

## SECCION II.—De la separación de los patrimonios. (1)

### § I. ¿Quién puede pedir la separación?

3. Según los términos del art. 878, “los acreedores de la herencia pueden pedir, en todos los casos, y contra todo acreedor, la separación del patrimonio del difunto del patrimonio del heredero.” Ya dijimos en qué caso tienen interés los acreedores del difunto para pedir la separación de los patrimonios (núm. 1). ¿Cuál es el motivo jurídico del derecho que la ley les concede? No es el interés, por-

1 Fuentes: Blondeau, *Tratado de la separación de los patrimonios*, París, 1840, 1 vol. en 8°; Dufresne, *Tratado de la separación de los patrimonios*, París, 1842, 1 vol. en 8°; Barafort, *Tratado teórico y práctico de la separación de los patrimonios*, París, 2ª edición, 1867; 1 vol. en 8°; Dubrenil, *Ensayo sobre la separación de los patrimonios*; Dollinger, *Tratado de la separación de los patrimonios*; Massón, *Tratado de la separación de los patrimonios*.

que los acreedores del heredero lo tendrían también, y sin embargo, la ley les rechaza tal derecho (art. 881). Pothier dice que el derecho de los acreedores hereditarios se funda en un principio emanado de la naturaleza de las cosas. Los acreedores del heredero no pueden tener en los bienes de su deudor más derecho que el que éste tiene; es así que el heredero no toma los bienes de la sucesión sino con el gravamen de pagar las deudas, luego los acreedores del heredero deben también recobrar con esos bienes las deudas, los legados y otras cargas, antes de que ellos puedan proceder. Y esto lo opera la separación de los bienes de la sucesión de los del heredero, lo cual tienen derecho á pedir al juez los acreedores y legatarios de la sucesión. (1)

A nosotros nos parece que este motivo, repetido por todos los autores, (2) no justifica suficientemente la separación de los patrimonios. O por mejor decir, prueba demasiado: conforme á lo que dice Pothier, la separación debería existir de derecho, sin que se solicitase, porque de derecho es que el heredero no sea investido con los bienes del difunto sino con la obligación de cubrir todas las cargas de la sucesión (art. 742); y no obstante, Pothier dice que la separación debe demandarse al juez. Así es que esto, en cierto concepto, es una excepción más bien que una aplicación del derecho común. Es muy cierto que el heredero está obligado á pagar las deudas de la sucesión, pero las paga con sus bienes, y en estos bienes se hayan incluidos los del difunto, á causa de la confusión de los patrimonios, lo cual es de derecho común. Y es por derogación de esta confusión del patrimonio del difunto con el del heredero, por lo que los acreedores hereditarios pi-

1 Pothier, *De las sucesiones*, art. 5° (t. 7°, pág. 219 de la edición de Buguet).

2 Chabot, t. 2°, pág. 615, núm. 1 del art. 778. Durantón, t. 7°, página 653, núms. 463-465; Demolombe, t. 17, pág. 114, núm. 99.

den que se separen dichos patrimonios. La cuestión consiste en saber si tal excepción se funda en derecho. El verdadero fundamento de la excepción, es el principio formulado por los arts. 292 y 293. El que obliga su persona, obliga sus bienes; en consecuencia, los bienes del deudor son la prenda de sus acreedores. Como los acreedores de la sucesión trataron con el difundo, tenían por prenda los bienes de éste. ¿No es justo que dicha prenda, con la cual contaban al contratar, se les quede? ¿La muerte del deudor puede cambiar los derechos de sus acreedores quitándoles todo ó parte de la prenda que habían adquirido? Adquirido, es decir demasiado, porque el deudor podía enajenar sus bienes, y á su muerte la ley traslada la propiedad de ellos á sus herederos. Según el rigor del derecho, los acreedores cambian, pues, de deudor; no tienen por deudor á la sucesión, sino al heredero: pero como éste puede ser insolvente, mientras que el difunto deja bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, la equidad exige que los bienes que eran la prenda de los acreedores en vida del deudor, sigan siéndolo después de su muerte. Tal es el objeto y la justificación de la separación de los patrimonios.

4. El art. 881 dice que "los acreedores del heredero no son admitidos á demandar la separación de los patrimonios contra los acreedores de la sucesión." ¿Qué motiva esta disposición que los autores del código civil tomaron del derecho romano? La razón, dicen que es, que los acreedores del heredero no pueden impedir que un deudor contraiga nuevas deudas; los nuevos acreedores están en la misma línea que los antiguos; ahora bien, al aceptar lisa y llanamente una sucesión, el heredero viene á ser el deudor de los acreedores hereditarios; en consecuencia, éstos tienen los mismos derechos que los acreedores personales del heredero. En vano se invoca la equidad; los jurisconsultos romanos contestan que los acreedores del heredero han he-

materia de quiebra. Según el código civil, cada acreedor procede individualmente por interés propio. La acción colectiva tenía sus ventajas, porque garantizaba los intereses de todos los acreedores y legatarios; pero en derecho francés habría tenido graves inconvenientes. ¿Qué hacer cuando los acreedores no se pusieran de acuerdo? ¿debería ceder la minoría á la mayoría, como en caso de quiebra? ¿ó conservaría sus derechos? En la última hipótesis se somete al heredero al régimen de la quiebra, cuando quizá no es insolvente. En efecto, la separación impone ciertamente la insolvencia del heredero, pero la ley no hace de ella una condición para el ejercicio del derecho de los acreedores. En definitiva, la ley se atiene á las partes interesadas: cada una vigilará sus intereses como mejor lo entienda. (1)

7. El art. 878 dice que los herederos pueden pedir la separación en todos los casos. Estos términos son de consideración porque de ellos resulta que la ley debe interpretarse en el más amplio de los conceptos. En cuanto á los acreedores del difunto, esto no tiene duda. Se ha fallado que los acreedores pueden pedir la separación de los patrimonios, aun cuando su derecho fuese condicional ó á plazo. (2)

Esto es una medida conservatoria, por lo que es preciso que la ley la permita á todos los que tienen intereses que conservar. No hay que distinguir tampoco entre los acreedores quirografarios y los hipotecarios. Los acreedores quirografarios, son los que tienen mayor interés en pedir la separación de los patrimonios, porque corren el riesgo de ser privados por las hipotecas que el heredero ha consentido ó puede consentir; en cuanto al derecho de los primeros, es evidente; como lo dice Domat, el simple efecto

1 Blondeau, *De la separación de los patrimonios*, núm. 485.

2 Véanse las sentencias citadas por Dalloz *Sucesión*, núm. 1398, y Orleans, 15 de Junio de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 151).

de su crédito hace que se les prefiera, en los bienes de su derecho, á los acreedores del heredero, con los cuales el difunto no estaba obligado. En cambio podría creerse que los acreedores hipotecarios no tienen ningún interés en pedir la separación; la fecha de su hipoteca asegura sus derechos contra las hipotecas que el heredero consintiese. Cómo es que si la inscripción les da un lugar útil pero todo el crédito, carece entonces de interés, porque la muerte del heredero en nada cambia sus derechos. (1) Otra cosa es, como más adelante lo diremos, cuando los acreedores hipotecarios no están enteramente desinteresados, es decir, cuando por una parte de su crédito se hallan en la misma línea que los acreedores quirografarios. Y como sólo después de la venta de los bienes hipotecados y la distribución del dinero es cuando caben en posición, tienen siempre un interés eventual en recurrir á la medida de la separación, y basta con su derecho eventual para que tengan la facultad de promover. (2)

8. ¿El heredero que era acreedor del difunto puede pedir la separación de los patrimonios contra sus propios acreedores? Primero hay que ver si sigue siendo acreedor. Al aceptar la renuncia lisa y llanamente, la confusión de los patrimonios extingue sus créditos por el todo, si es sólo heredero, y por su parte hereditaria, si tiene coherederos. ¿Esta extinción de confusión sólo existe cuando hay separación de los patrimonios? La afirmativa no nos parece dudosa; en efecto, la separación no se pide sino contra los acreedores del heredero, y sólo contra ellos tiene efecto; luego no es posible prevalerse de ella. Si es heredero único, su crédito se extingue; si tiene coherederos, se extingue por una parte hereditaria, y subsiste por el excedente. Por lo

1 En este sentido es como debe entenderse la sentencia de Grenoble, de 18 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 93).

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 317, nota 4 del pfo. 618; Demolombe, t. 17, p. 123, núm. 107 y los autores que citan.

deudas, fué preciso vender los inmuebles de la sucesión.

El juez comisario clasificó á los acreedores en el orden siguiente: en primer lugar los acreedores hipotecarios del difunto, en segundo los acreedores hipotecarios del heredero, y en último término los acreedores quirografarios de uno y otro, y aun no se colocaban éstos sino eventualmente para el caso en que el gravado con la substitución muriese sin hijos. Esta colocación eventual que, á primera vista, parece extraña, era muy justa en lo concerniente á los acreedores del heredero. En efecto, el difunto había legado su disponible con cargo de substitución, declarando inembargables las rentas mismas, y para esto tenía derecho; así, pues, los acreedores del heredero no podían tener, mientras durase la carga, ninguna acción en los bienes de éste; su colocación no podía ser más que eventual. Pero la posición de los acreedores del difunto era muy distinta. Los bienes legados eran la prenda de aquellos, prenda que el testador no podía arrebatárles; ellos podían, por tal motivo, tomar inmediatamente los bienes, y debían ser colocados inmediatamente. Lo que había determinado al juez comisario, y en su seguimiento al tribunal y á la corte á no colocarlos sino eventualmente, es que los acreedores del difunto no habían pedido la separación de los patrimonios, por lo que eran simples acreedores quirografarios del legatario universal. En esto estaba el error que la corte de casación reformó. Sin duda que no habiendo pedido los acreedores del difunto la separación de los patrimonios, no tenían ninguna preferencia respecto de los acreedores del heredero; pero, en el caso de que se trata, éstos no entraban en la cuestión, supuesto que sólo eventualmente estaban colocados; así, pues, los acreedores del difunto estaban frente al heredero, y preciso era decidir que, respecto á éste, ellos no necesitaban pedir la separa-

ción de los patrimonios: ellos ejercitaban sus derechos de acreedores personales. (1)

11. Distinta es la cuestión de saber contra quién debe formularse la demanda de separación. ¿Necesariamente ha de ser contra los acreedores? Hay una sentencia en este sentido, y excelentes ingenios se han pronunciado en favor de esta opinión. (2) Esto parece resultar de la naturaleza misma de los patrimonios; supuesto que lo que pretenden ejercer los acreedores del difunto es una preferencia sobre los acreedores del heredero ¿no es lógico que se pida contra los acreedores que tienen interés en combatirla? Esto es lo que dice el texto del art. 878, y nosotros debemos respetar el texto cuando se halla en armonía con el espíritu. Así es que la reparación de los patrimonios debe pedirse, en principio, contra los acreedores del heredero. Y si se formula de tal manera, éste no puede, ciertamente, oponerse, porque los acreedores del difunto usan de un derecho, y lo ejercitan conforme á la ley. (3) Los acreedores mismos no podrían oponerse sino cuando los actores careciesen de título; y si, sin ningún derecho, algunos pretendidos acreedores del difunto quisieren apoderarse de los bienes de la sucesión, entonces el heredero ciertamente que sí podría oponerse, porque dichos bienes le pertenecen. Esto es suficiente para poner á cubierto sus derechos; en cuanto á la preferencia que los acreedores del difunto ejercen sobre sus propios acreedores, ella no da ningún derecho sobre sus bienes, por lo que no hay interés alguno en oponerse.

¿Quiere decir esto que la demanda nunca puede ejerci-

1 Sentencia de casación, de 17 Marzo de 1856 (Daloz, 1856, 1, 152). La sentencia está muy bien explicada por Nicolas-Gaillard, que había dado conclusiones conformes como procurador de justicia (*Revista crítica de jurisprudencia*, t. 8º, pág. 193, núm. 1).

2 Poitiers, 8 de Agosto de 1828 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1412). Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4º, pág. 319, nota 12 del pfo 618.

3 Burdeos, 11 de Diciembre de 1834 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1414).

*devo.* ¿Es concebible una demanda de preferencia, siendo que no hay acreedores contra quienes pueda ejercitarse la preferencia? En vano se dice que podrá haberlos. La separación no es un remedio contra los riesgos futuros; ella supone que hay un riesgo actual resultante de la confusión de los patrimonios. Creemos que se necesitaría un texto para dar una acción con motivo de un riesgo futuro; tanto más cuanto que la acción intentada contra el heredero puede perjudicar á su acreedor, porque la demanda implica que es insolvente ó que amenaza serlo.

12. El art. 878 dice que la separación puede pedirse contra *todo* acreedor. Esto quiere decir que la demanda debe pronunciarse á demanda de los acreedores del difunto, por favorable que sea el crédito del autor y aun cuando sea privilegiado. Aquí no se trata de una preferencia fundada en la naturaleza más ó menos favorable de los créditos; si los acreedores del difunto superan á los acreedores del heredero, es únicamente por su origen, porque los bienes del difunto eran su prenda, y en este sentido les pertenecían antes de que los acreedores del heredero hubiesen adquirido un derecho sobre sus bienes; así es que poco importa que los créditos del difunto sean simplemente quirografarios; mientras que los acreedores del heredero son hipotecarios ó privilegiados (1). Esta proposición ha sido puesta en duda por Dufresne; lo que le ha atraído el reproche de ponerse fuera de la ley, es decir, de hacerla (2). Tomamos acta del reproche, porque el que lo hace lo merece con mucha frecuencia. No es por el prurito de criticar por lo que agregamos esta reflexión, sino porque hay una tendencia general en los autores modernos, á colocarse por encima de la ley, no abiertamente

1 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 320, nota 15 y los autores que citan.

2 Dufresne, *De la separación de los patrimonios*, núm. 46. En sentido contrario Demolombe, t. 17, pág. 135, núm. 119.

pero sí haciéndole decir lo contrario de lo que dice. Los últimos en aparecer están dispuestos á buscar novedades, con el objeto de distinguirse de sus predecesores, y hay que cuidarse de este escollo. Nuestra ciencia es una ciencia tradicional que pocas innovaciones tolera. Lo que importa es, al contrario, enlazar las nuevas dificultades que se presentan con los antiguos principios. El código es siempre el mismo, y el intérprete no tiene derecho á cambiarlo. En el caso de que se trata, no puede haber duda alguna sobre el sentido de la ley, porque está concebida en los términos más absolutos: la separación puede solicitarse contra *todo acreedor*; la tradición nos enseña que hasta podía pedirse contra el fisco, es decir, contra acreedores, fuesen los que fuesen, como dice Pothier (1).

El art. 878 no dice contra *todos los acreedores*. Ya dijimos que el derecho de pedir la separación es un derecho individual (núm. 6); es también individual en el sentido de que puede ejercitarse con tales acreedores de tal heredero, y no contra acreedores de otro heredero (2). Esto es muy lógico. Uno de los herederos puede ser solvente y otro insolvente; por otra parte, las deudas de uno pueden ser módicas y las de otro considerables; así es que precisaba dejar á los acreedores del difunto la facultad de proceder según si sus intereses están ó no amenazados.

13. Si el heredero vende la herencia ¿los acreedores del difunto podrán formular su demanda, sea contra el heredero vendedor ó sus acreedores, sea contra el cesionario y sus acreedores? La cuestión es controvertida. Para resolverla, hay que aplicar el principio fundamental en esta materia: la separación es una preferencia entre acreedores, por lo que, desde luego, preciso es que haya concurso de

1 L. 1, pfo. 4 D., XVII, 3. Pothier, *De las sucesiones*, cap. 5º, artículo 4.

2 Durantón, t. 7º, pág. 655, núms. 466-468. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 529, núm. 760.

acreedores. Ahora bien, por el efecto de la cesión, los acreedores quirografarios del cedente no tienen ya ningún derecho en los bienes que componen la herencia, por lo que no puede haber conflicto entre ellos y los acreedores del difunto. Otra cosa sería si el heredero hubiera concedido hipotecas sobre los bienes hereditarios; el conflicto existiría en este caso; surge entonces la cuestión de saber si los acreedores del difunto pueden pedir la separación. El heredero que vende la herencia sigue siendo heredero, en el sentido de que no puede desligarse de las obligaciones que ha contraído con los acreedores del difunto al aceptar lisa y llanamente la sucesión; luego la acción podría dirigirse contra él ó contra sus acreedores. Pero hé aquí la razón para dudar: el cedente no posee ya los bienes hereditarios, y sobre estos bienes es sobre lo que los acreedores del difunto reclaman una preferencia: La dificultad está en saber si pueden proceder contra el heredero ó sus acreedores, cuando los bienes han pasado á la propiedad del cesionario.

Se ha fallado que los acreedores podían pedir la separación contra los acreedores del cesionario, por motivo de que éste hace las veces del cedente y de que los acreedores pueden ejercitar contra él todos los derechos que tienen contra el cedente. (1) Esto nos parece muy dudoso. La cesión es un contrato en el cual son extraños los acreedores del difunto; luego no puede decirse que respecto de ellos el cesionario ocupa el lugar del cedente; esto no es verdad sino respecto de las relaciones del cedente y del cesionario. El cesionario no es el deudor de los acreedores hereditarios; éstos no tienen acción directa contra él, y sólo pueden proceder en virtud del art. 1166, es decir, como ejercitan-

1 Lyon, 21 de Enero de 1851 (Daloz, 1852, 1, 165). Dubrenil, *Ensayo sobre la separación de los patrimonios*, cap. 8º, pfo. 7º, núm. 9 y las autoridades que él cita.

do los derechos del heredero vendedor, que sigue siendo su deudor. Ahora bien, la separación no puede pedirse sino contra los acreedores del que ha vendido, á ser el deudor de los acreedores del difunto, en razón del riesgo que resulta del concurso de los acreedores del heredero, es decir, en razón de la insolvencia del deudor. No siendo el cesionario deudor, no puede tratarse de pedir la separación contra él ni contra sus acreedores. Queda en pie la cuestión de saber si los acreedores del difunto pueden pedir la separación contra los acreedores hipotecarios del heredero. Esto equivale á preguntar si los acreedores del difunto tienen todavía acción en los bienes de la herencia cuando, á causa de la cesión, estos bienes pasan á ser propiedad del cesionario. Nó; parece que la cuestión debe resolverse negativamente desde que se admite que el cesionario no es el representante del heredero. Respecto á los muebles ni siquiera es dudoso, supuesto que la prenda que los acreedores tienen en los muebles, no les da el derecho de persecución. En cuanto á los inmuebles, la venta hecha dentro de los seis meses no daña á los acreedores; ya veremos más adelante si todavía pueden proceder sobre los inmuebles que fueron vendidos después de transcurridos seis meses. Hay en esto un gran riesgo que amenaza á los acreedores del difunto. Pero la separación de los patrimonios no puede dar á los acreedores una garantía más eficaz que la que tenía contra el difunto, su deudor; y ésto podía también aniquilar los derechos de sus acreedores personales, enajenando sus bienes. (1)

14. ¿Los acreedores del donador pueden pedir la separación contra los acreedores del donatario universal? Planteada en estos términos, la cuestión no es dudosa, su-

1 Compárese Barafort, *Separación de los patrimonios*, pág. 80, número 49; Demolombe, t. 17, pág. 141, núm. 127 y las autoridades que cita.

puesto que el donatario universal es heredero; y poco importa, en lo concerniente á la separación de patrimonios, que el heredero sea contractual, testamentario ó *ab intestato*. Una sola condición se requiere, y es que haya aceptación lisa y llana, y por consiguiente, confusión de patrimonios. La cuestión se ha presentado en las siguientes circunstancias. El heredero era donatario de la mitad de los bienes de su autor, en virtud de una donación hecha por contrato de matrimonio, y cesionario de la otra mitad, por un traslado que le habían consentido sus coherederos. Se ha fallado que no había lugar á la separación de los patrimonios. La sentencia se funda en que el heredero poseía los bienes, no á título sucesivo, sino á título de donatario y de adquirente. (1) Esta decisión, aprobada por unos, es criticada por otros. (2) Nosotros creemos que hay algo de verdadero en una y otra opinión. El donatario á título universal no tiene la ocupación, como tampoco el legatario á título universal; luego no se opera ninguna confusión de patrimonios, y por lo tanto, no hay lugar á pedir su separación. Volveremos á la cuestión de derecho en el título de las *Donaciones*. Quedaba el traslado de la otra mitad; esto era una partición, dicese, supuesto que la cesión había hecho cesar la indivisión; luego el cesionario, como copartícipe, era reputado por haber tenido siempre la propiedad de la mitad de la sucesión, objeto de la partición. De aquí se ha concluido que él estaba sometido á la demanda de separación. Si se admite el principio, hay que admitir también la consecuencia; el copartícipe cesionario toma como heredero todos los bienes no comprendidos en la substitución contractual; luego los acreedores pueden pedir la separación de los bienes que él recoge á título de heredero. En cuanto á

1 Grenoble, 9 de Marzo de 1831 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1416, 2°)

2 Dufresne, pág. 58, núm. 53, Barafort, pág. 88, núm. 53.

los que toma como donatario, están de derecho separados de su patrimonio. De suerte que, en definitiva, la separación existirá por todo el patrimonio del difunto.

