

## ALCANCES DE LA FRASE “PODRÁN LOS HEREDEROS DISPONER DE CONSUNO DE LOS INMUEBLES HEREDITARIOS”<sup>1</sup>

Juan Andrés Orrego Acuña<sup>2</sup>

Las reflexiones que siguen, dicen relación con la determinación de los alcances que cabe atribuirle a la frase “*podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios*”, contenida en el artículo 688, número 2, del Código Civil. Recordemos que el artículo citado, reglamenta las denominadas inscripciones a que da lugar la sucesión por causa de muerte. Exige el Código Civil un conjunto de inscripciones, una vez fallecido el causante. Estas inscripciones, a diferencia de lo que ocurre en el caso del artículo 686, en donde la inscripción se exige para verificar la tradición de los derechos reales inmuebles, tienen otras finalidades. La primera de ellas, es la de **dar publicidad a la transmisión de la propiedad raíz**. Tal es el **fin general** buscado por las inscripciones contempladas en el artículo 688 del Código Civil. La segunda finalidad, está enunciada en el inciso primero del artículo: en el momento de deferirse la herencia, de operar la delación de la misma, la posesión de ella se confiere al heredero por el ministerio de la ley; pero esta posesión LEGAL<sup>3</sup> no habilita al heredero o herederos para disponer de manera alguna de un inmueble hereditario. En efecto, para que pueda ocurrir lo último, es necesario realizar las inscripciones previstas tanto en la Ley 19.903 como en el artículo 688 del Código Civil. Tal sería entonces el **fin específico** de estas inscripciones.

Expresa el referido artículo 688, número 2:

*“En el momento de deferirse la herencia, la posesión efectiva de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda: (...) 2º Las inscripciones especiales prevenidas en los incisos primero y segundo del artículo precedente: en virtud de ellas podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios”.*

---

<sup>1</sup> Trabajo publicado en “*Estudios de Derecho Civil V*”, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coordinador), Santiago de Chile, LegalPublishing, año 2010, pp. 189 a 201.

<sup>2</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, por la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Internacional SEK; Universidad Finis Terrae; Universidad de Las Américas; Universidad Andrés Bello; y Universidad Santo Tomás.

<sup>3</sup> Según el actual tenor del artículo 688, inciso 1º, fijado por la Ley 19.903 publicada en el Diario Oficial de fecha 10 de octubre de 2003, la posesión efectiva y la posesión legal se identificarían, lo que a nuestro juicio constituye un error garrafal, pues la primera debe **otorgarse por una resolución**, sea por un tribunal, cuando la herencia fuere testada, sea por el Director Regional del Registro Civil, cuando la herencia fuere intestada, mientras que la segunda se confiere por el solo ministerio de la ley.

A su vez, refieren los incisos primero y segundo del artículo 687, lo siguiente:

*“La inscripción del título de dominio y de cualquier otro de los derechos reales mencionados en el artículo precedente, se hará en el Registro Conservatorio del territorio en que esté situado el inmueble y si éste por situación pertenece a varios territorios, deberá hacerse la inscripción en el Registro de cada uno de ellos.*

*Si el título es relativo a dos o más inmuebles, deberá inscribirse en los Registros Conservatorios de todos los territorios a que por su situación pertenecen los inmuebles.”*

Adicionalmente, las normas del Código Civil transcritas deben complementarse con lo dispuesto en los artículos 54 y 55 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, cuyo tenor es similar al de los artículos 687 y 688.

Encontrándose pues inscrito un inmueble a nombre de dos o más herederos, éstos, si quieren disponer del mismo, deberán hacerlo de consuno. Empleamos *“deberán”* y no *“podrán”*, porque si bien tal es la fórmula gramatical usada en el artículo 688 número 2, debemos entenderla alusiva a que los herederos son libres para enajenar o no los inmuebles hereditarios; ahora bien, si resuelven hacerlo, entonces *“deberán”* hacerlo de consuno.

No está demás consignar que la voz *“consuno”*, se define en el Diccionario de la Real Academia, como *“Juntamente, en unión, de común acuerdo”*.

