

hubiera pertenecido al patrimonio del donante; conserva, en este caso, la naturaleza de ganancial que tenía. (1)

309. El inmueble adquirido por retractación sucesoria, ¿forma propio? Se enseña generalmente la afirmativa. Nos parece imposible admitir esta opinión. El ejercicio de la retractación sucesoria supone que uno de los herederos cede su derecho á la sucesión; la ley permite á los demás herederos apartar al cesionario del reparto, reembolsándole el precio de la cesión. Así, el heredero que usa de este derecho, vuelve á comprar la parte hereditaria de su concesible; esta es una adquisición á título oneroso hecha por un esposo común de bienes; forma, por consiguiente, una ganancial. Tal es la regla, á no ser que pueda aplicarse la excepción del artículo 1,404. ¿El esposo que usa de su derecho de retractación adquiere los bienes por sucesión? Lo que caracteriza esta adquisición es que se hace á título gratuito, mientras que el que retracta adquiere á título oneroso; paga el precio del inmueble del que se hace propietario. El heredero adquiere en virtud del lazo de sangre que lo liga al difunto, ¿el que retracta tiene derecho al inmueble en virtud de esta vocación divina, como decían las costumbres antiguas? Nó, es su coheredero, aquel que cedió su parte hereditaria, quien estaba llamado por Dios; el título del que retracta no es otro que el del cesionario á quien está subrogado (t. X, número 386); esto es, pues, un título oneroso, por lo tanto, el inmueble es una ganancial.

¿Qué se dice en apoyo de la opinión general? Se afirma, y sucede que estas afirmaciones están en oposición con el texto y el espíritu de la ley. Son inmuebles que *tocan* al esposo á título de *sucesión*, dice Duranton. ¿Es esto lo que dice el art. 841? El inmueble toca al cedente á título de sucesión; es, pues, imposible que toque con este título al que

1 Duranton, t. XIV, pág. 251, núm. 187. Troplong, t. I, pág. 209, números 587 y siguientes.

retracta; su título es diferente: compra, no sucede. Otros autores dicen que la causa de la retractación es enteramente personal al que retracta. Nó, pues todos los coherederos tienen el derecho de retractación, la ley se los da por razones bastante malas que hemos expuesto en otro lugar; lo seguro es que nada tienen de personal con el que retracta. Por lo demás, no es esta la cuestión; se trata de saber si la retractación es un título de sucesión. Sí, dice Troplong, porque la acción deriva del derecho de sucesión. Sin duda la acción pertenece solo á aquel que es heredero, pero ¿qué importa? Hay que ver cuál es la naturaleza de la acción. Es una acción de recompra; luego una adquisición á título oneroso. (1)

Solo conocemos un motivo jurídico que pueda alegarse en apoyo de la opinión general. El heredero que ejerce la retractación, lo hace durante la indivisión, puesto que la retractación tiene por objeto apartar de la división al cesionario; adquiere, pues, la parte indivisa de su coheredero; es decir, la parte en una sucesión de que él mismo es propietario por indiviso. ¿No es este el caso de aplicar el art. 1,408 que declara que la parte adquirida así no forma una ganancial? El argumento es especioso, pero hay muchas contestaciones que darle. Desde luego, el texto del art. 1,408: la ley supone que el heredero adquiere la parte de un *inmueble* del que era propietario por indiviso, y, en el caso, el heredero adquiere toda una parte hereditaria. Luego, el espíritu de la ley. ¿Por qué el esposo copropietario se vuelve propietario de todo el inmueble? Esto es una consecuencia del principio establecido por el art. 883. La ley supone, pues, que el acto pone término á la indivisión. Y la retractación sucesoria, en lugar de poner fin á la indivisión, implica una partición que hacer, puesto que tiene por objeto impedir al cesionario tomar parte en el reparto. Se trata, pues, de situacio-

1 En sentido contrario, Duranton, t. XIV, pág. 251, núm. 186. Rodière y Pont, t. I, pág. 483, núm. 577. Troplong, t. I, pág. 209, núm. 586.



nes enteramente diferentes, por consiguiente, el art. 1,408 debe ponerse fuera de causa.

