

DERECHO SUCESORIO¹

I. Generalidades.

A. Definiciones.

En un sentido amplio se habla de suceder cuando se ocupa el mismo lugar de otra persona y se recogen sus derechos a cualquier título y ya sea entre vivos o por causa de muerte. En este sentido amplio la expresión suceder es aplicable a todos los modos derivativos de adquirir el dominio, así por ejemplo el comprador sucede al vendedor.

En un sentido estricto o restringido la expresión suceder opera siempre por causa de muerte y se vincula al fallecimiento de una persona, dentro de este concepto estricto la palabra sucesión tiene un triple significado:

i. Como modo de adquirir el dominio, de esta manera entonces se designa a la transmisión de todo o parte del patrimonio de una persona difunta a otra u otras personas vivas pudiendo estas últimas ser designadas por el testador en su testamento o por la ley; el artículo 588 del Código Civil señala precisamente este sentido.

ii. La palabra sucesión también puede significarse como el patrimonio que se transmite. En este sentido por ejemplo se utiliza la expresión sucesión en el artículo 1376 del Código Civil.

iii. Indica el conjunto de los sucesores de una persona.

Teniendo en cuenta el sentido estricto de la palabra sucesión ella a sido definida como un modo de adquirir gratuitamente el dominio del patrimonio de una persona cuya existencia legal se ha extinguido natural o presuntivamente y que consiste en el traspaso a los herederos de todos sus derechos y obligaciones transmisibles, que extingue los derechos y obligaciones intransmisibles, que es fuente de derecho personales a favor de los legatarios de género y por último que es modo de adquirir el dominio de las cosas singulares para los legatarios de especie o cuerpo cierto.

Por último, definimos el derecho sucesorio como el conjunto de normas jurídicas que dentro del derecho privado regula el destino del patrimonio de una persona después de su muerte.

B. Principios Generales del derecho sucesorio.

1. Se reconoce el derecho de propiedad.

Consecuentemente con ello el derecho que tiene el causante de disponer de sus bienes después de su muerte.

Sin perjuicio de lo anterior este derecho de propiedad es restringido o bien ha sido

¹ Apuntes preparados por Natalia García Swaneck y Osvaldo García Swaneck. Revisados por Nicolás Romero Silva. La bibliografía se basa en 1) Apuntes de cátedra del Prof. Fernando Rabat Celis, 2) Libro Derecho Sucesorio de Manuel Somarriva, 3) Revista de Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo y 4) Libro de Derecho Sucesorio de Pablo Rodríguez Grez.

limitado por la ley ya que el legislador obliga al causante a dejar parte de sus bienes o patrimonio a ciertas personas llamadas herederos forzosos.

2. Se excluye la sucesión contractual la cual se ve reflejado en las siguientes disposiciones:

i. Artículo 952 inciso 1: según el cual se puede suceder en virtud de un testamento y la sucesión será testamentaria o bien se puede suceder en virtud de la ley, caso en el cual la sucesión se llamará Intestada o Abintestato. Es decir, el artículo 952 excluye como una fuente o título para suceder al contrato.

ii. Artículo 1463: En virtud del cual hay objeto ilícito en los pactos sobre sucesión. Expresamente señala esta disposición que el derecho a suceder causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona. Hace excepción a lo anterior el artículo 1204 sobre pacto de no mejorar

3. La continuación de la persona del causante por sus herederos en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Hace excepción a esta regla la aceptación de la herencia con beneficio de inventario o con beneficio de separación.

4. La unidad del patrimonio del causante.

Significa que el conjunto de bienes que forma dicho patrimonio está sujetos a un mismo régimen, no se distingue entre clases de bienes ni de deudas.

Ejemplo: artículo 981 c. c: "La ley no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas. "

5. La igualdad.

Esto porque en general los asignatarios llamados a una sucesión lo son en iguales condiciones, tanto en la sucesión intestada como en la testada, sin perjuicio de que en este último caso el testador puede fijar cuotas.

Ejemplos: Artículo 982 y 985 c. c

Por excepción la ley prevé ciertas diferencias como ocurre por ejemplo con el artículo 990 inciso 2 en que se distingue entre los hermanos carnales o de doble constitución y los hermanos que lo son solo de simple conjunción.

6. La reciprocidad.

Significa que normalmente cuando una persona es llamada por la ley a suceder a otra, esta última tiene derecho a suceder a la primera.

7. Protección a la familia.

Este principio se manifiesta fuertemente en 3 circunstancias:

a. Libertad restringida: El causante debe respetar la asignación forzosa y son asignatarios forzosos el cónyuge, ascendiente y descendientes.

b. Cuando el causante no ha dejado testamento se aplica las normas de la sucesión intestada y es la ley quien llama a los herederos y ellos son el cónyuge y los parientes más cercanos.

c. Artículo 1337 numero 10 c. c en virtud del cual el cónyuge sobreviviente tiene un derecho de adjudicación preferente respecto del inmueble que servía de hogar común.

C. Sucesión como Modo de Adquirir el Dominio.

Artículo 588 del Código Civil expresamente menciona como modo de adquirir el dominio a la sucesión por causa de muerte.

1. Características.

- Modo de adquirir derivativo.

Ello implica que el derecho del sucesor emana de su antecesor y por lo tanto no se pueden adquirir más derechos de aquellos de que era titular el causante. En otras palabras, la sucesión por causa de muerte no altera los derechos ni su naturaleza, ni sus efectos. Si el causante no era dueño de una o algunas especies, el asignatario no adquiere el dominio por sucesión por causa de muerte; será simplemente un poseedor y estará en situación de adquirir el dominio por otro modo: la prescripción.

- Supone siempre la extinción natural o legal de una persona.
- Es un modo de adquirir gratuito ya que el sucesor reporta un beneficio que puede aceptar o repudiar libremente y sin que se le pueda imponer una contraprestación. Ningún bien de su patrimonio debe dar a cambio de los bienes del causante. Podrá ocurrir sin embargo que en definitiva la herencia no reporte al heredero ventaja pecuniaria alguna, sino que, al contrario, le resulta gravosa. Tal ocurre, cuando el patrimonio del causante está recargado de obligaciones, superiores a los bienes que lo integran. En este caso, el heredero estará obligado a soportar el pago de las deudas hereditarias, a menos que acepte la herencia con beneficio de inventario (art. 1247 del CC).
- Se puede suceder a una persona difunta ya sea a título universal o singular (951). El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de cierto género.
- Tiene una naturaleza mixta. Estamos ante un modo de adquirir de naturaleza mixta, pues se requiere de un hecho jurídico –la muerte del causante– y de un acto jurídico unilateral, la aceptación de la herencia o legado deferido al asignatario.

2. Derechos transmisibles.

La regla general es que todos los derechos, tanto los reales como los personales son transmisibles por causa de muerte y por lo tanto solo por excepción ellos serán intransmisibles.

- Respecto de los derechos personales ellos se transmiten tanto activa como pasivamente, tanto desde el punto de vista del acreedor que transmite su crédito y desde la perspectiva del deudor que transmite su obligación. Ello es una excepción ya que por acto entre vivos en general se entiende en nuestro derecho que no se pueden transferir o ceder las deudas.
- Por excepción no se van a transmitir aquellos derechos que por su carácter de personalísimos estaban ligados al titular y que en consecuencia por su muerte se extinguirá, desde esta perspectiva la sucesión por causa de muerte está operando como un modo de extinguir obligaciones.

Derechos intransmisibles.

- a.- Usufructo (773 c. c).
- b.- Derecho real de uso y habitación (819).
- c.- Fideicomiso (762).
- d.- Asignatario sujeto a condición suspensiva (1078 inciso 2).
- e.- Derecho a pedir alimentos futuros (334 sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 336).
- f.- Derecho a ejercer una acción revocatoria por ingratitud del donatario, salvo ciertos casos (1430).
- g.- Los derechos del comodatario, salvo que la cosa haya sido prestada para un servicio particular (2180 nº 1 y 2186).
- h.- Los derechos emanados del contrato de sociedad, salvo pacto en contrario (2103).
- i.- Los derechos del mandante y mandatario (2163 numero 5), salvo el mandato judicial y el conferido para ejecutar actos después de muerto el mandante.
- j.- Los derechos que por su naturaleza tiene fijado como termino la muerte de la persona que lo goza como en el censo y en la renta vitalicia. (2264 y 2279).

3. Obligaciones transmisibles.

La regla general es que las obligaciones son transmisibles, es decir los herederos están obligados a solucionar aquellas deudas que hubiere contraído el causante en vida y por eso se suele usar el aforismo de que "quien contrata lo hace para sí y para sus herederos". Los legatarios pueden también eventualmente estar obligados a satisfacer estas deudas.

Obligaciones intransmisibles.

a.- Aquellas que suponen una aptitud especial del deudor. (ej.: 1095 c. c contrario sensu).

b.- Las obligaciones en que juegan un importante rol la confianza entre el acreedor y el deudor (ej.: contrato de sociedad o mandato).

c.- Las obligaciones contraídas por los miembros de una corporación (544 inciso 3).

d.- No se transmite la solidaridad (1523 c. c).

D. Sucesión testada e Intestada.

Conforme ya lo señaláramos, la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio derivativo y como tal requiere de un título que le preceda el que puede ser el testamento o la ley.

La sucesión testada es obra de la voluntad del difunto que se expresa en el testamento y prevalece para regular el destino de sus bienes. La sucesión intestada en cambio es obra de la ley que a falta de testamento designa a las personas llamadas a suceder al difunto. Es decir, la ley rige la sucesión interpretando o presumiendo una voluntad que no llega a expresarse, de acuerdo con el artículo 952 inciso 2 la sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser en parte testada y parte intestada.

Ojo: Pablo Rodríguez señala que hay 5 clases de sucesión. La testada, intestada, mixta, forzosa y semi forzosa. Se pregunta en el examen.²

E. Asignaciones por causa de muerte. (953).

"Se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley, o el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes.

Con la palabra asignaciones se significan en este libro (III) las asignaciones por causa de muerte, ya las haga el hombre o la ley. Asignatario es la persona a quien se hace la asignación" (artículo 953).

Por otro lado, al difunto se le llama causante por que produce la causa de adquisición del patrimonio, también es conocido en doctrina como "de cujus", que es una locución latina que significa "del cual" o "de la cual". Se usa en derecho sucesorio para referirse al "causante".

Asignaciones a título universal o singular:

Adicionalmente de acuerdo con el artículo 954 las asignaciones a título universal se llaman herencias y el asignatario de herencia se llama heredero. A su vez las asignaciones a título singular se llaman legados y el asignatario de legado se llama legatario.

De conjugar los artículos 951 y 954 se concluye que la herencia tiene por objeto el patrimonio íntegro del causante o una cuota del mismo, en cambio el legado se

² Agregado marzo 2017

refiere únicamente a cuerpos ciertos o cosas determinadas genéricamente.

a) Los asignatarios a título universal o herederos: art. 1097 del CC.

Lo que caracteriza fundamentalmente a los herederos es que suceden en todo el

patrimonio del causante, vale decir, en el conjunto de derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota del mismo. El heredero no recibe bienes determinados, sino que la totalidad o una cuota de la herencia.

Es por lo anterior que se dice que, en los contratos, quien contrata lo hace tanto para sí como para sus herederos. En un contrato, los herederos del contratante no son terceros extraños al acto, sino que, jurídicamente hablando, son parte del contrato, ya que suceden a quien lo celebró. Así, por ejemplo, los herederos deberán responder de las fianzas otorgadas por el causante (art. 2352 del CC); tendrán que respetar los arrendamientos celebrados por él, etc.

- Clasificación de los herederos:

i.- Herederos universales.

ii.- Herederos de cuota.

i.- Herederos universales.

Lo son aquellos que suceden en el patrimonio del causante sin designación de cuota. Respecto a estos herederos, debemos tener presente:

* Puede existir pluralidad de herederos universales, en una misma sucesión. Lo serán, cada vez que sean llamados sin designación de cuota.

** No debemos confundir al heredero universal con el asignatario universal. El último es el género y el primero una especie de asignatario universal. Todo heredero universal es asignatario a título universal, pero no todo asignatario a título universal será heredero universal, pues también podrá ser heredero de cuota.

*** En la herencia, el beneficio puede ser mayor para el heredero de cuota que para el heredero universal. Los herederos universales dividen entre sí la herencia en partes iguales, de modo que eventualmente el beneficio podría ser mayor para un heredero de cuota.

ii.- Herederos de cuota.

Lo son, aquellos a quienes se les indica la parte alícuota del patrimonio del causante en que suceden.

Cabe consignar entonces que la calificación de un heredero como universal o de cuota, depende exclusivamente de la forma en que son llamados y no del beneficio que en definitiva llevan en la herencia. La importancia de esta clasificación se relaciona **CON EL DERECHO DE ACRECER** que existe entre los herederos universales, pero no en favor de los herederos de cuota. En lo demás, se les aplican las mismas normas. El derecho de acrecimiento consiste, en términos generales, en que la porción del heredero universal que falta y no lleva su parte en la herencia, aumentala de los otros herederos a título universal.

b) Los asignatarios a título singular o legatarios.

Los legatarios no suceden como los herederos en la universalidad del patrimonio, sino que en bienes determinados. Del art. 1104 del CC. se deduce que los legatarios, a diferencia de los herederos, no representan la persona del causante. No tienen otros derechos que los expresamente conferidos en el testamento.

En principio, el legatario no tiene responsabilidad alguna por las deudas hereditarias, con dos excepciones:

i.- El legatario responde en subsidio del heredero. Es decir, el acreedor hereditario

deberá demandar primero al heredero y a falta de éste, accionar en contra del legatario.

ii.- También puede sobrevenirle responsabilidad por el ejercicio de la acción de reforma de testamento, si el testador, al instituir los legados, excedió la parte de sus bienes de libre disposición. Como el testador estaba obligado a respetar las asignaciones forzosas, los herederos pueden reclamar contra los legatarios mediante la acción de reforma de testamento.

Las asignaciones testamentarias pueden ser a título universal o singular, en cambio las asignaciones que hace la ley solo pueden ser universales. En otras palabras, **no puede haber legados legales** (la fuente de los legados nunca puede ser la ley, solo el testamento).

Ya hemos señalado que de los artículos 954, 1097 inciso 1 y 1104 inciso 1 los asignatarios a título universal se llaman herederos y los a título singular se llaman legatarios, se pueden dar 2 puntos fundamentales que son los siguientes:

- i.** Lo importante es que para calificar a una persona de heredero o legatario debe atenderse exclusivamente al contenido u objeto de la asignación con prescindencia de la nomenclatura o designación que el testado haya utilizado en el testamento.
- ii.** El legatario tiene solo como fuente el testamento.

Diferencias entre herederos y legatarios.

a. En cuanto al objeto de la asignación.

- i. Heredero:** A título universal.
- ii. Legatario:** A título singular.

b. El heredero representa a la persona del causante, es su continuador, jurídicamente se identifican y sus patrimonios se confunden salvo que haya aceptado la herencia con beneficio de inventario o de separación.
El legatario no representa a la persona del causante.

c. En cuanto a la responsabilidad.

El heredero responde de las llamadas deudas hereditarias (estas son las que el causante tuvo en vida) y de las testamentarias (estas son las que resultan del testamento mismo), la responsabilidad del heredero se hace efectiva aun cuando el monto de las deudas sea superior a la asignación que el recibe, y a esto se le llama responsabilidad Ultravires Hereditatis.

El legatario en principio no responde de las deudas que haya tenido el causante, salvo que se le haya impuesto expresamente esa obligación, también por excepción el legatario tiene una responsabilidad subsidiaria a la del heredero, pero solamente limitada al monto del legado.

d. El heredero adquiere el dominio desde el momento en que fallece el causante. Respecto a los legatarios hay que distinguir si el legado es de especie o cuerpo cierto de género.

- En el primer caso (de cuerpo cierto) el legatario adquiere el dominio desde el momento en que fallece el causante.
- Si es de género, al tiempo de fallecer el causante el legatario adquiere un crédito o derecho personal en contra de la sucesión y tiene por objeto o finalidad que se materialice la tradición.

e. El heredero junto con adquirir el dominio de los bienes al tiempo de fallecer el causante, adquiere también la posesión legal de la herencia una vez que esta le es deferida, y aun cuando ignore que ella le ha sido deferida (artículos 688 inciso 1 y 722 inciso 1). La razón de esto es que se trasmite un patrimonio el cual es un atributo de la personalidad y por ello es necesario o se requiere de una persona, por esta razón se crea la figura de la posesión legal.

El legatario adquiere la posesión de la cosa legada solo con la entrega del legado, es decir cuando se reúne el corpus con el animus

f. la posesión efectiva de la herencia solo se exige respecto del heredero no del legatario.

g. El heredero puede ser instituido como tal ya sea en el testamento o en la ley. El legatario solo puede ser designado como tal en un testamento

II. Aptitud y Mérito para suceder.

Para suceder a una persona ya sea en calidad de heredero o legatario es necesario que concurren entre otros 2 requisitos de carácter general que son la capacidad y dignidad para suceder.

I. Capacidad para suceder.

Se define como la aptitud legal para suceder a una persona, o en otras palabras se refiere a la habilidad para adquirir por causa de muerte.

La regla general como ocurre en nuestro derecho es que toda persona es capaz o hábil para suceder a otro. En este sentido el artículo 961 c. c señala: "Será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna". En similares términos se encuentra redactado el artículo 1446 del Código Civil en materia de actos jurídicos.

- Las incapacidades a que nos referimos **son de goce** ya que ellas impiden la adquisición de un derecho.
- Se trata además de incapacidades aplicables únicamente a esta materia
- por último, al ser la incapacidad una excepción se trata de normas de derecho estricto, se interpretan restrictivamente y no se admite la analogía.

Las incapacidades pueden ser absolutas o relativas; las primeras impiden suceder a cualquier persona, en cambio las segundas impiden suceder a determinada persona.

A. Incapacidades absolutas.

La ley agrupa esta incapacidad absoluta en 2 subgrupos:

1. Falta de existencia natural.

2. Falta de personalidad jurídica.

1. Falta de existencia natural.

Se justifica la causal de incapacidad, porque quien no existe no es persona, y quien no es persona no puede ser titular de derechos. Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión.

De lo anterior es posible concluir que **toda asignación lleva envuelta la condición de que el asignatario exista al tiempo de fallecer el causante**, esto es de abrirse la sucesión. En consecuencia, serán incapaces de suceder los que han dejado de existir y los que no existen al tiempo de abrirse la sucesión.

Con toda la ley recoge una serie de excepciones que son las siguientes:

A. Las personas concebidas al tiempo de abrirse la sucesión.

En este caso, para suceder no es necesario tener existencia legal; basta con la natural, es decir, es suficiente que la criatura esté concebida

Esta excepción se refiere a aquellas criaturas que han sido concebidas pero que no han nacido. La excepción está en que si el nacimiento constituye un principio de existencia entrará el recién nacido en el goce de esos derechos como si hubiere existido al tiempo en que se defirieron (artículo 77).

En consecuencia, los derechos que se le habrían deferido al concebido si viviese permanecerán en suspenso hasta el momento en que se efectuó el nacimiento. En otras palabras, el nasciturus tiene un derecho eventual el cual depende de que se materialice el nacimiento.

Por último, de la regla que nos da el artículo 76 se concluye que el nacimiento deberá efectuarse no más allá de los 300 días contados desde la fecha de fallecimiento del causante.

B. Las personas cuya existencia se espera.

El artículo 962 inciso 3 señala: "Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los 10 años subsiguientes a la apertura de la sucesión."

Ejemplo: Causante tiene una hija de 15 años y quiere instituir un legado a favor de su nieto, ¿es válido o no esa asignación? Es válido hasta que la hija tenga 25 años. Ahora bien, si la hija lo concibe a los 25 años entonces nos vamos al punto A anterior. En armonía con lo anterior, el art. 1078, inc. 2 del CC. establece que, si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, ningún derecho transmitirá a sus herederos.

¿Qué pasa durante esos 10 años? La doctrina ha interpretado que en este caso en particular estamos en presencia de una **propiedad fiduciaria** que va a estar sujeta a la condición de que exista el asignatario dentro del plazo de 10 años.

C. Las asignaciones en premio de servicios importantes.

Artículo 962 inciso 4 señala que valdrán con la misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador.

Este servicio puede ser tanto en beneficio particular del causante como de bienestar colectivo, pero lo importante es que el servicio debe prestarse dentro de los 10 años

subsiguiente al tiempo de abrirse la sucesión.

D. Las asignaciones condicionales.

El artículo 962 inciso 2 señala que, si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición. La expresión también quiere significar que el asignatario además de existir al tiempo de abrirse la sucesión debe existir además al momento de cumplirse la condición. La ley no ha señalado un plazo dentro del cual debe cumplirse esta condición. Para Pablo Rodríguez la solución estaría en remitirse a las reglas del fideicomiso y en particular al artículo 739 c. c por lo tanto si transcurren más de 5 años se consolida la propiedad fiduciaria en los demás herederos.

E. Sucesión por derecho de transmisión.

Artículo 962 inciso 1: se establece como excepción el caso en que se suceda por derecho transmisión, en conformidad con el artículo 957, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado.

Figura explicativa del artículo 957.

Causante -> Transmitente -> Transmitido

Puede suceder que el causante fallezca, y el transmitente haya recibido en vida una herencia o legado y adquirido, por lo tanto, la posesión legal del mismo, pero no haya manifestado si aceptaba o repudiaba la indicada asignación. Este derecho de opción (de aceptar o repudiar) que tenía en vida el transmitente se transmite a sus herederos en los mismos términos que éste gozaba de él, pudiendo entonces el transmitido aceptar o repudiar la asignación.

¿Dónde está la excepción?: Si aplico la regla general debería existir el transmitido al tiempo de abrirse la sucesión y la excepción está en que el transmitido debe existir al tiempo de abrirse la sucesión del transmitente. Es una excepción aparente porque se aplica la regla general, ya que el transmitido tiene que existir al tiempo de abrirse la sucesión del transmitente.

2. Falta de personalidad jurídica.

Artículo 963 c. c: "son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas.

- Existe una excepción que se refiere al caso en que la asignación tenga objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento. En esta situación será necesario solicitar la aprobación legal de esta nueva corporación y una vez obtenida esta aprobación valdrá la asignación. En este mismo sentido el artículo 1056 inciso 1 primera parte señala que todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta o determinada, natural o jurídica.

- Se ha presentado cierta discusión en doctrina respecto de lo que sucede con las Personas Jurídicas constituidas en el extranjero y el origen de esta discusión se encuentra en el artículo 546 del Código Civil que señala: "No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el presidente de la República."

La doctrina para resolver el punto distingue entre persona jurídica de derecho

público y privado. Se señala que cuando la persona jurídica es de derecho público no cabe duda que en su país de origen ya existe y por lo tanto no será necesario un reconocimiento posterior en Chile, en cambio si la persona jurídica es de derecho privado y se le asigna a ella como asignatario para la validez de dicha asignación será necesario previamente contar con el reconocimiento o aprobación señalados en el artículo 546 del Código Civil.

B. Incapacidades Relativas.

Recordemos que son aquellas que afecta a ciertas personas.

1. Condenado por crimen de dañado ayuntamiento.

Artículo 964: Es incapaz de suceder a otra persona como heredero o legatario, el que antes de deferírsele la herencia o legado hubiere sido condenado judicialmente por el crimen de dañado ayuntamiento con dicha persona y no hubiere contraído con ella un matrimonio que produzca efectos civiles.

Agrega el inciso 2 que esta incapacidad se extiende a la persona que antes de deferírsele la herencia o legado hubiere sido acusada de dicho crimen, si se siguiere condenación judicial.

El artículo 36 original del Código Civil se refería a los hijos de dañado ayuntamiento, se trataba de hijos ilegítimos nacidos de relaciones adulterinas, incestuosas o sacrílegas (aquellos concebidos por clérigos de ordenes mayores o persona que había profesado votos solemnes de castidad en orden religiosa, reconocida por la Iglesia Católica.). Entonces para interpretar esta causal del artículo 964 es necesario cuadrarlo en un tipo penal y hoy solo es delito el incesto de manera tal que el incapaz va a ser aquel que ha sido condenado por incesto respecto de la persona a quien va a suceder.

Pablo Rodríguez Grez sostiene que se trata en el fondo de un calificado demérito para suceder, ya que no se ajusta a la moral ni a las buenas costumbres dar validez a una asignación hecha por el causante a quien ha mantenido con él relaciones al margen del matrimonio, o con sus ascendientes y descendientes en línea recta, sea por consanguinidad o afinidad, o con sus colaterales hasta el segundo grado inclusive por consanguinidad”

Sin embargo, no se aplica la incapacidad, establece el artículo 964, si el asignatario alcanzó a contraer matrimonio civil con el causante. La excepción a que alude el artículo 964 del Código Civil, en orden a que haya contraído con ella matrimonio que produzca efectos civiles, no tiene aplicación hoy por configurarse un impedimento contemplado en el artículo 6 de la LMC toda vez que de acuerdo al artículo 375 del C. Penal señala que " El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

2. Confesor.

Artículo: El que, **por testamento otorgado durante la última enfermedad**, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como albacea fiduciario alguna de las siguientes personas:

- i. El eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante su última enfermedad.
- ii. El eclesiástico que hubiere confesado al difunto habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento otorgado durante la última enfermedad.
- iii. Ni la orden, convento o cofradía de que sea miembro el eclesiástico que nos estamos refiriendo.
- iv. Ni los deudos (parientes) por consanguinidad o afinidad hasta el 3º grado inclusive del eclesiástico.

Esta incapacidad tiene por objeto evitar que el eclesiástico pueda ejercer influencia en el testador. Sabido es que las personas religiosas poder e influjo, particularmente en trance de muerte. Fácil resultaría, entonces inducir al testador a disponer de los bienes en beneficio propio, o de sus parientes próximos, o de su orden, o de su convento, o de su cofradía. A objeto de evitar esta presión se ha instituido esta incapacidad.

Para que se aplique esta incapacidad es menester que se haya dispuesto de alguna asignación en favor del confesor o de las demás personas naturales o jurídicas mencionadas en el art. 965, por el testamento otorgado durante la última enfermedad. Por tal habrá de entenderse aquélla de que haya fallecido el causante, aunque su determinación es una cuestión de hecho que queda librada a la apreciación de los jueces del fondo. Se exige, además, copulativamente, que el eclesiástico haya confesado al testador durante esa enfermedad o habitualmente durante los dos años anteriores al otorgamiento del acto de última voluntad.³

Excepciones:

1. Esta incapacidad no se extiende a la iglesia parroquial del testador (la iglesia en que habitualmente se confiesa).
2. La incapacidad no recaerá sobre la porción de bienes que el dicho eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese habido testamento. Es decir, no se aplica si tiene derecho a suceder abintestato.

3. Funcionario que autoriza el testamento.

Artículo 1061 inciso 1: No vale disposición alguna testamentaria en favor del escribano que autorizare el testamento, o del funcionario que haga las veces de tal, o del cónyuge de dicho escribano (notario) o funcionario, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados, empleados o asalariados del mismo.

³ Agregado abril 2016, libro ramón dominguez águila

- Es una norma prohibitiva, su contravención acarrea la Nulidad Absoluta.
- Esta causal también tiene por objeto velar por la libertad de testar, ya que el legislador teme que el notario o los testigos presionen al testador para beneficiarse con sus disposiciones testamentarias.
- Esta causal sólo alude a "disposiciones testamentarias", de manera que, si

alguna de las personas señaladas en el artículo tiene derecho a suceder al testador como herederos abintestato, no perderán la asignación que por tal causa les corresponda.

- Con el objeto de impedir que se burle esta causal, los artículos 1062 y 1133 del CC disponen que las deudas que tengan por origen una declaración testamentaria, es decir que el testador hubiere confesado deber en su testamento y en la medida que no existiere un principio de prueba por escrito, serán consideradas como legados gratuitos. Con esto, se impide al notario, a su cónyuge, a sus parientes, empleados o a los testigos invocar un crédito que tenga tal origen, pues la declaración testamentaria será nula.

4. Testigos de testamento.

Artículo 1061 inciso 2: No vale tampoco disposición alguna testamentaria a favor de cualquiera de los testigos, o de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o cuñados.

C. Características de las incapacidades.

1. Son de orden público, esto es, están establecidas en función del interés general, la moral y las buenas costumbres. En consecuencia, no pueden renunciarse, ni transigirse, ni sanearse por el transcurso del tiempo.

2. Operan de pleno derecho. No se requiere en consecuencia que se demande judicialmente y se obtenga sentencia declarativa firme. La sentencia se limitará simplemente a constatar la existencia de la causal de incapacidad. La "constatación" no exige por ende deducir una acción cuyo objetivo específico sea obtener una sentencia que declare la incapacidad. No existe tal acción, a diferencia de lo que veremos respecto de la indignidad para suceder, que sí debe ser "declarada" judicialmente, en el marco de un juicio de indignidad, y no sólo "constatada". Así, por ejemplo, en el marco de una acción reivindicatoria que los herederos deduzcan en contra de un tercero que está en posesión de bienes hereditarios (y que no puede alegar que los tiene en calidad de "heredero", pues la incapacidad para suceder que lo afecta se lo impide), bastará que el juez constate que efectivamente afecta al demandado una causal de incapacidad para suceder.

3. La incapacidad al ser una excepción es de derecho estricto, se interpreta restrictivamente y no admite la analogía.

D. Efectos de las incapacidades.

1. Artículo 966 c. c: dispone que será nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfrace (simulación) bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona. Al testamento (palo blanco) se le sanciona con una indignidad para suceder (972).

2. Artículo 967: El incapaz no adquiere la herencia o legado mientras no prescriban las acciones que contra el puedan intentarse. El incapaz favorecido con una asignación no adquiere jamás la herencia o legado por sucesión por causa de muerte. Pero puede ocurrir que la adquiera por prescripción adquisitiva, conforme a

las reglas generales (2517), y siempre que tenga la posesión de ella. En todo caso, a juicio de Somarriva, la prescripción sería extraordinaria.

Solo estamos en esta situación en la Incapacidad relativa, no en la incapacidad absoluta.

3. La nulidad de esta asignación testamentaria que se había dejado al incapaz afecta también a terceros o pasa también contra ellos ya que estos terceros no podían adquirir más derechos de los que tenía el incapaz y este no tenía ningún derecho. Pablo Rodríguez al respecto dice lo siguiente: "si el asignatario incapaz dispone de los bienes que componen la asignación, puede perseguirse a los terceros poseedores de buena o mala fe. Ello porque la nulidad da acción reivindicatoria, sin distinguir si el tercero poseedor esta de buena o mala fe (1698 c. c).

II. Dignidad.

Ella consiste en el mérito o lealtad que el asignatario ha debido observar en vida con el causante la cual se entiende desde la perspectiva que nos encontramos frente a un beneficio gratuito y por lo tanto es lógico que quien lo recibe lo merezca.

En términos negativos la indignidad es una sanción que consiste en excluir de la sucesión a un asignatario como consecuencia de haber cometido un acto que importe un grave atentado contra el difunto o un serio olvido de las obligaciones que tenía para con él.

La indignidad es muy similar al desheredamiento, pero la gran diferencia es que esta la hace el testador y la indignidad se ha establecido en la ley.

A. Causales de indignidad.

1. Homicidio del causante (968 numero 1).

Es indigno el que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejo perecer pudiendo salvarla. El problema está en el último caso ya que no habría una sentencia penal condenatoria que me sirva para configurar esta causal de indignidad. La doctrina está de acuerdo en que se deberá ejercer una demanda civil para que se declare esta circunstancia. Hay algunos autores que han intentado reconducir esta situación al artículo 15 número 3 del c.p.

Art. 15. Se consideran autores:

1° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

2. El que cometió atentado grave contra la vida, honor o bienes del causante, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada (968 numero 2). Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que, en los demás casos de indignidad, la causal misma puede acreditarse en el respectivo juicio de indignidad. En cambio, en esta secundacausal de indignidad es necesario que en el juicio de indignidad se la pruebe mediante sentencia criminal condenatoria.

3. El consanguíneo dentro del sexto grave inclusive, que no socorrió al causante en estado de demencia o destitución, pudiendo hacerlo. Esta es una sanción por incumplir el deber moral y jurídico de socorrer a los parientes. El estado de destitución, alude a quien se encontraba privado de lo más esencial para la vida, a quien se encontraba sumido en la miseria. (969 numero 3).

4. El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar. (968 numero 4.)

5. El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación. Para que opere la indignidad es necesario que la detención u ocultamiento sean dolosos, pero como dice el precepto, se presume el dolo (uno de los pocos casos excepcionales: art. 1459 del CC), por el solo hecho de la detención u ocultación. Se trata de una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario. El acto de "detener" un testamento, supone por ejemplo que una persona se apodera del testamento cerrado del causante o de aquél que fue otorgado ante cinco testigos y sin presencia de ministro de fe y se niega a entregarlo para proceder a su apertura. También quedaría comprendido en esta causal, aquél que no sólo detuvo u ocultó el testamento, sino que también lo destruyó, y así se prueba.

6. Artículo 969: El que, siendo mayor de edad, no hubiere acusado a la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible. El objeto de esta causal es sancionar la negligencia del asignatario en perseguir judicialmente al asesino de su causante

No se aplica esta indignidad en los siguientes casos:

i. Si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso.

ii. Cuando el heredero o legatario no es cónyuge de la persona por cuya obra o consejo se ejecutó el homicidio, ni es del número de sus ascendientes y descendientes, ni hay entre ellos deudo de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. Consagra el Código el derecho al silencio. El heredero o legatario queda relevado de la obligación y, por tanto, desaparece la indignidad si el homicidio cometido en la persona del difunto lo fue por obra o consejo de alguna de las personas ligadas al asignatario por matrimonio o por vínculo de consanguinidad o afinidad que el precepto señala

7. Artículo 970: El ascendiente o descendiente que siendo llamado a suceder abintestato es un impúber, demente, sordo o sordomudo no pidió que se le nombrare tutor o curador y permaneció en esta omisión un año entero. Transcurrido el año recaerá la obligación referida en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada.

No se aplica esta indignidad:

i. Cuando el ascendiente o descendiente le ha sido imposible hacer el nombramiento por sí o por procurador.

ii. Tampoco se aplica cuando la diligencia hubiere sido hecha por otro de los llamados a la sucesión.

iii. Tampoco se aplica cuando la obligación recae en un menor o en otra persona que

se halle bajo tutela o curaduría.

iv. Tampoco se aplica cuando cesa la causal que motivaba la curaduría.

8. Artículo 971: Son indignos de suceder el tutor o curador que nombrados por el testador se excusaren sin causa legítima. Igual causal se aplica al albacea nombrado por el testador que se excusare sin probar inconveniente grave.

- Respecto del albacea, la norma se repite en el art. 1277, 2º del CC. La jurisprudencia ha estimado que no procede sostener que es indigna la persona que muere en mora de aceptar el cargo, porque la ley se refiere al rechazo del albaceazgo sin probarse causa grave.

- En lo que se refiere al guardador, el art. 971 del CC es complementado por el art. 530 del CC, que dispone que las excusas aceptadas por el juez privan al guardador de la asignación que se le haya hecho en remuneración de su trabajo, y las excusas sobrevinientes, de una parte, de ella (art. 531 del CC).

No se aplica esta causal:

i. A los asignatarios forzosos en la cuantía que lo son. (es decir, no afectará la legítima rigorosa, artículo 1192 del Código Civil).

ii. A los que, rechazada la excusa por el juez, entren a servir en el cargo.

9. Artículo 972: es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz. Esta causal hay que relacionarla con el artículo 966, el testamento que participa en la simulación.

- Nótese que la ley exige que aquél que promete al causante, haya conocido la causal de incapacidad.

- Esta causa de indignidad no podrá alegarse contra ninguna persona de las que **por temor reverencial hubieren podido ser inducidas a hacer la promesa** al difunto; a menos que hayan procedido a la **ejecución de la promesa**. Este hecho constituye una excepción al artículo 1456 inciso 2 del código civil.

- El fundamento de esta indignidad reside en el carácter de orden público de las incapacidades, que no pueden ser renunciadas por el testador. Se ha señalado sin embargo que el legislador se equivocó al incluir esta causal entre las de indignidad en lugar de entre las de incapacidad, puesto que como indignidad puede ser perdonada por el testador, burlándose la intención del legislador de impedir que el incapaz adquiriera la asignación.