Precisado el marco normativo, entramos a la cuestión que nos preocupa: ¿cuál es el alcance de la frase *“podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios”*? Y más específicamente, ¿Qué debemos entender por *“inmuebles hereditarios”*? Las preguntas no son ociosas, pues caben dos posibles respuestas:

1. Se trata de los inmuebles propiamente tales o *“por naturaleza”*, definidos en el artículo 568 del Código Civil. Dicho de otra forma: el legislador sólo habría pretendido referirse a los inmuebles corporales, y dentro de ellos, a los que la doctrina llama *“por naturaleza”*. Por ende; si uno o más herederos pretenden enajenar sus cuotas en el inmueble o hereditario, no corresponde exigirles que actúen de consuno; o

2. Se trata de toda clase de inmuebles, tanto corporales cuanto incorporales. Por lo tanto, si lo que se pretende por un heredero o por algunos herederos, es disponer de la cuota o cuotas que aquél o éstos posean en el inmueble, también han de actuar de consuno con los restantes herederos. El problema, claro está, tendrá interés cuando no se cedan por un mismo acto las cuotas que formen el entero o unidad en el dominio del inmueble, sino que representen un porcentaje menor al cien por ciento, cualquiera fuere. Dicho en otros términos: el problema se presentará cuando sólo uno o algunos de los herederos quiera enajenar su cuota o cuotas, y no los demás.

La cuestión relativa a la enajenación de la cuota que el comunero tiene en un inmueble hereditario, ha sido tratada en la doctrina nacional, y las opiniones se

encuadran en la primera de las hipótesis recién expuestas, es decir, aquellas que permiten la enajenación de la cuota, actuando individualmente el respectivo heredero. Así, Manuel Somarriva Undurraga, en su célebre obra *“Indivisión y partición”*, señala que *“es posible que un comunero ceda la cuota en un bien determinado dentro de la universalidad; por ejemplo, si en una indivisión hereditaria en que hay créditos, acciones de sociedades anónimas, un inmueble urbano y un predio rústico, Pedro, que es heredero, únicamente enajena los derechos que le corresponden en este último bien. El legislador en parte alguna impide celebrar un acto semejante y él tendrá valor desde el momento en que es válida la venta de cosa ajena. Por lo tanto, para reconocer valor a un contrato de esta naturaleza poco importa sostener que el indivisario, durante la indivisión, no tiene derecho en los bienes determinados que componen la universalidad.”*<sup>4</sup>. Más adelante, consignaremos lo expuesto por este autor, acerca de la precaria condición en la que queda, sin embargo, el cesionario de la cuota. Por su parte, Daniel Peñailillo Arévalo, resalta que una comunidad no sólo puede terminar mediante la partición, sino que también, por ejemplo, cuando los comuneros enajenan sus cuotas en la cosa común, y llega un momento en que dichas cuotas se reúnen en una sola persona, comunero o extraño. En este caso, no hay duda que la comunidad ha concluido y sin que haya operado el efecto declarativo y retroactivo que caracterizan la adjudicación realizada en el marco de una partición.<sup>5</sup> Ahora bien, agrega Peñailillo, *“cuando se está en presencia de la comunidad hereditaria, debe distinguirse entre el derecho real de herencia, que sí recae sobre la universalidad jurídica que es la herencia, y la comunidad de dominio que se origina entre todos los herederos, sobre los bienes del causante (comunidad que recae sobre una universalidad de hecho, puesto que no tiene pasivo, ya que las deudas están divididas, según el artículo 1354); en esa comunidad sobre el activo hereditario, la cuota de cada comunero (...) se comunica a cada bien de que se compone la comunidad. En el mismo sentido puede añadirse también el artículo 1268; aparte de la acción que tiene para perseguir su herencia (o cuota) poseída por otro (la acción petición de herencia), conforme a ese texto el heredero (el único o cualquiera de los varios) tiene la acción reivindicatoria sobre las*

---

<sup>4</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *“Indivisión y Partición”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada, año 2002, p. 136.

<sup>5</sup> Recordemos que el artículo 1344 del Código Civil dispone: *“Cada coasignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. / Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena.”* Este artículo tiene su antecedente en el artículo 883 del Código francés, que reza: *“Cada coheredero se considera haber heredado solo e inmediatamente todos los efectos comprendidos en su lote o que le tocaron en subasta, y no haber tenido jamás la propiedad en los demás efectos de la sucesión.”* Se trata del denominado carácter declarativo y retroactivo de la adjudicación, que como destaca Pedro Lira Urquieta, fue una solución de los juristas medievales, que se apartaron del Derecho Romano, en donde tenía un carácter traslativo, por razones eminentemente prácticas: quisieron evitar mediante el efecto declarativo de la adjudicación en una partición, el pago de los impuestos que gravaban la transferencia, muy elevados y que cobraban los señores feudales. Esta solución se consagró en la costumbre de París y se recogió posteriormente en el Código de Napoleón: LIRA URQUIETA, P., *“La partición de bienes”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1948, p. 200.

