

El «beneficium separationis» y los actuales sistemas de separación sucesoria

Ramón M.ª Roca Sastre

Dividimos el presente estudio en tres partes. En la primera exponemos las ideas sustanciales sobre el *beneficium separationis* del Derecho romano, que constituye un dispositivo bastante enérgico de protección de los acreedores del causante, así como de los legatarios, ante la existencia de acreedores particulares del heredero. En la segunda parte examinamos la posición que los más importantes ordenamientos jurídicos actuales adoptan sobre el principio de separación o aislamiento sucesorio de bienes, como expediente para lograr aquella referida protección. Y en la tercera parte nos ocupamos someramente de la fundamentación de este principio y de la comparación global de los dos grandes sistemas seguidos para su efectividad.

I

El *beneficium separationis* surgió en Roma como medio para evitar que, por el hecho de fallecer un deudor y aceptar su herencia pura y simplemente algún heredero cargado de deudas, pudiera redundar en perjuicio de los acreedores del causante la concurrencia sobre la misma herencia de los acreedores personales del heredero por efecto de la confusión patrimonial operada. Después se extendió esta medida en favor de los legatarios.

El heredero al aceptar la herencia se subroga o subentra en todas las relaciones o elemento jurídico activo y pasivo de su causante, pues *succedit in omne ius defuncti* y, por ende, adquiere la herencia. Pero si el heredero acepta la herencia pura y simplemente, una de las consecuencias que esta aceptación produce es el fenómeno de la *confusión de patrimonios*, o sea, de dos esferas jurídicas antes distintas.

En virtud de esta *confusio honorum* el patrimonio hereditario es absorbido por el patrimonio privativo del heredero (1). Abierta

(1) No se produce un proceso de fusión de ambos patrimonios para formar un patrimonio nuevo, sino que el patrimonio hereditario se subsume o pasa a formar parte integrante del patrimonio privativo del heredero. CARIOTA-FERRARA (*La successione per causa di morte*, parte general, I, página 117) así lo entiende, pero con razón afirma que esta confusión no entraña la eliminación absoluta de todo rastro de la preexistente autonomía del patrimonio hereditario en la vida del causante, pues el origen y el título de procedencia conservan relevancia jurídica en muchos aspectos.

la sucesión, y en tanto la aceptación no tenga lugar, la herencia aún subsiste como patrimonio autónomo carente de sujeto, aunque destinado a que algún heredero llamado lo haga suyo. Pero, una vez acaecida dicha aceptación, el patrimonio hereditario queda confundido con el patrimonio particular del heredero, de suerte que los elementos componentes de la herencia, como son los bienes y relaciones jurídicas activas y pasivas del causante no extinguidas por su muerte, se barajan y entremezclan con los bienes y relaciones jurídicas del heredero en un proceso de unificación patrimonial. En consecuencia, jurídicamente no es posible distinguir los acreedores del causante de los del heredero, porque único es el deudor de todos ellos y único el titular de ambos patrimonios.

* * *

Los efectos específicos de esta confusión de bienes o de patrimonios son:

1.º El heredero queda obligado a satisfacer las deudas del causante en su integridad, aunque rebasen el valor de los bienes heredados.

2.º El heredero puede pagar a sus acreedores particulares y éstos exigirle el cobro en bienes de la herencia, con independencia de los acreedores del causante y legatarios.

3.º Las relaciones jurídicas de crédito y deuda entre el causante y el heredero se extinguen, al igual que los derechos reales limitados del heredero sobre bienes de la sucesión o del causante sobre bienes del heredero.

Estos tres efectos de la confusión hereditaria originada por la *successio* los mantuvo con rigidez institucional el Derecho romano hasta que después, por razones prácticas y extradogmáticas, el mismo las atemperó con varias excepciones. Una de ellas, la de mayor amplitud e intensidad, es la constituida por el *beneficium inventarii*, introducido por Justiniano para proteger al heredero mediante neutralizar principalmente el primero de aquellos tres efectos, esto es, la responsabilidad *ultra vires* del heredero por las deudas hereditarias. Otra de dichas excepciones es el *beneficium separationis* objeto del presente estudio.

* * *

El *beneficium separationis* que las Fuentes denominan *separatio bonorum* y también *commodum separationis*, y que asimismo es conocido a veces por *beneficio de separación de patrimonios*, fué una creación del Derecho pretorio y, por tanto, apareció mucho antes que el beneficio de inventario.

El segundo de aquellos tres efectos originados por la confusión patrimonial operada en virtud de la *successio* da lugar, conforme se ha dicho, a la posibilidad de que el heredero pague a sus acreedores personales con bienes de la herencia o que éstos le exijan el cobro sobre los mismos, independientemente de los acreedores del causante. Esto, cuando el heredero se halle agobia-

do o cargado personalmente de deudas, puede resultar perjudicial para los acreedores del difunto, ya que cabe que se trate de una herencia con potencialidad suficiente para satisfacer a todos los acreedores del causante, o, al menos, para satisfacerles en cierta proporción, pero, si con éstos concurren en la herencia los acreedores personales del heredero, podrá resultar que los acreedores del finado se queden sin cobrar o lo hagan en menor medida. En suma, la concurrencia en la misma herencia de los acreedores personales del heredero puede empeorar la situación de los acreedores del causante e incluso inutilizarla si aquéllos son más diligentes en el cobro. También los legatarios pueden quedar afectados (2).

El *beneficium separationis* apareció, pues, bajo la preocupación de impedir aquel segundo efecto de la confusión hereditaria, como instrumento separador o aislante de los dos patrimonios, el hereditario y el privativo del heredero más o menos agobiado de deudas (3), y cuyo alcance estudiaremos después, al tiempo que indicaremos también la repercusión que este beneficio pueda tener respecto de los otros dos efectos de la expresada confusión.

El *Corpus* regula esta *separatio bonorum* en el título 6 del libro XLII del *Digesto*, complementado por varias leyes del título 72 del libro VII del *Codex*. A continuación exponemos sus requisitos, el modo de proceder, sus efectos y su extinción.

* * *

Están legitimados para pedir la *separatio* únicamente los acreedores del causante y los legatarios en la propia herencia. Todos estos acreedores pueden reclamarla, aunque sean créditos sujetos a condición o a término, o que estén asegurados por garantía

(2) ULPIANO, en el *Digesto* (XLII-6, par. 1), explica que suele permitirse la separación a los acreedores, por ejemplo, cuando uno tuvo como deudor a Seyo, y, fallecido éste, quedó heredero de él Ticio, que *no es solvente y consiente la venta de bienes para pagar a sus propios acreedores*; los acreedores de Seyo dicen que para ellos bastan los bienes de Seyo y que los acreedores de Ticio deben contentarse con los bienes de Ticio y procederse como si la venta de los bienes fuese de dos, porque puede suceder que Seyo fuera ciertamente solvente y que se haya podido satisfacer a sus acreedores, o, si no por completo, tan sólo en alguna parte, pero que, admitidos y mezclados los acreedores de Ticio, habrán de conseguir aquéllos menos, porque éste no es solvente y conseguirán menos porque son muchos. En este caso es, pues, muy justo que deseando los acreedores de Seyo la separación sean oídos y que impetren del Pretor que se pague por separado su importe a los acreedores de cada uno.

Obsérvese que ULPIANO emplea en este texto el concepto de «insolvencia» como equivalente al de exceso de pasivo sobre el activo, y no en el sentido literal de mal pagador.

(3) El Pretor también previó el supuesto de que el heredero, sin estar abrumado de deudas, fuese un despilfarrador, y a este fin introdujo el remedio de la *satisfatio suspecti heredis* consistente en atribuir a los acreedores del causante el derecho a exigirle caución si quería evitar el inmediato proceso de ejecución.

real (4). Sin embargo, el acreedor del causante que sea a la vez su heredero no puede demandar la separación, excepto que tenga coheredero, en cuyo caso puede pedirla por la cuota de su crédito no extinguido por confusión, pues, respecto de esta cuota, dicho heredero puede producirse como tal acreedor (5).

Se discutió acerca del derecho de los legatarios a pedir la separación, pero de las Fuentes resulta evidente este derecho, aunque las razones difieran de las relativas a los acreedores del difunto, aparte de que éstos tienen un derecho preferente a ser satisfechos respecto de los legatarios. Sin embargo, aunque no se distingue entre clases de legatarios, prácticamente carecerá de interés la *separatio* para aquellos legatarios que lo sean de bienes o derechos específicos propios del testador, pues en éstos la propiedad o titularidad de la cosa o derecho legado pasa inmediatamente al legatario (6). Por otro lado, es indiferente que el legado sea puro o que esté sujeto a condición o término.

No pueden pedir, en consecuencia, la *separatio* ni el heredero ni sus propios acreedores. El heredero porque para enervar dichos efectos de la confusión ya cuenta con el beneficio de inventario. Y los acreedores propios del heredero porque precisamente la separación está pensada para apartarlos del caudal hereditario (7).

(4) A pesar de que un texto de PAULO (*Digesto*, XLII-6, frag. 5) presuponga que pueden pedir la separación los acreedores de la *herencia*, no obstante sólo pueden hacerlo los acreedores del *causante*, lo que hace que estén excluidos los acreedores por cargas hereditarias, excepto los que lo sean por gastos de la última enfermedad del difunto. Por tanto, los gastos por razón de gastos funerarios o por conservación o entretenimiento de bienes y otros análogos que no son débitos del causante sino de la herencia por producirse después de abierta la sucesión, corren a cargo del heredero.

(5) *Codex*, VII-72, ley 7.

(6) En el anteproyecto de reforma del Código civil francés solamente se atribuye el derecho de separación a dos legatarios de sumas de dinero.

(7) Esta exclusión es razonable. Los acreedores de la persona que después resulta ser heredero de otro contaron con el patrimonio personal de aquélla para el cobro de sus créditos y lógicamente sabían que estaban puestos a que dicho deudor contrajere nuevas deudas, incluso mediante aceptar herencias con fuerte pasivo. Sin embargo los acreedores del causante, si bien en vida de él contaron también con el patrimonio de éste y asimismo sabían lógicamente que éste podía adeudarse más y más, no obstante no es tan lógico que pensaran que después de fallecido su deudor viajaran a concurrir con ellos en la herencia los acreedores personales del heredero. Hay, pues, diferencia entre uno y otro caso.

La situación es bien diversa, dice BIONDI (*Diritto creditario romano*, parte general, 1954, pág. 364) —al comentar un texto de ULPIANO (*Digesto*, XLII-6, frag. 1, pár. 2)—, fundándose en que, cuando el heredero acepta una herencia recargada de deudas, en sustancia no hace otra cosa que contraer nuevas deudas y los acreedores anteriores no pueden quejarse de que su deudor aumente el pasivo, ya que esto entra dentro de la esfera de libertad que la ley deja al deudor. Prácticamente es fácil que un deudor agobiado de deudas se halle presto a aceptar cualquier herencia que se le ofera, mas es difícil que un deudor solvente acepte puramente una herencia recargada de deudas.

La *separatio* es, pues, un dispositivo de protección exclusiva de acree-

No es obstáculo para que los acreedores del finado pidan la *separatio* la circunstancia de que el heredero haya aceptado la herencia a beneficio de inventario, pues ambos beneficios no se repelen (8). Asimismo el beneficio de inventario no hace siempre superfluo el de separación (por más que aquél produzca resultados más extensos), ya que la subsistencia del primero depende, en general, de la voluntad del heredero, pudiendo, por tanto, decaer por su culpa y dejar al descubierto a los acreedores del causante. Por esto, mientras subsista el beneficio de inventario, únicamente podrá pedirse *ad cautelam*, o sea, por si el heredero queda, por hecho a él imputable, como aceptante puro y simple de la herencia (9).

Está legitimado pasivamente para la *separatio* el heredero, en la sucesión de que se trate, una vez haya aceptado pura y simplemente la herencia a la que estaba llamado, siempre que tenga acreedores personales.

Se ha discutido si para la separación se requiere que el heredero sea insolvente. A pesar de que dos textos del *Corpus* refieren la separación a casos de herederos no solventes, la opinión dominante es contraria a estimar necesaria la insolvencia personal del heredero como requisito legal, aunque en la mayoría de veces éste será el caso (10). Nosotros creemos que lo decisivo en este aspecto es que la concurrencia en la herencia de los acreedores particulares del heredero pueda perjudicar la situación de los acreedores del causante (11).

Por otro lado, en Derecho romano es irrelevante el hecho de

dores del causante y de legatarios. Los acreedores del heredero difícilmente encontrarán medio de impugnar la aceptación pura y simple de una damnosa *hereditas*, al menos en el Derecho romano, en el que un texto de ULPIANO (*Digesto*, XLII-6, frag. 1, par. 5) niega que exista.

(8) Claro que mientras opere el beneficio de inventario los efectos propios de la *separatio* quedarán latentes.

(9) En el caso de herencia sucesiva, un texto de ULPIANO (*Digesto*, XLII-6, frag. 1, par. 8) viene a disponer que cuando Primo haya instituido heredero a Segundo, y Segundo a Tercero, si la *separatio* la han obtenido los acreedores de Primo, ésta operará contra los acreedores de Segundo y contra los de Tercero; pero si la piden los acreedores de Segundo ésta operará contra los acreedores de Tercero, mas no contra los de Primo. En suma, los acreedores de Primo pueden impetrar la separación contra todos, y los acreedores de Segundo no pueden hacerlo contra los de Primo, mas sí contra los de Tercero.

(10) Ver BONFANTE (*Corso di Diritto romano*, 1930, VI, pág. 366) y WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, III, pág. 343, nota 3).

(11) Es, pues, indiferente que el heredero sea solvente o insolvente, pero aunque sea solvente debe tenerse en cuenta si ello podrá influir en perjuicio de los acreedores del causante y legatarios. También podrán además ser tenidas en cuenta las condiciones de moralidad o de pagador correcto que reúna el heredero.

Literalmente *insolvente* es el que no paga o el que es mal pagador, pero además el concepto es entendido usualmente como la situación de aquella persona que no tiene con qué pagar sus deudas, conforme entiende la Real Academia Española de la Lengua.

que la herencia tenga un pasivo inferior, igual o superior al activo (12). Actualmente es importante el hecho de que el volumen de acreedores del causante haga que sea solvente o insolvente la herencia, es decir, el causante, pues si el pasivo hereditario es mayor que el activo, dejándose sin pagar las obligaciones corrientes, se puede producir la situación de concurso de acreedores (o de quiebra, en su caso).

La *separatio bonorum* tiene por objeto el patrimonio relicto por el causante, si éste ha fallecido con testamento u otro acto de última voluntad, como si ha fallecido abintestato.

Del activo patrimonial forman parte incluso los créditos que el causante ostentare contra su heredero; en cuanto a si forman parte de su pasivo las deudas que el causante tenga a favor de su heredero nos ocuparemos de ello al examinar los efectos de la separación.

Al patrimonio hereditario han de agregarse los frutos o rentas por él producidos, pues *fructus augent hereditatem*. También forman parte de él las accesiones y demás adquisiciones *ex causa hereditaria*. En cambio, por no incidir en esta última clase de adquisiciones, Dernburg (13) entiende que no deben tomarse en cuenta el precio o contraprestación obtenidos por el heredero por cambio, hecho de buena fe, de bienes de la herencia antes de la demanda de separación, o sea en virtud de negocio jurídico, lo que equivale a negar en este caso el juego de subrogación. Pero no todos los autores lo entienden así (14). Igualmente hay que excluir las cosas hereditarias que hayan sido objeto de confusión material con otras del heredero, de suerte que sea imposible individualizarlas.

* * *

En lo tocante al modo de proceder, la *separatio* era rogada y por ello no podía ser concedida de oficio, ni menos operar *de iure* (15). Los acreedores del causante y los legatarios habían de impetrarla al Pretor (16), quien la concedía, previo examen de las circunstancias de cada caso (*causa cognita*). Afirma Biondi (17) que se trataba de una concesión discrecional, pero después, con la guía de la jurisprudencia, fueron fijados los requisitos, hasta

(12) El texto de ULPIANO citado en la nota 2 demuestra que es indiferente que el causante de la herencia fuere solvente o insolvente, pues considera aplicable la *separatio* tanto si el causante Seyo era o no solvente.

(13) *Pandette*, III, pág. 633.

(14) Por ejemplo ORTMANN aplica aquí la regla clásica *pretium succedit in locum rei*. Ver BONEANTE (Ob. cit., VI, pág. 368).

(15) En el período del *ius commune*, llamado también impropiaemente de Derecho intermedio, se produjo en Francia cierta corriente tendiente a estimar que la *separatio* operaba por ministerio de la ley. Conforme veremos más tarde, esta tendencia se acusa en el actual Proyecto de Compilación del Derecho foral de Navarra.

(16) O de los Presidentes en las provincias.

(17) *Ob. cit.*, pág. 369.

que al atribuirse el conocimiento de esta materia a los Jueces, como funcionarios estatales encargados de aplicar las leyes, se consolidaron los requisitos legales. Con todo, estimamos con Dernburg (18) que el previo examen del Juez subsistió como necesario para apreciar si el heredero era insolvente o, de no serlo, si la concurrencia de sus herederos personales en la herencia relicta podía perjudicar a los acreedores del causante y a los legatarios.

No hay tiempo o plazo señalado para pedir la *separatio*, por bien que es más probable su inadmisión cuanto más tiempo haya transcurrido desde la adición de la herencia. Pero dos textos de Ulpiano (19) señalan el plazo de caducidad de cinco años, a contar desde la aceptación de la herencia; pero estos textos se estima han sido objeto de interpolaciones (20). Asimismo en el período del *ius commune* no se reconoció la existencia de este plazo y se admitió sólo la prescripción ordinaria (21). Por tanto, mientras ésta no se consume, cabe pedir la separación, pero exclusión hecha de bienes que no continúen en propiedad del heredero.

La *separatio* se decreta por sentencia judicial y para su efectividad ha de nombrarse un curador de la herencia para que pague a los acreedores del causante; y si esta herencia está excesivamente cargada de deudas se produce la pugna de acreedores. Así se expresa Dernburg (22), el cual se produce en sentido actualizador pandectista, perfectamente explicable tratándose de materia procesal.

En el Derecho romano clásico la *separatio* era una incidencia del proceso ejecutivo colectivo o universal contra el heredero, pues no consistía en una demanda principal que originaba un procedimiento autónomo, sino una pretensión conectada con una *bonorum venditio* ya iniciada, y que por efecto de la separación se bifurcaba en dos *honorum venditiones*, referidas una al patrimonio hereditario y la otra al patrimonio del heredero, si bien operaban ambas a nombre de este último, mas sobre la base de diferenciar, de momento, entre los acreedores del heredero y los del causante (23). Pero todo esto con el tiempo evolucionó (24).