- Debemos entender que el asignatario que probó haber accedido a la petición del causante movido por el temor reverencial y no ejecutó lo prometido, no puede retener para sí la asignación. Esta deberá distribuirse entre los herederos, conforme a las reglas de la sucesión abintestato.

10. Artículo 114 del Código Civil: El menor de edad que contrajo matrimonio sin el consentimiento de un ascendiente estando obligado a obtenerla.

Esta indignidad es parcial ya que la sanción consiste en que en la sucesión abintestada de ese ascendiente no tendrá el menor más que la mitad de la porción de bienes que le hubiere correspondido en la sucesión del difunto.

11. Artículo 127: El viudo o divorciado o quien hubiere anulado su matrimonio por

cuya negligencia hubiere dejado de hacerse en tiempo oportuno el inventario prevenido en el artículo 124, perderá el derecho de suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado.

12. Artículo 219 inciso 1: A ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad, o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte.

13. El albacea que no rechace el nombramiento sin probar inconveniente grave o sies removido judicialmente de su cargo por dolo. art 1300

14. El partidor nombrado en el testamento que no acepte el cargo sin alegar impedimento grave o cuando es condenado por el delito de prevaricación. (1327 y 1329). Prevaricar es dictar a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia.

15. El cónyuge separado judicialmente que hubiere dado motivo a la separación por su culpa no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido, ni tampoco será considerado como legitimario. (artículo 994 inciso 1 y 1182).

16. No sucederán abintestato los progenitores del causante si la filiación hubiere sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo que hubiere operado el restablecimiento a que se refiere el artículo 203. En igual caso los ascendientes no serán considerados legitimarios. (994 inciso 2 y 1182 inciso 2).

B. Características de la indignidad.

i. La indignidad no produce efecto alguno sino es previamente declarado en juicio, es decir ella no opera de pleno derecho. (974 inciso 1).

- A consecuencia de lo anterior el asignatario podrá percibir la cosa objeto de la asignación y conservarla, pero deberá restituirla una vez que se ha declarado judicialmente la indignidad.

- A juicio de Hernán Corral la indignidad contenida en el artículo 114 no requiere de declaración judicial.

- A juicio de Pablo Rodríguez Grez las indignidades contenidas en los artículos 994 y 1182 son indignidades calificadas y operan por el solo ministerio de la ley.

- El juicio de indignidad será ordinario, puesto que la ley no señaló otro procedimiento especial.

ii. La acción de indignidad puede ser deducida o promovida por cualquiera de los interesados en la exclusión de heredero o legatario indigno (974 inciso 1).

Este interés debe ser de carácter patrimonial.

¿Qué personas pueden tener interés en la declaración de indignidad?

a. Coherederos del indigno.

b. Acreedores de uno de los coherederos.

Explicación: un causante deja a tres herederos, si el acreedor de uno de ellos ejerce la acción de indignidad en contra del coheredero 1 por ejemplo el patrimonio de su deudor aumenta.

- c. Sustituto del heredero indigno.
- d. Herederos respecto del legatario indigno, para evitar pagar el objeto del legado que es una deuda a la que estaban obligados los herederos.

iii. Las causales de indignidad están establecidas en beneficio de los interesados ya señalados y por lo tanto ellos son indiferentes al causante, él tiene otra herramienta para excluir a ciertas personas que es el desheredamiento.

iv. Las causales de indignidad se extinguen por el perdón del ofendido (973).

v. La indignidad se purga en 5 años de posesión de la herencia o legado. A juicio de Manuel Somarriva al heredero le bastará la posesión legal de la herencia, y el legatario requiere en cambio de la posesión material del legado.

C. Efectos de las Indignidades.

1. Entre los interesados:

Declarada judicialmente la indignidad es obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado con sus accesiones y frutos, para los efectos de la restitución y en atención a la naturaleza de la indignidad la ley considera al indigno como **poseedor de mala fe** (974). La ley presume que el indigno está de mala fe, habida consideración de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 974 del Código Civil, pues lo obliga a restituir la herencia o legado (en realidad, los bienes que tenga en su poder a título de heredero o de legatario) "con sus accesiones y frutos", y sabido es que el poseedor de buena fe, puede retener los frutos de la cosa, hasta la contestación de la demanda (artículo 907 del Código Civil). Sería una presunción de derecho.

2. Respecto de los terceros:

i. A los herederos del indigno **se transmite** la herencia o legado de que su autor se hizo indigno, pero con el mismo vicio de indignidad de su autor, por todo el tiempo que falte para completar los 5 años. El precepto requiere de ciertas explicaciones para su adecuado entendimiento.

Primero, se aplica sólo a los herederos y no al legatario. Se explica: es el heredero el que representa al indigno y no el legatario (art. 1097).

Segundo, el precepto hace excepción al artículo 717. La posesión que tenía el indigno pasa a sus herederos, con el mismo vicio de indignidad, con la misma mala fe del instituido por el de cujus. Tercero, lo que se puede ejercer contra los herederos del indigno es la acción de indignidad y no la acción referida a establecer la causa de la indignidad, si ésta requiere de un juicio separado. Esta acción sólo se puede seguir contra el indigno, si la causa es de índole penal como en los casos del artículo 968, Nos 1º y 2º. Luego, si la sentencia que piden esos numerales no se llegó a pronunciar en vida del indigno, no hay posibilidad de un juicio de indignidad.

Cuarto, que ciertos herederos del indigno no estén sujetos a lo que dispone el artículo 977; son los que, llegado el caso, representan al indigno (art. 984).⁴

ii. La acción de indignidad no pasa, es decir, **no se transfiere** contra terceros de buena fe. La buena fe del tercero consistirá en ignorar la existencia de la causal de indignidad. Se trata de un tercero que adquiere la cosa de manos del indigno. Nótese que el artículo 976 protege a todo tercero, sin importar que haya adquirido la cosa a título gratuito o a título oneroso. La norma, por ende, es más amplia que la del

artículo 2301, a propósito del pago de lo no debido, que sólo ampara al tercero que hubiese adquirido la cosa a título oneroso y de buena fe.

Los herederos, con todo, podrán demandar al indigno, en virtud del artículo 898, para obtener la restitución de lo que haya recibido por ella, pues estamos en un caso en el que se ha hecho imposible su persecución. Además, podrán reclamar la indemnización de todo perjuicio, considerando la presunción de mala fe.

III. Reglas comunes a la incapacidad y a la Indignidad.

1. Excepción de Indignidad e Incapacidad.

Artículo 978 c. c: Los deudores hereditarios o testamentarios no podrán oponer al demandante la excepción de incapacidad o indignidad.

Se presenta aquí el problema de determinar qué entiende el legislador por tales deudores. Se han propuesto dos interpretaciones:

- La primera, estima que lo son aquellos que fueron deudores del causante en vida de éste. Por ejemplo, A adeudaba a la causante cierta suma de dinero, quien al fallecer deja un heredero incapaz o indigno, C. Esta demanda a A, exigiéndole el pago de la deuda. Para esta primera interpretación, A no podría oponer a C la excepción de incapacidad o indignidad.

Sin embargo, se ha señalado que esta interpretación sería aceptable sólo para el caso de una indignidad, pero no para una incapacidad. En efecto, si bien el heredero indigno adquiere la asignación mientras no exista sentencia que declare la indignidad, el incapaz no adquiere la herencia o legado. Sería absurdo por ende que tal heredero incapaz, que no ha adquirido la herencia, pueda demandar al deudor hereditario sin que éste no pueda oponerle como excepción la incapacidad del actor.

- Una segunda interpretación, de Somarriva, postula que el deudor hereditario o testamentario es el propio heredero; vale decir, es una interpretación inversa a la primera. En este caso, sería el causante quien debería la suma de dinero a A. El causante, al fallecer, deja un heredero incapaz o indigno, C. Este sería el deudor hereditario o testamentario. Demandado por A, C no podría oponer como excepción su propia incapacidad o indignidad. Esta segunda interpretación parece más lógica.

2. Derecho de alimentos (979).

Artículo 979 C. C: La incapacidad o indignidad no priva al heredero o legatario excluido, de los alimentos que la ley le señale; pero en los casos del artículo 968 no

⁴ Agregado julio 2015, ramón dominguez aguila

tendrán ningún derecho a alimentos.

Esta disposición debe relacionarse con el artículo 324 del Código Civil en que hay dos aspectos:

i. En el caso de injuria atroz cesa la obligación de prestar alimentos y precisamente las causales están consagradas en el artículo 968 del Código Civil.

ii. El juez puede moderar el rigor de esta disposición cuando la conducta del alimentario hubiere sido atenuada por circunstancias graves del alimentante.

III. Derecho real de Herencia y la acción que lo protege.

A. Nociones Generales:

La voz "herencia" se suele usar en un sentido objetivo o subjetivo.

En un sentido objetivo la herencia está representada por la masa hereditaria, por el patrimonio del causante; con ella se alude al conjunto de bienes que forman la universalidad, y así se dirá que la "herencia" de fulano es cuantiosa.

Desde un punto de vista subjetivo, la herencia es un derecho subjetivo, un derecho real que consiste en *la facultad o aptitud de una persona para suceder en el patrimonio del causante o en una cuota de él.*⁵

La herencia es todo el patrimonio del difunto, involucra todas sus relaciones jurídicas, independiente de su contenido efectivo y por lo tanto la herencia es una universalidad jurídica que está compuesta de derechos y obligaciones, de un activo y de un pasivo. El derecho que tiene el heredero sobre esta universalidad es un derecho real (577) que originara una acción real que se llama acción de petición de herencia.

Atendida su naturaleza el derecho real de herencia es distinto al derecho real de dominio que se tiene respecto de las cosas singulares que se comprenden dentro de la universalidad y en consecuencia el heredero respecto del patrimonio del causante tendrá dos derechos reales:

- i. Sobre el patrimonio del causante que es el derecho real de herencia.
- ii. Sobre las cosas singulares que conforman una universalidad que es el derecho real de dominio.

Si son dos o más los herederos ellos serán cotitulares del derecho real de herencia y serán copropietarios de las cosas singulares hasta que se individualice el dominio de las cosas singulares en uno de los herederos a través de la partición. A raíz de esto último en doctrina el derecho real de herencia es concebido como una creación técnica cuya finalidad es proteger el conjunto de bienes del causante y por lo tanto tiene una duración limitada en el tiempo, esto es, hasta que se haya singularizado o partido la comunidad de bienes individualizando los bienes en cada uno de los herederos.

CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE HERENCIA.

⁵ Agregado enero 2020, Somarriva, derecho sucesorio, tomo I, pág 49

Se trata de un derecho real; constituye una universalidad jurídica; tiene una vida efímera.

- a) Es un derecho real. Es un derecho real distinto al dominio.
 - 1) Lo menciona expresamente el artículo 577 del Código Civil, entre los derechos de tal naturaleza.
 - 2) El mismo artículo define el derecho real como aquel que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona. El derecho de herencia queda

perfectamente comprendido en tal definición, dado que recae sobre el patrimonio del causante o una cuota de dicho patrimonio, sin respecto a otra persona determinada.

3) Del derecho de herencia -como acontece con todo derecho real-, nace una acción de la misma naturaleza, como es la de petición de herencia, en cuya virtud el heredero puede reclamar su derecho de herencia en contra de cualquiera que se encuentre en posesión de la misma.

b) La herencia constituye una universalidad jurídica.

La herencia constituye un continente distinto de su contenido. El objeto de este derecho es la universalidad del patrimonio en conjunto y no los bienes que lo forman en la práctica. La herencia constituye una intelectualidad, una abstracción jurídica. Recordemos que, en este punto, se ha planteado en la doctrina el problema de la comunicabilidad de la naturaleza de los bienes que integran la herencia. Para la mayoría, la herencia no puede ser considerada como un derecho inmueble, aunque en la masa hereditaria existan bienes raíces, ya que el derecho se tiene sobre la universalidad en sí misma y no sobre bienes determinados de ella. Así lo ha reconocido la Corte Suprema. Incluso hay quienes afirman, como Leopoldo Urrutia, que la herencia es un derecho mueble.

Igual cosa acontece con la disolución de la sociedad conyugal: disuelta esta, se forma una comunidad entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido. Dicha comunidad o indivisión también es una universalidad jurídica.

B. Adquisición de la herencia.

i. Sucesión por causa de muerte: La adquisición de la herencia se verifica por el soloministerio de la ley a través del modo de adquirir el dominio llamado sucesión por causa de muerte, **adquisición que en todo caso queda condicionado a la aceptación o repudiación de la herencia, y tanto la aceptación como la repudiación operarán retroactivamente al momento en que es deferida la herencia, es decir, al momento en que falleció el causante.** Ello marca una diferencia con el derecho romano, se requería de la aceptación del heredero. Además de la sucesión por causa de muerte se puede adquirir a través de otros modos:

ii. Por tradición: Una vez fallecido el causante, el heredero puede disponer, enajenar su derecho de herencia. Es imposible la enajenación antes de la muerte del causante, pues en nuestro Derecho, están proscritos los pactos sobre sucesión futura, adoleciendo de objeto ilícito y por ende de nulidad absoluta (arts. 1463, 1466, 1204 y 1682). Una vez que el heredero puede enajenar su derecho de herencia, se plantea el problema acerca de la forma como debe hacerse la tradición.

Forma de efectuar la tradición del derecho de herencia: doctrinas.

El CC., en los arts. 1909 y 1910, dentro del título "De la cesión de derechos", se refiere a la cesión del derecho de herencia. El Código emplea el término equívoco de "cesión", que, por el contenido de los artículos citados, debe entenderse equivalente a tradición. Se señalan en los dos artículos sólo algunos efectos de la cesión, pero no se indica la forma como ha de efectuarse la tradición.

El derecho de herencia puede cederse de dos formas: **especificando o no los bienes sobre los cuales recae el derecho.** Los arts. 1909 y 1910 sólo se aplican en la segunda hipótesis.

- En el primer caso, hay en realidad una verdadera compraventa o permuta, según corresponda, que se rigen por las reglas generales. Por tanto, al hacerse la partición, si resulta que al cesionario no se le adjudica el bien que adquirió específicamente, el cedente tendrá las responsabilidades propias de los contratos mencionados, cuando no se cumple con la obligación de entregar. Por lo demás, en un fallo de septiembre de 1988, la Corte Suprema concluye que antes de la partición de la herencia y la consiguiente adjudicación de bienes a los herederos, ninguno de éstos puede transferir su cuota en la comunidad universal refiriéndola a un bien determinado, porque sólo está legitimado para transferir lo que tiene, es decir, dicha cuota en la universalidad.

- En cambio, cuando lo que se cede es una cosa incorporal que se denomina "derecho de herencia", lo que se cede en buenas cuentas es el derecho del heredero a participar en la distribución de los bienes del difunto. Ello explica el art. 1909, en cuanto el cedente sólo responde de su calidad de heredero o legatario. Tal como lo reafirman diversos fallos, el objeto de la cesión del derecho de herencia es una universalidad o la cuota que al cedente corresponde en el conjunto de bienes que comprenden el haber hereditario; los bienes individualmente determinados, no son objeto de esa cesión

La cesión puede hacerse a **TITULO GRATUITO u ONEROSO.**

- En el primer caso, estamos ante una **DONACION** que queda por completo sometida a las reglas generales que rigen tal contrato, en conformidad a las cuales el cedente no tiene ninguna responsabilidad.

- La cesión del derecho de herencia propiamente tal, es la cesión a título **ONEROSO**, única regida por los arts. 1909 y 1910.

Cabe precisar que lo que en la cesión del derecho de herencia lo que se cede no es la calidad de heredero o legatario, puesto que tales calidades dependen de las relaciones de familia, si la herencia es intestada, o del testamento, si se trata de una herencia testamentaria; lo que se cede, son las consecuencias patrimoniales que resultan de la calidad de heredero. Para el profesor Rabat es discutible por la frase final del artículo 1909 "...no se hace responsable sino de su calidad de heredero...", vale decir que el cedente se hace responsable de su calidad de heredero y se da a entender que lo que se transfiere es la calidad de heredero.

A su vez, como en el caso de la cesión de créditos, la cesión del derecho real de herencia es la tradición o enajenación de este mismo derecho, **y no el contrato**, pues este es el antecedente en virtud del cual una de las partes se obliga a transferir este derecho a otra, obligación que se cumple verificando la cesión. **Por eso, la cesión del derecho real de herencia propiamente tal PUEDE DEFINIRSE como la cesión o transferencia a título oneroso que el heredero hace del todo o parte de su derecho de herencia a otra persona.**

La cesión del derecho real de herencia a título oneroso debe tener **UN TITULO** que le sirva de antecedente jurídico. Este título o contrato debe constar por **ESCRITURA PUBLICA, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1801.** En lo que respecta al título que la precede, el más frecuente será la compraventa, que debe hacerse por

escritura pública (art. 1801, 2º). A continuación, procede la tradición, sin que el Código establezca expresamente la forma como ha de efectuarse.

Antes de entrar al análisis de las doctrinas formuladas al efecto, debemos precisar que la situación que estudiaremos se refiere a la venta o cesión de los derechos hereditarios en la **UNIVERSALIDAD de la sucesión o en una CUOTA de ella, y no a la venta de los derechos hereditarios que al heredero vendedor o cedente corresponden en un bien DETERMINADO de la sucesión**, porque en este último **caso la inscripción es la única forma de hacer la tradición** (y siempre y cuando se practiquen previamente las inscripciones del art. 688, si se trata de un inmueble).

Tradición del derecho real de herencia; universalidad o cuota:

Hay 2 posturas:

1º Doctrina según la cual la tradición de la herencia no exige inscripción conservatoria, aun cuando aquella comprenda bienes raíces.

Leopoldo Urrutia fue el primero que sostuvo esta doctrina. Se plantea que siendo la herencia una universalidad jurídica que no comprende bienes determinados sino un conjunto de bienes indeterminados o una cuota de ese conjunto, no puede calificarse de bien mueble o inmueble. No se le aplicaría al derecho de herencia lo dispuesto en el artículo 580 del Código Civil, en cuanto señala que los derechos también pueden calificarse como muebles o inmuebles, según la naturaleza de las cosas sobre las cuáles se ejercen.

Por tanto, aunque la herencia comprenda bienes inmuebles, no es necesaria la inscripción a que se refiere el art. 686 para la tradición de ella, pues esta disposición alude a la manera de efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces y los derechos reales constituidos sobre ellos y que indica el artículo, y ya se ha dicho que, aunque la herencia comprenda estos bienes no adquiere carácter inmueble, sino que mantiene su calidad de bien abstracto o sui generis. Aún más, agregan los que siguen a Urrutia, el art. 686 es inaplicable porque se refiere a la tradición del dominio y otros derechos reales que menciona, entre los cuales no se cuenta la herencia, y ésta, aunque en doctrina pueda mirarse como una forma de dominio, en nuestro derecho positivo no puede seguirse tal criterio, porque se considera la herencia en forma autónoma o independiente del derecho de dominio (arts. 577 y 1268). Es un derecho real distinto del dominio.

Ahora bien, como no hay reglas particulares para la tradición del derecho de herencia, corresponde aplicar las generales del Título de la Tradición. En conformidad a éstas, la tradición del derecho de herencia puede verificarse por cualquier medio que revele la intención del tradente de transferir su derecho de herencia y la del adquirente de adquirirlo. Se aplican las reglas generales de los arts. 670, 1º y 2º y 684, y en especial, la expresión "significando", utilizada en el último. En consecuencia, siendo la inscripción una manera excepcional de efectuar la tradición, establecida tan sólo para los inmuebles, y la regla general las formas del art. 684, la tradición del derecho de herencia no requiere de inscripción, y basta para efectuarla, cualquier manifestación de voluntades en la que conste la intención de transferir el dominio: por ejemplo, expresándolo en una escritura pública de cesión, o permitiendo al cesionario o comprador entrar en posesión de los derechos cedidos por el vendedor, y en cumplimiento de las estipulaciones del contrato, ejercitar dicho cesionario, por sí y como dueño de estos derechos, las gestiones pertinentes en un juicio en que se discute la nulidad del testamento del causante.

La jurisprudencia acepta esta tesis.

2º Doctrina según la cual la tradición de la herencia exige la inscripción conservatoria, cuando aquella comprende bienes raíces.

José Ramón Gutiérrez fue quien postuló esta doctrina, que sostiene que el derecho real de herencia es mueble o inmueble, según lo sean las cosas singulares en que ha de ejercerse (para esta doctrina, por ende, tiene plena aplicación el artículo 580 del Código Civil); la herencia, por tanto, es una cosa cuyo carácter depende de los bienes que la componen. En consecuencia:

+ Si sólo se compone de bienes muebles, la herencia será cosa mueble y su tradición deberá efectuarse por una de las formas previstas en el art. 684, tanto en la hipótesis general del inciso primero, como en las contenidas en sus numerales, cuando corresponda.

+ Si la herencia se compone únicamente de bienes inmuebles, será cosa inmueble, y la tradición deberá efectuarse conforme al art. 686.

+ Si la herencia comprende bienes muebles e inmuebles, tiene carácter mixto, y su tradición también deberá efectuarse conforme al art. 686.

El art. 688 y la cesión del derecho de herencia.

La citada disposición no se aplica. Si el heredero cede sus derechos en la herencia, no es necesario que previamente cumpla con las inscripciones del art. 688, porque este precepto impide la disposición de un inmueble sin las inscripciones previas, pero no la de una herencia o de una cuota de ella, herencia o cuota en la misma que es una universalidad jurídica que no tiene carácter de inmueble, aunque comprenda esta clase de bienes, según la doctrina mayoritaria.

Además, el art. 688 establece formalidades para disponer **DEL DOMINIO** sobre las cosas inmuebles que integran el patrimonio transmitido y no para disponer **DEL DERECHO DE HERENCIA**, derecho diferente del dominio. Además, las normas excepcionales del art. 688 no pueden extenderse a la enajenación del derecho real de herencia, a pretexto de que "en el hecho" la enajenación de ésta envuelva la de los bienes comprendidos en la masa hereditaria; y esto, porque las reglas de excepción no admiten interpretación extensiva.

Así las cosas, se pueden subrayar las siguientes diferencias entre la cesión del derecho real de herencia, por una parte, y la enajenación de un inmueble hereditario, por otra:

• En cuanto al momento en que puede realizarse una y otra:

i) La cesión del derecho real de herencia puede realizarse una vez abierta la sucesión, es decir, inmediatamente después de muerto el causante.

ii) La enajenación de un inmueble hereditario sólo puede realizarse una vez practicadas las inscripciones exigidas por el artículo 688, es decir: la inscripción de la resolución que otorgó la posesión efectiva; la inscripción del testamento (de haberlo); y la especial de herencia.

• En cuanto a la forma en que puede hacerse una y otra:

i) Un heredero puede enajenar su derecho real de herencia actuando con independencia de los restantes herederos. No requiere de la autorización de los restantes herederos.

ii) Si los herederos pretenden disponer de un inmueble hereditario, han de hacerlo

actuando "de consuno", o sea, todos conjuntamente.

- En cuanto a la eventual lesión enorme que podría presentarse:

i) No puede alegarse lesión enorme en la cesión del derecho real de herencia, pues la ley no la estableció dentro de los casos en que opera. Para la mayoría, aunque la herencia comprenda inmuebles, lo que se enajena no es un bien de tal naturaleza, sino un derecho que recae sobre una universalidad llamada herencia.

ii) Sí puede alegarse lesión enorme, si el título que precede a la enajenación de un inmueble hereditario fuere una compraventa o permuta.

iii. Por Prescripción, Ocurrirá ello cuando la herencia está siendo poseída por un falso heredero. En cuanto al plazo, tal como lo dijimos, debemos distinguir si al heredero putativo se le otorgó o no la posesión efectiva de la herencia:

a) La regla general es la del art. 2512: se adquiere el derecho por la prescripción extraordinaria de 10 años. Los 10 años se cuentan desde que el heredero ilegítimo o falso entró en posesión material de la herencia.

b) Excepcionalmente, si se obtuvo la posesión efectiva, el plazo se reduce a 5 años: art. 1269 en relación con el art. 704. Un fallo declaró que el plazo de 5 años se cuenta desde la inscripción y no desde la dictación del auto de posesión efectiva. Otro fallo posterior señala sin embargo que dicho plazo se cuenta desde la dictación del decreto. Aunque la ley nada dice, se ha concluido por la doctrina -Somarriva-, que la prescripción de 5 años que opera en favor del falso heredero es ordinaria.

Ello, atendiendo a dos razones:

1º El art. 2512 expresamente dice que la de 10 años es extraordinaria; por ende, la de 5 debiera ser ordinaria.

2º El art. 704 señala que el decreto judicial o resolución administrativa de posesión efectiva servirá de justo título al heredero putativo; y el justo título es uno de los requisitos de la posesión regular, que conduce a la prescripción ordinaria.

Determinar que estamos ante una prescripción ordinaria tiene importancia, en relación a la suspensión, institución que sólo opera en el ámbito de la prescripción ordinaria. En consecuencia, la prescripción de 5 años del derecho real de herencia se suspende en favor de los herederos incapaces.

En todo caso, debe advertirse que **el solo hecho de haber obtenido el heredero putativo la posesión efectiva no le asegura adquirir la herencia ajena por prescripción de cinco años, pues además debe tratarse de un poseedor de buena fe.** Por lo tanto, si el verdadero heredero, al deducir su acción de petición de herencia en contra del primero, aunque lo haga habiendo transcurrido los referidos cinco años, podría probar mala fe del demandado y con ello éste sólo podría adquirirla herencia ajena después de diez años de posesión, pues se trataría de un poseedor irregular, que requiere de prescripción extraordinaria.

Con todo, es cierto que tras la dictación de la Ley número 19.903, publicada en el Diario Oficial el 10 de octubre de 2003 y vigente a partir del 10 de abril de 2004, las posibilidades de que un falso heredero obtenga sólo para él la posesión efectiva de una herencia total o parcialmente ajena, están muy restringidas, teniendo en cuenta la intervención del Servicio de Registro Civil e Identificación, de cuya base de datos fluirá quién o quiénes son los verdaderos herederos

C. Posesión de la herencia.

Existen tres clases de posesión de la herencia:

1. Legal:

De los artículos 688 inciso 1 y 722 inciso 1 se sigue que la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que ella es deferida por el solo ministerio de la ley, aunque el heredero lo ignore. Se trata de una forma especial de posesión por cuanto puede poseer sin que se tenga el corpus y como además puede ignorar que se le ha deferido esta posesión puede carecer también de animus. Se comprende entonces que el legislador la otorgue de pleno derecho al heredero, pues de no haberlo establecido, existiría una laguna de posesiones, entre la del causante y la de aquél que la adquiriera realmente.

Esta posesión legal es diversa de aquella que tenía el causante motivo por el cual el artículo 717 dispone que sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor, principia en él. De esta posesión legal se derivan al menos 2 consecuencias:

i. El heredero toma posesión inmediata de todos los bienes sucesorios, no obstante, lo cual no podrá disponer de ellos entre tanto no se hayan practicado las inscripciones del artículo 688 c. c.

ii. Esta posesión habilita al heredero para ejercer las acciones posesorias.

2. Posesión efectiva:

I. Posesión efectiva es el decreto o resolución que concede la posesión efectiva, esto es una providencia judicial o resolución administrativa que reconoce al heredero su calidad de tal, invocada por quien pretende ser heredero de una persona difunta. Difiere de la posesión legal, fundamentalmente, en que no se adquiere como ésta, de pleno derecho, sino que requiere sentencia judicial o resolución de la Dirección Regional respectiva del Servicio de Registro Civil e Identificación. Esto último proviene de la dictación de la Ley No 19.903, de 10 de octubre de 2003, "sobre procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia y adecuaciones de la normativa procesal, civil y tributaria sobre la materia", que modificó profundamente la institución, estableciendo, como veremos, una distinción entre las sucesiones testamentarias y las abiertas en el extranjero, y las intestadas abiertas en Chile.

La razón de este cambio es que las personas de menores recursos, y especialmente en los campos, suelen no hacer las posesiones efectivas por la necesidad de consultar a un abogado con los costos respectivos, complicándose así la mantención de la historia de propiedad raíz. Muchas veces esta laguna se sanea recurriendo al D.L. No 2.695

Cabe consignar que el decreto o resolución de posesión efectiva no confiere de un modo incontrovertible y definitivo la calidad de heredero. Ello, porque:

1º De conformidad a lo dispuesto en el art. 877 del CPC, por el cual queda en claro que la ley sólo exige un testamento en apariencia válido. Y si dicho testamento fuere en realidad válido sólo en apariencia, indudablemente que el decreto de posesión

efectiva no otorgará la calidad de heredero indiscutible.

2º El falso heredero que logró obtener en su favor el decreto de posesión efectiva de la herencia, adquiere el dominio de la misma por prescripción de 5 años. Ello prueba que no le basta con el solo decreto judicial o resolución administrativa, para ostentar tal calidad

El artículo 688 inciso 1 dispone que la posesión legal de la herencia no habilita al heredero para disponer de manera alguna los bienes inmuebles para lo cual será necesario a lo menos proceder a la inscripción de posesión efectiva. Esta inscripción en este caso no es tradición, sino que persigue un fin de publicidad y de historia de la propiedad raíz.

Si la sucesión es testada la posesión efectiva se concederá judicialmente por el tribunal que corresponda al último domicilio del causante. Si la sucesión es intestada y abierta en Chile la posesión efectiva se concede administrativamente por el Registro Civil.

- Importancia de la posesión efectiva:

1º Determina quiénes son, al menos aparentemente, los herederos del causante. Si la sucesión fuere testada, lo serán aquellos que figuren en el respectivo decreto judicial, inscrito en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente. Si la sucesión fuere intestada, los serán aquellos que aparezcan en la pertinente resolución del director regional del Servicio de Registro Civil e Identificación, inscrita en el Registro Nacional de Posesiones efectivas. En ambos casos, tratándose de registros públicos, permiten saber a los interesados quienes ostentan la calidad de herederos.

2º Sirve para conservar la historia de la propiedad raíz. Recordemos que el auto de posesión efectiva debe inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador correspondiente al último domicilio del causante. Art. 688.

3º Respecto a la validez del pago: art. 1576, en cuanto es válido el pago hecho de buena fe, a quien se encontraba en posesión del crédito. Así las cosas, si un deudor del causante paga la obligación, mediando buena fe, al heredero a quien se concedió la posesión efectiva, el pago será válido, aunque después resulte que no era tal heredero.

4º Origina una prescripción de plazo más breve para adquirir el dominio del derecho real de herencia. Se reduce el plazo de 10 a 5 años (arts. 2512, 704 y 1269 del CC).

5º En materia tributaria, puesto que al Fisco le interesa que se determine quienes son los herederos y por ende los obligados al pago del impuesto a las herencias.

6º El Art. 688 inc. 1 está referido solo a los bienes raíces. **En el caso de los bienes muebles, para poder disponer de ellos, bastará que se inscriba la resolución judicial que concede la posesión efectiva de la herencia.** Esta inscripción se efectuará en el registro de propiedad del conservador de la comuna en la cual se ha tramitado la posesión efectiva. Art. 23 de la Ley de Impuestos a la Herencia y Donaciones.⁶

Art. 23. Para los efectos de esta ley, el heredero no podrá disponer de los bienes de la herencia sin que previamente se haya inscrito el decreto que da la posesión efectiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 688 del Código Civil.

7º La posesión efectiva de una herencia deberá solicitarse para todos los herederos, indicándolos por sus nombres, apellidos, domicilio y calidades con que se hereda. En la solicitud se expresará, además, el nombre, apellido, profesión u oficio, estado civil, lugar y fecha de la muerte y último domicilio del causante; si la herencia es o no testamentaria, acompañándose, en el primer caso, copia del testamento. (Art. 24 de la Ley de Impuestos a la Herencia y Donaciones.

8º Además de otros requisitos que exijan las leyes, el decreto que concede la posesión efectiva de una herencia, contendrá el nombre, apellido, profesión u oficio, lugar y fecha de la muerte y último domicilio del causante; el carácter de la herencia, indicando el testamento, cuando lo hubiere, su fecha y notaría en que fue extendido o protocolizado; la calidad de los herederos, designándolos por sus nombres, apellidos, profesiones u oficios y domicilios.

El decreto terminará, según el caso, ordenando la facción de inventario solemne de los bienes cuya posesión efectiva se solicita; o la protocolización del inventario simple de los mismos, sellado previamente por el Secretario, en cada hoja; y la conminación de tener por caducado el decreto si en el primer caso no se practica, en el término de dos meses, el inventario solemne. Art. 26 de la Ley de Impuestos a la Herencia y Donaciones.

9º Dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, los secretarios judiciales deberán enviar a la Dirección (SII), una nómina de las posesiones efectivas concedidas en el mes anterior, con indicación del nombre de los causantes, el de los herederos respectivos y la fecha de la resolución. Art. 27 de la Ley de Impuestos a la Herencia y Donaciones.

II. Posesiones efectivas otorgadas por la justicia.⁷

Tramitación de la posesión efectiva judicial.

1. Solicitud de posesión efectiva. Esta solicitud se presenta, según el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, ante el juez del **último domicilio del causante.**

⁶ agregado enero 2019

⁷ Agregado enero 2020, somarriva, sucesorio, tomo I, pág. 58 y sgtes.

y si la sucesión **se abre en el extranjero**, en conformidad al artículo 27 de la Ley de Impuesto de Herencias, ante el **juez del lugar en que el causante tuvo su último domicilio en Chile**, y si no lo tuvo, en el del domicilio del que pide la posesión efectiva.

Si se pide la posesión efectiva de una herencia testamentaria, a la solicitud correspondiente debe acompañarse el testamento, aparentemente válido, que confiere la calidad de heredero al que solicita la posesión efectiva (artículo 877 del

Código de Procedimiento Civil).

Finalmente, en toda solicitud de posesión efectiva se indicará a todos los herederos para quienes se pide, individualizándolos, y se expresarán además el nombre, apellido, profesión u oficio, estado civil, lugar y fecha de la muerte y último domicilio del causante (artículo 879).

2o Quienes la solicitan. No es necesario que la posesión efectiva la pidan todos y cada uno de los herederos; el inciso primero del artículo 881 del Código de Procedimiento Civil dispone que “la posesión efectiva se entenderá dada a toda la sucesión, aun cuando uno solo de los herederos la pida. Para este efecto, una vez presentada la solicitud, el tribunal solicitará informe al Servicio de Registro Civil e Identificación respecto de las personas que posean presuntamente la calidad de herederos conforme a los registros del Servicio, y de los testamentos que aparezcan otorgados por el causante en el Registro Nacional de Testamentos. El hecho de haber cumplido con este trámite deberá constar expresamente en la resolución que conceda la posesión efectiva”.

3o Inventario y valorización de los bienes.

“Los herederos que no estén obligados a practicar inventario solemne o no lo exijan al tiempo de pedir la posesión efectiva, deberán presentar inventario simple en los términos de los arts. 382 y 384 del Código Civil. Dicho inventario, que se acompañará a la solicitud de posesión efectiva, llevará la firma de todos los que la hayan pedido. En todo caso, los inventarios deberán incluir una valoración de los bienes, de acuerdo a lo previsto en el art. 46 de la Ley No 16.271”.

El inventario podrá no ser solemne si todos los herederos, siendo capaces para administrar sus bienes, lo determinan unánimemente (art. 1284 del C.C.).

En conformidad al artículo 881 del C.P.C., el auto de posesión efectiva, esto es, la resolución que recae sobre la solicitud de posesión efectiva, ordenará, según los casos, la facción de inventario solemne de los bienes cuya posesión efectiva se solicita, o la protocolización del inventario simple de los mismos, sellados previamente en cada hoja por el secretario.

4o El auto de posesión efectiva y trámites posteriores a su concesión.

Publicación del auto. Frente a la solicitud de posesión efectiva, el juez examinará los antecedentes acompañados y concederá o denegará la petición en una resolución que se denomina habitualmente auto de posesión efectiva, **pero que es una sentencia definitiva**. El inciso segundo del artículo 881 del Código de Procedimiento Civil dispone que el auto de posesión efectiva “contendrá el nombre, apellido, profesión u oficio, lugar y fecha de la muerte y último domicilio del causante, la calidad de la herencia, indicando el testamento cuando lo haya, su fecha y la notaría en que fue extendido o protocolizado, la calidad de los herederos, designándolos por sus nombres, apellidos, profesiones u oficios y domicilios”.

