cubrir las deudas y cargas de la sucesión. Cuando hay deudas y el dinero no es suficiente para pagarlas, el embargo es inminente; suponiendo que los herederos no sean solventes, los acreedores pedirán la separación de los patrimonios y perseguirán la venta forzada de los bienes. Importa á los herederos prevenir estos gastos por medio de una venta voluntaria. Si no están de acuerdo, la mayoría decidirá. Se pregunta qué debe entenderse por mayo. ría. Se ha fallado que debe calcularse la mayoría por la cuantía de las partes que los herederos están llamados á recoger. (1) La decisión no está motivada; según la nota del compilador, parece que lo que preocupó á la corte de Gante, es la autoridad del derecho romano. Nosotros creemos que el derecho romano nada tiene que ver en este debate. ¿Qué significa la palabra mayoría? La mitad más uno de los votos. Tal es la opción común en las leyes como en la costumbre. Hay casos en que, por excepción, la ley se contenta con una mayoría relativa, y casos en que la mayoría se computa, no por el número de los votantes, sino por los intereses que ellos representan. Así, el código de comercio exige para la validez de un concordato entre el quebrado y los acreedores, primero, la mayoría numérica, y después, que esta mayoría represente las tres cuartas partes de la totalidad de las sumas debidas ¿Hay que aplicar esta distinción por analogía al caso previsto por el art. 826? Tan evidente nos parece la negativa, que no comprendemos que se haya discutido la cuestión. Los acreedores que consienten el concordato renuncian á una parte de los créditos; luego es muy natural que los pequeños créditos no se impongan á los créditos más fuertes. Mientras que el art. 826 se funda en diverso principio, cada heredero tiene derecho á su parte en especie, por mínima que sea la cuantía de su derecho hereditario; luego todos 1 Gante, 18 de Febrero de 1835 (Pasicrisia, 1835, 5, 62).

los herederos deben figurar en la misma línea. Si la ley da á la mayoría el poder de obligar á la minoría, es porque hay un interés común á los acreedores, el de impedir que los gastos de expropiación absorban una parte del activo hereditario.

Estando la minoría ligada por la mayoría, los herederos opositores tendrían interés en impedir la venta pagando su parte en las deudas; pero ¿tienen tal derecho? Nos parece clara la negativa. Es imposible determinar la parte de uno de los herederos en los muebles, antes de que estén terminadas las operaciones de la partición; y sólo su parte en los muebles sería lo que el heredero pudiera reclamar. Los herederos opositores no tienen más que un solo medio de impedir la venta, y es pagar todas las deudas mobiliarias; ellos quedarán entonces subrogados en el derecho de los acreedores. Este último punto es, sin embargo, dudoso; la subrogación legal es de estricta interpretación, y la ley no concede la subrogación más que al heredero beneficiario (art. 1251, núm. 4), pero los herederos podrían estipular la subrogación. En todo caso, desde que satisfaga á los acreedores, la venta carece, pues, de razón de ser. (1)

Las formas de la venta se rigen por el código de procedimientos (arts. 945 y siguientes). El art. 952 dice que si todas las partes son mayores, presentes y de acuerdo, podrían vender en lo extrajudicial. La ley pone una restric ción: "y que no haya ningún tercero interesado." Si hay acreedores, ellos pueden exigir que se haga la cuenta con todas las formalidades prescriptas por las leyes sobre procedimientos; está en su interés que se observen estas formas, sea para prevenir el fraude, sea para hacerse saber el precio de los inmuebles por las pujas. (2)

2 Chabot, t. 2°, pág. 272, núm. 4 del art. 826.

¹ Gante, 18 de Febrero de 1835 (Pasicrisia, 1835, 2, 62).

321. "Si los inmuebles no pueden dividirse con comodidad, debe procederse á la venta por remate" (art. 827). La ley no reproduce para los inmuebles las excepciones que pone para los muebles. Como la venta no puede tener lugar sino en los casos determinados por la ley, debe concluirse que los inmuebles no pueden venderse, aun cuando la mayoría de los herederos lo pidiera para el pago de las deudas. Es bastante difícil dar una razón jurídica de esta diferencia entre los muebles y los inmuebles; depende, sin duda, del espíritu tradicional del derecho francés, que da mayor importancia á los inmuebles que á los muebles. Pero cuando son embargados los inmuebles, los herederos no pueden oponerse á su venta; si la ley no lo dice como lo hace para los muebles, es porque no necesitaba decirlo, siendo esto de derecho. (1)

Además del caso de expropiación, hay otro en el cual la venta debe tener lugar, y es cuando los muebles no pueden dividirse cómodamente. El interés de los herederos exige entonces que se vendan los inmuebles, porque si se vendieran á pesar de la incomodidad, resultaría una depreciación, porque su goce sería oneroso y difícil, y la pérdida recaería en los coparticipes. Y ¿cuándo puede decirse que los inmuebles no son cómodamente divisibles? Esta es una cuestión de hecho, en cuya decisión el tribunal goza necesariamente de alguna latitud; (2) él debe considerar el derecho que tienen los herederos á tener su parte en especie, con el interés que tienen en que los bienes no se deprecien por su división. (3) Darémos algunas explicaciones tomadas de la jurisprudencia.

