

DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE¹

Sumario:

Primera Parte: conceptos fundamentales.

Capítulo I: Aspectos generales.

- 1.- Concepto de Derecho Sucesorio y regulación.
- 2.- Principios que informan el derecho Sucesorio chileno.
 - 2.1. El principio de la continuación del causante por sus herederos.
 - 2.2. El principio de la unidad del patrimonio.
 - 2.3. El principio de la igualdad.
 - 2.4. El principio de la protección de la familia.
- 3.- Aceptaciones de la expresión “sucesión por causa de muerte”.
- 4.- La sucesión por causa de muerte como modo de adquirir el dominio.
- 5.- Los asignatarios.
- 6.- De la apertura de la sucesión.
- 7.- De la delación de las asignaciones.
- 8.- Del derecho de transmisión.

Capítulo II: El derecho real de herencia.

- 1.- Concepto de derecho real de herencia y relación entre el derecho real de herencia y el de dominio.
- 2.- Críticas al sistema dual de derechos.
- 3.- Cesión del derecho real de herencia.
- 4.- Cesión de cuota en un determinado bien hereditario.
- 5.- Características del derecho real de herencia.
- 6.- Modos de adquirir el derecho real de herencia.

Capítulo III: Los acervos hereditarios.

- 1.- El acervo común o bruto.
- 2.- El acervo líquido y las bajas generales de la herencia.
- 3.- Acervo líquido o partible.
- 4.- Los acervos imaginarios.
 - 4.1. El primer acervo imaginario.
 - 4.2. El segundo acervo imaginario.
 - 4.3. Diferencias entre ambos acervos imaginarios.

Capítulo IV: Inscripciones a que da lugar la sucesión por causa de muerte.

- 1.- Fines en virtud de los cuales se exigen inscripciones a los herederos.
- 2.- Inscripciones previstas en el art. 688 del Código Civil.
 - 2.1. El decreto judicial o la resolución administrativa que da la posesión efectiva de la herencia (art. 688 N° 1).
 - 2.2. Si la sucesión es testamentaria, se inscribirá también el testamento.
 - 2.3. La inscripción especial de herencia (art. 688 N° 2).
 - 2.4. La inscripción especial del acto de partición (art. 688 N° 3).
- 3.- Alcance y sanción del art. 688.
- 4.- Inscripción del legado de un inmueble.

¹ Fecha de la última modificación: 10 de enero de 2022.

Capítulo V: Incapacidades e indignidades para suceder.

- 1.- Requisitos para suceder por causa de muerte.
- 2.- Capacidad para suceder por causa de muerte.
- 3.- Dignidad para suceder por causa de muerte.
- 4.- Paralelo entre las incapacidades e indignidades.
- 5.- Disposiciones comunes a las incapacidades e indignidades.

PRIMERA PARTE: CONCEPTOS FUNDAMENTALES

CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES.

1.- Concepto de Derecho Sucesorio y regulación.

Se ha definido el Derecho Sucesorio como “el conjunto de normas jurídicas destinadas a regular la suerte del patrimonio de una persona con posterioridad a su fallecimiento”.²

Se regula el Derecho Sucesorio, principalmente, en el Libro III del Código Civil, denominado “De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”. Los preceptos que atañen a la sucesión por causa de muerte son los artículos 951 a 1385, y abarcan los doce primeros títulos del Libro, denominados:

Título I: definiciones y reglas generales (artículos 951 a 979).

Título II: reglas relativas a la sucesión intestada (artículos 980 a 998).

Título III: de la ordenación del testamento (artículos 999 a 1055).

Título IV: de las asignaciones testamentarias (artículos 1056 a 1166).

Título V: de las asignaciones forzosas (artículos 1167 a 1211).

Título VI: de la revocación y reforma del testamento (artículos 1212 a 1220; el art. 1221 está derogado).

Título VII: de la apertura de la sucesión y de su aceptación, repudiación e inventario (artículos 1222 a 1269).

Título VIII: de los ejecutores testamentarios (artículos 1270 a 1310).

Título IX: de los albaceas fiduciarios (artículos 1311 a 1316).

Título X: de la partición de bienes (artículos 1317 a 1353).

Título XI: del pago de las deudas hereditarias y testamentarias (artículos 1354 a 1377).

Título XII: del beneficio de separación (artículos 1378 a 1385).

También cabe tener presente algunas leyes especiales que se refieren a la sucesión por causa de muerte, en particular, la Ley N° 16.271, de Impuestos a las Herencias, Donaciones y Asignaciones, así como también la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, la Ley N° 20.830 sobre Acuerdo de Unión Civil, la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, Ley N° 19.620 sobre Adopción de Menores, etc.

2.- Principios que informan el Derecho Sucesorio chileno.

² Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Tomo I, 3ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, N° 2, p. 17.

Nuestra doctrina identifica cuatro grandes principios a partir de los cuales se estructura nuestro Derecho Sucesorio. Ellos son:

2.1. El principio de la continuación del causante por sus herederos.

Conforme al art. 1097, el heredero representa al causante, le sucede en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Los herederos suceden, antes que en los bienes, en la personalidad jurídica del *de cuius*. Los bienes llegan al sucesor a consecuencia de ser el continuador de su personalidad jurídica. Ello explica la responsabilidad personal e ilimitada del heredero, en principio, por las obligaciones hereditarias y testamentarias del causante. En el pago de éstas, no sólo responde con los bienes dejados por el fallecido (*cum viribus*), sino también con sus propios bienes (*ultra vires hereditatis*), a menos que acepte la herencia con beneficio de inventario³.

De esta manera, se afirma que “El heredero es la misma persona, desde el punto de vista jurídico, que el causante y lo representa en todos sus derechos activos y pasivos de contenido patrimonial. El heredero subroga en la misma posición jurídica del causante. La representación alcanza incluso a obligaciones derivadas de hechos ilícitos. Así, el heredero es deudor de la indemnización civil por el delito o cuasidelito cometido, en su día y en su hora, por el *de cuius*”⁴.

El sistema anterior, es pues uno de *sucesión en la persona* del causante, en su íntegra personalidad jurídica⁵.

Como destaca nuestra doctrina, “el principio de la continuación, al que adhiere nuestro Código, significa en la práctica una verdadera confusión de patrimonios entre el del causante y el del sucesor. De ello resulta que el último debe responder de las deudas del difunto en su integridad, ora que los bienes que recibe sean suficientes para ello, ora que no lo sean”.⁶

³ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 46.

⁴ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 47 y 48.

⁵ Otros ordenamientos jurídicos, en cambio, contemplan el principio de la sucesión *en los bienes del causante*. Señalan al efecto Domínguez padre e hijo: “El sistema de la sucesión *ultra vires*, resultante de la continuación de la personalidad jurídica del difunto por el heredero no es el único. Es posible imaginar que el sucesor no tenga parte alguna en las deudas del causante y adquiera los bienes no como universalidad, sin considerarlo continuador de su personalidad, de tal forma que su responsabilidad esté limitada al monto del activo que recibe. Este último sistema es el de la sucesión en los bienes (...) Bajo el régimen de sucesión en los bienes, el heredero recibe el activo del patrimonio dejado por el difunto. Es responsable de las deudas hereditarias y testamentarias, limitadas al monto del activo hereditario. La sucesión es aquí *intra vires hereditatis*: la responsabilidad del sucesor universal queda limitada a las fuerzas de la herencia. Si el activo que se recibe es inferior al pasivo dejado por el causante, en el exceso el sucesor no responde”. Entre los argumentos de quienes defienden este sistema, destaca aquél por el cual “Se sostiene que no es equitativo que si el causante no podía dar a sus acreedores más de lo que tenía, después de muerto pueda darle más, aumentando el activo de su patrimonio con el del heredero (...) si los hijos no están obligados a pagar las deudas del causante en vida de éste, no se ve por qué deban satisfacerlas más allá de la herencia cuando el deudor ha fallecido”: Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 54 y 55. Entre otros, han adoptado este sistema los códigos civiles de Alemania, Brasil, México, Perú y Argentina. Podríamos sostener que este sistema supone que la herencia se acepta con beneficio de inventario, por el solo ministerio de la ley. En cambio, en el sistema de sucesión en la persona del difunto, dicho beneficio debe ser invocado expresamente por los herederos.

⁶ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 57.

Pero no todos los sucesores continúan la personalidad del difunto. En efecto, los que suceden pueden tener la calidad de herederos o de legatarios. La idea de la continuación, sólo existe, en principio, respecto de los herederos (art. 1097). Los legatarios, en cambio, no continúan la personalidad jurídica del causante, no lo representan (art. 1104). A ellos no les es aplicable el principio de la continuación de la persona del causante.⁷

Con todo, en dos casos los legatarios tendrán responsabilidad:

- i.- Cuando el testador ha dispuesto en el testamento más allá de la parte de libre disposición, afectando la porción que le correspondía recibir a los asignatarios forzosos por concepto de legítimas y de mejoras (caso en el cual los legitimarios podrán deducir en contra de los legatarios la acción de reforma de testamento); y,
- ii.- Responderán en subsidio de los herederos por las deudas hereditarias, si al abrirse la sucesión, los bienes dejados por el causante no fueren suficientes para cubrirlas.

Pero ninguno de estos casos implica la idea de continuación por los legatarios. Su responsabilidad no es *ultra vires*, y estará limitada al monto del beneficio que obtengan de sus legados.⁸

2.2. El principio de la unidad del patrimonio.

Como se ha explicado, “La unidad del patrimonio se traduce en que las leyes que regulan la sucesión intestada son las mismas para todos los bienes del *de cuius*: activo y pasivo; muebles e inmuebles; heredados o adquiridos a cualquier título por el causante. No existe en el Código pluralidad de masas hereditarias determinadas por la naturaleza o el origen de los bienes y que se sujetaría a reglamentaciones diversas. La sucesión ha sido considerada como un proceso único, que rige una sola y misma ley. Se le concibe como una unidad y no como una pluralidad de masas”⁹.

El principio está consagrado en el Código en los artículos 955 y 981, a los que aludiremos más adelante.

De este principio se desprenden diversas consecuencias:

- i) Las personas llamadas a la sucesión del difunto, si ésta fuere intestada, son determinadas por la ley del último domicilio.
- ii) La capacidad e incapacidad de los asignatarios quedan determinadas por la ley del último domicilio.
- iii) Los derechos y las obligaciones de los sucesores quedan en todo sujetos a la ley local.
- iv) Para determinar los derechos que corresponden a cada asignatario, no debe estarse a la naturaleza mueble o inmueble de los bienes ni al origen de los mismos. Todos los bienes formarán una sola masa y sobre ellos concurrirán los herederos.¹⁰

2.3. El principio de la igualdad.

Como se ha señalado, “El Código consagra el principio desde un doble punto de vista: estableciendo la igualdad de los coasignatarios en cuanto a la cuota por la que concurren, de forma que, existiendo dos o más asignatarios, éstos llevan la misma

⁷ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 59 y 60.

⁸ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 60 y 61.

⁹ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 102.

¹⁰ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 103 y 104.

proporción de bienes si tienen el mismo grado de parentesco con el autor; y consagrando que, además, en lo posible, esa igualdad debe traducirse también en la designación de bienes físicamente idénticos para cada asignatario. En el primer caso se referencia a una igualdad de valor. En el segundo se trata de la igualdad en especie”¹¹.

Revisemos ambos puntos de vista:

i.- En lo que dice relación a la “igualdad de valor”, entre otros, consagran este principio los artículos 982, 985, 989, 1185 a 1187, 1345 a 1348, etc., en lo que se refiere al *activo* hereditario. Dicha igualdad también se proyecta al *pasivo* hereditario, según se dispone, entre otros, en los artículos 1354, 1360, 1368 a 1371, etc.

ii.- La “igualdad en especie” se establece en la partición de bienes, especialmente en el artículo 1337 del Código Civil. Se propende a que cada comunero reciba especies idénticas o al menos semejantes, en pago de sus derechos.

2.4. El principio de la protección de la familia.

Como se ha expresado, “La herencia está basada, en gran parte, en la defensa de la familia, manteniéndose sus bienes, asegurándole que el patrimonio con el que cuenta subsistirá dentro de ella más allá de la vida de alguno de sus componentes”.¹²

Pero en el Código Civil originario, los integrantes de la familia “legítima” del causante excluían a quienes formaban su familia “natural”. En nuestros días, en cambio, los hijos heredan en igualdad de condiciones, sean ellos de filiación matrimonial o no matrimonial. En la evolución de las normas concernientes a los órdenes sucesorios, se observa además un creciente aumento de la porción que corresponde recibir al cónyuge sobreviviente (y alternativamente, al conviviente civil sobreviviente).

Lo cierto es que el causante, usualmente, sólo puede disponer libremente de una cuarta parte de sus bienes. El resto, necesariamente, ha de ser para sus familiares más cercanos: cónyuge o conviviente civil sobreviviente, ascendientes y descendientes. Así podremos constatarlo al estudiar la sucesión forzosa (Título V del Libro III).¹³

Con todo, si el causante no tuviere cónyuge o conviviente civil, ascendientes vivos y descendientes, todo su patrimonio será de libre disposición. La protección de la familia es por ende limitada, lo que queda en evidencia si consideramos que los hermanos del causante no son herederos forzosos. También se observa un segundo límite: a falta de testamento, según veremos al estudiar los órdenes sucesorios, la ley llama a suceder a los colaterales consanguíneos hasta el sexto grado inclusive. Más allá, no hay familia desde el punto de vista del Derecho Sucesorio.

3.- Acepciones de la expresión “sucesión por causa de muerte”.

Esta expresión puede usarse en tres sentidos: uno *objetivo*, otro *subjetivo* y el último *operativo*.

¹¹ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 114.

¹² Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 121.