Dictado el auto de posesión efectiva, es necesario cumplir con los trámites

posteriores; será necesario protocolizar el inventario simple, y proceder a la confección del solemne, según se haya ordenado en la respectiva resolución; se efectuarán las publicaciones que indica la ley, para finalmente practicarse la inscripción del auto de posesión efectiva.

Dice el artículo 882: "La resolución que concede la posesión efectiva de la herencia se publicará en extracto por tres veces en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región cuando allí no lo haya. En dicho aviso podrá también anunciarse la facción de inventario solemne.

5o Inscripción de la posesión efectiva. Dictado del auto de posesión efectiva, publicados los avisos correspondientes y protocolizado el inventario simple o el solemne, una vez practicado éste, el peticionario solicita al tribunal que ordene la inscripción de la resolución que concedió la posesión efectiva en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

La inscripción se efectúa en el Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces del territorio jurisdiccional en que haya sido pronunciada la resolución de posesión efectiva, con indicación de la notaría en que se protocolizó el inventario y la enumeración de los bienes raíces que en él se comprenden. Si en la masa hereditaria existen inmuebles, el auto de posesión efectiva deberá también inscribirse en el territorio jurisdiccional en que estos estén ubicados (artículo 883).

6o Oposición a la posesión efectiva. La gestión de posesión efectiva es de carácter no contencioso, pues está tratada en el Libro IV del Código de Procedimiento Civil, que se refiere precisamente a los actos de jurisdicción voluntaria. Le es aplicable, en consecuencia, el artículo 823, en virtud del cual un legítimo contradictor puede oponerse a que se conceda la posesión efectiva a quien la está solicitando, en cuyo caso el asunto pasa a ser contencioso y se sujeta a los trámites del juicio correspondiente, que generalmente será el ordinario.

Si la oposición se hace por quien no tiene derecho, el tribunal, desestimándola de plano, dictará resolución sobre el negocio principal. O sea, el asunto sólo se hace contencioso si la oposición la deduce un legítimo contradictor; en caso contrario se rechaza de plano.

7o Revocación de la posesión efectiva. En materia no contenciosa las sentencias sonrevocables o modificables, a petición del interesado, y siempre que hayan variado las circunstancias que las motivaron. Así lo establece el artículo 821 del Código de Procedimiento Civil, que hace un distinguo según si la resolución ha sido afirmativa o negativa para la solicitud presentada; las que niegan lugar a lo pedido son siempre revocables o modificables, pero las que lo conceden, sólo si está aún pendiente su ejecución. Aplicando esta disposición a la posesión efectiva, tenemos que, si ésta fue denegada, el auto puede ser modificado o revocado en cualquier momento, variando las circunstancias. Pero la que ha concedido la posesión efectiva sólo puede modificarse o revocarse si está

pendiente su ejecución.

Ahora bien, ¿cuándo se entiende que está pendiente la ejecución del auto de posesión efectiva? Al respecto, nuestra jurisprudencia ha hecho un distingo según si se ha inscrito o no el auto de posesión efectiva al momento de pedirse su revocación. Si el auto de posesión efectiva aún no ha sido inscrito en el Registro Conservador, se puede pedir su modificación o revocación. En cambio, si el auto de posesión efectiva se ha inscrito, para dejarlo sin efecto, será ya necesario seguir un juicio aparte, pues no se halla pendiente la ejecución. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido uniforme.

La solicitud de revocación o ampliación de posesión efectiva debe presentarse por legítimo contradictor, y se hace contenciosa según dijimos; o sea, produce el mismo efecto de la oposición a su otorgamiento

Finalmente, un caso de interés que puede presentarse, y que ha sido llevado en varias ocasiones a los tribunales, es aquel en que existan dos posesiones efectivas respecto de una misma herencia. La Corte Suprema declaró que, si concedida la posesión efectiva a un heredero, después se otorga a otro y se alegan derechos exclusivos en la herencia, procede entablar la acción que corresponda conforme a las reglas generales (acción petición herencia, reforma testamento, etc.). Otro fallo declara que entre dos posesiones efectivas que están en oposición, prima la dada primero por juez competente, sin perjuicio de los derechos de los otros herederos. Una sentencia reciente declaró que no hay cosa juzgada entre una ampliación de la posesión efectiva y un juicio de impugnación de la paternidad.

III. Posesiones efectivas ante el Registro Civil

Regulado por la ley 19.903 "Sobre procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia" y su reglamento.

Para que este servicio conozca de esta tramitación deben reunirse copulativamente dos requisitos en una sucesión: **que ella sea intestada, y que se haya abierto en Chile.** A contrario sensu, las posesiones efectivas abiertas en el extranjero, esto es, aquéllas en que el causante fallece **teniendo su último domicilio en el extranjero** y en que **la posesión efectiva ha de pedirse en Chile por lo dispuesto en el art. 149 del C.O.T.** y en la Ley sobre Impuesto de Herencia, se deben otorgar por la justicia ordinaria.

La ley no se ha colocado en la situación de una sucesión parte testada y parte intestada, pero creemos que lógicamente ella se asimila a las testamentarias.

Tramitación ante el Registro Civil.

1o Solicitud: Ella comienza por una solicitud en un formulario confeccionado para talefeco por el Servicio en el que deberán individualizarse todos los herederos. Ella podrá presentarse por cualquier persona que invoque la calidad de heredero ante cualquier oficina del servicio y la posesión efectiva será otorgada "por resolución fundada del Director Regional del Servicio de Registro Civil e Identificación, correspondiente a la oficina en que se hubiese iniciado el trámite (art. 2o, inc. 1o).

Si se presentare más de una solicitud todas se acumularán a la más antigua y se devolverán los aranceles a quienes hubieren presentado las posteriores”.

2o Inventario y valorización: El inventario y la valorización de los bienes se efectuará en los términos señalados en el art. 4º (señalar bienes muebles e inmuebles, particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consistan en número, peso o medida, cantidad, etc..) y la valorización se hará además de acuerdo a las disposiciones de la Ley No 16.271.

Respecto a los bienes raíces, su individualización sólo contendrá la remisión expresa a la fs. No, año y registro conservatorio de cada propiedad, y será suficiente para practicar las inscripciones que sean necesarias.

Si se trata de otros bienes sujetos a registro, deberán señalarse los datos necesarios para su ubicación e individualización (art. 4o, inc. 2o).

Finalmente, de acuerdo al inciso final del art. 4o, este inventario se considerará solemne para todos los efectos legales, pero para entender que el solicitante acepta la herencia con beneficio de inventario deberá así declararlo en el formulario de solicitud, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1252 y 1256 del C.C. (véanse N^{OS} 603 y siguientes).

3o Resolución que otorga la posesión efectiva: El servicio debe velar porque el formulario cumpla los requisitos legales, y podrá ser devuelto en el acto si no cumple con las exigencias establecidas

La posesión efectiva será otorgada por resolución fundada del Director Regional respectivo. Con todo, el Director Regional podrá pedir que se complementen los antecedentes, caso en el cual se suspenderá la tramitación.

Si la solicitud fuere rechazada, cualquiera otra que se presente en relación con la herencia será conocida por el mismo Director, al cual le será remitida por la oficina del Servicio que la reciba.

La resolución que conceda la posesión efectiva contendrá las mismas menciones requeridas para la solicitud. Asimismo, contendrá el inventario y valorización de los bienes presentados de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior y dispondrá la publicación

La posesión efectiva será otorgada a todos los que posean la calidad de herederos, de conformidad a los registros del Servicio de Registro Civil e Identificación, aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud y sin perjuicio de su derecho a repudiar la herencia de acuerdo a las reglas generales.

Por su parte el art. 17 del Reglamento señala las causales de rechazo de la posesión efectiva, señalando que, entre otras, serán la de no haberse acreditado la calidad de heredero o de aquellos en que su filiación debe acreditarse judicialmente, etc. El rechazo, según el art. 18, debe notificarse al interesado y de acuerdo al art. 19 de

este rechazo podrá pedirse reposición, ante la misma autoridad que la dictó, dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación, debiendo ella resolverse dentro de 10 días.

4o Publicaciones: De acuerdo al art. 7o de la ley y 21 del Reglamento, la resolución que concede la posesión efectiva será publicada en extracto por el Servicio en un diario regional correspondiente a la región en que se inició el trámite de la posesión efectiva, el día 1o o 15 de cada mes, o el día hábil siguiente, si éstos recaerán en día sábado o feriado.

5o Inscripciones: De acuerdo con el art. 8o de la ley, e inc. 1o del art. 22 del Reglamento, efectuada la publicación referida, el Director Regional competente ordenará inmediatamente la inscripción de la resolución en el Registro Nacional de Posesiones Efectiva.

6o Aranceles: El trámite de la posesión efectiva no es gratuito y está sujeto a un arancel, cuyo pago es un ingreso para el servicio.

7o Oposiciones y rectificaciones: El legislador ha pretendido perfeccionar el otorgamiento de las posesiones efectivas, procurando que ellas abarquen a todos quienes tienen derechos como herederos. El Servicio podrá corregir, de oficio o a petición de parte, los errores de forma que presenten las solicitudes, en relación con todos los datos de la individualización del causante y sus herederos. Asimismo, corregirá los errores manifiestos que presenten las resoluciones y sus inscripciones, de oficio o mediante solicitud; en tal evento, deberá procederse a una nueva publicación, si el error manifiesto consiste en omitir la mención de un heredero

Sin embargo, no está reglamentada la oposición por legítimo contradictor, porque se trata de una tramitación administrativa, y no de una gestión no contenciosa.

A pesar de ello, no cabe duda que de acuerdo con las mismas normas del Derecho Administrativo y las facultades que la ley otorga al servicio, cualquier interesado puede hacerse presente antes de la inscripción de la posesión efectiva, invocando, por ejemplo, que la herencia es testada, o que se le ha omitido u otorgado a herederos que no corresponden, etc.

8o Revocación de la posesión efectiva. Lo que no es posible es hacerlo una vez inscrita la resolución que se pronuncie sobre la solicitud. En consecuencia, lo que en las posesiones efectivas judiciales se llama revocación, aquí sólo puede hacerse judicialmente, mediante las acciones respectivas, principalmente de nulidad y de petición de herencia.

IV. Requisitos para que los asignatarios puedan disponer de los bienes asignados.

1o Los asignatarios no pueden disponer de los bienes hereditarios sin pagar o asegurar el pago del impuesto de herencia. Así se desprende de lo dispuesto

en el artículo 54 de la Ley No 16.271 que prohíbe a los notarios autorizar escrituras públicas de adjudicaciones de bienes hereditarios o de enajenaciones o disposiciones en común que hagan los asignatarios y a los Conservadores inscribirlas sin que en dichas escrituras se inserte el comprobante de pago del impuesto de herencia, comprobante de haberse garantizado(con alguna caución) su pago, o autorización para enajenar determinados bienes otorgada por el Servicio de Impuestos Internos; éste sólo las concederá cuando a su exclusivo juicio no hubiere menoscabo fiscal. Esto último lo dispone el artículo 56 de la ley. Tampoco puede, sin dicho requisito, pactarse indivisión hereditaria (artículo 57). Esta limitación no se aplica a las adjudicaciones hechas en juicios particionales constituidos legalmente, siempre que el partidor sea abogado nombrado por la justicia ordinaria o ésta haya aprobado su nombramiento, aun cuando sea para el solo efecto del pago del impuesto de herencia; ni a las escrituras de partición ni a las cesiones de derechos. Todos estos actos pueden, pues, efectuarse no obstante no estar pagado o garantizado el impuesto de herencia.

2o Los herederos no pueden disponer de los inmuebles hereditarios sin efectuar previamente las inscripciones que ordena el artículo 688.

En conformidad al artículo 25 de la Ley No 16.271, los herederos no pueden disponer de los bienes comprendidos en la herencia, sin que previamente se haya inscrito el auto de posesión efectiva. De modo que para disponer de los bienes muebles de la herencia basta la inscripción de la posesión efectiva. Pero para poder disponer de los inmuebles hereditarios, el artículo 688, además de la inscripción de la posesión efectiva, exige otras inscripciones (materia vista en Bienes).

3. Posesión Material:

Por último, existe esta posesión material o común, que requiere la concurrencia y establecimiento del elemento corporal y del subjetivo (art 700). Esta podrá tenerla el heredero o un tercero y es la que habilita a ganar la herencia por prescripción. Podrá ejercerse tanto respecto de la herencia como universalidad y también de las cosas singulares que integra la herencia. Podría ocurrir entonces que mientras el verdadero heredero tiene la posesión legal -que nunca puede ostentar el falso heredero-, la posesión real o material está en manos del heredero putativo, pudiendo éste llegar a adquirir el dominio del derecho real de herencia en virtud de la prescripción. Entonces la importancia de esta posesión estriba en que habilita para adquirir la herencia por prescripción adquisitiva.⁸

3o Los Herederos No Requieren Del Consentimiento De Los Demás Para Disponer De Su Cuota Hereditaria Referida A Un Inmueble⁹.

Mediante la sentencia pronunciada el 14 de marzo de 2018 en el recurso de casación en el fondo causa rol 33770-2017, la Excelentísima Corte Suprema resolvió que la exigencia de disponer "de consuno" de los inmuebles hereditarios, impuesta por el artículo 688, N° 2 del Código Civil, solo se refiere a los casos en los cuales los herederos pretenden **disponer de todo el inmueble**, pero no para los casos en que un heredero **dispone de una cuota en la comunidad hereditaria, sea o no referida aun inmueble en particular.**

Reconocida que sea, entonces, la posibilidad de los herederos de disponer de sus respectivas cuotas en la universalidad jurídica que es la herencia, pero referidas a un bien determinado que integra dicha universalidad, surge el problema de determinar si para disponer de su respectiva cuota, **el heredero debe o no contar con el consentimiento** de los demás herederos que forman parte de la comunidad hereditaria.

El número 2º del artículo 688 del Código Civil tiene, en realidad, dos reglas. La primera de ellas exige que, para disponer de un **inmueble hereditario es necesario practicarla inscripción especial de herencia**. La segunda regla es simplemente una reiteración de la aplicación de los principios que rigen a toda comunidad: **que el común acuerdo es exigible solamente cuando se pretende disponer de todo el inmueble** ("lo que es explicable en toda comunidad", según refiere el fallo), **pero no para los casos en que se dispone de una cuota en la comunidad hereditaria, sea o no referida a un inmueble en particular**.

Ahora bien, el fallo analizado deja abiertas una serie de interrogantes, entre ellas, qué debe entenderse en las hipótesis de tradición de una cuota del derecho real de herencia referida a un inmueble. Es decir, si debe entenderse que **se está transfiriendo una cuota del derecho real de herencia o bien una cuota del dominio del bien, última solución que, a nuestro juicio, produciría una "arritmia" en el sistema sucesoral chileno**. Optando por la primera alternativa, y como consecuencia de ella, resulta dudoso que rija para este caso lo dispuesto en el artículo 688 del Código Civil, considerando que no hay disposición de un inmueble. Ello, como es evidente, salvo que se reconozca abiertamente que el carácter inmueble se le comunica al derecho real de herencia por el solo hecho de comprender bienes de esa naturaleza.

⁸ Agregado enero 2020, Somarriva, derecho sucesorio, tomo I, pág 54

⁹ Agregado agosto 2021, Miguel Dibarrart, <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/28135>

Orrego opina lo siguiente ¹⁰:

Doctrina que postula que si uno o más de los herederos pretendiere enajenar la cuota que tiene en un inmueble hereditario, necesariamente ha de actuar de consuno con los restantes herederos (primera variante); o que, si los herederos pretenden enajenar un inmueble hereditario, todos han de disponer de sus cuotas en el predio (segunda variante).

Efectivamente, en lo que hemos denominado primera variante de esta doctrina, algunos consideran necesario que comparezcan al acto jurídico la totalidad de los herederos, aunque sólo uno o algunos de ellos enajenen sus cuotas en el inmueble, consintiendo en ello los restantes. Sólo de esta forma, se habrá cumplido cabalmente con el artículo 688 número 2. Dicho, en otros términos: el Código no habría pretendido que necesariamente todos los herederos dispongan de todas sus cuotas. No sería ese el alcance de la voz "de consuno", sino que, **si uno o algunos de ellos disponen, lo hagan actuando con el acuerdo de los restantes, que conservan**

sus cuotas en el inmueble.

Así las cosas, la comunidad hereditaria, en cuanto recae ésta en inmuebles, sería para esta primera variante de la segunda doctrina una comunidad que reúne dos características que la diferencian de otras comunidades:

1. Es de acceso más restringido, pues si pretende ingresar a ella un tercero, será necesario que consientan en ello los restantes comuneros; y
2. Es más rígida, en lo que se refiere al porcentaje de las cuotas de que son titulares los comuneros, pues si uno de los herederos quiere aumentar su parte alícuota y otro de los herederos está dispuesto a ceder la suya en todo o en parte, es también imprescindible que los restantes herederos consientan en ello.

Para la segunda variante de esta doctrina, cuando el Código **señala que podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios, por antítesis excluye la posibilidad de que sólo uno o algunos de ellos puedan disponer de sus cuotas en el inmueble: o todos enajenan o ninguno lo hace.**

Ello, porque antes de efectuarse la partición, en realidad los herederos, individualmente considerados, no pueden entenderse dueños de cuotas sobre las cosas concretas que integran la herencia, lo que guarda armonía con el efecto declarativo que se le atribuye en nuestro Código a la partición y a las adjudicaciones respectivas (artículo 1344). Esta tesis, fue recogida en una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 7 de septiembre de 1988, en la que se concluye que antes de la partición de la herencia y la consiguiente adjudicación de bienes a los herederos, ninguno de éstos puede transferir su cuota en la comunidad universal refiriéndola a un bien determinado, porque sólo está legitimado para transferir lo que tiene, es decir, dicha cuota en la universalidad.

Algunos Conservadores de Bienes Raíces partidarios de esta tesis, se niegan a inscribir la enajenación de la cuota, exigiendo que se practique una partición parcial,

¹⁰ Agregado agosto 2021, Juan Andres Orrego, <https://s73705fd50dada36d.jimcontent.com/download/version/1306473317/module/5208165171/name/alcances.pdf>

en la que se le adjudique el inmueble hereditario a un heredero o a algunos de los herederos, y después, se proceda a su enajenación. En este caso, sin embargo, estaremos en el ámbito de aplicación del número 3 del artículo 688 del Código Civil, y no del número 2, objeto de estos comentarios.

Por cierto, nada de lo dicho se aplica, cuando se trata de la venta forzada de una cuota en el inmueble, pues en tal caso no será el heredero quien disponga de la misma, sino el juez, en representación legal del mismo. Sin embargo, subsistirá aquí la precaria condición del adquirente de la cuota. Por ello, más conveniente sería embargar el derecho real de herencia, antes que la cuota en un bien determinado que integre la misma.

D. Acción de petición de herencia.

1. Nociones Generales:

El legislador le confiere al heredero una serie de acciones como son las siguientes:

- i. Acción de petición de herencia.
- ii. Acción reivindicatoria como dueño o poseedor de las cosas singulares.
- iii. Acciones posesorias respecto de los inmuebles.
- iv. Acciones de que era titular el causante con excepción de aquellas provenientes de derechos intransmisibles

En cuanto a su concepto:

i. El artículo 1264 Código Civil señala el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorpóreas; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños.

La acción corresponde a todos los asignatarios a título universal o herederos, cualquiera que sea su calidad (testamentarios, intestados, forzosos, semiforzados). Se trata de un recurso instituido por la ley en favor de quienes están privados de su herencia, teniendo derecho a ella.

En el fondo, se trata de una verdadera acción reivindicatoria, pero referida a una universalidad jurídica: la herencia. La acción reivindicatoria sólo puede deducirse respecto de las cosas singulares y de cuotas determinadas de una cosa singular (arts. 890 y 892); la misma ley dispone que los derechos reales pueden reivindicarse, "excepto el derecho de herencia" (art. 891). De aquí arranca el establecimiento de una acción especial concedida al verdadero heredero para que pueda reivindicar su derecho de herencia.

ii. Hernán Corral: Aquella que compete al heredero para obtener la restitución de la universalidad de la herencia contra el que la este poseyendo invocando también la calidad de heredero.

iii. Ramón Meza Barros: La acción de petición de herencia es la que corresponde al heredero para que se le reconozca su derecho a la totalidad o parte de la herencia y se le restituyan los bienes que la componen de que el demandado está en posesión, atribuyéndose la calidad de heredero.

iv. Rodríguez Grez, por su parte, la define como aquella acción mediante la cual el dueño de una herencia reclama la posesión de la misma de un falso heredero, a fin de que, reconociéndosele tal calidad, se le restituyan todos los bienes que componen la universalidad de su dominio. Lo que importa destacar, dice este autor, es el hecho que la acción la ejerce quien tiene derecho a una herencia de la cual no está en posesión, para que se le restituya la universalidad jurídica por parte de quien la detenta como poseedor.

Los principales elementos de esta acción, pueden resumirse de la siguiente manera:

1º Se trata de una acción que se concede a quien tiene derecho sobre una herencia, cualquiera que sea el título de ella.

2º La acción de petición de herencia supone que la herencia está ocupada por otra persona en calidad de heredero. Hay un tercero que posee la herencia alegando su calidad de falso heredero. La acción enfrenta entonces un heredero verdadero con un falso heredero.

3º La acción tiene como objeto preponderante que, reconociéndose el derecho a la herencia, se restituya al verdadero heredero la totalidad de las cosas que componen la universalidad jurídica

En cuanto a las características de esta acción:

- 1.** Acción real ya que proviene de un derecho real.
- 2.** Acción divisible ya que corresponde y puede ser ejercida por cada heredero por separado. Algunos autores sostienen que la acción es indivisible en cuanto es posible que un coheredero demande la totalidad del haz hereditario poseído por quien carece de derecho en él. Rodríguez Grez no es de la misma opinión. Afirma que aquél que interpone la acción de petición de herencia debe acreditar "su derecho a la herencia ocupada por otro" (art. 1264). Si el actor demanda la totalidad de la herencia y sólo acredita derecho a una parte, el tribunal no puede acoger la demanda, ya que estaría concediendo la posesión de una cuota de la herencia que no corresponde al dominio invocado por el titular. En tal evento, cree este autor que la sentencia no debe extenderse más allá del derecho que pruebe el actor.
- 3.** Es universal por la cosa sobre la cual recae o se ejerce. La acción de petición de herencia recae en una universalidad jurídica. La existencia misma de la acción se justifica por el hecho de que no puede perseguirse una universalidad jurídica mediante la interposición de una acción reivindicatoria. A su vez, se ha fallado que el legatario no tiene derecho a la acción de petición de herencia, precisamente porque el legado comprende bienes determinados.
- 4.** Es de naturaleza mueble aun cuando dentro de la herencia hubiere inmuebles. Ello, porque la universalidad de la herencia constituye algo distinto de los bienes que la componen. Por lo tanto, aplicando el art. 580, debe reputarse la acción como mueble.

Rodríguez Grez por su parte, reconociendo que el tema es discutible, se inclina por una solución diversa. En su opinión, no existe razón alguna para sustraer la regulación de esta materia de lo previsto en el art. 580. Señala que la doctrina mayoritaria (Somarriva entre otros), para ser coherente, debiera concluir que siendo el estatuto de los bienes muebles la regla general, éste es el que debe aplicarse, cualquiera sea el contenido o los bienes que integran el derecho real de herencia. No debiera dicha doctrina recurrir al art. 580, pues en éste se distingue entre acciones muebles e inmuebles. Recuerda que el punto también se ha debatido a propósito de la tradición del derecho real de herencia. En esa materia, José Ramón Gutiérrez (a quien adhiere Rodríguez Grez) sostiene que a este derecho se le aplica el art. 580, pudiendo en consecuencia ser calificado de mueble o inmueble. Leopoldo Urrutia, por el contrario (en una tesis asimilable a la expuesta de Somarriva) afirma que se trata de un derecho "sui generis", ni mueble ni inmueble, debiendo hacerse la tradición del mismo conforme al art. 670, esto es, por cualquier medio que revele la intención del tradente de transferir el dominio y del adquirente de adquirirlo. Para Rodríguez Grez, el derecho de herencia no hace excepción a la regla general del art. 580, que sirve para calificar de mueble o inmueble un derecho. De tal modo, si los bienes de la herencia son muebles, el derecho tendrá la misma naturaleza;

pero si entre dichos bienes hay inmuebles, el derecho será inmueble. Esto último, porque prevalece la especialidad del estatuto jurídico de los bienes inmuebles.

Elorriaga destaca que la discusión precedente, importante para los efectos de la competencia de los tribunales (artículo 134 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales), carece en realidad de importancia en materia sucesoria, pues existe al efecto una regla especial, la del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, conforme a la cual será juez competente para conocer del juicio de petición de herencia el del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto con arreglo a lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil. Entonces, será tribunal competente el del último domicilio del causante. Dado lo anterior, carece de importancia, en esta materia, la discusión acerca de si se trata de una acción mueble o inmueble

5. Es de naturaleza patrimonial, por lo tanto, puede transmitirse, transferirse, renunciarse, prescribir, etc.

En cuanto a la prescripción, reglamenta la materia el art. 1269, en relación al art. 704. Se desprende de tales disposiciones que la acción de petición de herencia tiene dos plazos de prescripción: el de 5 y el de 10 años.

- **Prescripción de 5 años:** la acción de petición de herencia prescribe en el plazo de 5 años, respecto del heredero a quien se ha concedido la posesión efectiva de la herencia: tal es lo que dice el art. 704, al cual se remite el art. 1269. En este caso, es indiscutible que la acción de petición de herencia se extingue porque el falso heredero ha adquirido la herencia por prescripción adquisitiva ordinaria de 5 años, pues le servirá de justo título el decreto judicial o la resolución administrativa de posesión efectiva. Consecuencia de que sea prescripción ordinaria, es el hecho que se suspenda en favor de las personas enumeradas en el art. 2509.

- **Prescripción de 10 años.** En el caso de que al falso heredero no se le haya concedido la posesión efectiva de la herencia, la acción de petición de herencia prescribe en el plazo de 10 años. Respecto de esta prescripción, se ha presentado el problema de determinar si acaso se trata de una prescripción simplemente extintiva, o bien, de una prescripción adquisitiva. Dicho de otra manera, si basta que transcurran 10 años para la extinción de la acción de petición de herencia, o si será necesario además que un tercero haya adquirido esta herencia por prescripción adquisitiva de 10 años. La tendencia actual la de admitir que se ha de tratar de una prescripción adquisitiva. Que la prescripción sea adquisitiva y no extintiva, tiene consecuencias procesales, pues como lo ha sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema, la primera debe ser alegada por vía de acción. Por lo tanto, si es el demandado el interesado en alegarla, necesariamente debe interponer demanda reconvenzional.

En esta materia, problema interesante de resolver es desde cuándo se computa el plazo de prescripción de la acción de petición de herencia. Parece obvio -dice Rodríguez Grez- que siendo la prescripción adquisitiva del derecho real de herencia la que extingue la acción de petición de esta, sin duda la prescripción debe computarse desde el momento mismo en que el falso **heredero entre en posesión de la herencia.** A pesar de lo claro que pueda resultar esta cuestión, la jurisprudencia ha emitido fallos contradictorios. Se ha señalado que el plazo debe computarse desde **la delación de la herencia (fallecimiento del causante, por regla general);** otro fallo ha concluido que la prescripción debe computarse desde **la fecha de concesión de la posesión efectiva a favor de los demandados;** y otros opinan que dicho computo debe hacerse desde la **fecha de la**

inscripción del auto o de la resolución administrativa.

Lo anterior, tratándose de la prescripción adquisitiva ordinaria, en la que existe resolución mediante la cual se confirió la posesión efectiva al heredero putativo. ¿Qué ocurre, en cambio, tratándose de la prescripción adquisitiva extraordinaria de diez años, en la que no ha mediado resolución que confirió la posesión efectiva? La prescripción debiera contarse desde que se reúnen en manos del falso heredero el corpus y el animus, pues es en ese momento en el que se dan las condiciones necesarias como para que el falso heredero pueda comenzar su posesión.

6. Ella persigue una doble finalidad:

- a. Que se reconozca al heredero que la ejerce su calidad de tal.
- b. Que se le restituyan sus bienes.

7. Es una acción originaria.

Se trata de una acción que tiene el verdadero heredero y que no se adquiere por transmisión de su causante. De allí que la Corte Suprema haya entendido que es "el derecho sucesorial en ejercicio", puesto en movimiento, o hecho valer ante los tribunales de justicia.

2. Legitimación activa.

En términos generales el artículo 1264 señala que ella corresponde al que probare su derecho en la herencia. En términos más concretos podemos decir que esta acción le pertenece a:

- i. Al heredero, indiferente la calidad que tenga, como de cuota o universal. Hay sin embargo una excepción: el heredero condicional, cuyos derechos están sujetos a condición suspensiva, no puede entablar la acción de petición de herencia, pues aún no es titular del derecho de herencia.
- ii. Al cesionario del derecho real de herencia.
- iii. Los donatarios de una donación revocable a título universal. También procede en las donaciones revocables de esta clase la acción de petición de herencia, porque en conformidad al art. 1142, tales donaciones se miran como una institución de heredero.
- iv. En términos negativos el ejercicio de esta acción está vedado al legatario. Si el legado es de especie podrá ejercer la acción reivindicatoria y si es de genero tendrá una acción personal.

3. Legitimación pasiva.

De acuerdo con el artículo 1264 la acción se encamina en contra del que ocupa la herencia "en calidad de heredero". En otros términos, se dirige contra el que se pretende heredero y desconoce al demandante tal calidad. Dicho de otra manera, la demanda se dirige en contra del falso heredero. Cabe al respecto dos posibilidades:

- i) Que el falso heredero lo sea, porque detenta como tal una herencia totalmente ajena; o
- ii) Que el falso heredero tenga sólo una cuota en la herencia, pero la detenta como si toda ella le perteneciera. En este segundo caso, si bien será verdadero heredero de su cuota, será falso heredero respecto de la cuota que corresponda a otro heredero o a otros herederos. **La jurisprudencia ha dejado en claro que es procedente la acción de petición de herencia contra aquél que es heredero, pero se arroga el carácter de heredero exclusivo, desconociendo el derecho**

de otro heredero.

Se presenta al respecto el problema de si puede entablarse la acción de petición de herencia en contra del cesionario de los derechos hereditarios del falso asignatario. Porque es perfectamente posible que el falso heredero haya cedido sus derechos hereditarios a un tercero, y que, en consecuencia, la herencia está siendo ocupada por el cesionario de aquél.

La letra del precepto parece rechazar la idea de que proceda en este caso la acción de petición de herencia en contra del cesionario, pues habla de personas que están ocupando la herencia en calidad de herederos, y el cesionario no la está poseyendo en calidad de heredero, sino de cesionario. Sin embargo, a pesar de la redacción del precepto, Somarriva estima que procede la acción de petición de herencia en contra del cesionario de los derechos del falso heredero. Porque si bien es cierto que el cesionario no ocupa la herencia en calidad de heredero, no lo es menos que en virtud de la cesión de derechos hereditarios, el cesionario entra a reemplazar jurídicamente al heredero cedente en todos sus derechos y obligaciones; pasa a ocupar su mismo lugar. En la cesión de derechos hereditarios existe una especie de subrogación personal.

4. Objeto de la Acción.

- De acuerdo con el artículo 1264 lo que se persigue mediante esta acción es que se reconozca su calidad de heredero y que a consecuencia de ello se le adjudique la herencia, y se le restituya la universalidad constituida por la herencia. Este artículo dice que el heredero tiene acción para que se le "adjudique" la herencia. La expresión "adjudique" no está utilizada en su verdadero sentido jurídico. Está utilizada esta expresión, dice Rodríguez Grez, como equivalente a "reconocimiento", o declaración de que se tiene derecho a la herencia que se reclama.

- El artículo 1265 extiende la misma acción no solo a las cosas que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto, sino a los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia.

- Explicación de Ramón Meza Barros acerca del objetivo de la acción: "El objeto de la acción es, sustancialmente, el reconocimiento de la calidad de heredero del actor con la natural consecuencia de que el demandado debe restituir los efectos hereditarios, en la proporción que corresponda. Por tanto, es imprescindible que el actor pruebe su aseveración de que es heredero, sea con el testamento que le designa sucesor a título universal, sea demostrando el parentesco que le habilita para suceder abintestato, con arreglo a las normas que rigen la prueba del estado civil." No es necesario que se recurra en este caso a la acción reivindicatoria, pues ella sólo será procedente en contra de terceros en la medida que ellos retengan bienes no en calidad de herederos, sino que a otro título (por ejemplo, porque adquirieron la cosa de manos del falso heredero).

5. Efecto de esta acción.

a. Entre las partes:

Ganada la acción, el primer efecto que se produce es dar cumplimiento al objeto mismo de la acción, o sea, el falso heredero vencido en el pleito debe restituir al verdadero heredero el haz hereditario. La ley no señaló en este caso, como sí lo hizo en la acción reivindicatoria, el plazo en el cual el poseedor vencido deberá restituir la herencia. En efecto, en la acción reivindicatoria el juez debe señalar al poseedor vencido el plazo que tiene para restituir (art. 904). Nada ha dicho la ley en este

caso.

Mientras el falso heredero tuvo en su poder el haz hereditario pueden haber ocurrido, respecto de las cosas que lo componen, diversas transformaciones.

i. Se debe restituir el caudal hereditario, 1264 y 1265.

ii. Se deben restituir los frutos aplicándose para ello las normas de la acción reivindicatoria, el poseedor de buena fe deberá restituir los frutos desde la contestación de la demanda. El poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y civiles percibidos y aun los que el heredero hubiera podido obtener con mediana inteligencia y actividad, teniendo las cosas hereditarias en su poder (907 inciso 1 y 3). La buena fe consistirá, en este caso, en estar poseyendo la herencia con la creencia de ser el verdadero heredero.

iii. Abono de las mejoras.

El verdadero heredero estará obligado a abonar ciertas mejoras al poseedor vencido. Respecto de las mejoras necesarias, no se hace distinción alguna entre el poseedor vencido de buena o mala fe. Ambos tienen derecho a que se les abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, pues si no el verdadero heredero se estaría enriqueciendo injustamente a costa ajena, ya que él también hubiera debido efectuar dichas mejoras. En cuanto a la forma en que deben ser abonadas las mejoras necesarias, el art. 908 distingue entre las obras materiales e inmateriales de conservación.

Respecto de las mejoras útiles, sí que el Código Civil distingue entre el poseedor de buena o mala fe: art. 909; art. 912.

Finalmente, en conformidad al art. 911, el verdadero heredero no está obligado nunca a abonar las mejoras voluptuarias, ya sea que el falso heredero hubiere estado de buena o mala fe

iv. Enajenaciones y deterioros. Artículo 1267 C. C: "El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico; pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de las enajenaciones y deterioros. "Para entender cuando el poseedor de mala fe se a hecho más rico aplicaremos una norma de la acción reivindicatoria en particular la del artículo 906 que entiende que se hace más rico el poseedor cuando se ha aprovechado de las enajenaciones o deterioros, como si destruyo un bosque y vendió la madera o la leña, o la empleo en su beneficio.

Somarriva señala que el legislador no indica en el art. 1267 cuándo se entiende que el falso heredero se ha hecho más rico con los deterioros. Sí lo explicó, en cambio, en el art. 1688, en lo concerniente a la nulidad. Aplicando por analogía también dicho precepto, puede afirmarse que el falso heredero se ha hecho más rico en dos situaciones:

Cuando los deterioros le han sido útiles; y

Cuando no habiéndolo sido, los conserva al momento de la demanda e insiste en retenerlos.