* * *

Y entremos ahora en el examen de los efectos de la *separatio*, aspecto que constituye el punto álgido de esta institución, pues

(18) *Ob. cit.*, III, pág. 631.

(19) *Digesto*, XLII-6, frag. 1, párs. 10 y 13.

(20) Ver BONFANTE (*Ob. cit.*, VI, pág. 384).

(21) Así lo entiende POTIER (*Traité des successions*, 1830, cap. V, artículo 4).

(22) *Ob. cit.*, III, pág. 632. Del mismo modo se produce SOHM (*Instituciones de Derecho privado romano*, pág. 569), y muchos otros romanistas.

(23) La *bonorum venditio* era un procedimiento de ejecución forzosa universal, precedida de la *missio in possessio* o ocupación del patrimonio del deudor. Podía pedirla un solo acreedor, pero se anunciaba con proclamas con el fin de que pudieran ser parte en el proceso los demás acreedo-

sirve para determinar su verdadera naturaleza jurídica, de honda trascendencia histórica.

Para simplificar la exposición de los términos del problema, éste hay que plantearlo a base del siguiente dilema: ¿La separación o aislamiento del patrimonio hereditario respecto del patrimonio del heredero que produce la *separatio* entraña una separación absoluta y plena o bien solamente una separación relativa y limitada?

Si lo primero, todos aquellos tres efectos de la *confusio bonorum* que la *successio* ocasiona, y que señalamos antes, dejan de producirse y, en consecuencia:

1) El heredero no queda obligado a satisfacer *ultra vires* las deudas del causante, sino tan sólo con los bienes de la herencia.

2) El heredero no puede pagar a sus acreedores personales ni éstos exigirle el cobro con bienes de la herencia.

3) Las relaciones jurídicas de crédito y deuda o derivadas de derechos reales limitados entre el causante y el heredero no se extinguen.

Se producen, pues, los mismos efectos que en el beneficio de inventario. Pero en este beneficio, y en el de separación entendido en sentido absoluto, la separación lógicamente no es totalmente plena, pues si bien de momento los acreedores del heredero deberán contentarse con proceder contra el patrimonio privativo de este último, conservarán el derecho de perseguir el residuo hereditario

res del ejecutado. Este procedimiento asimismo afectaba a todo el patrimonio de éste. Se trataba, pues, de un proceso colectivo de ejecución que abarcaba la masa de los bienes del deudor y que parecía tener el carácter de un concurso de acreedores en sentido moderno cuando se estaba ante una *venditio bonorum debitoris obaerati*, o sea contra un deudor repleto de deudas, pero sin implicar un procedimiento diferenciado.

Los acreedores elegían uno de ellos como representante o curador de la masa, denominado *magister*, el cual debía anunciar la venta y sus condiciones (*lex venditiones*), la cual tenía lugar mediante adjudicar en bloque los bienes del ejecutado a la persona que ofrecía a los acreedores el pago de sus créditos en mejores condiciones. Era el *bonorum emptor*, que adquiría *per universitatem* el patrimonio del deudor, con acción para reclamar el pago de los créditos que acaso tuviera.

Puede verse sobre la materia ARANCIO-RUIZ (*Instituzioni di Diritto romano*, pág. 145), DE FRANCISEI (*Sintesis histórica de Derecho romano*, página 572), SOLAZZI (*Il concorso dei creditori*, I, pág. 35), etc., etc.

(24) Según TARTUFGANI (*Della separazione dei patrimoni*, en «Archivio giuridico», XVI, pág. 122) el desenvolvimiento de la institución demuestra que el proceso de ejecución podía ser ocasión de la *separatio*, y lo más frecuente, pero ello podía también invocarse aparte.

La aparición del proceso de ejecución singular o sobre bienes determinados (*bonorum distractio*) no pudo afectar a la *separatio*, que en el sistema romano presupone siempre un procedimiento judicial de tipo colectivo o universal; pero con el tiempo se transformó en un proceso autónomo dirigido específicamente a la efectación de la *separatio* y consiguiente liquidación del pasivo hereditario.

que quedare después de satisfechos con los bienes relictos los acreedores del causante y los legatarios.

Por el contrario, si la *separatio* únicamente origina un aislamiento relativo o limitado de los dos patrimonios, del hereditario y del propio heredero, aquellos tres efectos de la confusión hereditaria se producen de otra manera, ya que el primero subsiste, el segundo queda paralizado y el tercero en parte subsiste y en parte no, conforme con más detalle explicaremos a continuación.

Ahora bien, de estos dos criterios de *separatio* absoluta y de *separatio* relativa ¿cuál de ellos adopta el *Corpus*? La contestación es difícil por la circunstancia de existir textos contradictorios.

Efectivamente. Por un lado, un texto de Ulpiano (25) y otro de Paulo (26) afirman que los acreedores del causante quedan definitivamente apartados del patrimonio particular del heredero, mientras que los acreedores privativos de éste sólo quedan apartados del patrimonio hereditario en tanto no estén satisfechos los acreedores hereditarios. En cambio, un texto de Papiniano (27)

(25) Expresa este texto (*Digesto*, XLII-6, frag. 1, par. 17) que «de ordinario está admitido que los acreedores del heredero, si sobrare algo de los bienes del testador [o causante], pueden tenerlo para sus propias deudas, pero que los acreedores del testador [o causante] no pueden tener nada de los bienes del heredero. La razón de esto es que el que impetró la separación se debe imputar a sí mismo su propia facilidad, si habiendo bienes suficientes del heredero hubiere preferido que se separasen para él los bienes del difunto, pero esto no se les podría imputar a los acreedores del heredero. Por tanto, si los acreedores del difunto desearan actuar también en los bienes del heredero, no han de ser oídos, porque la separación que ellos mismos pidieron los separó de estos bienes. Pero si los acreedores del difunto pidieron temerariamente la separación pueden impetrar venia, habiendo alegado, por supuesto, justísima causa de su ignorancia».

(26) Este texto (*Digesto*, XLII-6, frag. 5) también expresa que «si los acreedores de la herencia impetraron la separación de los bienes, y se hallara que no es solvente la herencia, pero que el heredero sí es solvente, no podrán volverse contra el heredero, sino que deben estar a lo que una vez pidieron. Mas si después de impetrada la separación el heredero hubiere adquirido alguna cosa, ciertamente por causa de la herencia, deberán ser admitidos a lo que se adquirió los que impetraron la separación. Pero si se les hubiere satisfecho, lo que sobre se dará a los acreedores propios del heredero. Mas si el heredero hubiere adquirido por otra causa, no serán admitidos los acreedores de la herencia. Pero si los propios llegaron a cobrarlo todo, lo que sobrare opinan algunos que se les ha de dar a los de la herencia, pero a mí no me parece así, porque cuando pidieron la separación se apartaron de la persona del heredero y se atuvieron a los bienes y vendieron como de un difunto los bienes, los cuales no pueden recibir aumento. Y lo mismo estimo se ha de decir, también, si, engañados en cuanto a la separación de los bienes, consiguieron menos que los acreedores propios del heredero. Mas los acreedores del heredero tienen los bienes propios de él, y la persona, la cual puede adquirir mientras vivan».

(27) Dice este texto (*Digesto*, XLII-6, frag. 3, pár. 2) que «respecto a otro cualquier acreedor [del causante] que impetró la separación, será más conveniente admitir, que, si no se pudiera satisfacer del todo con la herencia, perciba de los bienes del heredero, solamente si hubieren sido

sostiene el criterio opuesto respecto de los acreedores del causante, pues entiende que éstos no quedan apartados definitivamente del patrimonio privativo del heredero, sino tan sólo mientras no queden satisfechos con él los acreedores particulares del heredero.

La contradicción entre estos textos, los de Ulpiano y Paulo de un lado y el de Papiniano por otro, es manifiesta. La antinomia es neta —dice Bonfante (28)— y parece vano intentar conciliarlos, tanto más cuanto la opinión atribuída a Papiniano es precisamente contemplada y rechazada en el texto de Paulo, cosa extraña en textos colocados bajo el mismo título.

Esta contradicción afecta principalmente al primero de aquellos tres efectos antes indicados derivados de la confusión hereditaria, pues la pugna radica en si los acreedores del causante que no han podido cobrar sus créditos con la herencia, por haberse agotado ésta, pueden o no dirigirse para su cobro contra el patrimonio privativo del heredero. Respecto de los dos otros efectos nos ocuparemos de ellos después.

a) Dentro del campo de la *separatio* el influjo de ésta en orden al principio de la responsabilidad *ultra vires*, por débitos del causante, del heredero que haya aceptado la herencia pura y simplemente, puede adoptar dogmáticamente estas tres posiciones:

—Que los acreedores del causante insatisfechos de sus créditos por insuficiencia de los bienes de la herencia *no pueden perseguir después en ningún caso, los bienes propios del heredero*. Responde a la idea de una rabiosa separación entre el patrimonio hereditario y el propio del heredero, que conduce a eliminar la responsabilidad *ultra vires* de éste. Es la postura extrema seguida por dichos textos de Ulpiano y Paulo, pues en ellos se afirma que por por la *separatio* los acreedores del causante no pueden tener nada de los bienes del heredero, no debiendo ser oídos respecto de estos bienes, ya que se apartaron de ellos contentándose con los bienes de la herencia. En una palabra, es como si el pedir la separación implicase renuncia de los acreedores del causante a hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio particular del heredero.

—Que los acreedores del causante insatisfechos de sus créditos por insuficiencia de los bienes de la herencia *pueden perseguir después en plena concurrencia y paridad con los acreedores personales del heredero, los propios de éste*. Es una solución opuesta extrema, no recogida por el *Corpus* y que respeta en alto grado el principio de la responsabilidad *ultra vires* del heredero, conjugándola con las exigencias de la *separatio*.

—Que los acreedores del causante insatisfechos de sus créditos

pagados los acreedores propios del heredero, lo que sin duda se ha de admitir en cuanto a los acreedores del heredero, habiendo sido pagados los de la herencia.

(28). *Ob. cit.*, VI, pág. 371.

tos por insuficiencia de los bienes de la herencia *pueden perseguir después los bienes privativos del heredero*, pero con el condicionamiento de *poder hacerlo sólo una vez satisfechos los acreedores personales del propio heredero*. Es una postura intermedia conciliadora, inspirada en el referido texto de Papiniano, que, si bien respeta el principio de responsabilidad *ultra vires* del heredero, la modaliza en el sentido recíproco compensatorio por entender que si por virtud de la *separatio* quedan diferenciados de momento el patrimonio hereditario y el privativo del heredero, es justo y equitativo que los acreedores del causante puedan cobrar sus créditos en primer lugar con el patrimonio hereditario y subsidiariamente con el patrimonio del heredero, del mismo modo que los acreedores particulares de éste pueden proceder en primer lugar contra el patrimonio del heredero y subsidiariamente contra lo que reste del hereditario (29).

La primera posición ha sido la más seguida por la doctrina. Duarenus, Donellus, Vöet y tantos otros juristas antiguos ya la dieron como prevalente. Sería interminable dar más nombres.

Argumentos expuestos a favor de esta primera tesis son muchos. Por ejemplo, Fadda (30) la defiende a base de este dilema: o la *separatio* significa para los acreedores del causante un definitivo desinterés o desapego respecto del heredero y, por ende, una vez hecha excusión de los bienes del difunto no cabe la posibilidad de que persigan al heredero, o bien implica una simple razón de preferencia que sitúa el patrimonio del finado en primera línea a merced de sus acreedores, y que después, por insuficiencia de este patrimonio deba volverse al régimen común respecto del patrimonio del heredero, sobre el que los acreedores del causante podrán concurrir con los particulares del heredero. Y como esta segunda solución—dice—no es posible, no queda sino la primera.

Dice Dernburg (31) que en esta posición se hace valer el Derecho estricto, es decir, se entiende que desde el momento en que los acreedores del causante han repelido al heredero como deudor de sus créditos contra el difunto y le han sustraído la herencia, la lógica requiere que de tales créditos quede él liberado. Este es el argumento fuerte que emplean los partidarios de esta tesis. Consideran que el simple hecho de pedir y obtener la separación implicó para los acreedores del causante la renuncia de su derecho

(29) Es de advertir que nadie discute el derecho de los acreedores del heredero a perseguir para el cobro de sus créditos los bienes de la herencia que resten después de satisfechos con ellos los acreedores del causante, pues la *separatio* demandada por éstos encuentra agotada su función una vez satisfechos con la herencia los acreedores del causante, de modo que el residuo hereditario que quede al heredero lo incorpora definitivamente a su patrimonio propio.

(30) *Concetti fondamentali del Diritto creditario romano*, 1949, II, pág. 413.

(31) *Ob. cit.*, III, pág. 633.

a perseguir los bienes privativos del heredero, pues se formaron dos masas patrimoniales, una constituida por la herencia y la otra por el patrimonio particular del heredero, que quedaron sujetas a ejecución independiente. Por esto afirma Melucci (32) que en virtud de la separación, el difunto es considerado como si todavía viviere, subsistiendo los dos grupos de bienes, con sus dos respectivos grupos de acreedores no concurrentes, por ejercitar los de cada grupo independiente su propio derecho.

Esto hace decir a De Simone (33) que, si, como lógica consecuencia de la *separatio*, los acreedores del causante por obvias razones han querido garantizarse con el patrimonio del difunto, no pueden posteriormente revolverse contra el patrimonio personal del heredero de resultar insuficiente la herencia, porque la separación debe producir respecto de aquellos acreedores el anulación completa de los efectos de la aceptación hereditaria del heredero, lo que convierte la herencia en un patrimonio separado, constitutivo de un núcleo patrimonial autónomo o con subsistencia propia, sobre el que se localizan determinada clase de deudas, por estar exclusivamente destinado a la liquidación del pasivo hereditario.

Esta última idea está inspirada por Boufante (34), el cual, sobre la base de la prevalencia de dichos textos de Ulpiano y Paulo —aunque negando que la *separatio* entrañe rescisión de la aceptación hereditaria— quiere averiguar la razón que explique por que los romanos consideraron que por virtud de la separación el heredero no sucedía en las deudas del finado, en tanto no adquiriera el residuo del activo hereditario. Y esta razón pretende haberla encontrado el referido gran romanista en el hecho de que la *separatio* conduce a un concepto de la sucesión, no en el sentido romano de la *successio in ius*, sino en el de adquisición de un patrimonio que soporta objetivamente las deudas del causante, o sea, una noción realista de la adquisición universal, conocida en los ordenamientos jurídicos no influidos por el Derecho romano, por la que se adquiere un patrimonio relicto *deducto aere alieno*, y cuyo *aes alienum* grava sobre lo adquirido, mas no sobre la persona del adquirente.

Contra esta posición, antiguamente dominante, asentada en los transcritos textos de Ulpiano y Paulo, militan graves razones, entre otras, las siguientes:

El argumento expuesto por Fadda, fundado en aquel referido dilema de que la *separatio* o significa apartamiento de los acreedores del causante en el patrimonio del heredero o implica una simple razón de preferencia a favor de estos acreedores en los bie-

(32) *Trattato della separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede*, pág. 8.

(33) *La separazione dei beni ereditari*, pág. 21.

(34) *Ob. cit.*, VI, pág. 374.

nes de la herencia, es deleznable porque ambos términos no son incompatibles sino que pueden armonizarse en otra solución intermedia, como es la de la posición tercera o de Papiniano. En contra de dicho dilema cabe oponer este otro, formulado por Ferrini (35), según el que: o el heredero ha optado por el beneficio de inventario e invertido la herencia en satisfacer las deudas del causante, sin que puedan pretender nada sobre su patrimonio los acreedores o, por el contrario, ha prescindido de tal beneficio y en este caso el heredero debe responder inexorablemente con sus propios bienes de las deudas del causante. Aquí sí que no cabe término medio, pues la responsabilidad *intra vires* del heredero por deudas del causante sólo es posible en nuestro sistema mediante el beneficio de inventario.

Aquí radica el punto flaco de la posición que impugnamos. Hay cierta unanimidad en reconocer que la *separatio* no deja sin efecto la aceptación pura y simple de la herencia por el heredero (36), así como no impide que éste continúe con su carácter de sucesor en el *ius* del causante y, por ende, como sucesor en sus deudas. Luego si se admiten estas dos premisas, ¿por qué se niega que el heredero responde con sus propios bienes de las deudas del causante? (37).

Asimismo parece extraño que un remedio arbitrado para beneficiar a los acreedores del causante, pueda trocarse en perjuicio de ellos y favorecer a los acreedores del heredero, que ya sabían que su deudor podía contraer nuevas deudas, incluso mediante aceptar herencias.

En una palabra, si el heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente, ha de responder *ultra vires hereditatis* de las deudas del causante, y el hecho de la *separatio* podrá modalizar esta responsabilidad, mas no eliminarla.

Ante lo infundado de esta primera posición, la segunda parece más razonable y teóricamente puede que sea la más fundada. Biondi (38) la propugna por entender que la tercera posición, que es la de Papiniano, es poco lógica, ya que, si los acreedores del causante no cesan de ser acreedores del heredero, no hay motivo para que al resultar insuficiente el patrimonio hereditario tengan los acreedores personales del heredero una preferencia respecto de aquellos otros sobre el patrimonio privativo del heredero. La solución más lógica—afirma este romanista—es que exhausto el patrimonio he-

(35) Página 8 del «Buletino dell'Istituto di Diritto romano», volumen XIII, año 1901.

(36) La tendencia que ve rescindida la aceptación hereditaria por efecto de la *separatio*, ha de considerarse actualmente abandonada.

(37) No cabe oponer que el heredero que goza del beneficio de separación es sucesor en las deudas de su causante, pero no responde de ellas con sus bienes propios, porque este resultado es exclusivo del beneficio de inventario.

(38) *Ob. cit.*, pág. 373.

reditario puedan concurrir los acreedores del causante sobre el patrimonio del heredero con *paridad* a los acreedores personales de éste.

Hemos dicho que quizás esta segunda posición es teóricamente la más fundada, pero, creemos, aún conserva cierta dosis de rigidez, por cuya razón la posición tercera responde mejor a un criterio de equidad (39).