¹³ Distinta es la tendencia del Derecho anglosajón, donde suele consagrarse una completa libertad para testar, sin que se reconozca la existencia de herederos forzosos. Tal era también la idea de Andrés Bello, pero en este punto no pudo convencer a los demás juristas que integraban la comisión redactora del proyecto de Código Civil, pues ello habría supuesto apartarse de las soluciones tradicionales del Derecho español y romano.

En un sentido *objetivo*, entendemos por sucesión de una persona la masa o caudal de bienes y las deudas dejados por el causante al fallecer.

En un sentido *subjetivo*, entendemos por sucesión los herederos y legatarios del causante, es decir, el número de individuos que componen la sucesión de una persona.

Con mayor precisión jurídica, en un sentido *operativo*, sucesión por causa de muerte es la transmisión del patrimonio de una persona o de bienes determinados, en favor de otras personas también determinadas. En tal sentido, el art. 588 del Código Civil la incluye entre los modos de adquirir el dominio.¹⁴ En términos similares, Claro Solar señala que sucesión por causa de muerte es “la transmisión del patrimonio de una persona difunta o de una cuota de él o de una o más cosas especiales, que se efectúa a favor de determinada persona”.¹⁵

Pero como advierte nuestra doctrina, “... la sucesión no puede ser concebida solamente como modo de adquirir el dominio. Si por ella la propiedad pasa del causante al heredero, esta función no agota todos los efectos que produce. Desde luego, no siempre opera como modo de adquirir el dominio, pues si la vocación proviene del testamento del *de cuius* y se trata de un legado, esto es, de un llamamiento a título singular, la sucesión no es modo de adquirir, salvo que se trate de un legado de especie, de una cosa singular, cierta e individualizada. En los demás casos, cuando el legado es de género, el sucesor no adquiere el dominio de cosa alguna por sucesión por causa de muerte, pues en tal situación sólo tiene un derecho personal, un crédito contra el heredero o el obligado a la prestación del legado, de tal manera que la adquisición de la propiedad opera sólo cuando se hace entrega al legatario de las especies que se comprendían en el género señalado por el causante. Conviene agregar, además, que el derecho de herencia a que da origen se otorga con abstracción de que importe o no la adquisición de dominio por parte del heredero, pues es posible que el difunto no haya tenido activo patrimonial, de forma que el sucesor adquiera la calidad de heredero y por ende la responsabilidad por el posible pasivo, pero ningún elemento activo”.¹⁶

De esta manera, conforme a la doctrina enunciada, la sucesión por causa de muerte no operará como modo de adquirir el dominio, en dos casos:

- i.- Cuando se trata de legados de género, pues en tal caso, el legatario sólo adquiere un crédito en contra de los herederos.
- ii.- Cuando la sucesión sólo está formada por deudas, y carece de activo.

Respecto del primero de estos dos casos, discrepamos sin embargo con el profesor Domínguez, pues el legatario de género, a la muerte del causante, sí adquiere el dominio de algo: precisamente, de su derecho personal o crédito. Aunque es cierto que no adquiere el dominio de la cosa legada, lo que sólo ocurrirá cuando se le haga la tradición, según veremos.

4.- La sucesión por causa de muerte como modo de adquirir el dominio.

a) Concepto.

¹⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, versión de René Abeliuk M., 7° edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 46.

¹⁵ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo 13°, “De la sucesión por causa de muerte”, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1940, p. 11.

¹⁶ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 134 y 135.

Seguendo a Manuel Somarriva, y de acuerdo a los arts. 588 y 951 del Código Civil, se entiende por sucesión por causa de muerte el modo de adquirir el dominio del patrimonio de una persona difunta -vale decir el conjunto de sus derechos y obligaciones transmisibles-, o una cuota de dicho patrimonio -como un cuarto de la herencia-, o especies o cuerpos ciertos, o cosas indeterminadas de un género determinado.¹⁷

En términos parecidos, el profesor José Maximiliano Rivera señala que “Funcionalmente, la sucesión por causa de muerte opera como un modo de adquirir la propiedad; así, puede ser definida como aquel modo de adquirir el dominio de todos los bienes de una persona difunta, o de una cuota o parte de ellos, o de una o más especies determinadas de un género determinado, o de una o más especies indeterminadas de un género determinado, como asimismo de las obligaciones del causante, todo ello como consecuencia de su muerte y en virtud de una disposición legal o testamentaria”.¹⁸

De esta manera, cuatro situaciones pueden presentarse cuando opera la sucesión por causa de muerte:

- i.- Que el causante transmita a un solo asignatario la totalidad de su patrimonio.
- ii.- Que el causante transmita a dos o más asignatarios su patrimonio, caso en el cual cada uno de éstos adquiere una cuota en el mismo.
- iii.- Que el causante transmita uno o más bienes determinados como cuerpo cierto a uno o más asignatarios.
- iv.- Que el causante transmita uno o más bienes determinados sólo por su género, a uno o más asignatarios.

Nótese que en los dos primeros casos, desde el momento en que se alude al “patrimonio”, se transmite por ende no sólo el activo, es decir los derechos del causante, sino que también el pasivo, es decir sus obligaciones. Pero esto no quiere decir que en los otros casos no se transmitan también obligaciones. En efecto, junto con el bien determinado, puede transmitir también el causante alguna obligación asociada a dicho bien (por ejemplo, se transmite un inmueble gravado con hipoteca, pero se le impone al asignatario el pago de la deuda caucionada con la aludida garantía).

Quien transmite el patrimonio, o la cuota en éste o los bienes, se denomina *causante*, o *de cujus*, abreviación de la fórmula latina *is de cujus successionis agitur* (aquel de cuya sucesión se trata)¹⁹. Quienes adquieren dicho patrimonio, o la cuota en él o los bienes determinados, se denominan genéricamente como *asignatarios*.

b) Características.

b.1) Es un modo de adquirir derivativo.

El dominio no nace espontáneamente para el asignatario, sino que se transmite del causante al heredero o legatario. Opera en consecuencia el principio, desde el punto de vista del heredero o legatario, de que nadie puede adquirir más derechos de los que tenía el

¹⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 24.

¹⁸ Rivera Restrepo, José Maximiliano, *Tratado de Derecho Civil. Derecho Sucesorio*, Tomo I, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2020, p. 32.

¹⁹ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 17.

causante, o, desde el punto de vista del causante, de que nadie puede traspasar a otro más derechos que los que tenía: *Nemo plus juri ad alium transferre potest quam ipse habet*.²⁰

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.

Ahora bien, para acreditar el dominio del causante, habrá que distinguir si éste a su vez había adquirido por un título derivativo u originario. Si adquirió de un modo originario -la ocupación, la accesión o la prescripción-, bastará con probar el hecho de la adquisición. Pero si hubo el dominio por un modo derivativo, será necesario continuar remontándose hacia los anteriores propietarios, por un lapso mínimo de 10 años, hasta acreditar que al menos se adquirió el dominio por prescripción. En este contexto, recordemos que ante la “prueba diabólica” del dominio, la prescripción juega un rol fundamental en nuestro Derecho, especialmente si consideramos lo difícil que es probar el dominio de los muebles no registrables y que a propósito de los bienes inmuebles, la inscripción sólo prueba la posesión, no el dominio.²¹

b.2) Es un modo de adquirir por causa de muerte.

Es precisamente el fallecimiento del causante lo que acarrea la transmisión de su patrimonio (a sus herederos), o de alguno de sus bienes (a sus legatarios). Se adquiere el dominio por la muerte de una persona, sea esta muerte real o presunta o la declarada por el juez en el caso de los artículos 95 a 97 del Código Civil, ya que la ley no distingue.²²

b.3) Es un modo de adquirir a título gratuito.

Ello, dice Somarriva, puesto que el asignatario no incurre en sacrificio económico alguno para percibir la asignación. Ningún bien de su patrimonio debe dar a cambio de los bienes del causante²³ (dicho esto con la salvedad de un eventual pago de impuesto de herencia, aunque ciertamente tal hecho no condiciona la adquisición del dominio).

Domínguez Benavente y Domínguez Águila, también sostienen que se trata de un modo que opera a título gratuito, pero otro es el fundamento: “La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir a título gratuito. En efecto, el causante no obtiene provecho alguno con la transmisión sucesoral, pues éste opera con posterioridad a su muerte. Es entendido que adoptamos aquí, como criterio para la calificación entre acto gratuito y oneroso, la ausencia de provecho para alguna de las partes. Por ello, estimamos que aunque la sucesión importe gravamen para el sucesor, sea porque el causante se lo imponga en asignaciones modales en el testamento, sea porque está cargada de deudas y, en consecuencia, no significa aumento de activo patrimonial, mantiene el carácter gratuito. En todo caso, no hay provecho para el causante, que es quien da origen a la transmisión”.²⁴ En efecto, para una corriente doctrinaria, más bien minoritaria, a la que adhieren Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, el distingo no debe plantearse según si se incurre o no en un sacrificio pecuniario por el adquirente, sino que en el provecho que el

²⁰ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 149.

²¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 25 y 26.

²² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 26 y 27.

²³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 27.

²⁴ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 149.

acto de reporte para las partes. Este criterio, a diferencia del mayoritario, se vincula con el art. 1440 del Código Civil, en cuanto distingue entre contratos onerosos y gratuitos.

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 todas las deudas hereditarias, a menos que acepte la herencia con beneficio de inventario (art. 1247 del CC), en cuyo caso limitará su responsabilidad.²⁵

b.4) Puede ser a título universal o a título singular.

Será a título universal, según se adquiera una universalidad jurídica -el total de la herencia o una parte alícuota de la misma-; o a título singular, según se adquiera una cosa determinada. Así aparece de manifiesto en el art. 951 en relación con los arts. 1097 y 1104 del Código Civil.²⁶

b.5) 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.

5.- Los asignatarios.

a) Clases de asignatarios.

Los asignatarios por causa de muerte pueden ser de dos clases: a título universal o herederos, y a título singular o legatarios.

Nuestra doctrina ha destacado que la distinción entre heredero y legatario es cualitativa y no cuantitativa: “Esto quiere decir que el heredero puede llevar del patrimonio dejado por el difunto un beneficio pecuniario menor que el del legatario. Puede el primero no llevar nada y, sin embargo, la declaración de heredero es siempre procedente, haya o no bienes que heredar; y aun en el supuesto que sólo imponga a los solicitantes la obligación de cumplir las disposiciones del testamento”.²⁷

b) Los asignatarios a título universal o herederos.

El art. 1097 del Código Civil describe a los herederos en los siguientes términos: “Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. / Los herederos son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas”.

La palabra “heredero”, refiere Claro Solar, proviene de la expresión latina *haeres*, que significa “estar unido o pegado a otro, porque el heredero está próximo a la persona a

²⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 27.

²⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 27.

²⁷ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 243.

quien hereda como su pariente o muy amigo; o también de *herus*, señor, dueño, amo, y por eso obrar como heredero o hacer acto de heredero es lo mismo que hacer acto de dueño”.²⁸

b.1) Concepto.

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.

Habida cuenta de lo expuesto, podemos definir a los herederos como los asignatarios que suceden al causante en la totalidad de su patrimonio o en una cuota del mismo y no en bienes determinados.

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 Código Civil); tendrán que respetar los arrendamientos celebrados por él, etc.

b.2) Derechos y obligaciones intransmisibles.

Existen ciertos elementos activos y pasivos del patrimonio del difunto que no pasan a los herederos: son los derechos y obligaciones intransmisibles.

Desde el punto de vista del *activo*, son intransmisibles:

i.- Los derechos personalísimos: el derecho de alimentos, el de uso y habitación, el derecho de adjudicación preferente que tiene el cónyuge o conviviente civil sobreviviente y el derecho legal de goce de los padres, por ejemplo.

ii.- El usufructo. Conforme al art. 806 del Código Civil, “El usufructo se extingue también: Por la muerte del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijada para su terminación”.

iii.- Los créditos sujetos a condición suspensiva, en ciertos casos: legados o herencias condicionales, donaciones condicionales y aquellos emanados de la constitución de un fideicomiso, art. 1078, inc. 2º, art. 1492, inc. 2º y art. 738.

iv.- El derecho de transmisión que se establece en el art. 957 del Código Civil, no opera tratándose de las donaciones entre vivos (art. 1415 del Código Civil).

v.- Los derechos que da al poseedor la posesión inscrita no se transmiten al heredero o legatario, quien no podrá gozar de ellos sino mediante la inscripción hecha a nombre suyo (art. 717 del Código Civil).

vi.- Los derechos que nacen de contratos que terminan con la muerte de uno de los contratantes o que se otorgan durante la vida del acreedor o de una tercera persona, como el mandato, la sociedad de personas, el comodato, la constitución de un censo, la renta vitalicia y el censo vitalicio.

vii.- Los derechos que nacen exclusivamente de la ley, como la capacidad personal o la facultad para obtener un título o ejecutar ciertos actos.²⁹

Desde el punto de vista del *pasivo*, son intransmisibles:

²⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, N° 19, p. 19.

²⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, N° 8, pp. 12 y 13.

- i.- Las obligaciones *intuitu personae*: por ejemplo, las derivadas del mandato, del albaceazgo, del comodato (con la muerte del comodatario).
- ii.- Las contraídas en calidad de miembro de una corporación en el caso del art. 549, inc. 3º.
- iii.- En general las obligaciones de hacer, cuando suponen un hecho que sólo puede llevar a cabo el deudor.³⁰ Por ejemplo, las obligaciones sujetas a un modo especial (art. 1095, interpretado *a contrario sensu*). Es decir, se trata de un hecho *no fungible*.

b.3) Clasificación de los herederos.

Distinguimos dos clases de herederos: los *herederos universales* y los *herederos de cuota*. Los revisamos seguidamente:

i.- Herederos universales.