II. De los inmuebles dados.

310. El art. 1,405, dice: «Las donaciones de inmuebles que se hacen durante el matrimonio solo á uno de los esposos, no caen en la comunidad y pertenecen al donatario únicamente.» Ya hemos dicho que esta disposición deroga al derecho antiguo. Se dice que está fundada en las mismas razones que aquella que se refiere á las sucesiones. (1) Es verdad que los dos títulos son igualmente gratuitos, pero lo gratuito del título no es una razón decisiva. El tesoro forma una ganancial, al menos en nuestra opinión, y, sin embargo, es una adquisición á título gratuito. Hay además una diferencia capital entre las sucesiones y las donaciones. Dios hace á los herederos, no á los donatarios, y es porque Dios hace á los herederos como los inmuebles que les tocan á título de sucesión quedan propios al heredero. Se dice también que el donante y el donatario pueden desear que el bien quede en la familia del esposo á quien fué dado. Contestaremos que en el derecho antiguo había mucho más apego á la conservación de los bienes en las familias, y sin embargo, la donación formaba generalmente una ganancial. Solo hay una razón que justifique en ciertos casos la decisión del Código, esto es cuando la liberalidad se hace en anticipo de herencia; la ley hubiera debido limitar su decisión á esta hipótesis en la que la donación se vuelve un título de sucesión.

311. El art. 1,405 nada dice de las donaciones. No hay que decir que la disposición se aplica también á los legados; era inútil mencionarlos, puesto que los legados son una especie de donación. Los motivos para decidir son por otra parte idénticos.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 70, núm. 33 bis II.

312. En la opinión que hemos enseñado (núm. 271), los bienes dados á ambos esposos caen en la comunidad, á no ser que el donante diga que deben quedar en propio á los donatarios. Lo mismo pasa con una donación hecha bajo forma de cesión; no se considera el nombre que las partes dan á sus convenciones, se toma en consideración la naturaleza del contrato y la intención de las partes contratantes.

Un padre declara vender, ceder y abandonar para siempre á su yerno y á su hija un terreno determinado. El acta dice que la cesión se hace con cargo para los cesionarios, de pagar la mitad de las deudas de la comunidad que había existido entre el cedente y su difunta esposa, y de alojarlo y alimentarlo, tanto en estado de salud, como de enfermedad. Sobrevinieron dificultades después de la muerte del padre, acerca de la naturaleza del inmueble que había cedido; ¿Era un propio ó una ganancial? Fué sentenciado que la pretendida cesión era, en realidad, una demisión de bienes, tal como el Código la consagró bajo el nombre de reparto de ascendientes. Quedaba por saber quién era el donatario; un reparto de bienes solo puede hacerse entre los descendientes. En el caso solo había una hija, es á ella á quien el ascendiente había querido gratificar por un anticipo de herencia; luego á título de sucesión, lo que hacía al inmueble un propio. (1)

313. La donación que acabamos de mencionar era hecha con cargo y no por eso dejaba de conservar el carácter de liberalidad, porque los cargos estaban lejos de igualar al valor de los bienes dados, bastando los productos para cubrirlos. En estos términos, una donación onerosa es siempre una donación, y, por consiguiente, cae bajo la aplicación del artículo 1,405. Si los cargos igualasen al valor de los bienes, el acto ya no sería una donación, habría cesión de bienes á

1 Denegada, 27 de Abril de 1859 (Dalloz, 1859. 1, 508).

título oneroso, y, por lo tanto, el inmueble sería una ganancial. (1)

314. Por contra, las donaciones disfrazadas bajo la forma de un contrato oneroso serían propios del esposo donatario. Es la naturaleza del acta la que decide si es propio ó ganancial, y no el nombre simulado que las partes le han dado. (2)

Núm. 3. Los arreglos de familia.

315. El art. 1,406, dice: «El inmueble abandonado ó cedido por el padre ó la madre á otro ascendiente ó á uno de los esposos, ya sea para cumplir lo que debe, ya á cargo de pagar las deudas del donante á extraños, no entra en la comunidad, salvo compensación ó indemnización.» Pothier llama á esta convención un *acomodo de familia*; dice que el inmueble cedido en estas condiciones queda propio al esposo por aplicación de la regla general, en virtud de la cual los propios de sucesión son propios de comunidad. Esto es decir que considera el arreglo de familia como una anticipación de herencia; vamos á reproducir su explicación, es la exposición de los motivos del art. 1,406.

