ingratitud? Hay un motivo para dudar, es que la revocación no retrotrae en este caso. Sin embargo, debe decidirse que el inmueble es propio. La retroactividad importa á los terceros. El esposo donante deberá respetar los derechos reales concedidos por el donatario, esto es extraño á la comunidad; respecto á ella, se trata de saber si el inmueble es una ganancial; y el inmueble no está adquirido durante el matrimonio, el donante se rehace de él en virtud de una causa inherente á la donación; luego anterior al matrimonio, lo que es decisivo.

295. Hasta aquí todos están acordes. ¿Deberá aplicarse el mismo principio á la resolución de la venta por falta de pago del precio? Hay controversia y duda, aunque Troplong diga que el inmueble queda propio sin ninguna duda y que la opinión contraria es insostenible. Creemos también que el inmueble es propio del esposo vendedor que promovió la resolución. Es seguro que el esposo vendedor tiene derecho á la resolución cuando el matrimonio; tiene, pues, una acción inmueble, esta acción le queda propia y, por consiguiente, el inmueble lo es igualmente. Lo que confirma esta opinión en derecho, es que la condición resolutoria tácita produce el mismo efecto que la condición resolutoria expresa, salvo que ésta tiene lugar de derecho pleno, lo que nada tiene de común con nuestra cuestión.

Se hace una objeción muy especiosa. El esposo ha vendido el inmueble antes de la celebración del matrimonio, el derecho al precio entra en la comunidad; y la acción en resolución de la venta es un medio de hacer valer el crédito del precio, un accesorio de este crédito; como tal, entra en la comunidad y solo puede ser ejercido por ella; el inmueble será, pues, una ganancial, toma el lugar del precio que pertenecía á la comunidad. En nuestro concepto, la acción en resolución no es un accesorio del derecho al precio por su naturaleza y su objeto. El vendedor tiene dos derechos. Puede perseguir la ejecución de la venta y el pago del precio garantizado por un privilegio; este derecho es mueble; cuando el vendedor lo ejercita, el contrato se mantiene. Si el comprador no paga el precio, el vendedor puede promover en resolución; este derecho es inmueble y tiene por objeto resolver la venta como si nunca hubiera existido. ¿Puede decirse que el derecho de promover en resolución en un medio de hacer valer el crédito? No, pues el vendedor que promueve en resolución no puede ejercer su crédito, puede volverse á hacer de la propiedad del inmueble; si prefiere reclamar el precio, renuncia á la resolución. ¿Se dirá que el temor de la promoción por resolución dispone al comprador para pagar? Co testaremos, y esto es de seguro el hecho general, que si el comprador no paga es que no tiene el dinero necesario. Contestaremos también que el vendedor no tiene necesidad de este medio para que se le pague, tiene su privilegio que le asegura el pago hasta concurrencia del valor del inmueble, y no tendrá más si promueve en resolución. (1)

Se invocó la autoridad de Pothier en favor de la opinión que adoptamos. La hipótesis de Pothier es diferente y dudamos que su solución sea buena. Supone que la resolución

1 Troplong, t. I, núm. 518. Tessier, *Sociedad de gananciales*, núms. 38 y 42. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 296, nota 43.

se hace por convención, el comprador consiente en la resolución. Esta no es la condición resolutoria del Código Civil, es la resolución convencional; y la resolución convencional es una nueva venta; forma, pues, una ganancial. Pothier agrega que el esposo que vuelve á la propiedad de su inmueble debe compensación del precio á la comunidad. Dudamos que esto sea exacto. Cuando la venta está resuelta por falta de pago del precio, el efecto de la resolución es que la venta nunca ha existido; no hay vendedor, ni comprador, ni precio; ¿á qué título reclamaría la comunidad una compensación por un precio que no existe? Se dirá que esto es engañar á la comunidad, que el cónyuge del vendedor debía contar con este precio en la comunidad, ó reservarse el inmueble como propio. Esto es verdad, pero se puede decir que el vendedor engañe á su cónyuge, pues éste podía expresar la resolución, puesto que es el derecho del vendedor. En cuanto al derecho que tiene el vendedor para hacer entrar en la comunidad ó nó, el valor del inmueble, no nos toca esta consideración; así sucede en todos los casos en que el deudor tiene una opción que ejercer, por ejemplo, si la venta fuese alternativa de un mueble ó de un inmueble. En este caso también el vendedor puede reservarse el inmueble ó hacer entrar el efecto mueble en la comunidad. ¿Se dirá por esto que defraude á la comunidad escogiendo el inmueble? Aquel que ejerce un derecho no defrauda á nadie.