La norma especial del art. 1267 es respecto del que ha ocupado la herencia de mala fe, quien es responsable de todo el importe del deterioro. Como la ley no hace distinciones, quiere decir que el falso heredero responde de los deterioros tanto **si se**

deben a dolo o culpa suyos, como si ocurren por caso fortuito o fuerza mayor. Y la conclusión se impone porque el art. 906, en las prestaciones mutuas, expresamente dispone que el poseedor de mala fe sólo responde de los deterioros debidos a hecho o culpa suyos. Si el art. 1267 no hizo distingos al respecto, quiere decir que el falso heredero que ocupó la herencia de mala fe responde de todos los deterioros, sean dolosos, culpables o fortuitos. La ley no hace el distingo efectuado claramente en las prestaciones mutuas, y si la ley no distingue, mal puede el intérprete hacerlo.

b. Respetto de terceros:

Lo que en esta materia deberemos determinar cuál es el valor de los actos ejecutados por el heredero aparente mientras estuvo en posesión de la herencia, para ello hablaremos de distintas situaciones:

i. Pago hecho al heredero aparente de créditos hereditarios (1576 inciso 2). Artículo 1576 C. C: El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía.

ii. Actos de administración ejecutados por el heredero aparente.

Se estima que ellos son válidos por cuanto es de presumir que el verdadero heredero los habría también realizado.

iii. Actos de disposición del supuesto heredero.

La doctrina nacional concluye que estos actos son válidos pero inoponibles al verdadero heredero, ello por el principio de que nadie puede transferir más derechos que los que le pertenecen (*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Por lo tanto, heredero podrá interponer la acción reivindicatoria.

Resulta entonces que el verdadero heredero tiene una doble acción: la acción que le es propia -la de petición de herencia-, dirigida contra el falso heredero, y la acción reivindicatoria, para obtener la restitución de los bienes que han salido de manos del falso heredero, por enajenaciones efectuadas por éste a terceros. Cada una de estas acciones, se rige por las reglas que le son propias. Por ello, la Corte Suprema ha declarado que es muy posible que al verdadero heredero le haya prescrito su acción de petición de herencia, pero en cambio, pueda ejercer la acción reivindicatoria en contra de los terceros adquirentes

La doctrina extranjera señala que si el heredero aparente se encontrare de buena fe no puede perjudicarse al tercero y por lo tanto concurriendo a normas de equidad plantean que la pérdida debe sufrirla el verdadero heredero por cuanto el ha sido negligente por no haberse dado a conocer oportunamente.

Paralelo entre la acción de petición de herencia y la acción de reforma de testamento.

Ambas acciones difieren profundamente. Cabe anotar las siguientes diferencias entre ellas:

1) La acción de reforma del testamento procede cuando el testador desconoce, en su testamento, ciertas asignaciones forzosas.

La de petición de herencia procede cuando dicha herencia es poseída por un falso

heredero.

En consecuencia, la acción de reforma del testamento sólo tiene lugar en la sucesión testada y no en la intestada, porque en ésta, como es obvio, el causante no puede haber desconocido las asignaciones forzosas. Para hacer valer la acción de petición de herencia, es indiferente que exista o no testamento.

2) La acción de reforma del testamento es una acción personal. Sólo puede intentarse en contra de los asignatarios instituidos por el testador en perjuicio de las asignaciones forzosas, principalmente de las legítimas.

La acción de petición de herencia es real, pues puede dirigirse en contra de todo aquel que está poseyendo la herencia sin ser el verdadero heredero.

3) La acción de reforma de testamento es una acción de inoponibilidad, toda vez que ella tiene por objeto impedir que las disposiciones del causante en su testamento sean eficaces respecto de los asignatarios forzosos protegidos.

La acción de petición de herencia es una acción de restitución, ya que por su intermedio se persigue recuperar para el verdadero heredero todas las especies que componen la herencia.

4) La acción de reforma corresponde sólo a los legitimarios. La de petición de herencia, a todo heredero (testamentarios, abintestato, forzosos o semiforzosos).

5) El objeto de ambas acciones también es diferente. La acción de reforma del testamento tiende a que se modifique éste en la parte que perjudica las asignaciones forzosas. La de petición de herencia persigue la restitución de las cosas hereditarias, cuando ellas no son poseídas por los herederos, previo establecimiento, por los medios legales, de la calidad de tal.

6) Los plazos de prescripción de ambas acciones son también diferentes. La acción de reforma de testamento, prescribe en 4 años, contados desde que los asignatarios tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de asignatarios (legitimarios), o desde que cesa su incapacidad. Para Rodríguez Grez, habrá "caducidad" de la acción, no prescripción.

La acción de petición de herencia se extingue cuando el falso heredero adquiere la herencia por prescripción adquisitiva de 5 o 10 años, según corresponda (arts. 2512-1269-704).

7) Para Somarriva, el plazo de prescripción de la acción de reforma de testamento, no obstante ser de aquellos especiales de corto tiempo, se suspende en favor de persona incapaz, atendido lo dispuesto en el art. 1216.

El plazo de prescripción de la acción de petición de herencia se suspende en favor de las personas enumeradas en el art. 2509, cuando se trata de la prescripción ordinaria (en este caso, establecido en el art. 1269); no se suspende en el caso de la prescripción extraordinaria (establecido en esta materia en el art. 2512).

8) El supuesto fundamental en la acción de reforma de testamento, es la comprobación de que el demandante es legitimario.

El supuesto fundamental de la acción de petición de herencia es la calidad de heredero, unido a la circunstancia de no estar en posesión de los bienes que componen la asignación.

9) El demandado vencido en la acción de reforma de testamento, perderá todo o parte de su asignación, hasta que se complete la asignación forzosa que corresponde al actor.

El demandado vencido en la acción de petición de herencia, debe restituir todas las cosas hereditarias que posee, incluyendo los frutos, e indemnizar por los deterioros y enajenaciones que haya hecho.

10) La acción de reforma de testamento es siempre mueble. La acción de petición de herencia puede ser mueble o inmueble, según la naturaleza de las cosas que componen la asignación, en opinión de Rodríguez Grez. Para otros, la acción no será mueble ni inmueble, dado que la herencia es una abstracción, una universalidad jurídica que se sustrae a esa clasificación de las cosas.

A pesar de las diferencias señaladas, las acciones de reforma de testamento y de petición de herencia no son incompatibles entre sí. **Generalmente, si entablada la acción de reforma de testamento ella es acogida y la herencia ha quedado ocupada por tanto por quien no es heredero, dada la modificación del testamento, el legitimario la reclamarán por medio de la acción de petición de herencia. Esta última será una consecuencia de la acción de reforma de testamento.**

De ahí que la jurisprudencia haya declarado que en un mismo juicio pueden entablarse conjuntamente ambas acciones.

6. Prescripción de la acción de petición de herencia.

El artículo 1269 del Código Civil dispone que "el derecho de petición de herencia expira en 10 años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 704, podrá oponer a esta acción la prescripción de 5 años."

La acción de petición de herencia al igual que la reivindicatoria, no se extingue por su no ejercicio. La extinción se opera a consecuencia de la pérdida del derecho de herencia. Y como este derecho no se pierde sino porque otro lo adquiere por prescripción, resulta que la acción de petición de herencia se extingue de la misma manera.

En resumen, la acción de petición de herencia se extingue por la prescripción adquisitiva del derecho de herencia. Tal es la regla del artículo 2517: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho."

La herencia se adquiere, regularmente, por prescripción de 10 años (artículo 2512, número 1)

Por excepción la prescripción será de 5 años para el heredero putativo, esto es, el heredero aparente que no es en realidad heredero, pero a quien se ha concedido la posesión efectiva de la herencia y que tiene como justo título el decreto judicial que se la otorga (706 inciso final).

E. Acción reivindicatoria.

Los herederos y legatarios (cuando se trata de legados de especie o cuerpo cierto), adquieren sus asignaciones al momento de la apertura de la sucesión, salvo que fueren llamados bajo condición (art. 956), caso en el cual la adquisición se producirá al cumplirse la condición.

La acción reivindicatoria pertenece por tanto al asignatario, pues en él se ha radicado el dominio de las cosas asignadas. Y la tendrá, cuando se le ha privado de la posesión de las especies asignadas.

b) Requisitos.

b.1) Que se trate de cosas reivindicables (arts. 890 a 892).

b.2) Que la demanda la deduzca:

Quien detenta la propiedad de las especies, por haberlas adquirido por sucesión por causa de muerte.

Por quien acredite ser nudo propietario o propietario fiduciario de dichas especies.
P Por quien acredite estar en posesión regular de las especies y en situación de llegar a adquirirlas por prescripción adquisitiva (acción publiciana). En este último caso, se hallará quien ha obtenido el reconocimiento judicial como sucesor del causante con el auto o resolución administrativa de posesión efectiva, siempre que tenga la convicción de ser realmente el dueño de las cosas a que se refiere la acción.
b.3) Que el demandante sea heredero o legatario de especie o cuerpo cierto.
b.4) Que el demandado no haya adquirido las especies reivindicadas por prescripción adquisitiva.

Tramitación.

1) La acción se someterá a las reglas generales, ofreciendo la única particularidad consagrada en el art. 1268. Artículo 1268 inciso 1º: "El heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables, que hayan pasado a terceros, y no hayan sido prescritas por ellos." El artículo 1268 inciso 2 señala que el heredero que opte por ejercer la acción reivindicatoria conservará sus acciones contra el heredero aparente en términos que ella dependerá de la buena o mala fe (del heredero aparente). El propósito del legislador es dejar siempre al heredero propietario de las especies, completamente indemne de todo perjuicio.

i. El heredero tendrá derecho para que el que ocupa de mala fe la herencia le complete lo que por el recurso contra terceros poseedores no hubiere podido obtener, y le deje enteramente indemne.

Ejemplo:

Heredero esta de mala fe, enajena \$100.000 en efectos hereditarios. Le queda a salvo (al verdadero heredero) la acción de petición de herencia por el saldo de aquello que no pudo recuperar con la acción reivindicatoria.

ii. El heredero tendrá derecho contra el que ocupo la herencia de buena fe, siempre que ello lo hubiere hecho más rico.

Se ha discutido si puede uno, entre varios herederos, deducir acción reivindicatoria, o si deben accionar todos ellos, tratándose de una cosa indivisa la que posee el tercero.

Domínguez Águila y Domínguez Benavente piensan que no puede uno de los comuneros deducir la acción respecto de la cosa, puesto que ella es de dominio de todos ellos.

Rodríguez Grez, por su parte, reconociendo que el tema es discutible, se inclina por otra solución:

1º De acuerdo al art. 2305, tratándose del cuasicontrato de comunidad, el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que les corresponde a los socios en el haber social.

2º Por su parte, el art. 2081, en las normas del contrato de sociedad, establece que, no habiéndose conferido la administración de la sociedad a uno o más socios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar.

3º También en el ámbito de la sociedad, el art. 2078 dispone que corresponde al socio administrador cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que forman el capital fijo de la sociedad.

4º En las normas del mandato, dispone el art. 2132, al especificar las atribuciones

del apoderado, que la interposición de una acción reivindicatoria queda comprendida en dichas atribuciones y, por ende, del comunero en el caso propuesto.

De lo señalado, se desprende, a juicio de Rodríguez Grez, que el comunero está facultado en la ley, mediante este mandato tácito y recíproco, para deducir todas las acciones que tengan por objeto la defensa y preservación de las cosas sobre las cuales recae la comunidad. Mientras la comunidad subsiste, estima este autor que cada comunero no sólo está facultado, sino que tiene el deber de velar por la conservación y cuidado de las cosas comunes. Así queda en claro, aplicando a la comunidad las facultades de los socios, conforme al art. 2081. Por lo mismo, restringir estas facultades parece excesivo y, lo que es más grave, sería contrario al espíritu general de la legislación en esta materia.

Concluye entonces Rodríguez Grez en el sentido que puede uno de los coasignatarios proindiviso, cualquiera que sea su cuota en la comunidad (recaiga ésta únicamente en la cosa poseída por un tercero o en una comunidad a título universal, o sea, una herencia), deducir acción reivindicatoria por sí solo, sin necesidad de la aprobación o consentimiento de los demás comuneros.

F. Acciones posesorias.

Los herederos tienen y están sujetos a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto el causante, si viviera (artículo 919 del Código Civil).

Para Rodríguez Grez, y como una derivación de lo señalado a propósito de la acción reivindicatoria, cualquier heredero puede deducir acción posesoria, aún cuando la cosa se encuentre indivisa. Los argumentos para sostener lo anterior, son los mismos que se indicaron respecto de la acción reivindicatoria.

IV. Apertura y delación de la herencia.

I. Apertura.

A. Concepto:

i. La apertura de la herencia es un hecho jurídico consecencial a la muerte de una persona y en cuya virtud los bienes del difunto pasan a sus sucesores.

ii. Pablo Rodríguez: Un efecto jurídico que se sigue a la muerte natural o presunta de una persona y que consiste en la transmisión instantánea del patrimonio del causante a sus herederos en conformidad a las reglas y modalidades establecidas en la ley.

De las dos definiciones puede concluirse que la gran importancia de la apertura de la sucesión es que con ello nace la posibilidad de adquirir la herencia entendida como el patrimonio del causante. Decimos que nace la "posibilidad" porque el heredero puede repudiar la herencia, y requiere entonces de su aceptación.

B. Causa de la apertura:

La causa que origina la apertura de la sucesión es la muerte del de cujus (causante), muerte que puede ser natural, presunta, o la declarada por el juez en el caso de los artículos 95 a 97 del Código Civil origina la apertura de la sucesión. En el caso de la muerte presunta, el artículo 84 señala que en virtud del decreto de posesión provisoria se procederá a la apertura y publicación del testamento si el desaparecido hubiere dejado alguno, y se dará posesión provisoria a los herederos presuntivo.

El artículo 85 nos aclara que se entienden por herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o legítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta. Agrega el mismo artículo que el patrimonio en que se presume que suceden, comprenderá los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.

Por último, de acuerdo con el artículo 91 decretada la posesión definitiva todos aquellos que tengan derechos subordinados a la condición de muerte del desaparecido, podrán hacerlo como en el caso de verdadera muerte.

C. Momento en que se produce la apertura de la sucesión.

1. Regla General:

Ella está en el artículo 955 inciso 1 según el cual la sucesión en los bienes de una persona se abre **al momento de su muerte.**

Es por esta razón que el artículo 50 de la Ley de Registro Civil señala que son requisitos esenciales de la inscripción de una defunción, la fecha del fallecimiento. En el evento que fuera necesario además señala la hora del fallecimiento e incorporado en el certificado que emita al efecto.

Por último, en el caso de la muerte presunta para fijar la muerte de una persona habrá que estarse a las reglas contenidas en el artículo 87 número 6, 7 y 8; la regla general es que el juez fijará como día presuntivo de su muerte el último día del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias.

2. Comurientes o Fallecimiento de dos o más personas en un mismo

acontecimiento: Se trata del caso en que 2 o más personas llamadas a sucederse recíprocamente fallecen en un mismo día y a causa de un mismo accidente. Recordemos a este respecto el artículo 79 del Código Civil según el cual si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiese saberse el orden en que han ocurridos sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras. En estricta relación con esta disposición está el artículo 958 señala que, si dos o más personas llamadas a suceder una a otra se hallan en el caso del artículo 79, ninguna de ellas sucederá en los bienes de las otras.

3. Importancia de fijar el momento de la apertura.

i. El asignatario debe existir o en otros términos determina la habilidad para suceder al difunto (art 962). Las incapacidades e indignidades para suceder deben analizarse en relación con el momento del fallecimiento del causante.

ii. Se determinan los derechos en que se va a suceder, en otras palabras, se fija el patrimonio del causante.

iii. Comienza aquí el estado de indivisión y por lo tanto los efectos declarativos del acto de partición se remontarán a este momento, a la apertura de la sucesión. Art 1344.

iv. Los efectos de la aceptación y repudiación de la herencia se retrotraen al tiempo de la delación, el que, como veremos generalmente coincide con la apertura de la sucesión.

v. La sucesión por regla muy general se regirá por la ley vigente al tiempo de la apertura.

vi. Desde este mismo instante cesa la prohibición de los pactos sobre sucesión futura, ya que esta pasa a ser cierta y comienza la indivisión entre los herederos. Después del fallecimiento, estaremos simplemente ante una cesión de derechos hereditarios (arts. 1909 y 1910 del CC.), es decir, ante un pacto sobre sucesión actual y no futura. Lo anterior, con la salvedad acerca del pacto relativo a la cuarta de mejoras, que puede estipularse estando vivo quien será después el causante (artículo 1204).

vii. Para determinar la validez de las disposiciones testamentarias, hay que atender a las normas vigentes al momento del fallecimiento, de conformidad con los arts. 18 y 19 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de Las Leyes.

D. Lugar de la apertura de la sucesión.

1. Reglas generales:

- El artículo 955 en su inciso primero señala que la sucesión en los bienes de una persona difunta se abre al momento de su muerte **en su último domicilio**; salvo los casos expresamente exceptuados. Para esta materia es importante tener presente el artículo 59 del código civil y también es importante recordar la mera residencia artículo 68 c. c. Por último, es importante recordar los casos de domicilio legal artículo 72 y 73. Nota: Por último, domicilio debe entenderse el civil, "esto es el relativo a una parte determinada del territorio del Estado (artículo 61) que queda fijado por el lugar en que el difunto tenía su asiento, o donde ejercía habitualmente su profesión u oficio.

2. Excepciones:

a. Muerte presunta, en el caso del ausente, la sucesión se abre no en el domicilio en que pudo realmente fallecer, sino siempre en el **último domicilio que haya tenido en Chile**, porque ese es el juez que tiene competencia para declarar la muerte presunta. (Artículo 81 número 1).

b. Fallecimiento de un chileno que ocurre en el extranjero caso en el cual se entenderá que la sucesión se abre en territorio nacional cuando la persona fallecida tenía cónyuge y parientes chilenos. (Artículo 15 número 2).

c. Lo mismo sucede respecto de la sucesión de un extranjero que muere fuera del territorio nacional cuando en esa sucesión tiene derechos chilenos a título de asignaciones forzosas, esto es alimentos y legítimas (artículo 998).

3. Importancia que tiene el domicilio:

a. Competencia.

La prueba del lugar en que se abre la sucesión, esto es, la del último domicilio, reviste interés no solamente en cuanto al hecho de la apertura, sino que consecuentemente, en su función se determinará el tribunal que deberá conocer

distintas materias como son, por ejemplo:

i. La apertura y publicación del testamento se hará ante el juez del último domicilio. (1009).

ii. El mismo tribunal es competente para conocer de todas las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes, desheredamientos y validez o nulidad del testamento. A su vez, el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, dispone que será juez competente para conocer todo lo relacionado con la sucesión por causa de muerte, el del último domicilio del causante. Ante él debe pedirse que se conceda la posesión efectiva de la herencia, si la sucesión fuere testada (artículo 833 del Código de Procedimiento Civil). En cambio, si la sucesión fuere intestada, la posesión efectiva podrá solicitarse ante cualesquiera de las oficinas del Registro Civil e Identificación, y de presentarse solicitudes ante oficinas dependientes de diversos Directores Regionales, se acumularán todas a la más antigua (artículo 2º, inciso 2º de la Ley número 19.903); cabe advertir entonces que el juez ante el cual reclamar que se modifique la posesión efectiva, puede estar ubicado en un lugar distinto a aquel donde se otorgó la resolución por el respectivo Director Regional, pues el primero es el que corresponde al último domicilio del causante, y el segundo, puede corresponder a cualquiera de los ubicados a lo largo del territorio nacional.

iii. Por excepción cuando una sucesión se abra en el extranjero y comprenda bienes situados dentro del territorio chileno, la posesión efectiva de la herencia deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que al pida si aquél no lo hubiere tenido. (149 COT).

b. Lugar determina la ley que rige la sucesión.

La sucesión se gobierna por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales (artículo 955 inciso 2).

E. Ley que rige la sucesión.

1. Tiempo (18- 21 de la ley sobre efectos retroactivos). Puntos en particular:

- a.** Las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento.
- b.** En lo que se refiere a las disposiciones contenidas en el testamento ellas estarán subordinadas a la ley vigente a la época en que fallezca el testador. Ejemplo: Imaginemos que cuando una persona otorgó testamento no existían las asignaciones forzosas, por lo que podría disponer libremente, y al tiempo de fallecerse imponen por ley las asignaciones forzosas, se deberán modificar las disposiciones del testamento.
- c.** Si el testamento contuviere disposiciones que según la ley bajo la cual se otorgó no debían llevarse a efecto, lo tendrán, sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de morir el testador.

- d. En las sucesiones forzosas o intestadas el derecho de representación de los llamados a ellas, se regirá por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura. En el evento que el llamado a representar a otro se haya hecho por un testamento entonces regirá la ley bajo la cual se otorgó el testamento (artículo 20 LER).
- e. En la adjudicación o partición de una herencia o legado se observarán las reglas que regían al tiempo de su delación (en general coinciden la delación con la apertura de la sucesión).

2. Territorio (955 inciso 2):

Artículo 955 inciso 2: "la sucesión se regla por **la ley del domicilio en que se abre;** salvo las excepciones legales. Así, por regla general, regirá la ley del último domicilio del causante. Si éste tuvo su último domicilio en Chile, regirá nuestra ley; por el contrario, si lo tuvo en el extranjero, regirá la ley del respectivo país. Ahora bien, puede ocurrir que una persona fallezca teniendo su último domicilio en el extranjero, pero dejando herederos chilenos. En este caso, se hace excepción al principio del art. 955 y los chilenos tienen en la sucesión, regida por la ley extranjera, los derechos que les reconoce la ley chilena.

El artículo 955 inciso 2 es una excepción al artículo 16 del código civil ya que si la sucesión **se abre en el extranjero se aplicará la ley extranjera no obstante existir bienes situados en Chile**, con lo cual se evitan los conflictos provenientes de una pluralidad de legislaciones. En todo caso existen situaciones de excepción:

i. Se refiere al causante chileno que fallece en el extranjero con cónyuges o parientes chilenos. (artículo 15 número 2). En consecuencia, en este primer caso la sucesión se regirá por **la ley chilena, siempre que en la sucesión concorra un cónyuge o pariente chileno.** En otras palabras, si en la sucesión son todos extranjeros, ésta se va a regir por la ley extranjera.

En todo caso esta excepción va a producir realmente efectos cuando **existen bienes situados en Chile**, ya que en caso contrario importaría extender la ley chilena más allá de nuestras fronteras y el imperio de la ley es solo dentro del territorio nacional.

ii. Se refiere a la sucesión abintestato de un extranjero.

Artículo 998 inciso 1 señala que en la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la república, tendrán los chilenos a título de herencia o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderán sobre la sucesión intestada de un chileno.

Esta disposición corresponde a un complemento del artículo 15 número 2 ya que se va a aplicar a los extranjeros que deja a un cónyuge o pariente chileno.

Cabe consignar que el art. 998 es una excepción al art. 955, en el sentido de que, aplicándose la ley extranjera a una sucesión abierta fuera del país, una parte de ella, **la relativa a los herederos chilenos, se rige por nuestro derecho.** Dicho de otro modo, no se aplica íntegramente la ley extranjera como lo ordena el art. 955, sino que parcialmente. En lo demás, el art. 998 debe ser entendido en armonía con el principio general consagrado en el art. 955: si el extranjero fallece en el extranjero teniendo su último domicilio en Chile, rige la ley chilena y viceversa.

Situaciones que pueden presentarse en la sucesión de un extranjero.
Pueden producirse fundamentalmente dos situaciones:

A. Que fallezca teniendo su último domicilio en Chile.

En este caso, no se presentan problemas, porque de conformidad al art. 955, se aplica íntegramente la ley chilena, y ya hemos visto que los chilenos y extranjeros tienen los mismos derechos hereditarios.

B. Que fallezca teniendo su último domicilio en el extranjero.

Al respecto, debemos distinguir si el extranjero dejó o no parientes en Chile.

a) Si no hay herederos chilenos, rige íntegramente el principio del art. 955, es decir, se aplica la ley extranjera y ninguna otra.

Los derechos hereditarios de estos extranjeros pueden incluso hacerse efectivos en bienes situados en Chile, con lo cual se hace una excepción al art. 16, que establece que los bienes situados en Chile se rigen por la ley chilena. Numerosos fallos han declarado que procede cumplir en Chile las sentencias dictadas en materia sucesoria en países extranjeros, si no perjudican los derechos de herederos chilenos.

Ahora bien, un extranjero no puede, asilándose en la ley chilena que le reconoce derechos hereditarios, pretender hacerlos efectivos en bienes situados en Chile, si la ley extranjera no reconoce tales derechos. Se llega a esta conclusión, porque el art. 998 hace excepción al art. 955 sólo en favor de los herederos chilenos, pero no de los extranjeros, y si bien el art. 997 dispone que los extranjeros tienen para la ley chilena los mismos derechos hereditarios que los chilenos, el precepto se refiere expresamente a las sucesiones abiertas en Chile. **En consecuencia, un extranjero que según la ley del país en que se abre la sucesión no es heredero, pero sí lo sería conforme a la legislación chilena, no puede hacer efectivos los derechos que según ésta tendría sobre bienes situados en nuestro país, porque el art. 955 se lo impide.** Así lo declara un fallo de nuestros tribunales.

b) Si el extranjero deja herederos chilenos, éstos tienen en su sucesión los derechos que les reconoce la ley chilena, y no la legislación por la cual se está rigiendo la sucesión, conforme al art. 998, 1º.

Pero en la práctica, para que puedan hacerse efectivos estos derechos, será necesario que el causante haya **dejado bienes en Chile**. Si no ocurre así, a la postre habrá que estar a lo dispuesto por la ley extranjera, pues no se puede pretender que el art. 998 rija más allá de nuestras fronteras. Si la ley extranjera reconoce derechos hereditarios a los chilenos, se aplicará el principio del art. 998, y si no lo hace así, entonces esta protección a los herederos chilenos quedará sin aplicación práctica.

Es por esta razón que el art. 998, 2º, establece una verdadera preferencia en beneficio de los herederos chilenos, para que hagan efectivos los derechos que les reconocen las leyes patrias en los bienes dejados por el causante en Chile, pudiendo pagarse en ellos todo lo que les corresponda en conformidad a nuestras leyes en la sucesión del extranjero. Este mismo derecho de preferencia tendrán los chilenos en la sucesión de un chileno, pues así lo establece el art. 998, inciso final. **De tal forma, si un chileno fallece en el extranjero dejando bienes en Chile, y la legislación del país en el cual tenía su último domicilio pretende desconocer el derecho de los herederos chilenos, éstos tienen preferencia para pagarse en los bienes ubicados en nuestro país.**

Somarriva se pregunta si acaso el Fisco queda comprendido dentro de la expresión "chilenos" que utiliza el art. 998, es decir, si no existiendo según la ley chilena otros herederos abintestato de mejor derecho, pero sí según la ley extranjera, podría hacer el Fisco efectivos sus derechos en los bienes ubicados en Chile. Somarriva concluye que el Fisco queda comprendido dentro de la expresión "chilenos", pues es un heredero abintestato como cualquier otro.

Presupuestos del artículo 998.

- 1.** Debe tratarse de un extranjero cuyo **último domicilio este fuera** territorio de la república.
- 2.** Se aplica esta disposición únicamente **al extranjero que deja cónyuge o pariente chileno** y no a los parientes o cónyuges extranjeros.
- 3.** De acuerdo con la letra del artículo 998 es que se aplicaría únicamente a la sucesión abintestato no obstante lo cual en general la doctrina chilena estima que esta disposición es también aplicable a la sucesión testada, ello por lo siguiente:
 - a)** Porque como las asignaciones forzosas son obligatorias y están previstas expresamente en la ley, son siempre abintestato.
 - b)** De no interpretar el artículo 998 en un sentido amplio sería muy fácil burlar los derechos de los asignatarios forzosos chilenos ya que bastaría con otorgar un testamento en el extranjero en que existieran libertad absoluta para testar para que no tuviere aplicación la asignación forzosa
 - c)** De acuerdo con el artículo 1184 la legítima rigorosa se rige según las reglas de la sucesión intestada.
- 4.** El derecho de los parientes chilenos supone que el causante haya dejado bienes en Chile y así se entiende el inciso 2 de este artículo, según el cual los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existente en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero. Es decir, el porcentaje que le corresponda al chileno se calcula sobre todo el patrimonio del extranjero, sobre toda la sucesión de él y no solo en los bienes que hubiere tenido en Chile.
- 5.** El artículo 998 inciso 3 señala que esto mismo se aplicara en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero. Por tanto, cualquiera sea el lugar donde se abra la sucesión de un chileno, los derechos de los sucesores chilenos se regirán por la ley nacional, adjudicándoseles, si el caso lo requiere, los bienes que haya dejado el difunto en Chile

Ha sido criticada la redacción del artículo 998 por dos razones fundamentales:

- a.** Alude al lugar del fallecimiento señalando "dentro o fuera del territorio de la república". En realidad, el lugar en que muere una persona carece de relevancia, lo importante es cuál era el último domicilio que el extranjero tenía al fallecer.

b. Tampoco es correcta la referencia en que el fallecimiento sea dentro o fuera del territorio de la república ya que si es dentro del territorio el fallecimiento no cabe duda de que la ley aplicable será la chilena.

C. Caso en que la ley extranjera reconozca mayores derechos a los herederos chilenos que nuestra propia legislación.

Así, por ejemplo, puede suceder que en un caso la ley chilena diga que le corresponde al cónyuge sobreviviente un cuarto de la herencia, y la extranjera, la mitad de la herencia. Al respecto, es evidente que el cónyuge, en el país en que se abre la sucesión, puede hacer valer los derechos que le reconoce la ley extranjera. Pero si hace efectivos sus derechos en bienes ubicados en Chile, ¿deberá sujetarse a la ley chilena o podrá asilarse en la ley extranjera?

Para solucionar este problema, señala Somarriva, debemos recurrir al espíritu de la ley, que en este caso no fue otro, indudablemente, que amparar a los herederos chilenos frente a las sucesiones abiertas en el extranjero; evitar que a costa de bienes situados en Chile se desmejore la situación reconocida por las leyes patrias a los herederos chilenos. Pero si, por el contrario, la ley extranjera es más favorable que la nacional, parece lógico concluir que los herederos chilenos pueden renunciar a la facultad establecida en el art. 998 y volver a la regla general del art. 955, esto es, acogerse a la ley del país en que se abrió la sucesión

iii. Caso de la muerte presunta.

En tal situación la sucesión se regirá por la ley del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile (81 número 1).

iv. Se refiere al caso que el causante fallece en el extranjero con bienes situados en Chile.

Aunque la sucesión se haya abierto en el extranjero será necesario pedir la posesión efectiva en Chile respecto de los bienes situados en Chile para los efectos de determinar el monto del impuesto (artículo 27 de la ley 16.271 ley de impuesto de herencia y donaciones). El artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales señala que será juez competente para otorgar la posesión efectiva de una sucesión que se abra en el extranjero, el del último domicilio del causante en Chile, y si no lo tuvo, el del domicilio de aquel que pide la posesión efectiva. Debemos entender que puede tratarse de sucesiones testadas o intestadas, quedando estas últimas sustraídas, en este caso, de la competencia del registro Civil e Identificación, pues el artículo 1º de la Ley número 19.903, que dispone la tramitación de las posesiones efectivas correspondientes a las sucesiones intestadas ante dicho Servicio, alude a "Las posesiones efectivas de herencias, originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, serán tramitadas ante el Servicio de Registro Civil e Identificación...". En cambio, el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales hace expresa alusión a la sucesión abierta en el extranjero. Además, la expresada Ley número 19.903, no modificó al artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales.

II. Delación de la herencia.

A. Concepto:

Una vez que se abre la sucesión regularmente tiene lugar la delación de las

asignaciones, y es definida en el artículo 956 inciso 1 como el actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar una asignación. La expresión "actual" pone de manifiesto que al acto de aceptación o de repudiación ha de ser puro y simple, no admite modalidades.

En otras palabras, en este momento la herencia o legado se ofrece al heredero o legatario quien(es) podrán aceptar o repudiar libremente (artículo 1225 inciso 1).

B. Momento en que opera la delación.

1. Regla general:

La herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer el de cujus (artículo 956 inciso 2), es decir en cuanto a su oportunidad la delación **generalmente coincidirá con la apertura de la sucesión.**

La delación es una consecuencia de la apertura de la sucesión. Se entiende como una oferta hecha por el legislador al asignatario, para aceptar o repudiar la asignación.

Así las cosas, fallecido el causante, distinguimos cronológicamente tres etapas:

- 1.-** La apertura de la sucesión.
- 2.-** La delación de las asignaciones.
- 3.-** El pronunciamiento del asignatario, en orden a aceptar o repudiar la asignación.

2. Excepción:

Si la asignación testamentaria está sujeta a **condición suspensiva**, el llamamiento se hará al momento de **cumplirse la condición** (956 inciso 2). Las asignaciones que hace la ley son puras y simples, por esa razón en esta excepción nos hemos referido a las asignaciones testamentarias.

Recordemos que el efecto propio de toda condición suspensiva es precisamente suspender la adquisición del derecho.

3. Contra excepción: (956 inciso 3).

La excepción antes dicha no se aplicará cuando la **condición es de no hacer algo**, que dependa de la sola voluntad del asignatario. Por ejemplo, si se ha establecido una asignación bajo la condición de que el asignatario deje de fumar, vamos a estar en una condición negativa y meramente potestativa del asignatario. En otras palabras, si estamos en una condición de no hacer algo y que dependa de la sola voluntad del asignatario vuelvo a la regla general.

Por ello, dispone el inciso 3º del artículo 956, que la delación se produce al momento de fallecer el causante, siempre y cuando al asignatario **rinda caución suficiente de restituir la cosa asignada, con sus accesiones y frutos, en caso de contravenir la condición**. La condición pasa de ser suspensiva a resolutoria.

4. Excepción a la contra excepción:

En todo caso la regla anterior (contraexcepción) no tendrá lugar cuando el testador hubiere dispuesto que mientras penda la condición de no hacer algo pertenezca a otro asignatario la cosa asignada (956 inciso 4).

V. Aceptación y repudiación de la herencia.

A. Nociones generales.

Producida la delación, el asignatario puede aceptar o repudiar su asignación.

- La aceptación es un acto jurídico unilateral por el cual el heredero o legatario expresa su voluntad de tomar la calidad de heredero o legatario.
 - La repudiación es el acto jurídico unilateral por medio del cual el asignatario se niega a asumir las calidades de heredero o legatario.
- Como idea general dejemos consignado que el legatario puede aceptar y repudiar, el heredero además (de aceptar o repudiar) puede aceptar con beneficio de inventario.

El principio general está contemplado en el artículo 1225 inciso 1 en orden a que todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente, norma que consagra un principio básico en que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad.

No obstante, lo anterior en ciertos casos se pierde esta libertad:

- i. Cuando el heredero sustrae efectos de la sucesión se entiende que acepta (1231 inciso 1).
- ii. El asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia se entenderá que repudia. (1233).

B. Características de la aceptación y repudiación.

1. Es un acto puro y simple, no admite en consecuencia condición, plazo, modo. Existe una calificada excepción a este respecto que la constituye la **aceptación con beneficio de inventario**.

2. Se trata de un acto indivisible y por lo tanto no se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto (1228 inciso 1). Por excepción si en la asignación suceden varios herederos por derecho de transmisión puede cada uno de ellos aceptar o repudiar su cuota (1228 inciso 2).

En todo caso si son varios las asignaciones el asignatario puede aceptar una y repudiar otra, pero no podrá repudiar la asignación gravada y aceptar las otras, a menos que se defiera separadamente por derecho de acrecimiento o de transmisión, o de sustitución vulgar o fideicomisaria; o a menos que se haya concedido al asignatario la facultar de repudiarla separadamente. Ej.: Si hay una herencia con dos legados, puedo aceptar un legado y repudiar otro, pero si uno está gravado no puedo repudiar este y aceptar el otro.