Un padre, durante el matrimonio de su hijo, le abandona un inmueble á cargo de pagar sus deudas en totalidad ó en parte. En apariencia, esta acta es á título oneroso, puesto que el hijo recibe el inmueble y debe pagar las deudas de su padre, lo que parece equivaler á una venta. En realidad, el acta es un anticipo de herencia. En efecto, el padre solo adelanta el tiempo de la apertura de su heredad para hacer, viviendo él, lo que se hiciera una vez muerto, en virtud de las reglas que rigen á las sucesiones. Supongamos que no hubiese abandonado la herencia, su hijo la hubiera recogido como heredero y solo lo hubiera sucedido con cargo de las deudas del padre. Hé aquí, pues, lo que el padre hace por

1 Duranton, t. XIV, pág. 201, núm. 190. Odier, t. I, pág. 131, núm. 127.
2 Battur, t. I, pág. 367, núms. 245, 246.

acomodo de familia. Luego el hijo recibe el inmueble en anticipo de sucesión, es un propio de sucesión, por consiguiente, un propio de comunidad.

Lo mismo sucede en el segundo caso previsto por el artículo 1,406. Un padre abandona una herencia á su hijo para quedar pagado lo que le debe, por ejemplo, por su cuenta de tutela. En realidad, esto es un anticipo de herencia. Si el padre no hubiese abandonado el inmueble, el hijo lo hubiera recogido en sucesión, y su crédito contra su padre se hubiera extinguido por confusión. El hijo recibe, pues, mientras vive su padre, una herencia que hubiera recogido como heredero; es un anticipo de sucesión, y, por consiguiente, un propio de comunidad. (1)

316. La disposición del art. 1,406, ¿es una excepción, ó es la aplicación de un principio general? Bajo ciertos puntos, es excepcional, puesto que un inmueble adquirido á título oneroso durante el matrimonio debiera ser una ganancial, mientras que la ley dice que no entra en la comunidad. Se puede sostener con Pothier que el título de oneroso es más aparente que real, puesto que la cesión forma, en realidad, un anticipo de herencia; luego un título gratuito, y un título gratuito que constituye un propio, puesto que la herencia es un propio de sucesión. Sin embargo, la explicación de Pothier no impide que haya una derogación al derecho común en lo que él llama un *acomodo de familia*. Es solo bajo las condiciones determinadas por la ley como este arreglo de familia es un anticipo de herencia y que de él resulta un propio. (2) ¿Cuáles son estas condiciones y por qué las prescribe la ley?

317. Desde luego, la ley supone que el inmueble está abandonado por un ascendiente. Si, pues, otro pariente hacía abandono bajo una de las condiciones que el art. 1,406

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 139.

2 Rodière y Pont, t. I, pág. 490, núm. 582. Colmet de Santerre, t. VI, página 73, núm. 34 bis I.

prevee, el inmueble no sería un propio; adquirido á título oneroso por uno de los esposos durante el matrimonio, formaría una ganancial. ¿Por qué la ley solo permite al ascendiente el hacer un anticipo de herencia? ¿Por qué el inmueble que un tío abandona á su sobrina, con cargo de pagar sus deudas á un tercero, es una ganancial, mientras que el inmueble cedido en las mismas condiciones por un ascendiente es un propio? La disposición es tradicional; hay, pues, que buscar la razón en la tradición. El espíritu del derecho antiguo era conservar los bienes en las familias; hé aquí por qué la donación que en general formaba una ganancial, producía un propio cuando procedía del ascendiente del esposo donatario. Por la misma razón el inmueble cedido por un ascendiente debía permanecer propio al esposo cuando el abandono se hacía bajo condiciones que hacían de él un anticipo de herencia; en el pensamiento del ascendiente, siempre era un propio de sucesión; luego un propio de comunidad. Mientras que la donación hecha por otro pariente era un ganancial, y por identidad de razón debía de considerarse como ganancial el inmueble que un pariente, un tío, por ejemplo, abandonaba á uno de los esposos; este pariente solo podrá tener una intención de liberalidad, y no voluntad de hacer un anticipo de herencia, puesto que en el orden regular de las cosas el esposo no debía suceder al donante. Hé aquí por qué se permanece en el derecho común; el inmueble está cedido con cargos; luego á título oneroso, y, por consiguiente, el inmueble es una ganancial. (1)

318. No debe concluirse de esto que la cesión hecha por el ascendiente solo es un anticipo de herencia en el sentido del art. 1,406, cuando el esposo es heredero presunto del donante, cuando la sucesión y su sucesible á su muerte. La ley no exige esta condición; desde luego, el intérprete no la puede exigir. Según los motivos dados por Pothier, se pu-