296. Se supone que el título del esposo tiene un vicio que lo hace nulo: durante el matrimonio el acta es confirmada: ¿será el inmueble un propio ó una ganancial? Pothier contesta que el inmueble será propio. Esto nos parece evidente. Aunque el título esté viciado, procede, sin embargo, de una fecha anterior al matrimonio. A consecuencia de la confirmación, el vicio está borrado y el título se considera como habiendo sido siempre válido. ¿Se dirá que la confirmación no perjudica á los derechos de terceros y que la comunidad

es un tercero? Esto sería raciocinar mal, pues la comunidad no tenía ningún derecho al inmueble; la confirmación no le quita tampoco ninguno. Con relación á la comunidad, se trata de saber si el inmueble ha sido adquirido antes ó durante el matrimonio, y esta cuestión no es dudosa.

Pothier pregunta si sucedería lo mismo con la confirmación de una convención absolutamente nula. Entiende por esto una convención que no tiene existencia ante la ley. Pothier contesta que las actas absolutamente nulas no son susceptibles de confirmación, y concluye de esto que la pretendida confirmación que hace al esposo propietario, es una nueva convención, de donde resulta que el inmueble será una ganancial. La decisión es muy jurídica y es notable, pues ella prueba que Pothier admitía la distinción de las actas nulas y de las actas inexistentes; solo que su doctrina, como la de todos los autores antiguos, es insegura en lo que se refiere á las condiciones requeridas para que una convención tenga una existencia legal.

297. El principio sentado por Pothier se aplica también á la transacción. Se supone que el esposo, propietario en virtud de un título dudoso, transe con aquel que se pretende propietario. El inmueble acerca de cuya propiedad se transó, ¿será propio ó ganancial? Hay un motivo para dudar, y es que el esposo deberá pagar cierta suma para conservar la propiedad: ¿no es esto una adquisición hecha durante el matrimonio? Nó; una cosa es adquirir y otra es transar. La transacción no es un nuevo título; confirma y valida un título antiguo, y este título es anterior al matrimonio. El texto de los arts. 1,402 y 1,404 quita toda duda: basta que el esposo haya poseído como propietario cuando la celebración del matrimonio; y el esposo poseía seguramente con este título, puesto que se pretende propietario y su propiedad debía tener algún fundamento, puesto que aquel que reivindicó la cosa como suya creyó deber transar.

Pothier agrega, sin embargo, una reserva. No sucederá así, dice, si por la transacción el esposo hubiese reconocido que la herencia pertenecía al demandante en reivindicación, el cual ha consentido á que el fundo quede al esposo mediante la suma que éste consiente en pagarle. La transacción es entonces una verdadera venta; hay, pues, adquisición, y, por consecuencia, el inmueble es una ganancial.

298. No debe confundirse la confirmación con la ratificación. Si el tercero que vendió el inmueble al esposo antes del matrimonio, obró en nombre del propietario y que éste ratifique durante el matrimonio, es seguro que el inmueble será propio, pues la ratificación equivale al mandato; el esposo es, pues, propietario en virtud del contrato anterior á la celebración del matrimonio, lo que es decisivo. Pero si el tercero hubiese vendido la herencia en su nombre propio, ya no hay lugar á ratificación aunque el propietario consintiera á ejecutar la venta; este consentimiento no es una ratificación, se forma un nuevo contrato entre el esposo y el propietario, y es solo en virtud de este nuevo contrato como el esposo se hace propietario; luego hay ganancial. ¿Se dirá que el esposo era poseedor y que la posesión legal basta para atribuirle el inmueble á título de propio? Sí, cuando el esposo invocara la posesión; es decir, si hubiera prescripto la propiedad. Pero, en el caso, invoca su título y la ratificación; la posesión estando fuera de causa, la cuestión debe ser decidida por los títulos. (1)

299. El inmueble es propio del esposo cuando tenía la propiedad anterior al matrimonio, sin que deba distinguirse si lo adquirió á título gratuito ó á título oneroso. De esto resulta que el inmueble dado por contrato de matrimonio á uno de los esposos ó á ambos, es propio, ya sea por entero en provecho de uno de ellos, ya sea por mitad en provecho de ca-