Esta tercera posición, que es la propia del referido texto de Papiniano, es defendida por Windscheid (40), quien parte de la base de que los mencionados textos del *Digesto* se contradicen, sin que sea posible su conciliación, por lo que se destruyen recíprocamente, dando lugar a un silencio normativo que debe colmarse, lo que se logra mediante la solución de equidad de Papiniano, esto es, que los acreedores del causante que no hayan conseguido satisfacerse por entero con el patrimonio del difunto, puedan proceder contra el patrimonio privativo del heredero, siempre que hubiesen sido pagados los acreedores propios de éste.

Esta es la opinión que consideramos más aceptable, y la defendida por muchos juristas, bastando citar entre ellos a Dernburg (41) entre los extranjeros y a Iglesias (42) entre los españoles (43).

b) La trascendencia de la *separatio* respecto del indicado segundo efecto de la *confusio bonorum* que la sucesión provoca, o sea, acerca de si el heredero puede pagar a sus acreedores par-

(39) En su favor hay la consideración de que es más natural que los acreedores del heredero puedan perseguir bienes hereditarios después de estar satisfechos los acreedores del causante, que no que los acreedores del causante puedan perseguir los bienes particulares del heredero, una vez satisfechos los acreedores personales de éste.

Con todo, afirma PETIT (*Tratado elemental del Derecho romano*, página 566), se trata de un caso de justa reciprocidad.

(40) *Ob. cit.*, III, pág. 344.

(41) *Ob. cit.*, III, pág. 633, nota II.

(42) *Instituciones de Derecho romano*, 1951, II, pág. 220.

(43) La pugna referente a la contradicción de aquellos textos de ULPIANO y PAULO en relación con el de PAPINIANO todavía subsiste entre los romanistas. En la discusión se interfieren también el problema de las consabidas interpolaciones del *Corpus*, así como las distinciones históricas y de tipo evolutivo a base distinguir entre el Derecho romano clásico, el postclásico y justinianeo y el Derecho común.

Consideramos impropio de la índole de este estudio ocuparnos de estas cuestiones, limitándonos a remitirnos a este respecto a la síntesis que BONFANTE expone, principalmente en su *Corso* citado (vol. VI, pág. 372). No obstante, después indicaremos la influencia histórica que la tesis de PAPINIANO ha tenido en la transformación posterior de la *separatio*, especialmente en el amplio período del *ius commune* dentro del ámbito del Derecho francés. Y esto prescindiendo de los esfuerzos que en estos últimos tiempos ha desplegado BAVIERA (en su obra *Il commodum separationis de Diritto moderno*, pág. 65 y sigs.) al pretender explicar la tesis de PAPINIANO e interpretar las Fuentes bajo la obsesión del sistema francés, que sólo ve en la separación un simple sistema de prelación creditual, o sea, un *privilegium exigendi* a favor de los acreedores del causante.

ticulares y éstos exigirle el cobro con bienes de la herencia, independientemente de los acreedores del causante y legatarios, plantea una cuestión que se halla embebida en la anteriormente estudiada, por cuyo motivo, si se adopta el criterio del referido texto de Papiniano, que entendemos que es la fórmula que ha de prevalecer, resultará que por efecto de la separación el heredero no podrá pagar a sus acreedores personales (44) ni éstos exigirle el cobro con bienes de la herencia, ni con los frutos de ella, hasta que hayan sido satisfechos los acreedores del causante, y los legatarios, es decir, previa excusión de los bienes relictos, de suerte que sólo si quedare sobrante hereditario podrán los acreedores del heredero ser satisfechos o satisfacerse con él, aparte de poder proceder siempre contra los bienes propios del heredero. Inversamente los acreedores del causante (45) no podrán perseguir los bienes privativos del heredero, hasta que los acreedores personales de éste queden satisfechos con tales bienes.

De aquí resultan configurados dos grupos patrimoniales, adscritos preferencialmente a dos grupos respectivos de acreedores: uno, el hereditario, destinado preferentemente a la satisfacción de los acreedores del causante y subsidiariamente a los acreedores particulares del heredero, y el otro grupo, el privativo del heredero, destinado preferentemente a la satisfacción de los acreedores de éste y subsidiariamente a los acreedores del causante. Con ello se mantiene una separación o aislamiento provisorio de ambos patrimonios, pues subsiste en la medida necesaria para el cobro preferente y subsidiario de los créditos de los respectivos acreedores. Por consiguiente, este sistema implica la configuración de dos criterios de preferencia o prelación crediticia.

c) En cuanto a la trascendencia que la *separatio* pueda tener en relación al tercer efecto de la *confusio bonorum*, es decir, concretamente sobre la eficacia extintiva de relaciones jurídicas reci-

(44) El heredero no podrá satisfacer a sus acreedores personales con bienes de la herencia, mientras los acreedores del causante y los legatarios no hayan percibido lo que les corresponda, pues, como afirma BONFANTE (*Ob. cit.*, VI, pág. 368), decretada la *separatio*, toda enajenación de bienes hereditarios es vedada al heredero.

(45) Los legatarios no entran aquí si se estima, como creemos, que el heredero, aunque acepte la herencia pura y simplemente, no responde *ultra vires* de los legados ordenados por el causante, pues éstos constituyen una *delibatio* o sustracción de sustancia hereditaria (sustancia *in natura* en los legados *per vindicationem* o de efectos reales y *ad valorem* en los legados *per damnationem* o de efectos obligacionales), mas no una deuda como las que tenía el causante. Pero la responsabilidad del heredero por los legados *per damnationem* plantea un problema discutidísimo, cuya amplitud no nos permite entrar en su estudio, pero que entendemos no entraña responsabilidad *ultra vires hereditatis* al heredero, sin que la introducción de la cuarta Falcidia altere la situación. Con todo creemos que el heredero puede contraer responsabilidad por razón de los legados debido a irregularidad de su conducta, pero entonces se trata de cuestión diferente.

procas entre causante y heredero, sean éstas credituales o bien se deriven de derechos reales limitados, entendemos que no se extinguen cuando el titular del crédito o derecho fuere el causante, pero que sí se extinguen cuando el titular sea el propio heredero,

La razón de este trato diferencial es que la separación únicamente opera en beneficio de los acreedores del causante, y legatarios, más no del heredero, ya que si bien éste era a su vez acreedor del causante, su carácter de heredero del mismo impone la extinción de su crédito por confusión, pudiendo solamente evitarla mediante aceptar la herencia a beneficio de inventario, cosa que no ha hecho en nuestro caso, pues ha aceptado la herencia pura y simplemente. Supongamos que un acreedor fallece y resulta ser el heredero su deudor, que acepta la herencia sin beneficio de inventario. El crédito del causante ha de subsistir por efecto de la *separatio*, pues, si quedara extinto, los acreedores del causante verían desvanecerse un crédito que integraba el activo hereditario y con cuya subsistencia contaban, pues entendieron que gracias a la separación permanecía intacto este activo.

Así pues, en el Derecho romano ha de subsistir dicho crédito, ya que la *separatio* opera en beneficio de los acreedores del causante, y legatarios, que la hayan impetrado y evita, por tanto, la extinción por confusión del mismo. En cambio, como la separación no constituye un expediente defensivo en favor del heredero ni de sus acreedores, por esto ella no impide que se produzcan los efectos extintivos de la confusión hereditaria respecto de los créditos del heredero contra el finado (46). Afirma Ricci (47) que la confusión en tanto extingue la acción en cuanto hace imposible su ejercicio; luego cuando este ejercicio sea posible—como sucede con los acreedores del causante, quienes al demandar la separación hacen valer el crédito del causante contra el heredero—, entonces no puede hablarse de extinción por confusión hereditaria (48).

* * *

Como complemento de lo expuesto aquí en materia de efectos de la *separatio* hay que indicar lo siguiente:

Conforme expresa Biondi (49), la *separatio* tiene carácter unitario, pues se demanda y obtiene respecto de la herencia en su complejo total. Sin embargo, la separación actúa únicamente a favor de los que la obtengan, a quienes denominaremos *separatis-*

(46) Nos fundamos en lo dicho antes con relación a la nota 5.

(47) *Corso di Diritto civile*, X, pág. 355.

(48) Es, pues, imposible que el heredero proceda contra sí mismo para conseguir el cobro de su crédito contra el difunto, pero no es imposible a los demás acreedores de este último actuar contra el heredero con el fin de obtener, incluso sobre el crédito del causante contra el heredero, el pago de lo que les es debido. Queda a salvo el supuesto previsto en la nota 5. Ver Sciro, *Teoría generale delle obbligazioni*, pág. 848.

(49) *Ob. cit.*, pág. 368.

tas, pues cabe que unos la impetren y otros no. Para los primeros, o sea, los separatistas, dice este autor, que se afirma que habían decidido *defunctum sequi*, en el sentido de que quisieron que el patrimonio del deudor subsistiera en su garantía; para los otros se habla de *heredem sequi*, o sea, como si hubiesen admitido la consecuencia de la confusión hereditaria (50).

Pero uno de los problemas importantes de la *separatio* es el que se suscita al tratar de determinar la posición de los acreedores del causante separatistas, respecto de los no separatistas (51), del que nos vamos a ocupar ahora, dejando para después las demás situaciones que pueden producirse en esta materia.

a) Relación entre los acreedores que han obtenido la *separatio* y los que no la han obtenido.

Pugnan aquí dos criterios. Uno, absoluto, que estima que los acreedores del causante no separatistas quedan reducidos a la condición misma de los acreedores del heredero, de suerte que no pueden perseguir los bienes de la herencia hasta que los acreedores separatistas estén totalmente satisfechos, es decir, sobre el residuo hereditario, en concurrencia con los acreedores originarios del heredero. Es el criterio dominante hasta estos últimos tiempos.

El segundo criterio es relativo, ya que sostiene que los acreedores del causante no separatistas concurren en la herencia con los separatistas, pero sujetos a la concurrencia de los acreedores personales del heredero. Este criterio va prevaleciendo modernamente.

Boufante (52) da el siguiente ejemplo para cada uno de estos dos criterios, sobre la base de una herencia en estado de concurso: El causante tenía un patrimonio de 100, y 10 acreedores, cada uno por 25. El heredero estaba aún más recargado de deudas y, ante ello, los acreedores del causante piden la separación, pero no todos, pues si la pidieren todos no habría cuestión y cada uno recibiría 10 en el concurso. Pero supongamos que cuatro de aquellos acreedores obtienen la separación y los otros seis no. Es fácil establecer las dos soluciones. Según el criterio más rígido, los cuatro acreedores separatistas quedan satisfechos por entero con la herencia ($4 \times 25 = 100$) y, como no queda residuo, los otros seis acreedores son rechazados y remitidos al heredero. En cambio, según el criterio más benigno, unos y otros, separatistas y no separatistas, perciben siempre 10 (la cuota del concurso), con la

(50) Al concepto de *heredem sequi* empleado en las Fuentes como opuesto al de *defunctum sequi*, hay que atribuirle un doble significado: el de indicar al acreedor del causante que ha reconocido como propio deudor al heredero, en cuyo caso queda privado de pedir la separación, y en el de expresar al acreedor del causante que no ha pedido la separación. Hay que tener en cuenta ambos sentidos para evitar confusiones.

(51) Claro está que si ninguno de los acreedores del causante obtiene la separación, o la obtienen todos, no hay problema, pues éste sólo surge al obtenerlo unos y otros no.

(52) *Ob. cit.*, pág. 377.

salvedad de que los primeros tienen intangiblemente lo, mientras que los otros deben sufrir el concurso de los acreedores originarios del heredero, respecto del cual no se han procurado el remedio de la separación.

En estos dos criterios hay coincidencia acerca de que la *separatio* ha de favorecer a quienes la pidan, pero existe divergencia sobre el grado y medida en que ha de favorecerlos. Según el criterio absoluto o rígido este grado y medida consiste en excluir de la herencia no sólo a los acreedores personales de la herencia, sino además a los propios acreedores del causante no separatistas. Conforme al criterio relativo o benigno no se llega a tanto, pues tan sólo se excluye a los acreedores personales del heredero. Este es el punto diferencial, tan debatido.

Pues bien, ante estos dos criterios dispares ¿cuál de ellos ha de prevalecer como más fundado?

Los que defienden el criterio absoluto esgrimen sus argumentos, entre los que hay uno que se funda en un texto de Ulpiano (53), en el que, ante la cuestión de si los acreedores del causante que impetraron la separación «admitirían consigo» a los que no lo hicieron, hace esta afirmación: «Yo opinaría que en nada les aprovecha a éstos; porque éstos han de ser contados con los acreedores del heredero». Pero el texto es confuso (54), y Bouffante (55), partidario del criterio absoluto o radical, lo desecha, y se apoya en otros argumentos, el principal de ellos consistente en considerar que jurídicamente es absurdo hablar de «acreedores del difunto», pues no se puede ser acreedor de un muerto y, por tanto, no cabe referirse a una cuota de concurso de los acreedores no separatistas respecto del patrimonio del finado y no pueden tener como deudor suyo sino al heredero, sin que tengan derecho a escindir una parte del patrimonio del heredero para su garantía, habiendo dejado de ejercitar aquel beneficio del cual podían gozar a base de la cualidad histórica, ya extinguida, de acreedor del difunto.

Se aportan otros argumentos en favor de dicha tesis absoluta, como, por ejemplo, que desde el momento que la ley concede la *separatio* a todos los acreedores del causante que la pidan, poniéndolos a todos en condiciones de poder defender sus créditos, es lógico que quienes utilizaron este recurso legal han de ser preferidos a los que se han abstenido de hacerlo, y, por tanto, si estos últimos resultan perjudicados, que se lo imputen a ellos mismos, ya que *vigilantibus, non dormientibus iura succurrunt*.

En favor del criterio relativo o benigno se razona mediante considerar que el hecho de que el acreedor del causante no pida la *separatio* no puede implicar sin más que quede equiparado a los acreedores personales del heredero, sino simplemente que resulta

(53) *Digesto*, XLII-6, frag. I, pág. 6.

(54) Ver FADDA, *Ob. cit.*, pág. 403.

(55) *Ob. cit.*, págs. 379 y 381.

afecto a las consecuencias de la *confusio bonorum*, esto es, que no puede prevalecer respecto de los acreedores personales del heredero. Asimismo, la *separatio* tiene como motivación finalista proteger a los acreedores del causante que la han obtenido frente de los acreedores privativos del heredero, mas no de los demás acreedores del causante que no pidieron la separación. Precisamente al tratar de un especial supuesto, un texto de Ulpiano (56) presupone que el acreedor del causante que impetró la separación es preferente (*potiorem esse*) por virtud de este derecho de separación, al acreedor personal del heredero garantizado por este último con hipoteca o prenda en bienes hereditarios, lo que significa claramente que la *separatio* coloca al separatista en situación de preferencia en relación sólo con los acreedores personales del heredero, pero nada más.

Así pues, entre acreedores separatistas y no separatistas del causante la *separatio* no altera su rango creditual, pues ella se circunscribe a atribuir a los separatistas la facultad de postergar a los acreedores personales del heredero en los bienes de la herencia, facultad de la que carecen los acreedores no separatistas. Subsiste, por tanto, la *par condicio creditorum*, que permanece incólume, aunque los acreedores no separatistas del causante se resientan de la interferencia de algún acreedor personal del heredero.

A nosotros nos place más esta segunda solución, esto es, el criterio relativo o benigno.

b) Relación entre acreedores del causante que han obtenido la separación.

Entre estos acreedores subsiste su respectiva posición creditual, sin que la circunstancia de la *separatio* pueda alterarla. Sin embargo, sobre todo en caso de insuficiencia hereditaria, actuarán entre dichos acreedores las causas de prelación o preferencia originadas por la índole de cada crédito, alterando la paridad creditual conforme a las normas de la concurrencia y prelación de créditos, siempre sin perjuicio de la prioridad de los créditos garantizados con prenda o hipoteca, aunque esta garantía la haya constituido el propio heredero en favor de acreedores separatistas del causante (57).

c) Relación entre los legatarios y los acreedores del causante.

Siempre los acreedores del causante, tanto si son o no separatistas, tienen derecho preferente para el cobro de sus créditos respecto de los legatarios, sean o no, asimismo, estos últimos sepa-

(56) *Digesto*, XLIII-6, frag. 1, pár. 3. Se trata de un caso en que el heredero, antes de ser impetrada la *separatio*, garantiza con prenda o hipoteca sobre bienes de la herencia a un acreedor personal suyo.

(57) De este modo lo entiende Broxhi (Ob. cit., pág. 371), al sostener que el acreedor separatista es preferido al acreedor, incluso hipotecario, cuando éste sea acreedor del heredero. En cambio, caso de hipoteca constituida por el heredero a favor de acreedor del causante, si este acreedor es separatista, tiene prelación hipotecaria.

ratistas. Así se expresa en un fragmento de Juliano (58), y lo impone la regla *nemo liberalis nisi liberatus*.

Conforme expresa Biondi (59), los legatarios separatistas pueden ser satisfechos sólo después que los acreedores del causante (aunque no sean separatistas) lo hayan hecho. La separación hace que los legatarios sean preferidos a los acreedores del heredero, pero los acreedores del causante son preferidos a los legatarios. Y esto tiene lugar aunque los legatarios hayan obtenido la separación; en caso contrario, se encuentran ni más ni menos en la misma situación de los acreedores no separatistas, soportando el concurso de los acreedores del heredero (60).

En definitiva, la *separatio* atribuye a los legatarios el derecho a excluir a los acreedores del heredero, pero no a los acreedores del causante, sean o no separatistas.

d) Relación entre legatarios separatistas y no separatistas.

Es la misma posición explicada entre los acreedores del causante separatistas y no separatistas, pues hay paridad entre ellos; sólo que los legatarios separatistas excluyen a los acreedores del heredero y los otros no.

Entre legatarios separatistas subsistirán las preferencias en el pago de legados establecidas por la ley o por el causante, especialmente cuando la herencia sea insuficiente para soportarlos todos. Y lo mismo entre legatarios no separatistas.

* * *

Corresponde ahora terminar el examen de la *separatio* con la exposición de los casos de improcedencia o caducidad de la separación. Son éstos:

1.º La *confusión material* de bienes.

Se trata generalmente de casos de confusión o unión material de bienes muebles y derechos hereditarios con bienes del heredero, de suerte que no puedan separarse y cuya confusión haga imposible su identificación. El supuesto típico es el de confusión o incorporación, así como el de accesión de cosas muebles en inmuebles. El texto que regula esta causa es confuso (61).

(58) *Digesto* XLII-6, frag. 6, pr.

(59) *Ob. cit.*, pág. 375.