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

- i) Puede existir pluralidad de herederos universales, en una misma sucesión. Lo serán, cada vez que sean llamados sin designación de cuota.
- ii) 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.
- iii) 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, aumenta la de los otros herederos a título universal.³¹

c) Los asignatarios a título singular o legatarios.

c.1) Concepto.

Se deduce del tenor del art. 1104 del Código Civil: “Los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios: no representan al testador; no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan. / Lo cual, sin embargo, se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de la que pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma”.

³⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 28 y 29.

³¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 29-31.

Señala Claro Solar que “La palabra *legado*, sinónima antiguamente de *manda*, designaba originariamente todas las especies de disposiciones testamentarias, ya que según su etimología de *leges*, era todo lo que el testador como dueño y *legislador* de sus cosas, mandaba que se hiciese de ellas después de su fallecimiento, porque su última voluntad era considerada como ley”.³²

Precisamente, el Diccionario de la lengua española expresa que la palabra legado deriva del latín *legatum*, y alude a la “disposición *legalmente* formalizada que de un bien o de una parte del conjunto de sus bienes hace el testador a favor de alguien y que debe ser respetada por el heredero o herederos”.

Los legatarios no suceden como los herederos en la universalidad del patrimonio, sino que en bienes determinados.

Del citado art. 1104, se desprende 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.

Se pueden definir como aquellas personas que suceden al causante en bienes determinados, sean éstos determinados como especie o cuerpo cierto o sólo por su género.

c.2) Responsabilidad de los legatarios.

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.³³

c.3) Clasificación de los legatarios.

Los legados, al igual que las cosas, pueden ser de especie o cuerpo cierto y de género: art. 951, inc. 3º del Código Civil.

La importancia de la distinción radica en los siguientes puntos:

i.- En cuanto al modo de adquirir la cosa legada.

El legatario de especie o cuerpo cierto adquiere el dominio de la especie legada desde el momento del fallecimiento del causante, directamente de éste, por el modo *sucesión por causa de muerte*. Tratándose de un legado de género, en cambio, lo que el legatario adquiere por sucesión por causa de muerte sólo es un crédito o derecho personal, para exigir a los herederos o a aquél a quien el testador impuso la obligación de pagar el legado, el cumplimiento del mismo. Por lo tanto, la especie misma sólo se adquirirá mediante la *tradición* que los herederos efectuarán al legatario.

Esta diferencia tiene importantes consecuencias jurídicas, a las que nos referimos en los dos puntos que siguen.

ii.- En cuanto a la acción de que goza el legatario.

³² Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, N° 22, p. 20.

³³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 31 y 32.

Como el legatario de especie adquiere el dominio al fallecer el causante, puede perseguir el bien legado mediante la *acción reivindicatoria*, incluso contra los herederos. En todo caso, se estima que no existiría inconveniente para entablar también una *acción personal* en contra de los herederos o de terceros. En principio, en el caso de bienes inmuebles objeto de un legado, podría estimarse que la acción necesariamente debiera ser *personal* –por ejemplo una acción de precario–, considerando que los herederos o terceros no serán poseedores inscritos, y teniendo presente el art. 724 del Código Civil, no serán entonces en verdad poseedores. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de las últimas décadas admite la acción reivindicatoria contra aquél que prive al dueño de la *posesión material* del inmueble, aunque el demandante conserve la *posesión inscrita*. ¿Qué ocurre, a su vez, si tras la muerte del causante, los herederos se niegan a suscribir una escritura pública de pago o entrega del legado? En tal caso, creemos que el legatario podría intentar, fundando su petición en el respectivo testamento, que el Conservador competente inscriba el inmueble. Sin embargo, veremos que en la práctica los conservadores exigen una escritura de “pago” o “de entrega” del legado. Ante la probable negativa del conservador, el legatario podría recurrir al Juez de Letras, para que sea éste quien ordene al conservador inscribir el inmueble. En la eventualidad que el fallo fuere adverso, el legatario debiera interponer una demanda ejecutiva de obligación de hacer en contra de los herederos y pedir en ella que si los ejecutados se niegan a concurrir a la suscripción de la escritura, el Juez de la causa la suscriba en representación legal de los ejecutados. En fin, podría también ocurrir que los herederos hubieren incluido en el inventario de la herencia el inmueble objeto del legado, y más tarde obtuvieren la inscripción del mismo a nombre de aquellos. En tal caso, el legatario dispondría de acción reivindicatoria, pues se trataría de un dueño que no está en posesión del inmueble.³⁴ Volveremos sobre esta materia en el capítulo IV.

En cambio, el legatario de género sólo goza de una *acción personal* en contra de los herederos para reclamar el pago del legado. En otras palabras, no puede ejercer una acción real. La demanda que debe interponer es la de cobro del legado (por ejemplo, se demanda el pago de una suma de dinero). Dado que usualmente el legado de género constará en un testamento otorgado por escritura pública o que adquiere dicho valor, la demanda podrá ser ejecutiva.

iii.- En cuanto a la adquisición de los frutos.

El legatario de especie o cuerpo cierto se hace dueño de los frutos de la cosa legada *desde el fallecimiento del causante* (art. 1338 N° 1 del Código Civil), conforme al principio de que las cosas producen y perecen para su dueño (arts. 643 y 648 del Código Civil). Y el modo por el cual se hace dueño de los frutos es la *accessión*. Tal es la regla general. Sin embargo, no tendrá derecho a los frutos inmediatamente de fallecido el causante en dos casos, previstos en el art. 1338, N° 1:

- i) Cuando la asignación fuere “desde día cierto”, es decir, desde que se cumpla un plazo suspensivo; o
- ii) Cuando la asignación fuere “bajo condición suspensiva” (aplicación por lo demás de la regla general consagrada en el art. 1488, estudiada en las obligaciones condicionales).

³⁴ Zúñiga Tejos, Alex, “La escritura pública de entrega de legado”, en *Estudios de Derecho Privado. Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile y Universidad Andrés Bello, 2011, pp. 367-369.

En estos casos, “no se deberán los frutos, sino desde ese día, o desde el cumplimiento de la condición”.

Con todo, el mismo numeral contiene una contra-excepción: “a menos que el testador haya expresamente ordenado otra cosa”.

Así las cosas, lo primero que deberá revisarse para determinar si el legatario de especie tiene o no derecho a recibir los frutos a partir de la apertura de la sucesión, será el tenor del testamento en el que se instituyó dicho legado. Si el legado fuere puro y simple, el legatario tendrá derechos a percibir los frutos desde la muerte del testador. Si el legado está sujeto a plazo o a condición suspensivos, sólo podrá reclamar los frutos a partir del cumplimiento de la respectiva modalidad. Con todo, en el segundo caso, tendrá derecho a los frutos una vez fallecido el causante, si éste así lo dispuso en su testamento.

En cambio, los frutos no pertenecen al legatario de género desde el fallecimiento del causante, sino *desde que los herederos le efectúen la tradición o queden en mora de cumplir el legado* (art. 1338 N° 2 del Código Civil).³⁵

Cabe advertir que en el caso de que el testador haya fijado un plazo a los herederos para pagar el legado de género, los herederos no estarán en mora por la sola llegada de dicho plazo, siendo necesario que el legatario los interpele judicialmente. Concretamente, quedarán constituidos en mora los herederos *una vez notificada la demanda del legatario*. Ello, porque en el caso debemos aplicar el N° 3 del art. 1551 del Código Civil (se descarta el N° 1, pues se refiere a un plazo convencional expreso y el N° 2 porque alude a un plazo convencional tácito, mientras que el plazo señalado por el testador es unilateral y expreso).

6.- De la apertura de la sucesión.

a) Concepto.

Trata de la misma el art. 955, Título I del Libro III; así como también el Título VII del mismo Libro. Por el momento, sólo haremos referencia al artículo citado, que reza: “La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados. / La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvas las excepciones legales”.

Puede definirse la apertura de la sucesión como el hecho que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios y se los transmite en propiedad. Por lo tanto, la apertura de la sucesión da lugar a la sucesión por causa de muerte.³⁶

b) Momento en que se produce la apertura de la sucesión.

De acuerdo al art. 955, se produce al momento de fallecer el causante. Cabe consignar que tanto la muerte real como la presunta o la declarada por el juez en el caso de los artículos 95 a 97 del Código Civil originan la apertura de la sucesión. Tratándose de la segunda, se produce al dictarse el decreto de posesión provisoria de los bienes del desaparecido, y si ello no hubiere ocurrido, al dictarse el decreto de posesión definitiva de los mismos (arts. 84 y 90 del Código Civil).³⁷

³⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 33 y 34.

³⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 35.

³⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 35.

c) Importancia que tiene determinar el momento preciso del fallecimiento del causante y por ende de la apertura de la sucesión.

La tiene en varios aspectos:

c.1) Para determinar si el asignatario es capaz y digno de suceder. Es el momento preciso de la muerte del causante el que determina quienes son sus herederos. En consecuencia, las incapacidades e indignidades para suceder deben analizarse en relación con el momento del fallecimiento del causante.

Con todo, algunas causales de indignidad para suceder, pueden producirse *después* del fallecimiento del causante, según se estudiará más adelante.

c.2) 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.

c.3) Para ejercitar, por regla general, el derecho para aceptar o repudiar las asignaciones y para retrotraer los efectos de esa aceptación o repudiación, a la fecha de la muerte del causante. Así lo dispone el art. 1239 del Código Civil: “Los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida. / Otro tanto se aplica a los legados de especies”.

En efecto, por regla general, el derecho para aceptar o repudiar nace al producirse la apertura de la sucesión. Como señala José Maximiliano Rivera, “Al momento de la apertura de la sucesión surge un derecho opcional a favor de los asignatarios, ya que ellos, sean herederos o legatarios, podrán decidir si aceptan o repudian la herencia o legado, de tal manera que la sucesión por causa de muerte no opera automáticamente, ya que requiere de una expresión de voluntad expresa o tácita de parte del asignatario, aceptando o repudiando, y ello se explica porque a nadie se le puede otorgar un beneficio en contra de su voluntad”.³⁸

c.4) Para determinar la validez de los pactos sobre sucesión. Sólo serán válidos aquellos pactos celebrados con posterioridad a la muerte del causante, de conformidad a lo dispuesto en el art. 1463 del Código Civil. Después del fallecimiento, estaremos simplemente ante una cesión de derechos hereditarios (arts. 1909 y 1910 del Código Civil), 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 (art. 1204).

c.5) Nace la comunidad entre los herederos, la indivisión hereditaria, si los herederos fueren dos o más. Pone fin a esta la partición, entendiéndose que las adjudicaciones efectuadas en su virtud retrotraen sus efectos al momento en que nació la indivisión, habida cuenta de su naturaleza de título declarativo: art. 1344 del Código Civil. También se extingue la comunidad, cuando los herederos enajenan todos los bienes hereditarios y se reparten el precio obtenido.

³⁸ Rivera Restrepo, José Maximiliano, ob. cit., p. 78.

c.6) Determina la legislación aplicable a la sucesión: la sucesión se regirá por la ley vigente en el momento en que fallezca el causante (arts. 18 y 21 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes).

c.7) Determina si se aplica o no la hipótesis del art. 79, relativa a los comurientes. Se entiende por tales aquellas personas que perecen en un mismo acontecimiento (como por ejemplo en un naufragio, incendio, ruina o batalla), sin que se pueda saber el orden en que han ocurrido sus fallecimientos. El art. 958 dispone al efecto 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”.³⁹

d) Lugar en que se abre la sucesión.

De acuerdo al art. 955 del Código Civil, se abre en el último domicilio del causante. A su vez, el art. 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 (art. 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 (art. 2, inc. 2º de la Ley N° 19.903).

Otorgada la posesión efectiva por el Servicio de Registro Civil e Identificación, dicho Servicio no puede modificar su resolución, sino que sólo el juez del último domicilio del causante. 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. Lo anterior, salvo que se trate de *errores de forma*, que pueda contener la resolución administrativa mediante la cual se concedió la posesión efectiva, y que digan relación con los datos de la individualización del causante y sus herederos, pues en tales casos, el mismo Director Regional puede corregirlos de oficio o a petición de parte, según lo autoriza el art. 10 de la Ley N° 19.903.

Este juez será también competente para conocer de la apertura y publicación del testamento (art. 1009 del Código Civil), si el testamento es cerrado (en cuyo caso debe procederse a su “apertura”) o si se otorgó ante cinco testigos, sin presencia de ministro de fe (en cuyo caso, debe procederse a su “publicación”). Finalmente, el último domicilio del causante determina también la legislación aplicable a la sucesión.⁴⁰

e) Ley que rige la sucesión.

Debemos tener presente lo dispuesto en el art. 955 del Código Civil. Así, por regla general, regirá la ley del último domicilio del causante. Si éste tuvo su último domicilio en

³⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 35-37.

⁴⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 37.

Chile, regirá nuestra ley; por el contrario, si lo tuvo en el extranjero, regirá la ley del respectivo país.

Recordemos que el art. 955 constituye una excepción a la regla general acerca de la ley que rige a los bienes situados en Chile y que se encuentra en el art. 16, que establece el principio de la territorialidad de la ley chilena en lo que respecta a los bienes situados en nuestro país; sin embargo, debemos tener presente también que el propio art. 955 alude a las excepciones que a su respecto rigen, lo que equivale a decir que debemos considerar también las contra-excepciones que nos conducen de vuelta al principio general consignado en el art. 16.