*cosas singulares; puede reivindicar cosas específicas que sean poseídas por un extraño; esta regla revela que, al tiempo que es heredero (titular del derecho real de herencia) es dueño (si es único) o codueño, comunero, de los bienes (porque junto con el derecho de herencia se formó una comunidad universal de dominio entre los varios herederos), y si puede reivindicar cosas es porque en esa comunidad (universal de dominio sobre el conjunto de cosas) no sólo tiene su cuota abstracta (se ha dicho 'flotante'), sino también derecho cuotativo en cada cosa.*"<sup>6</sup> Peñailillo, aunque admitiendo la validez de la enajenación de la cuota, alude también, al igual que Somarriva, a la precariedad e inconveniencia de un acto de esta clase: "...es la ocasión de hacer una referencia a la discutida<sup>7</sup> y frecuente 'enajenación de cuota de una universalidad, referida a un bien determinado'. Durante el estado de indivisión (en comunidad hereditaria o de otro origen) el comunero de una universalidad suele disponer de su cuota, pero referida a un bien de los que integran la comunidad (generalmente un inmueble, que es el que más interesará al adquirente), dispone usualmente mediante una venta. En cuanto al título, no es materia que corresponda aquí; en todo caso, puede adelantarse que los efectos definitivos se establecerán al terminar la indivisión, sea por partición o por la reunión de todas las cuotas en un solo sujeto (comunero o extraño). Desde luego, si se trata de venta y se llega a la partición, habrá que distinguir si se le adjudica o no al enajenante la cosa cuya cuota enajenó (la situación es la misma sea que enajene una cuota en una cosa determinada o una cosa determinada en su integridad). También puede advertirse que, si no se le adjudica, habrá venta de cosa ajena (artículo 1344), que es válida (artículo 1815). Por estos precarios efectos, en suspenso hasta el término de la comunidad, la negociación no es aconsejable."<sup>8</sup> De esta manera, sintetiza Peñailillo al aludir a la inscripción especial de herencia prevista en el número 2 del artículo 688, "...pueden los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios (y – con los inconvenientes que se han advertido- podría un comunero disponer de su cuota referida a un inmueble determinado)."<sup>9</sup>

Como puede observarse, la doctrina nacional citada está conteste en la admisibilidad de la enajenación de la cuota que un heredero posea sobre un bien que integra la herencia, sin perjuicio de la precariedad e inconveniencia de dicho acto, por el evidente riesgo que asume el cesionario, a menos que éste consiga reunir todas las cuotas en su patrimonio. Más adelante, revisaremos algunos planteamientos de Somarriva, ahondando en esta cuestión. Ahora bien, ¿Cómo se ha entendido el artículo 688, número 2, en el ejercicio forense? La experiencia indica que no siempre se presenta la opinión conteste de la doctrina. En efecto, si bien es cierto que para la mayoría, cualquiera de los herederos podría enajenar su

---

<sup>6</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, D., "Los bienes. La propiedad y otros derechos reales", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, pp. 172 y 173. Peñailillo adhiere, en esta materia, a los postulados de Enrique Silva Segura, expuestos en su obra "Acciones, actos y contratos sobre cuota", Concepción, Editorial Samver, año 1970.

<sup>7</sup> Más que discutida en la doctrina, según veremos, la cuestión se debate entre los abogados inmersos en el ejercicio profesional, hecho que mueve al autor de esta ponencia a presentar estas reflexiones.

<sup>8</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, D., ob. cit., pp. 295 y 296.

<sup>9</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, D., ob. cit., p. 304.

cuota en un inmueble actuando individualmente, y, en consecuencia, los abogados, en los contratos que redactan, suelen hacer comparecer solamente al heredero que cede su cuota o sus derechos en el inmueble y al cesionario, sea éste otro heredero o un tercero hasta ese momento ajeno a la comunidad hereditaria, para otras opiniones, en proporción minoritaria, pero incluyendo entre ellas la de algunos conservadores de bienes raíces, sería necesario que comparezcan todos los herederos al acto que sirva de título a la posterior enajenación, como ocurre por ejemplo con los contratos de compraventa (que sirve de título a la enajenación en sentido restringido) o de hipoteca (que sirve de título a la enajenación en sentido amplio). En esta segunda posición, se han planteado dos variantes: algunos admiten la posibilidad de que un heredero ceda su cuota en el inmueble, pero con la conformidad de los restantes herederos; otros, en cambio, consideran que la única posibilidad que permite la ley, sería la de enajenar todos, al mismo tiempo, sus cuotas en el inmueble. Para esta segunda opinión, el artículo 688 número 2 constituiría una excepción a la regla general, que reconoce su origen en el Derecho Romano, en virtud de la cual el comunero puede ejecutar toda clase de actos jurídicos sobre su cuota.