(60) Claro que esta exclusión de los acreedores del heredero por parte de los legatarios separatistas sólo podrá producirse respecto de los legados de efectos obligacionales, especialmente los que atribuyen un crédito dinerario en definitiva, pues en cuanto a los legados de efectos reales, o sea, los de atribución directa de cosas específicas propias del causante (legados *per vindicationem*), los acreedores del heredero nunca podrán perseguir éstas, pues el heredero no sucede en las cosas o bienes específicamente legados. Por ello a esta clase de legatarios poca utilidad les reportará la *separatio*. Seguramente debido a esta consideración el proyecto de nuevo Código civil francés atribuye su singular derecho de separación a los legatarios de *sommes d'argent, apart de los acreedores hereditarios*.

(61) Es un texto de Ulpiano en el *Digesto*, XLII-6, frag. 1, pág. 12.

Por supuesto que la confusión elimina la *separatio* tan sólo en las cosas afectadas. Además se discute si, a pesar de la confusión material, formará parte de la herencia la indemnización que se obtenga por la confusión.

2.º La *enajenación* de bienes hereditarios por el heredero.

Un texto de Papiniano (62) expresa que, vendida por el heredero la herencia, en vano se pretenderá la separación siempre que no mediare ninguna sospecha de fraude, pues lo que con buena fe se hizo por el tiempo intermedio se suele conservar como firme.

Este texto se refiere a la venta de toda herencia, pero se entiende igualmente aplicable a la venta de cuotas o cosas hereditarias determinadas, si bien en este segundo supuesto la *separatio* podrá operar en cuanto a las demás cuotas o cosas hereditarias.

Por tanto, si antes de impetrada la *separatio* el heredero vende la herencia, o una cuota de ella, o una o más cosas determinadas, imposibilita total o parcialmente aquélla, según los casos. Esto, implica, dice Biondi (63), que el acreedor del causante no puede invocar la separación contra el adquirente *medio tempore*, pues el derecho de pedir la separación sólo puede hacerse valer contra el heredero. En definitiva resulta, pues, que la *separatio* no tiene efectos retroactivos (63 bis).

El citado texto de Papiniano parece referirse únicamente al supuesto de venta, pero la doctrina lo extiende a todo caso de enajenación. Nosotros creemos que únicamente cabe en las enajenaciones onerosas, ya que en las lucrativas, por ejemplo, en las donaciones, surge aquel consabido principio de que en la pugna entre acreedores y donatarios decae el interés del donatario, por ser más débil que el del acreedor.

Sin embargo, esto carece de aplicación tratándose de la constitución de prendas o hipotecas por el heredero en bienes de la herencia, pues, como se ha visto antes, los acreedores separatistas del causante tienen preferencia sobre el acreedor del heredero con crédito que este último garantizó con hipoteca sobre bienes de la herencia antes de impetrarse la *separatio*. Actualmente podría discutirse este criterio debido a la sustancialidad que el derecho de hipoteca ha adquirido a pesar de su carácter accesorio.

Se ha visto que dicho texto de Papiniano exige el requisito de que en la venta no medie ninguna sospecha de fraude o que el heredero haya procedido de buena fe. Nosotros entendemos esto en el sentido de ausencia de confabulación fraudulenta con el ad-

(62) *Digesto*. XLII-6, frag. 2.

(63) *Ob. cit.*, pág. 376.

(63 bis) Dicho texto de PAPINIANO en el *Digesto* (XLII-6, frag. 2) afirma: *quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.*

quirente o que este adquirente haya desconocido el *animus fraudandi* bajo el que el heredero pueda haber enajenado.

Una cuestión debatida aquí es si cabe subrogación real de lo enajenado, o sea, si en la enajenación onerosa cabe extender la *separatio* sobre el precio o contraprestación obtenida en cambio por el heredero. Fadda (64), Bonfante (65) y otros, sostienen que aquí no cabe aplicar la regla *pretium succedit in locum rei*, porque, conforme expresa este segundo autor, esta regla es especial de la *petitio hereditatis* y no puede extenderse a más. En cambio, Biondi (66) estima aplicable la subrogación real, y nosotros creemos que está en lo cierto.

3.º Reconocimiento del heredero como deudor.

Ya hemos visto que el acreedor del causante que de cualquier modo reconozca al heredero como su deudor pierde el derecho a impetrar la *separatio*. Naturalmente, la falta de idoneidad de algún acreedor por este motivo no impide que los demás acreedores puedan obtener la separación.

Este reconocimiento puede ser expreso o tácito, y se considera que existe cuando se haya acordado novación entre el acreedor del causante y el heredero, o sea, como expresa un texto de Ulpiano (67), cuando dicho acreedor ha pactado con el heredero con *animus novandi* (68).

También se considera incurso en tal reconocimiento el acreedor del causante que exija al heredero intereses de lo debido o que acepte garantías en seguridad de su crédito. Así resulta del texto de Ulpiano últimamente referido.

4.º Se habla de *otras causas*, algunas de las cuales son de dudosa vigencia. Las indicaremos someramente.

—La caducidad del término para impetrar la *separatio*. Ya hemos hablado de este punto, que fué una innovación del Derecho justiniano, pues en el Derecho clásico el factor tiempo se dejaba a la discrecionalidad del Magistrado, y en el *ius commune*, o Derecho intermedio, había quedado en desuso el plazo justiniano de cinco años desde la muerte del causante (69).

—La *ignorancia* del acreedor al pedir la separación. Se trata del supuesto de haberse impetrado la *separatio* temeraria o precipitadamente, con desconocimiento del contenido real de la herencia, en cuyo caso el referido texto de Ulpiano (70) expresa que

(64) *Ob. cit.*, pág. 400.

(65) *Ob. cit.*, pág. 383.

(66) *Ob. cit.*, pág. 370.

(67) *Digesto*, XLII-6, frag. 1, párr. 10.

(68) Ver Biondi, *Ob. cit.*, pág. 377.

(69) BONFANTE (*Ob. cit.*, VI, pag. 384) dice que el texto de Ulpiano (*Digesto*, XLII-6, frag. 1, párr. 3), en que habla de dicho quinquenio, es interpolado, cosa que ha confirmado FERRIS. Probablemente todo fue debido a la *causae cognitio* del Pretor.

(70) *Digesto*, XLII-6, frag. 1, párr. 17.

los acreedores del causante que pidieron la separación pueden impetrar venia, alegando justa causa de su ignorancia. Es una especie de rescisión de la *separatio*. Pero Paulo (71) no admite este arrepentimiento.

Es, pues, discutible la existencia de esta causa extintiva de la *separatio*, pero es útil haberla traído a colación, porque esto, unido al juego de la separación, da pie para sostener que la renuncia de ésta, una vez impetrada, no es admisible.

II

Expuesto lo concerniente al *beneficium separationis*, es decir, a la separación en el Derecho romano, compete ahora ocuparnos de la posición que los principales ordenamientos legislativos actuales adoptan en orden al problema que la *separatio* procura resolver. En esta segunda parte del presente estudio expondremos a grandes trazos la materia, a fin de evitar una desmesurada extensión del mismo.

A este objeto clasificaremos los principales ordenamientos legislativos actuales en dos grandes grupos según que el principio de separación lo adopten como sistema facultativo o como sistema automático. Y terminaremos esta segunda parte con un breve examen del Derecho español en este aspecto.

A) *Ordenamientos jurídicos que adoptan el principio de separación como sistema facultativo*.—Señalaremos aquí el sistema francés, el sistema alemán y los respectivos sistemas derivados.

a) *Sistema francés*.—El Código civil Napoleón (modificado parcialmente en este aspecto por Decreto de 5 de enero de 1955) adopta un régimen de separación que constituye una profunda alteración de la *separatio* romana, a través de una evolución que arranca de la doctrina y jurisprudencia francesas del siglo XVI.

Según el artículo 878 de dicho Código, los acreedores del causante pueden pedir, en todo caso y contra todo acreedor, la separación del patrimonio del difunto respecto del patrimonio del heredero. El artículo 1.103 incluye también a los legatarios.

El modo de producirse dicho artículo 878 da la impresión de que el Código francés se sitúa exactamente dentro de la órbita de la *separatio* romana, pues llega incluso a hablar de separación de «patrimonios» (72), expresión ésta que el Derecho romano no llega a utilizar. Sin embargo, no es copia de él, pues si bien tiene su origen e inspiración general en el sistema romano de separación,

(71) *Digesto*, XLII-6, frag. 5.

(72) También el artículo 881 del mismo cuerpo legal expresa que «dos acreedores del heredero no pueden demandar la separación de patrimonios contra los acreedores de la sucesión».

no es más que una degeneración de éste, traducido en una fórmula nueva, según se puede deducir de las características siguientes:

—El Código civil francés no instaura un sistema de separación de patrimonios propiamente dicha, pues ha sustituido el régimen de la *separatio* por otro que consiste en atribuir a los acreedores del causante, y a los legatarios, un simple derecho de *prelación* o *preferencia* para el cobro de sus créditos frente a los acreedores del heredero, respecto de aquellos bienes hereditarios sobre los que concretamente dicho derecho se haya hecho valer en la forma establecida.

En el Derecho francés se habla de separación de patrimonios o de bienes, y efectivamente responde a un principio de separación, pero no en el sentido romano de enervar o suspender la confusión de patrimonios que la *successio* ocasiona, ya que esta confusión se produce en todo caso y, por tanto, no cabe diferenciar enérgicamente entre el patrimonio hereditario y el del heredero, pues hay un solo patrimonio, que es el del heredero incrementado con el de su causante, concurriendo en este patrimonio único o unificado los acreedores hereditarios y los acreedores del heredero; sólo que a favor de aquellos acreedores del causante, y de los legatarios, la ley concede el derecho de ser *preferidos* o antepuestos a los segundos sobre los bienes hereditarios (73).

—El sistema del *Code* no requiere siempre una demanda o petición al Juez para que cualquier acreedor, o legatario, pueda obtener la separación (74). En general, no tienen éstos más que hacer valer su preferencia en el momento oportuno, pues esta prela-

(73) Es decir, en el Derecho francés se produce lo que equivocadamente, arrastrado por la adulteración francesa de la *separatio*, sostiene BAVIERA (Ob. cit., pág. 65 y sigs.), como aplicable al Derecho romano, esto es, que la separación no implica la constitución de dos masas patrimoniales, sino solamente la formación de una sola masa de bienes, en cuya realización hay que tener en cuenta el *derecho de prelación* a favor de los acreedores del causante, y los legatarios, sobre los bienes hereditarios, para la efectividad de sus créditos. La aceptación hereditaria no se rescinde—afirma, con razón, dicho autor—y la separación—agrega—no es verdadera *separatio* sino una *quasi separatio*, ya que la *honorum venditio* es, en realidad, una sola, por bien que la preferencia haga creer que sean dos, al modo de una *quasi duorum honorum venditionem fieri*.

Pero para BONEANTE (Ob. cit., pág. 386) y otros romanistas, esta opinión de BAVIERA es extraña al Derecho romano. Y agrega este romanista en relación al Derecho italiano—de inspiración francesa en este punto, conforme vamos a ver seguidamente—que no puede hablarse en él de una verdadera separación, pues el patrimonio del causante no sobrevive más como masa distinta de bienes y los acreedores del difunto únicamente ejercitan un derecho de prelación sobre bienes singulares que antes pertenecieron al finado.

Sin embargo en el Derecho francés se produce en cierto modo una separación, pues hay discriminación de créditos, y dicho derecho de preferencia sólo opera sobre bienes de la herencia, quedando naturalmente libre del mismo el patrimonio privativo del heredero.

(74) Esto, a pesar de que el citado artículo 881 del Código habla de «demandar la separación de patrimonios».

ción es un derecho que la ley les atribuye y que solamente necesita que la invoquen o hagan presente. Como afirma Beudant (75), todo acreedor del causante, o todo legatario, sin hacer nada, está facultado para invocar la separación, sin que ello deba entenderse que la misma deba ser aplicada de oficio cuando se proceda a la distribución en concurso del dinero producto de la realización de bienes hereditarios. Por tanto, no funciona de pleno derecho, sino que se requiere que los acreedores del causante, o los legatarios, la opongan en el momento oportuno, pues únicamente los que lo hagan a tiempo se aprovecharán de ella. Habitualmente se hace valer la separación o preferencia como una incidencia en la ejecución forzosa o en un concurso de acreedores. Pero a veces hay que recurrir a una demanda judicial, sin que ella sea propiamente un modo de adquirir la cualidad de acreedor o legatario separatista. Ello será necesario cuando no exista ejecución alguna por deudas, pero el heredero enajene bienes muebles hereditarios. En cuanto a bienes inmuebles no es preciso en puridad nada de esto, ya que basta con que el acreedor del causante, o legatario, que quiera aprovecharse de su derecho de preferencia, obtenga la inscripción de su derecho en el Registro de la propiedad, quedando inscrito un privilegio al que muchos atribuyen la eficacia de una hipoteca, y cuya existencia deberá ser tenida en cuenta cuando se ejecute el inmueble por deudas hereditarias o del heredero, y facultará a los favorecidos para reclamar en su provecho la realización del bien inmueble afecto a la inscripción del referido derecho de separación o preferencia.

Sin embargo, el Código civil francés se produce en este aspecto con mucho confusionismo, pues deja para la práctica y la jurisprudencia el modo de hacer valer este derecho de separación o preferencia sobre bienes muebles, si bien en cuanto a bienes inmuebles existe mayor precisión, por referirse al régimen de publicidad registral como medio de conservar dicho derecho de prelación de acreedores del causante, y legatarios.

Es fácil observar que, a pesar de hablarse de demanda de separación, el sistema francés es bien distinto del de la *separatio romana*.

— En el Derecho civil francés cada acreedor del causante, o legatario, procede individualmente en beneficio de sus intereses, al igual que en el Derecho romano, pero, en contraste con éste, no origina efectos unitarios respecto de todo el patrimonio hereditario, sino tan sólo en cuanto a los bienes singulares del mismo concretamente designados por dichos acreedores o legatarios.

(75) *Cours de Droit civil français*, 1936, V bis, pág. 507. Ver, asimismo, PLANIOL-RIPERT, (*Traité pratique de Droit civil français*, 1956, V, pág. 651), SAVATIER (*Cours de Droit civil*, 1951, III, pág. 398) y VIALLETON (*A propos d'une évolution possible de la séparation des patrimoines, en la Semaine juridique*, 1942, I, pág. 247).

Claro que en Derecho francés todos los bienes de la sucesión son reservados en función de la preferencia a favor de los acreedores o legatarios separatistas, pero este carácter de universalidad es simplemente potencial por no constituir medida alguna general, ya que éstos han de hacer valer su derecho de preferencia sobre cada bien determinado de la sucesión.

— Asimismo, en el sistema francés no se organiza ninguna administración especial sobre toda la herencia encomendada a un curador o administrador, pues el heredero conserva entre tanto los bienes hereditarios en su poder, y los administra.

— En el sistema francés, por último, la regla general es que el derecho de preferencia o separación puede hacerse valer sobre los bienes hereditarios en cuanto permanezcan de propiedad del heredero (76); pero a diferencia del Derecho romano esta regla general tiene esta excepción:

Respecto de bienes inmuebles hereditarios dicho derecho de preferencia afecta incluso a las enajenaciones efectuadas por el heredero antes de inscrito el mismo, siempre que esta inscripción tenga lugar dentro de los cuatro meses siguientes al día de la apertura de la sucesión del causante (77). Una vez inscrito este derecho el mismo subsiste aunque el heredero los enajene después.

En cuanto a los bienes muebles, una vez transcurridos tres años de la muerte del testador ya no puede hacerse valer en lo sucesivo dicho derecho de preferencia (78).

Prescindimos de indicar otras particularidades del Derecho francés en esta materia, porque las expuestas son las fundamentales y suficientes para contrastar este sistema con el del Derecho romano, fuente o precedente del mismo (79).

Ya dijimos antes que el sistema de separación francés de prelación no fué una innovación del Código civil Napoleón, sino sim-

(76) El párrafo segundo del art. 880 del Código civil francés aplica esta norma sólo a los inmuebles, pero en rigor vale también para los bienes muebles.

(77) Esto implica una reserva legal de rango durante estos cuatro meses, pues como dispone el artículo 1.211 del Código civil francés, reformado, el privilegio de prelación toma rango desde la fecha de la apertura de la sucesión si la inscripción es tomada dentro del referido plazo.

(78) El referido art. 880 del Código civil francés, en su párrafo primero, califica de prescripción este plazo, que algunos autores califican de preclusivo. Este precepto no dice que este plazo se cuenta desde la muerte del causante, pero así se suele entender.

(79) El Código civil francés no constituye ningún modelo de claridad en este respecto, como tampoco lo son los comentarios al mismo. En el proyecto actual de reforma de este Código (sesiones de 11 de diciembre de 1954 y del 8 y 22 de enero de 1955) quedó aprobada la nueva redacción proyectada del articulado sobre la materia en forma más congruente, si bien manteniendo las líneas generales vigentes sobre la institución y haciendo caso omiso de cierta opinión producida en el seno de la Comisión, dirigida a restaurar el carácter colectivo de la *separatio* romana.

ple resultancia de una evolución histórica. En Francia, en los territorios romanizados de Derecho escrito y después también en los de Derecho consuetudinario, rigió el régimen romano de separación tal como se vivió en la fase del *ius comune*, pero bajo una concepción de separación absoluta, e interpretada exageradamente en el sentido de considerar que la *separatio* dejaba sin efecto la aceptación de la herencia y como si todavía viviese el causante, lo que conducía a la consecuencia aisladora, por la que los acreedores del finado, y los legatarios, nunca podían proceder contra los bienes particulares del heredero.

A base de esta interpretación radical, la doctrina y la jurisprudencia francesa estimó que el sistema romano de separación absoluta, fundada literalmente en aquellos citados textos de Ulpiano y de Paulo, ofrecía el inconveniente del total apartamiento de los acreedores del causante, y legatarios, respecto de los bienes privativos del heredero, a pesar de haber éste aceptado pura y simplemente la herencia. Ello hizo que ante la dualidad de textos del *Digesto* en orden a los efectos de la *separatio*, o sea, aquéllos de Ulpiano y Paulo, de un lado, y el de Papiniano, de otro, se produjera una corriente favorable al criterio de este último, pero exagerándolo también (80), pues sólo contemplaron en él el principio de prelación, que si en Derecho romano no destruía del todo el mecanismo de la *separatio*, en cambio en la mentalidad jurídica francesa de la época desembocó en la concepción de la separación como un simple juego de prelaciones de créditos respecto del patrimonio hereditario (81).