### § III.—¿COMO SE PIDE LA SEPARACION?

15. ¿En qué forma debe pedirse la separación de patrimonios? La cuestión es controvertida. Demolombe agrega que está llena, en la doctrina y en la jurisprudencia, de incertidumbres y obscuridades. Quizá habría que decir que el autor que se queja de la incertidumbre de la doctrina, es en parte el culpable. La cuestión consiste en saber si se necesita un fallo para que exista la separación de los patrimonios. El texto decide la cuestión. Según el artículo 898, los acreedores pueden *pedir* la separación contra todo acreedor; en donde hay *actor* y un demandado, hay litigio; luego el juez tiene que intervenir para pronunciar la separación. Tal es el sentido que la palabra *demanda* tiene en derecho. Cuando el art. 1153 dice que los réditos se cuentan desde el día de la *demanda*, todos convienen en que se necesita una demanda judicial. Lo que no deja duda alguna, es que así pasaban las cosas en el antiguo derecho. Pothier lo dice: al juez es á quien se dirigen los acreedores para obtener la separación de los patrimonios. Si el código civil y el de procedimientos nada dicen de las formas en las cuales debe formularse é instruirse la demanda de separación, es por una razón muy sencilla, porque las reglas generales son suficientes, y por consiguiente, son aplicables.

16. ¿En dónde está, pues, esa inmensa dificultad de que se quejan? La opinión que acabamos de enunciar es la que generalmente se sigue, (1) salvo algunos disentimientos. Demolombe es quien ha imaginado un nuevo sistema, del

1 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 4.º, pág. 319, nota 11. Demolombe, t. 17, pág. 148, núm. 136.

que nada diríamos si no fuera porque ha encontrado algún apoyo en la jurisprudencia. El distingue las medidas conservatorias que los acreedores pueden ó deben tomar para proteger sus intereses y el ejercicio de la separación de los patrimonios propiamente dicha. Según él, la separación de un privilegio, y éste se ejerce como todos los demás, por el hecho solo de conservarse y sin que se necesite una demanda judicial. Si el juez ha de intervenir, es á lo sumo cuando se trata de la conservación del derecho de los acreedores. ¿Cómo se conserva el derecho de éstos? En cuanto á los inmuebles, por una inscripción (art. 2111). En cuanto á los muebles, la ley nada dice, por lo que habrá que aplicar el derecho común; aquí podrá ser necesaria la intervención del juez, porque, en la opinión consagrada por la jurisprudencia, los tribunales tienen el derecho de prescribir las medidas que juzguen necesarias para proteger los intereses de los acreedores. (1) A nuestro juicio, esta teoría no tiene ningún fundamento ni en el texto ni en el espíritu de la ley.

¿La separación de los patrimonios es un privilegio? Bajo el imperio del código Napoleón sí podía sostenerse esto, supuesto que el art. 2111 así la llama, al menos en lo concerniente á los inmuebles. ¿Cómo se conserva ese privilegio? Por inscripciones tomadas en cada uno de los bienes de la sucesión, dice el art. 2111. ¿Es suficiente esto? Ese mismo artículo dice: "Los acreedores que *piden* la separación del patrimonio del difunto, conforme al art. 878." Luego se necesita una *demanda*, además de la inscripción. La inscripción tiene por objeto avisar á los terceros que traten con el heredero, que los bienes de la sucesión que éste ha recogido están afectos á los acreedores del difunto, por preferencia á los acreedores del heredero; para que

1 Demolombe, t. 17, págs. 134 y siguientes, núm. 139 y siguientes. Compárese Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 198.

éstos tengan la primacía, se necesita, además, que los acreedores y legatarios hagan la demanda. El texto es formal. Sin embargo, la corte de Metz ha fallado que aparte de la inscripción, la ley no ha exigido del acreedor el cumplimiento de otras formalidades especiales, tales, por ejemplo, como un fallo; que el privilegio que resulta de la separación de patrimonios produce sus efectos de la misma manera que los demás privilegios, sin que se necesite hacerlo reconocer previamente y por medio de la justicia. (1) La corte olvida el art. 2111 y el 878, al cual el 2111 remite expresamente. Así, pues, el legislador exige otra cosa además de la inscripción, y cuando la ley ha hablado, el intérprete, que no es más que su órgano, no puede decir lo contrario de lo que ella dice; como lo ha dicho Demolombe, en otra cuestión de esta difícil materia, esto equivaldría á ponerse fuera de la ley, ó por mejor decir, encima de la ley.

En cuanto á los muebles, el código no habla de medidas conservatorias, y únicamente dice que el derecho de pedir la separación prescribe en el lapso de tres años. Ahora bien, la prescripción supone el derecho y la obligación de obrar, porque no puede oponerse la prescripción sino al que, teniendo derecho á proceder, no ha procedido. El artículo 880, por otra parte, lo dice en términos formales: respecto de los inmuebles, *la acción puede ejercerse* en tanto que existan en poder del heredero. ¿Una acción no es una demanda judicial? Ciertamente es que esa expresión tiene á veces una aceptación más amplia; así en el art. 1662 la ley habla de una acción *de retroventa*, y es, no obstante, bien claro que el rescate puede ejercerse sin que haya una demanda judicial. Pero es grande la diferencia entre la acción de retroventa y la acción de separación. La cláusula

1 Metz, 27 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 103).

de rescate es un derecho que el comprador debe á su contrato; cuando se estipula, la venta se vuelve condicional en cuanto á su resolución; en el momento en que el vendedor quiere usar de su derecho, la venta queda resuelta. Mientras que la separación de patrimonios es una excepción de los principios; es un beneficio, y todo beneficio debe ser solicitado judicialmente, á menos que la ley se conforme con otra formalidad.

17. ¿Se necesita una acción principal, ó es suficiente una incidental? En el silencio del código, debe uno advertir que los acreedores pueden pedir la separación incidentalmente. Así es como las cosas pasan habitualmente. Un acreedor del heredero entabla algunas diligencias sobre un bien de la sucesión; por ejemplo, un auto de embargo notificado á un heredero del difunto; los acreedores hereditarios deberán en este caso invocar el beneficio de separación contra los acreedores del heredero, á fin de alejarlos de la distribución por contribución. De todas suertes, la separación deberá pedirse al juez para que queden separados los acreedores del heredero. (1)

18. En la opinión de Demolombe, los acreedores pueden pedir que el tribunal prescriba algunas medidas conservatorias para amparar sus derechos. Déjase entender que los acreedores tienen el derecho de requerir la oposición de ellos, y de que se haga un inventario de los muebles de la sucesión; esto no es más que el derecho común, y la noción misma de la separación de los patrimonios, implica la necesidad de tales medidas. Se trata de prevenir la confusión de los bienes del difunto y los bienes del heredero; y la confusión, en cuanto á los muebles, sería inevitable si el moviliario hereditario no estuviese inventariado. Pero se va más lejos. Apesar del inventario, el heredero po-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 530, núm. 761. Barafort, p. 98, núm. 38.

dría enajenar los muebles; preciso es que los acreedores puedan impedirlo, porque de lo contrario, su privilegio se volvería ilusorio; ahora bien, quien apetece el fin apetece los medios. La ley quiere asegurar los derechos de los acreedores del difunto contra los acreedores del heredero; luego también contra todo lo que el heredero pueda hacer en perjuicio de los acreedores de la sucesión. La corte de casación ha fallado, en consecuencia, que el legatario de una renta vitalicia puede practicar su secuestro sobre las sumas debidas á la sucesión, á efecto de asegurar el servicio de la renta. (1) Se ha fallado en el mismo sentido, por la corte de Lieja, que el tribunal tiene un poder discrecional para prescribir las medidas de ejecución que juzgue necesarias; en el caso de que se trata, la corte ordenó que se afectase un capital suficiente para privilegio del pago de una renta legada, sin que el heredero pudiese enajenarla ó disponer de ella de cualquiera manera que fuese. (2) Hay sentencias en sentido contrario (3) Y la doctrina está tan decidida como la prescripción. (4)

Nosotros creemos que la opinión á la que la corte de casación ha prestado el apoyo de su autoridad, es contraria á los principios que rigen la separación de los patrimonios así como los privilegios. ¿Cuál es el objeto de la separación de los patrimonios? Conservar á los acreedores del difunto la prenda que tenían en sus bienes; luego no se trata de un derecho nuevo y de una nueva garantía otorgados á los acreedores; la ley no quiere dar á entender

1 Sentencia de casación, de 16 de Febrero de 1869, (Daloz, 1869, 1, 463).

2 Lieja, 17 de Marzo de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 124.)

3 París, 31 de Julio de 1852 (Daloz, 1853, 2, 33), y 28 de Abril de 1865 (Daloz, 1867, 2, 156) casada por la sentencia precitada de la corte de casación.

4 Demolombe, t. 17, pág. 164, núm. 146. Barafort, pág. 311, número 194. En sentido contrario, Chabot, t. 2°, pág. 880, núm. 5 del art. 880.

que les otorgue contra el heredero ó sus acreedores derechos más extensos, que los que tenían contra el difunto; ahora bien, el difunto, el verdadero deudor, tenía el poder de enajenar, sin que sus acreedores personales pudiesen atacar la enajenación; el heredero tiene en principio, el mismo derecho. A decir verdad, la separación de los patrimonios es extraña al heredero; luego no altera sus derechos. Tal es la separación organizada en el título de las *Sucesiones*; en él no se dice una sola palabra de un estorbo, sea el que fuere, que impidiese al heredero disponer de los bienes hereditarios como le ocurra. En el título de los *Privilegios é Hipotecas*, el legislador ha dado una garantía nueva á los acreedores; tienen un privilegio que pueden oponer á los acreedores hipotecarios del heredero (art. 2111), aun cuando las hipotecas hubiesen sido consentidas antes de la inscripción del privilegio, con tal que éste se halle inscripto dentro de los seis meses. Pero el art. 2111 no prohíbe al heredero que enajene. La ley belga sobre el régimen hipotecario ha colmado este vacío, estableciendo que ninguna enajenación puede consentirse dentro de los seis meses con perjuicio de los acreedores (art. 39). Hé allí el sistema de garantías que la ley establece en favor de los acreedores y legatarios; ninguna disposición del código prohíbe al heredero que enajene el mobiliario hereditario, y el art. 39 le permite implícitamente que enajene los inmuebles después de los seis meses; más adelante volveremos á ocuparnos de esta innovación. Al permitir á los tribunales que estorben los derechos del heredero por autos de embargo ó por otras medidas, la doctrina y la jurisprudencia se ponen, pues, fuera de la ley. Ellas extralimitan el objeto de la separación, al dar á los acreedores contra el heredero un derecho que no tenían contra el difunto; ellas cambian la separación de los patrimonios, cuyo objeto era simplemente dar una preferencia á los acree-

dores del difunto sobre los acreedores del heredero, mientras que en la nueva doctrina, está dirigida contra el heredero, es decir, contra su propietario cuyos derechos altera.

Quien quiere el fin quiere los medios, se dice. Este argumento nos conduce á examinar la cuestión bajo el punto de vista de los principios que rigen los privilegios. La separación de los patrimonios no es un verdadero privilegio; no se le puede aplicar la definición dada por el art. 2095 (art. 19 de nuestra ley hipotecaria). El privilegio es un derecho que la *calidad* del crédito da al acreedor de ser preferido á otros acreedores cualesquiera, mientras que la preferencia que la ley da á los acreedores del difunto sobre los acreedores del heredero, es independiente de la *calidad* de sus créditos; tan cierto es esto, que un acreedor puramente quirografario del difunto es preferido al acreedor el más favorecido del heredero. De aquí concluimos, al menos, que si hay principio, éste no podría tener efectos más extensos que los verdaderos privilegios. Ahora bien, los privilegios mobiliarios no dan á los acreedores el derecho de pedir al tribunal medidas conservatorias; ellos no pueden requerir autos de embargo, no pueden impedir al propietario deudor que enajene, por más que la enajenación ponga término á su privilegio. En vano dirían ellos: quien quiere el fin quiere los medios, porque se les contestaría, que en materia de privilegios todo es de la más estricta interpretación, que no es permitido aumentar nada á la ley, que cuando ésta quiere poner trabas al poder de disposición del deudor propietario, así lo dice. En el silencio de la ley, no se puede derogar el derecho de propiedad; esto es decisivo contra los acreedores privilegiados; luego también contra los acreedores que piden la separación de los patrimonios.

19. Una vez que se aparta uno de la ley, ya no hay li-

mite en el cual pueda uno detenerse. Los autores n.ás recientes superan á los que les preceden. Barafort enseña que los acreedores pueden exigir que el heredero dé caución del mobiliario hereditario, y que á no procurar esta garantía, los bienes deberán venderse y depositarse su precio, para emplearlo en el saldo de los gravámenes hereditarios. Esto no es más que la disposición del art. 807; debe aplicarse por vía de analogía á la separación de patrimonios, porque, se dice, el beneficio de inventario y la separación tienen el mismo resultado, el de separar el patrimonio del difunto, del heredero: los derechos de los acreedores deben, pues, ser los mismos. (1) ¡Que confusión de principios! El beneficio de inventario es pedido por el heredero; de lo que resulta que el heredero beneficiario no es deudor personal de los acreedores del difunto: nada más justo, pues, que asegurar á estos el mobiliario hereditario. La separación de los patrimonios, al contrario, es pedida por los acreedores contra el heredero liso y llano, deudor de aquéllos; éste es propietario y tiene la libre disposición de los bienes de la herencia, mientras que el heredero beneficiario, como tal, es simple administrador. Así, pues, las dos instituciones difieren en todos conceptos, y ¡se quiere aplicar por analogía á una de ellas lo que la ley dice de la otra! Siempre esa mala tendencia que conduce á los intérpretes á ponerse fuera de la ley, es decir, á hacerla.

#### § IV.—¿SOBRE QUÉ BIENES SE EJERCE LA SEPARACION.

20. El art. 878 responde á la pregunta: el patrimonio del difunto es el que se separa del patrimonio del heredero. ¿Qué es lo que forma parte del patrimonio del difunto? Los bienes, derechos y acciones que componen la herencia, y de los que es investido el heredero en virtud del artículo 724: luego la sucesión, tal como está á la muerte

1 Barafort, *De la separación de los patrimonios*, pág. 127, núm. 927.

del difunto, es y sigue siendo la prenda de sus acreedores. El principio es muy sencillo, pero la aplicación no carece de dificultades. ¿Los créditos que el difunto tenía contra su presunto heredero forman parte del patrimonio sobre el cual los acreedores ejercen su derecho de preferencia? En principio, sí; pero ¿no está modificado el principio por la aceptación lisa y llana del heredero deudor? Por el hecho solo de que acepte lisa y llanamente, la confusión de los patrimonios extingue sus deudas como sus créditos. Es verdad que, á instancia de los acreedores del difunto, la confusión cesa; pero ¿no podría decirse que la separación no tiene efecto sino respecto de los acreedores del heredero, y que ninguno tiene contra éste? ¿y no debe inferirse de esto que la confusión subsiste respecto del heredero, y por consiguiente, la extinción de sus deudas? No obstante, la opinión contraria la enseñan todos los autores; nosotros la aceptamos igualmente; pero ¿cómo contestar á las objeciones que acabamos de hacer? El verdadero motivo, para decidir si se encuentra, en nuestro sentir, en los principios que rigen la confusión. Ella no extingue las deudas de una manera absoluta; si la deuda se extingue, es por ser imposible perseguir su pago, porque el deudor es al mismo tiempo acreedor. Desde el momento en que cesa esa imposibilidad, el efecto de la confusión cesa también. Ahora bien, cuando los acreedores del difunto piden la separación de los patrimonios, deja de haber imposibilidad para perseguir el pago de lo que el heredero debe á la sucesión; en efecto, no es él quien persigue, sino los acreedores del difunto. En cambio, debe decidirse, á lo que nos parece, que si el heredero fuese acreedor del difunto, la sucesión continúe subsistiendo, en cierto sentido, á cargo de los acreedores que piden la separación de los patrimonios. Dijimos que en cierto sentido: el heredero no puede reclamar lo que el difunto le debía, porque á su res-

pecto subsiste la confusión; es y sigue siendo heredero liso y llano, luego no puede proceder como acreedor, en atención á que es deudor. Pero sus acreedores pueden proceder; porque contra ellos se ha pedido la separación de los patrimonios; luego nada les impide que obren á nombre del heredero, como teniendo derecho sobre todo lo que compone su patrimonio; luego también sobre su crédito contra la sucesión. Parece contradictorio y absurdo, que los acreedores del heredero puedan promover, siendo que el heredero no puede. Y es porque hay conflicto entre dos principios: por una parte, hay aceptación lisa y llana, es decir, confusión, y por consiguiente, extinción de los créditos y de las deudas; por otra parte, hay separación de los patrimonios; luego no hay confusión, y por lo tanto, ni extinción de los créditos y de las deudas. Hay que satisfacer á cada uno de estos principios; de aquí la consecuencia, en apariencia contradictorias, en las cuales se viene á parar. (1)

21. Los bienes que el difunto había donado sin dispensa de restitución, se vuelven á poner en la masa por los herederos donatarios; luego forman parte de su patrimonio. ¿Quiere decir esto que los acreedores y legatarios tengan un derecho sobre los bienes restituidos, cuando piden la separación de los patrimonios? La negativa es evidente. Los bienes donados entre unos han salido definitivamente del patrimonio del difunto; sus acreedores y legatarios no pueden, pues, pretender en ellos ningún derecho. Si los bienes donados vuelven á la sucesión para ser distribuidos entre los coherederos, es por una ficción, pero no estando establecida esta ficción sino por interés de los herederos á los cuales se debe la restitución, los acreedores del difunto no pueden invocarla. En este sentido es como el art. 837

1 Compárese Demolombe, t. 17, pág. 145, núm. 133; Barafort, página 203, núm. 142; Mourlón, t. 2º, pág. 198 III.

dice que la restitución no es debida á los acreedores y legatarios. (1)

22. Cuestión más difícil es la de saber si la separación de los patrimonios pesa sobre los frutos percibidos desde la apertura de la sucesión. Aquí hay de nuevo un conflicto de principios contrarios. Los frutos pertenecen al propietario de la cosa que los produce. ¿Y quién es propietario en el caso de que se trata? No es el difunto, sino el heredero investido de la propiedad y de la posesión desde la apertura de la herencia. Así, pues, los frutos han entrado á su patrimonio; no son, ni nunca han sido, la prenda de los acreedores de la herencia, supuesto que jamás han pertenecido al difunto; ahora bien, la separación no puede dar á los acreedores un derecho que no tenía contra el difunto su deudor. Esto parece decidir la cuestión en contra de los acreedores. Lebrum razonaba así en el antiguo derecho, pero había sentencias en sentido contrario. ¿Qué debe resolverse en derecho moderno? Generalmente se admite que los acreedores y legatarios se aprovechan de los frutos. Este es también nuestro parecer, pero hay que ver cuáles son los verdaderos motivos para decidir. Se da uno que es imposible que aceptemos. ¿Es bien cierto decir, como lo hace Demolombe, que la separación de los patrimonios tienen por fin y resultado resolver ficticiamente la transmisión hereditaria, y por consiguiente, la propiedad del heredero en los bienes del difunto? (2) Tan poco resuelta está su propiedad, que él tiene el poder de enajenar los bienes hereditarios, y que lo que quede, después que los acreedores sean desinteresados, entrará á su patrimonio y será propietario de ello desde la apertura de la herencia. Luego si la cuestión de los frutos debiera decidirse á favor del

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 5º, art. 4º y todos los autores.

2 Demolombe, t. 17, pág. 145, núm. 132.

propietario, habría que decir que ellos pertenecen al heredero.

Creemos con Zachariæ, que debe aplicarse el principio romano, en cuya virtud los frutos aumentan la herencia; el código rechaza, es verdad, ese principio en materia de petición de herencia, pero como se funda en el derecho y en la razón, hay que aplicarlo en todos los casos en que la ley no lo derogue (1). En nuestro caso, la aplicación del principio se justifica por la naturaleza y el objeto de la separación de los patrimonios. La sucesión se considera como un patrimonio aparte, que sigue siendo la prenda de los acreedores del difunto, y que por consiguiente, les pertenece, de preferencia á los acreedores del heredero; por lo mismo, ellos deben aprovecharse de los aumentos naturales que recibe ese patrimonio; ellos tienen derecho á lo principal (véase tomo IX, núms. 541 y 542). Se objeta que el heredero poseyendo y percibiendo los frutos, éstos quedarán sucesivamente confundidos en su patrimonio, y que por consiguiente, la separación será imposible. La objeción es de hecho más bien que de derecho. A los acreedores incumbe velar porque no se opere la confusión de hecho. En todo caso, el hecho no puede invocarse contra el derecho.