3. Se trata de actos irrevocables ya que una vez hecha con los requisitos legales no podrán rescindir (1234 inciso 1 y 1237). Por excepción es posible rescindir la aceptación o repudiación en los siguientes casos:

a. En el caso de la aceptación ella podrá ser rescindida cuando se hubiere obtenido por fuerza o dolo y en el caso de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla. (1234 inciso 2). El mismo artículo en su inciso 3 define lo que se entiende por lesión grave, esto es la que disminuye el valor total de la asignación en más de la mitad. La ley se refiere al heredero que al aceptar la herencia creía que ésta tenía un determinado valor (por ejemplo, \$ 100.000), ignorando, al tiempo de aceptarla, que existían disposiciones testamentarias del causante, en virtud de las cuales el valor de la herencia disminuye en más de la mitad (por ejemplo, el causante, en un testamento del cual el aceptante no tenía conocimiento, instituye legados por valor de \$ 80.000, con lo cual la asignación del heredero se vería reducida a \$ 20.000).

b. En el caso de la repudiación podrá rescindirse cuando el asignatario o su legítimo representante hayan sido inducidos por fuerza o dolo a repudiar (1237).

4. Operan con efecto retroactivo.

Establece el artículo 1239 que los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia, se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida.

Si el heredero acepta, se entiende que lo hizo al momento mismo en que falleció el causante o se cumplió la condición a que estaba sujeta la asignación. Lo anterior tiene sentido, pues el heredero es el continuador legal de la persona del causante y recoge su activo y pasivos transmisibles, sin interrupción. Recordemos que al mismo principio responde el artículo 722, al consagrar la posesión legal de la herencia.

Por el contrario, si el heredero repudia, se entiende que nunca tuvo la calidad de heredero.

La misma regla se aplica para los legados de especie o cuerpo cierto. Si el legatario acepta, se le reputa dueño desde el momento de la delación del legado (recordemos que se hace dueño por sucesión por causa de muerte) y si repudia, se considera que nunca tuvo derechos sobre la cosa. Distinta es la situación del legado de género, pues como sabemos, en este caso el legatario sólo adquiere, al fallecimiento del causante, un crédito o derecho personal contra la sucesión.

C. Capacidad para aceptar y repudiar.

Para aceptar o repudiar una asignación se requiere de capacidad de ejercicio y por lo tanto quienes no tienen la libre administración de sus bienes no podrán aceptar o repudiar sino por medio o con el consentimiento de sus representantes legales. Incluso más, la ley expresamente les prohíbe aceptar a los incapaces por sí solos, aun con beneficio de inventario. (1225 inciso 2 y 3).

En el caso de que uno de los asignatarios sea una mujer casada bajo régimen de Sociedad Conyugal el marido requerirá de su consentimiento dado los términos del artículo 1749 para aceptar o repudiar una asignación deferida a la mujer. (1225 inciso 4).

En todo caso los tutores y curadores y el padre o la madre no pueden aceptar ni repudiar libremente, sino que deben cumplir previamente ciertos requisitos, que son los siguientes:

i. El tutor o curador se encuentra obligado a aceptar la asignación deferida a su pupilo con beneficio de inventario (397).

ii. Para aceptar un legado mediante el cual se impongan obligaciones o gravámenes al pupilo deberá previamente procederse a la tasación de las cosas legadas. (art 398).

iii. No se puede repudiar una herencia deferida al pupilo sin que previamente se haya obtenido autorización judicial con conocimiento de causa. (397 y 1236).

iv. En virtud del artículo 255 c. c al padre o madre se le aplican las normas de los tutores y curadores.

D. Oportunidad para aceptar o repudiar la herencia.

1. Desde cuándo.

a. Aceptar: Artículo 1226 inciso 1: "No se puede aceptar asignación alguna, sino después que se ha deferido". (Tener presente artículo 956 inciso 1 segunda parte). Si la asignación está sujeta a condición suspensiva el heredero podrá aceptar una vez cumplida la condición. Lo anterior tiene sentido, pues mientras la condición esté pendiente, el asignatario condicional no adquiere ningún derecho, salvo el impetrar medidas conservativas, como todo acreedor condicional.

b. Repudiación: (Artículo 1226 inciso 2).

La repudiación puede hacerse en cualquier tiempo después de la muerte del causante, aun cuando la asignación esté sujeta a condición y ella este pendiente.

c. Regla común:

En ningún caso la aceptación o repudiación pueden ser anteriores a la muerte del causante.

Por este motivo el artículo 1226 inciso 3 señala que se mirará como repudiación intempestiva y no tendrá valor alguno, el permiso concedido por un legitimario al que le deba la legítima para que pueda testar sin consideración a ella.

2. Hasta cuándo.

a. Principio general:

El principio general es que la facultad de aceptar o de repudiar se conserva indefinidamente.

No obstante, lo anterior y a raíz de que esta situación de incertidumbre puede ocasionar perjuicio a terceros es que todo asignatario será obligado, en virtud de demanda de cualquier persona interesada en ello, a declarar si acepta o repudia (1232 inciso 1).

Análisis del artículo 1232 c. c (como se ejerce este derecho).

i. El asignatario deberá declarar si acepta o repudia dentro de los 40 días subsiguientes al de la demanda (se entiende que es la notificación). Se le llama a este plazo, "plazo para deliberar" y este tiene por objeto que el asignatario pueda analizar la situación en la que se encuentra la sucesión y su asignación y optar por la aceptación o repudiación. El requerimiento implica una obligación para el asignatario de pronunciarse sobre la aceptación o la renuncia

ii. Desde el requerimiento el asignatario dispone de un plazo de 40 días para deliberar, plazo que se rige por las normas del art. 50 del Código Civil y que, por tanto, es de días corridos. Se trata además de un plazo fatal. Pero ello no impide que el plazo pueda prorrogarse por resolución judicial en caso de motivo grave, y nunca por más de un año. Trata el Código de modo especial la situación del asignatario ausente, reglamentando así una situación más que excepcional dentro de una institución ya de por sí excepcional, como es la examinada aquí. El juez puede ampliar el plazo para deliberar y, para el caso que dentro del tiempo oportuno comparezca a ejercitar sus derechos por sí o por representante, se le designará un curador de bienes que le represente y acepte por él con beneficio de inventario (art. 1232, inc. 4º). Ausente será aquel que, en los términos de los arts. 473 y ss., tiene

paradero ignorado y ha dejado de estar en comunicación con los suyos. El curador puede, desde luego, renunciar por el ausente. No se le impone la aceptación; pero si acepta debe hacerlo, como queda dicho, con beneficio de inventario. En cuanto a la renuncia, se sujetará a lo prescrito en el art. 397.

iii. Si el asignatario ausente no compareciere por sí o por legítimo representante en tiempo oportuno, se le nombrará curador de bienes que le represente, y acepte por él con beneficio de inventario (1232 inciso 4).

iv. Facultades del asignatario durante el plazo para deliberar (1232 inciso 2 y 3):

- 1.** Puede inspeccionar el objeto asignado.
- 2.** Puede implorar las providencias conservativas que le conciernan.
- 3.** No será obligado al pago de ninguna deuda hereditaria o testamentarias; pero podrá serlo el albacea o curador de la herencia yacente en sus casos.
- 4.** Podrá inspeccionar las cuentas y papeles de la sucesión.

v. En todo caso el asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia. (1233). Se trata de un efecto que se produce por el solo transcurso del plazo sin optar. No se requiere una declaración judicial. Se trata de una caducidad de la opción.

El inciso final del artículo 1232 y el artículo 1233 parecen estar en contradicción ya que el artículo 1233 señala que el asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia. Vale decir que si transcurriere el tiempo concedido por el tribunal y el asignatario no expresa su voluntad, se entiende que repudia. La jurisprudencia ha dicho que es fatal el plazo de cuarenta días que la ley fija en el artículo 1232 para que un asignatario exprese si acepta o repudia. En consecuencia, toda declaración que se haga después de su vencimiento no vale; pero para ello exige la ley que exista una demanda de cualquiera persona que tenga interés en ello, o sea, que se ejercite un derecho contra un asignatario determinado a quien debe requerirse el cumplimiento de la obligación de declarar si acepta o repudia la asignación, declaración que es menester hacer dentro del plazo fijado para los efectos de su validez. Y si a pesar del requerimiento judicial no la hace o la efectúa fuera del término fatal, incurre en mora, conforme al número 3º del artículo 1551 del Código Civil. Se trata en consecuencia de una voluntad presuntiva que se deduce de la mora en declarar si acepta o repudia, esta norma es una excepción ya que se trata de una renuncia tácita.

Ahora bien, el inciso final del artículo 1232 se coloca en el caso de que el asignatario no comparece por sí o por legítimo representante y no puede aplicarse el mecanismo antes referido, se le nombrara un curador de bienes que lo represente, el cual aceptara con beneficio de inventario.

No estamos por lo tanto en una contradicción ya que la ley expresamente señala

que el curador de bienes acepta con beneficios de inventario y por ello no se podrá entender que repudia.

E. Formas de aceptación y repudiación.

1. Aceptación de la herencia.

El artículo 1241 señala que la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita.

a. Expresa: Cuando se toma el título de heredero. Se entiende que alguien toma el título de heredero, cuando lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial. Ej: petición de la posesión efectiva.

b. Tácita: Es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero. La enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objetos de administración urgente, es acto de heredero, si no ha sido autorizada por el juez a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal (1244).

Los actos puramente conservativos, los de inspección y administración provisoria urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación.

2. Aceptación de un legado.

a. Expresa: Cuando el legatario formula una explícita declaración de voluntad de hacer suyo el legado.

b. Tácita: Cuando el legatario ejecuta un acto que supone necesariamente la intención de aceptar como ocurre por ejemplo si un asignatario vende, dona o transfiere de cualquier modo a otra persona el objeto que se le ha deferido, o el derecho de suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta.

3. Repudiación de una herencia o legado.

La repudiación debe ser siempre expresa, ella no puede presumirse sino en los casos expresamente previstos en la ley como ocurre por ejemplo en el caso que el asignatario se constituye en mora de declarar si acepta o repudia (1235 y 1233).

Cabe tener presente que nada impide a un asignatario repudiar, cuando su nombre ha sido incluido en la petición de la posesión efectiva presentada ante el tribunal competente, si la herencia es testada, o en la resolución administrativa dictada por el respectivo Director Regional del Registro Civil e Identificación, si la herencia fuere intestada. Por lo demás, así lo estableció, para el último caso, el artículo 6º de la Ley número 19.903.

4. Repudiación en perjuicio de los acreedores.

Artículo 1238 c.c: "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde (impropiedad del legislador, es más propio hablar de revocación) sino a favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y

en el sobrante subsiste. Hay que tener presente que esta acción se le concede a los acreedores del asignatario, no del causante.

El artículo 1238 del Código Civil establece una acción oblicua o subrogatoria a favor de los acreedores del asignatario que repudia en perjuicio de ellos. Entonces los acreedores se van a subrogar en los derechos de su deudor asignatario haciéndose autorizar por el juez para este efecto. Ojo: acción oblicua o subrogatoria no confundirla con la acción que emana del pago con subrogación.

La doctrina a discutido acerca de la naturaleza de la acción del artículo 1238 c. c:

i. Don Manuel Somarriva sostiene que es una acción pauliana o revocatoria ya que el heredero obtiene la herencia por el solo ministerio de la ley de forma tal que cuando repudia hace disminuir su patrimonio, finalidad que se impugna con la acción revocatoria.

ii. Don Luis Claro Solar plantea que estamos en presencia de una acción oblicua o subrogatoria ya que se persigue que ingrese al patrimonio del asignatario un derecho que no se ha incorporado a su patrimonio. Esto último toda vez que en nuestro derecho los efectos de la repudiación se retrotraen al momento de la delación (1239).

iii. Don Ramón Domínguez Águila y Ramón Domínguez Benavente estiman que estamos en una dualidad de acciones por una parte se ejerce la acción pauliana para dejar sin efecto la repudiación y por otro lado se ejerce la acción oblicua a fin de aceptar por el deudor e incorporar los bienes en su patrimonio.

iv. Pablo Rodríguez Grez estima que estamos en una conjunción de dos acciones, la acción pauliana estará destinada a dejar sin efecto la repudiación y luego de consumada la revocación del acto unilateral se ejercerá la acción subrogatoria previa autorización del juez.

¿Por qué tendrá importancia la distinción?

La razón es acerca de la prescripción de las acciones, la acción pauliana prescribe en 1 año contado desde la celebración del acto, en cambio la oblicua prescribe en 5 conforme a las reglas generales.

F. Sustracción de los efectos hereditarios y que consecuencias ello trae. (1231)

1. Heredero:

- i.** Perderá la facultad de repudiar la herencia.
- ii.** Permanecerá como heredero, pero no tendrá parte alguna en los objetos sustraídos.
- iii.** Quedará sujeto a las penas que por el delito corresponda.

2. Legatario:

- i.** Perderá los derechos que como legatario pudiese tener sobre dichos objetos. Adicionalmente si no tiene el dominio sobre los objetos sustraídos será obligado a restituir el duplo. Por ende, si era dueño (porque se trataba de un legado de especie o cuerpo cierto y el legatario sustrajo precisamente la cosa que se le había legado), no restituirá el duplo, aunque igual perderá su legado.

ii. Al igual que el heredero se verá afectado por las penas que por el delito corresponda.

Cabe precisar que "sustraer", en la acepción usada por el Código, ha de entenderse como hurtar o robar (aunque en rigor, no se trata de dichos delitos, pues los bienes pertenecen, en parte al menos, al heredero) u ocultar bienes, es decir, llevar a cabo una sustracción fraudulenta.

G. Efectos de la aceptación y repudiación.

1. Por la aceptación se asume la calidad de heredero o legatario.
2. Por la repudiación se entiende que el asignatario nunca adquirió ningún derecho en la sucesión.
3. Los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que esta haya sido deferida (1239 inciso 1).
4. La misma regla anterior se aplica a los legados de especie (1239 inciso 2) pero no se aplica a los legados de genero ya que hasta que no medie la entrega de la cosa legada estaremos en presencia de una obligación indeterminada.
5. La declaración judicial de la calidad de heredero, así como la declaración judicial de haber aceptado pura y simplemente una herencia o con beneficio de inventario produce **efectos erga omnes**, es decir tales calidades podrán ser alegadas por cualquier interesado sin necesidad de nuevo juicio. De conformidad con el principio general consignado en el artículo 3 del CC, las sentencias tienen efectos relativos, afectan sólo a las partes que han intervenido en el litigio. Pero este artículo 1246 constituye una excepción a dicho principio general.

H. Aceptación con beneficio de inventario.

Origen: Ocurría en Roma que inicialmente, los herederos "suyos y necesarios" (los que parcialmente, coinciden con los forzosos, en el lenguaje de nuestro Código) no podían eximirse de aceptar la herencia del causante, resultando muchas veces perjudicados por ser más las deudas que los bienes del causante. Para remediar esta situación, el pretor les otorgó el beneficio que consistía en la facultad que se otorgaba a los herederos "suyos y necesarios" de abstenerse de aceptar la herencia, no mezclándose para nada con ella.

1. Concepto:

Artículo 1247 c. c: "El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del **valor total** de los bienes que han heredado".

En consecuencia, este beneficio tiene por finalidad poner un límite a la responsabilidad del heredero que acepta la herencia. Sin este beneficio la responsabilidad del heredero es ilimitada y la obligación ultra vires hereditatis, es decir el heredero sucederá en todas las obligaciones transmisibles del difunto a prorrata de su cuota hereditaria, aun cuando le impongan un gravamen que exceda al valor de los bienes que hereda. (1245 inciso 1).

2. Características:

- a.** Este beneficio o las normas que la regulan son de orden público.
- b.** El testador no podrá prohibir a un heredero el aceptar con beneficio de inventario (1249). Pablo Rodríguez Grez señala que estamos ante un derecho que no puede renunciarse anticipadamente por hallarse dicha renuncia prohibida en la ley. Si tal ocurre, el heredero, al fallecimiento de su causante, podrá aceptar con beneficio de inventario y obtener todo el provecho que de ello se sigue. Es una facultad que corresponde invocar o renunciar exclusivamente al heredero.
- c.** Se trata de una institución establecida exclusivamente a favor de los herederos y no de los legatarios, como se desprende del propio artículo 1247, que no alude a los últimos. Con todo el legatario de todas formas tiene una responsabilidad limitada, circunscrita al monto de lo recibido por concepto de legado.

3. Requisitos:

A. Que se solicite por uno o más herederos, no por un legatario. A este respecto el artículo 1248 señala que, si de muchos coherederos los unos quieren aceptar con beneficio de inventario y los otros no, todos ellos serán obligados a aceptar con beneficio de inventario. Con todo, esta situación sólo podría presentarse en la medida en que ninguno de los herederos hubiere efectuado actos de tal, pues si así hubiere ocurrido, le resulta imposible impetrar después el beneficio de inventario. Por eso, afirma Pablo Rodríguez Grez que en tal caso, debe admitirse que algunos herederos acepten con beneficio de inventario y otros no. Agrega este autor que la hipótesis a que alude el artículo 1248, ha de quedar reducida al hecho de que, antes de realizarse actos que importen la aceptación de la herencia, los coherederos discrepan sobre si aceptan pura y simplemente o con beneficio de inventario. Sólo en tal supuesto es aplicable el artículo 1248 precitado.

B. Que el heredero lo demande expresamente al momento de aceptar la herencia. Por regla general la aceptación de una herencia es pura y simple y en consecuencia la aceptación con beneficio de inventario es una excepción a esa regla general y a raíz de esto último el artículo 1252 señala que todo heredero conserva la facultad de aceptar con beneficio de inventario mientras no haya hecho acto de heredero. Basta decir en el escrito por el cual se pide la posesión efectiva, que ésta sea concedida con beneficio de inventario.

Por excepción no es necesario demandar expresamente el beneficio cuando a precedido inventario solemne, ya que en tal caso se presume que el heredero goza de este beneficio (1245 inciso 2).

C. Que no se hayan realizado actos de heredero. (Artículo 1252 c. c) En caso de existir actos de herederos habrá una aceptación tácita de la herencia y por lo tanto el heredero será obligado en todas las obligaciones transmisibles del causante.

D. Que se practique inventario solemne.

De conformidad al artículo 858 del Código de Procedimiento Civil, inventario solemnes el que se hace previo decreto judicial, por el funcionario competente

y con los requisitos exigidos por la ley. Tiene el carácter de instrumento público. Los requisitos del inventario solemne son los siguientes:

- Presencia de un Notario, quien con autorización judicial puede ser reemplazado por otro ministro de fe, y de dos testigos mayores de edad, que sepan leer y escribir y sean conocidos del ministro de fe.
- Debe dejarse constancia de la identidad de la persona que hace la manifestación de los bienes.
- Debe citarse a todos los interesados conocidos y que según la ley tengan derecho a asistir al inventario. El artículo 1255 señala a las personas que tienen derecho de asistir al inventario: el albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito. Agrega esta norma de que todas estas personas tendrán derecho de reclamar contra el inventario en lo que les pareciere inexactos.
- Debe dejarse constancia en el inventario, en letras, del lugar, día, mes y año en que comienza y concluye cada parte del inventario.
- Antes de cerrar el inventario, el tenedor de los bienes o el que hace la manifestación de ellos jurará que no hay otros bienes que declarar.
- El inventario será firmado por el tenedor o manifestante, los interesados, el ministro de fe y los testigos.
- Debe protocolizarse el inventario en el Registro del Notario que lo haya firmado o en aquél que designe el tribunal, si ha intervenido otro ministro de fe. En el inventario se dejará constancia de la protocolización (artículos 859 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).

El artículo 1254 del Código Civil además regula una situación especial relativa a que el difunto hubiere formado parte de una sociedad en que se hubiere estipulado que la sociedad continúe con sus herederos después de su muerte, no por eso en el inventario que haya de hacerse dejarán de ser comprendidos los bienes sociales; sin perjuicio de que los asociados sigan administrándolos hasta la expiración de la sociedad, y sin que por ello se les exija caución alguna.

E. El inventario debe ser fidedigno, el inventario debe ser fiel, completo y exacto ya que si el heredero en la confección del inventario omitiere de mala fe hacer mención de cualquiera parte de los bienes por pequeño que sea o supusiere deudas que no existan no gozará del beneficio de inventario. El artículo 382 del Código Civil alude a las menciones que debe contener el inventario, abarcando la totalidad de los bienes corporales e incorporales de una persona.

F. Que se tasan los bienes incluidos en el inventario.

No lo dijo expresamente la ley, pero del tenor de los artículos 1247, 1257 y 1260, todos del Código Civil, no podría concluirse de otra forma, pues si la ley advierte en el primer artículo que el heredero beneficiario sólo responderá hasta el "valor" de los bienes heredados, es obvio que dicho valor ha de constar en una tasación; a su vez, en el segundo artículo, se establece que los bienes que sobrevengan a la herencia se agregarán al "inventario y tasación", de manera que la ley discurre sobre la base que la tasación ha de efectuarse necesariamente; finalmente, en el artículo 1260 se alude expresamente a "los valores en que hubieren sido tasados".

4. Personas obligadas a aceptar con beneficio de inventario. Artículo 1250 c.c:

La regla general es que el heredero, con plena libertad, escoja aceptar la herencia pura y simplemente o con beneficio de inventario. Excepcionalmente, ciertos herederos están obligados a aceptar con beneficio de inventario:

- 1.** Las herencias del fisco y de todas las corporaciones y establecimientos públicos se aceptarán precisamente con beneficio de inventario.
- 2.** Las herencias que recaigan en personas que no pueden aceptar o repudiar sino por el ministerio o autorización de otras.
- 3.** El artículo 1251 agrega a los herederos fiduciarios.

En las situaciones 1 y 2 si no se solicitare el beneficio de inventario la ley de todos modos lo establece y por lo tanto las señaladas personas no serán obligados por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda, o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas (1250 inciso 3). Se le llama a lo anterior Beneficio de Inventario Calificado. Como agrega Pablo Rodríguez, el inciso 3º del artículo 1250 responde al mismo principio que inspira la protección de los incapaces.

El problema es que el artículo 1250 se refiere solo al punto 1 y 2 y nada dice del heredero fiduciario

La respuesta que da la doctrina que no es aplicable la solución del artículo 1250 inciso 3 por ser una norma de excepción, pero si podría ser un caso de responsabilidad civil extracontractual ya que el propietario fiduciario pudo no acogerse al beneficio de inventario por negligencia y en consecuencia deberá responder de los perjuicios causados al fideicomisario.

4. Los coherederos, cuando uno o algunos de los restantes integrantes de la sucesión, quieran aceptar la asignación con beneficio de inventario (artículo 1248 del Código Civil).

5. Efectos.

a. Limita la responsabilidad del heredero hasta la concurrencia del valor total de los bienes que ha heredado.

b. ¿Separación de patrimonios o responsabilidad por el valor?

En el primer caso los acreedores solo podrán pagarse con los bienes físicamente incluidos en el patrimonio del causante.

En el segundo caso el acreedor tendrá derecho a pagarse por el monto o valor de la deuda, tanto en los bienes que forman parte del patrimonio del causante como aquellos que forman parte del patrimonio del heredero. Así opina la mayoría de la doctrina y P. Rodríguez.

Surge aquí, como destaca Rodríguez Grez una cuestión interesante: ¿aumenta o disminuye la responsabilidad del heredero por el aumento o disminución del valor de los bienes heredados por causas posteriores a su adquisición? Para quienes piensan que los bienes que se heredan se confunden con los bienes del heredero, el aumento o disminución del valor de ellos en nada afecta la responsabilidad del heredero. En este sentido, Somarriva señala que el heredero responderá por el valor de los bienes hereditarios, según aquél que tenían al momento de ser deferida la

herencia, y no por aquél que tengan al momento de ser demandado el heredero por el acreedor. En consecuencia, el aumento de valor de dichos bienes favorecerá al heredero beneficiario y lo perjudicará su disminución. De esta forma, por ejemplo, si a la muerte del causante (momento en el cual, por regla general, se deferirá la herencia) los bienes heredados se avaluaban en \$ 50.000.000.- y seis meses después sólo valen \$ 40.000.000.-, el heredero seguirá respondiendo por los \$ 50.000.000.-; a la inversa, si en el mismo lapso aumenta su valor a \$ 60.000.000.-, el heredero seguirá respondiendo sólo hasta los \$ 50.000.000.- originales. Para quienes piensan lo contrario, dicha responsabilidad variará en función del valor de los bienes heredados.

Luis Claro Solar se apunta con la tesis de la **responsabilidad por el valor**, dando los siguientes argumentos:

1. Un examen exegético de la ley nos lleva a concluir que el efecto del beneficio de inventario es que el heredero será responsable del valor total de los bienes que ha heredado (1247 y 1257).

2. Si efectivamente hubiere separación de patrimonios el legislador debió haber previsto que el heredero no podrá enajenar los bienes del causante sino cuando se hubiere pagado íntegramente la deuda hereditaria, dicha prohibición no se encuentra en la ley.

Ramón Meza Barros se apunta por la tesis de la **separación de patrimonios**, dando los siguientes argumentos:

1. No se explica de otro modo que el beneficio de inventario impida que las deudas o créditos del heredero beneficiario se confundan con las deudas y créditos de la sucesión. (1259).

A consecuencia del artículo 1259 expresamente señala que no se confunden los patrimonios.

2. De igual modo se explica que el pago de las deudas hereditarias que haga el heredero que acepto con beneficio de inventario y con su dinero importen una subrogación en los derechos de los acreedores a objeto de conseguir el reembolso de lo pagado (1610 numero 4).

Si no hubiere separación de patrimonios el heredero estaría pagando una deuda propia y no habría subrogación.

3. El artículo 2487 señala que las preferencias de la primera y cuarta clase, a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectarán de la misma manera los bienes del heredero. Salvo que el heredero haya aceptado con beneficio de inventario porque en tal caso las preferencias afectarán solamente a los bienes inventariados.

4. Los artículos 1262 y 1263 permiten al heredero eximirse de responsabilidad probando que los bienes de la herencia han sido totalmente consumidos.

5. El artículo 1261 establece como causa para liberarse de la responsabilidad el que el heredero haya abandonado a los acreedores los bienes sucesorios.

c. Beneficio de inventario **impide que se produzca la confusión de las deudas y créditos entre heredero beneficiario y el causante** (1259 y 1669). No opera por tanto entre la sucesión y el heredero beneficiario el modo de extinguir confusión, de manera que el heredero podrá demandar a la sucesión para que ésta le pague aquello que el causante debía al primero y a la inversa, la sucesión podrá demandar al heredero para obtener el pago de lo que éste debía a la primera. Pero respecto de los bienes, los **bienes propios del heredero** se confunden con los bienes del causante que se reciben por herencia. Con todo, esta confusión no alcanza a las preferencias de primera y cuarta clase (artículo 2487). Los acreedores podrán alegar sus privilegios de primera y cuarta clase sobre los bienes comprendidos en el beneficio de inventario. La confusión tampoco se extiende a las deudas y créditos de la sucesión, los que no se confunden con las deudas y créditos del heredero. Así las cosas, la confusión se restringe sólo a los bienes corporales y a los derechos reales

d. Pago por subrogación. El artículo 1610 número 4 señala: "se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente, Número 4: Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia."

e. Responsabilidad del heredero beneficiario.

i. El heredero que acepto con beneficio de inventario se hace responsable no solo del valor de los bienes que entonces efectivamente reciba, sino de aquellos que posteriormente sobrevengan a la herencia sobre que recaiga el inventario (1257). Esto último es porque el inventario no es coetáneo a la petición del beneficio de inventario se hace con posterioridad, pudiendo impugnarse.

ii. El heredero beneficiario se hará responsable de todos los créditos como si los hubiese efectivamente cobrado; sin perjuicio de que para su descargo en el tiempo debido justifique lo que sin culpa suya haya dejado de cobrar, poniendo a disposición de los interesados las acciones y títulos insolutos. (1258). Rodríguez Grez concluye que el heredero deberá emplear un cuidado medio en la cobranza de los créditos que reciba de la sucesión.

iii. El heredero beneficiario será responsable hasta **por culpa leve** de la conservación de las especies o cuerpos ciertos que se deban, así mismo es de su cargo el peligro (pérdida) de los otros bienes de la sucesión, y sólo será responsable de los valores en que hubieren sido tasados (1260). Con ello, la ley quiere enfatizar que el riesgo por la pérdida de la cosa, aún por caso fortuito o fuerza mayor, será del heredero, lo que no constituye una novedad, considerando el principio de que las cosas perecen para su dueño.

6. Extinción de la responsabilidad del heredero beneficiario.

A. Por abandono de bienes a los acreedores:

El heredero beneficiario podrá en todo tiempo exonerarse de sus obligaciones abandonando a los acreedores los bienes de la sucesión que deba entregar en especie, y el saldo que reste de los otros, y obteniendo de ellos o del juez la aprobación de la cuenta que de su administración deberá presentarles (1261).

Tres actos distinguimos al efecto:

- i)** Entrega a los acreedores, de los bienes que se deban en especie;
- ii)** Entrega del saldo que reste de los otros bienes; y
- iii)** Aprobación, por los acreedores o por el juez, de la cuenta por la administración realizada por el heredero.

La ley no ha dicho si el abandono se hace con el objeto de realizar los bienes (o sea, venderlos en pública subasta) o si dicho abandono supone una transferencia del dominio en virtud de una dación en pago. Frente a este silencio del legislador, parece preferible inclinarse por estimar que estamos ante una **dación en pago**, pues el legislador no ha exigido la realización de los bienes.

Rodríguez Grez sostiene que en este caso se plantea un problema importante: qué destino siguen los bienes abandonados. En otras palabras, **quién ejerce el dominio en relación con ellos**. Desde luego, recordemos que la ley nada dice sobre este particular ni impone tampoco a los acreedores ningún tipo de obligaciones. Descartemos, igualmente, que el heredero pueda seguir siendo dueño, ya que, si enajenados los bienes se produce una diferencia por ser su producido superior al monto de las deudas, es indudable que el heredero no tiene derecho alguno sobre este saldo eventual. Por consiguiente, los acreedores se hacen dueños, a prorrata de sus créditos, de los bienes abandonados y que, en consecuencia, pueden ellos de consuno darle el destino que estimen conveniente (dación en pago). Pueden, por lo mismo, asignárselos en dación en pago, o enajenarlos para pagar las deudas, o gravarlos, etc. Si enajenados los bienes abandonados resultare un saldo una vez pagadas las deudas, este saldo se prorratea entre los acreedores, puesto que son ellos los dueños de los bienes liquidados.

En contrario esta Ramón Meza Barros que es de la opinión que el heredero conserve el dominio de estos bienes de lo cual se puede seguir 2 consecuencias:

- i.** Que él podría pagar las deudas en su totalidad y recuperar las cosas abandonadas.
- ii.** Si hubiere un remanente le pertenecerá al heredero.

B. Inversión o agotamiento de los bienes en el pago de las deudas (1262-1263). En este caso el heredero opto por asumir él la administración de los bienes y su posterior realización a objeto de que con el producido proceder a satisfacer las deudas de que son titular los acreedores.

Una vez que se consumieran estos bienes el juez a petición de los herederos y mediante tres avisos citará a los acreedores hereditarios y testamentarios cuyos créditos no hayan sido pagados con el objeto de que el heredero rinda a estos acreedores una cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que haya hecho, es decir, de los pagos efectuados. Rodríguez Grez expresa que, para estos efectos, el heredero beneficiario actúa como un verdadero mandatario de los acreedores, ya que debe rendir a ellos cuenta de lo hecho con los bienes recibidos y serán éstos quienes podrán aprobar lo actuado o, a la inversa, impugnarlo, en cuyo

caso el juez resolverá la controversia.

En el caso de que los acreedores o el juez, si ha habido discordia, aprueban la cuenta realizada por el heredero este será declarado libre de toda responsabilidad posterior. En el evento que no se haya realizado o efectuado el procedimiento anterior y compareciere un acreedor exigiendo el pago de su crédito el heredero podrá excepcionarse alegando que los bienes han sido consumidos, lo cual será probado por una cuenta exacta y en lo posible documentada de las inversiones que haya realizado.

En relación al agotamiento o consumo de los bienes heredados, plantea Pablo Rodríguez Grez la siguiente situación: "Interesa dilucidar qué sucede si el heredero beneficiario es demandado por el pago íntegro de una deuda hereditaria, en aquellos casos en que excepcionalmente no se sigue la regla del artículo 1354. Así acontecerá, por ejemplo, si se demanda al heredero beneficiario por una deuda que el causante estipuló que debería pagar cualquiera de sus herederos en la totalidad (artículo 1526 número 4 inciso 2º). ¿Puede exonerarse de pagarla íntegramente el heredero beneficiario aduciendo que los bienes que restan de los recibidos no alcanzan a cubrirla o que se han agotado todos los bienes y cosas hereditarias?".

Para contestar dicha interrogante, Rodríguez Grez distingue según se trate de obligaciones de género y de obligaciones de especie o cuerpo cierto:

- i) Si se trata de obligaciones de género, como por ejemplo el pago de una suma de dinero: en este caso, **"el beneficio de inventario se sobrepone al carácter indivisible de la obligación"**. Por lo tanto, podrá alegar su exención o limitación de responsabilidad, no obstante, el carácter indivisible de la obligación.";
- ii) Si se trata de obligaciones de especie o cuerpo cierto: en este caso, "si el heredero beneficiario ha recibido la especie o cuerpo cierto adeudado, deberá pagarlo, y si al transferirlo excede la parte o cuota que le corresponde, tendrá acción para que los demás herederos le enteren la parte o cuota que a ellos corresponde en la deuda".

7. Situación del heredero beneficiario, que paga deudas que exceden el valor de los bienes recibidos en la herencia.

Una cuestión debatida en la doctrina, es aquella consistente en determinar si estamos o no ante un caso de obligación natural, cuando el heredero beneficiario paga obligaciones del causante excediendo el valor de los bienes recibidos de éste por sucesión por causa de muerte. Se trata de la renuncia por el heredero beneficiario, a su derecho a impetrar el beneficio que lo ampara y limitar así su responsabilidad ante los acreedores del causante. La renuncia podrá ser expresa o tácita, operando la última cuando el heredero beneficiario no hace valer su beneficio ante la demanda de un acreedor del difunto.

En el caso planteado, pagando el heredero beneficiario deudas que exceden el valor de los bienes hereditarios, no podrá repetir contra los acreedores del causante. Si bien en la práctica estaríamos ante el efecto propio de las obligaciones naturales, atendido lo dispuesto en el artículo 1470 del Código Civil, se ha estimado que se trataría del **pago de una obligación civil**, renunciando sencillamente el heredero beneficiario a la limitación de responsabilidad consagrada en la ley en su favor, y por ende, a cuyo respecto puede operar el artículo 12 del Código Civil, pues se trata de una renuncia que mira al solo interés del renunciante. En efecto, señala Alessandri, si demandado el heredero beneficiario, éste no opuso el beneficio de inventario y fue condenado al pago de la deuda, no puede sostenerse que estaría

pagando una obligación natural, pues si así fuera, podría repetir lo pagado, habida cuenta que para retener el acreedor lo dado o pagado en virtud de una obligación natural, es menester que el pago sea voluntario, y en el ejemplo anterior, faltaría este requisito, ya que el deudor ha sido obligado por medio de una sentencia judicial.

En todo caso si el heredero beneficiario paga, se subrogará en los derechos del acreedor y podrá obtener el reembolso de lo pagado, demandado a los restantes herederos, atendido lo dispuesto en el artículo 1610 número 4 del Código Civil.

VI. Medidas de seguridad.

Se trata de un conjunto de medidas que es posible adoptar para evitar el ocultamiento de los bienes del difunto, a fin de que quienes crean tener interés en la sucesión, puedan ejercer sus derechos sin soportar un detrimento del patrimonio del causante. Estas medidas de seguridad son las siguientes:

- 1.** Guarda y oposición de sellos.
- 2.** La declaración de herencia yacente y nombramiento de un curador para dicha herencia.
- 3.** Facción de inventario.
- 4.** Medidas precautorias. Se plantea la doctrina si es posible que un heredero haga uso de las medidas precautorias reglamentadas en el art. 290 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Se concluye que es posible que cualquier heredero impetre una medida precautoria, de aquellas señaladas en el art. 290, o innominadas, conforme a lo prescrito en el art. 289, ambas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, siempre que ella esté inserta en una acción judicialmente deducida. Así sucederá si el heredero inicia juicio contra los demás herederos o contra un tercero, si éste, por ejemplo, detenta ilegalmente un bien de la sucesión.

Características de las medidas conservativas.