Una sucesión recae en tres coherederos, á uno por mitad,

1 Compárese Demante, t. 3°, pág. 141, núm. 160.

á cada uno de los otros dos por una cuarta parte. Se trata de dividir entre ellos su inmueble, y no se le puede dividir sino en dos lotes: el heredero que tiene derecho á la mitad querría la división en especie, los otros dos se oponen, porque si se les da la mitad no podrán tener su parte en especie, porque dicha mitad no es divisible. La corte de casación falló que siendo el inmueble indivisible, debía rematarse; y siendo la disposición de la ley obligatoria para el juez, casó la sentencia que había decidido lo contrario. (1) ¿Debe aplicarse el mismo principio al caso en que la sucesión se divide por líneas? Se supone que el inmueble se divide cómodamente en dos partes, pero que siendo indivisible cada mitad entregada á las dos líneas, habrá lugar á remate en aquella de las líneas en que haya más de un heredero. Se falló que el inmueble debía rematarse por el todo. (2) En efecto, las dos líneas no forman dos sucesiones aparte, no hay más que una sola y misma herencia; luego todos los convocados á ella son coherederos; en consecuencia, deben aplicárseles los principios establecidos por la ley; cada cual tiene derecho á su parte de bienes en especie, y si no pueden tenerla todos, el bien debe ser rematado. La cuestión es controvertida. (3)

La corte de Bruselas falló que un inmueble no deja de ser divisible, por más que esté gravado de usufructo; hay, al contrario, un motivo más para dividirlo, porque la nuda propiedad se vende dificilmente y con pérdida. En el mismo caso se trataba de saber si un inmueble gravado con una renta debía considerarse como indivisible: la corte resolvió la cuestión afirmativamente, en razón de los inconvenientes que resultarían de las acciones recursorias

P. de D. TOMO X-51

² Véase un ejemplo en una sentencia de Bruselas, de 27 de Julio de 1862 (Pasicrisia, 1862, 5, 350).

³ Colmar, 23 de Agosto de 1831, y á recurso, denegación de 21 de Agosto de 1832 (Dalloz, Sucesión, núm, 1723).

¹ Casación, 10 de Mayo de 1826 (Dalloz, Sucesión, núm. 1733, 1°) 2 Burdeos, 30 de Julio de 1838 (Dalloz, Sucesión, núm. 1734).

³ Véanse las autoridades en Dalloz, Sucesión, núm. 1735.

403

si uno de los copartícipes no cubriese su parte en las rentas vencidas. (1) Esta decisión no es conforme al texto ni al espíritu de la ley. En el art. 807 no se trata de acciones recursorias, ni de los inconvenientes que de ellas resultan; la única cosa que el tribunal tenga que examinar es si el inmueble es ó no cómodamente divisible.

322. El código de procedimientos explica el art. 827 y modifica lo que tiene de demasiado absoluto. Puede suceder que cada inmueble sea declarado indivisible, y que, no obstante, no haya lugar al remate: esto sucede, dice el art. 974, si la totalidad de los inmuebles puede dividirse cómodamente, es decir, si se pueden poner inmuebles de un valor aproximativamente igual en cada lote. La ley no exige una igualdad obsoluta, porque esto sería, las más de las veces, pedir un imposible; la desigualdad puede compensarse de alguna manera. Esta es también una cuestión de hechos que se abandona á la prudencia de los magistrados. Los tribunales emplean á veces otro medio para prevenir la venta de los inmuebles y establecer una servidumbre en uno de los bienes en provecho del otro. En otro lugar hemos examinado la cuestión de saber en qué sentido puede hacerse esto (tomo 8º, núm. 144).

