cado, está personalmente obligado por su parte hereditaria, enteramente como si la deuda no fuera hipotecaria. En cuanto al heredero que retiene el inmueble hipotecado, está obligado á la deuda hipotecariamente por el todo. ¿Quiere decir que haya una obligación á su cargo, como parece decirlo la palabra *obligado*? ¿Está él obligado, como retentor del inmueble hipotecado, á pagar toda la deuda? Por el contrario, á nada absolutamente está obligado en su calidad de retentor; él experimenta la expropiación si el acreedor procede contra él: hé ahí á lo que establigado, y sólo á esto como retentor. Como heredero, está obligado personalmente á pagar su parte hereditaria en la deuda; como retentor del inmuble hipotecado, no tiene ninguna obligación, si no es la de dejar hacer, es decir, dejarse expropiar. Pero puede venir la expropiación desinteresando al acreedor, es decir, pagando toda la deuda. (1)

70. Tal es la posición del heredero retentor de un inmueble hipotecado á la deuda. Citarémos, á este propósito, una singular inexactitud de redacción en una sentencia de la corte de casación: la corte decide que el heredero no puede ya ser perseguido hipotecariamente cuando cesa de ser retentor del inmueble, lo que es claro como la luz del dia; en tanto que es retenedor, añade la sentencia, está obligado solidariamente. (2) El error es evidente: porque ¿puede tratarse de solidaridad, cuando no hay obligación personal? Los autores, por su parte, enseñan una doctrina que creemos igualmente errónea. Se trata de saber si el heredero retentor del inmueble hipotecado es un tercer retentor. En tanto que no ha pagado su parte en la deuda, es deudor personal, y un deudor personal no es ciertamente un tercero en cuanto á la deuda: poco importa que no esté obligado personalmente por la parte de sus coherederos en la deuda; no por eso es menos cierto que está obligado por un vínculo personal á pagar la deuda; lo que excluye toda idea de tercer retenedor. Pero si paga su parte en la deuda, cesa de ser deudor, su deuda se extingue, y ya no es más que retenedor de un inmueble hipotecado; luego es tercer retentor; por lo tanto, debe disfrutar de todos los derechos que la ley otorga á éste. La mayor parte de los autores niegan que sea tercer retenedor, y, no obstante, le conceden algunos de los derechos que la ley concede al tercer retentor, y le niegan los otros. (1) Esto es muy lógico; él tiene todos los derechos de un tercer retentor, ó no tiene ninguno. ¿Puede él abandonar? Sí, dicen; (2) sin embargo, el código dispone (artículo 2172) que para abandonar se necesita ser tercer retentor. ¿Puede él purgar? ¿tiene el beneficio de discusión? Nó, se dice, porque es heredero; nosotros contestamos que él no está obligado como heredero, supuesto que ha pagado su parte en la deuda. (3) ¿Cómo subsistir á la calidad de deudor personal, siendo que ya no hay deuda? Y si el heredero es ya deudor personal, por esto mismo es tercer retentor.

1 Compárese Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 519, número 747, y Demolombe, t. 17, pág. 82, núm. 67.
2 Denegada, 26 vendimiario, año XI (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1363).

III. Caso del art. 872.

71. El art. 872 supone que entre las deudas de la sucesión se encuentra una renta garantida por una hipoteca. Cada uno de los herederos puede exigir que la renta se reembolse antes que se proceda á la formación de los lotes.

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 498, nota 15 del pfo. 636.
2 Chabot, t, 2º, pág, 583, núm. 15 del art. 873; Zachariæ, t. 4º, página 499, nota 17 del pfo. 636; Demolombe, t. 17, pág. 88, núm. 75.
3 Troplong, "De los privilegios é hipotecas," núms. 300, 798 y 903 *bis*; Chabot, t. 2º, pág. 583, núm. 15 del art. 873. En sentido contrario, Demolombe, t. 17, pág. 89, núm. 75.

Pueden también cargar al heredero retentor con el inmueble hipotecado con el servicio de su renta, deduciendo el capital del precio del inmueble. El motivo de esta disposición es evitar las acciones recursorias á que daría lugar el pago de la deuda, si se dejase bajo el dominio del derecho común. El acreedor se dirigiría naturalmente al retentor del inmueble hipotecado, para reclamar el pago de las rentas vendidas, porque éste tiene interés en pagar íntegramente la deuda á fin de evitar la expropiación. Después de haber pagado, el heredero tendría un recurso contra sus coherederos; estos recursos podrían tener lugar tantas veces como las rentas se venciesen, es decir, varias veces por año. El art. 872 da á los herederos un medio de evitarlos.

72. Cada uno de los herederos, dice el art. 872, puede exigir que las rentas se reembolsen y los inmuebles se devuelvan libres, antes de que se proceda á la formación de los lotes. Ateniéndose al texto de la ley, esta facultad no pertenecería á los herederos sino cuando los inmuebles de la sucesión están gravados con rentas *por medio de hipoteca especial*; así, pues, los herederos no tendrían el derecho de pedir el reembolso si la renta estuviera garantida por una hipoteca que gravase todos los inmuebles de la herencia. No es ese el sentido de la ley. Claro es que no existe ninguna razón para limitar la disposición al caso en que la hipoteca es especial, porque los inconvenientes que el legislador ha querido prevenir son los mismos en una y otra hipótesis. En cuanto á la redacción de la ley, es inexacta, lo que resulta hasta la evidencia de los trabajos preparatorios. El proyecto sometido á las deliberaciones del consejo de Estado, no daba á los herederos el derecho de exigir el reembolso de la renta; únicamente contenía la segunda disposición del art. 872, la cual, como más adelante lo diremos, supone, en efecto, como lo decía el proyecto, que un