- a)** Corresponden a todos los interesados en la sucesión: art. 1222, "...todo el que tenga interés en ella, o se presuma que pueda tenerlo..." Dado lo anterior, el que requiere estas medidas no se encuentra obligado a acreditar derechos en la sucesión; basta con invocar un interés supuesto o presuntivo.
- b)** Todas las medidas conservativas tienen por objeto asegurar el patrimonio sucesorial. Se trata de impedir que los bienes dejados por el causante se deterioren, sustraigan u oculten.
- c)** Las medidas conservativas son provisionales. Algunas de ellas cesan cuando se han adoptado los resguardos necesarios; otras, que tienen carácter permanente, como el inventario, son provisionales, sin embargo, es decir, pueden modificarse o complementarse.
- d)** Las medidas conservativas no confieren derechos. Ellas tienen una finalidad de custodia, prueba y seguridad, pero no otorgan derechos a los peticionarios.
- e)** Se decretan judicialmente. Requieren de una sentencia que las ordene.

I. Guarda y oposición de sellos (1222).

1. Concepto:

Consiste en que después de efectuada la apertura de la sucesión y mientras no se hace inventario solemne de los bienes hereditarios, todos los muebles y papeles de la sucesión se guardan bajo llave y sello, a fin de que no desaparezcan, se deterioren u oculten.

La aposición de sellos consiste en la colocación de tiras o papeles fijados con lacre u otra sustancia semejante de modo que no pueda abrirse sin rotura un mueble, pieza u habitación. En otras palabras, consiste en sellar las dependencias en que se encuentran ubicados dichos bienes y papeles

La guarda consiste en la custodia de las llaves de los muebles o lugar en que estén ubicados los bienes sujetos a la aposición de sellos. Estas llaves quedarán en poder de una persona de notoria probidad y solvencia que el juez designare o bien en el oficio del secretario (872 del cpc).

No se guardaran bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano (sería muy obvio si alguien lo ocultara y para no perjudicar a las personas que vivían con el causante.) pero si se formara lista de ellos (1222 inciso 2 y 874 inciso 4).

En conformidad al art. 874 del CPC, el tribunal puede, si lo estima conveniente, eximir también el dinero y las alhajas (joyas) de la formalidad de la guarda y aposición de sellos. En tal caso, mandará depositar estas especies en un Banco o en las arcas del Estado, o las hará entregar al administrador o tenedor legítimo de los bienes de la sucesión.

2. ¿Quién puede solicitarla?

El artículo 1222 se refiere "a todo quien tenga interés en la sucesión o se presuma que pueda tenerlo". Así sucederá por ejemplo con el heredero, con el legatario o con el acreedor del difunto.

El artículo 1284 señala que el albacea mientras no se haga inventario solemne se encontrara obligado a solicitar esta medida de seguridad.

3. Desde cuándo y hasta cuándo puede pedirse.

Puede pedirse desde el momento mismo en que fallece el causante, es decir, desde la apertura de la sucesión. Por ello, algunos autores, como Somarriva, la tratan en el capítulo "De la apertura de la sucesión". Cabe advertir que ninguna medida conservativa puede pedirse antes que se abra la sucesión, ya que en vida del causante nadie tiene derechos sucesorios sobre sus bienes, sino sólo meras expectativas.

La medida conservativa de guarda y aposición de sellos, subsistirá hasta que se haga inventario solemne, pues desde entonces queda ya prueba preconstituida de la existencia de los bienes, sin perjuicio de poder volver a reclamarla en caso de que aparezcan nuevas dependencias del causante, de que no se tuvo noticia al momento de practicarse dicho inventario.

4. Procedimiento.

Artículo 1222 c. c en su inciso 3 señala que la guarda y aposición de sellos deberá hacerse por el juez con las formalidades legales.

Reglas importantes:

1. Es competente el tribunal del lugar en que se hubiera abierto la sucesión. En el evento que los bienes de la sucesión estuvieren esparcidos en diversos lugares dentro del territorio jurisdiccional de otros jueces de letras, **el juez de letras ante**

quien se hubiere abierto la sucesión, a instancia de cualquiera de los herederos o acreedores, dirigirá exhortos a los jueces de los otros territorios jurisdiccionales, para que procedan por su parte a la guarda y aposición de sellos, hasta el correspondiente inventario en su caso. (1223)

2. El juez practicará la diligencia por sí mismo o comisionara a su secretario o a algún notario del territorio jurisdiccional, quienes se asociarán con dos testigos mayores de 18 años que sepan leer y escribir. (872 inciso 1 cpc)

3. El juez, el secretario o el notario procederán a cerrar materialmente las dependencias del fallecido, sellándolas de manera que no sea posible quebrantar los sellos sin que ello sea advertido. Practicada la guarda y puestas bajo llave las dependencias del causante, el juez designará una persona de "notoria probidad y solvencia" que se encargue de la custodia de las llaves, o éstas se depositarán en el oficio del secretario (art. 872, 2º del Código de Procedimiento Civil).

4. La diligencia se llevará a cabo no obstante cualquier oposición de parte interesada y las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo (873 cpc).

5. El funcionario a cargo de la diligencia podrá pesquisar el testamento de entre los papeles de la sucesión (873 inciso 2 CPC).

6. En el evento que entre los bienes de la sucesión hubiere dinero o alhajas (son cosas de mucho valor y estima, como un mueble o adorno precioso o una joya) el juez podrá disponer que estos se depositen en un Banco o en arcas del Estado (fiscales) o sean entregadas al administrador o tenedor legítimo de los bienes de la sucesión (874 cpc).

7. La diligencia se llevará a cabo aun cuando no se presentaren interesados (875 CPC).

8. Violación de sellos y quebrantamiento de guarda. Puede ser constitutivo de delito, según el art 270 y siguientes del CP "de la rotura de sellos".

5. Gastos de esta diligencia (1224).

El costo de la guarda y aposición de sellos gravará a toda la sucesión, a menos que determinadamente recaiga sobre una parte de ellos, en cuyo caso gravarán esa sola parte.

En la primera situación, esto es cuando los costos afectan a toda la sucesión, estaremos en presencia de una baja general de la herencia (959 numero 1).

6. Término de la guarda y aposición de sellos.

La guarda y aposición de sellos es una medida esencialmente provisional que cesa una vez que procede la facción del inventario solmene de los bienes y demás efectos hereditarios (122 y 1223).

En el caso de que se ponga término a esta medida de seguridad, la ley ha previsto especialmente la forma en que debe procederse a la ruptura de los sellos y apertura de la guarda. Ello deberá hacerse judicialmente, con citación de las personas que pueden tomar parte en la facción de inventario. Los codueños de los bienes que deben inventariarse se citarán personalmente, si residen en el mismo territorio

jurisdiccional del tribunal que decretó la medida; los demás, serán citados por avisos publicados durante 3 días en un diario de la comuna o de la capital de provincia o de la capital de región, cuando allí no los haya (arts. 876 y 860, del Código de Procedimiento Civil).

Las personas que tienen derecho a asistir a la facción de inventario están señaladas en el artículo 1255 c. c.

II. Declaración de herencia yacente.

A. Concepto e ideas generales.

Nosotros hemos señalado que la aceptación de la herencia se retrotrae al tiempo en que la herencia fue deferida (1239). Ahora bien, en la práctica durante el tiempo intermedio los bienes que componen la sucesión quedan desamparados, salvo que el causante haya designado a una persona que los tenga bajo su cuidado.

De esta manera la declaración de herencia yacente tiende a evitar este problema y procede a la conservación del patrimonio hereditario.

Teniendo en cuenta lo anterior el artículo 481 señala que se dará curador a la herencia yacente, esto es, **a los bienes de un difunto, cuya herencia no ha sido aceptada.** Agrega esta disposición que la curaduría de la herencia yacentes era dativa.

En este tema es importante distinguir 2 conceptos diversos: la Herencia Yacente y Vacante.

La herencia vacante es aquella que corresponde al fisco a falta de un heredero de mejor derecho, por lo general cuando no se presentan herederos que acepten la herencia es porque no los hay y en consecuencia, por lo general, coincide la herencia yacente con la vacante. Solo por regla general ya que puede suceder que exista herencia yacente pero no vacante.

B. Requisitos para que proceda esta medida de seguridad (1240).

1. Que se haya abierto la sucesión.
2. Que transcurra el plazo de 15 días contado desde la apertura de la sucesión sin que la herencia hubiere sido aceptada por ningún heredero universal o de cuota.
3. Que no se haya designado albacea con tenencia de bienes o que habiendo sido este nombrado no haya aceptado el encargo dentro del mismo plazo. El albaceazgo con tenencia de bienes excluye la herencia yacente, ya que el ejecutor testamentario, en este caso, tiene las mismas atribuciones que el curador de la herencia yacente (art. 1296).

C. Procedimiento:

1. Juez competente es el correspondiente al último domicilio del causante.
2. Quiénes son legitimados:
 - a. El cónyuge sobreviviente.
 - b. Cualquiera de los parientes o dependientes del difunto.
 - c. Cualquiera otra persona interesada en ello.
 - d. Juez de oficio.

3. Hechos que deben acreditarse y como se acreditan:

- a. Acreditar la muerte de una persona mediante un certificado de defunción.
- b. Que no se ha iniciado ninguna acción judicial

4. La resolución judicial que la declara, debe notificarse. La ley distingue para tal efecto:

- Notificación a los interesados con residencia en el territorio nacional: son notificados por medio de **un aviso** en que se insertará la resolución judicial respectiva, y que se publicará en un diario de la comuna, o de la capital de provincia, o de la capital de región: art. 1240, 1º (art. 885 del Código de Procedimiento Civil);
- Notificación a los herederos extranjeros: se les notifica mediante **oficio dirigido al cónsul respectivo**, a fin de que, en el término de 5 días, proponga, si lo tiene a bien, la persona o personas a quienes puede nombrarse curadores (art. 886 del Código de Procedimiento Civil);
- Al Ministerio de Bienes Nacionales: se le notifica mediante un oficio. Dicha repartición deberá realizar todas las diligencias e investigaciones necesarias para establecer si conviene o no a los intereses del Fisco solicitar la posesión efectiva de la herencia. Recordemos que el Fisco puede ser el último llamado en la herencia intestada (art. 995). Por ello si la dirección le da el visto bueno heredara el Fisco y estaremos ante una Herencia Vacante.

5. La misma resolución nombrará a la persona que se desempeñará como curador de la herencia yacente, este será un curador de bienes y tendrá las facultades y limitaciones del artículo 487 y 490.

6. Nombramiento del curador de la herencia yacente.

El curador es siempre dativo, es decir, lo designa el juez competente que conoce de ella (art. 481 en relación a los arts. 370 a 373, que se refieren a la tutela o curaduría dativa).

De tal modo, corresponde al juez designar al curador de la herencia yacente, y no a los interesados que puedan haber solicitado la declaración. La curaduría de la herencia yacente no podrá ser legítima ni testamentaria, en consecuencia.

Si habiendo herederos extranjeros y el cónsul de esos nacionales propone la designación de un curador, se estará al art. 483, designándose a la persona propuesta por dicho funcionario si fuere idónea, sin perjuicio de que los demás interesados en la sucesión soliciten al juez agregar a dicho curador o curadores otros.

Se armoniza así la situación de los interesados y acreedores chilenos y los herederos extranjeros, representados éstos últimos por el cónsul respectivo.

Cabe consignar que un fallo de nuestros tribunales declara que, frente a una herencia yacente, el cónsul extranjero sólo tiene facultad para proponer al curador, pero no puede intervenir en las cuestiones que se susciten con motivo de la declaración de yacencia de la herencia, ni está autorizado para negar su calidad de tal al heredero que acepta, ni para discutir su derecho a ella.

7. Facultades del curador de la herencia yacente.

Las facultades del curador de la herencia yacente son esencialmente administrativas

y tienen por objeto la custodia, conservación y protección de los bienes del difunto que componen la herencia. Como advierte Somarriva, la curaduría de la herencia yacente es una curaduría de bienes y no una curaduría general; no se extiende a las personas. Por eso, nuestros tribunales han declarado que el curador de la herencia yacente no representa a la

sucesión, y que, en consecuencia, no existe cosa juzgada entre un juicio seguido por los herederos y el intentado contra el curador de la herencia yacente.

Se aplican al efecto los artículos 487 a 490.

Las atribuciones del curador de la herencia pueden sintetizarse en los siguientes términos:

Puede adoptar todas las medidas ordinarias de administración en relación a la custodia y conservación de los bienes;

Puede pagar las deudas hereditarias y cobrar los créditos que formen parte del patrimonio del difunto. Precisamente, uno de los objetos de la curaduría de la herencia yacente es que los acreedores hereditarios tengan contra quién dirigir sus acciones. Por eso, nuestros tribunales han declarado que el curador de la herencia yacente puede ser citado a reconocer la firma del causante, para preparar la vía ejecutiva y también puede exigírsele confesión en juicio respecto de una deuda.

En cambio, otro fallo declara que el curador de la herencia yacente no puede solicitar la nulidad de un testamento que se atribuye al difunto, pues si bien es cierto que le competen las acciones y defensas de su representada -la herencia yacente-, esta representación se refiere al ejercicio de acciones que el causante tenía en su patrimonio cuando falleció y no a la emanada de un hecho que no afecta al causante, sino a posibles sucesores suyos.

Puede enajenar los bienes muebles corruptibles y los bienes muebles que se encuentren comprendidos en el giro ordinario del difunto, o que sea indispensable vender para el pago de las deudas;

Puede enajenar los demás bienes y realizar todos los demás actos convenientes a los intereses que representa, siempre que, justificando su necesidad y utilidad, sea autorizado expresamente por el juez al efecto; y

Puede ejercer todas las acciones judiciales que corresponden al difunto respecto de los bienes que componen la herencia y las defensas que procedan para asegurar y conservar dichos bienes.

8. Limitaciones y prohibiciones establecidas al curador de la herencia yacente. Los curadores de la herencia yacente están sujetos a todas las trabas y prohibiciones que se establecen para los tutores y curadores. En consecuencia, se les aplican los arts. 394 y 412, lo cual lo obliga:

A vender en pública subasta cuando se trata de bienes raíces o bienes muebles preciosos o que tienen valor de afección;

Les afectan las incompatibilidades de que trata el art. 412, en orden a celebrar actos o contratos en que tenga interés personal, relativos a los bienes de la sucesión, sin las autorizaciones de los otros curadores si los hay, o del juez en subsidio; y ni aun así cuando estos actos se refieren a bienes raíces, haciéndose extensiva esta prohibición a los parientes que se indican y al cónyuge.

La ley impide, por lo tanto, que puedan celebrarse actos jurídicos que pongan en peligro los bienes de la sucesión, como resultado de una oposición de intereses entre el curador y la masa de bienes comprendidos en la herencia yacente.

9. Responsabilidad de los curadores de la herencia yacente.

Los curadores responden, en general, **de la culpa leve** (art. 391). Para estos efectos, deben rendir caución (art. 374).

La ley ha considerado especialmente dos situaciones, sin perjuicio de la indicada regla general:

i) Si el curador incurre en negligencia en la facción de inventario o en otra falta grave que pueda imputársele, se aplicará el art. 378, 3º: podrá ser removido y deberá resarcir todo perjuicio, conforme lo previsto en el art. 423. Es decir, el pupilo apreciará el perjuicio y se condenará al guardador a pagarlo, salvo que el juez modere la cantidad. Estamos aquí ante una regla excepcionalísima, que entrega la apreciación del daño al pupilo y en el caso de la herencia yacente, a los herederos que la aceptan. Cabe notar sin embargo que se trata de la obligación de rendir cuenta cuando ella no es verídica, o cuando el curador ha incurrido en culpa grave o dolo en su administración. Si la responsabilidad que se le imputa alcanza a la culpa leve, se siguen las reglas generales.

ii) Cuando el curador ha debido obtener autorización judicial para enajenar bienes comprendidos en su administración y ha procedido sin ella, se aplicará el art. 489, 2º: se declarará, a petición de los herederos, **la nulidad de los actos, y el guardador indemnizará todos los perjuicios.**

D. Algunos efectos especiales de la declaración de herencia yacente.

Al menos pueden señalarse tres efectos especiales en relación a la herencia yacente:

i) La prescripción ordinaria se suspende en lo concerniente a los bienes comprendidos en la herencia yacente. El plazo de prescripción queda suspendido entre la declaración de herencia yacente y la aceptación de la herencia por cualquiera de los herederos. Queda de esta forma resguardado el interés de los herederos ausentes, aun de la negligencia del curador designado, cuando no interrumpe las prescripciones que puedan afectar los bienes de la herencia.

ii) La herencia yacente conduce a la herencia vacante. Esta, es aquella que no tiene herederos y que es deferida en último término al Fisco (art. 995). La herencia yacente es un estado transitorio que dará lugar a la herencia vacante, sea parcial o totalmente, como consecuencia de que el Fisco concurra a aceptarla. Puede suceder que la herencia vacante tenga la calidad de tal sin necesidad de pasar por el estado de herencia yacente (un fallo declara que no procede declarar yacente una herencia y nombrarle curador si el Fisco la ha aceptado: ello, porque no procede declarar yacente la herencia si un heredero la aceptó, y el Fisco es heredero), o a la inversa, que la herencia yacente sea aceptada por los herederos y no llegue jamás a ser herencia vacante.

iii) El Decreto Ley número 1.939, de 1977, que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, regula los derechos hereditarios del Fisco, en el párrafo IV, citado, artículos 42 a 54. El primero de estos artículos dispone que los derechos sucesorios del Fisco se regularán por las normas de la legislación común (por ende, del Código Civil) y por las especiales del aludido párrafo IV. Para estos efectos, cualquier persona puede poner en conocimiento de la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales la existencia de derechos hereditarios que

le correspondan al Fisco (a esta Dirección corresponde tomar posesión, en representación del Fisco, de todos los bienes que deban ingresar al patrimonio del Estado de acuerdo con el artículo 995 del Código Civil, según preceptúa el artículo 5 del Decreto Ley 1.939).

La ley otorga a quien denuncia una herencia vacante un galardón o recompensa, que puede llegar **hasta el 30% del valor líquido de los bienes que ingresen al patrimonio fiscal**. Este galardón sólo se paga cuando los derechos de quienes disputan la herencia con el Fisco se encuentran prescritos, salvo que el beneficiario rinda caución suficiente de restitución de lo que se le pague en el evento de que aparezca un heredero con mejor derecho (artículo 54 del Decreto Ley 1.939). Cabe precisar que la Corte Suprema ha declarado en un fallo que el denunciante a quien se adjudique en recompensa una parte de la herencia, no pasa por este hecho a ser heredero.

La denuncia de la herencia vacante debe hacerse ante la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales del Ministerio de Bienes Nacionales, concretamente en la oficina de partes del citado Ministerio. Se pondrá cargo de día y hora y se registrará en un libro de denuncias por estricto orden de recepción. Las denuncias serán recibidas en las Direcciones Regionales y en las Oficinas Provinciales de la mencionada Dirección (artículo 48 del Decreto Ley 1.939). Se tendrá como primer denunciante a quien primero presente la denuncia en los lugares señalados, acompañando todos los datos y antecedentes en que se funden los derechos del Fisco sobre los bienes denunciados (artículo 49 del Decreto Ley 1.939). La posesión efectiva de las herencias deferidas al Fisco se solicitará por la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales a través de sus abogados o por el Consejo de defensa del Estado, a requerimiento de aquélla (artículo 43 del Decreto Ley 1.939). La recompensa a la que se hacía referencia será decretada una vez que los bienes hayan sido ingresados legal y materialmente, en forma definitiva, al patrimonio fiscal, y se otorgará previa calificación hecha por la Dirección acerca de la diligencia y eficacia atinente a la cooperación prestada por el denunciante. Será condición indispensable para tener derecho a recompensa, que los bienes manifestados en la denuncia sean desconocidos para el Fisco y que, a no mediar ésta, no se hubieren recuperado esos bienes (artículo 51 del Decreto Ley 1.939). Para establecer el monto de la recompensa, los bienes raíces se considerarán por el avalúo vigente (se trata, por ende, del avalúo fiscal; no queda claro sin embargo, si se trata del avalúo vigente al tiempo de la muerte del causante, o al tiempo en que se formule la denuncia; pareciera más justa la segunda opción). En cuanto a los bienes muebles, la recompensa se determinará atendiendo al valor producido por la enajenación del respectivo bien o por la tasación comercial que al efecto practique la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales, la que será, en lo posible, coetánea con el pago (artículo 52 del Decreto Ley). La recompensa se pagará una vez practicada la liquidación de la masa hereditaria, haciéndose previamente la deducción de las deudas y demás costas producidas (artículo 53 del Decreto Ley). La aludida liquidación debe realizarse por la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales, la que adoptará todas las medidas conducentes al resguardo de la masa hereditaria, pudiendo incluso designar un depositario provisional cuyos honorarios se pagarán con cargo al haber hereditario. Si entre los bienes hereditarios hubiere especies que por su naturaleza fueren corruptibles, o que pudieren sufrir deterioro o menoscabo, la Dirección podrá enajenarlos en la forma más conveniente, sin más trámite, aún antes de haberse concedido la posesión efectiva. En cuanto a los bienes inmuebles hereditarios, la Dirección deberá liquidarlos sin que pueda reservar parte alguna de ellos, a más

tardar en el plazo de dos años a contar de la fecha en que se conceda al Fisco la posesión efectiva de la herencia (artículo 46 del Decreto Ley). Los terceros que invoquen créditos hereditarios o testamentarios que digan relación con las herencias deferidas al Fisco, podrán hacerlos valer administrativamente mediante presentaciones que irán acompañadas de todos los documentos que los justifiquen. Lo anterior, es sin perjuicio de las acciones judiciales que estime procedente el interesado (artículo 45 del Decreto Ley). Por su parte, el artículo 18 del citado Decreto Ley, en relación a las facultades de los Inspectores de Bienes Nacionales, dispone que respecto de las herencias que se denuncien como pertenecientes al Fisco, estos funcionarios podrán adoptar las medidas que correspondan en resguardo del interés fiscal y requerir en representación del Fisco para este solo efecto, ante el Tribunal que hubiere decretado yacente la herencia, a fin de que éste, con conocimiento de causa, ordene la confección de inventario o la práctica de otras medidas destinadas a la conservación del acervo hereditario, con el auxilio de la fuerza pública, si ello fuere necesario. Estas gestiones se sujetarán a las reglas del artículo 817 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

E. Término de la herencia yacente.

1. Cuando un heredero haya aceptado la herencia. art. 1240, 2º. El heredero adquiere la calidad de administrador proindiviso de la herencia; por consiguiente, será dueño de su asignación y mero tenedor de las asignaciones de los demás herederos. Cabe indicar que el asignatario que acepta, no adquiere por prescripción los derechos de los demás, pudiendo la herencia llegar a ser parcialmente vacante, en la parte no aceptada.

2. Después de transcurrido 4 años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia está en curaduría, el juez a petición del curador y con conocimiento de causa, podrá ordenar que se vendan todos los bienes hereditarios existentes y se ponga el producido a interés con las debidas seguridades, o si las hubiere, se deposite en las arcas del Estado. (484).

F. Aceptación de uno de varios herederos. (1240 inciso 2 y 3).

Si hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios proindiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos, y suscribiendo el inventario, tomarán parte en la administración.

Mientras no hayan aceptado todos, las facultades del heredero o herederos que administren serán las mismas de los curadores de la herencia yacente, pero no serán obligados a prestar caución, salvo que haya motivo de temer que bajo su administración peligran los bienes.

G. Herencia yacente y albaceazgo con tenencia de bienes.

Ambas instituciones están estrechamente vinculadas. Cuando el testador ha designado un albacea y le ha dado la tenencia de todos sus bienes, no procede declarar yacente la herencia.

Puede surgir en este caso el siguiente problema: si el testador designa albacea, pero sólo con la tenencia de una parte de sus bienes (art. 1296), dice la ley que respecto

a esos bienes, el albacea designado tendrá las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente. No obstante, ¿Qué ocurre en lo relativo a los bienes no comprendidos en el albaceazgo con tenencia de bienes? ¿Puede declararse yacente la herencia en relación a los bienes no comprendidos en el albaceazgo y dársele curador?

Rodríguez Grez estima que la respuesta a la última pregunta es negativa: no podría declararse yacente la herencia, por las siguientes razones:

El albacea puede tener la tenencia de una parte de los bienes del testador, en cuyo caso respecto de ellos tiene las facultades y obligaciones del curador de la herencia yacente; en cuanto a los demás bienes, es un albacea general sin tenencia de bienes: así se desprende del art. 1296. Por consiguiente, esta herencia estará protegida por el albacea que, aun sin la tenencia de bienes, tiene atribuciones destinadas a velar por la seguridad e integridad de los bienes que la componen.

El art. 1240 establece que para declarar yacente la herencia es requisito que no exista albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado el encargo, sin hacer distinción alguno sobre si la tenencia de bienes comprende todos los de la sucesión o sólo una parte de ellos.

No parece posible que en una misma sucesión coexista un albacea con tenencia de parte de los bienes del testador y un curador de la herencia yacente encargado de administrar los bienes restantes.

Finalmente, el albacea sin tenencia de bienes, es un curador de bienes y como tal, en ausencia de los herederos, y a falta de disposición en el título de los ejecutores testamentarios que resuelva este problema, tiene las facultades que a los curadores de la herencia yacente les confieren los arts. 487 a 490.

H. Naturaleza jurídica de la Herencia Yacente.

A juicio de algunos autores la Naturaleza Jurídica de la herencia yacente es la de una persona jurídica ello por los siguientes motivos:

i. El artículo 2509 inciso 2 señala que se suspende la prescripción ordinaria a favor de las siguientes personas, número 3: la herencia yacente (como la H Y no es una persona natural, solo puede ser una Persona Jurídica).

ii. Artículo 2500 inciso 2 señala que la posesión principiada por una persona difunta continua en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero.

A juicio de la mayoría de la doctrina tal calificación es errada por los siguientes motivos (se sigue en este punto a Pablo Rodríguez):

i. La herencia Yacente no se menciona entre las personas jurídicas en el título XXXIII Libro I que se llama justamente de las Personas Jurídicas.

ii. En el artículo 481 se la define como un conjunto de bienes.

iii. El artículo 2346 señala que se puede afianzar a una persona jurídica y a la Herencia Yacente, con lo cual se está distinguiendo una de otra.

iv. El artículo 2509 número 3 corresponde a una inobservancia del legislador.

v. En la realidad estamos frente a un patrimonio cuya titularidad es incierta. La HY siempre tendrá un titular el que puede ser desconocido de manera tal que el problema es de incertidumbre, pero no de falta de titularidad.

III. Inventario Solemne:

1. Concepto: Es una enumeración circunstanciada de todos los bienes y de todas las obligaciones del difunto a diferencia de lo que sucedía con la guarda y aposición de sellos estamos ante una medida de carácter permanente.

La finalidad de esta medida de seguridad es hacer constar el estado del patrimonio hereditario al tiempo de fallecer el causante.

2. Clases de inventario:

a. Simple: Corresponde a una enumeración de bienes y deudas efectuado por el interesado sin sujeción a ninguna formalidad.

b. Solemne: Corresponde a una enumeración de bienes y deudas practicadas previa orden judicial por un funcionario público con las solemnidades legales (artículo 858 CPC). Las solemnidades legales están señaladas en el artículo 859 del CPC.

El inventario será siempre solemne cuando entre las personas interesadas hay incapaces lo que se deduce de los siguientes artículos:

- a. 1284.
- b. 1250
- c. 1253
- d. 1766.

3. Contenido del Inventario:

El artículo 1253 se remite en esta materia a las normas previstas para tal efecto en los artículos 382 y siguientes para los tutores y curadores y a las normas que el CPC contiene en los artículos 858-865 CPC. También debe tenerse en consideración las normas contenidas en los artículos 31-36 de la ley 16.271.

Síntesis del contenido:

- i.** Relación de todos los bienes raíces y muebles (382 inciso 1).
- ii.** Todos los documentos que fueren necesarios para la correcta singularización de los bienes exceptuados los que conocidamente no tuvieren ningún valor o utilidad o que sea necesario destruir por algún fin moral (382 inciso 1).
- iii.** Deben comprenderse aún las cosas que no fueren propias del causante si se encontraren entre las que lo son (384).
- iv.** En todo caso la inclusión en el inventario no es prueba de dominio sino solo la constatación de que esos bienes se encontraban en poder del causante (385). Ejemplo: Los gananciales a que haya lugar si estaba casado en Sociedad Conyugal. P. Rodríguez estima que, si bien no se prueba el dominio, la circunstancia de que un bien sea inventariado constituye presunción de la posesión que sobre él tenía el causante. Y, por ende, conforme al art. 700, también haría presumir el dominio. Así las cosas, mientras no se pruebe lo contrario, se presume que los bienes inventariados pertenecen a la sucesión.

4. Costos del inventario (1224).

El costo del inventario gravará los bienes todos de la sucesión, a menos que determinadamente recaigan sobre una parte de ellos, en cuyo caso gravarán esa sola parte. En la primera situación estamos en presencia de una baja general de la herencia.

5. Acuerdo para no hacer un inventario solemne.

Por acuerdo unánime de los interesados en la sucesión, siempre y cuando sean capaces de administrar sus bienes, puede decidirse que no se haga inventario solemne: art. 1284. En este caso, el inventario simple que se haga, tendrá el valor probatorio que la ley le asigna a los instrumentos privados (art. 346 Código de Procedimiento Civil).

VII. Derecho de transmisión, Derecho de representación, Derecho de sustitución y Derecho de acrecimiento.

La sucesión es directa cuando se sucede personalmente, por uno mismo, sin intervención de otra persona. En cambio, será indirecta cuando se suceda por derecho de transmisión o por derecho de representación.

I. Derecho de Transmisión.

A. Nociones generales:

Deferida la asignación nace para el asignatario el derecho para aceptarla o repudiarla oportunidad en la cual pueden plantearse 3 situaciones distintas:

i. El asignatario acepta la asignación y luego fallece, caso en el cual se habrá incorporado en su patrimonio la asignación y luego ella se transmitirá a sus herederos.

ii. El asignatario repudia y luego fallece, caso en el cual el asignatario no tendrá derecho alguno en la sucesión y por lo tanto nada transmitirá a sus herederos.

iii. El asignatario (transmitente) fallece sin haber expresado su voluntad de aceptar o de repudiar la asignación, caso en el cual transmitirá a su asignatario (transmitido) el derecho de aceptar o repudiar.

Figura:

(1) 1er causante -> (2) Transmitente -> (3) Transmitido

De lo dispuesto en el artículo 957 podemos señalar que el derecho de transmisión es la facultad del heredero que acepta la herencia (3) de aceptar o repudiar la herencia o legado que se defirió a su causante (2) fallecido sin haber aceptado o repudiado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido.

En la realidad en el derecho de transmisión estamos en presencia de los principios generales en materia de sucesión ya que el causante o asignatario (2) tenía la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado que se le había deferido. En otras palabras, este asignatario (2) tenía un derecho de opción consistente en la facultad de repudiar o aceptar y que se transmite en el caso de no haberlo ejercido a sus herederos.

B. Personas que intervienen. En el derecho de transmisión intervienen las siguientes personas:

1. Primer causante: que instituyó un legado o dejó una herencia, respecto de los

cuales el asignatario no alcanzó a pronunciarse.

2. Transmitente o Transmisor (asignatario 1 la figura): Que es la persona que fallece sin aceptar ni repudiar después de habersele deferido la asignación proveniente del primer causante.

3. Transmitido (asignatario 2 en la figura): Que es la persona que habiendo aceptado la herencia del transmitente, adquiere el derecho de aceptar o repudiar la herencia o legado del primer causante.

C. Requisitos:

i. El transmitente debe ser capaz y digno de suceder al primer causante ya que en caso de no serlo no habrá delación a su favor.

ii. El transmitido debe ser capaz y digno de suceder al transmitente ya que en caso contrario no tendrá derecho alguno en su sucesión.

iii. El transmitente puede ser heredero o legatario del primer causante; **el transmitido solo puede ser heredero del transmitente**, ya que en caso de ser legatario no sería su continuador.

iv. El transmitido debe aceptar la herencia del transmitente ya que solo de esta manera adquirirá el derecho de opción que se le transmite. (957 inciso 2). En todo caso, nada impide aceptar la asignación propia y repudiar la transmitida. En este punto, estamos ante una excepción al artículo 1228, que establece la regla general de la indivisibilidad de la aceptación o repudiación de la herencia. Tal indivisibilidad no opera mediando transmisión.

v. Los derechos del transmitente en la herencia o legado del primer causante no deben estar prescritos. Su derecho en la sucesión no debe haber prescrito, pues en tal caso nada transmite.

vi. El derecho de transmisión opera tanto en la sucesión testada como intestada

II. Derecho de Representación:

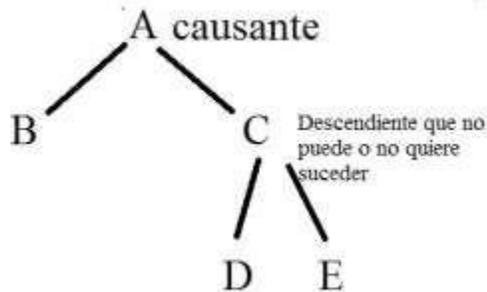
A. Concepto e ideas generales:

El artículo 984 inciso 1 c. c señala que se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación.

Suceder por derecho personal significa hacerlo a nombre propio en forma directa y ello a consecuencia de la situación que realmente se ocupa dentro de la familia del difunto (por ejemplo, mi padre fallece sin dejar testamento, yo y mi hermano sucederemos a mi padre por un derecho personal).

Se sucede por derecho de representación: cuando se sucede en lugar de otra persona ocupando su sitio.

Figura:



Explicación de la Figura:

En principio "C" sería incapaz de suceder a "A" por aplicación del artículo 967 c. c ya que no existe al tiempo de abrirse la sucesión de A. También en principio "B" (hijo del causante) es de grado preferente respecto de "D" y "E" (nietos del causante e hijos de c) y por lo tanto solo "B" en principio sucedería a "A". Ahora bien, como el legislador no quiere perjudicar a los descendientes del causante recurre a una ficción que consiste en suponer que **"D y E" ocupan el lugar jurídico de "C" correspondiéndoles el grado de parentesco y los derechos hereditarios de su padre "C"**.

El artículo 984 inciso 2 define la representación como una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder. En otras palabras, como el heredero llamado no puede o no quiere suceder al causante se le reemplaza por otro u otros que lo sustituyen como si fuere la misma persona ausente de la sucesión.

Las características más importantes de esta definición son las siguientes:

- a. Se trata de una ficción porque se supone el hecho de que una persona ocupa el lugar y tiene el grado de parentesco que en la realidad no le corresponde.
- b. En la definición se habla de "tener lugar" lo cual resulta redundante con la expresión "grado de parentesco" que utiliza la misma definición.
- c. En nuestro sistema se puede representar a una persona viva o muerta ya que la definición se refiere a que "no puede o no quiere suceder"

En el derecho de representación intervienen las siguientes personas:

1. El causante (A en la figura del principio): Que es la persona en cuya herencia se sucede.
2. El representado (C): Es la persona que no puede o no quiere suceder y cuyo lugar queda vacante.
3. El representante (D y E): este es el descendiente del representado que ocupa el lugar de este para suceder al causante.

B. Requisitos:

1) Que se trate de una sucesión intestada.

Lo anterior se desprende de lo que señala el artículo 984 inciso 1 "se sucede abintestato" y también de la ubicación normativa del artículo 984 dentro del Título II del Libro II llamado "reglas relativas a la sucesión intestada".

Por excepción el derecho de representación opera también en la sucesión testada como concurre en los siguientes casos:

a. Cuando se ha dejado una asignación indeterminadamente a los parientes ya que en tal caso se entenderá hecha la asignación a los consanguíneos de grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato teniendo lugar el derecho de representación en conformidad a las reglas legales (1064).

b. Situación de los legitimarios, toda vez que ellos concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada (importantísimo) (1183).

En referencia a esto, hay autores que plantean que no opera en la sucesión testada, sino que estos art solamente confirman la regla general de que opera en la sucesión testada.

2) Que falte el representado.