¹ Rodière y Pont, t. I, pág. 494, núm. 586.

diera creer que, en este caso, la disposición del art. 1,406 no tiene ya razón de ser. Pothier prevee la objeción y la contesta. Hay sucesión anticipada, dice, aunque el abuelo hubiese dado á su nieto durante la vida del padre, pues aunque el nieto no sea heredero directo del abuelo, recoge los bienes de su padre grande en la sucesión de su padre; es, pues, siempre un propio de sucesión, por consiguiente, un propio de comunidad. El espíritu de la ley no deja ninguna duda; ésta quiere conservar los bienes en las familias; desde luego no hay que distinguir quién hace el abandono, si es el padre ó el abuelo. (1)

319. El art. 1,406 supone también que la cesión es hecha á aquel de los esposos que es el descendiente del donante. No es sino con esta condición como puede haber anticipo de herencia, no siendo el otro cónyuge heredero del ascendiente. Si el abandono fuese hecho al cónyuge del descendiente, ya no sería un acomodo de familia; luego el inmueble abandonado á título oneroso formaría una ganancial. Si el abandono es hecho á ambos esposos, hay que consultar la intención del ascendiente. Regularmente será á título oneroso; luego una ganancial. Pero también pudiera ser una demisión de bienes hecha en provecho del esposo heredero; hemos dado un ejemplo tomado de la jurisprudencia (núm. 312).

320. Todo abandono hecho por un ascendiente á uno de los esposos, no forma un propio; es necesario que el ascendiente abandone el inmueble para cumplir con el esposo de lo que se le debe, ó con cargo de pagar las deudas del donante á terceros. La ley dice, las deudas del *donante*; implica esto que el abandono deba contener una liberalidad, en el sentido de que el cargo deba ser menor que el valor del inmueble? Nó; la disposición es tradicional, y en el de-

¹ Pothier, *Introducción general á las costumbres*, núm. 67. Compárese Duranton, t. XIV, pág. 262, núm. 191; Colmet de Santerre, t. VI, pág. 77, número 34 bis IV.

recho antiguo no se consideraba al abandono como una donación; Pothier lo llama un *acomodo de familia*, y ve en él una aplicación de la regla que sienta concerniente á las sucesiones, á saber, que todo propio de sucesión es un propio de comunidad. Poco importa, pues, cuál sea el monto de los cargos, ya que sea superior ó inferior al valor del inmueble; éste siempre será un propio como formando un propio de sucesión. Los motivos de la disposición consagrada por el art. 1,406 reciben su aplicación en todas las hipótesis; el sucesible recoge siempre el inmueble á reserva de soportar los cargos, sean éstos considerables ó no. (1)

Si el abandono se hiciera bajo otras condiciones que las previstas por el art. 1,406, ¿sería el inmueble una ganancial? En general, sí, puesto que la convención no entra en los términos de la excepción: ya no es un anticipo de herencia. Tal sería la cesión consentida mediante un precio que el cesionario se obligase á pagar al ascendiente; esto sería una verdadera venta, y, por consiguiente, el inmueble sería una ganancial. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (2) No deberá concluirse de esto que siempre la cesión hecha bajo otras condiciones, ya á uno de los esposos, ya á ambos, formará una ganancial; todo depende de la voluntad del ascendiente, puesto que puede poner á la cesión de su inmueble las condiciones que quiera.

321. El ascendiente promete una dote al esposo; durante el matrimonio, cede un inmueble en pago de lo que debe por este punto á su descendiente. ¿Es este el caso de aplicar el art. 1,406? La afirmativa es segura; el texto y el espíritu de la ley son aplicables. En efecto, el abandono está hecho bajo las condiciones requeridas por la ley; ésta no distingue por qué punto es deudor el ascendiente, y no hay lugar á

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 490, núm. 582, y pág. 489, núm. 581.

2 Caen, 1.º de Agosto de 1844 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 796). Sentencia del Tribunal de Lieja, 29 de Mayo de 1872 (*Pasicrisia*, 1,873 3, 12). Rodière y Pont, t. I, pág. 495, núm. 587.

distinguir. Sin embargo, en el derecho antiguo, Lebrun decidía que el inmueble cedido en pago de la dote formaba una ganancial, porque la donación en pago equivale á la venta. Pothier contesta: el padre no está como vendiendo, sino como ejecutando la donación que hizo por contrato de matrimonio; luego en todos conceptos hay un anticipo de herencia. La jurisprudencia y la doctrina están en este sentido; (1) creemos inútil insistir, puesto que el texto de la ley decide la cuestión, y cuando el texto es terminante no se debe ya controvertir.