23. ¿La separación de los patrimonios se ejerce sobre el precio de los bienes enajenados que todavía se debiese? Cuando el difunto ha enajenado, ni siquiera hay cuestión; el derecho al precio es un crédito que forma parte de su patrimonio, y que por consiguiente, está incluido en la prenda de sus acreedores; éstos tendrán igualmente todos los derechos que el difunto podía ejercer, el privilegio que pertenece al vendedor y la acción de resolución por falta

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4.º, pág. 321, notas 18 y 19; Dufresne, núm. 118; Barafort, núm. 141. Oen, 26 de Febrero de 1849 (Daloz, 1851, 2, 236). En sentido contrario, Grenier, *De las hipotecas*, t. 2.º, núm. 436; Dubrenil, cap. 6.º, núm. 3.

de pago del precio (1). La cuestión es más difícil cuando el heredero es el que enajena. El tiene el derecho de enajenar las cosas mobiliarias, luego también lo tiene en el precio. En cuanto á los inmuebles, nuestra ley hipotecaria dice, en verdad, que durante el plazo de seis meses ninguna enajenación puede ser consentida por el heredero con perjuicio de los acreedores; pero esta misión prueba que el heredero tiene derecho á enajenar; ¿y no debe concluirse de esto que el precio le pertenece, al menos cuando la enajenación se hace después de la espiración de los seis meses? La opinión general es que el precio ocupa el lugar de la cosa enajenada por efecto de una subrogación real. Hay, no obstante, un motivo para dudar el cual ha dominado á algunos autores. La subrogación es ó legal, ó convencional; y en el caso de que se trata, no hay ni convenio ni ley; así es que ¿cómo podría admitirse la ficción de la subrogación? La fundan en un principio tradicional que formulan en los siguientes términos: *In iudiciis universalibus, res succedit in locum pretii, et pretium in locum.re.* Verdad es que se hallan algunas aplicaciones de este principio en el código, y de ello hemos visto un ejemplo, al tratar del retorno sucesoral (arts. 749 y 766). Pero el principio mismo no es otra cosa que la subrogación real, por lo que la dificultad subsiste (2). Hay que prescindir de este proverbio, y ver si la separación de los patrimonios permite que se admita la subrogación del precio en la cosa sin que haya un texto que la establezca. Puede decirse del precio lo que acabamos de decir de los frutos: en uno y otro caso, hay un conflicto de principios. Si se ajusta uno al derecho de propiedad, debe decirse que los frutos así como el precio entran al patrimonio del

1 Barafort, pág. 150, núm. 110.

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 166, nota 3 del pfo: 573. Compárese Merlin, en la expresión *Subrogación de cosas*, sec. 1ª

heredero propietario. Pero el derecho de prenda que los acreedores tienen en los bienes del difunto conduce á una consecuencia contraria. El heredero puede enajenar, y si se paga el precio, éste entra definitivamente á su patrimonio, y por consiguiente, se escapa á los acreedores. Pero en tanto que no se pague el precio, no se puede decir que esté confundido con el patrimonio del heredero; luego hay lugar á aplicar este otro principio, que todo lo que proviene de la herencia es prenda de los acreedores, y que el heredero no tiene derecho en ellos sino después que éstos estén desinteresados. De este modo se concilian los dos principios contrarios, y se llega al mismo resultado que en la opinión generalmente seguida (1). La jurisprudencia está en el mismo sentido, con excepción de una sentencia de la corte de Montpellier (2). Más adelante trataremos de la dificultades de texto.

24. La misma dificultad se presenta en el caso en que el heredero ha cambiado los bienes de la herencia por otros bienes que han pasado á ser su propiedad. Claro es que el heredero puede hacer cambios, como puede vender, y siendo el trueque translativo de propiedad, la cosa recibida en cambio entrará al patrimonio del heredero, lo mismo que el precio en caso de venta. ¿No excluye á esto el ejercicio de la separación de los patrimonios? Hay que contestar, como lo hicimos respecto al precio, que todo lo que proviene de la herencia es la prenda de los acreedores, y no puede entrar al patrimonio del heredero sino después de que los acreedores queden desinteresados. En cuanto á la confusión que algunos invocan, si de hecho existe, lo que no puede acontecer sino para las cosas moviliarias, claro es que la separación será imposible; pero

1 Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. 2º, pág. 333, nota 6 y pág. 334, nota 17.

2 Véase la jurisprudencia en (Daloz, *Sucesión*, núm. 1457).

las más de las veces no existirá, y entonces el derecho de los acreedores debe conciliarse con el del heredero, como acabamos de decirlo respecto al precio. En la opinión general que admite la subrogación real, no hay la menor dificultad: la cosa recibida en trueque toma de pleno derecho el lugar del bien hereditario. Hay una sentencia en este sentido. (1)

24 bis. El principio de que la separación de los patrimonios separa todos los bienes del difunto de los del heredero, recibe una excepción importante. Según los términos de la ley de 8 nivoso, año VI, y de 22 floreal, año VII, las rentas sobre el Estado son inembargables, tanto respecto al capital como á sus réditos. Se ha fallado por aplicación de esta regla, que la separación de los patrimonios no puede aplicarse á las rentas sobre el Estado. (2) En efecto, la separación tendría por consecuencia que los acreedores del difunto se apoderarían de las rentas que por efecto de la transmisión de la herencia, han venido á pasar á la propiedad del heredero; es decir, que las rentas, cuyo goce y propiedad el legislador ha querido asegurar á rentista, vendrían á ser la prenda de los acreedores, lo que las leyes precitadas han querido impedir por interés del crédito público. Esto es una derogación muy grave de los derechos de los acreedores, derogación que casi no es conciliable con los principios. Sin duda que el interés del Estado supera al de los particulares; pero aquí se trata de algo más que de un interés individual; los acreedores tienen un derecho en los bienes de su deudor; y no aceptamos que se sacrifiquen los derechos de los ciudadanos al interés del Estado. Después de esto, dudamos mucho que el Estado necesite de este privi-

1 Nimes, 21 de Julio de 1852 (Daloz, 1854, 2, 206).

2 París, 16 de Diciembre de 1848 (Daloz, 1849, 2, 121). En el mismo sentido, Barafort, pág. 191, núm. 134.

legio para asegurar su crédito; la moralidad de los gobiernos, la buena gestión de la hacienda pública, esas son las bases más sólidas para el crédito público, y más que la intangibilidad de las rentas.

### § V.—CONDICIONES DEL EJERCICIO DEL DERECHO.

#### *Núm. 1. De los muebles.*

25. El art. 880 dispone que el derecho de pedir la separación de los patrimonios prescribe, relativamente á los muebles, por el lapso de tres años. ¿Cuál es la razón de tan breve prescripción? No se encuentra una sola palabra sobre la separación de los patrimonios en los trabajos preparatorios; de suerte que se ve uno obligado á adivinar las razones por las cuales los autores del código han establecido la prescripción de tres años. Hay acuerdo en decir que la prescripción se funda en una presunción de confusión; se supone que el mobiliario del difunto está confundido con el mobiliario del heredero, suposición muy natural, supuesto que el heredero es propietario y poseedor; como esta confusión va en aumento diariamente, tiene que llegar un momento en que ya no puedan distinguirse los muebles que provienen de la herencia: la confusión de hecho impedirá en este caso el ejercicio de la separación de los patrimonios. (1) Pero ¿por qué presumir esta confusión? Muy bien puede suceder que exista, aun después de tres años; así es que era preciso dejar á los acreedores el derecho de promover, salvo el que sufrieren las consecuencias de su negligencia si formularsen su demanda después de llevada á cabo la confusión.

Esta prescripción da lugar á varias dificultades. Se pregunta, en primer lugar, cuál es su punto de partida. La cuestión es debatida. A nosotros nos parece que en el sí-

1 Demante, t. 3º, pág 347, núm. 221 bis 4º Zachariæ, t. 4º, página 324, nota 26.

lencio de la ley deben aplicarse los principios generales; ahora bien, es de regla que la prescripción corre desde que se puede promover; y en el caso de que se trata, pudiendo los acreedores pedir la separación de los patrimonios desde la apertura de la herencia, la prescripción empezará á contarse desde el día del fallecimiento. (1) Se objeta que la prescripción se funda en una presunción de confusión; y agregan, la confusión no puede existir sino desde la aceptación, luego la prescripción sólo empezará á correr desde el día en que el heredero haya aceptado. La razón es mala; no conocemos el motivo de la caducidad pronunciada por el art. 880; porque ¿cómo hacer de una simple suposición una condición para el ejercicio de un derecho? Las excepciones exigen un texto, y no se introducen por vía de razonamiento. La corte de casación ha dado otra respuesta, y es que el heredero está posesionado desde que la sucesión se abre, pero ¿qué tiene de común la posesión de derecho con la confusión de hecho? Un autor que con frecuencia se inclina ante la jurisprudencia, ha tomado á lo serio el argumento de la corte de casación, y de él ha concluido que la prescripción no correrá sino desde la aceptación, si se trata de sucesores no posesionados. (2) La ocupación debe hacerse á un lado por ser extraña al debate. Queda el principio general que nosotros hemos invocado y que resuelve la cuestión.

¿La prescripción de tres años se aplica á los acreedores? Bajo el punto de vista de los textos, la afirmativa no es dudosa. La palabra *muebles*, en el art. 880, como opuesta á *inmuebles*, abarca todo lo que la ley considera muebles; luego también los créditos. Hay una sentencia de la corte de

1 Esta es la opinión general y la consagrada por la jurisprudencia (véanse las autoridades en Dalloz, *Sucesión*, núm. 1441, y en Zachariæ, t. 4º, pág. 325, nota 27).

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 325, nota 27. Demolombe, t. 17, pág. 194, núm. 173.

casación, en este sentido. (1) Aquí es cuando se ve lo irracional que es esta prescripción. ¿Al cabo de tres años ya no se podrá distinguir si el crédito pertenece á la herencia ó al heredero? El título mismo será la mejor prueba.

La aplicación del principio al precio de las cosas enajenadas, suscita una nueva dificultad. Respecto de los inmuebles, dice el art. 880, la acción de separación puede ejercitarse en tanto que aquéllos existen en poder del heredero. Como el precio ocupa el lugar del inmueble ¿debe inferirse que ya no es aplicable la prescripción de tres años? La cuestión es controvertida. No hay que decir que si el inmueble ha sido enajenado por el difunto, la prescripción de tres años debe aplicarse, supuesto que en el momento en que se abre el derecho de los acreedores, tiene por objeto un valor mobiliario. No es así cuando el inmueble es enajenado por el heredero. El derecho de los acreedores tenía, en este caso, un inmueble por objeto. Ocupando el precio el lugar del inmueble ¿no es llegado el caso de aplicar el principio de la subrogación? La cosa subrogada toma la naturaleza de la que reemplaza; luego, dicese, deja de haber lugar á la prescripción establecida para los muebles. Si se admite que los acreedores no pueden proceder sino en virtud del principio de la subrogación, la consecuencia es muy lógica. Nosotros no vemos fundado el derecho de los acreedores en la subrogación, por lo que debemos rechazar la consecuencia que de ella se deduce. El precio debido por el inmueble enajenado por una parte de la prenda que pertenece á los acreedores: tal es nuestro principio. Ahora bien, como el precio es mobiliario, hay lugar á la prescripción de tres años, fijada para todas las cosas mobiliarias. Se pregunta que desde cuándo empezará á contarse la prescripción. Hay que aplicar siempre el

<sup>1</sup> Sentencia de denegada apelación, de 16 de Julio de 1828 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1458).

principio de que la prescripción corre desde que nace la acción, y en caso de enajenación, la acción de los acreedores no nace sino desde el día en que se enajena el inmueble; así es que tal día será el punto de partida de la caducidad establecida por el art. 880. (1)

26. Puede acontecer que antes de la espiración de los tres años, haya confusión de hecho. La naturaleza de las cosas se opone, en este caso, á que se pronuncie la separación; el derecho de los acreedores subsiste, puesto que no ha prescripto, pero es un derecho que se hallan en la imposibilidad de ejercitar. Todos están de acuerdo acerca de este punto, y la cosa es tan evidente que no vale la pena insistir sobre las malas razones que se dan para motivar una decisión que se funda en una absoluta imposibilidad. (2) Hemos dicho absoluta, porque si hubiera un medio de distinguir el mobiliario del difunto, los acreedores tendrían el derecho de promover; no se podría rechazar su demanda, fundándose en las dificultades, en los gastos, como lo ha hecho la corte de Grenoble: (3) la imposibilidad es un recurso de no recibir, pero las dificultades de hecho no son ningunas. Se ha preguntado si había confusión cuando los bienes del difunto y los del heredero se venden por un solo y mismo precio. Esta es también una cuestión de hecho. La confusión no es una caducidad, por lo que la cuestión no es de derecho. En tanto que no hayan transcurrido los tres años, los acreedores tienen el derecho de proceder; si se les opone la confusión de hecho, á ellos incumbirá establecer que no existe; y podría no existir, en el caso de que se trata, si hubiese medio de establecer por

1 Demante, pág. 346, núm. 221 bis 2º; Dufresne, núm. 83; Mourlón, t. 2º, pág. 200.

2 Demolombe, t. 17, pág. 206, núms. 185 y 186; Durantón, t. 7º, pág. 666, núm. 484; Zachariæ, t. 4º, pág. 323, nota 21.

3 Grenoble, 13 de Agosto de 1828 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1463).

una ventilación la parte del precio que el comprador está obligado á pagar por el mobiliario hereditario. La cuestión se ha presentado más de una vez ante los tribunales, y siempre han fallado conforme á las circunstancias de la causa. Siendo estas decisiones de mero hecho, inútil es detenerse en ellas. (1)

Como la confusión de hecho pone á los acreedores en la imposibilidad de ejercer su derecho, es importante que la prevengan. Ellos tienen el derecho de mandar fijar los sellos y de requerir el inventario. Pero el inventario no es una condición del ejercicio de un derecho. Un acto equivalente sería suficiente; por ejemplo, una partición hecha entre los herederos. ¿Serían recibidos los acreedores á probar por testigos que tales ó cuales muebles forman parte de la herencia? Demante dice que no, y con razón; la ley les da el derecho de mandar levantar inventario (código de procedimientos art. 941); luego ellos han podido procurarse una prueba literal y auténtica, por lo que no se puede admitirlos á la prueba testimonial. (2)

27. ¿Qué debe resolverse si los muebles han sido enajenados? Déjase entender que los acreedores no tienen el derecho de perseguirlos hasta las manos de los terceros adquirentes, aun suponiendo que su derecho sea un privilegio; porque los privilegios mobiliarios no dan el derecho de persecución. Luego si el precio se pagó y fué confundido en el patrimonio del heredero, los acreedores no pueden ya ejecutar su derecho, supuesto que la confusión hace imposible su ejecución. Si el precio se debe aún, hay que aplicar los principios que acabamos de asentar (número 23).

Como la enajenación con el pago del precio implica la

1 Belost-Jolimont sobre Chabot, t. 2º, pág. 643, nota 2. Dalloz, en la palabra *Sucesión*, núms. 1443-1449.

2 Demante, t. 3º, pág. 346, núm. 221 bis 3º

caducidad del derecho de los acreedores, éstos estarían muy interesados en impedirlo ó en exigir garantías que pusiesen á cubierto sus derechos. Hemos dicho que los tribunales no pueden poner trabas al poder de administración y de disposición que el heredero debe á su derecho hereditario (núm. 18). ¿Y al menos tendrían los acreedores acción contra los terceros adquirentes de mala fe? Enseñase que el espíritu de la ley es el no conceder ningún derecho de persecución. (1) Esto es cierto, según el art. 880; si los acreedores no pueden ya promover cuando se han vendido los inmuebles y cuando se ha pagado el precio, con mayor razón debe ser así de la enajenación de los muebles. Pero en el título de las *Hipotecas*, el derecho de los acreedores se califica de privilegio (art. 2111); así, pues, nace bajo el empeño del código, la cuestión de saber si este privilegio da el derecho de persecución. Más adelante la trataremos en lo concerniente á los inmuebles. En cuanto á los privilegios mobiliarios, no dan el derecho de perseguir los inmuebles en manos de terceros; y esto es una consecuencia de la máxima de que en materia de muebles la posesión equivale á título (art. 2279). La aplicación de este principio supone que los terceros adquirentes son de buena fe; el propietario puede reivindicar contra el poseedor de mala fe. Nosotros creemos que, por idénticas razones, los derechos reales mobiliarios pueden ejercitarse contra los terceros de mala fe. No es este el lugar de la materia, y la aplazamos para los títulos de las *Hipotecas* y de la *Prescripción*. (2)

Hemos supuesto un tercer adquirente de mala fe; distinta es la cuestión de saber si los acreedores pueden atacar con la acción pauliana las enajenaciones que el here-

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 540, núm. 770.

2 Compárese Durantón, t. 7º, pág. 665, núm. 483; Zachariæ, t. 4º, pág. 323, nota 22.

dero hiciere, con fraude de sus derechos. A primera vista la cuestión parece resuelta por el artículo 1167, que está concebido en los términos más generales. Hay, no obstante, un motivo para dudar. La acción pauliana se dirige contra el acreedor, contra el deudor y contra el tercero cómplice del fraude. Luego, como primera condición, se necesita que se trate de un acto ejecutado por el deudor con fraude de sus acreedores. Ahora bien, al pedir la separación de los patrimonios, los acreedores declaran que no aceptan al heredero como deudor (art. 879); por lo que ya no estamos dentro de los términos de la acción pauliana. La objeción, á lo que nos parece, fundada en el texto del art. 879, sobrepasa y exagera el pensamiento del legislador. No es exacto decir que los acreedores que piden la separación de los patrimonios cesan de ser los acreedores del heredero; tan no es cierto esto, que los acreedores conservan su acción contra el heredero, si el patrimonio del difunto no es suficiente para quitarles todo interés. El heredero, al aceptar lisa y llanamente, se ha convertido en el deudor de los acreedores de la sucesión; él no puede prevalerse de la separación de los patrimonios, para arrebatar á los acreedores su prenda con actos fraudulentos. Nuestra conclusión es que la acción pauliana sería recibida. Esta es la opinión general que ya se enseñaba en el antiguo derecho. (1)

### *Número 2. De los inmuebles.*

#### *I. Principio.*

28. "Respecto á los inmuebles, dice el art. 880, la acción puede ejercitarse mientras estén en poder del heredero." ¿Esto quiere decir que la acción es imprescriptible, en el sentido de que no se extingue sino con el crédito pa-

1 Véanse los autores citados por Dalloz, *Sucesión*, núm. 1456.

ra cuya seguridad la otorga la ley? La cuestión es controvertida. Nosotros creemos, con Merlin, que prescribe el derecho de pedir la separación, como todos los derechos, en treinta años (1). Tal es la regla casi universal (artículo 2262); la imprescriptibilidad es una rara excepción. ¿Resulta esta excepción de los términos y del espíritu del art. 880? La ley no dice que la acción es imprescriptible, sino únicamente que la acción puede intentarse en tanto que los inmuebles están en poder del heredero, cosa que es muy diferente. En el primer inciso del art. 880, el legislador somete á una breve prescripción la separación de los patrimonios, en cuanto á los muebles, y por oposición á este plazo de tres años, es por lo que en seguida dice que la separación no está sometida á esta corta prescripción en cuanto á los inmuebles. ¿Había motivo para ir más lejos y declarar imprescriptible la separación en cuanto á los inmuebles? Se dice que la acción de separación no es más que un derecho auxiliar que por la naturaleza de las cosas, debe durar tanto como el derecho principal, para cuya conservación se ha establecido (2). En teoría, esto es admisible, pero ¿es verdad que esa sea la teoría del código civil? La caución de prenda, las hipotecas y los privilegios prescriben con independencia del crédito cuyo pago garantiza, y ¿por qué habla de ser de otra manera de la separación de patrimonios?

29. ¿No tiene el art. 880 otro sentido que el que acabamos de combatir? A nosotros nos parece que la ley ha querido establecer una condición para el ejercicio de la

1 Merlin. *Cuestiones de derecho*, en la expresión *De la separación de los patrimonios*, pfo. 2º, (t. 14, pág. 189). Dufresne, núm. 56. Hay sentencias en este sentido: Grenoble, 2 de Abril de 1823; Casación, 8 de Noviembre de 1816 y 3 de Marzo de 1835 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1451).