En las líneas que siguen, intentaremos sintetizar las dos corrientes, con sus respectivos argumentos.

1. Doctrina que postula que no es necesaria la comparecencia de todos los herederos, cuando uno de ellos enajene su cuota sobre un inmueble hereditario.

Quienes así opinan, basan su parecer en los siguientes argumentos:

- a. El número 2 del artículo 688 no pretendió regular la hipótesis en la que un heredero dispone de su cuota en un inmueble hereditario, porque, se afirma, en tal caso no se está disponiendo del inmueble en sí mismo, sino sólo de una parte alícuota en el dominio sobre éste. De esta manera, no correspondería exigir que los herederos actúen de consuno. El precepto citado quiso enfatizar que si los herederos pretenden enajenar el inmueble, materialmente considerado, como un todo, es imprescindible la concurrencia de todos ellos. Dicho de otro modo, un solo heredero no podría enajenar el inmueble, ya que estaría disponiendo de algo que es parcialmente ajeno, pues sólo tiene una cuota en él.
- b. El propio contexto del artículo 688 confirma lo aseverado en el acápite anterior: en efecto, el número 2 del artículo alude a las inscripciones especiales prevenidas en el artículo 687, y en ésta norma, se hace referencia a la “*situación*” de los inmuebles, o sea a su ubicación física, con lo que puede desprenderse que se trata de los inmuebles corporales por naturaleza o propiamente tales; a su vez, el número 3 del artículo 688, se pone en el caso de un heredero que está en condiciones de disponer por sí solo de un inmueble hereditario: ello ocurrirá,

cuando tal inmueble, entendido como cosa corporal, se le adjudica en la respectiva partición.

c. Los artículos 1320 y 1812 del Código Civil permiten expresamente al comunero, vender la cuota: el primero, dispone: *“Si un coasignatario vende o cede su cuota a un extraño, tendrá éste igual derecho que el vendedor o cedente para pedir la partición e intervenir en ella”*<sup>10</sup>; establece el segundo: *“Si la cosa es común de dos o más personas proindiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas podrá vender su cuota, aun sin el consentimiento de las otras.”* En relación al último artículo, una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 13 de agosto de 2007, autos Rol número 2.579-2006, pronunciándose ante la eventual nulidad absoluta de la que adolecería un contrato de compraventa cuyo objeto fue la cuota que la parte vendedora tenía sobre un inmueble hereditario (nulidad fundada, precisamente, a juicio del actor, en no haber actuado la vendedora de consuno con los restantes herederos), concluye en los siguientes términos: *“...la exigencia de proceder de esta forma (o sea, de consuno) va dirigida a impedir que uno cualquiera de los herederos, y no todos, enajene un bien raíz de que es dueño toda la comunidad hereditaria, pero no obsta a que uno cualquiera de los herederos enajene la cuota que le corresponde en el dominio del bien, cobrando vigencia y aplicación lo dispuesto en el artículo 1812 del Código Civil, de acuerdo al cual si la cosa es común de dos o más personas proindiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas podrá vender su cuota, aún sin el consentimiento de las otras (...). Que, en consecuencia, al estimarse ajustada a derecho la enajenación por parte de uno de los miembros de la comunidad hereditaria, de la cuota que a éste correspondía en uno de los inmuebles hereditarios, sin que hubieran consentido en ello los demás coherederos, no han cometido los sentenciadores de la instancia los errores de derecho que se les atribuye en el recurso, motivo suficiente como para que la casación en el fondo intentada sea desestimada.”* Sobre este particular, conviene tener presente lo que advierte Manuel Somarriva, en cuanto a que *“Los efectos que produce la cesión de cuota en un bien determinado son bastante precarios e inciertos; su eficacia queda sujeta a las resultas de (la) partición”*. Destaca Somarriva que pueden presentarse distintas situaciones: 1. El bien cuya cuota se ha enajenado se adjudica al indivisario que hizo la enajenación: en virtud del efecto declarativo de la partición, se reputa que el adjudicatario ha sido siempre dueño del bien, de manera que la enajenación que había hecho de la cuota se consolida, naciendo una nueva comunidad, esta vez a título singular, entre el comunero que enajenó y a cuyo favor se adjudicó el inmueble y el adquirente (no vaya a creerse, previene Somarriva, que por el hecho de adjudicarse el bien al indivisario que enajenó su cuota, la enajenación afecta a todo el inmueble, pues lo enajenado fue nada más que la cuota y deben respetarse los términos en que se celebró el contrato); 2º El