El art. 914, prueba que, en el espíritu de la ley, la partición en especie es la regla, y el remate la excepción. De esto resulta que si nada más uno de los inmuebles es indivisible, la partición en especie debe operarse en los de más. La corte de Caen así lo falló, y esto no tiene duda. (2)

323 El remate puede hacerse judicialmente ó ante notario. Si uno de los copartícipes es incapaz, los extraños deben admitirse á la venta; la publicidad de la venta se requiere siempre cuando se trata de garantir los intereses de los incapaces (arts. 839 y 1687 del código de procedi-

mientos, art. 970). Respecto á las formas de la licitación judicial, no debe perderse de vista que la ley de 12 de Junio de 1816 ha derogado el código civil en lo concerniente á la venta de los bienes que pertenecen á los menores. Abandonamos esta materia al procedimiento.

V. Formación de la masa divisible.

324. Podría creerse que cuando los bienes son estimados y vendidos, si hay lugar, todo queda terminado: la masa está compuesta sea de muebles ó inmuebles en especie, cuyo valor es conocido, sea del precio proviniente de su venta; ya no queda más que formar los lotes y atribuirlos á cada uno de los herederos. Esto es así cuando únicamente se trata de dividir uno ó varios inmuebles sobre los cuales están líquidos los derechos de las partes; en tal caso, los peritos componen los lotes, y en seguida se sortean (código de procedimientos, art. 975). Pero por lo común los derechos de las partes no están líquidos; ellos tienen que hacer privaciones cuyo resultado es aumentar ó reducir la masa divisible. Estas prestaciones reconocen por causa las indemnizaciones que deben los que han administrado los bienes, á los que se les deben las devoluciones á que están sujetos los donatarios, las deudas y créditos que los herederos pueden tener respecto al difunto. El juez comisionado emplaza á este efecto á las partes ante un notario elegido por ellos ó nombrado de oficio. Se procede, ante el notario, á las cuentas que los copartícipes se deben; hecha la cuenta, cada uno de los copartícipes devuelve los dones que ha recibido, ó las sumas de que es deudor (arts. 828, 829, y código de procedimientos artículo 976). Es ante el notario como deben verificarse estas operaciones, y no ante el juez; por la naturaleza de las funciones, los notarios son más aptos para proceder á las

Bruselas, 20 de Agosto de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 490).
Gaen, 24 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1871, 2,168).

cuentas y liquidaciones que los magistrados, porque esta materia pertenece á la jurisdicción voluntaria más bien que á la contenciosa. Por esto se ha fallado que es obligatoria la comparecencia ante un notario; el tribunal no puede retener las operaciones materiales de la partición. (1)

325. El notario comisionado procede solo v sin la asistencia de un segundo notario ó de testigos; él no está llamado á levantar acta de las declaraciones de las partes; la partición es judicial y el notario es el delegado de la justicia; oye á las partes, pero éstas no deben estar presentes á su trabajo, así como es necesaria su presencia en la redacción de las escrituras (código de procedimientos, artículos 976-978). Se ha fallado que la liquidación puede hacerla el notario solo, sin el concurso de las partes; éstas se limitan á producir las piezas y documentos necesarios para establecer la liquidación, salvo el criticar después el acta de liquidación. (2) El notario, por más que sea un delegado de la justicia, no es un juez, por lo que no le corresponde decidir las dificultades que ante él se ventilen, sino que debe limitarse, según los términos del artículo 837, á levantar acta de los dichos respectivos de los copartícipes, y remitirlos después al juez-comisario. El mismo juez no tiene derecho á decidir, sino que rinde su informe al tribunal, que es el único que tiene poder para estatuir sobre las contiendas. Se ha fallado que los herederos no pueden recurrir directamente ante el tribunal (3); en efecto, el juez-comisario es un mediador que debe trasar desde luego de conciliar á las partes y rendir después su informe, sobre el cual decide el tribunal.

Se presenta una dificultad en la aplicación de estos prin-

cipios. Se pregunta si el tribunal puede, antes de comisionar à un notario, resolver las dificultades que le sométen los copartícipes, y fijar de este modo las bases de las operaciones á las que se debe proceder ante el notario. Se ha fallado la afirmativa, y no nos parece dudosa. No hay ningún texto que se oponga á que el tribunal decida esta contienda; importa, al contrario, á los herederos que las operaciones del notario no sean complicadas y que no estén estorbadas á cada momento por dificultades que éste no tiene calidad para resolver. Es también claro que si se consuma la partición y se intenta una acción de nulidad por uno de los copartícipes, el tribunal debe decidir sin llevar á las partes ante un notario (1); únicamente después de la anulación de la partición será cuando haya lugar á enviar á las partes ante un notario, para la nueva partición á que haya de procederse. La cuestión se pone dudosa cuando, después de la comparecencia ante notario, los capartícipes hacen conocer al tribunal de una contienda que entra en las operaciones de partición confiadas al notario. La corte de casación ha fallado que los tribunales pueden siempre, antes como después del informe del notario, pronunciar sobre las dificultades que las partes les sometan, y á medida que se presenten. (2) Se ha criticado esta decisión, y con razón, á nuestro juicio (3); es contraria al texto formal del art. 837, así como al espíritu de la ley. El código quiere que el notario mande á las partes ante el comisario, porque es un ensayo de conciliación, como lo dice el Tribunado (núm. 314), y la conciliación es de orden público.