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 325, nota 28 y las autoridades que citan. Agréguese Demolombe, t. 17, pág. 222, núm. 197, y Barafort, pág. 168, núm. 118.

acción de separación en cuanto á los inmuebles, condición que existe también implícitamente en cuanto á los muebles. La cuestión está en saber si la separación de los patrimonios puede todavía pedirse cuando los objetos hereditarios han sido enajenados. Hacemos por un momento abstracción de nuestra ley hipotecaria. El art. 880, al decir que la acción puede ejercitarse en tanto que existen en poder del heredero ¿no da á entender que la acción no puede ya ejercerse cuando los inmuebles no se encuentran ya en su poder, es decir, cuando han sido enajenados? Se rechaza esta interpretación, porque descansa en un argumento *á contratos*, pésimo argumento, ya lo hemos dicho en muchas ocasiones. Pero este modo de razonar no siempre debe repelerse. Debe verse si está en armonía con los principios de la materia. Ahora bien, en el caso de que tratamos, nosotros creemos que resulta de la naturaleza misma de la separación de los patrimonios, que no puede ejercerse cuando los bienes han salido del patrimonio del heredero. Se trata del derecho que los acreedores pueden ejercer sobre los bienes de su deudor; estos bienes son su prenda, pero con una condición, y es que el deudor debe poseerlos; desde el momento en que cesa de poseerlos, la prenda se les escapa; á menos que tengan una hipoteca ó un privilegio inmobiliario, ellos no pueden perseguir los bienes del deudor á las manos de terceros; ellos pueden ejercer su derecho en el precio, si es que se debe todavía, ó en el dinero pagado por el comprador, si el deudor lo tiene todavía; pero cesan de tener acción sobre la cosa vendida. Tal es el derecho que los acreedores hereditarios tenían contra el difunto, su deudor. Veamos lo que pasa cuando ellos piden la separación de los patrimonios. Los bienes han pasado á propiedad del heredero; éste puede enajenarlos, y enajenándolos, cesan de formar parte de la prenda que ellos tienen sobre la herencia. Esto no es más que el derecho co-

mún; y la separación de patrimonios no es más que la aplicación del derecho común, en el sentido de que tiene por objeto mantener á los acreedores en los derechos que tenían; ella les conserva la prenda que poseían. Luego la enajenación hace que pierdan el derecho que tenían en el enajenado. Queda por saber si los acreedores tienen todavía un derecho en el precio. En este punto, su posición respecto del heredero ya no es la misma que la que tenían respecto del difunto. El heredero es quien vende, y el heredero no es deudor de ellos. Hé aquí en qué sentido. El precio que ha percibido forma parte de su patrimonio; ahora bien, al pedir la separación de los patrimonios, los acreedores declaran ceñirse, provisionalmente al menos, al patrimonio del difunto, y es clarísimo que el precio del inmueble enajenado no se encuentra en dicho patrimonio. Sucede lo mismo con el derecho al precio; éste es un crédito que forma parte del patrimonio del heredero, y ellos no tienen, por de pronto, ningún derecho sobre ese patrimonio. Esto es lo que dicen los principios, tales como se desprenden de la noción misma de la separación de los patrimonios.

Se objetará que nosotros hemos enseñado lo contrario (número 23), supuesto que hemos admitido, con la opinión general, que la separación se ejerce sobre el precio que aun se debe. La contradicción no es más que aparente. Al decir que los acreedores ejercen la separación sobre el precio que todavía se debe de la cosa enajenada, hemos supuesto que la separación existe, es decir, que se han llenado los requisitos para que haya separación. Cuando los dos patrimonios están separados, los acreedores tienen una prenda que ya no puede quitárseles, y el heredero, no obstante, sigue siendo propietario de los bienes que constituyen dicha prenda. ¿Cómo conciliar estos derechos opuestos? Nosotros hemos resuelto la dificultad, tal como se

hace en la opinión general, distinguiendo entre el precio pagado que pasa á ser propiedad irrevocable del heredero, y el derecho al precio, que forma parte de la prenda de los acreedores; distinción muy sutil, pero que puede justificarse por los principios que rigen la separación de los patrimonios; como el precio pagado se confunde con los caudales del heredero, la separación no puede ya ejercerse á causa de esta confusión de hecho. Mientras que el derecho al precio no está confundido con el patrimonio del heredero; por lo que puede considerársele como parte de la masa hereditaria. El art. 880 es extraño á esta hipótesis: no se trata de saber en qué bienes puede ejercerse la separación pedida y pronunciada, se trata de saber cuáles son las condiciones que se requieren para que pueda pedirse. Ahora bien, ¿podría pedirse si todos los objetos hereditarios hubiesen sido enajenados, por más que todavía se debiese el precio? Nó, porque ya no habría herencia, supuesto que el derecho al precio, antes de la separación, había entrado al patrimonio del vendedor; y no habiendo patrimonio del difunto, no puede haber cuestión sobre separarlo del patrimonio del heredero.

Si esto es así, se nos dirá, la separación de los patrimonios será irrisoria las más de las ocasiones. El heredero no tendrá más que vender todos los bienes hereditarios al otro día de la apertura de la sucesión, y ya no habrá separación posible. En primer lugar, contestamos que la objeción prueba demasiado, porque se corre el mismo riesgo en la opinión contraria; basta que se pague el precio para que no pueda pedirse la separación: y ¿en dónde estará entonces la garantía de los acreedores? Todo lo que esto prueba es que la separación de los patrimonios, tal como la organiza el código, no ofrece una seguridad completa á los acreedores; para que fuera completa, habría sido preciso prohibir al heredero que enajenara en tanto que

no estuviese liquidada la sucesión. Vamos á ver cómo el legislador belga ha seguido este camino, á la vez que admite una prohibición absoluta de enajenar.

30. La ley hipotecaria belga ha introducido una primera modificación en la separación, tal como la organiza el código civil. Según los términos del art. 880, la separación puede pedirse en tanto que los bienes estén en poder del heredero. ¿Los bienes están todavía en su poder cuando han sido enajenados, y desde qué momento cesan de estar en su poder? Conforme al código civil, la propiedad se transfería respecto á terceros como entre las partes por el solo efecto de la perfección del contrato. Luego desde el momento en que la venta se perfeccionaba, y antes de toda tradición, el inmueble vendido dejaba de estar en poder del vendedor y pasaba á la propiedad del comprador, y por consiguiente quedaba sustraído á la acción de los acreedores del vendedor. Conforme á nuestra ley hipotecaria, la venta no puede oponerse á los terceros en tanto que no se ha registrado; de donde se sigue que hasta el registro, el inmueble está siempre en poder del vendedor, y por consiguiente, sigue siendo hasta dicho momento la prenda de sus acreedores (art. 1 de la ley de 16 de Diciembre de 1851). Volveremos á ocuparnos de este principio en el título de las *Hipotecas*. Por de pronto nos limitamos á hacer constar que los acreedores del difunto pueden ejercer la separación de los patrimonios sobre los inmuebles enajenados por el heredero como por el difunto, en tanto que no se haya verificado el registro. Esto no es más que la aplicación del nuevo principio; y no tiene duda, una vez que se acepta el principio (1).

31. La ley belga, lo mismo que el código civil (artículo

1 Merlin, *Comentario de la ley de 16 de Abril de 1851*, t. 2º, página 284, núm. 677.

lo 2111), dispone que los acreedores que quieran disfrutar del beneficio de separación deben tomar registro sobre los inmuebles de la herencia (art. 39). ¿Por qué prescribe la ley esta publicidad? Avisa á los acreedores del heredero y á los terceros que con él contratan, que no deben contar con los bienes de la sucesión, porque éstos tienen que separarse del patrimonio del heredero para que permanezcan como prenda de los acreedores del difunto. ¿La inscripción tomada por los acreedores impide que el heredero disponga de los bienes hereditarios? El código civil (art. 2111) no preveía más que el caso de las hipotecas consentidas por el heredero. Antes de la espiración del plazo de seis meses, ninguna hipoteca podía establecerse con efecto en los bienes de la sucesión por el heredero, con perjuicio de acreedores y legatarios; el código no se explicaba sobre las enajenaciones. Este vacío lo ha colmado la ley belga: según los términos del art. 39, ninguna hipoteca puede establecerse sobre los inmuebles de la sucesión, hasta la espiración del plazo de seis meses, y ninguna enajenación puede ser consentida por los herederos con perjuicio de acreedores y legatarios. Así es que la ley no prohíbe á los herederos que enajenen; son propietarios y pueden disponer de los bienes que les pertenecen; las ventas que ellos verifican son válidas en las partes contrayentes, pero ningún perjuicio causan á los acreedores, en el sentido de que no se les pueden oponer; á su respecto la enajenación no existe; así es que pueden pedir la separación, como si el inmueble enajenado estuviese todavía en poder del heredero; el bien sigue siendo su prenda, á pesar de la enajenación, y por consiguiente, está comprendido en la masa hereditaria que se vendiera en provecho de los acreedores. Si el heredero vende, será muy singular. Sigue siendo propietario respecto de los acreedores; por él y en su nombre el inmueble se venderá de nuevo en

provecho de los acreedores hereditarios. Pero está obligado á garantía respecto del comprador, como si hubiese vendido el bien ajeno, porque no ha satisfecho la obligación que incumbe al vendedor de transferir la propiedad de la cosa vendida.

Tal es la garantía que la ley nueva da á los acreedores, y es preciosa. El heredero no puede ya, al día siguiente de abierta la sucesión, vender los bienes y reducir á nada la prenda de los acreedores; la ley no le prohíbe que venda, porque es propietario; pero estas enajenaciones que él hace se considerarán como inexistentes respecto de los acreedores del difunto. Solamente durante el plazo de seis meses es cuando el heredero es estorbado en su derecho de propietario. Después de este plazo, él puede hipotecar y enajenar; los actos de disposición serán plenamente válidos respecto de todos. Pero los acreedores vigilantes no sufrirán por ello ningún perjuicio; porque durante el plazo de seis meses, ellos habrán hecho el registro y pedido la separación de los patrimonios, lo que les permitirá perseguir la enajenación de los bienes hereditarios en su provecho. También entonces se aplicará el principio de que la separación de bienes pronunciada por el juez, pueda ejercerse sobre todos los bienes de la sucesión, así como sobre el precio que proviene de la enajenación, si es que se debe todavía. Sin embargo, la garantía de los acreedores no es completa. No se aplica á los muebles; el heredero puede vender inmediatamente los efectos mobiliarios de la sucesión é impedir con esto el ejercicio del derecho de los acreedores. Y es que el objeto del legislador no ha sido dar una entera seguridad á los acreedores; por una parte, él no podía suspender indefinidamente el derecho de propiedad del heredero, y por la otra, como los muebles no tienen persecución, era imposible dar á los acreedores una garantía completa.

## II. Aplicación del principio.

32. El art. 39 de la ley hipotecaria belga, dice que los acreedores deben tomar inscripción sobre *cada uno de los inmuebles de la herencia*. ¿Por qué la ley prescribe una inscripción especial? (1) Por interés de los terceros, sean compradores, sean acreedores, hipotecarios ó nó. Una inscripción general tomada sobre todos los muebles de la herencia habría prevenido muy bien á los terceros de que los acreedores pretendan ejercer sus derechos sobre los bienes de la sucesión; pero no habrían sabido cuáles son esos bienes: la inscripción especial se los da á conocer. Los terceros pueden, pues, tratar con pleno conocimiento de causa: el comprador sabrá si compra un bien hereditario; el acreedor, si se le da una hipoteca sobre un bien de la sucesión; el acreedor quirografario queda avisado de que no debe tener en cuenta bienes gravados con registro.

¿La inscripción debe hacerse en las formas prescriptas para las inscripciones hipotecarias? Según el código civil, esto no tiene duda, supuesto que el art. 2111, que exige la inscripción, califica la separación de privilegio. La ley belga no reproduce esta calificación, pero teniendo la inscripción el mismo objeto que bajo el imperio del código, y siendo también este objeto el de los acreedores hipotecarios, hay que mantener la doctrina francesa. (2) Hay, sin embargo, una derogación importante del código Napoleón, que resulta de nuestra nueva ley hipotecaria. ¿Es nula la inscripción si no contiene la indicación especial de cada uno de los bienes en los cuales el acreedor pretende ejercer su derecho? En Francia se admite que hay nulidad por aplicación del principio que rige la nulidad de las inscripciones

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4.º, pág. 326, nota 31. Chabot, t. 2.º, pág. 627, nota 2 de Belost-Jolimont.

2 Martou, *Comentario*, t. 2.º, pág. 279, núm. 669.

hipotecarias. (1) La ley belga asienta un nuevo principio: la inscripción es nula cuando resulta de la omisión de una formalidad sin perjuicio para terceros (art. 85). Este principio debe aplicarse á la inscripción de los acreedores, tanto más cuanto que la ley no exige expresamente que se observen las formalidades ordinarias; se procede más bien por analogía; por lo que debe admitirse por analogía la aplicación del art. 85.

Hay otra dificultad. Según el código civil (art. 2148), como según la ley belga, el acreedor que pide la inscripción debe entregar al conservador la copia auténtica de la escritura que origina el privilegio ó la hipoteca. Aquí falta analogía entre la inscripción de los acreedores hereditarios y la de los hipotecarios ó privilegiados. Aun suponiendo que la separación sea un privilegio, esto no resulta de la escritura, sino que la ley es la que lo otorga, ó la que permite reclamarlo; ella concede tal derecho á todo acreedor, aun quirografario; y al prescribir la inscripción, no exige que el acreedor justifique su calidad, por lo que nos parece que el acreedor no tiene que hacer ninguna justificación. (2) Déjase entender que el heredero podría pedir la radiación de la inscripción, si hubiese sido requerida por un individuo sin ningún título; y aun podría reclamar daños y perjuicios contra él, porque la inscripción implica la insolvencia del heredero y puede dañar su crédito. Así es que el legislador habría hecho bien en exigir cualquiera justificación; pero en el silencio de la ley, no corresponde al intérprete prescribir condiciones ni imponer obligaciones.

33. ¿La transcripción de las escrituras translativas de propiedad equivaldría á inscripción? Ciertamente que no.

1 Lyon, 24 de Diciembre de 1862 (Dalloz, 1863, 5, 341).

2 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 2º, pág. 338, nota 26. Barafort, pág. 213, núms. 151-153.

La ley hipotecaria dice en qué casos la transcripción conserva los privilegios (arts. 30 á 33). En cuanto á la separación de los patrimonios, ella exige que los acreedores del difunto tomen inscripción sobre cada uno de los inmuebles de la sucesión; la inscripción requerida por los acreedores es lo que da aviso á los terceros; luego únicamente esta forma de publicidad es lo que conserva el derecho de los acreedores. Esto no es dudoso. La cuestión se ha presentado en el caso siguiente. Un testamento que contenía substitución en favor de los nietos del testador se había transcrito conforme al art. 1069 del código civil. Los acreedores del difunto pretendieron que esa transcripción los dispensaba de tomar la inscripción exigida por el art. 2111 (ó el art. 39 de la ley belga). Apenas concebimos que tal pretensión haya sido llevada hasta la corte de casación. ¿Pues qué la transcripción del testamento podría equivaler á una inscripción tomada sobre cada uno de los inmuebles hereditarios? ¿Acaso por tal transcripción, extraña á los acreedores, los terceros sabían que los acreedores del difunto se proponían pedir la separación de los patrimonios? Verdad es que el testamento ordenaba la venta de una parte de los inmuebles para el pago de las deudas de la sucesión. ¿Pero qué probaba esto? Que había acreedores. ¿Y acaso es suficiente que haya acreedores para que exista una demanda de separación? La corte falló que la transcripción del testamento no dispensaba á los acreedores de que tomasen inscripción. (1)

34. Los acreedores han tomado inscripción en cada uno de los inmuebles de la sucesión. ¿Cuáles serán los efectos de esto? El art. 39 dice que los acreedores ó legatarios teniendo, por los términos del art. 878, el derecho de pedir la separación de patrimonios, *conservan este derecho*, respec-

1 Sentencia de denegada apelación, de 5 de Marzo de 1830 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 394, 1<sup>o</sup>)

to de los *acreedores* de los herederos, *sobre los inmuebles de la sucesión*, por la inscripción tomada sobre cada uno de esos inmuebles en los seis meses de la apertura de la sucesión. Así es que la inscripción no hace veces de demanda; la ley hipotecaria, en lo concerniente á la demanda, no deroga el código civil; al contrario, se refiere á éste expresamente. Luego los acreedores tienen que cumplir dos formalidades para ejercer su derecho de preferencia sobre los inmuebles respecto de los acreedores del heredero: deben tomar la inscripción del art. 39 y establecer la demanda del art. 878. La inscripción debe tomarse en el plazo de seis meses; la demanda puede hacerse en tanto que los inmuebles se hallen en poder del heredero. Antes hemos dicho hasta qué momento los bienes, en caso de enajenación, se reputan en manos del heredero.

La cuestión de saber cuándo debe ó puede hacerse la demanda de separación, era controvertida bajo el imperio del código civil. Merlin, fundándose en la redacción del art. 2111, sostiene que los acreedores deben establecer su demanda dentro de los seis meses. El art. 2111 decía: "Los acreedores *que piden la separación* del patrimonio del difunto, conforme al art. 878, conservan su privilegio respecto de los acreedores del heredero por las inscripciones hechas sobre cada uno de los inmuebles dentro de los seis meses." Esto parecía decir que la demanda debe hacerse lo mismo que la inscripción, debe tomarse dentro de los seis meses contados desde la apertura de la sucesión. Esta interpretación no ha hallado favor; la opinión general, consagrada por la jurisprudencia, era que el art. 2111, refiriéndose al 878, no había querido derogar esta disposición. (1) Según la ley belga, no hay duda alguna; las palabras en que Merlin se apoyaba, fueron reemplazadas por

1 Véanse los autores citados por Zachariæ, t. 4.º, pág. 328, nota 34, y la jurisprudencia en Dalloz, *Sucesión*, núm. 1473.

éstas: "teniendo los acreedores, por los términos del artículo 878, el derecho de pedir la separación, conservan este derecho," es decir, el derecho de separación, conforme al código civil.

35. ¿La inscripción puede todavía tomarse después de los seis meses? Según el código civil, los acreedores tenían dos derechos, un privilegio para cuya conservación debían tomar inscripción dentro de los seis meses, y una hipoteca, en virtud del art. 2113, que estaba concebido en estos términos. "Todos los créditos privilegiados sometidos á la formalidad de la inscripción, á cuyo respecto no se han cumplido las condiciones prescriptas precedentemente, no cesan por eso de ser hipotecarios; pero la hipoteca no data, respecto de terceros, sino desde la época de las inscripciones que habrían debido hacerse, según se explicará más adelante." Esta disposición era aplicable á la separación de los patrimonios, porque el art. 2111 calificaba expresamente de privilegio el derecho de los acreedores. De esto resultaba que los acreedores que no habían tomado inscripción dentro de los seis meses, podían todavía inscribirse después de ese plazo; esta inscripción les daba una preferencia respecto de los acreedores quirografarios del heredero y respecto de los créditos hipotecarios no inscritos, ó incriptos después de ellos. (1)

El art. 2113 no ha sido reproducido por la ley belga, sobre el régimen hipotecario. Existen, es cierto, privilegios que degeneran en hipotecas cuando no se han llenado las formalidades prescriptas para su conservación (arts. 36-38); pero la separación de los patrimonios ya no se califica de privilegio, y aun cuando se quisiera considerarla así, la ley no permite á los acreedores que tomen inscripción después del plazo de seis meses; luego ya no les da hipoteca,

1 Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. 2º, pág. 339, nota 27.

porque no hay hipoteca legal sin ley. (1) La ley belga deroga, en este punto, el código civil, y la derogación es muy grave. De ella resulta que los acreedores no pueden ya pedir la separación de los patrimonios en cuanto á los inmuebles, si no han tomado inscripción dentro de los seis meses. En efecto, el art. 39 dice que los acreedores *conservan* el derecho de pedir la separación por la inscripción que toman sobre los inmuebles de la sucesión; luego la inscripción es una *conservación* del derecho, es decir, que se requiere para la existencia; en este sentido es como la ley hipotecaria emplea la palabra *conservar* cuando se trata de privilegios, y en la sección IV, intitulada: *Cómo se conservan los privilegios*, es en donde se halla el art. 39, concierne al derecho de preferencia que pertenece á los acreedores del difunto. Así es que, después de la espiración del plazo de seis meses, la separación ya no puede pedirse en cuanto á los inmuebles, aun cuando todavía se hallasen en poder del heredero.

¿Cuál es la razón de esta derogación? El interés de los terceros que contratan con el heredero. La publicidad se requiere para advertirles de que los acreedores del difunto piden la separación de su patrimonio del patrimonio del difunto, y que, por consiguiente, ellos tendrán la primacía en los inmuebles gravados de inscripciones por los acreedores y legatarios. Si no se ha tomado ninguna inscripción, los terceros deben inferir de esto que no habrá separación de los patrimonios, y por consiguiente, que los bienes de la herencia les servirán de prenda.

36. Estamos hablando de los terceros en general, incluso los acreedores quirografarios. Este punto es, no obstante, discutido. Los autores franceses enseñan que la inscripción no se requiere sino para asegurar á los acree-

1 Martón, *Comentario*, t. 2º, pág. 284, núm. 677.

dores hereditarios su preferencia respecto de los acreedores hipotecarios del heredero; lo que permitiría á los acreedores pedir todavía después del plazo de seis meses, é independientemente de toda inscripción, la separación de los patrimonios contra los acreedores quirografarios del heredero. (1) Nosotros creemos que esta opinión es contraria al texto y al espíritu de la ley. El art. 2111 dice que los acreedores del difunto conservan su *privilegio* respecto de los *acreedores* del heredero, sin distinguir entre los acreedores hipotecarios y los quirografarios; así es que respecto de *todos* los acreedores tienen que tomar inscripción para conservar su privilegio sobre los inmuebles. El art. 39 de la ley belga no rectifica ya la separación de privilegio, pero poco importa; de todas maneras da á los acreedores el derecho de ser pagados con los bienes de la herencia, de preferencia á los acreedores hipotecarios y quirografarios del heredero. Ahora bien, el art. 39, lo mismo que el 2111, habla de los acreedores en general; así es que la inscripción debe tomarse dentro de los seis meses respecto de todos los acreedores para que los del difunto conserven el derecho de pedir la separación en cuanto á los inmuebles.