---

<sup>10</sup> Con todo, debe advertirse que en opinión de algunos autores, como Manuel Somarriva Undurraga, si quien cedió la cuota en el inmueble fue un heredero, será éste, y no el adquirente de la cuota, quien podrá pedir la partición e intervenir en ella, pues se trata de derechos que el cesionario de la cuota no podría ejercer, dado que no es heredero: SOMARRIVA UNDURRAGA, M., ob. cit., p. 123.

bien cuya cuota se ha enajenado se adjudica en la partición a otro comunero, distinto del que hizo la enajenación: en este caso, el indivisario enajenante no ha tenido jamás parte alguna en el bien, de manera que lo que hubo fue venta de cosa ajena, la que no empecería al indivisario adjudicatario.<sup>11</sup>

Considerando lo expuesto, habría que preguntarse hasta qué punto es posible o prudente que los conservadores de bienes raíces puedan inscribir la enajenación de la cuota, cuando el cedente sigue siendo heredero. A la postre, dado el carácter de título declarativo que tiene la adjudicación y el consiguiente efecto retroactivo con que opera, bien podría ocurrir que dicho cedente nada haya tenido y por tanto nada haya podido enajenar, en el evento que el inmueble hubiere sido adjudicado a otro heredero. Así las cosas, la inscripción que el Conservador de Bienes Raíces hubiere practicado, necesariamente debiera cancelarse. Se divisa la compleja situación que podría presentarse, cuando requiera la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces aquél de los indivisarios que se hubiere adjudicado el inmueble respecto del cual otro de los herederos había enajenado una cuota, pues el primero se encontrará con una inscripción vigente en el Conservador, por la cuota enajenada, hecho que colisionará evidentemente con su derecho a pedir que se inscriba el inmueble a su nombre. No le quedaría otro camino que recurrir a la Justicia para que en definitiva un tribunal ordene cancelar la inscripción sobre la cuota y practicar la inscripción a favor del adjudicatario. Esta precaria condición en la que se encuentra aquél que había adquirido la cuota en el inmueble, ha sido resaltada desde antiguo y persistentemente por nuestra jurisprudencia: así, en un fallo de la Corte de Talca, de fecha 17 de junio de 1898, se deja en claro que ningún dominio adquiere el que, en la ejecución seguida contra el marido de la cónyuge difunta, compra en pública subasta los derechos que correspondan a aquél en ese bien si, posteriormente, en la partición, el referido inmueble es adjudicado totalmente a los otros herederos.<sup>12</sup> Por su parte, en una sentencia de la Corte Suprema de fecha 7 de agosto de 1907, se advierte que mientras la partición no se verifique, ningún heredero puede atribuirse dominio exclusivo sobre un determinado bien de la herencia, o sobre una parte de él, no sólo porque ese dominio exclusivo pertenece únicamente a la comunidad, sino porque, realizada la partición, puede resultar que el bien de que se trata no se adjudique al heredero que pretende cobrarlo anticipadamente, y en tal caso la ley supone que ese heredero jamás ha tenido parte alguna sobre dicho bien.<sup>13</sup> A su vez, en una sentencia de la Corte de Talca de fecha 2 de septiembre de 1947, se subraya que

---

<sup>11</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, M., ob. cit., pp. 136 y 137.

<sup>12</sup> *“Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias”*, Tomo IV, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año 1997, p. 450.

<sup>13</sup> *“Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias”*, Tomo IV, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año 1997, p. 445.