Las contra-excepciones son las siguientes:

i.- Caso del chileno que fallece teniendo su último domicilio en el extranjero. De acuerdo al art. 15 N° 2 del Código Civil, si fallece un chileno teniendo su último domicilio en el extranjero, el cónyuge y los parientes chilenos tienen en la sucesión que se regirá por la ley extranjera, los derechos que les otorgan las leyes patrias. Como es obvio, estos derechos se ejercerán sobre los bienes situados en Chile, pues los situados en el extranjero se regirán por la ley del lugar.

ii.- Caso del extranjero que fallece teniendo su último domicilio en el extranjero, dejando herederos chilenos. Dispone el art. 998 del Código Civil: “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 corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno. / Los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero. / Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero”.

iii.- Caso de la muerte presunta: art. 81, establece que la declaración de muerte presunta se hará por el juez del último domicilio que el desaparecido hubiere tenido en Chile. Como la muerte presunta se declara en Chile, la sucesión se regirá también por la ley chilena.

iv.- Caso en que una persona fallece dejando bienes en Chile, y su sucesión se abre en el extranjero: de conformidad con el art. 27 de la Ley N° 16.271 de Impuesto a las Herencias, Donaciones y Asignaciones, en la hipótesis planteada debe pedirse la posesión efectiva de la herencia en Chile respecto de los bienes ubicados en nuestro país.⁴¹ Obedece lo anterior a la necesidad de cobrar los impuestos de herencia por dichos bienes.⁴² El art. 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 art. 1 de la Ley N° 19.903, que dispone la tramitación de las posesiones efectivas correspondientes a las sucesiones intestadas ante dicho Servicio, alude a que “Las posesiones efectivas de herencias, originadas en sucesiones intestadas *abiertas en Chile*, serán tramitadas ante el

⁴¹ Dispone el art. 27 de la Ley N° 16.271: “Cuando la sucesión se abra en el extranjero, deberá pedirse en Chile, no obstante lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los efectos del pago de los impuestos establecidos por esta ley. / La posesión efectiva, en este caso, deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que pida la posesión efectiva, si aquél no lo hubiere tenido”.

⁴² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 37-40.

Servicio de Registro Civil e Identificación...”. En cambio, el art. 149 del Código Orgánico de Tribunales hace expresa alusión a la sucesión abierta en el extranjero. Además, la expresada Ley N° 19.903, no modificó al artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales.

f) Las sucesiones indirectas.

Puede sucederse por causa de muerte de manera directa o indirecta. La sucesión será directa, cuando se hereda por si mismo, sin intervención de otra persona. Así ocurre por ejemplo cuando el hijo sucede al padre.

Las sucesiones son indirectas cuando se adquieren a través de otra persona: tal es el caso del *derecho de transmisión* y del *derecho de representación*.

7.- De la delación de las asignaciones.

a) Concepto.

El art. 956, inc. 1° del Código Civil, define la delación de una asignación. Se entiende por tal el actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar una asignación por causa de muerte.⁴³ La expresión “actual” pone de manifiesto que al acto de aceptación o de repudiación ha de ser puro y simple, no admite modalidades.

b) Momento en que se defiere la asignación.

Según el inc. 2° del art. 956 del Código Civil, la delación de las asignaciones se produce, al igual que la apertura de la sucesión, al fallecimiento del causante. 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:

b.1) La apertura de la sucesión.

b.2) La delación de las asignaciones.

b.3) El pronunciamiento del asignatario, en orden a aceptar o repudiar la asignación.⁴⁴

Normalmente, la segunda etapa se produce inmediatamente después de la primera. Sin embargo, no ocurrirá esto si la asignación está sujeta a condición suspensiva, según veremos en el acápite siguiente.

c) Delación de la asignación condicional.

En este caso, tal como indica el mismo art. 956 del Código Civil, la delación se produce al momento de cumplirse la condición. El precepto es del siguiente tenor: “La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla. / La herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional. / Salvo si la condición es de no hacer algo que dependa de la sola voluntad del asignatario, pues en este

⁴³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 40.

⁴⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 40.

caso la asignación se defiere en el momento de la muerte del testador, dándose por el asignatario caución suficiente de restituir la cosa asignada con sus accesiones y frutos, en caso de contravenirse a la condición. / Lo cual, sin embargo, no tendrá lugar cuando el testador hubiere dispuesto que mientras penda la condición de no hacer algo, pertenezca a otro asignatario la cosa asignada”.

Cuatro situaciones debemos distinguir:

i.- La asignación está sujeta a condición suspensiva: la asignación se defiere al cumplirse la condición suspensiva. Recordemos que el efecto propio de toda condición suspensiva es precisamente suspender la adquisición del derecho.

Así, por ejemplo, el testador instituye un legado en favor de María por la suma de cincuenta millones de pesos, que se le pagará siempre y cuando se reciba de abogado en el plazo máximo de cinco años, contado desde el fallecimiento del testador. La delación, por ende, sólo se producirá una vez cumplida la condición, al jurar María como abogado ante la Corte Suprema.

ii.- La asignación está sujeta a condición resolutoria: volvemos a la regla general, y la delación se produce al fallecimiento del causante.

Así, por ejemplo, el testador instituye un legado en favor de Pedro –de veinte años al momento de fallecer el testador- consistente en determinado inmueble, pero agregando el causante que si Pedro contrae matrimonio antes de cumplir los treinta años, perderá el legado. Lo anterior no es óbice, sin embargo, para que Pedro reclame el legado desde el momento mismo en que fallece el testador. En el ejemplo planteado, Pedro será dueño del inmueble desde dicho instante, pero su dominio estará sujeto a la expresada condición resolutoria, mientras no cumpla los treinta años de edad.

iii.- La asignación está sujeta a una condición suspensiva que consiste en no ejecutar un hecho que depende de la sola voluntad del asignatario: por ejemplo, dejo tales acciones de cierta compañía a Juan, siempre que no se vaya a radicar al extranjero dentro de los próximos cinco años. Estamos ante una condición meramente potestativa, que depende de la sola voluntad del asignatario. Por ello, dispone el inc. 3º del art. 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.

iv.- Con todo, si el testador dispuso que mientras está pendiente el cumplimiento de la condición, pertenecerá a otro la cosa asignada, no se aplicará lo expuesto en los tres casos anteriores. En esta última hipótesis, estaremos ante un fideicomiso, permaneciendo la cosa en poder del fiduciario mientras no se cumpla la condición.⁴⁵

8.- El derecho de transmisión.

a) Concepto.

Puede ocurrir que después de deferida la asignación, fallezca el asignatario. En tal caso, podemos estar ante tres situaciones:

i.- Que el asignatario, antes de fallecer, alcance a repudiar la asignación que le fue deferida. Conforme al art. 1239 del Código Civil, se entiende que nunca hubo asignación y por ende nada transmite a sus herederos (de la asignación que repudió).

⁴⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 41.

ii.- Que el asignatario, entre el momento de la delación y su fallecimiento, alcanzó a aceptar la asignación. En tal caso, transmite a sus herederos los bienes comprendidos en la asignación. Aquí, habrá operado *una sucesión directa*.

iii.- Que el asignatario fallezca sin haberse pronunciado respecto a la herencia o legado que le fue deferida. En tal evento, transmite a sus herederos la facultad que él tenía de aceptar o repudiar la asignación. Es esto lo que se denomina *derecho de transmisión*. Del inc. 1º del art. 957, puede desprenderse su definición: es el derecho que tienen los herederos del asignatario que falleció después del causante sin pronunciarse acerca de la asignación que le correspondía en la sucesión del *de cuius*, para aceptarla o repudiarla.

Cabe señalar que es indiferente que el asignatario haya fallecido sabiendo o no que se le había deferido una herencia o un legado. Lo que importa es que muera después del causante y sin haber aceptado o repudiado dicha asignación.

Este derecho no es una institución excepcional en el campo jurídico, sino la aplicación del principio general de que el heredero adquiere el “haz” hereditario del causante, vale decir, todos los bienes y obligaciones transmisibles del causante. Y si el heredero o legatario falleció sin alcanzar a pronunciarse sobre una asignación determinada, en la universalidad de la herencia va comprendida dicha facultad, que adquieren sus herederos.⁴⁶

En esta tercera hipótesis, habrá operado *una sucesión indirecta*.

Veamos un ejemplo: fallece el causante, y a su muerte le sobreviven su cónyuge y cuatro hijos. Pero uno de éstos fallece un mes después, y antes que los herederos hubiesen solicitado la posesión efectiva de la herencia y sin que mediare ningún otro acto de aceptación de la misma. El hijo fallecido, a su vez deja como herederos a su viuda y dos hijos. Pues bien, los últimos tres, sucederán por derecho de transmisión, y les corresponderá por ende la cuota que habría recibido el hijo difunto en la sucesión de su padre.

b) Campo de aplicación del derecho de transmisión.

Reglas generales: debemos tener presente, como cuestión previa y fundamental, tres principios básicos respecto a la aplicación del derecho de transmisión:

i.- Se aplica tanto a la sucesión testada como a la intestada. El art. 957 se encuentra ubicado en el Título I de las “Definiciones y Reglas Generales”, del Libro III del Código Civil. Además, el precepto no hace distingo alguno.

ii.- Se aplica tanto a las herencias como a los legados. El art. 957 lo indica expresamente.

iii.- El adquirente debe ser siempre heredero. Si bien por transmisión se puede adquirir tanto una herencia como un legado, el que adquiere la herencia o legado deberá ser siempre heredero, porque precisamente el fundamento del derecho de transmisión es que se adquiere el derecho de aceptar o repudiar la asignación por ir éste incluido en la universalidad de la herencia, y esta universalidad pasa a los herederos, no a los legatarios. Por ello, el art. 957 dice que el derecho sólo se transmite a los herederos.⁴⁷ Dichos herederos podrán ser testamentarios o abintestato.

Como ya se expresó, el derecho de transmisión no opera tratándose de las donaciones irrevocables. Así lo establece el art. 1415 del Código Civil: “El derecho de transmisión establecido para la sucesión por causa de muerte en el artículo 957, no se

⁴⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 42.

⁴⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 42 y 43.

extiende a las donaciones entre vivos”. Ello implica que la facultad para aceptar la donación no se transmite a los herederos. Por tanto, muerto el donatario antes de aceptar la donación, nada transmite a sus herederos. Se trata por ende de una excepción al derecho de transmisión contemplado en el art, 957.

c) Personas que intervienen en el derecho de transmisión.

Son tres:

- i.- El primer causante que instituyó un legado o dejó una herencia, respecto de los cuales el asignatario no alcanzó a pronunciarse.
- ii.- El transmitente o transmisor, a quien el causante dejó la herencia o legado y que falleció sin haberse pronunciado en orden a aceptar o repudiar la asignación.
- iii.- El adquirente del derecho en cuestión, heredero del transmitente o transmisor, a quien pasa la facultad de aceptar o repudiar la asignación, denominado transmitido.⁴⁸

d) Requisitos que deben concurrir en el transmitente o transmisor.

- i.- Debe haber fallecido sin aceptar o repudiar la asignación. Si la hubiere repudiado, nada transmite respecto de la asignación. Si la hubiere aceptado, transmite a sus herederos la asignación misma, no la facultad de aceptar o repudiar.
- ii.- Debe ser heredero o legatario del primer causante.
- iii.- Su derecho en la sucesión no debe haber prescrito, pues en tal caso nada transmite. En todo caso, para que el derecho se pierda, es necesario que haya operado prescripción *adquisitiva* en favor de un tercero. De no ser así, aunque hayan transcurrido muchos años, se entenderá que continúa vigente la facultad que ha transmitido para que sus herederos acepten o repudien la asignación de que se trate. En otras palabras, no opera en la materia una prescripción *extintiva*.
- iv.- Debe haber sido digno y capaz de suceder al primer causante.⁴⁹

Con todo, no concurrirá este requisito si opera el derecho de representación, que estudiaremos en el marco de la sucesión intestada (art. 987 del Código Civil).

e) Requisitos que deben concurrir en el adquirente o transmitido.

- i.- Debe ser heredero, es decir asignatario a título universal, del transmitente o transmisor.
- ii.- Debe haber aceptado la herencia del transmitente o transmisor: artículo 957, inc. 2°. En todo caso, nada impide aceptar la asignación propia y repudiar la transmitida. En este punto, estamos ante una excepción al art. 1228, que establece la regla general de la indivisibilidad de la aceptación o repudiación de la herencia. Tal indivisibilidad no opera mediando transmisión.
- iii.- Deber ser capaz y digno de suceder al transmitente o transmisor. Art. 962. Ahora bien, si éste a su vez no era capaz y digno de suceder al primer causante, entonces no podrá reclamarse por el transmitido la asignación (art. 977). Esto se explica, porque la situación jurídica del transmitido, no puede ser distinta de la del transmisor.⁵⁰

⁴⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 43.

⁴⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 43 y 44.

⁵⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 44 y 45.

CAPITULO II: EL DERECHO REAL DE HERENCIA.

1.- Concepto de derecho real de herencia y relación entre el derecho real de herencia y el de dominio.

La expresión “herencia” suele emplearse en un sentido *objetivo y subjetivo*.

Desde un punto de vista *objetivo*, la herencia consiste en la masa de bienes y de obligaciones que conforman el patrimonio del causante.

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.⁵¹

A la muerte del causante, él o los herederos, *individualmente considerados*, adquieren el derecho real de herencia, y además, *considerados de manera conjunta*, el derecho de dominio sobre todos y cada uno de los bienes que integran la sucesión. Decimos que los herederos son dueños *de manera conjunta*, y no considerados individualmente. En efecto, en estricto rigor no puede considerarse a uno de los herederos dueño de una cuota de un bien hereditario en particular, pues si al realizarse la partición dicho bien se adjudicase a otro de los herederos, se entenderá que el primero ningún derecho tuvo sobre esa cosa. Obviamente, si la sucesión estuviere formada por un solo heredero, éste será titular simultánea y exclusivamente del derecho real de herencia y del dominio de todos los bienes hereditarios.