Esto decide la cuestión en favor de los acreedores quirografarios. A favor de éstos el legislador belga ha abolido la hipoteca legal que el código civil enlazaba con el privilegio de separación; desde el momento en que no hay inscripción, ellos pueden tratar con toda seguridad, con el heredero, contando con los bienes de la sucesión como prenda de sus créditos. Si estuviesen formados por los acreedores hereditarios, quedarían burlados y lesionados; y el objeto de la publicidad, que es el alma de nuestro régimen hipotecario, es precisamente impedir que los terceros sean observados en su justa esperanza; para que la pu-

1 Barafort, *De la separación de los patrimonios*, pág. 215, núm. 154.

blicidad llene su objeto, preciso es que sea provechosa á todos los acreedores.

Esta interpretación del art. 39 está también en armonía con los principios generales que rigen los privilegios y las hipotecas. Los acreedores privilegiados é hipotecarios deben tomar inscripción para la conservación de sus derechos. ¿Y esto únicamente para asegurar su rango de prioridad respecto de los demás acreedores privilegiados ó hipotecarios? Nada de esto; *entre los acreedores*, dice el artículo 2134 (art. 81 de la ley belga), la hipoteca no tiene rango sino desde el día de la inscripción; una hipoteca no inscrita no tiene ningún efecto, ya no puede oponerse á los acreedores quirografarios, como tampoco á los hipotecarios. Lo que el art. 2134 dice de la hipoteca, es verdad también del privilegio. En una palabra, la publicidad prescripta por la ley tiene por objeto garantir los derechos y los intereses de todos los terceros que se hallan en el caso de tratar con propietarios de inmuebles: ¿por qué había de ser de otra manera de la publicidad exigida para la separación de los patrimonios?

37. ¿Los acreedores pueden todavía pedir la separación después de la enajenación de los bienes hereditarios? Suponemos naturalmente que han tomado inscripción dentro de los seis meses; si no la han tomado, no pueden ya promover, aun cuando los inmuebles se hallasen todavía en poder del heredero; con mayor razón no pueden ya pedir la separación cuando los inmuebles están enajenados, aunque el precio se haya quedado debiendo. ¿Qué debe decidirse si se ha tomado la inscripción? El art. 39 contesta la pregunta: “ninguna enajenación pueden consentir los herederos con perjuicio de los acreedores, hasta la espiración del plazo de seis meses.” Esta es una innovación importante, que asegura los derechos de los acreedores contra las enajenaciones que los herederos tienen derecho de ce-

lebrar inmediatamente después de la apertura de la herencia. Si el heredero enajena, la enajenación válida entre las partes no podrá oponerse á los acreedores. Demolombe deplora, y con razón, que el legislador francés, al expedir una ley nueva sobre la transcripción, no haya pedido esta disposición á la ley belga. (1)

¿Cuáles son los derechos del heredero y de los acreedores del difunto después de la espiración del plazo de seis meses? Según el código civil (art. 2113), los acreedores tenían el derecho de tomar una inscripción hipotecaria que les asegurase la preferencia respecto á los acreedores quirografarios é hipotecarios inscriptos después que ellos. Esta inscripción podía tomarse, aun después de la enajenación, en tanto que quedara debiéndose el precio. Los autores franceses van más lejos, pues permiten á los acreedores que tomen inscripción y que pidan la separación después de transcrita la enajenación. No queremos entrar en este debate. Según la ley belga, la cuestión no es dudosa. Los acreedores no tienen más que un solo derecho, el de tomar inscripción dentro de los seis meses, á efecto de conservar el derecho de pedir la separación. Si han tomado inscripción, se conserva su derecho (núm. 28). Si no lo han tomado, su derecho no se conserva; es decir, que no pueden ya ejercerlo después del plazo de seis meses. Decimos que el derecho de los acreedores se conserva por la inscripción; este es el derecho tal como lo regula el código civil, es decir, el derecho de pedir la separación, en tanto que los bienes se hallen en poder del heredero (art. 878); luego desde que el heredero ha enajenado y está registrada la escritura, los acreedores no pueden ya formular demanda.

¿Aquí vuelve á presentarse la cuestión de saber si los acreedores pueden pedir la separación en tanto que el pre-

1 Demolombe, t. 17, pág. 227, núm. 202.

cio no esté pagado? Nosotros creemos que debe decidirse negativamente. Al decir que las enajenaciones hechas durante el plazo de seis meses no pueden oponerse á los acreedores que han tomado inscripción dentro de ese plazo, el art. 39 dice implícitamente que después del plazo de seis meses, el heredero vuelve á la plenitud de su derecho de propiedad; luego puede enajenar con perjuicio de los acreedores, para servirnos de los términos de la ley, lo que ciertamente quiere decir que el precio pertenecerá al heredero y no á los acreedores; porque si los acreedores tuvieran derecho al precio, la venta no le causaría ningún perjuicio. ¿Se dirá que ese es el argumento *á contrario*? Nosotros contestamos que la argumentación está en perfecta armonía con los principios. ¿Cuáles son las condiciones que se requieren para que los acreedores del difunto puedan ejercer su derecho de preferencia respecto de los acreedores del heredero? Ellos deben tomar inscripción dentro de los seis meses; esto no basta; se necesita, además, que pidan la separación. Ahora bien, según el art. 878, ellos no pueden ya pedir la separación cuando los bienes han salido del poder del heredero. En vano se dice que el precio reemplaza los bienes. Comprendemos que se razone de este modo cuando los acreedores ejercen su derecho sobre los bienes de la sucesión, es decir, cuando la separación existe; pero en el caso de que se trata, no existe, supuesto que no es solicitud. Igualmente, en vano se objeta que habiendo sido tomada la inscripción dentro de los seis meses, los acreedores del heredero deben esperar ser privados por los acreedores de la sucesión. Esperarlo, sí; pero para que realmente sean privados, se necesita que los acreedores hayan llenado las formalidades exigidas por la ley; ahora bien, ésta no se conforma con la inscripción, y únicamente conserva el derecho de pedir la separación; si los acreedores no la piden antes de la enajenación, pierden su de-

recho sin que por ello puedan quejarse; porque de ellos sólo dependía promover en los seis meses, siendo que ninguna enajenación se les había opuesto. Se ve que si los acreedores no deben pedir la separación en los seis meses, tienen, no obstante, grande interés en hacerlo; porque desde que el plazo espira, el heredero puede enajenar con perjuicio de aquéllos.

38. Los acreedores no tendrían más que un derecho en caso de enajenación, el de atarcarlo como fraudulento. Hemos dicho que ellos tienen la acción pauliana cuando el heredero vende algunos muebles con fraude de los derechos de aquéllos (núm. 27); por las mismas razones, pueden ellos pedir la nulidad de las ventas inmobiliarias cuando son fraudulentas. Este es un remedio poco eficaz; porque los acreedores deben probar no solamente el fraude del heredero, sino también la complicidad de los terceros que con él han contratado. Así, pues, la enajenación puede aniquilar sus derechos; pero á sus quejas se contestaría: *Jura vigilántibus scripta*. Nuestra ley les da un medio eficaz de amparar sus intereses: á ellos incumbe usarlo.

#### § VI.—DE LA RENUNCIA AL DERECHO DE SEPARACIÓN.

39. Sin decirlo se entiende que los acreedores del difunto pueden renunciar al derecho que les da la ley para pedir la separación de los patrimonios, porque este derecho no se ha establecido sino para favorecerlos. Cuando la renuncia es expresa, no hay duda alguna. Los acreedores estipulan nuevas garantías del heredero, y mediante estas garantías, ellos declaran que renuncian al derecho que tenían para pedir la separación. Este tratado puede ser ventajoso á las dos partes; él asegura el pago de los acreedores y cuida el crédito del heredero, á quien una demanda de separación señalaría en cierto modo al público como un deudor insolvente.

40. La renuncia puede también ser tácita. Se aplica el principio general que rige á las renunciaciones; ellas no se presumen, y no se admiten sino cuando hay un hecho que necesariamente suponga la intención de renunciar. Tal sería una novación que el acreedor hiciera con el heredero. La novación extingue el antiguo crédito; por consiguiente, el acreedor que consiente en ella, cesa de ser acreedor de la sucesión, por lo que ya no tiene más que los derechos que pertenecen á los acreedores hereditarios; pasa á ser acreedor del heredero, y como tal, no tiene derecho á pedir la separación (art. 881). Se ha presentado el caso de la siguiente manera: el acreedor de un capital exigible lo convirtió en una renta perpetua á cargo del heredero; esta es una verdadera novación, supuesto que se ha cambiado el objeto de la deuda, no teniendo ya el acreedor el derecho de exigir el capital que se le debía primitivamente; luego la deuda primera contra la sucesión está extinguida y reemplazada por otra á cargo del heredero; en consecuencia, el acreedor, no siendo ya hereditario, no puede pedir la separación de los patrimonios. (1)

41. Hay también renuncia cuando el acreedor hace novación en el sentido del art. 879, que dice: "Este derecho (el de pedir la separación de los patrimonios) no puede, sin embargo, ejercitarse ya, cuando hay novación en el crédito contra el difunto, por la aceptación del heredero por deudor." Todos los autores están de acuerdo en decir que la *aceptación del heredero por deudor* no es una verdadera novación, y la cosa es evidente. (2) Para que haya novación, se necesita un cambio en el objeto de la deuda,

1 Aix, 3 de Diciembre de 1831 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1428, 1°) Compárese sentencia de denegada apelación, de 7 de Diciembre de 1814 (Daloz, *ibid*, núm. 1420, 1°); Chabot, t. 2°, pág. 632, núm. 1 del art. 879.

2 Chabot, t. 2°, pág. 633, núm. 2 del art. 879. Demante, t. 3°, página 343, núm. 220 bis 1°.

ó un nuevo deudor, ó un nuevo acreedor. Ahora bien, la deuda, en el caso de que se trata, es la misma, el acreedor es el mismo y también el deudor. En efecto, el difunto era el deudor, su deuda pasa á su heredero, el cual, al aceptar lisa y llanamente, se vuelve deudor personal, y ¿cómo había de haber otro deudor cuando el heredero continúa la persona del difunto? Por esto es que se ha sostenido que el hecho de aceptar al heredero como deudor no siendo una novación, nada impedía al acreedor pedir la separación de los patrimonios. Este era un error que la corte de casación ha rechazado con el texto en mano. (1) Hay una novación especial en el caso previsto por el art. 879, en el sentido de que el acreedor tiene, en cierto modo, dos deudores, la sucesión y el heredero. Si él quiere separar á los deudores de manera que conserve su prenda sobre la sucesión, salvo el proceder en seguida contra el heredero, debe cuidarse de hacer cualquiera cosa de la que pueda inferirse que él acepta la confusión que se ha operado por la aceptación lisa y llana de la herencia, y es aceptarla el tratar al heredero como deudor, porque lo que caracteriza precisamente la aceptación lisa y llana, es que el heredero se vuelve deudor personal. Y desde el momento en que el acreedor procede como si hubiese confusión, no puede ya pedir la separación (2).

42. Tal es la explicación que se da del art. 879, y ella no justifica á la ley. (3) No es verdad decir que el acreedor tiene dos deudores, porque sólo tiene uno, el heredero; en cuanto á la sucesión, ella no es su deudora, supuesto que se ha confundido en el patrimonio de los herederos. Sólo por una ficción se han separado los dos patrimonios, realmente confundidos. Llamamos ficción á la sepa-

1 Sentencia de denegada apelación, de 7 de Diciembre de 1814 Dalloz, *Sucesión*, núm. 1420).

2 Demolombe, t. 17, p. 185, núm. 158, y pág. 182, núm. 516.

3 Compárese Ducaurroy, Bonnier y Roustain, pág. 537, núm. 767.

ración de los patrimonios; en efecto, la aceptación lisa y llana de la herencia, subsiste á pesar de la separación demandada y obtenida por los acreedores; así, pues, la confusión subsiste respecto al heredero que permanece como deudor. Sólo que los acreedores conservan la prenda que tenían en los bienes del difunto, la cual les pertenece con exclusión de los acreedores del heredero. Pero esto no les quita su calidad de acreedores del heredero; si los bienes de la sucesión no son suficientes para privarlos de todo interés, ellos pueden promover contra el heredero, su deudor. Luego tienen dos derechos: tienen, en primer lugar, acción contra la sucesión, considerada como patrimonio aparte, y además, tienen acción contra el heredero. ¿Pueden ejercitar estas dos acciones simultáneamente, en el sentido de que al perseguir al heredero como deudor personal, conservan el derecho de proceder contra la sucesión como patrimonio distinto? Esta cuestión es la que ha sido resuelta negativamente por el art. 879. ¿Hay una razón jurídica que justifique tal decisión?

Hay dos maneras de considerar la separación. En una, se dice que el acreedor tiene dos deudores, la sucesión y el heredero; él debe escoger: si quiere atenerse á la sucesión, renuncia al derecho que tiene contra el heredero: si prefiere tener al heredero por deudor, renuncia al derecho que tenía contra la sucesión. Este sistema lógico y consecuente era el de Ulpiano (1); no fué adoptado por el antiguo derecho; se prefirió el sistema de Papiniano, menos lógico, pero más favorable á los acreedores. En esta opinión, consagrada implícitamente por el código civil, se dice: los acreedores conservan la prenda que tenían los bienes del difunto, pero esto no impide que después procedan contra

1 L. 1, pfos. 10, 11 y 15, D., XLII, 6. Demolombe, t. 17, pág. 180, núm. 155.

el heredero, si esa prenda es insuficiente. La novación especial del art. 879 se comprende en el primer sistema: el acreedor que acepta al heredero por deudor hace su elección, renuncia á considerar la sucesión como deudora. En el segundo sistema, la novación del art. 879 ya no se comprende; porque no es verdad que el acreedor renuncie á uno de sus derechos cuando ejercita el otro. ¿Acaso al ejercer la separación de los patrimonios contra la sucesión, renuncia él á su derecho contra el heredero? Nó. Luego tampoco renuncia á proceder contra la sucesión cuando procede contra el heredero. El tiene ficticiamente dos deudores: ¿qué importa que persiga primero á la sucesión, y en seguida al heredero, ó que persiga primero al heredero, salvo el volver en seguida contra la sucesión?

43. Pero hay que tomar la ley tal como es y explicarla con sus inconsecuencias, cosa que no es fácil. Se pregunta desde luego si hay una diferencia entre la novación verdadera y la especial del art. 879. Bajo el punto de vista de los principios generales, es evidente la diferencia. Cuando hay verdadera novación, la antigua deuda se extingue con todos sus accesorios; mientras que en el caso del art. 879, la deuda primera subsiste con todas sus consecuencias. Por de pronto hacemos á un lado los principios generales; nuestra cuestión se refiere únicamente á la separación de los patrimonios. En ciertos conceptos, las dos novaciones producen el mismo efecto, y es que el acreedor que las consiente pierde el derecho de pedir la separación de los patrimonios; ó por mejor decir, lo renuncia tácitamente, como antes lo dijimos (números 40 y 41). (1) No obstante hay una diferencia, aun bajo el punto de vista de la separación de los patrimonios. La corte de casación ha fallado que si hay varios herederos, y si el

1 Demolombe, t. 16, pág. 192, núm. 169. Barafort, pág. 123, número 88.

acreedor hace novación con uno de ellos, en el sentido del art. 879, al aceptarlo como deudor, esto no impide que él ejercite la separación respecto de los demás. En efecto, el crédito sigue siendo el mismo, es decir, un crédito hereditario, lo que da al acreedor el derecho de pedir la separación de los patrimonios, y como este derecho es individual, puede ejercitarlo contra uno de los herederos y no ejercitarlo contra el otro. La renuncia no es más que parcial. (1) Los términos de la sentencia implican que si hubiese novación verdadera, estando entonces extinguida la deuda, el acreedor no podría ya pedir la separación contra ningún heredero, supuesto que cesaría de ser acreedor hereditario. Esto supone que el acreedor ha hecho novación por todo el crédito con uno de los herederos; no siendo ya acreedor de los demás herederos, déjase entender que no puede ya proceder contra ellos. Pero esto se comprende difícilmente; porque el crédito se ha dividido de pleno derecho entre los herederos; no siendo acreedor sino por una parte de cada uno de ellos, casi no se concibe que haya sucesión por el todo, á menos que todo el crédito haya sido puesto en el dote de uno de los herederos.

44. ¿Cuándo hay novación en el sentido especial del artículo 879? La cuestión es controvertida, y no hay acuerdo ni sobre el principio ni sobre las aplicaciones. Veamos la definición dada por Zachariæ, uno de los autores más exactos: "Hay novación cuando los acreedores han seguido la fe del heredero, haciendo con él ó contra él actos que sólo podían hacer considerándolo como personalmente obligado á ellos." (2) Por esto se verá qué difícil es definir lo que de suyo es indefinible. Hay que suponer que el heredero cesa de estar personalmente obligado cuando

1 Sentencia de denegada apelación, de 3 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 49).

2 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 317, nota 6.

46. El difunto hace un legado á uno de sus hijos; siendo el legado superior á la reserva, el legatario renuncia á la sucesión y toma inscripción, como legatario, sobre los bienes de su hermano. ¿Hay novación por la aceptación del heredero como deudor? La afirmativa fué fallada por la corte de casación. (1) No había duda alguna en el caso de que se trata. La inscripción no es un acto que se dirige contra la persona, sino que se toma sobre los bienes; y ¿sobre qué bienes había tomado inscripción el legatario? Sobre los bienes personales del heredero; ahora bien, él no tenía derecho sobre estos bienes sino cuando el propietario fuese deudor del legado; luego aceptaba al heredero por deudor, y por lo tanto, había novación. Lo que disipaba toda duda; es que el cesionario del legado había intentado algunas diligencias de expropiación contra el heredero en calidad de deudor personal del legado. Ahora bien, desde el momento en que el acreedor se venga sobre los bienes personales del heredero, lo trata, evidentemente, como deudor; lo que en el sistema del código, implica novación. Por este ejemplo se ve qué injusta es la teoría del código. Si el legatario hubiera comenzado por apoderarse de los bienes de la sucesión, nada le habría impedido expropiar después los bienes personales del heredero; por lo que tenía dos garantías. Mientras que al aceptar al heredero por deudor pierde su derecho de prenda sobre la sucesión. Esto es contrario al derecho y á la equidad.

47. El acreedor recibe una fianza, una prenda, una hipoteca del heredero; todos los autores están de acuerdo en decidir que hay novación. (2) Dan como razón que el acreedor sigue la fe del heredero. ¿No equivale esto á decidir la cuestión con ella misma? Trátase precisamente de saber

1 Sentencia de denegada apelación, de 9 de Enero de 1812 (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1438).

2 Ohabot, t. 2º, pág. 635, núm. 4 del art. 879; Demolombe, t. 17, pág. 188, núm. 163, (Dalloz, *Sucesión*, núm. 1420).

si el acreedor acepta al heredero por deudor, recibiendo de él una seguridad. Si se consulta la intención del acreedor, claro es que él no pretende renunciar su derecho adquiriendo otro nuevo. Pero hay que prescindir de la voluntad, para atenerse al hecho material. Es para impedir al acreedor que promueva por lo que el heredero le da garantías reales que aseguren su pago; luego aceptar dichas garantías, es tratar al heredero como deudor, y por lo tanto, no hay novación, según el texto de la ley.

48. Se ha fallado que hay novación si el acreedor persigue la expropiación de los bienes del heredero, ó solamente produce un orden abierto sobre él á instancias de sus acreedores, aun cuando más tarde se desistiese de su demanda de colocación. (1) Expropiar es el ejercicio más riguroso del derecho que el acreedor tiene contra su deudor; luego el acreedor que expropia al heredero lo trata como á deudor; y en consecuencia, hace novación. Basta que el produzca á su orden, porque con ello se pone en la misma línea que los acreedores personales del heredero; lo que equivale á decidir que se considera como acreedor personal; lo que, en el sistema del código, implica novación. Hasta se ha fallado en varias ocasiones que hay novación ó renuncia al derecho de separación, cuando los bienes del heredero y los de la sucesión se venden simultáneamente en presencia de los acreedores, aunque la venta no se haga á diligencias suyas. (2) Aquí hay un motivo especial para decidir, y es que la venta simultánea por un solo y mismo precio acarrea la confusión de los dos patrimonios, y por consiguiente, la imposibilidad de separación; ahora bien, al asistir á la venta, sin pedir que los bienes del difunto se vendan separadamente, sin pedir que se haga una ven-

1 Montpellier, 26 de Febrero de 1840 (Daloz, *Sucesión*, número 1437). Durantón, t. 7<sup>o</sup>, pág. 683, núm. 495.

2 Sentencia de denegada apelación, de 25 de Mayo de 1812 (Daloz, *Sucesión*, núms. 1423 y 1424).

-tilación por el precio, los acreedores consienten en la confusión, lo que implica la voluntad de renunciar á la separación.