1 La cuestión está controvertida. Véanse en diverso sentido las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. V, pág. 298, nota 50, pfo. 507.

da uno, pues los donatarios eran propietarios anteriormente al matrimonio, puesto que el contrato de matrimonio es necesariamente anterior á la celebración de la unión conyugal. Esta era la regla del derecho antiguo, y el Código no la ha cambiado. (1)

300. En el derecho antiguo se hacía una excepción á este principio en el caso en que el donante era pariente de uno de los esposos. Si daba á ambos cónyuges, la donación era, no obstante, presumida hecha en provecho de aquel de los esposos que era su presunto heredero. La presunción se fundaba en el afecto que el donante tenía para aquel de los cónyuges con el que estaba ligado por lazos de familia. ¿Deberá seguirse esta doctrina bajo el imperio del Código Civil? Se enseña así, pero con malas razones, en nuestro sentir. Notemos desde luego que se hace decir al donante otra cosa de lo que dice. Está libre de dar exclusivamente á su presunto heredero á título de anticipo de herencia. En lugar de esto, da á ambos cónyuges; dar á dos personas es dar á cada una la mitad. Tal es el sentido natural y legal de la donación. Para darle un sentido diferente se necesitaría una manifestación de la voluntad del donante, la que no existe, ó una presunción de la ley, la que tampoco existe. Si en el derecho antiguo se admitía esta presunción, es porque las costumbres la consagraban y los jurisconsultos gustaban de decidir por vía de presunciones, lo que podían hacer no estando ligados por los textos, como nosotros. Las costumbres solo son ya historia, ya no hay presunciones otras que las que establece la ley (art. 1,350). En cuanto á las presunciones del hombre, solo se admiten en el caso en que la ley admite la prueba testimonial, y la ley desecha esta prueba cuando se trata de probar contra lo contenido en las actas (art. 1,341). ¿No es esta la prueba que en el caso se pre-

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 159 y 169.

tende hacer? El acta dice que la donación está hecha á ambos esposos, y se pretende que uno de los esposos únicamente es donatario; esta prueba solo puede darse por escrito; y cuando se trata de una acta solemne, tal como la donación, se necesitaría también una acta solemne que la derogase. Esto es decir que las pretendidas presunciones que se invocan deben ser desechadas. (1)

Con más razón no podemos admitir las presunciones que se invocan para atribuir la donación como propio de la mujer, heredera del donante, aunque esté hecha en provecho del marido. La singular razón que da Troplong para motivar esta decisión basta para desecharla. «Es *seguro*, dice, que si la donación es hecha al marido por los parientes de la futura, es como si se la hicieran para su mujer, y el inmueble es propio de aquella. Esta es la decisión de la Corte de Anjou. Se supone que el marido solo fué citado porque representa á su mujer, que gestiona y defiende sus intereses, y que durante el matrimonio el goce de la cosa le pertenece; todo esto, salvo prueba contraria. (2) Sentimos decirlo; hay en estas palabras casi tantos errores como palabras. ¡Es *seguro!* esto es una apreciación del autor y debe inclinarse á los intérpretes á desconfiar de su opinión, pues lo que uno califica de certeza es calificado de error por otro. ¿Por qué es esto *seguro?* La Corte de Anjou lo dice; ¿será por casualidad que aun vivimos bajo el imperio de las costumbres? ¡Se *supone!* ¿Quién? Solo los legisladores pueden hacer suposiciones, pues éstas son verdaderas presunciones legales. Tal es la suposición que Troplong toma de un tratado acerca de las *cosas dudosas*. Nosotros decimos que esto es una presunción legal; en efecto, Troplong agrega: *Salvo prueba contraria*. Esto es, pues, una presunción que dispensa de la prueba al pretendido donatario, y es el verdadero

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 217, nota 49 (4.ª edición).

2 Troplong, t. I, pág. 212, núm. 602, y todos los autores.

donatario, el donatario titular quien debe probar que la cosa le fué dada. Esto es contrario al sentido común tanto como al derecho.

Se llevan aun más lejos estas presunciones: ¿por qué pararse cuando se es libre de crear presunciones en donde se ven probabilidades? La herencia dada á la mujer por los padres del marido ¿será propio del marido? No hay, dice Troplong, razones mejores que las precedentes para decidirlo así. Deberá decir que las razones son igualmente malas. Sin duda la mujer no tiene calidad para recibir en nombre de su marido. ¿Tendrá el marido calidad para representar á su mujer cuando todavía no hay ni mujer, ni marido, puesto que se supone una donación hecha por contrato de matrimonio? Se consultarán las circunstancias, dice Troplong. Otros autores admiten la presunción, aunque Pothier la haya desechado. (1) Se puede ver á lo que conducen los intérpretes cuando se encargan de hacer la ley, pues la hacen creando presunciones que la ley ignora; llegan á la más completa incertidumbre.