Asimismo, los herederos serán responsables del pago de las deudas hereditarias y testamentarias. Todo ello, bajo el entendido que en definitiva acepten la herencia, retro trayéndose dicha aceptación a la fecha de su delación, es decir, al fallecer el causante.

2.- Críticas al sistema dual de derechos.

Este sistema “dual”, de dos derechos, ha suscitado críticas y opiniones dispares en la doctrina. Revisemos los planteamientos formulados al efecto:

i.- Doctrina expuesta por Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila.

Se afirma que resulta superfluo plantear la existencia de dos derechos reales que tienden a superponerse uno al otro. Se señala que este derecho real de herencia constituye una originalidad, y que no está contemplado en otros ordenamientos jurídicos. Indican Domínguez Benavente y Domínguez Águila al respecto: “En lo que nuestro Código se aparta de otros es en la creación de un derecho autónomo, cual es el derecho de herencia, y al que se le atribuye el carácter de real (art. 577). Autónomo del dominio y de las cosas comprendidas en la herencia; autónomo de las relaciones jurídicas en que se sucede”. Para éstos dos autores, no habría sin embargo dualidad de los derechos de herencia y de dominio, porque uno y otro existirían en momentos distintos (el énfasis es nuestro): “El artículo 577, al indicar el número de derechos reales, señala el de dominio, pero también, y en forma separada, al de herencia. El heredero tendrá uno y otro, en forma sucesiva, según se verá, ya que ambos no coexisten en el tiempo, por más que la ficción de la retroactividad singularice los derechos que, en definitiva, correspondan a cada heredero, desde el

⁵¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 49.

momento de la apertura (art. 1344). El heredero, a la muerte del causante, inicia el proceso de adquisición de la herencia, que terminará con su aceptación. Pero no con ello ha tomado el dominio de cada especie o derecho del causante, pues si varios son los sucesores universales, cada cual tendrá un derecho propio, el de herencia, y un derecho cuotativo sobre la universalidad. Será tan solo con la adjudicación que su derecho sobre la universalidad se radicará en bienes determinados y se podrá decir que el heredero es dueño de los bienes que le han cabido (art. 1344). Mientras ello no suceda, el heredero, por sí solo, tiene un derecho que es el real de herencia”.⁵²

ii.- Doctrina de María de los Ángeles Soza.

María de los Ángeles Soza critica precisamente este sistema dual de derechos, e incluso discute la existencia misma de un derecho real de herencia, afirmando que a la muerte del causante, más bien lo que existe es un derecho “a la herencia” (y no un derecho “de herencia”), y mientras la herencia no se acepte, estaremos ante una universalidad carente de titular (herencia susceptible de declararse yacente), y una vez aceptada ésta, lo que habrá es dominio (si el heredero fuere uno solo) o condominio (si hay dos o más los herederos) y no el aludido derecho de herencia: “En efecto, en nuestro derecho la apertura de la sucesión no genera inmediatamente el dominio a favor de los herederos. A nuestro modo de ver, con el fallecimiento del causante y consiguiente apertura de la sucesión nace el derecho a la herencia, derecho subjetivo a tomar posesión de ella. En otras palabras, la apertura de la herencia no produce ipso iure la adquisición de todo o parte de la herencia, como sí ocurre en otros derechos, siendo necesario el acto de aceptación. De este modo, entre la muerte y la aceptación de la herencia no hay derecho sobre las cosas de la herencia sino derecho a esas cosas. Este es el momento en que puede hablarse de universalidad jurídica como hemos dicho más arriba, dado que los efectos hereditarios, tanto corporales como incorporales, aún se mantienen cohesionados. De este modo, entonces, antes de la aceptación no hay derecho real de herencia, sino una universalidad que aún no tiene titular (herencia yacente), y, desde la aceptación, hay dominio o condominio de los efectos hereditarios, según se trate de uno o de varios herederos. En definitiva, pues, y pese a que el Código Civil considera la herencia como un derecho real (arts. 577 y 891), nos parece más correcto pensar que la herencia, una vez aceptada, constituye al heredero único en dueño de las cosas de la herencia, o codueño en el caso de que existan varios herederos, los cuales, en el momento de la adjudicación, pasan a ser dueños absolutos de cada cosa singular (...) De este modo, si consideramos al conjunto de los herederos como comuneros, es decir, como condóminos, está de más considerarlos como titulares de un derecho real cuyo contenido es precisamente el dominio común sobre esos bienes. Esta duplicidad nos parece excesivamente rebuscada, y por lo demás innecesaria. En efecto, cuando hay bienes en la herencia, que es lo más común, el contenido del derecho de herencia no puede ser sino real, esto es, consistente en bienes, de modo que, de aceptarse la existencia del derecho real de herencia, concurrirían dos derechos reales cuyo objeto es idéntico”.⁵³

⁵² Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 153.

⁵³ Soza Ried, María de los Ángeles, “La Cesión del ‘Derecho Real’ de Herencia y de una Cuota Hereditaria”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XVII, diciembre 2004, pp. 91-111. Refiriéndose al derecho “a la herencia”, consigna la autora (nota N° 8 de su trabajo) que “No se trataría entonces del derecho real de herencia, sino que, en terminología de acuñación medieval, de un *ius ad rem*”, agregando que “En el derecho argentino, en el que no existe el derecho real de herencia, se ha ideado el concepto de vocación hereditaria que queda descrito en Zanoni, E., *Manual de derecho de las sucesiones*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 23, de la siguiente forma: Producido el fallecimiento de una persona la ley o el testamento atribuyen a

iii.- Doctrina “tradicional”.

De cualquier manera, lo cierto es que se entiende por nuestra doctrina mayoritaria que los derechos reales de herencia y de dominio tienen distinto objeto: el derecho real de herencia recae sobre la universalidad llamada herencia, mientras que el derecho real de dominio recae sobre los bienes individualmente considerados. De ahí que se afirme que “no cabe confundir en nuestro Código el derecho de herencia con el dominio de los bienes hereditarios. Por otra parte, aún en la doctrina, quienes así lo pretenden, incurren en una confusión, ya que el objeto del derecho de herencia es la universalidad del patrimonio, o una cuota de él, y no los bienes determinados que forman la universalidad jurídica”.⁵⁴

De esta forma, cada heredero, *individualmente considerado*, es titular de su derecho real de herencia. En cuanto al derecho real de dominio, todos los herederos, *colectivamente considerados*, son copropietarios de todos y cada uno de los bienes hereditarios, aunque por sí solos, no pueden considerarse dueños, ni siquiera de una cuota de cada bien, pues si se lleva a cabo la partición, en aquellos bienes que se le adjudiquen a los otros herederos, se entenderá que el heredero no adjudicatario nada tuvo en ellos.

Ahora bien, se ha definido el derecho real de herencia como “un derecho real, que consiste en la facultad del heredero o herederos de adquisición y reclamación del todo o parte del patrimonio de una persona fallecida y los autoriza para tomar posesión de la herencia, para usar, gozar y disponer de consuno de los bienes hereditarios y los hace, además personal e ilimitadamente responsables de las obligaciones hereditarias y cargas testamentarias. Este derecho nace con el fallecimiento del causante y se extingue con la partición y liquidación de la herencia”.⁵⁵

Nuestra doctrina precisa por su parte que el derecho de herencia tiene una vida efímera: “... hemos ya dicho que producido el fallecimiento del causante nace el derecho real de herencia, y con él, si hay varios herederos, la indivisión hereditaria, a la que se pone término mediante la partición, es decir, la liquidación de la comunidad y las adjudicaciones correspondientes. Una vez practicadas éstas, sí que es indiscutible que el derecho de herencia pasa a confundirse con el derecho de dominio. Por eso decimos que el derecho de herencia tiene una vida transitoria, para dar paso al dominio”,⁵⁶ “Tiene una existencia transitoria. Como derecho real que es, el derecho de herencia dura en tanto existe la cosa sobre la cual se ejerce. Ahora, la universalidad termina con la partición de la herencia y las adjudicaciones correspondientes y en ese momento el derecho real de herencia se extingue y pasa a mudarse en un derecho de dominio sobre los bienes específicos adjudicados a los herederos”,⁵⁷ “El derecho real de herencia ha sido establecido con vida relativa. Subsiste la

ciertas personas la titularidad de la vocación hereditaria o titularidad del llamamiento a suceder, lo cual los coloca, *ipso iure*, en condiciones de aceptarlo o repudiarlo (...) Durante el período de herencia no aceptada no existe estrictamente titular de la herencia –aunque se lo pretenda indeterminado, como lo señala la doctrina en general–, sino titular de la vocación hereditaria. La titularidad de la herencia recién se adquiere, aunque con efecto retroactivo, con la aceptación y por efecto de la vocación. Pero, a nuestro juicio, la vocación hereditaria o llamamiento arranca su fuerza ya sea del testamento, ya sea de la ley, de modo que no podría pensarse tampoco que la referida vocación constituya el fundamento del derecho real de herencia. Nos parece que la expresión vocación hereditaria no es más que una forma de aludir a la misma condición de heredero, que fundamenta el derecho a entrar en los bienes del causante”.

⁵⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 50.

⁵⁵ Olavarría Aqueveque, Oscar, *Elementos del Derecho Sucesorio Chileno*, Santiago de Chile, LexisNexis, 2004, pp. 67 y 68.

⁵⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 51.

⁵⁷ Olavarría Aqueveque, Oscar, ob. cit., p. 74.

universalidad, mientras ella se justifica. Por ello, radicado definitivamente el dominio en cada uno de los sucesores universales sobre especies determinadas, desaparece la herencia y queda solamente el derecho de dominio sobre las especies adjudicadas a cada heredero. Es lo que resulta del art. 1344 y del llamado ‘efecto declarativo y retroactivo de la partición’. Efectuada ésta y adjudicados los bienes a los herederos, se mira a cada cual como dueño único desde el momento de la muerte del causante, como si los demás nunca hubiesen tenido parte en ellos. Antes de la partición, todos los herederos tenían, en conjunto, el dominio de cada bien del causante y de que éste era dueño, pero cada cual no era propietario de ninguno en particular, por sí solo. Cada cual tenía su derecho de herencia sobre una cuota de la universalidad, pero no el dominio de una cuota de cada bien. Es realizada la partición y la adjudicación que se singulariza el derecho de cada heredero. Cuando ello sucede, no tiene razón de ser el derecho de herencia y desaparece”.⁵⁸

De esta manera, queda en claro que el derecho de herencia dura lo mismo que dure el objeto sobre el cual recae, es decir la universalidad denominada herencia. Y ésta se extingue, conforme a lo expresado, una vez realizada la partición y adjudicados los bienes que la integraban.

3.- Cesión del derecho real de herencia.

Para la mayoría de la doctrina, la *cesión del derecho real de herencia* podrá realizarse a partir del fallecimiento del causante y hasta que la herencia se extinga por la referida partición de bienes, y podrá hacerse además antes o después de tramitada la posesión efectiva de la herencia y de realizadas las inscripciones especiales de herencia de los inmuebles hereditarios.

Oscar Olavarría expresa sobre el particular: “... la cesión sólo puede efectuarse hasta antes de la aprobación judicial de la partición, por cuanto la partición pone fin a la universalidad y radica el derecho de los comuneros en bienes determinados, por lo que a partir de ese momento no cabe la cesión del derecho de herencia, sino sólo la enajenación de bienes concretos”.⁵⁹

Refiriéndose el mismo autor a la pregunta acerca de si debe o no inscribirse la cesión del derecho de herencia para entender verificada la tradición del respectivo derecho real, se formula un distingo, según la oportunidad en que se realice la cesión, aludiendo a tres hipótesis:

- i.- “... para dar una respuesta apropiada a este problema es necesario tener en cuenta lo que denominaremos la ‘oportunidad de la cesión’. Lo anterior, porque si la cesión se efectúa antes de tramitarse la posesión efectiva (en el entendido de una cesión a título universal), ésta le servirá al cesionario como título para solicitar y tramitar para sí la posesión efectiva del causante, a fin de obtener que el auto respectivo (o resolución administrativa) sea dictado en su favor, en su carácter de cesionario. Ese y no otro será el empleo normal y lógico que podrá hacer el cesionario de la cesión efectuada, quien lógicamente querrá materializar en su favor la adquisición, caso en el cual lo que se inscribirá no será la cesión, sino la resolución de posesión efectiva, la cual estará dictada a nombre del cesionario”.
- ii.- “En cambio, si la cesión se celebra en el lapso intermedio entre la dictación del auto de posesión efectiva y la práctica de las inscripciones, la inscripción de posesión efectiva

⁵⁸ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 159.