49. El acreedor concede un plazo al heredero, prolonga el término; ¿hay novación en el sentido del art. 879? Generalmente se resuelve que no hay novación. La razón que Demante y Demolombe dan para la negativa, es suficiente, á lo que creemos, para rechazar su opinión: el término, dicen ellos, se reputa acordado á la sucesión. (1) Esto implica que si el término se concediese al heredero, habría novación. ¿Y se concibe que los acreedores den un término á la sucesión? ¿es á la sucesión á la que persiguen, ó con la cual tratan? ¿y la sucesión tiene necesidad de un término? ¿y para qué? El término se estipula para una persona y por su interés; implica la obligación de pagar al vencimiento del término; luego cuando los acreedores consienten en un término en provecho del heredero, lo tratan como á deudor, y por lo tanto, hay novación. (2)

50. Se ha fallado que recibir del heredero los réditos ó los caídos de lo que el difunto debe no implica novación. (3) En estos términos absolutos, la decisión nos parece errónea. ¿Qué cosa son los intereses caídos? Son más que un accesorio de la deuda, con ésta misma, porque en las rentas perpetuas no hay capital debido, y las rentas vitalicias no tienen capital: ¿y acaso el acreedor que recibe del deudor lo que le es debido, no lo considera y no lo acepta como deudor? En cuanto á los intereses, ellos forman el accesorio de la deuda, luego forman parte de ella, y lo que es verdad de lo principal, es verdad de los accesorios. Hay sentencias que han decidido que no hay novación, fundán-

1 Demante, t. 3.º, pág. 344, núm. 220 bis 2.º; Demolombe, t. 17, página 187, núm. 161. Compárese Durantón, que da motivos para la novación y se decide en contra (t. 7.º, pág. 686, núm. 498).

2 Maleville, t. 2.º, pág. 337; Dufresne, núm. 29.

3 París, 14 floreal, año XII, y 23 de Marzo de 1824 (Daloz, Sucesión, núm. 1434).

dose en circunstancias particulares; en un caso, el heredero era retenedor de inmuebles hipotecados á la renta; en otro, no era el acreedor, sino su recibidor el que había percibido los réditos. (1) En el primer caso, se podía decir que el heredero no había pagado como deudor personal; en el segundo, que no había tenido ninguna intención de innovar.

Con mayor razón habría novación, á nuestro juicio, si el acreedor recibiere del heredero una cantidad á cuenta; esto es recibir una parte del capital y ¿recibir lo que es debido de aquel que lo debe, no es aceptarlo por deudor? Hay, sin embargo, una sentencia que ha fallado lo contrario, y los autores la aprueban. (2)

51. ¿Qué debe decidirse si el acreedor recibe del heredero, en reembolso de su crédito, efectos de su comercio subscriptos por el heredero, añadiendo *salvo dinero en caja*? La corte de Caen ha fallado que no hay novación, porque la reserva, *salvo dinero en caja*, prueba que la aceptación del heredero por derecho no es más que condicional. (3) ¿No es esto confundir la novación especial del art. 879 con el pago? Sin duda que no hay pago, porque el deudor no queda exonerado sino con la condición que hace falta. Distinta es la cuestión de saber si el acreedor, al tratar con el heredero para el pago, condicional ó no, lo acepte como deudor; la afirmativa no nos parece dudosa.

52. ¿Si el acreedor produce en la quiebra del heredero, habrá novación? La corte de París falló que nó, (4) sin duda porque la producción no implica intención de inno-

1 París, 1º nivoso, año XIII, y 23 de Marzo de 1824 (Daloz, *Su- cesión*, núm. 1435).

2 Grenoble, 21 de Junio de 1841 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1436,) Belost-Jolimont sobre Chabot, t. 2º, pág. 636, nota 2 sobre el artículo 879.

3 Nimes, 18 de Julio de 1852 (Daloz, 1854, 2, 206). Barafort, aprueba (pág. 124, núm. 85). Demolombe dice que sí y que nó (t. 17, pág. 189, núm. 164).

4 París, 23 de Marzo de 1824 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1439).

var. Si el acreedor no tiene más fin que hacer que se reconozca su crédito, no habrá novación; ¿pero realmente se produce con tal intención? Se presenta uno en la quiebra para ser pagado, y este pago se pide sobre los bienes del deudor; lo que equivale ciertamente á aceptarle por tal.

53. Se ve por estas aplicaciones cuán dudosa es la innovación en el sentido del art. 879. A fin de prevenir esta duda ¿puede el acreedor hacer reservas, es decir, protestar que no pretende hacer novación? En nuestra opinión, el acreedor jamás tiene la intención de renunciar á sus derechos contra la sucesión, á menos que el contrato que hace con el heredero implique que renuncia á sus derechos mediante las ventajas que le son otorgadas. El caso se ha presentado ante la corte de Grenoble. Se había celebrado una transacción entre el acreedor y el heredero; el acreedor declaraba en ella que dejaba libre al heredero, con diferentes condiciones que cambiaban la naturaleza de la primera deuda. Esta era una verdadera novación, lo que no había impedido que el acreedor hiciese algunas reservas. La corte decidió, y con razón, que esas reservas estaban en oposición con los actos del acreedor, y por lo tanto, eran inoperantes. (1) Si la escritura deja alguna duda sobre la cuestión de saber si hay novación, la reserva será muy útil en la práctica sobre todo, porque los tribunales la admiten fácilmente. El heredero reconoce diversas obligaciones que ligan al difunto, promete pagarlas dentro de cinco años, con réditos desde el día del contrato; el acreedor consiente, estipulando la reserva de sus antiguos derechos, privilegios é hipotecas, *sin novación*. A nuestro juicio, esto equivalía á decir en la reserva lo contrario de lo que decía la escritura; no obstante, la corte la admitió. (2)

1 Grenoble, 14 de Enero de 1824 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1428).

2 Grenoble, 10 de Abril de 1824 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1429).

54. ¿Es aplicable el art. 879 cuando la sucesión ha recaído en un menor? Sábese que, en este caso, la sucesión debe ser aceptada bajo beneficio de inventario, y la jurisprudencia admite que el beneficio de inventario implica sucesivamente la separación de los patrimonios. De aquí la cuestión de saber si los acreedores, al aceptar al heredero menor por deudor, pueden renunciar á la separación de los patrimonios. La cuestión ni siquiera puede plantearse. En efecto, el art. 789 supone que el heredero es liso y llano, y como tal, deudor personal. Ahora bien, el menor es necesariamente heredero beneficiario; luego no es deudor, y los acreedores no pueden aceptarlo como tal. Hay una sentencia en este sentido (1).

#### § VII.—EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE LOS PATRIMONIOS.

##### *Núm. 1. Entre los acreedores de la sucesión.*

55. La separación de los patrimonios no tiene ningún efecto sobre los derechos respectivos de los acreedores del difunto. Esto resulta de la naturaleza **misma** de este beneficio ó de esta ficción. El objeto es conservar á los acreedores derechos que tenían contra el difunto, es decir, la prenda que la ley les da sobre los bienes de su deudor, alejando el concurso de los acreedores del heredero de la sucesión. Luego la separación es enteramente extraña á las relaciones de los acreedores entre sí. Estas relaciones siguen siendo lo que eran antes de la apertura de la sucesión. La muerte del deudor no puede alterar ni modificar, en lo más mínimo, la posesión de los acreedores. Puede suceder que haya á la muerte del difunto, una nueva clase de acreedores, los legatarios; como su derecho no nace sino hasta el fallecimiento de su deudor, no pueden lasti-

Véase en el mismo sentido una sentencia de casación, de 30 de Enero de 1834 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1432).

1 Nimes, 5 de Marzo de 1855 (Daloz, 1856, 2, 162).

mar en nada los derechos de los acreedores. Estos tenían por prenda el patrimonio del difunto, y lo conservan. Los legatarios vienen después de ellos. Esto no es más que la aplicación del principio: *nemo liberales nisi liberatus*; el testador no puede dar sino lo que tiene; luego es necesario comenzar por deducir las deudas antes de pagar los legados. Si todos los acreedores y legatarios piden la separación de los patrimonios, el reglamento de sus herederos es muy sencillo; se aplica la regla establecida por el artículo 2039. "Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, y su precio se distribuye entre ellos por contribución, á menos que haya entre los acreedores causas legítimas de preferencia." Estas causas de preferencia son los privilegios é hipotecas. Luego cuando los bienes hereditarios se venden, el precio se distribuye primero á los acreedores privilegiados, en seguida á los acreedores hipotecarios, y por último á los quirografarios; los legatarios vienen en última línea. (1)

56. Para que los acreedores privilegiados é hipotecarios puedan ejercitar su derechos de preferencia, preciso es que hayan conservado sus privilegios é hipotecas; es, pues, necesario que hayan tomado inscripción, y estas inscripciones deben renovarse antes de que se pierdan. Esto no es más que el derecho común, tal como lo expondremos en el título de las *Hipotecas*. ¿Deben ellos tomar además la inscripción prescripta por el art. 2111 (art. 39 de la ley hipot. belga)? La negativa es clara. En efecto, la inscripción del art. 2111 no se exige sino para ejercitar el derecho de preferencia que los acreedores tienen en los inmuebles de la herencia respecto de los acreedores del heredero. Ahora bien, nosotros estamos suponiendo que los acreedores del

1 Durantón, t. 7º, pág. 662, núms. 476 y 477. Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, págs. 332 y siguientes. Marcadé, t. 3º, página 291, núm. 6 del art. 880. Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 197.

heredero no figuran en la causa; se trata únicamente de reglamentar las relaciones de los acreedores del difunto entre sí; y estas relaciones se rigen por el derecho común: luego basta con la inscripción hipotecaria, que asegura á los acreedores hipotecarios y privilegiados un rango de preferencia respecto de los acreedores quirogafarios. (1)

57. Los acreedores quirogafarios del difunto son los que tienen mayor interés en pedir la separación de los patrimonios, y por consiguiente, en tomar la inscripción sobre los inmuebles de la sucesión. Pasa lo mismo con los legatarios cuando el testador no les ha otorgado hipoteca para la garantía de sus legados. Puede suceder que los unos tomen inscripción y los otros no. De aquí provienen algunas dificultades muy serias. ¿Acaso un acreedor del difunto puede pedir la separación de los patrimonios contra otro acreedor del difunto? El uno está inscripto y pide la separación: ¿acaso el primero será pagado de preferencia al segundo? Hay sobre esta cuestión una excelente razón de la corte de Grenoble, que vamos á analizar.

¿Cuál es el objeto de la separación de los patrimonios? Conservar sobre el patrimonio del difunto la prenda que la ley da á los acreedores en los bienes de su deudor; esta prenda se distribuye á los acreedores del difunto, de preferencia á los acreedores del heredero. En cuanto á los derechos de los acreedores entre sí, siguen siendo lo que eran; la muerte del difunto en nada los cambia, y la separación de los patrimonios es extraña á sus relaciones. Los textos están todos concebidos en este sentido. Según los términos del art. 878, los acreedores del difunto pueden pedir la separación de los patrimonios *contra todo acreedor del heredero*; luego la separación se ejerce contra los acreedores del heredero. El art. 2111 dice que los acreedores que piden la separación, deben tomar inscripción

1 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 333, nota 40.

sobre los inmuebles de la sucesión; á efecto de conservar su privilegio *respecto de los acreedores del heredero*. De la misma manera, el art. 39 de la ley belga dice que los acreedores conservan el derecho de pedir la separación *respecto de los acreedores del heredero* por una inscripción tomada sobre los inmuebles de la herencia. En ninguna parte se dice que la separación pueda ser pedida por un acreedor contra el otro; esto no sería ya una separación de los patrimonios, sino un privilegio, una preferencia entre acreedores, y las únicas causas de preferencia entre acreedores son las hipotecas y los privilegios mobiliarios; en cuanto á la separación de los patrimonios, no es una causa de preferencia sino respecto de los acreedores del heredero.

Se hace una objeción, que es muy especiosa. La sucesión ha sido aceptada lisa y llanamente; en consecuencia, los acreedores del difunto han venido á ser los acreedores personales del heredero; aquellos de entre ellos que pidan la separación, se consideran como acreedores de la sucesión; pero los que no la pidan permanecen acreedores del heredero, y están, por consiguiente, en la misma línea que sus acreedores personales. Luego los acreedores hereditarios que piden la separación, pueden ejercerla contra unos tanto como contra otros. Se contesta, y es perentoria la respuesta, que la ley, al hablar de los acreedores del heredero á cuyo respecto se pide la separación, no ha podido tener como mira más que los á acreedores personales del heredero, porque ella opone precisamente los acreedores del heredero á los del difunto; éstos son actores en separación, y los otros demandados; no se concibe, pues, que los acreedores del difunto, que la ley supone actores, sean, al contrario, demandados. El espíritu de la ley no deja duda alguna. ¿Cuál es el riesgo contra el cual la ley da la garantía de la separación de los patrimonios? Las deudas contraídas por el heredero al abrirse la heren-

cia; así, pues, la separación puede pedirse contra los acreedores de estas deudas, y únicamente contra ellos. Se hacen, además, estas objeciones en las cuales creemos inútil entrar porque no perturban la opinión general que hemos abrazado, y que tiene en su apoyo dos bases inquebrantables, el texto y el espíritu de la ley.

58. Se aplican los mismos principios á las relaciones de los legatarios entre sí. El que pide la separación de los patrimonios no puede prevalerse de ella contra los que no la piden. La corte de París así lo ha fallado por medio de una sentencia muy bien motivada. (1) Entre los legatarios no hay ninguna preferencia, si no es la que resulta de la hipoteca que el testador concede á uno de ellos. Si ninguno tiene una garantía hipotecaria, todos son iguales, y no puede depender de la voluntad de uno de ellos adquirir un derecho de preferencia contra los demás. En vano se diría que el legatario que no pide la separación se vuelve acreedor personal del heredero, mientras que el que la pide, permaneciendo acreedor de la sucesión, puede ejercer su derecho de preferencia contra todos los acreedores del heredero, incluso el legatario que ha descuidado pedir la separación. Se contesta como acabamos de hacerlo respecto de los acreedores. La separación de los patrimonios no es pedida por un legatario contra un legatario, sino por los legatarios contra los acreedores del heredero, y por acreedores del heredero se entiende, no los legatarios que se hubiesen descuidado de tomar inscripcion, sino los acreedores personales del heredero. Si el legislador ha permitido, por una ficción, separar patrimonios que, en realidad, están confundidos, es únicamente para asegurar á los legatarios como á los acreedores la prenda de los bienes de la sucesión; no ha pretendido dar á uno de los legatarios una

1 París, 14 de Noviembre de 1838, Dalloz, *Privilegios é Hipotecas*, núm. 709, 1°. Barafort, pág. 374, núm. 218.

preferencia respecto del otro, Y ninguna razón había para concederle una; todos los legatarios tienen su derecho en la voluntad del testador; á éste únicamente corresponde establecer una preferencia, y si no lo hace, la condición de todos es y debe seguir siendo igual.

59. Sin embargo, la condición de los acreedores y legatarios puede cambiar cuando uno de ellos estipula hipotecas del heredero, ú otras seguridades especiales que le dén un derecho de preferencia. Ellos cesan, en tal caso, de ser acreedores de la sucesión, y pasan á acreedores personales del heredero, con su derecho de preferencia respecto de los demás acreedores. Convertidos en acreedores hipotecarios, son como tales preferidos á todos los acreedores quirografarios, aun á los de la sucesión, supuesto que éstos, á causa de la confusión de los patrimonios, están en la misma línea que los acreedores personales del heredero. Un solo medio tienen los acreedores del difunto al apartar á los acreedores hipotecarios del heredero, y es pedir la separación de los patrimonios. Luego si quieren ser pagados de preferencia á aquellos de entre ellos que obtuviesen seguridades especiales del heredero, deben pedir la separación. En vano dirían que se trata de coacreedores y que no necesitan pedir la separación en sus relaciones con los demás acreedores; se les contestaría que esto es verdad en tanto que sus coacreedores se presentan como acreedores del difunto; pero deja de ser cierto cuando han hecho novación, estipulando hipotecas; el conflicto existe, en este caso, entre acreedores del difunto y acreedores del heredero, luego los primeros necesitan de la separación para separar á los segundos. Igualmente, en vano, los acreedores del difunto objetarían que en su calidad de acreedores, deben ser pagados antes que los legatarios; esto es verdad cuando los legatarios no tienen más derecho que el que deriva del difunto; pero no es cierto cuando los lega-

tarios se presentan como acreedores hipotecarios del heredero. Acerca de este punto todos los autores están de acuerdo.

60. ¿Los acreedores quirografarios deben tomar inscripción para ser pagados de preferencia á los legatarios? Generalmente se enseña la negativa. Verdad es, dicen, que los acreedores deben ser pagados antes que los legatarios; pero para que este principio tenga aplicación, se necesita que se establezca el concurso entre los acreedores y los legatarios del difunto. Así sucede cuando la sucesión es aceptada por beneficio de inventario; en este caso, el patrimonio del difunto está separado del patrimonio del heredero, y los bienes de la sucesión se distribuyen entre los acreedores y legatarios del difunto, conforme al principio *nemo liberalis nisi liberatus*. Pero cuando la sucesión es aceptada lisa y llanamente, los acreedores y legatarios del difunto vienen á ser los acreedores personales del heredero; queda borrada la diferencia entre los legatarios y los acreedores; para mantenerla, se necesita que los acreedores pidan la separación de los patrimonios. Si no la piden, no pueden invocar la máxima *nemo liberalis*. (1) La jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina. (2)

Nos queda un escrúpulo de equidad. Los acreedores deben superar á los legatarios cuando no hay valores suficientes para pagar los legados. Ahora bien, esta insuficiencia existe desde que se abre la sucesión; el heredero recibe los bienes del difuto gravados con deudas y legados, pero con la condición de que pagará las deudas antes que los legados. ¿Acaso la confusión de los patrimonios es obstáculo para esta distribución de los caudales hereditarios?

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, págs. 333 y siguientes, nota 42. Barafort, pág. 93, nota 56.

2 Sentencia de denegada apelación, de 2 paderial, año XII, y 6 de Diciembre de 1823 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1497, 1º y 2º)

Sí, cuando de hecho los acreedores no pueden probar cuál es la consistencia de la herencia. Pero si existe un inventario, la objeción viene por tierra. La corte de casación dice que cuando el heredero no acepta por beneficio de inventario, y cuando los acreedores no piden la separación de los patrimonios, hay presunción legal de que los bienes del difunto son suficientes para hacer frente á los legados. Si esta sola fuera la razón para pagar concurrentemente con los acreedores, habría que mantener la máxima *nemo liberalis*; porque no hay presunción legal sin ley, y no hay ley que establezca la pretendida presunción invocada por la corte. Se objeta que, á causa de la confusión de los patrimonios los acreedores y los legatarios se convierten indistintamente en acreedores del heredero; y como tales ya no existen entre ellos diferencias. Este es un argumento jurídico; pero ¿no puede contestarse que entre acreedores y legatarios, la separación no debe pedirse? ¿no puede decidirse con Pothier que el heredero recibe con el cargo de pagar á los acreedores y á los legatarios, y á los acreedores antes que á los legatarios? Apesar de estas dudas, creemos que hay que ajustarse á la opinión general; no á causa de la confusión de los patrimonios, sino porque ninguna ley consagra el principio *nemo liberalis*; por lo mismo, los acreedores no pueden invocarla contra la confusión de los patrimonios y las consecuencias que resultan. En definitiva, hay un vacío en la ley; y para que conste es por lo que hemos expuesto nuestras dudas.

61. Un legatario toma inscripción en los seis meses sobre los inmuebles de la sucesión: ¿será él pagado de preferencia al acreedor que no se ha inscripto sino después de dicho plazo, ó que no se inscribe? Según la ley hipotecaria belga, la inscripción después de los seis meses es imperante, supuesto que no hay hipoteca legal inherente al derecho de preferencia de los acreedores. La inscripción del

legatario es igualmente ineficaz respecto de los acreedores del difunto. Si un legatario no puede obtener una preferencia respecto de otro legatario, al pedir la separación, él tampoco puede adquirir una preferencia respecto de un acreedor; la separación de los patrimonios no está establecida sino para las relaciones de los acreedores y de los legatarios entre sí; ella no tiene más que un objeto, y no puede tener más que un efecto, que es dar á los que lo piden una preferencia respecto de los acreedores del heredero. La jurisprudencia y la doctrina están en este sentido .(1)

*Núm. 2. Entre los acreedores del difunto y los del heredero.*

*Principio.*

62. La separación de los patrimonios se pide contra los acreedores del heredero. Cuando se pronuncia por el juez, resulta que los bienes de la sucesión siguen siendo la prenda de los acreedores del difunto; luego éstos son preferidos á los acreedores del heredero contra los cuales han obtenido la separación. Se pregunta si esta separación constituye un privilegio, en el sentido legal de la expresión. La cuestión se presenta sobre todo para los inmuebles. Era discutida bajo el imperio del código civil. El texto del art. 2111 parecía resolverla, supuesto que daba el nombre de privilegio al derecho que tienen los acreedores de ser pagados preferentemente á los acreedores del heredero sobre los inmuebles de la sucesión. No obstante, excelentes autores sostenían que esta calificación era impropia. Es claro, como ya lo hemos hecho notar, que la definición del privilegio dada por el art. 2095, no es aplicable al derecho de los acreedores; si nos atuviésemos á esta

1 Grenoble, 21 de Junio de 1841 (Daloz, *Sucesión*, núm. 1499.)  
Bruselas, 12 de Agosto de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 385). Barafort.  
pág. 379, núm. 222.

definición, los acreedores privilegiados del heredero deberían superar á los acreedores quirografarios del difunto. Además, un privilegio supone el concurso de varios acreedores en los bienes de un solo y mismo deudor; ahora bien, cuando hay separación de los patrimonios, la palabra misma nos indica que hay dos deudores, la sucesión y el heredero. En vano se dice que ésta es una ficción; sin duda que sí, pero toda la teoría de la separación de los patrimonios reposa en esta ficción; hay que aceptarla cuando se trata de determinar sus efectos. Queda el argumento de texto del art. 2111; se contestaba con el artículo 2103, el cual enumera los privilegios y no menciona la separación de los patrimonios. Solamente en la sección segunda es donde el legislador habla de la separación, y únicamente para someterla á una condición de publicidad. Esta argumentación, muy fuerte en teoría, fracasaba contra la letra de la ley; ¿cómo borrar del art. 2111 la calificación de privilegios, que el legislador da á la separación de los patrimonios, en el título de los *Privilegios*? La opinión contraria había prevalecido, y de ella resultaba una consecuencia importante, y es que el art. 2113 recibía su aplicación al privilegio de separación: de aquí el principio que hace un papel tan grande en los debates de la separación de los patrimonios, de que los acreedores tienen un privilegio inmobiliario cuando se inscriben en los seis meses, y una hipoteca legal cuando lo hacen después de aquel plazo.