Otro inconveniente era el engorro de una administración—liquidación judicial de la herencia, con los grandes gastos, dispen-

(80) DOLLINGER (*Traité historique de la séparation des patrimoines*, 1865, pág. 21) no dice que en este punto la antigua jurisprudencia se desvió del Derecho romano, a pesar de tener la pretensión de seguirle, pues de él era servil imitadora. Y agrega este autor que dicho cambio o viraje se debió a la famosa controversia entre aquellos textos de ULPIANO y PAULO y de PAPINIANO, controversia que según él fué mal comprendida por las razones que él explica, citando al efecto a D'ESPESSES como jurista que no se desorientó, porque había comprobado que la opinión de PAPINIANO era una solución de *aequitate*, mientras que la de ULPIANO y PAULO era de *rigore iuris*. Mas ello condujo a la desnaturalización del verdadero espíritu de la *separatio* romana.

(81) POTHIER, cuyas doctrinas tanto influyeron en los redactores del Código civil Napoleón, después de esforzarse en demostrar ideas archisabidas, como la de que la separación impetrada por los acreedores del causante *ne doit pas être rétorquée contra eum* y que al pedirla no tienen ellos intención alguna de liberar al heredero de las obligaciones del causante por él asumidas al aceptar pura y simplemente su herencia, concluye afirmando que aquellos acreedores sólo tienen el derecho de ser *preferidos*, sobre los bienes hereditarios, a los acreedores personales del heredero.

De este modo, el pensamiento de PAPINIANO, de tanto querer ser seguido, quedó adulterado, por haber quedado reducido a un puro derecho de prelación crediticia, por obra y gracia de la concepción errónea de la *separatio* por parte de la doctrina y jurisprudencia francesa y que se plasmasó im-

dios, pérdida de tiempo y sinsabores que traía consigo (82). Esto trajo la abolición de la intervención judicial de tipo colectivo y la adopción de las denominadas cartas Reales o de Cancillería (83), que después cayeron en desuso, hecho éste que dió pábulo a la opinión de que la separación se operaba *ministerium legis* (84), hasta llegar al código civil Napoleón y al sistema inmobiliario registral como factor básico posibilitador del nuevo tipo separador de preferencia respecto de bienes inmuebles.

De dichos dos inconvenientes señalados, el segundo tenía consistencia, mas no el primero, si bien ambos están conectados (85).

b) *Sistemas derivados*.—Hay que indicar los siguientes países:

1) *Italia*.—El Código civil de 1942 adopta, perfeccionado, el

perfectamente en el Código civil francés, a pesar de los perfeccionamientos posteriores de éste.

(82) Indica DOLLINGER (*Ob. cit.*, pág. 31) que la experiencia ha demostrado los inconvenientes de todos los sistemas de administración y liquidación en masa, porque los gastos de gestión absorben la parte más neta del activo del deudor, esto cuando la mala fe o la inepticia de la administración no ha hecho disminuir en gran parte el reducido dividendo a que los acreedores tienen derecho.

(83) Estas cartas Reales constituían un vestigio de la antigua concesión pretoria de la *separatio* romana, así como las que a la sazón se requerían para poder utilizar el beneficio de inventario y ejercitar las acciones rescisorias.

(84) En el siglo XVI, dice LÉPOINTE (*Droit romain et ancien Droit français*, 1958, pág. 455), dichas letras o cartas cayeron en desuso en los territorios de costumbres, y el Parlamento de París permitió invocar el beneficio de separación en cualquier momento de la liquidación del pasivo sucesorio, sin necesidad de demanda alguna judicial al efecto, por cuya razón la separación pasó a ser un privilegio de prelación, cuyo éxito en la práctica de entonces destaca FERRIERE. Más tarde desaparecieron dichas letras o cartas en los territorios de Derecho escrito, a pesar de que sus juristas se mostraban reacios a prescindir de ella, pues, como corrobora ARGOU (*Institutions au Droit français*, IV, cap. 4), los Parlamentos de Toulouse, Grenoble, Aix, y otros se resistían a abandonar aquellas cartas reales, debido a su mayor fidelidad al Derecho romano imperante en las provincias del sur. Esto hizo exclamar a LEBRON (*Traité des successions*, IV, cap. 2, sec. 1.^a, núm. 24) que la *séparation est de plein droit parmi nous, et non sujette à demande*.

(85) Ya hemos dicho que el primer inconveniente tenía por causa la repugnancia del criterio absoluto de la *separatio* tomado de aquellos textos de ULPIANO y PAULO, pero en el fondo también latía la incompatibilidad del sistema de la *separatio* con la *saisine* francesa, de origen germánico, dominante en las provincias de *coutume*, con tendencia a infiltrarse en los territorios romanizados del mediodía de Francia. Si en virtud de la *saisine* el heredero por el solo hecho de fallecer su causante queda investido *ope legis* de la posesión y de la propiedad de los bienes relictos, ¿cómo se compaginaba esta investidura legal con el apartamiento del heredero respecto de los bienes hereditarios que la *separatio* implicaba? La *saisine* se consideraba como algo sagrado. Nosotros la estimamos una figura inútil en un estudio bastante reciente, y el citado proyecto de reforma del Código civil francés nos da la razón, pues prescinde de ella por considerarla *démodée*.

sistema de separación preferencial del Código civil francés (86), que denomina «separación de bienes» y regula con gran tecnicismo la materia.

La nota más destacada es la forma en que se resuelve el problema de la preferencia entre acreedores hereditarios separatistas y no separatistas, problema éste que queda oscuro en la legislación francesa (87).

Asimismo, el Código civil italiano puntualiza el modo de proceder los separatistas contra los bienes muebles, y a este objeto dispone que el derecho de separación se ejercita mediante demanda judicial, en la que se puede pedir además la formación de inventario y otras medidas cautelares de conservación. En cuanto a bienes inmuebles, el derecho de separación se ejerce—dice—mediante la inscripción del crédito o del legado sobre cada uno de los bienes hereditarios que se señalen.

El derecho de separación, según dicho Código, debe haberse ejercitado dentro de los tres meses de la apertura de la sucesión.

2) *Otros países.*—Aquí podemos incluir los Códigos civiles de Bélgica, Argentina, Chile, Venezuela y otros de tipo latino, que

(86) La influencia del sistema francés de prelación o preferencia creditual se dejó sentir ya en los antiguos Códigos civiles italianos anteriores a la unidad de Italia y, por tanto, también en el Código civil de 1865, si bien éste hacía varias concesiones al sistema romano de la *separatio*, de suerte que LOSANA (*La separazione del patrimonio del defunto do quello dell'eredità*, 1914, págs. 1 y 42), sostuvo que seguía al Derecho romano puro. Mas esto no era cierto, pues la impronta del sistema francés se dejaba sentir profundamente, si bien en forma más correcta.

El actual Código civil de 1942 sigue claramente el criterio del Derecho francés, pero superando en gran parte los vacíos de regulación que éste aún contiene.

(87) En su artículo 514, dispone dicho Código civil italiano, que los acreedores y legatarios que hayan ejercitado la separación, tienen derecho a satisfacerse, sobre los bienes separados, con preferencia a los acreedores y legatarios que no la hayan hecho, cuando el valor de la parte del patrimonio hereditario no separado sea suficiente para satisfacer a los acreedores y legatarios no separatistas. En otro caso, estos últimos podrán concurrir con los que hayan ejercitado la separación; pero, si parte del patrimonio no ha sido separada, el valor de ésta se agregará al precio de los bienes separados para determinar cuando corresponda a cada uno de los concurrentes y, por tanto, se considerará como atribuido íntegramente a los acreedores y legatarios no separatistas.

DE SIMONE (*Ob. cit.*, pág. 183) presenta este ejemplo:

Si la herencia vale 70 y los acreedores hereditarios son 10, cada uno por 10, de los cuales 5 son separatistas y los otros 5 no, es evidente que lo cinco separatistas absorberán sólo 50 de la herencia, y restarán 20. Pues bien, aquí el Código impone el concurso, a base de recomponer la entera herencia de 70; pero teniendo en cuenta que los cinco no separatistas habían podido proceder contra los 20 restantes de herencia, asigna 35 a los separatistas y 15 a los que no lo son.

Ver acerca de esta cuestión, BRUNELLI y ZAPULLI (*Il libro delle successioni e donazioni*, pág. 114), SAVERIO, MARTÍNEZ y AZZARITI (*Successioni per causa de morte e donazioni*, pág. 108), CICU (*Successioni per causa di morte*, parte general, pág. 314).

están inspirados en el sistema francés de separación por vía de preferencia creditual, siendo de notar que los Códigos civiles de dichos tres últimos países regulan esta materia con bastante amplitud y con cierto resabio romano, sobre todo terminológico.

c) *Sistema alemán*.—El Código civil alemán sigue con relativa fidelidad el sistema de la *separatio* romana, pero con una mayor autonomía y simplificación, absteniéndose de hablar de separación.

Según el artículo 1.981 de este Código, a petición de algún acreedor del caudal relicto el Tribunal de la sucesión ha de ordenar la *administración de la herencia*, si existe motivo para suponer que corre peligro la satisfacción de los acreedores hereditarios, a costa del mismo, por la conducta o situación patrimonial del heredero. Esta administración no puede ser obtenida después de transcurridos dos años desde la aceptación de la herencia y, según el artículo 1.982 del propio Código, tampoco puede ser ordenada cuando se estime que no existe una masa hereditaria proporcionada o adecuada a los gastos que esta administración originaría (88).

El administrador de la herencia es un curador, designado judicialmente, cuya misión principal es liquidar la herencia mediante realizar los bienes de la misma con la amplitud necesaria para dejar satisfechos los créditos que pesan sobre ella. El propietario de estos bienes sigue siéndolo el heredero y, por ello, el curador representa a éste en su cometido.

Esta administración hereditaria produce el efecto de *separar o aislar* el patrimonio hereditario del patrimonio particular del heredero, dejando retroactivamente sin efecto la confusión de ambos patrimonios originada por la sucesión (89).

Son efectos derivados estos dos:

En virtud de esta administración el heredero pierde la facultad de administrar la herencia y de disponer de ella o de sus bienes integrantes, y todas las acciones contra la herencia se han de dirigir contra el administrador. Así lo establece el artículo 1.984 del expresado Código.

El otro efecto, consecuencia de lo dicho antes, consiste en que el administrador de la herencia sólo puede satisfacer a los acreedores de la misma, conforme dispone el artículo 1.975 del mismo Cuerpo legal y se deduce del artículo 1.985 del mismo.

Mientras subsista la administración, los acreedores hereditarios no pueden perseguir para el cobro de sus créditos el patri-

(88) Esta última prevención (cuya apreciación queda al criterio de los Tribunales) tiende a obviar aquel expresado inconveniente de los excesivos gastos que comporta la administración y consiguiente liquidación masiva de los bienes hereditarios.

(89) Por esto el art. 1.976 de este Código dispone que, ordenada dicha administración, *avalen como no extinguidas las relaciones jurídicas que se extinguieron, a consecuencia de la muerte del causante, por confusión de derecho y obligación o de derecho y gravamen*. Incluso la compensación se deshace conforme al artículo 1.977.

monio particular del heredero, pero esto será posible cuando, una vez terminada aquella administración, queden aún acreedores hereditarios desconocidos sin cobrar, en cuyo supuesto puede el heredero llegar a perder la situación favorable de responsabilidad limitada por deudas hereditarias que emanaba del hecho de la administración (90). Asimismo, satisfechas las deudas hereditarias conocidas, el administrador de la herencia cesa y debe entregar al heredero lo que reste del caudal relicto (91).

Por último, la administración hereditaria termina y en su lugar se abre el concurso de acreedores sobre la masa hereditaria, cuando ella resulte insuficiente para cubrir todas las deudas hereditarias (92). También termina dicha administración al comprobarse que el activo hereditario no es apropiado para soportar los gastos que la administración pueda entrañar (93), así como cuando queden pagados todos los acreedores hereditarios conocidos.

De este rápido examen del sistema adoptado por el Código civil alemán sobre el principio de separación sucesoria de bienes, resulta que es el que más se aviene en sus líneas generales con la *separatio* romana, entre los ordenamientos jurídicos modernos.

d) *Sistemas derivados*.—Señalaremos los de los países siguientes:

1) *Austria*.—Según el artículo 812 del Código civil austríaco si algún acreedor de la sucesión o legatario prevé un posible perjuicio para la efectividad de sus créditos debido al hecho de la confusión de bienes de la sucesión con los del heredero, podrá pedir que la herencia sea *separada* del patrimonio del heredero, que sea sometida a depósito judicial o administrada por un curador y, además, que sus créditos sobre la herencia sean inscritos y satisfechos.

2) *Suiza*.—Para tener una idea del sistema que sigue basta con decir que el artículo 594 del Código civil suizo dispone que los acreedores del difunto que tengan serias razones para creer que no serán pagados, pueden solicitar la liquidación oficial de la herencia, dentro de los tres meses a partir del fallecimiento del causante o de la apertura del testamento, salvo que se les desinterese o se les constituyan garantías para el cobro. Y añade este precepto que los legatarios están autorizados, en las mismas circuns-

(90) Por ejemplo, cuando deje de transcurrir el plazo que se le concede para formar inventario, para justificar con él el paradero de la masa hereditaria. Así lo afirma BINDER (*Derecho de sucesiones*, 1953, pág. 223).

(91) En esta forma lo dispone el artículo 1.986 del repetido Código.

(92) La administración de la herencia presupone que ésta es bastante para el cumplimiento de todas las obligaciones o deudas hereditarias y por ello se van pagando a los acreedores hereditarios a medida que se vayan presentando.

(93) En este caso, según el artículo 1.990, puede desenvolverse sobre el caudal relicto el correspondiente proceso o procesos de ejecución.

tancias, para requerir las medidas cautelares en salvaguardia de sus derechos.

3) *Grecia*.—Bajo el título de «Liquidación judicial de la sucesión», el Código civil griego, en su artículo 1.913 y siguientes, regula la separación de patrimonios en forma bastante semejante a la del Código civil alemán, si bien con mayor puntualización que éste en cuanto a la responsabilidad del heredero por deudas de la herencia.

4) *Otros países*.—Aquí hay que citar las legislaciones de los países escandinavos, según las cuales, cuando exista base para estimar que el heredero es insolvente, los acreedores hereditarios y los legatarios pueden obtener judicialmente la designación de un administrador y liquidador de la herencia, como encargado de satisfacer las deudas hereditarias y los legados, originándose, en consecuencia, la separación patrimonial de un modo bastante análogo al del Código civil alemán (94).

B) *Ordenamientos jurídicos que adoptan el principio de separación como sistema automático*.—Hay que distinguir en este grupo entre el ordenamiento sucesorio inglés y sus derivados, el mejicano y los demás ordenamientos. En todos éstos el aislamiento de la herencia se consigue por la propia virtualidad del mecanismo sucesorio.

a) *Sistema inglés*.—El ordenamiento sucesorio inglés, al no adoptar en absoluto el criterio de sucesión directa del heredero en el patrimonio relicto por su causante, debido a la circunstancia de intercalar siempre entre ambos una etapa intermedia y transitoria de administración y liquidación hereditaria, excluye automáticamente la posibilidad de que los acreedores del causante, y legatarios, obtengan a su instancia expediente alguno dirigido a separar el patrimonio del difunto del de su heredero. Pero bien miradas las cosas, lo que en el fondo ocurre es que en lugar del dispositivo aislante de patrimonios que la *separatio* romana origina, el Derecho inglés lo establece imperativamente en todo caso, naturalmente con las consiguientes variantes, pero con resultados prácticos bastante análogos en definitiva. En cambio, en el Derecho romano y legislaciones inspiradas en él, ya vimos que dicho dispositivo aislador entra en funciones exclusivamente cuando es impetrada su actuación por algunos de dichos acreedores del causante, o legatarios, y en provecho de ellos.

Por tanto, como en el Derecho inglés el heredero no adquiere de momento los bienes relictos por el difunto, pues éstos hacen tránsito provisionalmente a un fiduciario *ad hoc* (95) denominado

(94) Ver ARMINJON, NOLDE y WOLF, *Traité de Droit comparé*, 1950, II, pág. 488.

(95) Antes de la reforma introducida el año 1925 por la *Administration of Estates Act*, que modificó el régimen de transmisión sucesoria de bienes, esta transmisión se producía de dos maneras distintas, según se tratara

personal representative (96), a los exclusivamente efectos de que liquide o purgue el patrimonio hereditario de deudas y cargas que le afecten, administre entre tanto los bienes del mismo y distribuya lo que resten a los destinatarios definitivos, de ello resulta que el problema del heredero agobiado de deudas, que por aceptar pura y simplemente una sucesión con pasivo de cierto volumen pone en peligro el pago de éste y cumplimiento de los legados, este problema, repetimos, que procura conjurar la *separatio* romana, no puede darse en el Derecho inglés por haberlo resuelto o desvanecido preventivamente por medio de aquella interferencia indispensable del mencionado *personal representative* o liquidador hereditario.

Precisamente una de las obsesiones del Derecho inglés la constituye el pago de las deudas del difunto, además de la efectividad de los legados. Uno de los cometidos básicos del *personal representative* es el pago de las deudas del causante a cargo de los bienes relictos. El es el responsable de este pago, pero no personalmente sino como representante del difunto y en lo que alcancen los bienes hereditarios (97), previa determinación de dichas deudas y publicación de anuncios llamando a los acreedores (98). El

de *real property* (o bienes inmuebles) o de *personal property* (o bienes muebles). En los primeros, sobre todo en la sucesión intestada, la transmisión sucesoria se producía directamente a favor del *heir at law*, o heredero, de un modo bastante comparable con el sistema sucesorio francés, conforme dice PETITJEAN (*Fondaments et mécanisme de la transmission successorale en Droit français et en Droit anglais*, 1959, pág. 43), sin que por ello se planteara problema sobre responsabilidad por deudas hereditarias, pues ésta no afectaba en principio a la propiedad real o inmobiliaria. En cambio, la transmisión sucesoria en la propiedad personal o mobiliaria tenía lugar del modo que se explica en el texto, y que dicha reforma del año 1925 generalizó a toda clase de bienes, quedando como único modo de transmisión sucesoria.

(96) Este *personal representative* o representante personal, en su expresión genérica, comprende al intermediario liquidador designado como *executor* por el causante en su testamento y confirmado como tal por la Autoridad judicial (*High Court of Justice*) y también al nombrado por ésta como *administrator* a falta de designación de *executor* (sea porque el designado no quiera o no pueda serlo o que cese de serlo). A veces no hay un solo *personal representative*, sino varios.