⁵⁹ Olavarría Aqueveque, Oscar, ob. cit., p. 198.

deberá en ese caso practicarse a nombre del cedente, puesto que el auto respectivo se encontrará dictado a favor de éste, motivo por el cual la cesión deberá ser materia de una inscripción separada en favor del cesionario, puesto que ha tenido el efecto de modificar la posesión efectiva, en cuanto ha cambiado la titularidad del derecho. En caso de comprender la herencia bienes raíces, la inscripción especial de herencia respectiva deberá en ese caso practicarse a nombre del cesionario, por haber adquirido la titularidad del derecho a través de la cesión celebrada”.

iii.- “Finalmente, si la cesión se efectúa una vez inscrita la posesión efectiva, será igualmente imperativo inscribir la cesión, puesto que ella ha significado la transferencia del derecho previamente inscrito a nombre del cedente, por lo cual la única manera de cumplir la cesión será en ese caso proceder a inscribir ésta, ya que de otra manera el titular aparente del derecho continuaría siendo el cedente, en cuyo nombre se encontrarían extendidas las inscripciones respectivas”.⁶⁰

La doctrina que exponemos, en virtud de la cual es posible ceder el derecho real de herencia desde el fallecimiento del causante y hasta que se verifique la partición de bienes, la planteaba Luis Claro Solar en los siguientes términos: “Todo comunero (...) puede vender o hipotecar su cuota durante la indivisión. En cuanto a la venta, dice el art. 1812 que ‘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 los otros’. Es esta una de las diferencias características entre la sociedad de personas y la indivisión de comunidad de bienes, a que hemos llamado ya la atención, y ella resulta de que no existen entre los comuneros, por el solo hecho de serlo, vínculos jurídicos especiales que los ligen desde que la proindivisión es simplemente un hecho, independiente generalmente de la voluntad de los comuneros que, como en la herencia resultan serlo por el llamamiento de la ley o del testador a suceder por causa de muerte a una persona. La sociedad, al contrario, es obra de la voluntad de los que se asocian con un propósito de lucro y que ponen en común sus determinados bienes que pasan a pertenecer a la persona ficticia creada por ellos en el contrato que celebran. Por eso dice la ley que no interviniendo contrato de sociedad, cada uno de los interesados puede vender su cuota en la cosa común y esto lo puede hacer aún sin el consentimiento de los otros. La venta de su cuota en la comunidad que un comunero efectúa no es la venta de determinados bienes, físicamente considerados en especie o naturaleza, sino la venta de una parte alícuota de la cosa común, porque cada comunero no tiene una cuota de cada cosa singular de las que entran en la comunidad, *per res singulae*, sino una cuota de la universalidad, *per universitatem*; es decir, lo vendido es un derecho, *juris intellectus*, que no se sabe sobre qué cosas se ha de radicar mientras no se efectúe la partición de la comunidad adjudicándose determinados bienes a cada uno de los comuneros. La venta o cesión de su cuota o de parte de ella efectuada por un comunero, se diferencia, por lo tanto, radicalmente de la venta o cesión de una cosa física, de una cosa materialmente comprendida en el patrimonio hereditario durante la indivisión; la ley admite y declara válida la primera y guarda silencio respecto de la segunda que evidentemente no puede efectuar válidamente un comunero, sin el consentimiento de todos los demás”.⁶¹

⁶⁰ Olavarría Aqueveque, Oscar, ob. cit., pp. 203 y 204.

⁶¹ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo 17º, De la sucesión por causa de muerte, Santiago de Chile, Imprenta Nascimento, 1944, N° 2311, pp. 21 y 22.

De ahí que la Corte de Talca, en un fallo de 5 de agosto de 1915, precisa que realizada la partición de una herencia, debe considerarse borrada e inexistente la indivisión surgida entre los herederos después de la muerte del causante; por tanto, la venta que hace uno de éstos de los derechos que puedan corresponderle en esa herencia, no produce efecto alguno. En efecto, el derecho real de herencia se extingue una vez hecha la partición.⁶²

Sin embargo, Enrique Silva Segura tiene otra opinión en cuanto al momento hasta el cual es posible ceder el derecho real de herencia. A su juicio, ello sólo es posible mientras no se inscriba el decreto que confiere la posesión efectiva de la herencia, pues al verificarse dicha inscripción se extinguiría el derecho real de herencia. Su opinión la sustenta sobre la base de distinguir entre la comunidad que nace sobre la herencia y aquella que nace sobre los bienes que la integran, siendo la segunda la que se extingue con la partición (y no la primera, que se extingue antes, con la inscripción de la posesión efectiva): “si los llamados a la herencia del causante son varios y la aceptan, cada uno de ellos adquiere un derecho real de herencia sobre la cuota intelectual que le corresponda, por ley o por testamento, en la universalidad jurídica heredada. En consecuencia, con la aceptación solo ingresa al patrimonio de cada heredero este derecho sobre una cuota intelectual en la herencia y, por consiguiente, solo lo puede ceder o solicitar la posesión efectiva para él y sus coherederos. Para solicitar tal posesión deberá hacerse un inventario de todos los derechos patrimoniales del causante, sean reales o personales o de crédito, es decir, todo el contenido de la universalidad heredada. Después de inscrita la resolución que les conceda la referida posesión, se extingue el derecho real de herencia y los herederos o cesionarios, en su caso, ya conocen en detalle todo lo heredado, como un conjunto de cosas tanto corporales o incorporeales, divisibles o indivisibles. Las divisibles, como los créditos y las deudas, se dividen a prorrata de sus cuotas en la herencia y las cosas indivisibles las adquieren en comunidad y cada uno incorpora a su patrimonio la cuota intelectual que le corresponde. Todos de consuno pueden ceder o transferir, igual que en el Derecho Romano, solo los objetos de esa herencia que pasan al nuevo cesionario ‘como si uno a uno le hubiesen sido cedidos’. Ya no pueden ceder el derecho real de herencia, porque está extinguido, pues su objeto, una universalidad jurídica, ya no existe. De manera que cualquiera enajenación debe ser sobre bienes determinados y si, por ejemplo, venden todos o uno o más de esos bienes ahora de su dominio, deben responder de su calidad de copropietarios, porque están disponiendo de cosas propias adquiridas legalmente. Igualmente, cada copropietario puede enajenar su cuota indivisa en la comunidad y responder como titular de ella. Por consiguiente, no puede aceptarse como correcto que después de inscrita la resolución que concede la posesión efectiva, el heredero pueda decir, por ejemplo, cuando vende bienes heredados, que vende o cede su derecho real de herencia, o, como ocurre con frecuencia, decir que vende su derecho hereditario sobre el objeto vendido, en circunstancias que está vendiendo bienes de su dominio, adquiridos como heredero o como cesionario del heredero cedente. Como puede apreciarse, el derecho real de herencia es transitorio, pues se extingue con la inscripción de la posesión efectiva y no por la partición. Con la partición se extingue la comunidad o copropiedad que se forma cuando lo heredado es divisible y existen varios herederos. Si así no sucediera, cuando hay un solo heredero, como no hay partición, el derecho real de herencia sería perpetuo. Lo mismo ocurriría si los comuneros decidieran no hacer partición, como suele ocurrir en la práctica. Además existen comunidades que duran

⁶² *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*, 3ª edición, tomo VII, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 254.

varios años y que los comuneros pueden adquirir con las ganancias otros bienes, que no pueden considerarse como objeto del supuesto derecho de herencia. Si lo heredado es el dominio de una sola cosa, se forma una copropiedad de una cosa singular, y si fueran varias las cosas comunes, la comunidad es sobre una universalidad de hecho, formada por los bienes indivisos. Al extinguirse la comunidad por la partición, también se extinguen las cuotas indivisas, llamadas a veces derechos hereditarios o acciones o derechos, que se transforman en cuotas divisas, como las llamaban los romanos, o adjudicaciones de bienes, o partes de ellos, o también dinero”.⁶³

4.- Cesión de cuota en un determinado bien hereditario.

Por cierto, *nada de lo expuesto en el numeral que antecede se refiere a la cesión de derechos que tenga un heredero sobre un bien determinado*, es decir, por ejemplo, a la venta que haga un heredero de la cuota que supuestamente (pues mientras no se realice la partición, en rigor no podemos asegurar que será dueño de parte alguna en el bien) tiene sobre un inmueble de la herencia. Refiere Olavarría que “Esta es la situación radicalmente opuesta a la de cesión de la totalidad o de cesión de la cuota-parte. Se requiere en este caso de la posesión efectiva dictada e inscrita y, en el caso de tratarse de bienes raíces, que se encuentren además practicadas las inscripciones especiales de herencia correspondientes, conforme lo requieren los artículos 688 del Código y 25 de la Ley N° 16.271, sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. Se trata de un contrato eminentemente aleatorio, cuyo cumplimiento queda supeditado a la circunstancia de que el bien le resulte adjudicado en definitiva al cedente en el acto particional, caso en el cual (tratándose de bienes raíces) podrá el cesionario requerir se practiquen por el Conservador de Bienes raíces las inscripciones conservatorias respectivas. En caso contrario, el cedente podrá ser demandado en juicio de resolución de contrato con perjuicios, puesto que se verá imposibilitado de cumplir con la tradición del bien materia de la cesión. En concepto de algunos se trataría en este caso de una venta condicional, para nosotros es simplemente un caso de venta de cosa ajena. Al igual que el cedente, el cesionario carece de todo derecho respecto del bien materia de la cesión, atendida la máxima ‘nemo plus juris’; tampoco se encontraría facultado para intervenir en la partición, toda vez que ésta se ventila entre los comuneros y el cesionario no tiene tal calidad, únicamente tiene una relación contractual con el cedente, la cual es inoponible al resto de los comuneros. En nuestro concepto, en este caso no se adquiere por el cesionario un derecho real, sino un derecho personal: el cesionario no es más que un acreedor del cedente. Más que derechos hereditarios, lo que verdaderamente enajena el cedente en este caso son los eventuales derechos que en calidad de adjudicatario puedan corresponderle sobre el bien materia de la cesión”.⁶⁴

Cabe advertir que, para una doctrina, mientras un inmueble se encuentre inscrito a nombre de todos los herederos, ninguno de éstos podría gravar o enajenar su cuota en dicho bien. En efecto, expresa Juan Feliú Segovia, “Según el número 2° del Art. 688, en virtud de la inscripción especial de herencia los asignatarios comuneros pueden “*disponer de consuno de los inmuebles hereditarios*”, pero no se entienden autorizados para enajenar ni gravar por sí solos su cuota en alguno de ellos (...) La referida restricción legal le impide al

⁶³ Silva Segura, Enrique, *Acciones, actos y contratos sobre cuota*. El problema jurídico y práctico de las acciones y derechos, 3ª edición, Santiago de Chile, Librotecnia, 2020, pp. 27-29.

⁶⁴ Olavarría Aqueveque, Oscar, ob. cit., pp. 208 a 210.

asignatario enajenar o gravar por sí solo su cuota en algún bien raíz hereditario, pero no le impide ceder su cuota en la herencia, aunque en ella haya bienes raíces”.⁶⁵ Esta doctrina se ha recepcionado por algunos conservadores de bienes raíces. Precisamente, el Conservador de Bienes Raíces de Santiago, se adscribe a esta doctrina, planteando además un distingo según si el cesionario de los derechos sobre un inmueble hereditario fuere un heredero (situación que admite) o un tercero extraño a la sucesión (sucesión que no admite). Reproducimos algunos párrafos del informe evacuado en los autos Rol N° V-111-2021, del 28° Juzgado Civil de Santiago:

“1.- El Conservador de Bienes Raíces y Comercio de Santiago se ha abstenido de inscribir la escritura pública de cesión de derechos (...), en atención a que no concurren a la venta todos los herederos que en conjunto acrediten ser dueños del inmueble, en cuyo caso podrían disponer de consuno del mismo o del porcentaje que decidieren enajenar.

2.- El Conservador, de acuerdo con las normas que regulan la materia, distingue al practicar las inscripciones que se le solicitan, entre la cesión del derecho real de herencia que un heredero efectúe de sus derechos sobre la universalidad que conforma la masa hereditaria y la cesión o venta que un heredero efectúe de sus derechos sobre un inmueble específico de la masa a otro heredero o a un tercero ajeno a la sucesión.

En los casos de cesiones del derecho real de herencia, sea a un tercero o a otro heredero, el Conservador da curso a la operación anotando al margen de la inscripción de posesión efectiva la escritura de cesión y, al mismo tiempo, efectúa las inscripciones a nombre del adquirente de los derechos que le corresponden en todos y cada uno de los inmuebles de la masa hereditaria con motivo de haber adquirido el derecho real de herencia.

En los casos de cesiones de derechos sobre un inmueble específico que efectúe el heredero a otro heredero, el Conservador efectúa una inscripción a nombre del comprador respecto a los derechos que ha adquirido sólo respecto al inmueble específico de que se trate, entendiendo en esta situación que lo que se ha originado entre los herederos es una suerte de distribución anticipada de derechos entre herederos, sin que exista una partición definitiva propiamente tal.

Finalmente, en los casos de cesiones de derechos sobre un inmueble específico que un heredero efectúe a un tercero el Conservador le niega acceso al registro por las razones que a continuación se señalan.

3.- El Conservador de Bienes Raíces estima que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces y en el artículo 688 del Código Civil, la posesión efectiva habilita a los herederos para disponer de consuno de los inmuebles hereditarios y, en caso de efectuarse la partición adjudicándose el o los inmuebles a alguno o algunos de los herederos, el o los adjudicatarios podrán disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido.

Atendido lo expuesto, a juicio del Conservador, el contrato de compraventa que efectúe uno o algunos de los herederos a un tercero ajeno a la sucesión sobre sus derechos en un inmueble específico de la masa hereditaria es un contrato plenamente válido, como lo es la compraventa de cosa ajena, pero sus efectos son bastante precarios e inciertos como lo señala la doctrina, ya que su eficacia queda sujeta a lo que se resuelva en la partición.

⁶⁵ Feliú Segovia, Juan, *Manual de Estudio de Títulos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 81.

Es así como, si el bien se adjudica al heredero que cedió su cuota sobre el mismo, la enajenación produce todos sus efectos. Pero si el bien cuya cuota se ha enajenado se adjudica en la partición a otro comunero, distinto del que hizo la enajenación, en virtud del efecto declarativo de la partición, se reputa que el indivisario enajenante no ha tenido parte alguna en el bien de que se trate, por lo que la cesión de sus derechos sería una venta de cosa ajena, válida pero inoponible al heredero adjudicatario.