322. El art. 1,406 dice que el inmueble es propio del esposo cesionario, "á reserva de compensación ó indemnización." ¿A quién se debe la compensación, y cuál es su monto? La indemnización supone un perjuicio que tiene por objeto reparar. Como la cesión es hecha con cargo, la ley supone que es con dinero de la comunidad con el que el esposo paga las deudas del ascendiente, y en el caso en que el abandono se hace para cumplir con el esposo de lo que le debe el ascendiente, el crédito del esposo que había caído en la comunidad, se extingue. De ahí un perjuicio; luego un derecho á compensación. ¿Cuál será el monto de la indemnización? Debe verse cuál es el perjuicio sufrido por la comunidad. La sucesión es inmueble; la comunidad, en este caso, no soporta ninguna parte en las deudas que la gravan, por consiguiente, debe ser indemnizada por todo cuanto ha perdido por el arreglo de familia; luego por la suma que se debía al esposo por su ascendiente ó por las deudas que ha pagado á terceros. Si la sucesión que toca al esposo fuese parte mueble, parte inmueble, lo que es el caso ordinario, debe verse cuál es la porción contributiva de la comunidad y del heredero de las deudas. Supongamos que sea de

1 Denegada, 3 de Julio de 1844 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 300). Pothier, *De la comunidad*, núm. 136. Rodière y Pont, t. I, pág. 491, núm. 583.

la mitad, la comunidad soportará la mitad de las deudas que la convención pone á cargo del esposo, y ella tendrá una compensación por la otra mitad; se debe, en efecto, proceder para el anticipo de herencia, como se procedería si la sucesión fuera vencida. (1)

Núm. 4. De la adquisición á consecuencia de indivisión.

I. El principio.

323. El art. 1,408, dice: «La adquisición hecha durante el matrimonio á título de licitación ó de otra manera, de parte de un inmueble del que uno de los esposos era propietario por indiviso, no forma una ganancial.» Esto es decir que el inmueble queda propio, aun por en parte adquirida por el esposo. La adquisición se hace á título oneroso; debiera, pues, formar una ganancial. ¿Por qué la ley hace de ella un propio? Pothier, y después de él la mayor parte de los autores, dicen que esta disposición es una consecuencia del principio establecido por el art. 883. En derecho francés, á diferencia del derecho romano, el reparto no está considerado como una adquisición, solo declara la parte que tiene cada heredero en la sucesión, de manera que cada heredero está como habiendo sucedido solo é inmediatamente á todos los efectos comprendidos en su lote y como no haber tenido nunca la propiedad de los demás efectos de la sucesión. *Inmediatamente*, dice el art. 883; Pothier explica este efecto de la partición que es decisivo para nuestra cuestión. «El difunto se considera como habiendo entregado en el momento de su muerte, á cada uno de los herederos, todas las cosas comprendidas en su lote.» Una consecuencia evidente de este principio es que los muebles que del reparto tocaron á uno de los herederos, son propios de sucesión por el todo; luego le son también por entero de la comunidad. El

¹ Véanse los pormenores en Colmet de Santerre, t. VI, pág. 75, núm. 34 bis IV y V.

art. 1,408 ni siquiera habla del reparto, sin duda porque esto pareció demasiado evidente al legislador; no menciona sino la licitación agregando *ó de otro modo*, lo que comprende, como lo diremos más adelante, toda clase de adquisición de la parte indivisa.