El legislador belga ha dado la razón á la crítica cuyos elementos acabamos de exponer; al reproducir el artículo 2111 en el 39, ha suprimido la palabra *privilegio*; lo que es decisivo; además, no ha reproducido el art. 2113, en lo que concierne á la separación de los patrimonios; luego ha rechazado el principio y la consecuencia más importante que de aquél se derivaba. Así es que la separación

no es ya un privilegio, sino una simple preferencia que la ley concede á los acreedores del difunto sobre los acreedores del heredero, preferencia que está conservada por la inscripción que los acreedores deben tomar sobre cada uno de los inmuebles de la sucesión. Esta preferencia, por más que no sea privilegio propiamente dicho, tiene, no obstante, algunos caracteres del privilegio, notablemente el de la realidad. Los acreedores tienen un derecho en los inmuebles, derecho que les asegura la preferencia sobre las hipotecas que el heredero consiente en los seis meses; derecho que les da, aun en ciertos límites, el de perseguir el inmueble en manos de terceros adquirentes.

63. Esta última cuestión era vivamente discutida bajo el imperio del código civil. El código no prohibía al propietario que enajenara, con perjuicio de los acreedores del difunto, pero concedíales un privilegio; ahora bien, todo privilegio inmobiliario da el derecho de presunción: esta es disposición formal del art. 2166. Este mismo artículo da también el derecho de presunción á las hipotecas; ahora bien, el privilegio de separación implica una hipoteca, en virtud del art. 2113. Luego los acreedores tenían en todo caso el derecho de perseguir los inmuebles de la sucesión en manos de terceros, con la condición de tomar inscripción sobre estos inmuebles, sea en el plazo de seis meses, sea después de la espiración de ese plazo. La jurisprudencia se hallaba en este sentido, pero excelentes autores rehusaban someterse y negaban todo derecho de persecución á los acreedores del difunto. (1) No tomamos parte en esta controversia, porque nuestra ley hipotecaria la ha dejado resuelta. Por una parte, ella ha quitado sus bases al derecho de persecución, no dando al derecho de

1 Véase la jurisprudencia en Barafort, pág. 300, núm. 191. En sentido contrario, Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 343, nota 52.

separación la calificación de privilegio, y no enlazándole una hipoteca legal. Puede sostenerse, es cierto, que la separación confiere un derecho real á los acreedores; pero es un derecho de naturaleza especial; la ley misma determina sus efectos. Siendo el heredero propietario de los bienes comprendidos en la sucesión, tiene derecho á hipotecarlos y enajenarlos; y ¿estas hipotecas y estas enajenaciones pueden oponerse á los acreedores que han tomado inscripción sobre los inmuebles hereditarios? El art. 39 distingue: "hasta la espiración del plazo de seis meses, ninguna hipoteca puede establecerse sobre esos bienes, ni ninguna enajenación consentirse por los herederos, con perjuicio de los acreedores y legatarios." Después de la espiración del plazo, el heredero vuelve á la plenitud de sus derechos, según lo hemos dicho antes (núm. 34). Los acreedores tienen, pues, un derecho de persecución, pero limitado. La enajenación se hace dentro de los seis meses; ellos pueden apoderarse del inmueble en manos del tercer retenedor, como si todavía estuviera en poder del heredero. Ese es ciertamente el derecho de persecución, lo que implica la existencia de un derecho real. El principio es importante, y vamos á ver la consecuencia que se deriva.

64. Se supone que hay varios herederos. Las deudas se dividen, en este caso, entre ellos, en razón de su parte hereditaria (art. 1220). ¿Esta división de las deudas, acarrearía también la división del derecho de persecución que pertenece á los acreedores del difunto en virtud de la separación de los patrimonios pronunciada por el juez? Veamos cuál es el interés de la cuestión. Los acreedores del difunto han obtenido la separación contra los acreedores de todos los herederos; se trata de poner en ejecución la separación; ¿deberían ellos dividir su acción en el sentido de que cada heredero no estaría obligado, sobre los bienes de la sucesión que retiene, sino hasta la concurrencia de

su porción hereditaria? Si los bienes estuvieran igualmente distribuidos entre los herederos, no se presentaría la cuestión. Ella es, al contrario, muy importante cuando los inmuebles están puestos en el lote de uno ó algunos de los herederos, mientras que los otros reciben moviliario; si la acción de los acreedores del difunto está dividida, ellos no podrán perseguir al heredero retenedor de los inmuebles sino por su porción hereditaria, y su acción contra los demás será ineficaz cuando sean insolventes. Se han prevalido de los inconvenientes de la división de las deudas para sostener que la acción de los acreedores es indivisible. Esto es razonar mal, á lo que creemos. Los inconvenientes que resultan de un principio son concernientes al legislador; á él corresponde ver si, en razón de tales inconvenientes, debe hacer una derogación del principio. El intérprete no tiene que ocuparse de lo que debe ser, sino de lo que es. Luego hay que prescindir de las dificultades prácticas y examinar la cuestión bajo el punto de vista del derecho. Nosotros creemos que la acción de los acreedores no se divide. A nuestro juicio, se ha planteado mal la cuestión y por esto es interminable la controversia. ¿Cuál es la acción que pertenece á los acreedores? Ya no se trata de pedir la separación, porque suponemos que se ha pronunciado. Así, pues, el patrimonio del difunto está separado del patrimonio del heredero. ¿Qué quiere decir esto? Los dos patrimonios estaban confundidos, y en consecuencia, los acreedores del difunto habían venido á ser los acreedores de los herederos; como tales, ellos no habrían podido proceder contra cada heredero sino por su porción hereditaria, y esto es de toda evidencia. Pero ellos piden y obtienen la separación de los patrimonios. De aquí se sigue que ya no están considerados como acreedores del heredero, sino como acreedores de la sucesión. Esto es una ficción, pero hay que

aceptarla, supuesto que es la base de la separación de los patrimonios. Así, pues, cuando ellos piden su pago, su acción va dirigida contra la sucesión; si la ley hubiera llevado la ficción hasta el extremo, habría debido exigir el nombramiento de un curador á la herencia, contra el cual habrían procedido los acreedores. Ello no llega hasta ese punto. Hay herederos lisos y llanos que están posesionados de los bienes hereditarios, y contra ellos deben los acreedores formular su demanda. ¿Pero, á qué calidad los herederos son demandados? Ese es el nudo de la dificultad, y en esto hay confusión en la doctrina y en la jurisprudencia; hay que mantener la ficción y decir que la acción está formulada contra los herederos, no como deudores personales, sino como representantes del difunto; y está formulada contra ellos como retenedores de los bienes hereditarios. Acabamos de decir que los herederos no son demandados como deudores personales; esto nos parece evidente, porque es una consecuencia lógica de la ficción. Los acreedores no pueden perseguir á los herederos como deudores personales, porque los herederos no son sus deudores; hemos dicho en qué sentido es esto cierto; si los acreedores del difunto persiguieran á los herederos como tales, perderían el beneficio de la separación, según los términos expresos del art. 879; luego, ficticiamente hablando, los herederos no son deudores de los acreedores hereditarios. ¿En qué calidad pueden, pues, ser demandados? No pueden serlo sino como retenedores de los bienes hereditarios; esto equivale á decir que la acción intentada contra ellos es real, y fundada en un derecho real. Por esto mismo es indivisible: los acreedores se apoderan de los bienes en donde los encuentran, sin preocuparse por la calidad de los poseedores (1).

1 Compárese Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 535, número 766. Demante, t. 3º, pág. 349, núm. 222 bis 2º. Zachariæ, edi-

La corte de casación objeta que en virtud del art. 1120, toda acción contra los herederos se divide; este principio, dice ella, no tiene más excepciones que las previstas por el art. 1221; ahora bien, la ley no establece excepción para la separación de los patrimonios; ésta persiste, por esto mismo, bajo el imperio de la regla. (1) Esta argumentación sería perfecta si se tratara de una acción personal de los acreedores contra los herederos en calidad de representantes del difunto; pero el argumento cae si se reconoce que los herederos no pueden ser perseguidos como deudores personales. Ahora bien, basta leer el art. 1220 invocado por la corte, para convencerse de que no es aplicable á la acción de los acreedores: “Los herederos, dice la ley, no están *obligados á pagar* las obligaciones divisibles (contraídas por el difunto) sino por las partes á que están *obligados como representantes del deudor*” Así, pues, no hay lugar á la división de las deudas sino cuando los herederos son perseguidos como deudores personales. Ahora bien, los acreedores no pueden perseguirlos como tales; esto decide la cuestión. En vano se dirá, con la corte de casación, que hacemos una excepción á la divisibilidad de las deudas, excepción que la ley ignora. Nosotros contestamos que, en nuestra opinión, el principio mismo de la divisibilidad no tiene aplicación en la separación de los patrimonios; no es establecer una excepción á una regla, decir que la regla es inaplicable.

Los editores de Zachariæ hacen una objeción más especiosa de Massé y Vergé, t. 2º, pág. 354, nota 19. Barafort, pág. 347, núm. 198. Hay algunas sentencias en favor de esta opinión (véase Dalloz, *Sucesión*, núm. 1491, y en la palabra *Quiébra*, núm. 494.

1 Sentencia de casación, de 9 de Junio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 295,) y Rennes, 14 de Enero de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 54); Besançon, 2 de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 2, 193); Limoges, 16 de Junio de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 71). Véase, en este sentido, Demolombe, t. 17, pág. 248, núm. 24 y los autores que cita.

ciosa: niegan el derecho real que nosotros invocamos. ¿Cuál es, dicen ellos, el pretendido derecho real que los acreedores ejecutan contra los herederos? Es el derecho de prenda que los acreedores tienen en los bienes de su deudor (art. 2092, y ley hipotecaria belga, art. 7). Ahora bien, este derecho sobre los bienes no es más que el accesorio de la acción personal, y ésta se divide; luego la acción sobre los bienes se divide igualmente; por lo tanto, los acreedores del difunto no pueden proceder contra cada heredero sino por su porción hereditaria. (1) Al razonar de este modo Aubry y Rau, no tienen para nada en cuenta la ficción que sirve de base á la separación de los patrimonios. Sin duda que si los acreedores obraran contra el heredero en su calidad de deudor personal, á la vez que como retenedor de los bienes hereditarios, deberían dividir su acción. Pero si la ficción de la separación implica que no pueden proceder contra él como deudor, ellos no lo aceptan como tal, dice el art. 879; luego lo persiguen como retenedor de los bienes. Poco importa, se dirá; siempre es la acción del art. 2092 la que ellos ejercitan, y esta acción no es real, supuesto que no da el derecho de persecución. Más de una respuesta hay que dar á esta objeción. En primer lugar, no es exacto decir que es de la esencia del derecho real dar derecho de persecución; los privilegios mobiliarios son derechos reales, y sin embargo, no dan al acreedor el derecho de perseguir los muebles en manos de terceros. En seguida ¿realmente es cierto que la acción de los acreedores es la del art. 2092? Es esta acción, pero profundamente modificada; modificada por el código civil, modificada por la ley hipotecaria belga. ¿Acaso el art. 2092 da á los acreedores un derecho de preferencia sobre las hipotecas consentidas por su deudor? Pues bien, los acreedores tienen ese derecho en virtud del art. 2111, lo que

1 Aubry y Rau, t. 4.º pág. 345, nota 53 (sobre Zachariæ).

implica que su derecho es un derecho real. ¿Acaso el artículo 2092 prohíbe al deudor que enajene sus inmuebles con perjuicio de sus acreedores? Pues bien, el art. 39 de nuestra ley hipotecaria, establece esta garantía á favor de los acreedores hereditarios; luego el derecho de éstos es real, y por consiguiente, la acción que ellos intentan contra los herederos, es real; lo que pone al art. 1220 fuera de la cuestión.

El espíritu de la ley en lo concerniente á la separación de los patrimonios, está en armonía con esta doctrina. ¿Qué es lo que quiere el legislador? Quiere que los acreedores tengan, después de la muerte de su deudor, los mismos derechos que tenían en vida de éste. Ahora bien, todos los bienes del deudor son la prenda de sus acreedores; luego esta prenda indivisible en tanto que el deudor vivía, debe permanecer indivisible cuando los acreedores pidan que sea separada del patrimonio de los herederos. Sin duda que los herederos pueden dividirse la sucesión; la demanda de separación en nada cambia sus derechos, pero también la partición de la herencia no puede alterar los derechos de los acreedores. Hay aquí dos derechos en conflicto: el derecho que la transmisión de la herencia da á los herederos, y el derecho que la separación de los patrimonios da á los acreedores. Lo que complica la dificultad, es que la separación es una ficción. Hay que tener en cuenta esta ficción y mantenerla frente al derecho de los herederos. Ahora bien, en el sistema que divide los derechos respecto de los acreedores, se olvida por completo la ficción; la reparación substituye á la confusión, porque la división de las deudas es una consecuencia de la aceptación de varios herederos, es decir, de la confusión. Esta aceptación con todas sus consecuencias subsiste respecto de los herederos. Pero si se mantiene respecto de los acreedores, se atenta á los derechos de éstos, porque

se les quita una parte de su prenda, siendo así que la separación debía conservarles esta prenda intacta, indivisible, tal como lo estaba antes de la muerte de su deudor. (1)

65. Los autores franceses agitan, además, una cuestión que es bien conexas con la que acabamos de tratar. Se pregunta si los acreedores que han tomado inscripción sobre los inmuebles, pueden perseguir á los herederos retenedores de esos inmuebles, por medio de la acción hipotecaria. Si se acepta que la separación de los patrimonios es un verdadero privilegio y que este implica una hipoteca, es decir, que el art. 2113 es aplicable al art. 2111, hay que ser consecuentes y reconocer á los acreedores que han conservado su privilegio y su hipoteca legal, la acción hipotecaria inherente á toda hipoteca así como á los privilegios inmobiliarios. Ahora bien, la hipoteca es indivisible, así como la acción hipotecaria. Así, pues, se vuelve al texto de las excepciones que el art. 1221 consagra al principio de la división de las deudas; porque la ley dice que el principio de la división de las deudas recibe excepción respecto de los herederos del deudor, en el caso de que la deuda es hipotecaria. (2)

No tomamos parte en este debate, porque la cuestión se halla implícitamente resuelta por la ley hipotecaria belga. La separación de los patrimonios no es ya un privilegio, ni, por consiguiente, un derecho garantido por una hipoteca legal. Todo lo que se puede sostener, es que la inscripción sobre los inmuebles de la sucesión da un derecho real á los acreedores, principio que basta, á nuestro juicio, para decidir la cuestión á favor de éstos.

1 Compárese Bonnier en la Revista de legislación de Wolowski t. 14, pág. 483. Barafort, pág. 323 y 324.

2 Barafort, pág. 339, núm. 197 y las autoridades que cita. En sentido contrario, Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, páginas 343, y Demolombe, t. 17, pág. 249, núm. 210.

*II. Aplicaciones.*

66. Un acreedor hipotecario está inscripto sobre los inmuebles de su deudor: ¿esta inscripción es suficiente para que después del fallecimiento del deudor, éste pueda ejercer los derechos que la ley atribuye á la separacion de los patrimonios, ó debe tomar una nueva inscripción en virtud del art. 39 (2111 del código civil)? Este es el interés de la cuestión. El acreedor hipotecario inscripto por un capital que produce réditos, tiene derecho á ser colocado, por tres años solamente, en el mismo rango que para su capital. Tal es el efecto que la inscripción produce en provecho del acreedor hipotecario (art. 87 de la ley belga, y 2151 del código civil). La inscripción tomada en virtud del art. 39 (2111 del código civil), es más eficaz, porque da al acreedor la preferencia respecto á los acreedores del heredero, para todo lo que se le debe, capital y réditos. Se ha fallado por la corte de casación, que el acreedor hipotecario que ha tomado inscripción en virtud de su hipoteca, no es á obligado á tomar una nueva inscripción después del fallecimiento de su deudor, que su inscripción hipotecaria es suficiente para asegurarle todas las ventajas inherentes á la separación de patrimonios. (1) No vacilamos en decir que esta decisión, criticada por todos los autores, (2) se halla en oposición con el texto y con el espíritu de la ley.

El art. 878, que establece el principio de la separación de los patrimonios, no distingue entre los acreedores hipotecarios y los quirografarios; todos, sin excepción, disfrutan de este beneficio. ¿Y qué dice el art. 39? Teniendo los acreedores, por los términos del art. 878, el derecho de

1 Sentencia de 30 de Noviembre de 1847 (Daloz, 1848, 1, 41). En el mismo sentido, Bourges, 14 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1855, 2, 119).

2 Martón, *Comentario*, t. 2º, pág. 286, núm. 678. Demolombe, t. 17, pág. 216, núm. 195. Barafort, págs. 269 y siguientes, números 180 y 181.

pedir la separación de los patrimonios, conservan este derecho por la inscripción tomada sobre cada uno de los inmuebles de la sucesión, dentro de los seis meses de la apertura de la herencia. El art. 2111 del código civil está concebido casi en los mismos términos; se refiere igualmente al art. 878: "Los acreedores que piden la separación del patrimonio del difunto, *conforme al art. 878*, conservan su privilegio sobre los inmuebles de la sucesión, por las inscripciones hechas sobre cada uno de estos bienes dentro de los seis meses." Luego los acreedores que tienen, según el art. 878, el derecho de pedir la separación de los patrimonios, son los que deben tomar inscripción dentro de los seis meses, si es que quieren conservar su derecho de separación; por lo tanto, todos los acreedores, sin distinción entre los quirografarios y los hipotecarios. ¿Qué importa que éstos estén ya inscriptos? La hipoteca es la inscripta, pero ciertamente que no la separación de los patrimonios, supuesto que ésta no existía todavía al hacerse la inscripción de la hipoteca. En vano se dice que la inscripción hipotecaria hace inútil una nueva inscripción. La objeción es de una extrema debilidad; confunde la hipoteca con la separación. ¿Por qué debe inscribirse la hipoteca? Para que los terceros sepan cuáles inmuebles están gravados con hipoteca. ¿Por qué los acreedores que quieren pedir la separación de los patrimonios deben tomar inscripción? A fin de que los terceros sepan que al tratar con el heredero no pueden contar con los bienes de la sucesión. ¿Acaso la inscripción de la hipoteca les hace saber que el acreedor hipotecario exigirá la separación de los patrimonios? En el caso decidido por la corte de casación, la inscripción hipotecaria ponía en conocimiento de terceros que el acreedor tenía derecho á ser colocado por tres años de intereses *solamente*; el texto de la ley es restrictivo. Mientras que, según la sentencia de la corte de

casación, los terceros han sido privados por el acreedor por todos los réditos caídos: la inscripción, en lugar de darles luz, los ha burlado; ¿y es ese el objeto de la publicidad organizada por la ley hipotecaria? Aun materialmente hablando, la inscripción del art. 39 difiere de la inscripción hipotecaria; ésta indica la hipoteca para la cual está tomada, tiene su fin y su efecto especial; la otra indica que es un acreedor del difunto el que se inscribe sobre los bienes de la sucesión, á fin de conservar el derecho de preferencia que le da la separación de los patrimonios. La corte de casación ha confundido, pues, las formalidades que difieren en cuanto á las indicaciones que contienen, en cuanto al fin que el legislador se ha propuesto y en cuanto al efecto que producen.