inmueble de la sucesión está gravado con una renta por hipoteca especial. En la discusión, Tronchet propuso dar á los herederos la facultad de exigir el reembolso del capital, y lejos de limitar este derecho al caso de una hipoteca especial, hizo notar que una renta podrá hipotecarse sobre varios inmuebles repartidos entre diferentes lotes. Se adoptó la enmienda de Tronchet. En consecuencia, habría sido preciso refundir el texto primitivo; la sección de legislación se limitó á intercalar esta frase: *cada uno de los coherederos*, etc., conservando el principio del artículo que suponía una hipoteca *especial*. Añadió, no obstante, y *los inmuebles liberados*, lo que implica una hipoteca general. Nueva negligencia era ésta que añadir á otras tantas de redacción. Pero no podría haber duda sobre el sentido de la ley; hay acuerdo acerca de este punto, con excepción de algunas disidencias que han permanecido aisladas. (1)

73. El art. 872 dice que cada uno de los herederos puede exigir que se reembolse la renta. Esto no es más que una facultad que ella les concede, y que están en libertad de no usar; las rentas viejas, estando, por lo común, constituidas á un tipo muy bajo, ellas tienen interés en servir los vencimientos, en lugar de reembolsar el capital; por otra parte, las rentas pueden no ser reembolsables, si el acreedor ha estipulado que no pueda tener lugar la redención sino al cabo de cierto tiempo (arts. 530 y 1911). En vista de esta hipótesis, la ley añade: "el inmueble gravado debe estimarse al mismo tipo que los demás inmuebles; se hace deducción del capital de la renta sobre el precio total; el heredero en cuyo lote recae el inmueble queda él solo encargado del servicio de la renta, y debe garantirlo á sus coherederos." Esta segunda parte del art. 872 está concebida en términos imperativos. Chabot infiere de

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 516, núm. 746. Demolombe, t. 17, pág. 102, núm. 88. Compárense las autoridades citadas por Dalloz, *Sucesión*, núm. 1380.

esto que los herederos no podrían convenir en que el servicio de la renta quede indiviso. ¿Y es esa realmente la intención del legislador? Los herederos pueden arreglar sus int. reses como mejor les ocnrra; ahora bien, sólo por su interés es por lo que la ley indica un medio de evitar las acciones recursorias á que da lugar el pago de las rentas hipotecarias; y ellos son libres para renunciar lo que se establece en su favor. (1)

La segunda disposición del art. 872 no se aplica sino euando la hipoteca es especial, ó por mejor decir, cuando no recae más que sobre un inmueble; porque sería aun especial si gravara especialmente todos los inmuebles. En este último caso, la disposición se hace inaplicable, porque el acreedor conservaría su acción por el total contra cada heredero retentor de un inmueble hipotecado á la renta. Cuando no hay más que un solo inmueble gravado con hipoteca, el heredero en cuyo lote recae dicho inmueble queda él solo encargado del servicio de la renta, según los términos de la ley, subentendiéndose que respecto á sus coherederos; pero el convenio celebrado entre ellos no puede despojar al acreedor del derecho de perseguir á sus deudores; ahora bien, los herederos son deudores, y lo siguen siendo aun cuando tengan el arreglo que la ley les aconseja. Por esto es que el art. 872 agrega que el único heredero encargado del servicio de la renta debe garantirla á sus coherederos. Lo que supone que el acreedor los persigue. (2)

74. El art. 872 habla de las rentas en general, por lo que parece que se debe ablicar á las rentas vitalicias como á las perpetuas. Sin embargo, la opinión unánime de los autores es que se exceptúan las rentas vitalicias. Es cier-

1 Tal es la opinión general (Belost-Jolimont sobre Chabot, t. 2°, pág. 567, nota 2).

2 No hay duda alguna acerca de todos estos puntos, por lo que es inútil citar autoridades.

to que no hay excepción sin texto, pero aquí la excepción resulta de la regla. El art. 872 supone rentas cuyo capital es reembolsable, ó por lo menos, que tienen un capital que pueda deducirse del valor del inmueble hipotecario; y las rentas vitalicias no tienen capital, por lo que el art. 877 se hace inaplicable. Tampoco se aplica el texto de la ley á los créditos á plazo. Acerca de este último punto, hay algunas disidencias; pero no deben tomarse en consideración, supuesto que es formal la ley. Si los herederos se ponen de acuerdo, pueden hacer lo que quieran; pero para que uno de ellos pueda imponer su voluntad á los demás, se necesita un texto, y el art. 872 sólo habla de rentas. Por otra parte, los motivos por los cuales la ley deroga el derecho común, cuando se trata de rentas perpetuas, no existen en el mismo grado para las rentas vitalicias, y menos aún para los créditos exigibles. (1)

Se pregunta si debe establecerse una excepción del artículo 872 en el caso en que el acreedor fuese uno de los herederos. Se ha fallado que el art. 872 sigue siendo aplicable. Si el heredero es al mismo tiempo acreedor, reune dos calidades en su persona, y, por consiguiente, tiene los derechos inherentes á una y otra; luego, como heredero, puede usar de la facultad que la ley concede á cada uno de los herederos. La decisión de la corte de Caen, aunque haya sido criticada, nos parece muy jurídica. (2)

IV. De la persecución de los acreedores.

75. El art. 877 establece que los títulos ejecutivos contra el difunto son igual y personalmente contra el heredero. Esto es una derogación del antiguo derecho. En los

1 Zachariæ, t. 4°, pág. 503, nota 27 del pfo. 636, y Demolombe, t. 16, pág. 109, núm. 95, y las autoridades que citan.

2 Caen, 21 de Abril de 1812 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1380). En sentido contrario, Vazeille, t. 1°, pág. 449, núm. 8 del art. 872.