Es bastante frecuente, en especial en la sucesión intestada, que el cargo de *personal representative* recaiga a favor de beneficiarios de la sucesión, en cuyo caso éstos se abstraen de esta condición para producirse exclusivamente como representantes del finado, debido principalmente a que como beneficiarios únicamente tienen de momento una expectativa de derecho, cuya concreción en bienes queda pendiente de determinación.

(97) Personalmente sólo responde por su conducta irregular en el ejercicio de sus funciones.

(98) En el caso de herencia que cubra el importe de las deudas, el pago de éstas podrá hacerse íntegramente a medida de que los acreedores se presenten; pero, si el pasivo supera a los bienes hereditarios, surgirá el concurso y el *personal representative* deberá atenderse al orden de prelación de créditos.

personal representative obtiene la titularidad de los bienes (99), pero sólo como fiduciario con fines de liquidador hereditario. Precisamente por esto el *personal representative* no es un continuador de la persona del difunto, sino su representante encargado de liquidar su sucesión, lo que hace que el fenómeno sucesorio de confusión patrimonial propio de los ordenamientos jurídicos romanizados no pueda darse en el Derecho inglés y que, por tanto, huelgue en él el mecanismo aislante de la separación, ya que antes de que los destinatarios adquieran los bienes relictos, éstos han quedado sometidos a un previo proceso de depuración y liquidación de deudas y cargas (100).

Terminada la misión del *personal representative* mediante la retransmisión por éste de los bienes relictos residuales a dichos destinatarios o beneficiarios, se produce una especie de confusión por incorporación de tal residuo al patrimonio de dichos beneficiarios. Por consiguiente esta hipótesis es completamente distinta de la que contempla la *separatio* romana dirigida a suspender o condicionar la confusión que precisamente se origina cuando la herencia, con su activo y pasivo, o sea, sin liquidar, ha sido aceptada pura y simplemente y, por ende, adquirida por un heredero cargado de deudas.

En el aspecto que aquí interesa indudablemente el sistema inglés tiene sus ventajas, pero también ofrece sus inconvenientes, del mismo modo que ocurre con los demás ordenamientos jurídicos.

Una indudable cualidad del sistema inglés es que, fallecida una persona, siempre se cuenta con la actuación del *personal representative*, el cual, con amplia seguridad, dará satisfacción a los intereses implicados en la coyuntura sucesoria, como son los acreedores hereditarios, y los legatarios, así como los demás beneficia-

(99) No de la herencia, pues ésta no existe propiamente como universalidad y los bienes subsisten por sí mismos aisladamente, así como las deudas.

(100) En otra ocasión (*La adquisición hereditaria en el Derecho comparado*, estudio publicado en la «Revista del Instituto de Derecho comparado», Barcelona, 1953, núm. 1, pág. 82) decíamos que el *personal representative* ha de pagar las deudas del difunto y a él tienen que reclamar los acreedores, sin que éstos puedan dirigirse contra los destinatarios del caudal relicto. Igualmente debe aquél cumplir los legados singulares, satisfacer la *family provision* o subsidio alimenticio a favor del consorte viudo, hijos menores o enfermos e hijas solteras, así como pagar el impuesto sucesorio.

Como afirma PETITJEAN (*Ob. cit.*, pág. 96 y sigs.), el *personal representative* actúa en el lugar y puesto del difunto para proceder a liquidar su patrimonio, como si la muerte le hubiere hecho incurrir en quiebra, de la que aquél desempeñara el papel de síndico. Es decir, descartada la ficción de la sucesión universal, en el Derecho inglés el problema inmediato que origina la muerte de una persona no es la de los derechos hereditarios, sino el de una sucesión que ha quedado vacante. Este es un punto de vista en el que coinciden los tratadistas del Derecho anglosajón.

rios del residuo del patrimonio relicto, e incluso el Fisco por su impuesto de sucesiones (101). Pero salta a la vista que este sistema envuelve el grave defecto de imponer en todo caso el engorro de aquel mecanismo intermediario e inevitable de administración, liquidación y retransmisión de los bienes relictos y que hace pensar como si la Ley desconfiara de todos, absolutamente de todos los herederos y se anticipara a los acontecimientos pensando que en general es considerable el pasivo de las herencias y que los herederos llamados a ellas están agobiados de deudas.

Nos parece mucho mejor el sistema de aquellos otros ordenamientos jurídicos en los que la adopción de la medida protectora de la separación se deja a la petición facultativa de acreedores y legatarios (102). Esto aparte del inconveniente de los gastos y dispendios que toda administración patrimonial o global encomendada a otro provoca (103).

b) *Sistemas derivados*.—En Australia, Canadá (104), Nueva Zelanda y otros países sujetos al Derecho inglés, funciona el mismo sistema de interferencia del *personal representative* (105), sin grandes variantes (106).

En lo que se refiere a los Estados Unidos de Norteamérica rige, en general, el mismo sistema, que es el propio del *common law* (107), salvo los estados de California, Nuevo Méjico y demás

(101) Es evidente que con este sistema se tiene la seguridad de que los herederos no podrán eludir o dificultar el pago de deudas, legados e impuestos.

(102) El Derecho inglés también hace inútil siempre el beneficio de inventario, por superarlo aquella inevitable administración liquidatoria intermedia, beneficio que en los ordenamientos anteriormente examinados también se deja al arbitrio del heredero utilizarlo, lo que es lógico, pues es posible, y se dan casos en que el heredero ha querido hacer honor a las deudas de su causante.

(103) PUIG BRUTAU (*Introducción al Derecho de sucesiones por causa de muerte*, en «Revista Internacional del Notariado», 1959, núm. 44, página 76) nos dice que no siempre es indispensable recurrir al expediente complicado y costoso de montar una administración de los bienes del causante con carácter previo, e independiente de la adquisición de los mismos por quienes, en definitiva, han de ser sus beneficiarios.

(104) Excepción hecha del Bajo Canadá o provincia de Quebec.

(105) En Filipinas, el Código civil de 1949, que contiene muchos preceptos inspirados en el Código civil español, viene en este punto a seguir el sistema anglosajón. Ver GARCÍA Y ALBA (*Civil code of the Philippines*, 1950, II, pág. 1.012).

(106) En estos países se plantea, entre otros problemas, el relativo a si el nombramiento o confirmación judicial del *personal representative* en uno de ellos puede surtir efectos en otro, también sujeto al Derecho inglés, donde radiquen bienes de la herencia, o bien si se requiere la necesidad de otro nombramiento o confirmación judicial. La solución que se ha encontrado sobre este problema ha sido que las Autoridades judiciales de este otro país concedan al mismo una especie de *exequatur simple*, obtenido mediante un procedimiento que se denomina *resealing*.

(107) SERENI (*Studi di Diritto comparato*, 1956, pág. 150) y otros autores adoptan, para facilitar la sistemática comparativa, el criterio de contraponer al *common law* (como ordenamiento jurídico desarrollado en In-

de colonización española y el de Luisiana, de colonización francesa. Adopta, por tanto, el referido sistema del *personal representative*, a veces con mayor pureza que en Inglaterra donde leyes posteriores, en especial la antes referida ley inglesa del año 1925, suprimieron en este punto la distinción entre los bienes reales o inmobiliarios y los bienes personales o mobiliarios, conforme se ha visto antes, modificaciones que muchos estados de Norteamérica desconocen. Además existen muchas otras particularidades (108).

c) *Sistema mejicano*.—El Código civil de Méjico del año 1928, en su artículo 1.678, establece que «la aceptación [hereditaria] en ningún caso produce *confusión* de los bienes del causante de la herencia y de los herederos, porque *toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario*, aunque no se exprese».

Este precepto de carácter general tipifica el sistema sucesorio mejicano, pues hace de él un sistema modelo en el aspecto que aquí interesa. Claro que según este Código siempre es indispensable la existencia de albaceas que tomen inventario, paguen las deudas del causante y procedan asimismo a la partición hereditaria; pero no es la existencia de este albaceazgo, por amplio que sea y por conectado que se halle con el beneficio de inventario, lo que origina el aislamiento o separación del patrimonio hereditario, sino la norma contenida en dicho artículo 1.678, que impone considerar aceptadas con tal beneficio todas las herencias sin excepción (109).

En orden a la materia objeto de este estudio, lo que verdaderamente caracteriza a dicho Código mejicano es que excluye, por hacerlo innecesario, todo beneficio de separación u otro dispositivo de protección preventiva de los acreedores hereditarios y legatarios frente a los acreedores propios del heredero, pues el aislamiento de la herencia se logra en todo caso mediante reputarse *ex lege* que todas las herencias se producen como si fuesen aceptadas a beneficio de inventario.

gllaterra después de la invasión normanda en el año 1066 y que se extendió a los territorios de ultramar de civilización inglesa) el *civil law* (como concepto equivalente al Derecho civil de origen romano-continental).

(108) Como, por ejemplo, la que señala SERENI (*Ob. cit.*, pág. 152), cuando afirma que cada estado de Norteamérica tiene una regulación, a veces muy precisa, acerca de las personas en que puede recaer el cargo de *personal representative*, que incluso pueden ser personas jurídicas denominadas *trust companies*, sujetas a un control riguroso, y que reúnen las ventajas de confianza, continuidad, estabilidad financiera y experiencia técnica. Estos entes fiduciarios (*corporate fiduciaries*) son designados con frecuencia para cooperar con la función de un pariente o amigo del difunto (*individual fiduciary*), el cual puede valerse de la experiencia de ellos.

(109) Y no es que dicho Código civil de Méjico adopte una concepción sucesoria no romana, ya que en su artículo 1.281 se expresa que herencia «es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte».

No cabe duda que este beneficio es un expediente formidable de separación del patrimonio hereditario, de suerte que cuando el heredero hace uso de él y en tanto no decaiga, origina un aislamiento adecuado del caudal relicto, respecto del patrimonio privativo del heredero; pero, como según dicho artículo 1.678 del referido Código, esta separación existe siempre *de iure* y no puede, pues, decaer nunca, resulta que de la herencia quedan en todo caso apartados los acreedores particulares del heredero, hasta que se hayan satisfecho las deudas hereditarias. En esta forma el beneficio de inventario impuesto *ope legis*, hace inútil y superflua la *separatio* romana y las demás fórmulas emanadas de ella.

d) *Otros sistemas*. — Existen varios ordenamientos jurídicos que, sin adoptar la fórmula del citado Código civil de Méjico, que considera como actuando siempre el beneficio de inventario, proclaman en forma más o menos técnica el principio de que el heredero nunca responde con sus propios bienes de las deudas de su causante.

En este grupo cabe incluir las legislaciones de Perú, Brasil y otros países que abarcan gran parte de mundo, pues incluyen la mayoría de países musulmanes (110) y en cierto modo Israel (111).

Algunos de estos ordenamientos jurídicos, como, por ejemplo, el Código civil de Brasil de 1916, además de sentar la norma que del pago de las deudas del causante *responde la herencia*, dispone que los acreedores hereditarios, y legatarios, pueden pedir que el patrimonio hereditario se separe y que sean preferentemente pagados frente a los acreedores del heredero (112). Pero otros de aquellos ordenamientos jurídicos se limitan a proclamar el principio de que es la herencia y no el heredero la que responde de las deudas hereditarias, sin añadir norma alguna que indique la idea de separación o aislamiento del patrimonio hereditario (113).

(110) Ver ARMINJÓN, NOLDE y WOLFF, *Ob. cit.*, II, pág. 465.

(111) Ver LEVI, en sus comentarios sobre la parte sucesoria del proyecto de Código civil del Estado de Israel, en «*Rivista di Diritto italiano*», 1956, pág. 1033.

(112) El artículo 1.796 de este Código preceptúa que la herencia responde del pago de las deudas del causante; pero efectuada la partición sólo responden los herederos a proporción de su parte en la herencia. Y el artículo 1.799 establece que los acreedores hereditarios y los legatarios podrán exigir que el patrimonio del fallecido se discrimine del heredero, y que en concurso con los acreedores de éste sean preferidos en el pago. Ver, asimismo, CARLOS MAXIMILIANO (*Direito das sucessões*, 1952, III, página 395).

El Código civil del Perú del año 1936, en su artículo 658, dispone que el heredero sólo responde de las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de ésta. Y en su artículo 811 establece que el heredero que sea acreedor del heredado conserva los derechos derivados de su crédito. Este último artículo demuestra que el principio de separación existe.

(113) Y, por supuesto, prescindiendo de hablar del beneficio de inventario, inexistente en estos sistemas.

Ante este distinto modo de producirse estos ordenamientos jurídicos surge el problema de determinar si la norma de que el heredero no responde nunca de las deudas y cargas hereditarias, sino con los bienes de la herencia (114), implica o lleva consigo, natural o implícitamente, por sí sola, la separación o aislamiento automático del patrimonio hereditario.

Este problema preocupó a Roguin (115), quien pregunta si el simple hecho de que una legislación limite *intra vires* la responsabilidad del sucesor por las deudas hereditarias hace inútil la separación de patrimonios. El no cree en principio que sea así, porque la restricción o la ilimitación de la responsabilidad por deudas interesa exclusivamente a las relaciones entre el sucesor y los acreedores hereditarios, y no a las existentes entre estos últimos y los acreedores del heredero. Nada impediría, en el mismo sistema de limitación *intra vires* de responsabilidad, de atribuir a dichos acreedores personales el derecho de concurrir sobre el activo hereditario con iguales derechos que los acreedores de la herencia. Por tanto —afirma— la limitación *intra vires* de la responsabilidad no implica lógicamente de ningún modo la prioridad de los acreedores hereditarios sobre el activo de su deudor originario.

Pero a estas consideraciones el referido autor agrega que, si bien la conexión entre la responsabilidad limitada por deudas del causante y la preferencia de los acreedores del *de cuius* sobre el activo hereditario no es necesaria, sin embargo, ella es natural y muy deseable desde el punto de vista de la equidad, pues sería extraordinariamente duro para los acreedores hereditarios permitir que los acreedores del heredero pudieran concurrir en plena igualdad con ellos sobre los bienes de la herencia y, por ende, sería anormal salvaguardar al heredero de la responsabilidad *ultra vires* por las deudas hereditarias y permitir, por otro lado, a sus propios acreedores concurrir con los acreedores del causante en la misma sucesión. Esto sería injusto. Y, como resumen, dicho autor expresa que si bien el principio de separación de patrimonios no es una necesidad lógica absoluta, cuando por disposición directa de la ley, o por otros medios, la responsabilidad por deudas hereditarias se halla limitada *intra vires*, el derecho de preferencia, prioridad o prelación a favor de los acreedores del causante ha de serles, en buena justicia, naturalmente atribuido.

Por nuestra parte creemos que el sistema que limite siempre la responsabilidad por deudas hereditarias a los bienes hereditarios, entraña por sí solo la separación o aislamiento de la herencia

(114) Esta norma la proclaman las legislaciones de muy distintas maneras. Unas veces se habla de que el heredero únicamente responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia, otras veces se expresa que es la herencia la que responde de dichas deudas y en otras se afirma que las propias deudas son cargas de la herencia.

(115) *Traité de Droit civil comparé*, 1912, V, pág. 305.

contra los acreedores personales del heredero. Con todo siempre será preferible que así se disponga explícitamente por las leyes.

C) *Derecho español*.—Examinaremos, en primer lugar, la posición del Código civil en esta materia, para seguir después con los demás ordenamientos jurídicos sucesorios españoles.

a) *Código civil*.—El Código civil español guarda silencio acerca del problema objeto del presente estudio.

En cambio, el proyecto de Código civil de 1851 regulaba la separación de bienes en forma semejante al Derecho francés, pues incluso hablaba de requisitos de la correspondiente anotación registral respecto de bienes inmuebles hereditarios, pero con la particularidad de imponer la formación de inventario (116). García Goyena (117) destacaba la frecuencia y gran importancia de esta institución para los acreedores del difunto que contrataron con él atendiendo a su fortuna y cualidades personales (118).

El silencio de nuestro Código civil vigente sobre esta interesante figura pretende explicarla Manresa (119) con estas palabras:

Nuestro Código prescinde del derecho de los acreedores y legatarios a pedir la separación de patrimonios... Cuando la herencia se acepta pura y simplemente y el heredero tiene otros acreedores, que es el caso en que verdaderamente puede ser útil el beneficio de la separación de patrimonios, la ley estima sin duda que, o dicha aceptación perjudica a los acreedores hereditarios de un modo irreparable o no. Si no les perjudica, inútil es un derecho que sólo persigue el fin de molestar innecesariamente al heredero, causando gastos inútiles. Y si perjudica, esos acreedores pueden, con arreglo al artículo I.III, impugnar los actos del heredero y

(116) En su artículo 871 atribuía este derecho a los acreedores del difunto y legatarios, aunque lo sean a plazo o condición.

En el artículo 872 disponía que los acreedores y legatarios podían usar de este derecho respecto de los bienes muebles dentro de tres años a contar de la muerte del causante, con tal que los bienes existan en poder del heredero. Y en cuanto a los bienes inmuebles decía que conservarían dicho derecho los acreedores y legatarios si lo anotaran dentro del término de seis meses. Asimismo, para la formación del inventario se remite a los preceptos sobre beneficio de inventario.

El artículo 875 regulaba los efectos de la separación de bienes, y en la pugna clásica entre los acreedores del causante, y legatarios, de un lado, y los acreedores del heredero, siguió el sistema del referido texto de PAPINIANO, pero siempre dentro de los límites del sistema francés de prelación.

En los restantes artículos 873 al 877 se contenían normas complementarias.

(117) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, pág. 244 y siguientes.

(118) Decía que debido a dicha frecuencia e importancia de esta materia no era de extrañar que todos los Códigos modernos, a imitación del Derecho romano, se hayan ocupado de ella, y ninguno con tanta prodigalidad como el de Justiniano. Por esto encontraba más extraño el silencio de nuestras Partidas sobre este punto. Era, pues, forzoso—agrega—llevar este vacío de nuestro Derecho patrio.

(119) *Comentarios al Código civil español*, 1907, VII, pág. 418.

hacer rescindir la aceptación en la forma que se hizo, separando los bienes del causante para que no sea mermada su especial garantía. Además —agrega— la facultad en los acreedores del difunto de promover el juicio voluntario de testamentaria, es un nuevo medio preventivo que les concede la ley para que procuren asegurar su derecho y evitarse todo perjuicio, que después exigiría el medio más violento de la rescisión.