67. La separación de los patrimonios no puede oponerse á los acreedores del heredero, sino cuando los acreedores del difunto han cumplido las condiciones prescriptas por la ley para la conservación del derecho de aquéllos. En el caso que acabamos de discurrir, la jurisprudencia, en realidad, dispensa á los acreedores hipotecarios de una de estas condiciones, la inscripción. En otro caso, los acreedores quirografarios que no habían pedido la separación pretendían que su derecho se conservase por la demanda de sus coacreedores. La corte de casación rechazó tan extraña pretensión. ¿No es de principio que la separación de los patrimonios da á los acreedores del difunto un derecho individual? La consecuencia evidente es que el acreedor que pide la separación de los patrimonios, y que se inscribe, es el único que debe aprovecharse de la separación. Se ha sostenido que él procedía, si no como mandatario tácito, al menos como gerente de negocios. El consejero dictaminador tiene razón en decir que éstas son vanas alegaciones. ¿Acaso hay mandato sin consentimiento? ¿y á dónde está el consentimiento de los acreedores que no proce-

diendo, dan poder al que procede? En cuanto á la gestión de negocios, ella supone, necesariamente, que el gerente está en la inteligencia de que administra el negocio de un tercero; y ¿el acreedor que pide la separación está en la inteligencia de que promueve por acreedores cuya existencia ignora las más de las veces? Y aun conociéndolos él no podría proceder por interés, porque él sabe que la separación es un derecho individual del cual usa cada acreedor según le conviene. Digamos, pues, con la corte de casación, que la separación de los patrimonios no puede aprovechar sino á los acreedores que lo piden y que toman inscripción para conservarla sobre los inmuebles de la herencia. (1)

68. La aplicación de estos principios suscita una dificultad sobre la cual están divididos los autores. Entre los acreedores quirografarios del difunto, unos han tomado inscripción en los seis meses, otros no se han inscripto; ellos están en concurso con un acreedor hipotecario del heredero. Acerca de los principios, hay alguna duda. El acreedor que ha tomado inscripción es el único que ha conservado su derecho de preferencia respecto del acreedor hipotecario; los que no han cumplido las condiciones prescriptas por la ley para la conservación de su derecho, no pueden reclamarlo contra el acreedor hipotecario, y no se aprovechan de la separación que su coacreedor ha perdido. Pero éste, por su parte, no puede ejercer los derechos que le da la separación, sino en el límite de su derecho individual, es decir, por la parte que habría tenido en la masa de los bienes hereditarios, si todos los acreedores del difunto hubiesen promovido la separación, él no puede reclamar más; porque su vigilancia no aprovecha á los acreedores negligentes; en cambio, él no puede preva-

1 Sentencia de denegada apelación, de 28 de Abril de 1869 (Dañoz, 1869, 1, 443).

lense de la inacción de éstos para extender sus derechos á expensas del acreedor hipotecario. Un ejemplo hará comprender las dificultades de la cuestión. El precio de los inmuebles hereditarios es de 45,000 francos. Un acreedor del difunto se inscribe á los seis meses por 40,000 francos; hay un acreedor hipotecario del heredero, inscripto por 20,000 francos; un acreedor de la sucesión, por 30,000 francos, no toma ninguna inscripción, ó se inscribe tácitamente, después de la espiración del plazo; lo que en el sistema de la ley belga, viene á dar el mismo resultado. ¿Cómo se hará la distribución? Hay que suponer que los dos acreedores del difunto han tomado inscripción unos por 40,000 francos, otros por 80,000; total por 120,000 francos; como no hay más que 45,000 francos por distribuir, el primer acreedor habría tenido la tercera parte, ó sean 15,000 francos. El los recibe de preferencia al acreedor hipotecario; el segundo acreedor no puede recibir nada, supuesto que no ha conservado su derecho, será preferido por el acreedor hipotecario, el cual tomará, por lo tanto, 20,000 francos; quedan 10,000 francos para el acreedor quirografario del difunto que no ha tomado inscripción.

Criticase esta distribución; antes de averiguar si es jurídica, dicen, hay que preguntarse si es ejecutiva. No, antes que todo, hay que ver si es jurídica; y si es conforme al derecho, la equidad no podrá reclamar. No insistimos acerca de este punto, porque el razonamiento que estamos combatiendo conduce casi necesariamente á subordinar la ley á la equidad. Se empieza por averiguar lo que es equitativo, y en seguida se acomoda, bien ó mal, el derecho á la equidad; y es tan fácil encontrar estas ó las otras razones para justificar lo que exige la equidad. ¿Cómo, dicen, el acreedor vigilante que pide la separación y que se

inscribe sobre los inmuebles de la sucesión, no percibirá más que la tercera parte de su crédito, mientras que el acreedor del heredero que ha estipulado una hipoteca, será pagado íntegramente? ¿Acaso la separación no tiene por fin y no debe tener por efecto poner enteramente á cubierto los intereses de los acreedores del difunto, en el sentido, al menos, de que deben ser preferidos por todo su crédito á los acreedores del heredero? Nosotros contestamos que la separación no tiene, según dicen, por objeto garantir, en todos los casos, los derechos de los acreedores hereditarios contra los acreedores del difunto. Así sería si la separación fuese colectiva; en este sistema los acreedores del heredero quedarían alejados hasta el pago de los acreedores del difunto. Pero en el sistema del código, la separación es un derecho individual; de lo que se sigue que el acreedor del heredero puede, como en el caso de que se trata, ser pospuesto por un acreedor del difunto, mientras que él estaría antes que el que ha tomado inscripción. Esto lo admiten todos. Pues bien, si se admite el principio de la separación individual, hay que aceptar también sus consecuencias. Hay un acreedor hereditario inscripto; ¿cuál es el beneficio que le asegura su inscripción, cuando hay otros acreedores? El no tiene más que su derecho individual que oponer al acreedor hipotecario del heredero, es decir, un derecho proporcional al monto de su crédito ¿Con qué título reclamaría un crédito entero? Esto equivaldría á prevalerse del derecho de los acreedores que no proceden, es decir, que esto es suponer una separación colectiva. Con el singular resultado de que uno de los acreedores se aprovecharía él sólo por todo su crédito. En definitiva, se viene á parar en un sistema ilógico rechazado por la equidad tanto como por el derecho.

69. La cuestión que acabamos de examinar, suponiendo acreedores del difunto en conflicto con los acreedores

del heredero, se presenta igualmente cuando, entre los legatarios, unos han tomado inscripción, mientras que los demás han desatendido esta formalidad; siendo los mismos los principios, la solución debe ser idéntica ¿Pero qué se debe resolver si hay legatarios inscriptos y acreedores quirografarios no inscriptos, todos en conflicto con un acreedor hipotecario del heredero? Los autores están en desacuerdo acerca de esta cuestión. A nosotros nos parece que los principios no dejan duda alguna. Los legatarios que piden la separación no adquieren con ello un derecho de preferencia respecto de los acreedores quirografarios del difunto; ellos no son pagados sino después de los acreedores. Pero si son preferidos al acreedor hipotecario del heredero; pospuestos por los acreedores hereditarios, van antes del acreedor del heredero ¿Por qué suma lo superan? Ellos no pueden serle preferidos sino por la suma que habrían percibido en el concurso con los acreedores del difunto. Luego la distribución se hará del modo siguiente: se distribuye primero ficticiamente el activo hereditario entre los legatarios y los acreedores, pagándose primero á éstos; lo que quede disponible se distribuye á los legatarios; ellos son colocados, de por sí, preferentemente al acreedor hipotecario del heredero, á quien posponen en virtud de una inscripción. Se coloca en seguida al acreedor hipotecario del heredero. En cuanto al sobrante, se reparte entre los acreedores quirografarios del difunto, de preferencia á los legatarios, si aquellos han conservado este derecho de preferencia tomando inscripción después de los acreedores hipotecarios. ¿Esta inscripción les asegura un rango de preferencia hipotecaria respecto de los acreedores hereditarios que no están inscriptos? Se admite (1), pero no vemos con qué título. Los le-

1 Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 4º, págs. 338 y siguientes, nota 45. En sentido contrario, Barafort, pág. 382, núm. 224.

gatarios no pueden prevalerse nunca de la separación de los patrimonios contra los acreedores. Luego el residuo debería dividirse entre los legatarios y los acreedores á marco por franco. Decimos á marco por franco, porque no son pagados de preferencia á los legatarios, sino cuando han pedido la separación, y se supone que ellos no la han pedido.

*Núm. 3. Efecto de la separación respecto al heredero.*

70. La ley dice que la separación de los patrimonios se pide contra los acreedores del heredero. Con esto marca que en principio la separación es extraña al heredero; éste es y sigue siendo heredero liso y llano. Como tal, tiene derechos y obligaciones; el art. 724 las determina: él es poseionado de los bienes, derechos y acciones del difunto, con obligación de satisfacer todos los gravámenes de la sucesión. La separación de los patrimonios pronunciada contra sus acreedores, no puede quitar al heredero sus derecho, sin descargarlo de sus obligaciones. Esta regla sufre, no obstante, algunas restricciones. Del mismo modo la separación es extraña á las relaciones del heredero con sus acreedores; estas relaciones nacen de vínculos de obligación que dan derecho á los acreedores sobre los bienes de su deudor. Nada ha cambiado, en este particular, por la separación del patrimonio del heredero del patrimonio del difunto. Tal es el principio; vamos á deducir sus consecuencias.

*I. Derechos del heredero.*

71. El heredero, al aceptar lisa y llanamente, es propietario de los bienes de la sucesión desde que ésta se abre. Tiene la libre disposición de los bienes, como de cosa propia. Este principio tiene, no obstante, una restricción por interés de los acreedores del difunto. El derecho absoluto

de hipotecar y de enajenar los bienes de la herencia habría vuelto ilusorio el derecho de los acreedores, si el heredero hubiese hipotecado los inmuebles hereditarios á sus propios acreedores desde la apertura de la herencia, ó si los hubiese enajenado antes que los acreedores hubiesen tenido tiempo de ejercitar su derecho. El código civil, al someter el derecho de los acreedores á una condición de publicidad por interés de los terceros, dispone que en el plazo de seis meses concedidos á los acreedores para que tomen inscripción, el heredero no puede establecer ninguna hipoteca con perjuicio de los acreedores y legatarios. Estas hipotecas son válidas, supuesto que las consiente el propietario que tiene capacidad para disponer; pero no pueden oponerse á los acreedores. Síguese de aquí que las hipotecas vienen á ser plenamente válidas si los acreedores no toman inscripción sobre los inmuebles hipotecados. Esto no es más que el derecho común á toda publicidad prescripta por interés de terceros; los actos que no se hacen públicos no pueden oponerse. Las hipotecas establecidas por el heredero, son eficaces desde su constitución, respecto de sus acreedores; cuando hay concurso entre los acreedores del heredero, la preferencia pertenece naturalmente á los que tienen una hipoteca; por todo el tiempo que los acreedores del difunto no quedan privados de interés, las hipotecas de los acreedores del heredero no son eficaces, porque los acreedores hereditarios pueden apoderarse de los bienes hipotecados y venderlos, sin que, á su respecto, los acreedores hipotecarios puedan hacer valer sus derechos de preferencia.

El código no limita el derecho de hipotecar del heredero sino durante el plazo de seis meses que se sigue á la apertura de la herencia. Ya dimos la razón de esto (número 31). Después de la espiración de ese plazo, las hipotecas constituidas por el heredero son válidas respecto de

los acreedores hereditarios. Se vuelve al derecho común: el heredero recobra el pleno é íntegro ejercicio de su derecho de propiedad. (1)

72. ¿El heredero puede enajenar libremente? Bajo el imperio del código civil sí podía, por la razón de que la ley no se lo prohibía. Podía hacerlo durante el plazo de seis meses, como después de espirado este plazo. Esto era muy inconsecuente. Al prohibir al heredero que hipotecase, el código quería garantizar el derecho de separación, y lo hacía ilusorio permitiéndole que enajenara los bienes de la sucesión desde el día de la apertura de la herencia. Aunque inconsecuente, la disposición del código civil era muy jurídica. La separación de los patrimonios, no debe olvidarse, no tiene por objeto asegurar el pago de los acreedores del difunto; no tiene más que una garantía eficaz para los acreedores hereditarios, la que resulta de las hipotecas que ellos han estipulado. Si han seguido la fe de su deudor, conformándose con su compromiso personal, deben sufrir las consecuencias de su confianza ó de su imprudencia. La separación de los patrimonios que ellos pueden pedir, tiene únicamente por objeto alejar á los acreedores del heredero, del concurso que se abre en bienes de la sucesión; es extraña á las enajenaciones, porque los terceros adquirentes no son acreedores, son propietarios, y la separación de los patrimonios no puede pedirse sino por todo el tiempo que los bienes se hallan en poder del heredero. Se había intentado, bajo el imperio del código, extender á las enajenaciones lo que la ley dice de las hipotecas: esta opinión, contraria al texto, contraria á los principios, no halló favor. (2)

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, pág. 342, nota 48, y los autores que ellos citan.

2 Blordeau, *De la separación de los patrimonios*, pág. 450, notas 1 y 2. En sentido contrario, Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4º, página 341, nota 46.

La ley hipotecaria ha dado una garantía nueva á los acreedores, al disponer que el heredero no puede disponer ninguna enajenación durante el plazo de seis meses, con perjuicio de los acreedores y legatarios (art. 39). Debe, pues, aplicarse á las enajenaciones lo que hemos dicho de las hipotecas (núms. 31 y 71). La ley hipotecaria no habla más que de los inmuebles; en cuanto á los muebles, ella no deroga el código civil; el poder de enajenar los muebles sigue siendo ilimitado. En otro lugar hemos dicho que los intérpretes han tratado de hacer lo que el legislador no ha hecho (núm. 27). A nuestro juicio, esto es sobrepasar la ley, á la vez que la garantía que la separación de los patrimonios está destinada á procurar á los acreedores hereditarios.

## II. Obligaciones del heredero.

73. ¿Los acreedores hereditarios tienen acción contra el heredero, en el caso en que los bienes de la sucesión no fuesen suficientes para privarlos de todo interés? Esta cuestión es vivamente controvertida; la solución es muy sencilla si se ciñe uno á los principios, sin obscurecerlos por una tradición que el código civil no ha consagrado. El heredero, al aceptar la sucesión lisa y llanamente, se obliga á pagar las deudas y á satisfacer los legados; está obligado *ultra vires*; esto es duro para las deudas, discutible para los legados. ¿Este lazo de obligación se rompe por la separación de los patrimonios? Apenas se concibe que la cuestión haya sido planteada. Después, como antes de la separación, el heredero sigue siendo heredero liso y llano, y obligado como tal á pagar las deudas del difunto. Los acreedores que piden la separación de los patrimonios ¿pretenden desligar al heredero de la obligación que ha contraído respecto á ellos, al aceptar la sucesión? Ellos tienen dos derechos: la ley les permite que ejerciten sus créditos so-

bre los bienes del difunto, con exclusión de los acreedores del heredero, y tal es el beneficio de la separación; pero esta ficción de la separación de dos patrimonios que realmente estén comprendidos, no impide que los acreedores sigan siendo acreedores del heredero. En esto está el nudo de la cuestión.

Nosotros decimos que la separación es una ficción: esto no puede ponerse en duda, puesto que resulta del texto mismo de la ley (núms. 41 y 421). La dificultad consiste en saber hasta dónde se extiende la ficción. Según el artículo 879, los acreedores que piden la separación no aceptan al heredero por deudor: esa es la ficción. ¿Hasta dónde puede llevarse? Se podría sostener teóricamente que los acreedores tienen dos deudores, el difunto ó la sucesión que lo representa, y el heredero. Si se atienen á la sucesión, ellos separan á los acreedores del heredero, pero también repudian al heredero como deudor. Si aceptan al heredero por deudor, renuncian con eso á considerar á la sucesión como deudora. ¿Es esta la teoría del código? Este sistema absoluto que aplica á la ficción el rigor que se emplea en deducir las consecuencias de un principio, había encontrado partidarios en Roma: Paulo y Ulpiano, lógicos hasta la exageración, sostenían que si los acreedores renuncian á la separación de los patrimonios al aceptar al heredero por deudor, renuncian también á sus derechos contra el heredero, manteniendo á la sucesión como deudora. Esto era exceder las necesidades de la ficción, la cual tiene por objeto conservar á los herederos del difunto la prenda que tenían en los bienes de éste, lo que no impide que el heredero se convierta en deudor de ellos al aceptar la sucesión lisa y llanamente; nada hay de incompatible entre la ficción y la obligación del heredero. Este era el parecer de Papiniano, el cual prevaleció en el antiguo derecho. La opinión de Paulo y de Ulpiano fué re-

producida bajo el imperio del código, pero sin encontrarse aceptación. Desechada por la jurisprudencia antigua, se necesitaría una disposición formal para poder admitirla. Ahora bien, el art. 879 no dice lo que le hacen decir: cierto es que él decide que los acreedores que aceptan al heredero por deudor, no pueden pedir ya la separación de los patrimonios, pero no dice que los acreedores que obtienen la separación no tienen ya acción contra el heredero; tienen acción contra él, en virtud del art. 724, y sería preciso un texto para quitarles el derecho que otro texto les da. Esto decide la cuestión á favor de los acreedores. (1)

Queda, pues, admitido que los acreedores tienen acción contra el heredero en caso de insuficiencia de los bienes hereditarios. Pero ¿qué extensión tiene ese derecho? ¿Concurren con los acreedores del heredero, ó no llegan sino cuando estos últimos han sido satisfechos? Esta última opinión tiene á su favor la autoridad de Papiniano, cuya opinión era la adoptada en el antiguo derecho. Queda por averiguar si esta doctrina es la del código. Profesamos mucho respeto á la tradición, pero no debemos transportarla al código, cuando es incompatible con los principios que éste ha consagrado. Y ¿qué es lo que dice el código en cuanto á los derechos de los acreedores? Ellos se vuelven los acreedores personales del heredero cuando éste acepta la sucesión lisa y llanamente; luego tienen los mismos derechos que los acreedores personales del heredero; por lo tanto, deben concurrir con ellos en los bienes de su deudor. Aquí nos salen al paso, á nombre de la equidad. Hay dos patrimonios que están separados por la voluntad de los acreedores hereditarios. ¿Cuál debe ser la consecuencia de esto? Los acreedores del heredero no tie-

1 Chabot, t. 2º, pág. 622, núm. 13 del art. 879. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, pág. 539, núm. 768.

nen ningún derecho en los bienes de la herencia hasta que los acreedores del difunto estén enteramente faltos de interés; por una justa reciprocidad, los acreedores de la sucesión no deben tener derecho en el patrimonio del heredero sino cuando los acreedores personales del heredero estén pagados. Esta opinión la ha sostenido Marcadé. Un sabio magistrado dice que aquél la ha formado con facundia con su habitual y su vigorosa dialéctica. (1) La facundia y la dialéctica son cosas buenas cuando se ponen al servicio del derecho; pero no deben ocupar el lugar del derecho; y esto es lo que con frecuencia ocurre á Marcadé. En el caso de que se trata, para nada ha tenido en cuenta la ficción que sirve de base á la separación de los patrimonios. Los acreedores del difunto, dice él, tienen dos deudores, la sucesión y el heredero; á ellos les toca escoger, y no pueden ser á la vez acreedores de la sucesión y acreedores del heredero. Esto parece muy lógico, y es, no obstante, muy ilógico. Nó, no hay dos deudores, no hay más que uno solo; el art. 724 lo designa, es el heredero que continúa la persona del difunto. Es verdad que se supone que el heredero posee dos patrimonios distintos, y tal es la ficción de la separación. ¿Hasta dónde llega ella? Si se quiere aplicarla lógicamente, viene á pararse en el sistema de Paulo y de Ulpiano; en esta teoría, se rehusa á los acreedores todo recurso contra el heredero que ya no es su deudor. Marcadé da una acción á los acreedores, luego es ilógico é inconsecuente. ¿Quién lo autoriza á admitir esa excepción á la ficción de los dos patrimonios? En el antiguo derecho se invocaba la equidad; ya no puede hacerse lo mismo en derecho moderno, porque hay un texto, el art. 724, que declara al heredero

1 Nicias-Gaillard, en la *Revista crítica de jurisprudencia*, t. 8º, página 204. Marcadé, t. 3º, pág. 295, núm. 2 del art. 881. Véase la refutación de esta opinión en Nicias-Gaillard.

deudor, y deudor ilimitado; luego está sometido á la acción de los acreedores como si con ellos hubiese contratado. Confundidos con los acreedores personales, los acreedores del difunto deben tener los mismos derechos, á menos que haya á favor de los primeros una causa legal, de preferencia. Se necesita una ley que la establezca, porque, según el art. 2092, la condición de todos los acreedores es la misma, á menos que haya entre ellos una causa legítima de preferencia. ¿En dónde está la ley que dé á los acreedores del heredero la preferencia sobre los acreedores del difunto? El silencio del código es decisivo. (1)

74. ¿Los acreedores del heredero tienen acción en los bienes de la sucesión? Ellos tienen por prenda todos los bienes de su deudor; ahora bien, los bienes de la herencia son los bienes del heredero; luego aquéllos pueden apoderarse de ellos; pero los acreedores del difunto serán preferidos en el orden que se abra sobre el precio, bien entendidos que se han conservado el derecho de separación que la ley les otorga. Luego puede suceder que los acreedores del heredero estén antes que los acreedores hereditarios; esto sucede cuando los acreedores del difunto han descuidado tomar inscripción sobre los inmuebles de la sucesión, y cuando los acreedores del heredero tienen una hipoteca sobre esos bienes. Remitimos á lo que queda dicho en los núms. 68 y 69. Después de que los acreedores del difunto quedan desinteresados, sin decirlo se comprende que los acreedores del heredero tienen, sobre lo que queda de los bienes hereditarios, los mismos derechos que sobre los demás bienes del heredero.

1 Chabot, t. 2º, pág. 621, núm. 13 del art. 878. Merlin dice que la demostración es superior á toda contradicción (*Repertorio*, en la expresión *Separación de patrimonios*, pfo. 5º, núm. 6). Demolombe, t. 17, pág. 268, núm. 220. Barafort, pág. 395, núms. 220-231.