el comprador que adquirió sólo una cuota en un bien determinado y no los derechos en la universalidad de los bienes de la sucesión, tiene únicamente una mera expectativa sobre la cuota adquirida por él, que queda sujeta al evento de que en la división de los bienes de la sucesión, se adjudique a los vendedores o cedentes la cuota que les corresponde como herederos en ese objeto, de suerte que, si la adjudicación de la parte alícuota que corresponde a estos herederos lo es en otros bienes de la sucesión, el comprador de cuotas en un bien determinado, carece de todo derecho en ese bien.<sup>14</sup>

d. El artículo 2417 del Código Civil, deja en claro que *“El comunero puede, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota”*. En relación a este punto, Manuel Somarriva concluía que la cuota puede hipotecarse cualquiera fuere el origen de la comunidad, ya sea que sobre el inmueble exista una comunidad singular o que él forme parte de una universalidad, como ocurre precisamente con la herencia. Aludiendo este autor al caso de que un comunero hipoteque su cuota en un inmueble determinado, sostiene que si después se le adjudica el inmueble a tal comunero, la hipoteca subsistirá, pero sólo en la cuota y no en el total, pues aquí desde un comienzo quedó delimitada la extensión del gravamen hipotecario.<sup>15</sup> Más allá de que nos pueda parecer discutible tal conclusión, considerando lo dispuesto en el artículo 2421 del Código Civil (*“La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada”*), lo concreto es que Somarriva admite expresamente la posibilidad de que el comunero de un inmueble que integra una comunidad universal, pueda hipotecar su cuota. Aún más, plantea que el comunero podría haber hipotecado no sólo su cuota, sino todo el inmueble, aunque no tenía sobre él más que una cuota, y, si en definitiva se le adjudicase en la partición, la hipoteca se entenderá subsistir sobre todo el predio, pues así se constituyó originariamente.<sup>16</sup>

e. En el Derecho Privado, es posible realizar todo aquello que no esté prohibido por la ley, y no existe norma alguna que, de manera explícita, impida a los herederos disponer de la cuota que posean en un inmueble hereditario.

f. La libre disposición y circulación de los bienes es uno de los principios fundamentales del Código Civil, y debe por ende privilegiarse aquella interpretación que más conteste esté con tal principio. El *“espíritu general de la legislación”* a que alude el artículo 24 del Código Civil, nos permitiría confirmar que la doctrina correcta es aquella que permite la enajenación de la cuota.

2. 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

---

<sup>14</sup> *“Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias”*, Tomo III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año 1997, pp. 126 y 127.

<sup>15</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, M., ob. cit., p. 150.

<sup>16</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA, M., ob. cit., p. 150.



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 segunda 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.

¿Qué razones podrían esgrimirse, para sostener tal conclusión? Los argumentos podríamos sintetizarlos de la siguiente manera:

a. El tenor del artículo 580 del Código Civil: *“Los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, o que se debe. Así el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble.”* De esta forma, la parte alícuota que un heredero tiene sobre un inmueble transmitido por el causante, tiene naturaleza **inmueble**. Y puesto que recae sobre un bien raíz que integra la sucesión, tiene asimismo el carácter de inmueble **hereditario**. No es superfluo recordar que si se trata de una comunidad en una cosa singular, la naturaleza de ésta se comunica a la cuota de cada comunero. Este es, precisamente, el caso del artículo 688, pues si bien se trata de un inmueble hereditario, el precepto no regula los derechos de los comuneros en toda la herencia, sino sólo aquellos que tengan sobre los dichos inmuebles hereditarios, singularmente considerados. Es en los artículos 1909 y 1910 en donde el Código Civil reguló lo concerniente a la disposición del derecho real de herencia, caso en el cual la única exigencia que fluye de la ley es que haya muerto el causante. En efecto, dos diferencias fundamentales saltan a la vista, entre la disposición del derecho real de herencia y la disposición de la cuota que un heredero tenga sobre un inmueble hereditario; la primera diferencia: se puede disponer del derecho real de herencia apenas fallecido el causante; ello no es posible en el caso de la disposición de la cuota en un inmueble hereditario, pues previamente deben practicarse las inscripciones de los números 1 y 2 del artículo 688; la segunda diferencia: cada heredero puede disponer de su derecho real de herencia con absoluta autonomía, sin que sea necesaria la intervención de los demás herederos; por el contrario, para que un heredero disponga de su cuota en un inmueble hereditario, ha de actuar de consuno con los restantes herederos.

b. En otras disposiciones del Código Civil, la expresión “*inmuebles*” o la frase “*bienes raíces*”, siempre se han interpretado como referidas tanto al inmueble