Lo anterior se debe a que el representante ocupará el lugar que dejó vacante el representado y este podrá faltar por los siguientes motivos:

a. Porque el representado no puede suceder ya sea por ser incapaz, indigno o por haber sido desheredado. El caso más frecuente, es el fallecimiento del representado antes que la muerte del causante.

b. El representado no quiere suceder, y ello ocurrirá cuando haya repudiado la herencia. En este sentido el artículo 987 inciso 2 resume lo antes señalado al decir que se puede así mismo representar al incapaz, al indigno al desheredado y al que repudia la herencia del difunto.

En estos casos cuando el representado sea **el padre o madre que tiene la patria potestad** tendrá lugar la formación de un peculio especial a favor del hijo el cual se mirara como mayor de edad frente a ese peculio con las limitaciones del artículo 254 (250 número 3).

3) El representante debe ser descendiente del representado.

Digamos que la representación tiene lugar **solamente en la descendencia**, jamás opera a favor de los ascendientes. Entre los descendientes los de grado más próximo excluyen a los de grado más remoto.

Así por ejemplo, si fallece una persona soltera, divorciada o viuda, sin dejar descendencia y le sobreviven su padre y sus abuelos (su madre había fallecido con anterioridad), no se aplica el derecho de representación y el padre excluye totalmente de la herencia a los abuelos maternos; estos no concurren en la sucesión en representación de la madre del causante (la hija de quienes pretenden representarla), porque el derecho de representación sólo opera en la línea descendente, no en la ascendente.

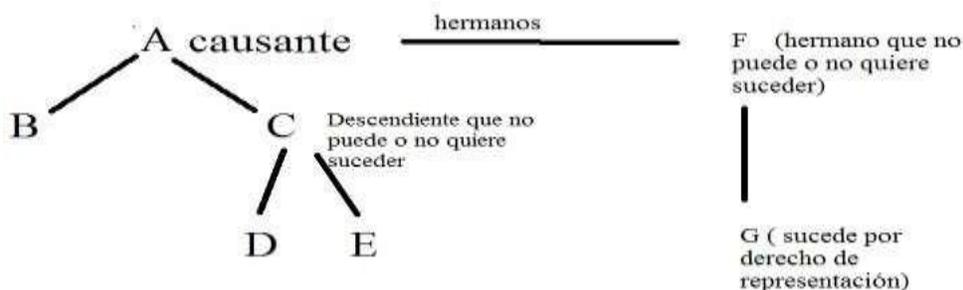
En la línea de los descendientes la representación la representación no tiene límites, el hijo no solo podrá representar a su padre, sino que también a su abuelo.

En este sentido el artículo 984 inciso 3 señala que se podrá representar a un padre

o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación.

4) Que exista un parentesco entre el representado y el causante (986)
 Artículo 986 c. c: "Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos. Fuera de estas descendencias no hay lugar a la representación. De los requisitos 3) y 4) es posible concluir que el representante deberá ser siempre descendiente del representado, y el representado podrá ser descendiente o hermano del causante.

Figura:



1. Situación representado es descendiente del causante. Es decir, el nieto d y e) representa al hijo.
2. Situación en que el representado es hermano del causante. Es decir, el sobrino representa al hermano fallecido y concurre a la herencia de su tío.

5) El representante debe ser capaz y digno de suceder al causante (A)

La razón de este requisito se debe a quien realmente sucede al causante es el representante. Es decir, la capacidad del representado (C) no importa porque precisamente es la indignidad, incapacidad, entre otras causas que el representante va a suceder por representación.

De lo anterior se siguen las siguientes consecuencias:

1. El representante podrá repudiar la herencia del representado y de todos modos será representante ello quiere decir el artículo 987 inciso 1 "se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado".
2. El representante puede ser incapaz o indigno de suceder al representado y sucederá de igual modo por el derecho de representación al causante cuando sea digno y capaz de sucederlo a él. La herencia del representado indigno no se transmite con el vicio de la indignidad. Mediando representación, no se aplica lo dispuesto en el art. 977, porque como está dicho, el representante adquiere directamente del causante y no del represe
3. Si el representante repudia la herencia del representado no tendrá responsabilidad respecto de sus deudas.

6) Es necesario que los llamados a suceder (representantes) acepten la herencia del causante.

C. Efectos:

1. Se produce una ficción legal la cual supone que el representante tiene el lugar jurídico, el parentesco y los derechos hereditarios del representado.

2. De acuerdo al art. 985 del CC, se puede suceder a una persona **por cabeza o por estirpe**. Se sucede por cabeza cuando se sucede personalmente, caso en el cual los asignatarios toman entre todos y por partes iguales la porción a que la ley los llame.

Cuando se sucede por derecho de representación, se **hereda por estirpe**, y todos los representantes, cualquiera que sea su número, **dividen por partes iguales la porción del representado**.

El art. 985 dispone que los que suceden por representación "heredan en todos casos por estirpe", lo que significa que se aplica siempre la representación aun cuando los herederos pudieran concurrir por derecho propio, como lo ha declarado también nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, si el causante tenía un hermano que murió antes que el primero y tal hermano deja tres hijos -sobrinos del causante-, estos podrían heredar por derecho propio, pero de acuerdo al art. 985, lo harán por estirpe. La importancia radica en que, como consecuencia de lo anterior, los sobrinos, sobrinos-nietos, etc, excluyen a todos los otros colaterales, aunque sean de grado más cercano

3. Se refiere al impuesto de herencia.

En materia de impuesto de herencia en la medida que el parentesco con el causante se aleja es mayor el monto del impuesto.

Ahora bien, el artículo 3 de la ley 16.271 señala en su inciso 2 que cuando se suceda por derecho de representación se pagará el impuesto que habría correspondido a la persona representada. Teniendo en cuenta lo antes dicho se puede decir que la representación produce el efecto de disminuir el impuesto de herencia.

Diferencia con el derecho de transmisión.

- En el derecho de transmisión, el legislador no hace sino aplicar las reglas generales. El transmitido adquiere su derecho porque él va incluido en la herencia del transmitente. En la representación, en cambio, estamos ante una ficción legal. El representante adquiere su derecho porque la ley lo hace ocupar el lugar del representado.

- En el derecho de representación el representante debe ser capaz y digno de suceder al causante. En el derecho de transmisión el transmitido debe ser capaz y digno de suceder al transmitente, no del primer causante. Es esta la gran diferencia entre el derecho de transmisión y el derecho de representación.

- En el derecho de transmisión, la herencia se transmite con el vicio de la indignidad; no acontece lo mismo en la representación.

- El transmitido, para adquirir su derecho, debe aceptar la herencia del transmitente o transmisor; en cambio, se puede representar a una persona cuya herencia se ha repudiado.

- El derecho de transmisión opera tanto en la sucesión testada como intestada. La representación sólo se aplica en la intestada y excepcionalmente en la testada.

- Se puede adquirir por transmisión, tanto una herencia como un legado. Por representación sólo se adquieren herencias.
- En el derecho de transmisión, el transmitente o transmisor, debe haber sobrevivido al causante; en la representación, puede acontecer que el representado fallezca antes que el causante.
- El derecho de transmisión puede ser invocado por más personas, que aquellas que a su vez pueden impetrar el derecho de representación. Por transmisión puede adquirir una herencia cualquier persona que invoque la calidad de heredero del transmisor. En cambio, sólo pueden adquirir por representación las personas que enumera el art. 986.

D) EL EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES Y EL DERECHO DE REPRESENTACION. El inc. 1º del art. 20 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, deja en claro que la representación es una ficción legal y por ello constituye una mera expectativa y no un derecho adquirido, quedando sujeta al cambio de legislación. En otras palabras, **regirá la ley vigente al momento de la apertura de la sucesión.**

III. Derecho de sustitución.

A. Definición:

Es el llamado que hace el testador para el caso de que falte el asignatario directo o para el caso de cumplirse una condición. La sustitución supone que en el testamento se designe la persona que reemplazará al asignatario en caso de faltar éste, de modo que, si esto ocurre por cualquier causa, pasará a ocupar su lugar el sustituto establecido por el testador.

La sustitución puede ser de dos clases: Vulgar o Fideicomisaria. La diferencia esencial entre una y otra sustitución, en lo tocante a sus efectos, es que la primera **opera a la muerte del testador (cuando el primer asignatario falte), mientras que la segunda opera después de abierta la sucesión,** una vez que se cumpla la condición impuesta por el testador.

B. Sustitución Vulgar.

1. Definición:

Es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepta o que antes de deferírsele la asignación llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual. La ley habla de "antes de deferírsele la asignación...", si fallece después de deferida la asignación no hay lugar a la sustitución vulgar. Si el fallecimiento del heredero o legatario es posterior al del testador, ya no falta el asignatario, pues entra a actuar el derecho de transmisión. Por lo tanto, los herederos del transmitente o transmisor pasan a ocupar el lugar de éste y pueden aceptar o repudiar la asignación.

En el derecho de sustitución intervienen las siguientes personas:

- 1. Causante.**
- 2. Sustituido.**
- 3. Sustituto.**

2. Causas o razones por las cuales puede faltar el sustituido.

A este respecto de la definición del artículo 1156 inciso 2 existen tres razones:

i. Porque repudia.

ii. Porque fallece.

iii. Porque concurre con otra causa que extingue su derecho eventual, en otras palabras, porque se hace indigno de suceder al causante, el hecho de que la persona no sea cierta y determinada, el no cumplimiento de la condición suspensiva.

En este orden de ideas el artículo 1156 señala que no se entiende faltar el asignatario una vez que acepta, salvo que se invalide la aceptación por fuerza, dolo o lesión grave.

El artículo 1157 establece una regla especial en cuanto a que la sustitución que se hiciera para alguno de los casos en que pueda faltar el asignatario, se entenderá hecha para cualquiera de los otros (motivos) en que llegare a faltar; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria. Por ejemplo, dice el testador: dejo tal inmueble a A, y si al momento de mi muerte A hubiere fallecido, el inmueble pasará a B. Ocurre que, al fallecer el testador, A vivía, pero repudia la herencia. En conformidad al art. citado, la sustitución de todas formas opera, y B llevará el inmueble.

3. Requisitos:

i. Que se trate de una sucesión testamentaria: Al igual que en el acrecimiento, la sustitución sólo opera en la sucesión testamentaria; por la misma razón, está tratada entre las asignaciones testamentarias. Por lo demás, la sustitución, como lo veremos, supone una manifestación de voluntad de parte del testador, y la ley no la presume nunca.

ii. Que la sustitución sea expresa.

Para que exista sustitución, es necesario que el testador la haya instituido expresamente; el sustituto debe estar designado en el testamento.

iii. Que falte el asignatario que va a ser sustituido.

El art. 1156, 2º, enuncia los casos en que se entiende faltar un asignatario para los efectos de la sustitución.

4. Reglas.

i. La sustitución puede ser de varios grados, como cuando se nombra un sustituto al asignatario directo, y otro al primer sustituto. El sustituto de un sustituto que llega a faltar se entiende llamado en los mismos casos y con las mismas cargas que este, sin perjuicio de lo que el testador haya ordenado a este respecto.

ii. Se puede sustituir uno a muchos y muchos a uno (1159).:

- Uno a muchos.

Lego mi casa a B. Si él falta le lego mi casa a C y D.

- Muchos a uno.

Lego mi casa a B y C y si ellos llegaren a faltar se la lego a D.

iii. Si se sustituyen recíprocamente tres o más asignatarios y falta uno de ellos, la porción de éste se dividirá entre los otros a prorrata de los valores de sus respectivas asignaciones (1160).

Lo que se plantea en este caso es que el legislador se pone en la situación de que

en el testamento se han designado 3 o más personas que se suceden unas a otra de manera tal que si una falta opera un acrecimiento. La porción del que falta acrece al resto de los asignatarios. Ejemplo si se deja una cosa a A en 50%, a B 25%, a C 25%, y se estipula que son sustitutos unos de otro, la falta de A hace que aumenten 25 y 25 a los otros. ¹¹

iv. La sustitución necesariamente debe ser expresa, por esta razón si el asignatario fuere descendiente del testador, los descendientes del asignatario no por eso se entenderán sustituidos a éste; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria.

El derecho de transmisión excluye al de sustitución y el de sustitución al de acrecimiento. (1163). Por ejemplo, dejo mi casa a Pedro y Marín, y si falta alguno de ellos, será sustituido por Josefa. En este caso, si falta alguno de los asignatarios iniciales, podría existir una colisión de derechos: el derecho de acrecimiento a favor de Pedro o Martín según sea el caso, y el derecho de sustitución de Josefa. Según el artículo 1163, el derecho de sustitución excluye al de acrecimiento, aunque mejordicho, el de sustitución prefiere al acrecimiento puesto que si el sustituto repudia la asignación, falta y en tal evento operará el derecho de acrecimiento. ¹²

v. Solo procede en la sucesión testamentaria, ello porque supone una declaración del causante, quien deberá señalar o designar a la persona del sustituto.

C. Sustitución Fideicomisaria.

1. Definición: El artículo 1164 inciso 1 lo define como aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

Las S. Fideicomisaria se regla por lo dispuesto en el título "de la propiedad fiduciaria" (artículo 1164 inciso final, la PF está en los artículos 733 y ss)

2. Reglas.

i. Artículo 745 c. c **prohíbe la constitución de fideicomiso sucesivos.** Por este motivo el artículo 1165 inciso 1 señala que para el caso de faltar el fideicomisario antes de cumplirse la condición, se le nombran uno o más sustitutos, estas sustituciones se entenderán vulgares, y se sujetarán a las reglas de los artículos precedentes. Existe una suerte de conversión de un acto nulo (por aplicación del artículo 745) **a una sustitución vulgar,** de esta forma el acto no será nulo.

ii. Ni el fideicomisario de primer grado ni sustituto alguno llamado a ocupar su lugar transmite su expectativa si faltan (1165 inciso 2 y artículo 762).

IV. El derecho de acrecimiento.

A. Conceptos generales.

El punto a dilucidar es que ocurre cuando uno de los asignatarios llamados por la causante falta y la respuesta es que opera el acrecimiento de manera tal que la parte que correspondía al asignatario que falta incrementa las demás asignaciones. De lo dispuesto en el artículo 1147 es posible señalar que el acrecimiento es el derecho en cuya virtud existiendo **dos o más asignatarios llamados a una**

misma cosa y sin expresión de cuota la porción del asignatario que falta incrementa la de los otros. En otras palabras, el acrecimiento es una especie de sustitución que deduce la ley interpretando la voluntad del testador. Así, por ejemplo

¹² Agregado enero 2020, fabian elorriaga, derecho sucesorio, pag 367

si el causante lega su casa a Pedro, Juan y Diego su intención es que esa casa quede en poder de los señalados asignatarios. De manera que si uno de ellos falta su porción acrecienta a los demás.

Como en el acrecimiento la ley de algún modo interpreta la voluntad del causante no existen más casos de acrecimiento que aquellos expresamente contemplados en la ley.

B. Requisitos.

i. Debe tratarse de una sucesión testada.

Ello porque la ley lo que hace es interpretar la voluntad del causante. Como ya lo decíamos en este sentido si el testador llama a varias personas a una misma cosa, su intención era beneficiar solo a esas personas.

ii. Se llame a varios asignatarios a una misma cosa.

- Cuando se dice "a una cosa" no se refiere a una misma especie o cuerpo cierto, sino que a una misma asignación que puede ser a título singular o universal.

- Es necesario que hayan dos o más asignatarios, pues si sólo hay uno y éste falta, su porción en la herencia no tendría a ningún asignatario a quien acrecer. En tal caso, la sucesión será intestada y se aplicarán las reglas estudiadas en los órdenes de sucesión.

iii. El llamamiento debe hacerse a la totalidad de la cosa sin expresión de cuotas. Es esta la exigencia característica y fundamental del acrecimiento. La única diferencia fundamental entre los herederos universales y de cuota consiste en que los primeros tienen derecho a acrecimiento y los segundos no.

En este sentido el artículo 1148 señala que el acrecimiento no tendrá lugar entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado: cada parte o cuota se considerará en tal caso como un objeto separado; y no habrá derecho de acrecer sino entre consignatarios de una misma especie o cuota. Ej: Por ejemplo, dice el testador: dejo mis bienes por terceras partes a A, B y C; en este caso, no hay lugar al acrecimiento. Pero si dice: dejo mis bienes en iguales partes a A, B y C, la ley dispone que hay acrecimiento. La diferencia entre un caso y el otro estriba únicamente en que en el primero la cuota está expresada en el testamento, y en el segundo no. El llamamiento no es el mismo, pero en definitiva ambas situaciones son exactamente iguales, y no se justifica la diferencia hecha por el legislador.

El inciso segundo de este artículo 1148 contempla una excepción a este requisito y ello está referido al caso en que se asigna un objeto a 2 o más personas por iguales partes, en este caso habrá derecho de acrecer.

- Ej: El testador deja como heredero universal a A y en otra cláusula lega a B y C un inmueble determinado. C falta porque es incapaz de suceder; su parte acrece a B, que lleva todo el inmueble legado.

- Ej: El testador deja un tercio de sus bienes a A, otro tercio a B y el tercio

restante a C y D. Entre estos últimos habrá derecho a acrecer, pues son llamados a un mismo objeto (un tercio de la herencia) sin designación de cuota. Ello, porque no se les determinó la porción que cada uno llevaría en la cuota. En cambio, de llegar a faltar A o B, su cuota beneficiará a los herederos abintestato.

iv. Al tiempo de abrirse la sucesión falte alguno de los asignatarios conjuntos. Artículo 1150 inciso 2 establece que se entenderá por conjuntos los consignatarios asociados por una expresión copulativa como Pedro y Juan, o comprendidos en una denominación colectiva como los hijos de Pedro.

El inciso 1 del artículo antes citado agrega que los coasignatarios conjuntos se reputarán por una sola persona para concurrir con otros coasignatarios. Esta persona colectiva formada por todos los asignatarios conjuntos solo se entenderá faltar cuando falten todos los asignatarios que la componen.

La conjunción a que nos estamos refiriendo puede ser de 3 clases:

a. Real o en la cosa: En este caso se asigna una misma cosa a varias personas en cláusulas separadas del mismo testamento o en actos testamentarios distintos. Estas dos situaciones están señaladas en el artículo 1149 c. c así el inciso 1 establece que habrá derecho de acrecer sea que se llame a los coasignatarios **en una misma cláusula o en cláusulas separadas de un mismo instrumento testamentario**

Para referirnos al segundo caso (llamados en testamentos distintos tenemos que tener presente que el testamento es una figura esencialmente revocable, y una de las formas de revocar es otorgando un nuevo testamento. Teniendo en cuenta lo anterior el artículo 1149 inciso 2 señala que, si el llamamiento se hace en dos instrumentos distintos, el llamamiento anterior se presumirá revocado en toda la parte que no le fuere común con el llamamiento posterior. En otras palabras, excepcionalmente el primer testamento se va a mantener en todo aquello que es común con el segundo testamento y por lo tanto habrá lugar al acrecimiento en lo que no fuere incompatible, y no habrá acrecimiento si son inconciliables las cláusulas.

b. Verbal:

En este caso, los asignatarios conjuntos son llamados en una misma cláusula testamentaria, pero **a distintos objetos** y por tanto, no hay acrecimiento.

Ejemplo: Dejo a Juan y a Pedro mi casa y mi auto respectivamente. En esta situación no ha acrecimiento.

c. Mixta o res est verbis: En este caso se llama a varios asignatarios a una misma cosa y en una misma cláusula testamentaria situación en la cual habrá acrecimiento.

v. Que el testador no haya designado un sustituto al asignatario que falta.

Si el testador designó un sustituto, jurídicamente no falta el asignatario conjunto, porque es reemplazado por el sustituto. El art. 1163 declara expresamente que la sustitución excluye al acrecimiento.

El asignatario puede faltar por diversas circunstancias, puede por ejemplo haber fallecido antes que el causante, puede ser que lo haya afectado alguna causal de indignidad, incapacidad o desheredamiento o bien que haya repudiado la asignación. En el acrecimiento el asignatario debe faltar al tiempo de abrirse la sucesión. Por excepción los coasignatarios de usufructo, de uso, de habitación, o de una pensión

periódica, conservan el derecho de acrecer mientras gocen de estos derechos y ninguno de estos derechos se extingue hasta que falte el último coasignatario (1154).

En relación con este requisito el artículo 1163 expresamente señala que el derecho de transmisión excluye al de sustitución, y el de sustitución al de acrecimiento.

- Caso en que el fallecimiento del asignatario conjunto es posterior al del causante: en esta hipótesis, no hay lugar al acrecimiento, sino que opera el derecho de transmisión. En efecto, para que opere el acrecimiento es necesario que el asignatario conjunto haya fallecido con anterioridad al causante. Si muere una vez abierta la sucesión, opera el derecho de transmisión, contemplado en el art. 957. En efecto, el asignatario conjunto transmite a sus herederos la facultad de aceptar o repudiar la asignación: art. 1153.

- Concurrencia del derecho de acrecimiento con el de representación: en principio, no puede haber conflicto entre ambos derechos, porque el derecho de representación sólo opera en la sucesión intestada y el de acrecimiento únicamente en la sucesión testada. Pero sucede que el derecho de representación opera respecto de los legitimarios, pues éstos concurren, son representados y excluidos de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada (art. 1183). El problema consiste en determinar **cuál derecho va a prevalecer en la mitad legitimaria**, si el de representación o el de acrecimiento. Por ejemplo, la mitad legitimaria de la herencia corresponde a A, B y C, y éste último fallece antes que su padre dejando dos hijos, nietos del causante. Muerto el testador, ¿Qué sucederá con la porción de C? ¿Acrecerá a A y B o corresponderá a los hijos de C, en virtud de la ficción de la representación?

La respuesta la da el art. 1190; este precepto dispone que, **si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por las causales allí indicadas "y no tiene descendencia con derecho a representarle", su porción acrece a la mitad legitimaria y se reparte entre los legitimarios existentes.**

Quiere decir entonces que, en el ejemplo dado, no hay acrecimiento a favor de A y B, sino que la porción de C la llevan sus descendientes en virtud de la representación. Y la solución es perfectamente lógica y justa, pues en el caso propuesto jurídicamente no falta C, pues pasa a ser representado por sus hijos, en virtud de una ficción legal.

En conclusión, en la mitad legitimaria el derecho de representación prevalece por sobre el de acrecimiento.

vi. Es necesario también que el testador no haya prohibido el acrecimiento (1155).

C. Efectos del acrecimiento:

1. El derecho de acrecimiento es una especie de accesión ya que la porción del asignatario que falta se junta o incrementa a la del otro asignatario.

El art. 1150, por su parte, señala que los coasignatarios conjuntos se mirarán como una sola persona, para concurrir con los otros coasignatarios, de manera que la persona colectiva formada por los primeros no se entenderá faltar, sino cuando

todos éstos faltaren.

Ejemplos:

1º El testador deja un inmueble a A, B y C. Faltando cualquiera de ellos, su porción acrece a los otros.

2º El testador deja un tercio de sus bienes a A, otro tercio a B y el último tercio a C y D. Si faltaren A o B, no hay acrecimiento, porque son herederos de cuota, de manera que su porción pasa a los herederos abintestato.

3º En el mismo ejemplo anterior, faltan C o D: su cuota acrece a la del otro asignatario conjunto (o sea, a C o D, según cuál sobrevive al otro). Entre C y D hay acrecimiento, pues han sido llamados a una misma cuota, pero sin designárseles la parte que llevarán en ella (art. 1148).

4º Siguiendo con el mismo ejemplo, si faltaren C y D, su porción no acrece a A y B, pues éstos han sido llamados con designación de cuota. Por ende, la porción de C y D se la llevarán sus herederos abintestato.

2. El coasignatario podrá conservar su propia porción y repudiar la que se le defiere por acrecimiento; pero no podrá repudiar la primera y aceptar la segunda.

3. La porción que acrece lleva todos sus gravámenes consigo, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del coasignatario que falta (1152).

4. Finalmente, el derecho de acrecimiento es transferible. Recordemos que por la cesión de derechos hereditarios pasa al cesionario el derecho de acrecer que tenía el cedente, salvo estipulación en contrario (art. 1910).

VIII. Teoría de los Acervos

Esta materia se estudia porque el sistema sucesorio Chileno se funda en una concepción dinámica en que toda la asignación cualquiera que sea su naturaleza se calculará sobre la base de un acervo sea este real o imaginario.

La palabra acervo proviene del latín *acervus* que indica la totalidad de los bienes dejado por el causante o el todo de la herencia indivisa, pero sucede que el monto de estos bienes no es el mismo para calcular las diversas asignaciones y es por ello que la doctrina a sistematizado estos acervos distinguiendo: el acervo Bruto, Acervo Ilíquido, Acervo Líquido, los acervos imaginarios y el acervo del remanente. A continuación, estudiaremos cada uno de estos acervos.

I. Acervo Bruto.

Al momento de abrirse la sucesión queda una masa de bienes los que normalmente quedan mezclados o confundidos con bienes pertenecientes a otras personas (por ejemplo, los gananciales que se deban en la Soc. Conyugal). De esta manera el Acervo Bruto, **común o cuerpo común de bienes corresponde al patrimonio del difunto unido a otros bienes que no le pertenecen.**

A consecuencia de lo anterior y como operación previa para conocer y determinar cuál es el patrimonio del causante será necesario separarlo de otros patrimonios restituyendo los bienes que pertenezcan a terceros y singularizando con precisión los que forman parte de la sucesión.

El ejemplo más usual se presenta en la sociedad conyugal, al morir uno de los cónyuges. Se forma una masa de bienes compuesta por los bienes que tenía en

dominio el cónyuge difunto y que constituyen la herencia, por una parte, y los bienes que pertenecen al cónyuge sobreviviente. Aquí será necesario proceder a liquidar la sociedad conyugal.

En esta etapa se van a insertar las medidas de seguridad, justamente para asegurar el patrimonio del causante y adoptar las demás medidas de administración. En el ejercicio de las medidas de seguridad se celebrará un inventario solemne y en virtud del artículo 385 la mera aserción que se haga en el inventario de pertenecer a determinadas personas los objetos que se enumeran, no hace prueba en cuanto al verdadero dominio de ellos.

Lo que hemos señalado del Acervo Bruto este tratado en el artículo 1341, según esta norma "si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, u otro motivo cualquiera, se procederá en primer lugar a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comunes según las reglas precedentes.

Una vez efectuada esta primera operación pasamos al llamado Acervo ilíquido.

II. Acervo Ilíquido.

A. Definición: El patrimonio del causante del cual se han ya separado los otros bienes o patrimonios que se hallaban confundido y al que aún **no se le han hecho las bajas generales de la herencia.**

Es necesario realizar la operación denominada Bajas Generales de la Herencia para así obtener el Acervo Líquido.

III. Acervo líquido.

A. Definición: El patrimonio del difunto separado de otros patrimonios y al que se le han deducido las bajas generales.

Así lo dice el artículo 959 inciso final.: "El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley, patrimonio respecto del cual se hará el pago de las asignaciones. Para transformar el acervo ilíquido en líquido es necesario por consiguiente efectuar las bajas generales de la herencia.

· **Bajas Generales de la Herencia** (P. R. G las llama deducciones previas y otros autores las llaman obligaciones de pago preferente [respecto de los herederos]).

1. Gastos de apertura de la sucesión (959 numero 1).

Artículo 959 numero 1: "Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión. ". Aquí se incluyen las siguientes:

- i.** Apertura del testamento cerrado del difunto.
- ii.** Gastos para poner por escrito el testamento verbal.
- iii.** Gastos que demanden los avisos de la apertura de la sucesión (1285).
- iv.** Gastos de posesión efectiva de la herencia y las de partición, incluyendo los honorarios de albaceas y partidores.
- v.** Los gastos de la guarda y aposición de sellos y de la facción de inventario (1224).

Todos estos gastos se deducen en primer lugar ya que ellos van en beneficio de todos los interesados, incluso los acreedores.

2. Deudas Hereditarias (959 numero 2).

Constituyen sin duda el rubro más importante dentro de las bajas generales de la herencia, aplicando el aforismo romano de que no hay herencia sino una vez pagadas las deudas hereditarias.

Es decir, aquellas deudas que el causante tenía en vida y en consecuencia no podrá disponerse de los bienes que conformen la sucesión entre tanto no hayan sido satisfechos los acreedores.

Puede suceder que los bienes que componen el patrimonio hereditario sean insuficientes para pagar las deudas hereditarias y en tal caso los herederos nada recibirán por concepto de su asignación (en el fondo sus bienes pertenecían a los acreedores en virtud del derecho de prenda general que estos tenían en el patrimonio del causante)¹³ y en este sentido cabe recordar que la responsabilidad de los herederos es ilimitada y responden a prorrata de su cuota hereditaria, salvo que acepten con beneficio de inventario.

Para estos efectos será necesario avisar al público de la apertura de la sucesión (1285) y se formará un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas hereditarias conocidas que recibe el nombre de hijuela pagadora de deudas (1286). Los obligados a formar este lote o hijuela de deudas corresponde tanto al albacea como al partidor. Por último, el artículo 1374 inciso 1 señala que en primer lugar se pagara a los **acreedores hereditarios y pagados los acreedores hereditarios se pagara a los acreedores testamentarios, es decir los legados.**

Existe, pues, una diferencia fundamental entre el pago de las deudas hereditarias y el de las cargas testamentarias, representadas principalmente por los legados que el testador instituye en el testamento. Hay una preferencia en el pago respecto de las deudas hereditarias, porque ellas constituyen una baja general de la herencia. En cambio, las cargas testamentarias, los legados, se pagan **de la parte de que el testador ha podido disponer libremente, o sea de la totalidad de la herencia, de la mitad o cuarta de libre disposición según los casos**¹⁴.

3. Artículo 959 numero 3 se refiere a los Impuestos Fiscales que graven toda la masa hereditaria.

Hoy no se aplica este numeral ya que no hay impuesto que graven a toda la masa hereditaria toda vez que el artículo 2 de la ley 16.271 dispone que el impuesto se aplicará sobre el valor líquido de cada asignación o donación.

Por la misma razón antes dicha tampoco tiene aplicación práctica el artículo 960.

4. Alimentos forzosos:

Los alimentos se deben ya sea voluntariamente o por mandato de la ley, y a estos últimos se les llama alimentos forzosos (1167 numero 1).

A su turno el artículo 1168 primera parte lo define como aquellos que el difunto a debido por ley a ciertas personas.

Los alimentos forzosos por regla general gravan la masa hereditaria y es por esa razón que constituyen una baja general. Por excepción los alimentos forzosos no

¹³ Agregado febrero 2020, manuel somarriva, sucesorio, tomo I, pág 111.

¹⁴ Agregado febrero 2020, manuel somarriva, sucesorio, tomo I, pág 111.

constituyen una baja general en los siguientes casos:

i. Cuando el testador a impuesto la obligación de pagarlo a uno o más partícipes de la sucesión (1168 parte 2º).

ii. Se refiere al caso que los alimentos forzosos son excesivos atendida la fuerza patrimonial del causante. En este caso el exceso se imputará a la parte de bienes de que el causante pudo disponer libremente (1171 inciso 2).

En el evento de existir asignaciones alimenticias voluntarias, es decir hechas en favor de personas que por ley no tengan derecho a alimento, se imputaran a la porción de bienes que el difunto ha podido disponer a su arbitrio (1171 inciso 1).

5. Porción conyugal (solo histórico, ya no existe)

Correspondía a la porción de bienes que la ley le asignaba al cónyuge sobreviviente en determinadas circunstancias y fue derogado por la ley 19.585.

6. Los gastos de última enfermedad y de entierro del causante.

No se contempla en el art. 959, sino que en el art. 4, número 1 de la Ley 16.271. Permite deducir como baja general los gastos de última enfermedad adeudados a la fecha de la delación de la herencia. Asimismo, los herederos pueden deducir como baja general los gastos de última enfermedad pagados por los propios herederos con su peculio o con dinero facilitado por terceros (artículo 4º, número 3).

- Las bajas generales de la herencia y la disolución de la sociedad conyugal. Muy frecuentemente, por el fallecimiento del causante, al mismo tiempo de abrirse la sucesión, se disuelve la sociedad conyugal, cuya liquidación es previa a la de la herencia.

Ahora bien, algunas de las bajas generales son también, al mismo tiempo, bajas de la liquidación de la sociedad conyugal. En particular, el problema se presenta respecto a los gastos de partición en cuanto ésta se refiera a la sociedad conyugal, las deudas hereditarias que pueden ser al mismo tiempo deudas sociales, y los gastos de última enfermedad en cuanto no estén pagados al fallecimiento del causante, que también serán deudas sociales.

Armonizando ambas situaciones, se concluye que los arts. 959 del CC y 4º de la Ley 16.271, no han derogado las disposiciones propias de la sociedad conyugal y que en consecuencia, las bajas generales se efectúan a la herencia sólo en la proporción que corresponda al cónyuge difunto. Lo anterior tiene importancia para los herederos (entre ellos, hoy día, el cónyuge sobreviviente) y para el Fisco.

IV. Acervo Imaginario.

Ellos se deben a que si bien uno de los principios generales de nuestro sistema sucesorio es la libertad de testar ella se encuentra restringida toda vez que el testador se encuentra obligado a respetar las asignaciones forzosas y en caso de no hacerlo la ley suple la voluntad del testador e incluso en contra de disposiciones testamentarias expresas.

Con el objeto de velar por estas asignaciones forzosas la ley a previsto distintos medios, uno de los cuales consiste en la formación de los acervos imaginarios en virtud de los cuales se busca reconstituir en forma ideal e imaginaria el patrimonio del causante acumulándose aquellas liberalidades que el causante ha hecho en vida, ya sea a legitimarios o a extraños y en detrimento de las asignaciones forzosas.

La ley ha previsto 2 acervos imaginarios que se llaman creativamente: Primer acervo imaginario y Segundo Acervo Imaginario.

1. Primer Acervo Imaginario (1185):

Es el que se forma acumulándose imaginariamente al acervo **liquido todas las donaciones revocables e irrevocables hecha en razón de legítimas y mejoras.**

ejemplo: el causante tenía tres hijos, A, B y C. En vida, hizo una donación de \$9.000.000.- a B. Al fallecer el causante, deja un acervo líquido a repartir entre sus tres hijos de \$60.000.000.-. De no haberse hecho en vida la donación a B, cada hijo recibiría \$23.000.000.- Para reparar la desigualdad, se agrega a la masa hereditaria la suma donada, lo que da un acervo imaginario de \$69.000.000.- A cada uno de los hijos le corresponden \$23.000.000.- Sin embargo, a B sólo se le entregan \$14.000.000.-, pues se le descuentan los \$9.000.000.- ya recibidos.

De esta manera se evita que se perjudique a uno o algunos de los legitimarios, por donaciones hechas a otro u otros legitimarios.

Este acervo es imaginario ya que no tiene existencia física o real, sino que meramente intelectual. En verdad, no se forma la masa de bienes que en el artículo 1185 se ordena, sino que se calcula numéricamente como valor. Por lo mismo, su denominación doctrinaria es correcta.

Este acervo se forma siempre que al abrirse la sucesión existan legitimarios, puesto que con él se procura defender la integridad de las legítimas.

De la manera señalada se consigue proteger la voluntad del legislador en materia de asignaciones forzosas, ya que, sin este acervo, mediante actos voluntarios perfectamente legítimos, podría favorecerse a algunos legitimarios en perjuicio de otro. Este primer acervo imaginario tiene, entonces, este fundamental objetivo.

Las colaciones que se hacen al acervo líquido definido en el inciso final del artículo 959, son las siguientes:

a. Donaciones revocables hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el estado en que se encontraban las cosas donadas al tiempo de la entrega, **pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de apertura de la sucesión.**

b. Donaciones irrevocables (están definidas en el artículo 1386) hechas en razón de legítimas y mejoras, en las mismas condiciones indicadas en la letra anterior.