Esta opinión de Manresa peca de optimista. Al entender que dicho artículo I.III autoriza a los acreedores hereditarios para ejercitar la acción pauliana contra la aceptación pura y simple de la herencia por el heredero agobiado de deudas, desenfoca el problema, aparte de no darse aquí las circunstancias necesarias para el ejercicio de tal acción. Al considerar inútil el derecho de separación o preferencia cuando la aceptación pura y simple de la herencia no perjudica a los acreedores hereditarios, olvida que, a pesar de no resultar éstos matemáticamente perjudicados de momento, pueden resultarlos en definitiva por las malas artes de un heredero poco escrupuloso o tramposo. No tan desafortunado anda Manresa cuando habla del nuevo medio preventivo del juicio voluntario de testamentaria (120).

Seguramente debe referirse a este autor Lacruz Berdejo (121) cuando expresa que nuestro Código civil no regula el *beneficium separationis* como una institución autónoma, pero que, según se ha dicho, los acreedores de la herencia pueden conseguir sus efectos mediante los procedimientos de testamentaria o abintestato, citando al efecto los artículos 973, 1.038 y 1.040 de la Ley de Enjuiciamiento civil. No es preciso —añade este autor— que sean aquéllos quienes pidan la incoación del juicio, pues basta que, de hecho, los bienes relictos permanezcan individualizados y se habilite un procedimiento para su ordenada liquidación y que esto es lo que ocurre en los citados procedimientos universales. El aislamiento del caudal relicto —agrega— produce en favor de los acreedores iguales efectos que el beneficio de inventario, y así la conservación ficticia de los créditos del causante contra el heredero y

(120) Hay quienes estiman que los resultados de la *separatio* romana pueden conseguirse en el Código civil español, al menos en parte, gracias a lo dispuesto en el artículo 1.082 del mismo, según el cual los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Pero esta opinión debe ser rechazada, porque aparte de que el derecho que concede este precepto es bien poca cosa atendido lo preceptuado por el artículo 1.084 y que el mismo no puede actuar cuando hay un solo heredero, téngase en cuenta que durante la indivisión hereditaria subsiste íntegro el peligro que la *separatio* romana quiere conjurar. Ver la sentencia de 9 de febrero de 1901.

(121) Anotaciones al *Derecho de sucesiones*, de BINDER, 1953, página 230.

los *intra in re aliena* sobre sus bienes, extinguidos por la confusión (122).

Quedamos, pues, en que el Código civil guarda absoluto silencio sobre la materia. Que este silencio sea producto del olvido nos resistimos a creerlo, aunque pueda dar pábulo a esta impresión de olvido el hecho de que las Partidas no se ocuparan de esta separación, así como la circunstancia de que en ningún precepto del Código se indique de alguna manera que los acreedores del causante podían salvaguardar sus créditos por los juicios de testamentaría o de abintestato, cosa que bien poco costaba. Pero no obstante, difícilmente podía pasar desapercibida al legislador que el proyecto de Código civil de 1851 regulaba con varios preceptos la separación sucesoria de bienes.

Así pues, debemos benévolaente presuponer que el Código civil vigente no se ocupa de esta materia simplemente porque sus elaboradores pensaron que dicho problema quedaba resuelto con lo establecido por la Ley de Enjuiciamiento civil sobre tales juicios universales sucesorios. Pero ocurre preguntar: ¿estuvo acertado en este punto el Código civil? Debemos contestar negativamente por estas razones:

1) Porque, aunque haya que estimar que los juicios de testamentaría y de abintestato implican prácticamente una *separatio*, ésta requiere algunas normas sustanciales o materiales, que naturalmente es más lógico que figuren en el Código civil, o en una ley especial de tipo análogo. Entre estas normas cabe señalar las siguientes:

(122) LACRUZ BERDEJO (en las páginas 213 y siguiente de la obra citada) se esfuerza en demostrar que en ningún lugar del Código civil se encuentra expresamente afirmada la doctrina de que, a causa de la confusión de patrimonios sobrevinida por la aceptación pura, legatarios, acreedores de la herencia y acreedores del heredero, concurren con igual derecho a cobrar de éste. Podría—dice—dar base para entender la procedencia de este concurso la doctrina de la sentencia de 9 de febrero de 1901 según la cual, habiéndose aceptado puramente una herencia, un acreedor personal del testador no tiene derecho de preferencia alguno sobre los bienes relictos, de modo que, hipotecada una finca hereditaria en favor de un acreedor personal de los herederos, es éste y no aquél, quien cobra primero su crédito, sin que se trate, en este caso, de protección a tercero. Y aquí dicho autor opone el artículo 1.011 del Código civil y otros razonamientos, incluso el que hace derivar del artículo 50 de la ley Hipotecaria. Y termina por sostener que, no menos que en el beneficio de inventario, hay también prelación, en principio, en la aceptación pura, de los acreedores de la herencia sobre los legatarios y de éstos sobre los acreedores del heredero. Pero reconoce que no siendo aquí aplicable el artículo 1.026 del Código civil, claramente destinado a la aceptación beneficiaria, y rigiendo el artículo 1.082 sólo cuando hay varios herederos, después de citar el artículo 146 del Reglamento Hipotecario (que permite pedir la anotación del derecho hereditario a los acreedores de la herencia) concluye con estas palabras: hay que recurrir, para producir los efectos que tenía en Roma el *beneficium separationis*, a los procedimientos de testamentaría o abintestato.

a') Es necesario un precepto que disponga claramente que podrán pedir o promover el juicio de testamentaría o abintestato *los acreedores del causante y los legatarios*. Se dirá que esto ya lo expresan los artículos 973 y 1.038 de la Ley Procesal civil, pero esto no constituye razón apreciable debido a que, aparte de que esta norma es más propia de figurar en el Código civil, no indican aquellos artículos que los acreedores de que habla han de ser acreedores del causante, ni el artículo 1.038 alude a los legatarios en general, sino únicamente a los de parte alicuota del caudal.

Claro que hay que estimar que los artículos 973 y 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil se refieren naturalmente sólo a los acreedores del causante, pero el caso es lo suficiente importante para expresarlo clara y ostensiblemente (123).

En cuanto a la omisión de los legatarios en general, seguramente ello se debió a que entonces ya la ley Hipotecaria permitía a los legatarios que no fuesen de parte alicuota pudieran asegurar la efectividad de sus legados mediante la correspondiente anotación preventiva sobre inmuebles hereditarios (124), pero no contaron con que esta garantía resultaba inútil en las herencias carentes de bienes inmuebles, pero que cuentan con una importante cartera de valores mobiliarios (125).

b') El Código civil debía también contener un precepto que determinara los efectos sustantivos de la separación patrimonial originada por la promoción de los juicios de testamentaría o de abintestato o al menos dejar sentado que el patrimonio hereditario quedaba como si estuviese separado del patrimonio privativo del heredero a los fines de aislarlo de los acreedores personales de éste, autorizando al Juez para adoptar las medidas dirigidas a la efectividad de la separación como son principalmente éstas:

La privación al heredero de las facultades de administrar y disponer de los bienes hereditarios en tanto no se hubieren satisfecho las deudas y cumplidos los legados, facultades éstas que pasarían al administrador para ejercitarlas en la medida y con los requisitos fijados por las leyes (126) y solamente para satisfacer a los

(123) Así lo entiende, naturalmente, la sentencia de 29 de diciembre de 1950 cuando afirma que el número 3.º de dicho artículo 973 considera parte legítima para promover el juicio de abintestato a los *acreedores del finado*. También resulta ello de los números 1, 2 y 3 del artículo 1.003 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(124) En este punto parece sentirse la influencia del Código civil francés.

(125) El Código civil, a pesar de ser más moderno que la ley procesal civil, se preocupa preferentemente de los bienes inmuebles, distinción de la que prescinde, en general, el Derecho romano.

(126) A esto podrá objetarse que el artículo 1.030 de la ley procesal civil establece que durante el juicio de abintestato no se enajenarán los bienes inventariados, excepto aquellos cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, etc. Evidentemente este precepto viene a establecer una prohibición de disponer, pero ésta debía ser más explícita en el sentido

acreedores de la misma, de suerte que quienes procedan contra la herencia deben hacerlo dirigiéndose contra su administrador (127).

Y la puntualización del alcance extintivo que estos juicios universales puedan tener respecto de la confusión originaria de las relaciones jurídicas de deuda o de derecho real existentes entre el causante y el heredero, respecto de cuyo alcance se guarda absoluto silencio, pues ni siquiera se emplea el concepto básico de separación o aislamiento patrimonial (128).

2) Asimismo consideramos desacertada la postura de nuestro Código civil sobre la materia, porque los juicios de testamentaria y de abintestato son procedimientos que tienen por objetivo básico desenvolver procesalmente la acción de partición de herencia y por esto el articulado que regula tales juicios se produce bajo la obsesión de las operaciones particionales de inventario, avalúo, liquidación y división de la herencia. Y si bien habla de «liquidación» hereditaria no aclara si esta operación puede consistir en la formación de hijuelas para pago de deudas si los acreedores no reclaman el pago por no querer o por no poder de momento. Por tanto, el problema del pago o satisfacción de acreedores del causante, y legatarios, aparece como algo marginal, incrustado en forma no muy ortodoxa en el proceso particional que domina en ambos juicios de testamentaria y abintestato.

Seguramente aquí radica la causa que explica el hecho de que las expresadas normas sustantivas o materiales a las que antes

de privar al heredero de la facultad dispositiva de bienes hereditarios y de poderse reflejar esta situación en el Registro de la Propiedad respecto de bienes inmuebles, sin perjuicio de otras medidas, como, por ejemplo, el depósito de bienes muebles, etc. Pero de no quererse puntualizar tanto podía haberse adoptado una fórmula general que autorizara al Juez competente para tomar las medidas que estimase pertinentes al efecto. Esto, aparte de que de uno u otro modo ello había de quedar reflejado en el Código civil.

(127) Queda en nebulosa el problema de si los acreedores personales del heredero pueden proceder ejecutivamente contra los bienes de la herencia mientras no resulten pagados los acreedores del causante y los legatarios. El número 4.º del artículo 1.003 de la ley de Enjuiciamiento civil siembra confusión al disponer la acumulación al juicio de testamentaria o de abintestato de «todas las demandas ordinarias y ejecutivas que se deduzcan contra los herederos del difunto o sus bienes después de prevenido el juicio» universal, salvo que se persigan bienes hipotecados. La confusión se acentúa al tener en cuenta que los números anteriores a dicho artículo se refieren a juicios ejecutivos o de otra clase incoados contra el causante, lo que hace sospechar que en el caso del referido número 4.º se trata de demandas posibles contra los herederos por deudas propias de ellos. De ser esto así toda idea de separación se derrumba, pues ni siquiera se salva el principio de preferencia de los acreedores del causante, y legatarios, respecto de los acreedores personales del heredero.

(128) Ya hemos visto antes que LACRUZ BERDEJO estimaba que en estos casos se produce la conservación ficticia de los créditos del causante contra el heredero y los derechos reales sobre sus bienes, extinguidos por confusión. Pero nosotros no sabemos encontrar precepto alguno que así lo indique.

nos hemos referido no estén formuladas, no ya en el Código civil, sino tampoco en la Ley de Enjuiciamiento civil, lo que hace que todo lo que se refiere a la separación sucesoria de bienes —que queremos ver implícita en estos juicios sucesorios (129)— quede en nebulosa. Además, lo referente al pago de deudas (en cuanto al pago de legados el silencio es sepulcral) está regulado como pasando sobre ascuas. El artículo 1.030 nos dice de refilón y con carácter excepcional que «durante dichos juicios sólo podrán enajenarse por el administrador bienes de la herencia «para el pago de deudas o para cubrir otras atenciones del abintestato» o testamentaria, aparte de los que deban enajenarse por deteriorarse o ser difícil o costosa su conservación, y de los frutos, sin que llegue este precepto a determinar si dichas deudas son únicamente las hereditarias o si son todas. Fuera de esto sólo existe la alusión del artículo 1.093, que dispone que, cuando aquellos juicios se hayan promovido a instancia de uno o más acreedores, no se hará la entrega de bienes a ninguno de los herederos o legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción.

Hubiera sido, por tanto, mejor regular procesalmente por separado lo concerniente a la partición judicial hereditaria y lo relativo a la separación, sin perjuicio de las medidas cautelares en uno y otro caso, y también de poder coordinarse debidamente cuando ambos operasen.

3) Además de las razones expuestas sobre la falta de idoneidad de los juicios de testamentaria y abintestato en orden a los fines de la separación sucesoria de bienes (en la hipótesis de que los codificadores pensarán en dichos juicios universales como medios para conseguirla), tales juicios constituyen un tipo de procedimiento complejo, falto de agilidad, costosísimo, de larga duración y altamente abrumador y pernicioso, lo que le ha hecho odioso y temido, aparte de poder ser más fácilmente un instrumento propicio para servir de arma de chantaje. Por esto han sido califi-

(129) Sobre las dudas apuntadas sobre este extremo hay que añadir la que sugiere el artículo 1.052 de la ley procesal civil, al disponer que no obstará el juicio de testamentaria para que los herederos ejerciten en tiempo y forma el derecho de deliberar o el beneficio de inventario. Ante este precepto procede preguntar: ¿y por qué no dice este artículo que tampoco será obstáculo dicho juicio para que los acreedores del causante pidan la separación del patrimonio hereditario? Evidentemente esto huele a olvido, debido a que al promulgarse la ley de Enjuiciamiento civil, en los territorios llamados de Derecho común era desconocida la *separatio romana*, por no haberla recogido las Partidas, ni leyes posteriores a éstas.

Además dicho precepto hace pensar en la imposibilidad de actuación de la *separatio* cuando el heredero llamado usa del beneficio de deliberar, pues, mientras, no hay heredero efectivo y aquélla exige que el heredero haya aceptado la herencia pura y simplemente.

Asimismo el artículo 1.096 de la ley procesal civil proporciona otro argumento de duda.

cados de monstruos devoradores de herencias y de otras cosas más. Si la *separatio* romana y los demás sistemas que logran aislar el patrimonio hereditario mediante un sistema de administración—liquidación facultativa y automática—se hacen acreedores de críticas por el engorro y gastos que origina tal administración liquidatoria (130), ¿qué decir de los juicios de testamentaria y de abintestato con su pieza separada de administración y los ramos separados que de ésta deben formarse en los Juzgados según la ley procesal civil?

Indudablemente, si los que prepararon el Código civil vigente se hubieren percatado del problema que en este estudio explicamos y tenido presente el sistema francés adoptado sobre esta materia por nuestro proyecto de Código civil de 1851, con seguridad habrían por lo menos seguido el criterio de este último como fórmula que prácticamente consigue, en sustancia, los resultados perseguidos por la *separatio* sin incurrir en gastos excesivos.

Para terminar el examen de la Ley de Enjuiciamiento civil en este punto, debemos hacer observar que, según su artículo 1.053, las testamentarias (y también los abintestatos) podrán ser declarados en *concurso* de acreedores o en *quiebra* en los casos en que así proceda respecto a los particulares (131), y si lo fueren, se sujetarán a los procedimientos de estos juicios (132).

Ya hemos dicho antes que el Derecho romano no distinguía, ni siquiera a los efectos de la *separatio*, si el causante deudor era solvente o insolvente, así como tampoco si era o no comerciante. Pero en muchos ordenamientos jurídicos modernos se tiene presente esta distinción de solvencia o insolvencia (133), ya que en caso de insolvencia puede ser decretada judicialmente la situación de concurso o de quiebra, situación ésta que si bien en el fondo produce también el aislamiento de la herencia, hace improcedente la petición de la separación de bienes propiamente dicha o pone fin a la ya obtenida. Así el Código civil alemán dispone, en su artículo 1.988, que la administración hereditaria (que, como ya se ha dicho, surte efectos bastante análogos a la *separatio* romana) ha de cesar cuando se abra el *concurso* del caudal relicto, y la ley italiana de quiebras del año 1942 establece que con la declaración de quiebra cesan los efectos de la separación de bienes con-

(130) Ya hemos dicho que el Código civil alemán dispone que esta administración-liquidación no puede ser organizada o, de serlo, debe cesar cuando no exista una masa hereditaria adecuada para soportar los gastos que la misma ha de entrañar.

(131) Quiere referirse a las personas naturales o individuales.

(132) Se discute entre los autores españoles si en el caso de quiebra ésta es del comerciante fallecido o de la herencia sujeta a testamentaria o abintestato correspondiente. Nosotros creemos que ambas cosas caben dentro del ámbito del artículo 1.053 de la ley procesal civil.

(133) Hay legislaciones en que tampoco se distingue entre comerciantes y no comerciantes, sujetándolos a todos, personas jurídicas o naturales, a un procedimiento único concursal.

seguida por los acreedores del difunto conforme al Código civil.

Esto parece dar la impresión de que la separación sucesoria de bienes pierde utilidad comparada con la *separatio* romana, que siempre abarcaba tanto el supuesto de sucesión de causante solvente como el de insolvente. Pero, en rigor, no es así por lo que se dirá al final del presente trabajo y porque, además, la situación de concurso o de quiebra requiere ser declarada judicialmente.

Pues bien, dicho artículo 1.053 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al disponer que las testamentarias (o abintestatos) pueden ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra cuando así proceda, y que se sujetarán en este caso al procedimiento de estos juicios, deja sin puntualizar si este concurso o quiebra produce la separación del patrimonio hereditario respecto del del heredero (134). Nosotros creemos que lógicamente ha de provocar esta separación, aunque la insuficiencia normativa de nuestras leyes sea tan desoladora en este aspecto que haga altamente dificultoso configurar en nuestro Derecho estas situaciones (135).

Todo esto último pone de relieve que en orden a los efectos aislantes del patrimonio hereditario que puede producir el referido concurso y la quiebra, nuestro Código civil en cuanto al concurso, y el de Comercio respecto la quiebra, guardan también profundo silencio, contando sólo nuestro ordenamiento con aquel modesto artículo 1.053 de la ley procesal civil (136).

b) *Derecho civil especial de Cataluña*.—En este territorio rige el Derecho romano y, por tanto, la regulación del *beneficium separationis* tal como fué vivido en la fase del *ius commune*, conforme a la doctrina de los autores clásicos, sin que penetrase en

(134) En rigor, la testamentaria (o abintestato) no puede ser declarada en concurso o quiebra, ni siquiera en el estado de herencia yacente, pues carece de personalidad jurídica y en este caso de yacencia se trata en el fondo del concurso o quiebra del causante. De haber sido aceptada la herencia pura y simplemente la presencia de este heredero complica las cosas.