301. Pothier asienta también como regla que lo que está unido por una unión real á una herencia, sigue su naturaleza. Concluye de esto que lo que está unido, aunque durante el matrimonio, por una unión real á una herencia propia de uno de los esposos, es igualmente un propio. Esta regla es general; se aplica á las gananciales como á los propios; es la aplicación del principio que el accesorio sigue la naturaleza del principal: la cosa unida á un propio haciendo un solo cuerpo con él, no se concibe que la cosa unida tenga otra naturaleza que aquella que tiene la cosa á la que está unida y con la que se confunde.

302. Tal es el aluvión que, según el art. 556, aprovecha al propietario ribereño. Estos hacinamientos se hacen suce-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 170. En sentido contrario, Aubry y Rau, pág. 297, nota 49. Compárese Troplong, t. I, pág. 212, núm. 603.

siva é imperceptiblemente; en el momento en que se forman no se pueden distinguir de la heredad á la que se unen, aunque pueden acabar por hacerse considerables. Se puede, pues, decir de esta adquisición, que se confunde con la cosa principal á la que se une y toma su naturaleza. Este es el motivo jurídico. Hay además un motivo de equidad: el propio puede ser perjudicado, disminuido por la acción de las aguas, y es justo que pueda recibir un aumento. El mismo principio se aplica á las islas cuando pertenecen al propietario ribereño (art. 561). (1)

303. El principio se aplica también á las construcciones que se hacen, durante el matrimonio, en un terreno propio á uno de los esposos: las casas toman la naturaleza del suelo al que adhieren, á reserva de recompensa que el esposo debe á la comunidad por los gastos de construcción. Esta es la doctrina de Pothier, (2) y está consagrada por el Código Civil. Según los términos del art. 1,437, todas las veces que se toman de la comunidad cantidades de dinero para el mejoramiento de los bienes personales á uno de los esposos, éste debe compensación por ellas; esta disposición, concebida en términos generales, abarca á las construcciones nuevas tanto como á las reparaciones y reconstrucciones; resulta de ello que el esposo propietario del inmueble se hace propietario de las mejoras, puesto que es deudor hácia la comunidad por los anticipos que ésta le hace. La cuestión ha sido sentenciada en este sentido por la Corte de Casación en materia fiscal. El marido había hecho unas construcciones considerables en un propio de la mujer; los herederos de ésta, habiendo renunciado á la comunidad, el marido se hizo adjudicatario por el todo; es decir, por la construcción así como por el suelo, y, en consecuencia, debía los derechos de mutación por el valor del inmueble; se pretendía para el marido que las construcciones no eran mejoras. La Corte de

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 479, núms. 568 y 569.

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 192.

Casación decidió que el Tribunal de Primera Instancia había sentenciado bien condenando al marido al pago de los derechos de mutación. Haciendo abstracción del art. 1,437, el principio de la accesión acerca del que Pothier se funda, hubiera bastado para decidir la cuestión. (1)

304. Pothier exige que la unión sea real; si no es sino de simple destino, no impide á la heredad de ser una ganancial. Por ejemplo, si he adquirido durante mi matrimonio un pedazo de terreno vecino á una hacienda que me pertenecía en propio, si comprendo esta tierra en el arrendamiento que doy de la hacienda como formando una de sus dependencias, la tierra nuevamente adquirida no dejará de ser una ganancial; la razón es que la hacienda no puede ser considerada como cosa principal de que la tierra es un accesorio; ésta era distinta de la hacienda antes de la adquisición que hice, y permanece distinta. Pothier agrega que lo mismo sucedería si la tierra hubiera sido anexada á un cercado, tal como un parque, derribando la cerca antigua y volviéndola á levantar de manera que comprenda la nueva tierra; la unión solo es de destino, y la tierra no es el accesorio del parque. (2) Se ha invocado, para sostener la opinión contraria, el artículo 1,019, que dispone que si el testador, después de haber legado un cercado aumenta despues la cerca, la porción nuevamente agregada hará parte del legado. Citamos el argumento como ejemplo de los argumentos forzados que se permiten los autores. La extensión de un legado es una pura cuestión de intención; mientras que no depende de la voluntad de uno de los esposos el crear propios, la ley es la que lo decide, ó si se quiere, el régimen que los esposos han adoptado y que se hace su ley. (3)

1 Sentencia del Tribunal del Sena, 6 de Junio de 1855 (Dalloz, 1855, 3, 71), y Denegada, 18 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 129). Compárese Denegada, 9 de Junio de 1836 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 2,594).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 194.