Si la ley menciona especialmente la licitación, es porque en el derecho antiguo había alguna duda acerca de este punto. Pothier decidía, y con razón, que se necesitaba aplicar á la licitación el principio que rige á la partición. Es verdad que la licitación es una venta; luego una adquisición á título oneroso, lo que parece hacer del inmueble licitado una ganancial. En realidad la licitación es una manera de salir de la indivisión. En efecto, ¿cuándo hay lugar á licitar un inmueble indiviso? El art. 1,686 que consagra la doctrina tradicional, contesta: «Si una cosa *común* no puede ser *dividida* cómodamente y sin pérdida, ó si en la *partición* hecha de lotes se encuentran algunos que ningún coparticipante no pueda ó no quiera tomar, la venta se hará por subasta.» Aquel de los comuneros que se haga adjudicatario, paga á sus coherederos el precio de la parte que tienen en el inmueble. La licitación entre coherederos, teniendo el mismo objeto y el mismo fin que el reparto, se considera, dice Pothier, como un acto que reemplaza la partición. De esto resulta que la licitación no sea considerada como un título de adquisición; solo determina la parte que cada heredero licitante tiene en la cosa licitada. El adjudicatario está como habiendo sucedido inmediatamente al difunto por el total de la herencia que se le adjudica y no haber adquirido nada de sus coherederos; éstos están como satisfechos del derecho determinado que tenían en la sucesión por la parte del precio que el adjudicatario está obligado á darles, y como si nunca hubieran tenido parte en la herencia licitada. De esto la consecuencia que la herencia adjudicada por licitación á uno de los herederos, le es propia por el total en materia de

sucesión; luego forma también un propio de comunidad. (1)

324. El sistema de Pothier, ¿es el de los autores del Código? Este punto tan importante para la explicación de la ley, es dudoso. En la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado, Tronchet ha reproducido los principios tal como habían sido expuestos por Pothier. Importa, dice, entender bien los motivos del art. 1,408. La ley decide primero que cuando uno de los esposos se hace adjudicatario de un inmueble comprendido en una sucesión abierta en su provecho, el inmueble le queda en propio, no solo por la parte que hubiese tenido si se hubiese repartido, sino por su totalidad. Esta disposición está fundada en el principio general admitido en materia de sucesión, que todo cuanto se recoge á título de herencia es propio, y que todo cuerpo hereditario adjudicado á uno de los herederos, está como si hubiese pasado á su poder por totalidad con este título. (2) Este es el principio de Pothier: el inmueble es un propio de sucesión; luego es un propio de comunidad. El testimonio de Tronchet es considerable; gozaba de gran autoridad en el consejo de Estado, y la merecía; su opinión no encontró ninguna contradicción. ¿Y cómo se le hubiese contradecido? Era el órgano de la tradición, pues la tradición para los autores del Código se reasumía en Pothier.

Sin embargo, la verdadera teoría es muy dudosa. Siméon, el orador del Tribunado, tiene otra explicación del artículo 1,408: «Uno de los esposos tiene en propio la mitad de un inmueble que posee por indiviso con un tercero. Este inmueble se licita; el esposo copropietario se hace adquirente de él. ¿La mitad por él adquirida entra en la comunidad? Parece deber entrar en ella, puesto que la adquisición hecha durante el matrimonio tiene el carácter de una ganancial de comunidad. Pero entonces la indivisión, que la licitación

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 140, 145 y 146.

2 Sesión del Consejo de Estado del 13 vendimiario, año XII, núm. 9 (Loché, t. VI, pág. 355).

debía hacer cesar, hubiera continuado; el esposo copropietario por la mitad y adquirente por la otra tendría en comunidad con su cónyuge la mitad adquirida. Se ha decidido que el esposo adquirente se hacía propia la parte comprada, á cargo de indemnizar á la comunidad por la suma que tomó de ella para su adquisición » (1)

La explicación de Siméon ha sido adoptado por los autores que no consideran la disposición del art. 883 como un principio absoluto, y lo desechan, en consecuencia, en materia de comunidad. Es seguro que el art. 883 establece una ficción, y toda ficción debe ser restringida á los límites de la ley, la que solo tiene derecho para crear ficciones: ¿Cuál es el objeto del art. 883? Impedir que las concesiones de derecho real, particularmente las hipotecas hechas durante la indivisión, graven el inmueble cuando por efecto de la partición se ha puesto en el lote de un coheredero de aquel que ha concedido la hipoteca. Se trata, pues, en el art. 883 de las relaciones de los coherederos entre sí y con los concesionarios de derechos reales. En el art. 1,408, al contrario, los coherederos están fuera de causa, y no se suponen concesiones de hipotecas; se trata de las relaciones del coheredero adjudicatario con su legatario á título de socio. Se está, pues, fuera de la hipótesis para la cual la ficción del reparto declarativo ha sido imaginada. Desde luego hay que apartarla y volver á la realidad de las cosas. ¿Se quiere una prueba segura de que el art. 883 no es aplicable en materia de comunidad? Si se aplicaba, habría que decir que el esposo adjudicatario por licitación no es adquirente, por lo tanto, sus coherederos que reciben su parte del precio serían como no habiendo recibido un precio de lo que no han vendido, recibirían, pues, un valor mobiliario, por consiguiente, este valor debería entrar en la comunidad. En vano se diría que ésta representa una parte del inmueble; sí, en realidad; nó, se-