4.- Es por ello que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han estimado que la cesión de derechos sobre un inmueble específico que se efectúa antes de haberse practicado las inscripciones contempladas en el artículo 55 del Reglamento antes mencionado y en el artículo 688 del Código Civil, es plenamente válida, como el contrato de venta de cosa ajena, pero no conduce a la tradición y por tanto a la inscripción registral, mientras el bien o los derechos de que se trate no sean adjudicados en la partición al enajenante o cedente.

Recientemente, en causa Rol V-425-2018 del 30° Juzgado Civil de Santiago, el Tribunal reconociendo el efecto declarativo de la partición ha ordenado alzar embargos que afectaban al inmueble.

5.- Cabe agregar que el Conservador se abstiene también de practicar la inscripción de cesiones de derechos sobre un inmueble específico antes que se realice la partición, teniendo en cuenta lo resuelto por la Corte Suprema que ha señalado que incurre en falta o abuso de sus atribuciones, merecedora de sanción disciplinaria, el Conservador que, a nombre del comprador de derechos hereditarios de 5 de un total de 6 herederos, inscribe tales cuotas respecto de un bien raíz sucesorial sin que haya mediado un acto particional (C. Suprema, 29 de enero de 1971, R., t 68, secc 1ra., p. 34).

En causa voluntaria Rol V-275-2017, del 26° Juzgado Civil de Santiago, el Tribunal rechazó la inscripción solicitada en una situación similar a la de estos autos, lo que fue ratificado por la Corte Suprema en recurso de casación en el fondo rol número 36662-2019.

6.- Finalmente, el Conservador estima que debe dar acceso al Registro de Propiedad mediante las inscripciones que practica sólo a actos y contratos de efectos permanentes y, por tanto, no sujetos a la eventualidad de una cancelación, lo que podría ocurrir en este caso si por decisión de la comunidad hereditaria se resolviera adjudicar el inmueble a otro de los comuneros y no al cedente.

7.- Lo expuesto se desprende de las inscripciones especiales de herencia inscritas a fojas (...), ya que en el caso de autos, la cedente es sólo una de los varios herederos de don (...) y de doña (...), por lo que no existiendo partición de la herencia, ni cesión del derecho real de herencia el Conservador estima que la situación planteada en estos autos se encuentra en la última de las hipótesis señaladas en el N° 2 de este informe, lo que ha motivado el rechazo a inscribir. Es todo cuando puedo informar a US. sobre la materia. Santiago, 11 de mayo de 2021. Luis Alberto Maldonado Croqueville. Conservador de Bienes Raíces y Comercio de Santiago”.

Con todo, la doctrina mayoritaria (Somarriva, Peñailillo, Silva Segura, etc.) y la misma jurisprudencia de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones consideran que puede venderse y enajenarse la cuota que un heredero posea sobre un inmueble, pero bajo el entendido que las resultas de dicha venta y ulterior tradición, quedarán supeditadas a lo que pueda ocurrir en la partición de bienes, conforme a lo ya explicado. Una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 13 de agosto de 2007, autos Rol N° 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". Este criterio jurisprudencial se ha confirmado por una sentencia de la Corte Suprema de fecha 14 de marzo de 2018, autos Rol N° 33.770-2017, en otra sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 12 de junio de 2019, autos Rol N° 1.068-2018 y en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 3 de mayo de 2006, Rol N° 1.305-2005, entre otras.

Tampoco se trata de la enajenación hecha "de consuno" por los herederos de un inmueble hereditario, para lo cual deben haberse practicado también las inscripciones previstas en los números 1 y 2 del art. 688 del Código Civil. En este caso, el adquirente no ingresa a la herencia, sino que simplemente adquiere el dominio del inmueble hereditario. En la hipótesis planteada, es posible que los herederos enajenen el inmueble sin haber hecho la partición de bienes, pues como se dijo, cuando ellos actúan de manera conjunta, pueden considerarse efectivamente como dueños de los bienes de la sucesión (en cambio, si actúa uno de ellos cediendo su cuota, no puede entenderse en verdad que sea dueño de lo que cede).

5.- Características del derecho real de herencia.

Se trata de un derecho real; se ejerce sobre una universalidad jurídica; tiene una vida efímera.

a) Es un derecho real.

Es un derecho real distinto al dominio.

a.1) Lo menciona expresamente el art. 577 del Código Civil, entre los derechos de tal naturaleza.

a.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.

a.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) El derecho real de herencia se ejerce sobre 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.

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.

c) El derecho de herencia tiene una vida efímera.

Tal derecho es transitorio, pues a lo que propende el legislador es al término de la comunidad hereditaria lo antes posible, con la partición o con la enajenación de los bienes por los herederos. Hecha la partición, el derecho de herencia deja el paso al derecho de dominio, desde el punto de vista de los adjudicatarios o de los causahabientes a título singular en uno o más bienes determinados de la herencia. En el caso de enajenar los bienes hereditarios, los herederos se repartirán el precio que obtengan en proporción a su derecho real de herencia.⁶⁶

Con todo, como acertadamente afirma María de los Ángeles Soza, el carácter efímero del derecho de herencia y la existencia misma de este derecho no se explica, cuando existe sólo un heredero, de manera que ninguna partición podrá operar. Señala al respecto: “La doctrina chilena, quizá consciente de la dificultad de concebir la herencia como un derecho real, afirma que el derecho de herencia tiene una vida efímera porque termina con la partición, la cual permite a los herederos ejercer el dominio respecto de las cosas singulares que antes formaban parte de la indivisión. Sin embargo, esta afirmación resulta sorprendente, ya que, a contrario sensu, significa que, cuando hay único heredero, caso en que la partición está de más, no hay derecho real de herencia. En otras palabras, o el derecho real de herencia es efímero en todo caso, esto es, habiendo uno o más herederos, o es permanente. No parece lógico afirmar que es permanente para el caso de único heredero, y, en cambio, efímero en el caso de pluralidad de herederos que forman la comunidad hereditaria, en el sentido de que desaparece con la partición”.⁶⁷

En el caso de un heredero exclusivo, creemos que la respuesta a lo planteado por la profesora Soza estaría en el hecho que la partición no es el *único* modo de poner fin al derecho real de herencia, sino que también éste se extinguirá con la completa enajenación de los efectos o bienes hereditarios. Por ende, el derecho real de herencia subsistirá hasta que el heredero único enajene el último de los bienes de la herencia.

Por lo demás, en nuestra opinión nada obsta a que un heredero ceda *parte* de su derecho real de herencia, y no la totalidad de él, y en tal caso, aunque seguirá existiendo un solo heredero, habrá a partir de la cesión parcial dos partícipes condóminos en los bienes

⁶⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 49-52.

⁶⁷ Soza Ried, María de los Ángeles, ob. cit.

hereditarios. Entonces, será posible que opere la partición, como una de las formas de poner término al derecho real de herencia, ahora radicado en dos titulares.

6.- Modos de adquirir el derecho real de herencia.

Por tres modos puede adquirirse:

- 3.1. Por sucesión por causa de muerte, que será lo usual.
- 3.2. Por la tradición.
- 3.3. Por prescripción.

Para que operen las últimas dos, necesariamente tiene que haber operado la primera.

6.1. Por sucesión por causa de muerte.

a) Ideas generales.

En virtud de la sucesión por causa de muerte, el heredero adquiere ipso iure el derecho real de herencia. El derecho se adquiere por el solo hecho del fallecimiento del causante. En todo caso, con posterioridad, el heredero podrá aceptar o rechazar el derecho que se le defiere y adquirió, 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 (art. 1239).

Cabe preguntarse entonces por qué razón el legislador estableció la institución de la aceptación de la herencia. Dos son las razones:

- i.- Si bien el heredero adquiere ipso iure su derecho, es un principio jurídico universal que nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad. Se trata de una manifestación del principio de autonomía de la voluntad o autonomía privada como lo denominan algunos. Por ello, si el heredero se niega a aceptar el derecho, se presume que nunca tuvo dicha condición (art. 722, inc. 2º).
- ii.- La herencia no supone necesariamente un enriquecimiento para el heredero. Incluso puede encontrarse tan cargada de obligaciones, que su aceptación sólo acarrearía desventajas para el heredero.⁶⁸

b) La posesión de la herencia.

La sucesión por causa de muerte otorga al heredero el dominio de la herencia. En lo que respecta a la posesión, debemos distinguir tres clases:

- b.1) Posesión legal;
- b.2) Posesión real; y
- b.3) Posesión efectiva de la herencia.

b.1) Posesión legal.

Se encuentra establecida en el art. 722 del Código Civil: “La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore. / El que válidamente repudia una herencia se entiende no haberla poseído jamás”.

⁶⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 52.

Se caracteriza porque la otorga el legislador presumiendo la concurrencia de los elementos que conforman la posesión, corpus y animus. En la realidad, podrían faltarle al heredero ambos elementos, pero igual la ley los presumirá. Incluso, hay posesión legal de la herencia, aunque el heredero ignore su calidad de tal.

Cabe tener presente que la posesión legal del heredero no es la misma posesión del causante. El heredero adquiere su propia posesión al momento de morir el causante. Así queda de manifiesto con el tenor del art. 722 (“...se adquiere...”) en relación al art. 717 (referido a la agregación de posesiones). 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. Como expresa José M. Rivera, “Su fundamento es que la ley aspira a que no haya ningún momento en que los bienes estén destituidos de un poseedor; el legislador no es proclive a las *res derelictae*”. Los antecedentes del art. 722 del Código Civil chileno serían el art. 724 del *Code* y el art. 318 de la Costumbre de París.⁶⁹ El art. 724 del Código Napoleón, establecía en su versión original: “Los herederos legítimos se consideran apoderados de pleno derecho de los bienes, derechos y acciones del difunto, bajo la obligación de cumplir todas las cargas de la herencia” (primera parte). Hoy, dispone el inc. 1º: “Los herederos llamados por la ley adquirieren de pleno derecho la posesión de los bienes, derechos y acciones del difunto”. El citado art. 318, por su parte, consagraba el principio “le mort saisit le vif, son hoir le plus proche, habile à lui succeder” (el muerto se apodera del vivo, de su heredero más próximo, apto a sucederle).

Como expresa Claro Solar, “Esta posesión la adquiere el heredero (y lo mismo es aplicable al legatario de especie o cuerpo cierto) por el solo hecho de la apertura de la sucesión y delación de ella, sin necesidad de acto alguno suyo de aprehensión. Por eso adquiere esta posesión legal aunque ignore que la herencia le ha sido deferida. Se trata, por lo tanto, de una posesión simplemente de derecho, *ficta*, que se inicia en el heredero personalmente, y en la cual no sucede al difunto; de modo que no pueden perjudicarle los vicios de que pudo adolecer la posesión de éste, si el heredero no la agrega a su posesión personal, ya que si la añade tendrá que tomarla con sus calidades y vicios”.⁷⁰

Según referiremos, un efecto práctico de la posesión legal de la herencia consistirá en que favorecerá a un heredero indigno, pues la causal de indignidad, se purgará en cinco años de posesión de la herencia (art. 975).

b.2) Posesión real.

Equivale a la posesión definida por el art. 700. Vale decir, requiere del corpus y el animus, pudiendo estar radicada tanto en el verdadero heredero como en el falso. 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.

b.3) Posesión efectiva.

b.3.1) Concepto.

⁶⁹ Rivera Restrepo, José Maximiliano, ob. cit., p. 82.

⁷⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, p. 47.

Es una institución que inicialmente fue de carácter procesal y original de nuestra legislación, y que hoy en día, puede ser tanto de carácter procesal como de carácter administrativo, según veremos. Es aquella que se otorga por sentencia judicial o por resolución administrativa, a quien tiene la apariencia de heredero.

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

i) De conformidad a lo dispuesto en el art. 877 del Código de Procedimiento Civil, 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.

ii) 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.⁷¹

b.3.2) Tramitación de la posesión efectiva.

Está regulada en los artículos 877 a 883 del Código de Procedimiento Civil, si se trata de una sucesión testada; en la Ley N° 19.903, publicada en el diario Oficial de fecha 10 de octubre de 2003 y por su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 237, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial de fecha 8 de abril de 2004, si se trata de una sucesión intestada; y en los arts. 25 y siguientes de la Ley N° 16.271, cualquiera sea el tipo de sucesión.

De manera esquemática, la tramitación de la posesión efectiva es la siguiente, *si la sucesión fuere testada*:

i.- Se solicita que se otorgue la posesión efectiva de la herencia ante el Juzgado de Letras en Lo Civil que corresponda. La solicitud debe incluir las menciones previstas en el art. 879 del Código de Procedimiento Civil.⁷² Si los herederos desean aceptar la herencia con beneficio de inventario, deben señalarlo expresamente. Se acompañará certificados de defunción, de matrimonio (si corresponde) y de nacimiento de los herederos, y copia autorizada del testamento. Puede ocurrir que la posesión efectiva la solicite un cesionario, es decir, aquél que adquirió el derecho de herencia de manos del heredero, lo que deberá indicarse y acreditarse, acompañando copia de la respectiva escritura pública que dé cuenta de dicha cesión (usualmente, será la escritura por la que se compró el derecho). Asimismo, de conformidad al art. 880 del Código de Procedimiento Civil, debe acompañarse inventario simple de los bienes quedados al fallecimiento del causante y pedir que se ordene su protocolización (o si hay herederos inhábiles, solicitar que se ordene confeccionar inventario solemne).⁷³

⁷¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 53-56.

⁷² Consigna el art. 879 del Código de Procedimiento Civil: “La posesión efectiva de una herencia deberá solicitarse para todos los herederos indicándolos por sus nombres, apellidos, domicilios y calidades con que heredan. / 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”.