propriadamente tal, como también a los derechos que se posean en un inmueble: así, por ejemplo, cuando el artículo 1749, señala que el marido, existiendo sociedad conyugal, “no podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los bienes raíces sociales”, sin autorización de la mujer o de la justicia en subsidio; o en el artículo 393, cuando dispone que “No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo”; o en los artículos 141 y 142, al establecer, el primero, que puede afectarse como bien familiar “El inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges” y consignar, el segundo, que “No se podrán enajenar o gravar voluntariamente, ni prometer gravar o enajenar, los bienes familiares, sino con la autorización del cónyuge no propietario”; o en el artículo 254, relativo a la administración de los bienes del hijo no emancipado, al expresar que “No se podrán enajenar ni gravar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, ni sus derechos hereditarios, sin autorización del juez con conocimiento de causa.”, etc. ¿Quién pondría en duda, en todos estos casos, que la enajenación de derechos sobre el inmueble social, o del pupilo, o del afectado como bien familiar o del hijo no emancipado, ha de cumplir con los mismos requisitos que se exigen para enajenar el inmueble mismo? Aún más, así se desprende explícitamente del artículo 143, inciso 2º, a propósito de los bienes familiares, cuando declara que “Los adquirentes de derechos sobre un inmueble que es bien familiar, estarán de mala fe a los efectos de las obligaciones restitutorias que la declaración de nulidad origine”. Ahora bien, entre tales “derechos”, puesto que la ley no distingue, cabe incluir los que otorgan una cuota en el dominio.

c. Esta interpretación, otorga un sentido útil o práctico a la exigencia de disponer “de consuno”. En efecto, si entendiéramos que el número 2 del artículo 688 sólo quiso referirse a los inmuebles propiadamente tales, la exigencia de disponer “de consuno” sería del todo superflua, pues resulta obvio, y ello sin necesidad de que el legislador lo hubiera señalado, que si los comuneros pretendieren enajenar el mueble o el inmueble del que sean dueños, considerados aquellos en su acepción “por naturaleza”, deben actuar conjuntamente. Bastaría que uno de ellos ejerza el “ius prohibendi”, para bloquear la enajenación, al menos la voluntaria.

d. La ausencia, en el Código Civil, de una norma similar a la establecida en el artículo 574, para los bienes muebles, en cuanto a entender que si por la ley se usa la expresión “inmuebles” sin otra calificación, se comprenderá en ella sólo a los inmuebles por naturaleza.

e. La ausencia de una exigencia similar, en el Título X del Libro III, “De la partición de los bienes”, y en el Título XXXIV, párrafo 3, del Libro IV, “Del cuasicontrato de comunidad.” En efecto, no se incluyó, en ninguno de estos títulos, una exigencia similar a la del número 2 del artículo 688, en cuanto a que los comuneros, si quisieren disponer de los bienes indivisos, deben actuar “de consuno”. Por el contrario, el artículo 1320 deja en claro que cualquiera de los comuneros podrá vender o ceder su cuota, inclusive a un extraño a la comunidad.

Por cierto, este precepto es igualmente aplicable a la cuota que el heredero haya tenido en un inmueble hereditario, pero bajo el supuesto de que al enajenarla, haya actuado de consuno con los restantes herederos. En cambio, si se trata de cualquiera otra comunidad, es decir cuyo origen no sea la muerte del causante, los comuneros podrán disponer libremente de sus cuotas en los inmuebles.

f. Es cierto que los artículos 1320 y 1812 del Código Civil admiten la venta de cuotas por cada comunero sin intervención de los restantes indivisarios, pero dichas normas son generales, referidas a cualesquiera clase de comunidades, no pudiendo prevalecer sobre la norma especial del artículo 688 número 2, sólo referida a una comunidad hereditaria.

g. Debe tenerse presente, además, que la palabra “*disponer*” ha de entenderse en su acepción amplia, es decir, aplicable tanto a la transferencia de los derechos, como a la constitución de una hipoteca de cuota o de cualquier otro gravamen sobre la cuota. En relación a la constitución de una hipoteca sobre la cuota, es cierto que el artículo 2417 la permite expresamente, pero no es menos cierto que el artículo 2414 advierte previamente que “*No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para su enajenación.*” Ahora bien, para enajenar un inmueble hereditario (entendida la enajenación en el artículo 2414 en su acepción restringida de transferencia del dominio), se requiere que los herederos actúen de consuno; por ende, el mismo requisito debe cumplirse para hipotecar un inmueble hereditario, sea que se hipoteque el inmueble, sea que se hipoteque una cuota en el inmueble. Esta segunda interpretación, es la que han sostenido, en varias ocasiones, algunos Conservadores de Bienes Raíces, como el de Santiago y de San Miguel.

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.