1 Siméon, *Discursos*, núm. 22 (Loché, t. VI, pág. 462).

gún la ficción del art. 883, puesto que los coherederos nunca han tenido derecho en el inmueble. Y bien, esta consecuencia de la ficción está repudiada por todos, comenzando por Pothier. Luego debe apartarse la ficción cuando se trata de interpretar el art. 1,408. (1)

La jurisprudencia no se ha pronunciado en esta materia de una manera terminante. Cuando se invoca el art. 883 para interpretar el art. 1,408, se atiende al art. 1,408 apartando el art. 883 como ligándose á otro orden de ideas. (2) En otros términos, aplica el texto del art. 1,408 sin preocuparse de los motivos que lo hicieron dictar. Creemos que hace bien. ¿Cómo prevalecerse de los motivos cuando éstos se ignoran? Al testimonio de Tronchet se opone el de Siméon; es decir, que el consejo de Estado y el Tribunado están en oposición. Primera duda. ¿Se ocurrirá á la tradición? Hemos dicho en otro lugar que el sentido de la tradición, en lo que se refiere al art. 883, es muy dudoso. Acerca del punto de saber si el principio del reparto declarativo es aplicable á la comunidad, Pothier está en desacuerdo con Lebrun. Así, una tradición incierta y trabajos preparatorios también inciertos. Cuando el espíritu de la ley es dudoso, se hace muy peligroso valerse de él; es fuerza atenerse al texto.

325. La primera condición requerida por el art. 1,408 para que la adquisición se haga un propio, es que esté hecha por uno de los esposos que es propietario *por indiviso* en el inmueble. Es, pues, menester que la adquisición se haga en la indivisión. Si hubiese habido partición, el esposo sería propietario de una parte dividida que formaría un propio, y si adquiría después la parte dividida de su coparticipante, esta parte formaría una ganancial como habiendo sido adquirida por venta durante el matrimonio. La Corte de Douai lo decidió así, y esto no tiene ninguna duda. En el caso,

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 82, núm. 36 bis III. Aubry y Rau, t. V pág. 310, nota 90, pfo. 507.

2 Denegada, 30 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 171).

el esposo era propietario de un quinto dividido por el lado materno; posteriormente adquirió los otros cuatro quintos. Había hecho construir en la heredad una casa después de la partición y antes de la nueva adquisición. Resultaba que el goce de ambas fracciones de la heredad estaba indiviso, lo que complicaba singularmente el hecho. En derecho, no había duda; la construcción de la casa no podía cambiar la naturaleza del terreno, puesto que las construcciones son accesorios y el terreno es principal. La Corte mantuvo el derecho y zanjó la dificultad de hecho ordenando la licitación. (1)

326. ¿Debe tomarse en cuenta la causa de la indivisión? La cuestión está en saber si se debe buscar de qué manera el esposo adquirió su derecho de copropietario en la herencia indivisa: Basta leer el texto para decidir la cuestión negativamente; el intérprete no puede establecer condiciones que la ley ignora. Los trabajos preparatorios no dejan ninguna duda acerca de la intención del legislador. El proyecto, tal como fué adoptado por el consejo de Estado, limitaba la disposición al «inmueble adquirido por *licitación en una sucesión vencida á uno de los esposos*, y de la que éste era copropietario por indiviso.» Esta restricción no tenía ninguna razón de ser; se hubiera entendido en el derecho antiguo como consecuencia de la teoría de los propios de sucesión, pero esta teoría estando abandonada, importaba poco que sea el origen de la indivisión. El Tribunado lo hizo notar y emitió la opinión que «la disposición del art. 1,408 no debía tener lugar no solo cuando se trataba de una adquisición por licitación de un objeto procediendo de sucesión á uno de los esposos, sino también cuando se tratara de inmuebles indivisos, cualquiera que fuese el título que en ello tuviese uno de los esposos.» (2) El consejo de Estado atendió la

1 Douai, 20 de Marzo de 1828 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 821).

2 Observaciones del Tribunado, núm. 8 (Loché, t. VI, pág. 377). Rodière y Pont, t. I, pág. 515, núm. 603.