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 quirograferios 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. 4°, 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 posesionado 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 separacion 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 dímos 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 garantir 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 printria á los principios, no halló favor. (2)

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

2 Blondeau, *De la separación de los patrimonios*, pág. 450, notas 1 y 2. En sentido contrario, Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4°, 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. 2°, pág. 622, núm. 13 del art. 879. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, 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 heheredero 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. 8°, página 204. Marcadé, t. 3°, 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 sucesion? 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. 2°, pág. 621, núm. 13 del art. 878. Merlín dice que la demostración es superior á toda contradicción (*Repertorio*, en la expresión *Separación de patrimonios*, pfo. 5°, núm. 6). Demolombe, t. 17, pág. 268, núm. 220. Barafort, pág. 395, núms. 229-231.