3 Marcadé, t. V, pág. 487, núm. 7 del artículo 1,408. Rodière y Pont, t. I, pág. 483, núm. 574. En sentido contrario, Taulier, t. V, pág. 54.

Núm. 2. De los inmuebles adquiridos á título gratuito.

I. De los propios de sucesión.

305. «Los inmuebles que heredan los esposos durante el curso del matrimonio á título de sucesión, no entran en la comunidad» (arts. 1,404 y 1,402). Este es un principio tradicional. Pothier asienta como regla que los inmuebles que son *proprios* en materia de sucesión son también propios en materia de comunidad. Se ve que nuestro principio tiene sus raíces en el espíritu del derecho antiguo que, bajo cierto aspecto, es también el espíritu del derecho moderno. Se querían conservar los bienes en las familias de donde procedían. De ahí la máxima de costumbres: *Paterna paternis*. Los autores del Código Civil la han desechado, pero la tuvieron en cuenta en el reparto por linaje, así como en la composición de la comunidad; los muebles entran en ella, mientras los inmuebles permanecen generalmente propios. Es la única razón que explique el principio tradicional que el Código ha consagrado. En derecho, no habría ningún motivo para distinguir las sucesiones mobiliarias de las inmobiliarias; unas y otras forman un título personal del heredero, y debieran, por consiguiente, quedarle en propios; solo la tradición explica la anomalía.

306. Ha sido sentenciado que la parte de un heredero renunciante, en una sucesión inmobiliar que toca al esposo, le es propia. (1) Esto es tan evidente que no se entiende cómo pudo haberse contestado. La aceptación de una sucesión se hace por el todo, y no por la parte hereditaria de lo sucesible; cuando, pues, un heredero renuncia, su coheredero á quien toca su parte no hace una nueva adquisición. Ni siquiera puede decirse que se mejore, la recibe por derecho de no decrecimiento; luego á título de sucesión, lo que es decisivo.

1 Lieja, 9 de Marzo de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 71).

307. Si en una sucesión inmobiliar uno de los herederos recibe un saldo en dinero para completar su lote, este saldo ¿le quedará propio? La afirmativa es segura, como lo hemos dicho más atrás (núm. 283). Si la sucesión es parte mueble y parte inmueble, ¿determinará el reparto cuáles son los bienes que entran en la comunidad y cuáles serán excluidos de ella? Esta es la opinión general; hemos expuesto los motivos de duda (núm. 233).

308. Los inmuebles que da el ascendiente y á los que sucede, si se encuentran en naturaleza en la sucesión, ¿le son propios? El texto de la ley contesta á la cuestión: en los términos del art. 747, los ascendientes *suceden* á exclusión de todos los demás en las cosas por ellos dadas á sus hijos y descendientes fallecidos sin posteridad. Es, pues, por un derecho de *sucesión* como los ascendientes donantes recojen estos bienes, por lo que les son propios. Lo mismo sucede en los demás casos de retorno legal (arts. 351, 352, 766). Transladamos al título *De las sucesiones* por lo que tocó al principio (t. IX, núms. 162, 163). La aplicación del principio á la comunidad no es dudoso. Unos esposos comunes en bienes dan á su hijo una ganancial de comunidad, el inmueble se encuentra en naturaleza en la sucesión del hijo difunto sin posteridad: cada uno de ellos tomará la mitad á título de sucesión, y el inmueble les quedará propio por mitad.

En vano se dirá que el inmueble les *retorna* y que debe, por consiguiente, conservar la naturaleza de ganancial que tenía. Es impropriamente como se califica la sucesión especial de los ascendientes de derecho de *retorno*; éstos recojen el inmueble dado como herederos; luego les es propio. No pasaría así si la donación hubiere sido hecha con cláusula de retorno; esto es una donación con condición resolutoria; la condición realizándose, la donación está resuelta, y, por consiguiente, el inmueble dado está como si siempre