¿Por qué el legislador habría propiciado o reconocido una comunidad más restringida y más rígida? La explicación debiéramos buscarla en el origen de esta comunidad: se trata, en efecto, de una comunidad que no emana, en su fuente, de la voluntad de los comuneros, sino que, en algunos casos, de la ley, si se trata de una sucesión intestada, o de la voluntad del causante, si se trata de la sucesión testada, o de la ley y de la voluntad del causante, si la sucesión fuere mixta. Podríamos afirmar que la tendencia del legislador apunta a evitar que el número de comuneros aumente, con posterioridad a la muerte del causante, haciéndose

con ello más difícil que la indivisión concluya. A mayor número de comuneros, mayores dificultades para que se enajenen los inmuebles hereditarios o para que se realice una partición de común acuerdo. No debemos olvidar que fluye de las normas del Código Civil que la comunidad es concebida como una situación transitoria, que, en lo posible, debe terminar a la brevedad. Con todo, esta explicación tiene un flanco débil: no impide ni restringe la ley que uno o más herederos, cedan su derecho real de herencia. Aunque en la práctica, cuando ello ocurre, usualmente es para concentrar las cuotas hereditarias en un menor número de herederos o de titulares de la herencia, que no tengan la calidad de herederos.

A estas alturas, nos parece que la segunda opinión cuyos fundamentos hemos intentado resumir, colisiona contra un escollo, pues su aplicación irrestricta conduciría a un escenario en el que unos comuneros podrían disponer de su cuota y otros no podrían hacerlo, desigualdad que no parece razonable ni posible admitir. Efectivamente, tal condición desigual se presentaría, si advertimos que la expresión “*herederos*”, empleada en el número 2 del artículo 688, sólo debiera entenderse referida a los herederos propiamente tales, y en ningún caso a los terceros que, con el consentimiento de los restantes herederos, hubieren adquirido en todo o en parte la cuota de uno o más de los herederos. Tales terceros no son estrictamente hablando “*herederos*”, y, aunque al adquirir la cuota, pasan a integrar la comunidad en la misma condición en que se encontraba el heredero cedente, no tienen la misma calidad de heredero de su causahabiente. En efecto, si la cuota sobre el inmueble se ha radicado en el patrimonio de un tercero, que no es “*heredero*”, no cabría aplicarle la exigencia del número 2 del artículo 688, en cuanto tenga que actuar “*de consuno*”. Si los herederos, al consentir, por vez primera, que uno de ellos dispusiere de su cuota en el inmueble a favor de un tercero ajeno a la sucesión, han permitido, en los hechos, que el inmueble, que hasta ese momento era “*hereditario*”, ya no lo sea, al menos para el tercero adquirente de la cuota. Entramos aquí a enfrentar otro problema que suscita la interpretación del número 2 del artículo 688: ¿hasta que momento se mantiene la condición de “*inmueble hereditario*”? ¿Puede mantenerse tal condición para algunos comuneros (los herederos) y no para otros comuneros (los terceros adquirentes de las cuotas de uno o más herederos)? El planteamiento de esta segunda opinión, ineludiblemente, tendría que ser el siguiente, que materializa, según expresábamos, una desigualdad de dudosa legalidad y constitucionalidad: el inmueble (o la cuota en él), será un “*inmueble hereditario*” mientras sus propietarios sean efectivamente herederos. Y lo será sólo para ellos. Cuando el último heredero disponga de su cuota, es decir, a partir del momento en que quede íntegramente cancelada la respectiva inscripción especial de herencia, el inmueble habrá perdido su condición de “*hereditario*”, que tenía precisamente para ese postrer heredero. Pero él ya podría disponer de su cuota

en forma autónoma, pues la exigencia de disponer “*de consuno*” parte del supuesto de que hayan al menos dos herederos. Mientras queden dos herederos, cualquiera de ellos que pretenda disponer de su cuota, deberá actuar de consuno con el otro heredero. Si se trata de cuotas que han quedado radicadas en patrimonios de terceros que no ostentan la calidad de herederos, cualquiera de ellos podría continuar disponiendo de aquellas con plena autonomía, pues el precepto que nos ocupa sólo se aplica a los herederos y éstos terceros no lo son. Lo mismo ocurrirá, según se expresó, si sólo quedare, como titular de una cuota en el dominio, un heredero: también podrá disponer libremente de la suya, pues aunque para él dicha cuota tiene el carácter de un “*inmueble hereditario*”, falta el otro supuesto que requiere la aplicación del número 2 del artículo 688: que exista al menos otro heredero.

Para la **segunda variante** de esta segunda 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.<sup>17</sup> 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, 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.

---

<sup>17</sup> “*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas. Código Civil y leyes complementarias*”, Tomo VIII, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, año 1997, p. 46.