(135) RAMÍREZ (en su magnífica obra *La Quiebra*, 1950, I, pág. 578) dice que cuando después de fallecido un comerciante individual se declare su quiebra, ésta viene a ser un medio para mantener intacta, a favor de los acreedores del difunto, la garantía de su patrimonio, evitando su confusión con el de los herederos. Los únicos problemas a interferirse en tal quiebra—añade—serían los relacionados con la posible confusión del patrimonio con el de sus herederos, los que sólo surgirían si, al instarse o declararse la quiebra, la herencia hubiera sido aceptada pura y simplemente. De conservar el patrimonio del difunto su autonomía, ya en el supuesto de herencia yacente, ya en el de aceptación a beneficio de inventario, no cabe problema alguno especial.

(136) En España, últimamente, el «Instituto de Estudios Políticos» ha formulado un anteproyecto de ley concursal, en cuyo artículo 7.º se dice que «fallecido el deudor, podrá ser declarado el concurso de su herencia», y agrega que «no obstará la continuación del concurso «el fallecimiento del deudor». Es de advertir que para este anteproyecto bajo el concepto de «concurso» se comprenden el concurso de acreedores y la quiebra.

Cataluña la desviación francesa sobre esta figura jurídica, conforme lo demuestran los juristas antiguos catalanes (137).

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña dispone en su artículo 264:

«Los acreedores por deudas del causante o por gastos de su última enfermedad, y los legatarios, podrán obtener del Juez competente que el patrimonio hereditario se considere separado del privativo del heredero, al objeto de salvaguardar su derecho frente a los acreedores particulares de este último. El Juez, previo inventario de la herencia y adecuada justificación, concederá este beneficio y adoptará, en su caso, las medidas conducentes a esta efectividad.»

«Los acreedores del causante y legatarios que obtengan el beneficio de separación tendrán derecho preferente para el cobro de sus créditos y percibo de sus legados respecto de los acreedores particulares del heredero, pero mientras estos últimos no resulten pagados no podrán dichos acreedores perseguir los bienes privativos del heredero.»

Asimismo, en el número tercero del artículo precedente al transcrito se dispone que «en previsión de que el beneficio de inventario decaiga, éstos [los acreedores del causante] podrán, no obstante,

Este precepto es laudable, pero se olvida completarlo mediante proclamar explícitamente que el concurso implicará la separación o aislamiento del patrimonio hereditario, o sea el apartamiento de los acreedores personales del heredero. Claro que afirma que el concurso será de la *herencia*, pero este punto tan importante merece mayor precisión. Como afirma BINDER (*Ob. cit.*, pág. 221), en el Derecho alemán, tanto la administración de la herencia como el concurso, independizan la masa de la herencia del patrimonio del heredero y hacen que la unión de patrimonios ocasionada por la apertura de la sucesión (pues en Alemania la herencia se adquiere *ipso iure*), si bien no jurídicamente, de hecho, desaparezca, con efecto retroactivo, mediante la separación de la masa hereditaria.

Asimismo, dicho anteproyecto se ocupa del caso en que sea declarado el concurso, no de la herencia, sino del heredero, pues en su artículo 96 se dice que, «sobre los bienes procedentes de una sucesión por causa de muerte, los acreedores del causante gozarán de un derecho de satisfacción preferente respecto de los acreedores del heredero declarado en concurso, siempre que la fecha de la declaración no sea posterior en dos años a la aceptación de la herencia». En la exposición de motivos de este anteproyecto se expresa que con este artículo se llenaría una laguna existente en nuestro Derecho privado, quedando reconocido un derecho de satisfacción preferente a los acreedores sobre los del heredero, respondiendo al principio tradicional de la *separatio honorum*.

Evidentemente, de llegar a ser vigente dicho artículo 96 proyectado, representaría una notable mejora para los Códigos civil y de comercio, pero aún no sería suficiente, pues la separación sucesoria de bienes tiene un campo más dilatado, por abarcar también la hipótesis en que el heredero, sin ser solvente o hallarse en concurso, tenga deudas de alguna consideración. Además, según el propio artículo, no se sabe si el sistema que adopta es del tipo de la *separatio romana* o del tipo francés de derecho de prelación.

(137) Ver FONTANELLA (*De pactis nuptialibus*, cláusula IV, glosa 24, núms. 67 y 68) y CANGIER (*Variarum resolutionum*, Pars. I, cap. 3, núm. 82).

hacer valer simultáneamente el beneficio que les concede el artículo siguiente».

Por tanto, en esta Compilación se recoge la idea básica de la *separatio* romana, pero con prevalencia de la opinión de Papiniano y prescindiendo de todo plazo preclusivo para tal beneficio. Claro que este beneficio requiere mayor normación, incluso procesal, pero la necesidad de reducir el articulado y de evitar en lo posible la materia procesal se impuso y por ello se optó por proclamar lo que se consideró fundamental en el sistema de la *separatio*, dejando al Juez competente en libertad para adoptar las medidas que estimare convenientes para la efectividad de la separación, entre las que entran la posibilidad de nombrar administrador-liquidador, decretar el secuestro y la prohibición de enajenar los bienes hereditarios por el heredero, y ordenar la anotación preventiva sobre los bienes inmuebles de la herencia y el depósito de los bienes muebles, así como de tomar otras medidas cautelares.

c) *Derecho civil especial de otros territorios*.—Sólo cabe hablar aquí de Navarra, pues Baleares y Aragón son regiones sujetas al artículo 13 del Código civil (138) y sus disposiciones forales o consuetudinarias vigentes no aluden al beneficio de separación, así como tampoco la Compilación de Derecho civil especial de Vizcaya y Alava.

En Navarra debería regir el sistema romano de la *separatio* por aplicación del Derecho romano supletorio del Derecho civil especial de este territorio. Pero es de observar que el anteproyecto de Compilación del Derecho civil especial de Navarra (publicado en 1959 bajo la denominación de «Fuero recopilado de Navarra»), en su artículo o ley 295, dice que: «En tanto no hayan sido pagados los legatarios y los acreedores de la herencia, y aunque hubiera sido aceptada pura y simplemente, se la considerará, por ministerio de la ley, patrimonio separado del propio del heredero, y los acreedores de éste no podrán accionar contra los bienes de la herencia en perjuicio de los legatarios y acreedores que se amparen en este beneficio».

Por tanto, según este proyectado artículo, el beneficio de separación de patrimonios opera *de iure*, sin necesidad de ser impetrada su aplicación al Juez.

III

Para terminar el presente estudio corresponde ahora tratar, a grandes líneas y a base de una visión de conjunto, de los ordenamientos jurídicos examinados, a los exclusivos fines de buscar la

(138) Por bien que la sentencia de 6 de junio de 1905 inició la doctrina de considerar vigente en Baleares el Derecho romano como supletorio, especialmente en materias de Derecho de sucesiones.

fundamentación o justificación del principio de separación sucesoria de bienes, como dispositivo, facultativo o automático, de protección de los acreedores hereditarios y legatarios.

A este objeto examinaremos primeramente la fundamentación de los sistemas de separación facultativa, para seguir después con la fundamentación comparativa con los sistemas de separación automática :

a) *Fundamentación de los sistemas de separación facultativa.*— Incluimos aquí los ordenamientos jurídicos que, como el romano, francés, alemán y derivados de éstos, adoptan el principio de separación sucesoria de bienes, para actuarlo a instancia de parte.

Nota común de estos sistemas es el fenómeno de la confusión patrimonial producido a consecuencia de la sucesión hereditaria operada por el fallecimiento de una persona. Como medio para evitar que por esta confusión resulten perjudicados los acreedores del causante, y los legatarios, hemos visto que las leyes facultan a todos éstos para poder obtener el aislamiento o separación de los bienes de la herencia, impidiendo de momento que sobre éstos puedan concurrir acreedores personales del heredero. También facultan al heredero para utilizar el beneficio de inventario u otros remedios análogos dirigidos a aislar la herencia y así poder resguardarse de la responsabilidad ilimitada por deudas hereditarias, surgida a causa de dicha confusión patrimonial.

Concretamente a la separación de bienes hemos comprobado que ésta impide dicho concurso en una misma herencia de los acreedores del causante, y legatarios, con los acreedores del heredero, mediante apartar de ella a estos últimos en la medida necesaria para que aquellos acreedores del causante, y legatarios, puedan satisfacerse con los bienes de la herencia de sus créditos y legados hasta el máximo posible. Por esto la separación presupone que en una sucesión el heredero se encuentra más o menos agobiado de deudas y cargado de acreedores, aunque ello no origine su insolvencia.

Pero los adversarios de la separación sucesoria de bienes alegan que la circunstancia de que el deudor muera y quede como heredero suyo una persona que tenga a su vez contraídas deudas, es un evento que no ha de tomarlo en cuenta el Derecho, pues quien contrata con una persona ha de saber que contrata también con los herederos de ésta, conforme establece una norma universal que constituye el soporte decisivo del tráfico jurídico y de la subsistencia de la mayor parte de relaciones jurídicas entre los hombres. Así pues, los acreedores del causante que con él contrataron se sometieron voluntariamente a dicha contingencia, ya que debían pensar que éste no viviría siempre y que, por tanto, podía morir y sucederle un heredero con deudas, que incluso podía ser un tramposo o un insensato. De esta posibilidad podían ponerse al abrigo obteniendo garantías reales u objetivas, pero, si no lo

hicieron, lo lógico es que hayan de pechar con las consecuencias de su imprevisión.

Concretamente al sistema francés de separación preferencial, dichos adversarios le oponen la consideración de que si la anotación registral de este derecho de prelación atribuye al acreedor respectivo una verdadera hipoteca en garantía de su crédito, ello es inaceptable, pues es un contrasentido que un acreedor pueda mejorar o robustecer su crédito por la muerte de su deudor, es decir, por un suceso extraño a sus previsiones, como si esta muerte del deudor transformara, con sólo pedirlo el acreedor, un crédito simple en un crédito hipotecario, asignando a este acreedor una garantía hipotecaria que él no cuidó de exigir a su tiempo oportuno.

Pero todos estos argumentos contrarios a la separación son vulnerables, con sólo contemplar que esta separación solamente pretende mantener en interés de acreedores del causante, y legatarios, el *statu quo* existente inmediatamente antes del momento de fallecer su causante deudor. No se trata, pues, de mejorar o favorecer a los acreedores del difunto, sino simplemente de evitar que su situación empeore por la muerte de su deudor. La separación únicamente persigue conseguir que los acreedores del difunto puedan satisfacerse con los bienes de la herencia del mismo modo o en las mismas condiciones bajo las que hubieran podido verificarlo si el deudor todavía viviera. La separación solamente procura sustraer a los acreedores hereditarios del daño o perjuicio que pudiera afectarles si la muerte de su deudor pudiera hacer desmejorar su situación, por tener el heredero acreedores que, aunque no le coloquen en plena insolvencia, puedan ser preferidos por éste.

A la separación sucesoria de bienes no le preocupa el interés de los acreedores personales del heredero porque ella no agrava su situación, no los deja en peor posición para cobrar sus créditos de la en que se encontraban antes de fallecer el causante de su deudor. Lo único en que puede influirles la separación es que, sin ella, este fallecimiento podía redundar en su provecho, sobre todo si su deudor era insolvente, ya que podía resultar engrosado el activo patrimonial neto de éste. En cambio, respecto de los acreedores del finado, ya hemos visto que la falta de separación sí que podría perjudicar a sus intereses, sufriendo, por ende, un daño. Por esto tiene perfecta aplicación aquí aquella regla jurídica clásica de que es mejor causa la del que procura evitar un daño que la del que pretende obtener un lucro (*potior est causa eius qui certat de damno vitando, quam illius qui certat de lucro captando*) (139).

Respecto de lo que se alega en contra del sistema francés de preferencia, en rigor no es admisible, pues la finalidad es seme-

(139) Ver más razones en D'AMIELO, *Codice civile. Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, pág. 207.

jante a la de la *separatio* y únicamente varía el medio aislante de los bienes hereditarios, por cuanto dicho derecho de preferencia, una vez constatado registralmente en caso de bienes inmuebles, aunque parezca tener la categoría misma de la hipoteca, funciona en el sentido de mecanismo de separación singular, adscribiendo, tal como lo estaban antes del óbito del causante, los bienes hereditarios anotados al pago preferente de los acreedores del deudor, quedando virtualmente aquéllos vinculados a este fin.

Pero, además, la separación cumple una misión complementaria. Hemos dicho al principio que la separación tiene por objeto mantener en interés de los acreedores del difunto, y legatarios, el *statu quo* existente antes del fallecimiento del causante deudor. Mas para que este mantenimiento sea perfecto en cuanto a los acreedores del finado, se requiere evitar también que el ambiente de confianza o de crédito reinante entre el causante y sus acreedores no se vea perturbado hondamente por el advenimiento de un heredero que por ser poco escrupuloso o de mala fe (140) se preste a combinaciones o postergaciones fraudulentas. Los acreedores del difunto no contrataron con el heredero sino con el causante, confiando en la solvencia y moralidad de éste, y si no exigieron garantías para la efectividad de sus créditos fué habida cuenta de que el causante era solvente en todos los aspectos, tanto en el de potencialidad económica como en el de honestidad y corrección en el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos (141).

Por tanto, hay que concluir que el principio de separación, como lo reconoció la Glosa, es de uso útil y de humana necesidad (*uso exigente et humanis necessitatibus*).

b) *Fundamentación comparativa entre los sistemas de separación facultativa y los sistemas de separación automática.*—Situamos aquí, además de los indicados en el apartado anterior, los ordenamientos jurídicos en los que, como los anglosajones, en ge-

(140) La circunstancia de ser el heredero un disipador o dilapidador no influye en la separación sucesoria de bienes, pues, en general, las legislaciones no han adoptado para este supuesto concretamente el remedio de la *satisfatio suspecti heredis* conocido en el Derecho romano.

(141) Los contradictores del beneficio de separación arguyen también que no es lógico que los acreedores del causante cuenten con el medio de la separación y, en cambio, se niegue un remedio análogo a favor de los acreedores del heredero que acepta pura y simplemente una herencia cuyo pasivo exceda de su activo. Pero frente a esta consideración (de la que hemos hablado antes cuando comentamos un texto de ULPIANO) ya señalamos que se trataba de dos hipótesis completamente distintas, pues los acreedores del heredero confiaron en la solvencia económica y moral de éste, mientras que los acreedores del difunto no confiaron lógicamente en la solvencia económica y moral del que podía ser heredero de su deudor y normalmente ni siquiera podían pedir a este heredero garantías para cuando falleciera el referido deudor. Por el contrario, los acreedores particulares del heredero ya sabían que éste podía perjudicarles procurándose nuevos deudores, aunque fuese mediante aceptar puramente herencias recargadas de deudas.

neral, y los de Méjico, Perú, Brasil y otros análogos, la separación o aislamiento patrimonial sucesorio no precisa ser demandado por los acreedores hereditarios, y legatarios, debido precisamente a que el régimen sucesorio adoptado impide la confusión patrimonial por establecerse *ab initio* la separación o aislamiento de la herencia, concibiendo ésta como patrimonio autónomo sobre el cual pesa como carga del mismo el pasivo hereditario. Esto, naturalmente, hace inútil todo rastro de beneficio de separación instado, así como resulta superfluo el beneficio de inventario y otros dispositivos análogos.

En el apartado anterior procuramos justificar el principio de separación sucesoria de bienes pensando primordialmente en los ordenamientos jurídicos en los que la actuación de la misma debe ser reclamada; pero lo allí dicho es aplicable a la separación sucesoria en general y, por tanto, con mayor razón a estos sistemas en que la separación es automática por excelencia. Aquí sólo nos queda intentar averiguar si estos segundos sistemas están más fundamentados que los anteriores de separación facultativa y si, en consecuencia, constituyen una superación institucional que haga desear el desplazamiento de aquéllos.

En estos últimos tiempos, en Italia principalmente, algunos autores, preocupados excesivamente por el problema de la liquidación de las deudas hereditarias, han criticado a fondo, a veces con alguna desorientación, los sistemas de separación facultativa, y más concretamente los inspirados, con mayor o menor fidelidad, en el mecanismo de la *successio* romana, con su consiguiente efecto de la confusión patrimonial (142).

Tales autores atribuyen el origen de todos los males de una deficiente protección crediticia por parte de dichos ordenamientos jurídicos sucesorios, al hecho de no haber querido algunos de ellos borrar de sus Códigos el vetusto concepto de la *successio in universum ius defuncti* con sus derivaciones de la *confusio honorum* y de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* del heredero por deudas del causante, todo—dicen—por un excesivo respeto a la venerada tradición romana y con olvido de las exigencias económicas modernas y de la protección del crédito. Ante esto, dichos autores propugnau por una regulación que conciba la sucesión, no como el traspaso de una posición jurídica de un sujeto a otro, sino como traspaso simple de un patrimonio relicto, sobre el cual pesaran como cargas las deudas del causante, facilitándose así la liquidación del pasivo hereditario.

Estas críticas creemos responden a un entusiasmo ocasional y poco meditado. La pretendida superioridad de los referidos sistemas de separación automática no es más que un producto de un criterio de rigidez, en contraste, pues, con los sistemas de separa-

(142) Ver, por ejemplo, en DE SIMONE (*Ob. cit.*, introducción, pág. 3 y siguientes), lo que expresa este tratadista y otros que cita.

ción facultativa, que se inspiran en un criterio de flexibilidad, ductilidad y elasticidad que excluye el carácter inexorable de las configuraciones jurídicas simplistas. La vida jurídica es compleja y por ello la regulación de las instituciones no puede reducirse a fórmulas carentes de ductilidad. Tanta rigidez encontramos en los sistemas que ven en el fenómeno hereditario un mero traspaso de un patrimonio afecto siempre a su pasivo, como en el sistema romano antes de admitirse en él los beneficios de separación y de inventario.

Repitiendo en parte ideas vertidas anteriormente, procede afirmar que la imposición en todo caso o sin excepción de un previo proceso de liquidación más o menos organizada del pasivo hereditario en los sistemas de separación automática, implica un engorro del que están exentos como regla los sistemas de separación facultativa, ya que éstos parten de la idea de que lo ordinario y corriente es que las herencias no plantean problemas graves de liquidación de pasivos y que lo más frecuente es que los herederos no estén agobiados de deudas. Sin embargo, para los supuestos excepcionales de que ocurra lo contrario, la ley ya brinda a los interesados los remedios adecuados para hacer frente a las situaciones de emergencia, remedios consistentes en los beneficios de separación y de inventario, u otros dispositivos análogos. Si la experiencia nos enseña, al menos en los países de sistema de separación facultativa, que por regla general ni los herederos ni los causantes están sobrecargados de deudas, no existe razón alguna para cambiar de sistema y sustituirlo por otro que da la impresión de considerar que la regla general es la inversa.