326. "Cada heredero hace entrega á la masa, según las reglas que luego se establecerán, de los dones que se le

1 Denegada de la saia de lo civil, de 23 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 469).

2 Denegada, 25 de Julio de 1838 (Dalloz, Sucesión, núm. 1746). 3 Dutrue, De la partición, pág. 345, núm, 356.

¹ Denegada, de 19 de Julio de 1838 (Dalloz, Succesión, núm. 1742). Compárense los autores que allí se citan.

² Amiens, 21 de Diciembre de 1830 (Dalloz, Succsión, núm. 1753). 3 Bruselas, 6 de Octubre de 1821 (Pasicrisia, 1821, pág. 461).

hayan hecho y de las sumas de que es deudor" (art. 829). El código tiene una sección aparte sobre la devolución de las liberalidades que el difunto haya hecho á uno de sus herederos; por el momento basta recordar que esa devolución se hace en especie; los herederos separan cada uno de la masa de la sucesión una p3rción de bienes igual á la que el donatario devuelva, y para que esta porción sea exactamente igual, la ley quiers que el separo se haga en objetos de la misma naturaleza, calidad y bondad que los objetos no devueltos en especie. Así es que los herederos separan inmuebles, cuando es un inmueble el que no se ha devuelto en especie; y muebles, cuando éstos no se han devuelto en especie (arts. 829 y 830). El código añade: siempre que sea posible. Si en la sucesión no hay objetos de la misma naturaleza, calidad y bondad, fuerza es que la separación se haga en otros objetos, mobiliarios ó inmoviliarios. (1)

327. La ley pone en la misma línea la devolución de las deudas y la de las donaciones (art. 829). Esto no ofrece ninguna dificultad cuando se trata de sumas debidas por uno de los herederos del difunto: la ley considera tales deudas como un anticipo de herencia que el difunto hizo á su presunto heredero. La devolución de las deudas se hacía, pues, desde luego, tomándolas en lo menos posible de los caudales de la sucesión. Nada más natural si el heredero estuviese obligado á poner esa suma en la masa; él là recobraría después como heredero, lo que daría lugar á tradiciones inútiles. Es más sencillo que él no entregue la suma que debe y que los otros herederos perciban una suma semejante. Si el numerario no es suficiente para satisfacer á todos los herederos, éstos toman muebles, y, á falta de mobiliario, inmuebles de la sucesión. Esto resulta hasta la evidencia de la combinación de los artículos 1 Chabot, t. 2°, pág. 291, núm, 1 del art. 830.

829 y 830. Este modo de pagar las deudas á que está obligado uno de los harederos respecto al difunto, tiene una consecuencia muy grave, y es que los herederos, acreedores de un coheredero, son pagados de preferencia á todos los demás acreedores del heredero deudor, aun cuando sean privilegiados.

Tal es, por lo menos, la opinión generalmente adoptada, la cual nos deja algunas dudas que expondrémos al tratar de la devolución (núm. 638).

328. ¿Se debe aplicar el mismo principio, con la consecuencia que se deriva, á las deudas de uno de los herederos hacia la sucesión, por ejemplo á la restitución de los frutos que él ha percibido? Cuestión célebre es ésta, y acerca de ella están divididos los autores y los tribunales. Más adelante (núm. 642) la tratarémos.

329. Cuando se han hecho las devoluciones, el notario compone la masa que ha de distribuirse por lotes entre los coherederos. La masa comprende: 1. º los bienes muebles é inmuebles que pertenecían al difunto al morir, y el precio de los que se han vendido; 2.º los bienes donados por el difunto á sus herederos y que se han devuelto en especie; 3.º las sumas que los herederos debían al difunto; 4.º las sumas que deben á la sucesión. Sobre esta masa hay que verificar separaciones antes de proceder á la formación de los lotes: 1. ° si la devolución de las donaciones no se hace en especie, los coherederos separan de los bienes de la misma especie, calidad, bondad, ó del mismo valor; 2.º si uno de los herederos ha erogado gastos para la administración de la herencia, él posee un crédito contra la sucesión, el cual se paga por vía de separación, puesto que la sucesión es la deudora; 3.º los gastos de sello é inventario también se separan. Los bienes que quedan forman la masa divisible, la cual debe distribuirse entre los herederos.