Lo que realmente se colaciona al acervo es el valor que la cosa donada tenía, atendiendo, como se dijo, al estado en que las cosas se encontraban al tiempo de la entrega. Las donaciones que deben colacionarse ¿son solo las que revisten el carácter formal de irrevocables o si han de coaccionarse todas las liberalidades consentidas a un legitimario? A juicio de Ramón Domínguez Benavente y Domínguez Águila y siguiendo a estos autores P. Rodríguez señala que debe colacionarse todo tipo de liberalidad que implique un empobrecimiento para el patrimonio del donante y un enriquecimiento paralelo para el donatario. Estos autores (Domínguez Benavente y Domínguez Águila) señalan lo siguiente "El objeto de la legítima es igualar a los legitimarios en su legítima y tanto desequilibra esa igualdad una donación como cualquier otra liberalidad. Por lo demás la definición del artículo 1386 no es tan estricta como pudiera pensarse, sino que concibe la donación en un sentido muy

general que admite otras liberalidades. Es por eso que el artículo 1397 manda que se tenga como donación la renuncia o remisión de una deuda, actos que son indudablemente liberalidades, pero que estrictamente no son donaciones. Además, hay que tener presente el artículo 1203. "

En el fondo, entonces, las donaciones irrevocables que se hacen a un legitimario constituyen un **anticipo de su legítima y así lo presume la ley en el artículo 1198**. La donación revocable y la irrevocable, salvo que el causante disponga expresamente otra cosa en su testamento, es un anticipo o prepago de la legítima **o de una asignación de cuarta de mejoras**. Sin embargo, hay ciertas excepciones: artículo 1188 inciso 2, 1198 inciso 3.

2. Segundo Acervo imaginario (1186):

El segundo acervo imaginario se forma cuando el que a la sazón (significa ocasión o al tiempo) tenía legitimarios hubiere hecho **donaciones entre vivos a extraños**, y el valor total de ellos excede a la cuarta parte de la suma formada por ese valor y el del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras.

Requisitos para la formación de este acervo.

- 1.** El causante ha debido hacer donaciones irrevocables o donaciones entre vivos a personas extrañas, entendiéndose como tales a quienes no tienen el carácter de legitimarios ni son asignatarios de mejoras.
- 2.** Las donaciones que se consideran en este acervo son aquellas que se han hecho cuando el causante tenía legitimarios. Si ellas se hacen en consecuencia antes que sobrevengan legitimarios, no podrán estar comprendidas en este acervo de modo alguno.
- 3.** Para que se forme este acervo es necesario que las donaciones a extraños sean cuantiosas, entendiéndose que lo son aquellas que sobrepasan la parte de lo que el causante ha podido disponer con entera libertad.

Para estos efectos se suman todas las donaciones que ha hecho el causante, que a la sazón tenía legitimarios, y se agrega este valor al primer acervo imaginario. De este modo queda establecida la parte de libre disposición que el causante no ha podido sobrepasar.

Se suman las donaciones hechas por el causante al acervo existente y el resultado se divide por cuatro. La cantidad que resulte -o sea una cuarta parte de la suma dividida-, es lo que el causante pudo donar. Si lo que donó excede dicha suma o límite, el exceso se agrega al acervo existente para formar el segundo acervo imaginario. Se calculan entonces la mitad legítima, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición. Se pagan íntegramente las primeras, y la cuarta de libre disposición hasta donde alcance.

Por ejemplo: el acervo existente es de \$100.000.000.- El causante donó en vida \$ 60.000.000.-, los que se agregan al primero, alcanzando entonces a \$ 160.000.000.- Se divide en cuatro partes, lo que nos da como cantidad máxima que se pudo donar de \$ 40.000.000.- Hay por tanto un exceso de \$20.000.000.-, que

se acumula imaginariamente al acervo existente, lo que nos da \$120.000.000.- De estos, \$60.000.000.- corresponden a la mitad legitimaria, que se paga; \$ 30.000.000.- corresponden a la cuarta de mejoras, que también se paga. Los \$10.000.000.- que realmente quedan, constituyen la parte disponible por concepto de cuarta de libre disposición. Esta ha quedado reducida entonces, en el exceso de lo donado. Se ha conseguido de esta forma el primer efecto del segundo acervo imaginario: limitar la parte de que el testador pudo disponer libremente.

Puede ocurrir que la parte donada a terceros sea de tal modo excesiva que sobrepase la cuarta de libre disposición, afectando la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras. Nace entonces para los legitimarios la acción de inoficiosa donación, que no es sino la "rescisión" de la donación, según el Código Civil (en rigor, veremos que más bien hay inoponibilidad, no nulidad relativa). En su virtud, los herederos pueden dirigirse en contra de los terceros que recibieron donaciones del causante en vida de éste, exigiendo la restitución de los bienes donados hasta la parte en que perjudican las asignaciones forzosas. Art. 1187 del CC.

V. Acervo del remanente.

Luego de la ley 19.585 se crea el acervo del remanente (gracias a Pablo Rodríguez) ello se funda en el artículo 988 según el cual el cónyuge en ningún caso podrá llevar menos de la cuarta parte (25 %) de la herencia o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso.

El problema es el siguiente: cuando la sucesión es intestada el legislador llama a ciertas personas a suceder a través de los órdenes de sucesión, en el primer orden se llama a los hijos y al cónyuge sobreviviente. En este caso al cónyuge le corresponderá el doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo. (si hay dos hijos la herencia se dividirá en 4, puesto que el cónyuge lleva 2/4). El legislador ha querido proteger al cónyuge y por lo tanto le ha asegurado como mínimo la cuarta parte de la herencia o la cuarta parte de la mitad legitimaria. Entonces al cónyuge como mínimo le corresponderá un 25 % y esto en la práctica tendrá efecto cuando el causante dejó más de 7 hijos, porque si el causante dejó más de 7 hijos la herencia se divide en 9. 2/9 le van a corresponder al cónyuge y esto corresponde al 22% y es aquí donde cobra importancia el acervo del remanente ya que se le asigna el 25% al cónyuge sobreviviente y el remanente se les asignará a los hijos. En otras palabras, con el acervo del remanente se van a calcular o establecer las legítimas de los hijos cuando el cónyuge concurre con más de 6 hijos lleve la 1/4 parte de la herencia o de la mitad legitimaria.

Sucesión Intestada.

I. Nociones Generales.

A. Concepto:

Artículo 952 inciso 1: "Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato".

Ramón Meza Barros: "Transmisión que hace la ley de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de una persona difunta", en otras palabras, la ley presume la última voluntad del causante. Toda vez que este no hizo testamento y es la ley quien distribuye los bienes del difunto entre quienes presuntivamente

habrían sido favorecidos por él, es decir, en este caso:

1. La ley es supletoria de la voluntad del causante.
2. Determina quienes son sus herederos.
3. Fija la cuantía de las asignaciones.

B. Personas llamadas a suceder:

En términos muy generales la ley llama a suceder a quienes se encuentren ligados al causante por vínculo de parentesco y de matrimonio. Teniendo en cuenta lo anterior el artículo 983 señala que son llamados a la sucesión intestada **los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado, en su caso, y el Fisco.**

Los derechos del adoptado se regirán por la ley respectiva.

Algunos autores frente a la falta de una definición legal del concepto de familia recurren a este artículo para interpretar que es lo que el legislador entiende por familia, toda vez que con la evidente exclusión del Fisco el llamamiento que la ley hace es a las personas más cercanas al causante.

C. Principios Generales que informan el Sistema de Sucesión Intestada:

1. Principio de aplicación subsidiaria:

Esto significa que las reglas relativas a este tipo de sucesión tienen aplicación solo a falta de disposiciones testamentaria (980).

2. Principio de igualdad:

Esto significa que en la sucesión intestada la ley no atiende no al sexo ni a la primogenitura. (982).

3. Principio del patrimonio unitario:

El patrimonio del causante estará integrado por todos aquellos bienes que el poseía al tiempo de su fallecimiento, sin que la ley atienda al origen de esos bienes al tiempo de reglar la sucesión intestada (981). Por lo mismo, es indiferente que el causante los haya adquirido a título oneroso o gratuito, que le hayan correspondido al causante en la partición de una comunidad o que los haya adquirido directamente

4. Principio de exclusión y preferencia:

La sucesión intestada se funda preferencia a ciertas personas y excluir a otra. Por ejemplo, los descendientes prefieren y excluyen a los ascendientes. Esto último se ve manifestado en los órdenes de sucesión.

Las preferencias también quedan de manifiesto en la cuantía de las asignaciones, por ejemplo, la cuantía de la asignación del cónyuge cuando concurre con ascendientes es el doble de la de estos.

5. Principio de la relación conyugal o consanguínea:

En el sentido que son estas las relaciones que la ley considera al tiempo de efectuar el llamamiento, con excepción por cierto del Fisco y del adoptado a quien la ley asimila al hijo.

6. Principio de la descendencia ilimitada:

En virtud del derecho de representación la descendencia es ilimitada. En todo caso los descendientes de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano.

7. Principio de la ascendencia ilimitada:

La ley en el artículo 989 llama a suceder a los ascendientes cuando el causante no ha dejado descendientes ni personalmente ni representados.

8. Principio de la colateralidad limitada.

La ley llama a los colaterales solo hasta el 6to grado inclusive.

9. Principio de la unidad de la filiación:

Luego de la ley 19.585 no se hace distinción alguna en razón de la filiación.

10. Principio de armonización con la sucesión forzosa.

Sucede que si el causante no ha otorgado testamento y tiene herederos forzosos tal situación se armoniza o compatibiliza precisamente con las normas de la sucesión intestada, (artículo 1191 inciso final).

11. Principio de Clausura:

Está representado por el llamamiento que la ley hace al Fisco (art 995).

12. Principio del demérito calificado:

Ello respecto del cónyuge sobreviviente y de los progenitores del causante en la forma y en los casos señalados en los artículos 203, 994 y 1182 inciso final.

13. Principio de la prevalencia de la doble conjunción.

Cuando las normas sobre sucesión intestada llaman a los hermanos del causante, la ley distingue entre hermanos de doble conjunción o carnales (aquellos que lo son de parte de padre y madre) y de simple conjunción (aquellos que lo son exclusivamente de parte de padre o sólo de parte de madre). Los hermanos de simple conjunción (paternos o maternos) llevan la mitad de lo que les corresponde a los hermanos de doble conjunción.

D. Casos de aplicación de las normas de sucesión intestada.

Son tres las razones generales y ellas están en el artículo 980 c.c.

1. Casos en que el difunto no ha dispuesto de sus bienes.

i. El difunto fallece sin haber otorgado testamento o revoco el que había otorgado.

ii. El causante hizo testamento, pero no dispuso de sus bienes.

Esto es posible porque en el testamento no solo se dispone de los bienes, sino que también se pueden hacer declaraciones como por ejemplo el reconocimiento de un hijo o sólo nombra a un albacea o partidor. Entonces aquí aplicamos las normas de la sucesión intestada no obstante haberse otorgado testamento.

iii. El causante otorgo testamento y en el instituyo herederos de cuota que no alcanzan a completar la unidad.

Ejemplo:

A --- 25%.

B --- 50%

El 25% restante se distribuirá conforme a las normas de la sucesión intestada, entonces tendremos una sucesión en parte testada y en parte intestada.

iii. En su testamento el causante se limita solamente a efectuar o establecer

asignaciones a título singular (es decir solo hay legatarios). En esta situación la determinación de los herederos se hará conforme a las reglas de sucesión intestada. Aun cuando el activo sea por ejemplo una bicicleta y un reloj se requiere de alguien que responda de las deudas (se requiere de un heredero que responda de las deudas).

iv. Testador solo constituye un usufructo.

La nuda propiedad se sujetará a las normas de sucesión intestada.

v. En el testamento el causante constituyo un fideicomiso, pero no designo o falto la persona del propietario fideicomisario (artículo 748 c.c).

2. Caso en que el testador no dispuso conforme a derecho.

i. Testamento adolece de nulidad ya sea por razones de forma o fondo.

ii. Adolece de nulidad una cláusula del testamento y no operan los derechos de sustitución ni de acrecimiento.

iii. Causante en su testamento infringe las asignaciones forzosas y el testamento es atacado mediante la acción de reforma del testamento. (1216).

3. Caso en que no han tenido efecto sus disposiciones.

i. Las asignaciones contenidas en el testamento son condicionales y falta la condición o se cumple la condición resolutoria y el testador no ha previsto esta situación.

ii. El asignatario repudia la asignación o bien el asignatario se vuelve incapaz o indigno.

iii. El causante a otorgado un testamento privilegiado y esta caduca por no darse cumplimiento a ciertas exigencias legales.

II. Ordenes de sucesión.

A. Concepto:

Son grupos de personas llamadas por la ley a suceder al causante, que excluyen a otros grupos de personas y que a su vez son excluidos por otros grupos de personas, según la prelación establecida por la ley.

Hasta la dictación de la ley 19.585 se distinguían 2 órdenes de sucesión, el regular y el irregular atendiendo a si el causante era hijo legítimo (sucesión regular); o si era hijo natural (sucesión irregular). Hoy existe sólo un orden de sucesión.

B. Mecanismo:

El sistema consiste en distribuir a los parientes en clases, categorías u órdenes, de manera que unos preferirán a otros. Es fundamental tener claro que para determinar en la sucesión intestada los derechos hereditarios de una persona lo que se examina **es a que orden de sucesión ella pertenece y no el grado de parentesco que la liga con el causante.**

No obstante, lo anterior dentro de cada orden de sucesión el grado de parentesco sí tiene relevancia ya que los parientes de grado más próximo excluyen a los de grado más remoto, salvo que opere el derecho de representación.

Debe tenerse en cuenta que dentro de cada orden de sucesión hay un pariente que fija el orden y le da su nombre y en consecuencia si este pariente falta se pasa al orden siguiente.

C. Cuáles son los órdenes de sucesión:

La ley fija 5 órdenes de sucesión:

- 1. De los hijos o descendientes.**
- 2. Del cónyuge y ascendientes.**
- 3. De los hermanos.**
- 4. De los colaterales.**
- 5. Del fisco.**

1. De los hijos o descendientes personalmente o representados. (988)

A. Personas que lo componen.

Este orden está compuesto por las siguientes personas:

- 1.** Los hijos y sus descendientes por derecho de representación.
- 2.** El cónyuge sobreviviente.
- 3.** El adoptado, quien de acuerdo al artículo 37 de la ley 19.620 tiene los mismos derechos que el hijo.

B. Forma de determinación de las asignaciones.

Primer caso: Si solo hay hijos en el orden de sucesión. La herencia se divide en partes iguales entre todos ellos.

Segundo caso: Si concurren hijos y el cónyuge sobreviviente es necesario distinguir según el artículo 988 inciso 2: Si hay varios hijos o un solo hijo.

i. Hay varios hijos: **El cónyuge sobreviviente recibirá una porción que en la mayoría de los casos será equivalente al doble de lo que por legitima rigurosa o efectiva corresponda al hijo.**

ii. Hay un solo hijo: En ese caso la cuota del cónyuge será igual a la legitima rigurosa o efectiva de ese hijo.

- En todo caso la porción que corresponda al cónyuge no bajara de la cuarta parte de la herencia (si el causante falleció sin haber dispuesto de la cuarta de libre disposición y de la cuarta de mejoras), o de la cuarta parte de la mitad legitimaria (si el causante hubiere dispuesto de la cuarta de libre disposición y de la cuarta de mejoras) en su caso. Esto se da en el caso que concurren más de 6 hijos.

- Adicionalmente si le corresponde al cónyuge sobreviviente la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, el resto se dividirá entre los hijos en partes iguales. A esto se le llama legitima de residuo o residual.

De esta forma, pueden presentarse las siguientes situaciones, cuando hay dos o más hijos (personalmente o representados) y cónyuge sobreviviente:

- Si hay dos hijos y cónyuge sobreviviente, dividimos la herencia en cuatro partes, un cuarto para cada hijo y dos cuartos para el cónyuge sobreviviente; aplicamos la primera regla, pues el viudo o viuda lleva el 50% de la herencia;
- Si hay tres hijos y cónyuge sobreviviente, dividimos la herencia en cinco partes, un quinto para cada hijo y dos quintos para el cónyuge sobreviviente; aplicamos la primera regla, pues el viudo o viuda lleva el 40% de la herencia;
- Si hay cuatro hijos y cónyuge sobreviviente, dividimos la herencia en seis partes,

un sexto para cada hijo y dos sextos para el viudo o viuda; aplicamos la primera regla, pues el cónyuge sobreviviente lleva un 33.33% de la herencia;

Si hay cinco hijos y cónyuge sobreviviente, dividimos la herencia en siete partes, un séptimo para cada hijo y dos séptimos para la viuda o viudo; aplicamos todavía la primera regla, pues el cónyuge sobreviviente lleva un 28.58%, aproximadamente;

☑ Si hay seis hijos y cónyuge sobreviviente, dividimos la herencia en ocho partes, un octavo para cada hijo y dos octavos para el viudo o viuda; todavía nos mantenemos en la primera regla, pues dos octavos corresponden exactamente al mínimo previsto por la ley para el cónyuge sobreviviente, esto es, un 25%;

☐ Si hay siete o más hijos, debemos aplicar la tercera regla, pues de aplicar la primera, habría que dividir la herencia en nueve partes, lo que arrojaría para el viudo o viuda un porcentaje inferior al 25%, pues dos novenos están por debajo del expresado porcentaje.

- La cuarta parte correspondiente al cónyuge debe calcularse de acuerdo al artículo 996 que regula la herencia en parte testada e intestada conforme a la remisión que hace el artículo 988 inciso 4. El profesor estima que la remisión que hace el artículo 988 inciso 4 al 996 se refiere solo al inciso final en orden a que la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria que le corresponde al cónyuge será enterada totalmente con preferencia a las demás asignaciones.

- El artículo 994 inciso 1 dispone que el cónyuge separado judicialmente no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido se hubiere dado motivo a la separación por su culpa.

- Cabe consignar que de conformidad al art. 1337, regla 10ª, el cónyuge sobreviviente tendrá dos derechos:

☐ Derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia (son requisitos copulativos), así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto. Este derecho de adjudicación preferente tiene carácter personalísimo: no puede transferirse ni transmitirse.

☐ Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios. El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

2. Del cónyuge sobreviviente y de los ascendientes.

A. Personas que lo componen.

El artículo 989 inciso 1 contempla este orden. Quien determina el orden es el cónyuge sobreviviente y los ascendientes.

Artículo 989 inciso 1: "Si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo."

El vocablo "posteridad" se refiere a los hijos personalmente o representados.

B. Monto de las asignaciones.

1. Si convive el cónyuge sobreviviente junto con los ascendientes la herencia se dividirá en 3 partes correspondiendo 2 para el cónyuge y 1 para los ascendientes, artículo 989 inciso 2.

2. Si solo concurre el cónyuge este heredará todos los bienes.
3. Si solo hay ascendientes toda la herencia es para éstos.
4. Habiendo 1 solo ascendientes de grado más próximo sucederá este en todos los bienes, o en toda la porción hereditaria de los ascendientes conforme al artículo 989 inciso 3.

Reglas Especiales.

i. Se reitera la regla del artículo 994 inciso 1 en cuanto el cónyuge separado judicialmente, que hubiere dado motivo a la separación por su culpa, no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido.

ii. No sucederán abintestato los padres del causante si la filiación ha sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo que mediare el restablecimiento a que se refiere el artículo 203. En el mismo sentido, el art. 1182 reiteró que no serán legitimarios los ascendientes del causante si la filiación que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo progenitor, salvo en el caso del inciso final del art. 203. En otras palabras, sólo serán herederos abintestato los ascendientes cuando medie filiación matrimonial y cuando tratándose de la filiación no matrimonial, el reconocimiento de la misma hubiere sido voluntario y no forzado.

iii. Tratándose del impedimento impediendo de segundas nupcias, el ascendiente que lo infrinja, será sancionado, conforme al art. 127 del Código Civil. En efecto, el padre o la madre pierden el derecho de suceder abintestato a su hijo y pierden igualmente la legítima que les corresponde en la herencia de su hijo. Si el hijo testa después de producida la causal, el padre o madre queda liberado de la sanción conforme a lo dispuesto en el art. 973 del Código Civil, el cual establece que las causales de indignidad mencionadas en los arts. precedentes, no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen. No cabe duda de que el padre o madre que no respeta el impedimento atenta contra la integridad del patrimonio de sus hijos o pupilos e incurre en la causal de indignidad del número 2 del art. 968 ("atentado grave contra...los bienes de la persona de cuya sucesión se trata", causal de injuria atroz). Siendo así, resulta aplicable el art. 973.

3. De los hermanos.

A. Personas que lo componen. Artículo 990 inciso 1 del Código Civil: "Si el difunto no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, le sucederán sus hermanos."

El inciso 2 de este artículo agrega que entre los hermanos de que habla este artículo se comprenderán los de simple y doble conjunción, pero la porción de los primeros será la mitad que la que corresponda a los segundos.¹⁵

B. Monto de la asignación.

- La porción del hermano de simple conjunción será la mitad de la porción del hermano de doble conjunción.
- Cabe recordar que el derecho de representación también opera respecto de los descendientes del hermano del causante, de modo que también ingresarán los hijos del hermano, **quienes son sobrinos del causante.**

4. De los colaterales. (992 inciso 1).

A. Personas que lo componen.

Artículo 992 inciso 1 Código Civil: "A falta de descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos, sucederán al difunto los otros colaterales de grado más próximo, sean de simple conjunción (sólo son parientes del difunto por parte de padre o por parte de madre) o doble conjunción, hasta el sexto grado inclusive." (básicamente son tíos, primos, y los llamados vulgarmente primos de segundo grado.)

B. Monto de la asignación.

1. Los colaterales de simple conjunción tendrán derecho a la mitad de la porción de los de doble conjunción¹⁵.

El Nuevo inciso segundo del art 992 señala Los colaterales de simple conjunción, esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte de uno de los progenitores, tendrán derecho a la mitad de la porción de los colaterales de doble conjunción, esto es, los que a la vez son parientes del difunto por parte de ambos progenitores. El colateral o los colaterales del grado más próximo excluirán siempre a los otros

2. El colateral o colaterales de grado más próximo excluirán siempre a los otros. Esta norma tiene una excepción cual es que no se aplica a los sobrinos porque en ese caso opera el derecho de representación porque en ese caso concurren como hermanos. Hay que tener presente que, según lo ha declarado reiteradamente nuestra jurisprudencia, no se aplica este orden mientras existan representantes de hermanos del causante, aunque éste sea uno solo. Esto es, la representación excluye la aplicación del cuarto orden de sucesión, aun cuando los hijos de los hermanos del

¹⁵ Modificado enero 2022

¹⁶ Agregado enero 2022

causante pudieran concurrir por derecho propio. Se aplica siempre la representación, y los sobrinos, sobrinos-nietos, etc., aun cuando no concurren hermanos, excluyen a los demás colaterales.

Conforme a lo expuesto, los colaterales llamados en este orden son los de tercer a sexto grado inclusive. Conviene precisar que los colaterales pueden serlo "hacia arriba" (caso de los tíos) o "hacia abajo" (caso de los primos hermanos). Puesto que la ley no hace distinciones, pueden suceder al causante unos y otros. Sin embargo, tal como indicábamos, si concurren, por ejemplo, un sobrino (colateral de tercer grado) y un tío (también colateral de tercer grado), preferirá el sobrino. Ello, porque éste heredará por derecho de representación, reemplazando al padre (hermano del causante) y ocupando su mismo lugar (colateral de segundo grado).

5. El Fisco. (995)

Artículo 995: "A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el fisco."

El Fisco, para los efectos de solicitar la posesión efectiva de la herencia, actúa representado por el Ministerio de Bienes Nacionales (artículo 43 del Decreto Ley número 1.939). El Fisco es el representante económico del Estado y de la colectividad en general.⁸ El Decreto Ley número 1.939, de 1977, que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, regula

los derechos hereditarios del Fisco, en el párrafo IV, citado, artículos 42 a 54.

- Cuantía de la asignación.

Como es obvio, a falta de herederos abintestato, el Fisco llevará toda la herencia. Cuando no existen otros herederos abintestato, se habla de herencias vacantes; el Fisco concurre entonces en las herencias vacantes.

Se ha discutido el fundamento que tiene esta asignación en favor del Fisco. La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia estiman que el Estado sucede como heredero, en las mismas condiciones que cualquier heredero abintestato. Para otros, el Estado sucede porque, faltando los herederos abintestato, los bienes de la herencia quedan sin dueño y pertenecen al Estado como consecuencia de su poder soberano.

El Fisco, en cuanto heredero, puede aceptar o repudiar la herencia. Si la acepta, goza de beneficio de inventario, de conformidad al art. 1250. Si la repudia, se presenta un problema de interés, ya que pueden ocurrir dos cosas: antes que se repudie la herencia puede solicitarse la declaración de herencia yacente y designarse un curador de la misma, el que liquidará bienes y pagará las deudas hereditarias, según prescriben los arts. 1240 y siguientes; puede ocurrir también, que el Fisco repudie de inmediato, sin que haya lugar a la declaración de herencia yacente, en cuyo evento los inmuebles serán de dominio del Estado (art. 590) y los muebles pasarán a ser res derelictae y podrán ser adquiridos por ocupación, quedando los acreedores burlados en sus derechos. Sin embargo, ello no sucederá si se toma la precaución de optar por la primera alternativa y proceder de conformidad con los arts. 1240 y siguientes, solución que ciertamente resulta ser la más equitativa. En todo caso, no parece posible que el Fisco repudie la herencia si esta tiene bienes, puesto que ellos representan una eventual utilidad para el Estado.

En los demás órdenes de sucesión, el Fisco está representado en la masa hereditaria por el impuesto de herencia que establece la Ley (salvo si la herencia, como ocurre frecuentemente, sea declara exenta de impuesto).

Asimismo, en relación al Fisco como heredero, la Corte Suprema ha dicho que disputada una herencia entre el Fisco y otros herederos (colaterales), éstos deben acreditar su parentesco. En otras palabras, la sentencia exoneró al Fisco de la obligación de probar que no existían otros herederos, imponiendo el peso de la prueba a quienes alegaban la exclusión de éste como consecuencia de la existencia de herederos preferentes.

6. De acuerdo con la ley 19.620 se le otorga al adoptado la calidad y el estado civil de hijo por lo tanto el adoptado tiene los mismos derechos del hijo.

- Situación del matrimonio nulo.

Para Somarriva, el cónyuge cuyo matrimonio fue anulado, aunque este haya sido putativo, no tiene derechos hereditarios abintestato. Aunque la ley no se puso en el caso, hay casi unanimidad en la conclusión anterior. Desde luego, en el matrimonio simplemente nulo no cabe discusión alguna, pues es lo mismo que si no hubiera existido matrimonio, y no puede haber derechos hereditarios abintestato entre los presuntos cónyuges. Pero cabe preguntarse si acaso el matrimonio que fue nulo putativo, es decir, un matrimonio que, a pesar de su nulidad, produce iguales efectos civiles al válido, da derechos hereditarios al cónyuge sobreviviente cuyo matrimonio

tuvo ese carácter en la sucesión abintestato del causante.

Para Somarriva, la respuesta debe ser negativa, porque el matrimonio putativo supone, para producir efectos, la buena fe de los cónyuges; desde el momento en que esta cesa, el matrimonio deja de producir sus efectos. Y esta buena fe es incompatible -en opinión de Somarriva-, con la sola notificación de la demanda de nulidad y con mayor razón, con la declaración misma de nulidad del matrimonio. Debemos concluir entonces, afirma, que, si se anuló el matrimonio y aun cuando éste fuere nulo putativo, el cónyuge sobreviviente no tiene derechos en la sucesión abintestato del difunto.

Sin embargo, señala Somarriva que hay un caso de excepción que puede dar lugar a que el cónyuge sobreviviente, cuyo matrimonio se ha anulado, tenga derechos hereditarios: es el caso del art. 47 de la Ley de Matrimonio Civil, que permite pedir la nulidad del matrimonio aun después de fallecido uno de los cónyuges si la causal es la de vínculo matrimonial no disuelto. En tal caso, el matrimonio así anulado puede ser putativo y el excónyuge sobreviviente concurrir a la herencia, pues esta clase de matrimonio produce los mismos efectos que el válido y el cónyuge sobreviviente pudo estar de buena fe al fallecimiento del causante. Recordemos que, si era el difunto el cónyuge bígamo, se producirá la curiosa situación de que concurrirán a la herencia dos cónyuges sobrevivientes, quienes deberán dividir por mitades sus derechos.

Rodríguez Grez agrega un matiz a la conclusión de Somarriva. Concuere en que, si el matrimonio del causante se ha disuelto por nulidad, el cónyuge sobreviviente no tendrá derecho alguno en la sucesión porque carece de vínculo matrimonial, que es la fuente de los derechos sucesorios en este caso. Si el matrimonio fuere putativo, con arreglo al art. 51 de la Ley de Matrimonio Civil, surtirá efectos civiles, pero no transforma al excónyuge en asignatario del premuerto. Con todo -y he aquí el matiz anunciado-, si la nulidad se declara por sentencia judicial después de muerto el otro cónyuge, y el matrimonio es putativo, estima Rodríguez que el sobreviviente debe ser considerado heredero porque el matrimonio produjo sus efectos en el momento de abrirse la sucesión. Rodríguez no comparte en este punto la afirmación de Somarriva, en orden a que la buena fe desaparece necesariamente -y con ello la posibilidad de considerar al matrimonio como putativo-, al momento de notificar la demanda. Señala Rodríguez que la buena fe del cónyuge notificado de una demanda de nulidad de matrimonio puede subsistir, como quiera que la sola pretensión de nulidad no es suficiente para hacerla desaparecer. Seguramente, dice Rodríguez, el raciocinio de Somarriva está inspirado en el art. 907, relativo a las "prestaciones mutuas", que establece que el poseedor de buena fe no está obligado a restituir los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda. Pero esta norma, dice Rodríguez, sólo tiene aplicación en aquella materia, y ni siquiera allí se pierde la buena fe por la notificación de la demanda, sino por la contestación de ella.

Sucesión mixta o Sucesión en parte testada y en parte intestada.

Conforme se desprende de lo señalado en el artículo 952 inciso 2: "la sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria, y parte intestada."

Reglas aplicables a esta sucesión: (996).

1. Cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato según las reglas generales o sea los órdenes de sucesión.

La ley adopto este criterio puesto que prima la voluntad del testador.

2. Pero los que suceden a la vez por testamento y abintestato, imputarán a la **porción que les corresponda abintestato** lo que recibieren por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si excediere a la otra. Si el testador ha instituido a un heredero testamentario, que a la vez es heredero abintestato, en una asignación que excede al llamamiento de la ley, se estará siempre a la voluntad del causante y sólo subsidiariamente al llamamiento legal, pudiendo el asignatario retener toda la asignación testamentaria.

En el fondo se entiende que la asignación testamentaria se ha hecho a cuenta de lo que a ese heredero le ha de corresponder por sucesión.

Existe un problema que se plantea sobre la base de precisar en qué consiste "la porción que corresponda abintestato" al asignatario testamentario. Si esta porción se calcula sobre el remanente que resulta una vez deducida la asignación testamentaria, el asignatario favorecido por el testador se perjudicaría. Lo único que dificulta la interpretación es lo que se debe entender por "corresponder abintestato" en este caso: si lo que le tocaría al heredero testamentario en el remanente que ha quedado intestado, o lo que llevaría en la sucesión si ésta fuera íntegramente intestada. Un ejemplo aclarará las dos posiciones posibles: concurren dos hermanos a una herencia de \$10.000.000.- y a uno de ellos, A, el testador le ha dejado \$2.000.000.-, mientras que, al otro, B, nada le ha dejado. Quedan intestados \$8.000.000.-

Las dos interpretaciones posibles son las siguientes:

a) Si entendemos por corresponderle abintestato lo que le tocaría en el remanente de aplicar las reglas de la sucesión intestada a éste, en el ejemplo, tenemos que cada hermano tiene derecho abintestato a \$4.000.000.- Pero como A debe imputara esa cantidad los \$2.000.000.- que lleva por testamento, sólo recibe abintestato los otros \$2.000.000.- (en total, \$4.000.000.-).

b) Según la segunda interpretación, lo que corresponde abintestato es lo que tocaría a cada heredero si la sucesión fuera íntegramente intestada. En el ejemplo, a cada heredero le correspondería \$5.000.000.-. El heredero A llevaría \$5.000.000.- (\$2.000.000.- por testamento y \$3.000.000.- como heredero abintestato) y el heredero B otros \$5.000.000.-

Como podemos observar, en el mejor de los casos, el heredero instituido por el testador y que a su vez es heredero abintestato, llevará la misma asignación que aquél que no ha sido objeto de liberalidad alguna de parte del causante. Domínguez Benavente y Domínguez Águila, se inclinan por la segunda interpretación, señalando: "Lo abintestato del art. 996, 2º, es todo el as hereditario y no el remanente de él, del que no dispuso el testador. De no ser así, el asignatario testamentario estaría en peor situación que el no considerado en el acto de última voluntad."

Rodríguez Grez sigue un tercer camino, señalando que la solución aceptada menoscaba los derechos del asignatario testamentario que, concurriendo como heredero abintestato y siendo su porción testamentaria menor que la que le corresponde en la sucesión intestada, nada aprovechará con la disposición hecha en su favor por el causante. No es lógico, cree este autor, que admitiendo que las asignaciones testamentarias prefieren a las asignaciones intestadas, quien es instituido heredero por el testador y además concurre en el remanente de los bienes

como heredero abintestato, nada gane en razón de la disposición de última voluntad que representa el deseo del causante. Lo equitativo habría sido, a juicio de este autor, que, pagada la asignación testamentaria, concurrieran en el remanente los herederos intestados señalados por la ley. De este modo el favorecido por el testador lo sería realmente, al percibir la asignación testamentaria y una asignación intestada.

3. Prevalecerá sobre todo lo dicho anteriormente la voluntad expresa del testador en lo que de derecho corresponda conforme a lo señalado en el artículo 996 inciso 3.

Por lo anterior el inciso 4 del mismo artículo explicita que la regla que menciona el inciso 1 se aplicará una vez que se encuentren enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia. Esto significa que para que la regla tenga aplicación se debe enterar primero las legítimas y rigorosas.

Así, por ejemplo, si el testador dice que se asigna una quinta parte de sus bienes a una persona, "sin perjuicio de", "además de" o "sin que se afecte" lo que al asignatario corresponde en la sucesión intestada, quedará sin efecto la imputación ordenada en el inc. 2º del art. 996.

- Casos en que puede darse la sucesión mixta:

1º Puede ocurrir que el causante haya dispuesto de una parte de su patrimonio por testamento. En aquella parte se aplicará la sucesión testamentaria y en la parte en que no dispuso la sucesión intestada.

2º Puede ocurrir que algunos de los herederos designados por el causante no puedan o no quieran concurrir a la herencia, caso en el cual los bienes que comprendan dichas asignaciones se regirán por las normas de la sucesión intestada.

3º Puede ocurrir que parte del testamento sea declarado nulo (por error en la voluntad del testador), razón por la cual una parte de los bienes del causante queda sin asignatario, siendo aplicable a ella la sucesión intestada.

4º Puede ocurrir que el testador haya instituido sólo herederos de cuota y todas ellas juntas no alcancen la unidad (es decir, el 100%). En este caso, establece el art. 1100 que la parte que falta para completar el entero se rige por las normas de la sucesión intestada y los herederos se entienden llamados como herederos del remanente.

5º Puede ocurrir que el testador haya instituido sólo asignaciones usufructuarias, aplicándose las normas de la sucesión intestada a la nuda propiedad de los bienes.

6º Puede ocurrir que el testador haya instituido fideicomisos, designando sólo herederos en calidad de fideicomisarios, caso en el cual la propiedad fiduciaria se distribuirá según las normas de la sucesión intestada; a la inversa, puede ocurrir también que designe herederos sólo en calidad de propietarios fiduciarios, en cuyo caso será la ley la encargada de fijar la participación de los fideicomisarios.

En síntesis, pueden ocurrir tres cosas:

a) Que el causante no disponga de sus bienes por testamento, sino que se limite a formular declaraciones (por ejemplo, reconoce un hijo o reconoce una deuda);

b) Que el causante disponga de sus bienes por testamento, pero que parte de dichas disposiciones o todas ellas no produzcan efectos; y

c) Que el causante disponga de sus bienes, pero contraviniendo la ley, sea en cuanto a las normas que regulan el testamento o en cuanto a la forma o personas que instituye herederos.

En todos estos casos recobra su plena vigencia la sucesión intestada para suplir la

voluntad del testador, sea porque ella no se manifestó, o se manifestó ilegalmente o no tuvieron efecto sus disposiciones.



Tutores Derecho