⁷³ Establece el art. 880 del Código de Procedimiento Civil: “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 artículos 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 artículo 46 de la ley N°16.271”.

ii.- El tribunal proveerá, usualmente: “Previamente informe el Servicio de Registro Civil e Identificación al tenor de lo dispuesto en el inc. 1° del artículo 881 del Código de Procedimiento Civil”.⁷⁴

iii.- Al informar, el Servicio de Registro Civil e Identificación señalará quiénes tienen la calidad de herederos, conforme al orden sucesorio que deba operar. Asimismo, indicará qué testamento figura inscrito en el Registro Nacional de Testamentos a cargo de dicho Servicio, el que debe coincidir con el testamento acompañado al tribunal con la solicitud de posesión efectiva. Finalmente, el informe concluirá: “Revisado el Sistema Automatizado de Solicitudes de Posesiones Efectivas, no registra ingreso de solicitud a nombre de la causante (del causante) de autos, a contar del 11 de abril de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 19.903”.

iv.- Con el mérito de este informe, puede pedirse al tribunal que se resuelva sobre la posesión efectiva solicitada.

v.- La resolución del tribunal se concederá al heredero o herederos que acrediten dichas calidades, según establece el art. 877 del Código de Procedimiento Civil: “Se dará la posesión efectiva de la herencia al que la pida exhibiendo un testamento aparentemente válido en que se le instituya heredero”.

La resolución, en lo formal, debe ajustarse a lo previsto en los incisos 2° y 3° del art. 881 del Código de Procedimiento Civil, del siguiente tenor: “La resolución que la conceda 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. / La resolución 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 en cada hoja por el secretario”.

vi.- Se procederá acto seguido a hacer las tres publicaciones previstas en el art. 882 del Código de Procedimiento Civil.⁷⁵

vii.- Se acompañarán las respectivas publicaciones mediante un escrito, solicitándose certificar tal hecho.

viii.- Hecha la certificación, se acompañará el inventario, debidamente protocolizado en una Notaría del territorio del tribunal.

ix.- El tribunal ordenará acto seguido que informe el Servicio de Impuestos Internos. Para tal efecto, el abogado del solicitante deberá ingresar el expediente en dicho Servicio, adjuntando el formulario de “Liquidación de Impuesto de Herencias”.

⁷⁴ Dispone el art. 881, inc. 1°, del Código de Procedimiento Civil: “La posesión efectiva se entenderá dada a toda la sucesión, aun cuando sólo uno 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.”

⁷⁵ Dispone el art. 882 del Código de Procedimiento Civil: “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 del inventario solemne. / Hechas las publicaciones a que se refieren los incisos anteriores y previa agregación de una copia autorizada del inventario, el tribunal ordenará la inscripción de la posesión efectiva y oficiará al Servicio de Registro Civil e Identificación dando conocimiento de este hecho. / El secretario deberá dejar constancia en el proceso que se hicieron las publicaciones en forma legal”.

x.- Revisado el Formulario, el Servicio de Impuestos Internos informará al tribunal si la sucesión está o no afecta a impuesto. Si lo está, debe procederse al pago del mismo.

Cabe destacar que a la asignación del cónyuge, o del conviviente civil, o de cada hijo o de cada ascendiente, se le rebajarán 600 unidades tributarias mensuales, y a la de los hermanos o colaterales hasta el cuarto grado, se le rebajarán 60 unidades tributarias mensuales.

xi.- Hecho lo anterior, se solicitará al tribunal que apruebe el pago, o, en su caso, declare a la herencia exenta del pago de impuesto.

xii.- Finalmente, se podrá ingresar el expediente al Conservador de Bienes Raíces respectivo, para practicar las inscripciones previstas en los artículos 687 y 688 del Código Civil.

Si la sucesión *fuere intestada*, el procedimiento no es judicial, sino administrativo, según se dijo, ante el Servicio de Registro Civil e Identificación. Para tales efectos, los interesados deberán ingresar en dicho Servicio la pertinente solicitud, conforme al formulario diseñado para tales efectos. La tramitación es algo más simple, pero en general, semejante a lo dicho para las sucesiones testadas. Se encuentra regulada en el Título I de la Ley N° 19.903. Dispone al efecto esta ley:

i.- La posesión efectiva podrá solicitarse por cualquier persona que invoque la calidad de heredero y será otorgada por resolución fundada del Director Regional del Servicio de Registro Civil e Identificación, correspondiente a la oficina en que se hubiere iniciado el trámite (inc. 1° del art. 2).⁷⁶

ii.- El formulario por el cual se pida la posesión efectiva se divide en dos partes: la primera, referida a los datos del causante, del solicitante, del representante o cesionario y de los herederos⁷⁷; la segunda, alude al inventario, es decir, a la declaración de bienes del causante y su valoración (arts. 3 y 4).

iii.- El Director Regional podrá pedir que se complementen los antecedentes, caso en el cual se suspenderá la tramitación (art. 5, inc. 1°). El art. 16 del Reglamento de la Ley pormenoriza esta situación: “Si durante la tramitación de una solicitud de posesión efectiva fuera necesario complementar antecedentes, el Director Regional suspenderá la tramitación, fijándole un plazo al solicitante para que se acompañen, el que no podrá ser inferior a treinta días. Vencido dicho plazo sin que éstos hayan sido acompañados, el Director respectivo advertirá al solicitante que si no efectúa las diligencias necesarias para reanudar la tramitación en el plazo de siete días, declarará abandonado el procedimiento y ordenará su archivo”.

⁷⁶ Si la sucesión fuere testada, el Servicio de Registro Civil e Identificación rechazará la solicitud, debiendo los interesados solicitar la posesión efectiva en Tribunales. Dispone al efecto el art. 7 del Reglamento de la Ley N° 19.903: “Si el Servicio de Registro Civil e Identificación tomare conocimiento, en cualquier estado del procedimiento, de una posesión efectiva cuyo trámite corresponda a los tribunales de justicia, devolverá la solicitud, informando al solicitante por carta certificada, u otro medio que determine la ley, que su petición deberá ser presentada ante el juez de letras competente”.

⁷⁷ El art. 13, inc. 2° del Reglamento de la Ley, alude a herederos cuyo nacimiento, matrimonio o defunción no estén inscritos en Chile: “Tratándose de herederos cuyo nacimiento, matrimonio o defunción no se encuentren inscritos en Chile, el solicitante deberá acompañar al Servicio la documentación que acredite tal calidad, debidamente legalizada y traducida, si correspondiere, de acuerdo a las reglas generales”.

iv.- 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 (art. 5, inc. 2°).⁷⁸

v.- La resolución que conceda la posesión efectiva contendrá las mismas menciones requeridas para la solicitud, así como el inventario y valoración de los bienes y dispondrá la publicación a que se refiere el art. 7 (art 5, inc. 3°).

vi.- Conforme al art. 6, “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. / También será concedida a quienes acrediten esa calidad, conforme a las reglas generales, incluso si no se encuentran inscritos en Chile”. El art. 8 del Reglamento de la Ley dispone por su parte: “Para la determinación de los herederos del causante, el Servicio de Registro Civil e Identificación consultará, en cada caso, la base central de datos de su sistema automatizado”.

vii.- En cuanto a la publicidad de la resolución, establece el art. 7 que la misma se publicará en extracto en un diario regional correspondiente a la Región en que se inició el trámite, el día 1 o 15 de cada mes o hábil siguiente.

viii.- Una vez hecha la publicación, se ordenará inmediatamente la inscripción de la resolución en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas (art. 8, inc. 1°).

ix.- La inscripción se acreditará mediante un certificado y, con su mérito, los interesados podrán requerir las inscripciones especiales que procedan, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 74 del Código Tributario. La referencia a este último precepto legal se explica porque no pueden inscribirse los inmuebles hereditarios a nombre de los herederos mientras no se acredite, mediante el respectivo pronunciamiento del Servicio de Impuestos Internos, el pago del impuesto de herencia o que la sucesión está exenta del pago del mismo, en su caso.⁷⁹

x.- El art. 9 de la Ley N° 19.903 regula lo concerniente a las eventuales adiciones, supresiones o modificaciones que se hagan al inventario o valoración de los bienes de la sucesión. No es infrecuente lo anterior, especialmente las adiciones, pues en ocasiones aparecen nuevos bienes del causante, después de haber tramitado la posesión efectiva. Al efecto, deberá presentarse un formulario confeccionado por el Servicio de Registro Civil e Identificación. La resolución deberá publicarse conforme al art. 7 y el Servicio de Impuestos Internos nuevamente deberá pronunciarse acerca de la situación tributaria de la herencia.

⁷⁸ En aquellos casos en que la solicitud se rechaza “por existir heredero con mejor derecho”, lamentablemente el Servicio de Registro Civil e Identificación no indica quién es tal heredero. Sería razonable señalarlo, pues de esta forma el que había solicitado la posesión efectiva podría iniciar en contra de este heredero “de mejor derecho” el procedimiento previsto en los artículos 1232 y 1233 del Código Civil, para que declare si acepta o repudia la herencia.

⁷⁹ Establece el art. 74 del Código Tributario: “Los conservadores de bienes raíces no inscribirán en sus registros ninguna transmisión o transferencia de dominio, de constitución de hipotecas, censos, servidumbres, usufructos, fideicomisos o arrendamientos, sin que se les compruebe el pago de todos los impuestos fiscales que afecten a la propiedad raíz materia de aquellos actos jurídicos. Dejarán constancia de este hecho en el certificado de inscripción que deben estampar en el título respectivo. / Los notarios deberán insertar en los documentos que consignen la venta, permuta, hipoteca, traspaso o cesión de bienes raíces, el recibo que acredite el pago del impuesto a la renta correspondiente al último período de tiempo. / El pago del impuesto a las asignaciones por causa de muerte y a las donaciones se comprobará en los casos y en la forma establecida por la ley N° 16.271”.

b.3.3) Importancia de la posesión efectiva:

i.- 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

ii.- Para que los herederos puedan disponer de los bienes muebles hereditarios. En general, una vez concedida la posesión efectiva, los herederos podrán disponer de los bienes muebles de la herencia. En cambio, para disponer de los inmuebles se requiere practicar las pertinentes inscripciones especiales de herencia. En el caso de bienes muebles sujetos a registro público (vehículos motorizados, acciones, naves, aeronaves, etc.), deberá practicarse previamente la inscripción que corresponda. Excepcionalmente, los herederos podrán disponer de algunos bienes, sin necesidad de haber obtenido la posesión efectiva, de conformidad al art. 26 de la Ley N° 16.271. Son estos casos: i.- Cuando el cónyuge, los padres o los hijos del causante deban percibir de las instituciones previsionales o de los empleadores del causante, de acuerdo con la ley o contratos de trabajo, sumas no superiores a cinco unidades tributarias anuales; ii.- En caso de fallecimiento del titular de una cuenta de ahorro en un Banco o Institución Financiera, sus herederos podrán retirar estos depósitos hasta concurrencia de cinco unidades tributarias anuales o su equivalente en moneda extranjera; iii.- Fallecido uno de los titulares de una cuenta bipersonal, los fondos se considerarán del patrimonio exclusivo del sobreviviente hasta cinco unidades tributarias anuales. El saldo sobre ese monto, si lo hubiere, pertenecerá, por iguales partes al otro depositante y a los herederos del fallecido, con las mismas prerrogativas que el artículo establece. En los dos primeros casos, bastará probar el estado civil y no será necesaria la resolución que otorgue la posesión efectiva ni acreditar el pago o exención de la contribución de herencias.

iii.- Sirve para conservar la historia de la propiedad raíz. Recordemos que, de haber inmuebles hereditarios y ser testada la sucesión, el decreto judicial que confiere la posesión efectiva debe inscribirse en el Registro de Propiedad del Conservador correspondiente al último domicilio del causante, como también en los registros de propiedad de cada uno de los conservadores de bienes raíces donde el causante haya tenido inmuebles, si correspondieren a otros conservadores (nos remitimos a lo que exponemos en el capítulo IV).

iv.- 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 (por ejemplo, porque resultó ser un heredero indigno o porque aparece heredero de mejor derecho).

v.- 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 Código Civil).

vi.- 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, de conformidad a la Ley N° 16.271.⁸⁰ Asimismo, por regla general, mientras no se pague el impuesto de

⁸⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 56 y 57.

herencia o se declare que la misma está exenta de dicho tributo, los herederos no podrán disponer de los bienes hereditarios. Dispone al efecto el art. 25 de la Ley N° 16.271: “Para los efectos de esta ley el heredero no podrá disponer de los bienes de la herencia, sin que previamente se haya inscrito la resolución que da la posesión efectiva de la herencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 688 del Código Civil”. Con todo, si los herederos no dispusieren de dinero para pagar el impuesto, podrían solicitar al Servicio de Impuestos Internos autorización para enajenar algunos de los bienes hereditarios y con el producto de la venta pagar a la Tesorería General de la República el tributo, liberando de esta forma los restantes bienes.

6.2 Por tradición.

El Código Civil trata de la misma en los arts. 1909 y 1910.

a) Momento a partir del cual es posible realizarla.

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).

Abierta la sucesión con el fallecimiento del causante, el heredero podrá ceder su derecho real de herencia. Podrá hacerlo, en nuestra opinión, antes o después de tramitada la posesión efectiva de la herencia, mientras no se realice la partición de bienes. Hecha ésta, se extingue el derecho real de herencia.

María de los Ángeles Soza plantea que si sólo hay un heredero, éste sólo podría ceder su derecho una vez que se le confiera la posesión efectiva: “En caso de haber un solo heredero, debe primero pedir la posesión efectiva e inscribirla a su nombre. En efecto, se trata, como ya hemos dicho, de un acto *inter vivos* en el que se transfiere el contenido económico de la herencia y no el título de heredero, de modo que no cabe que el cesionario obtenga el certificado de heredero en que consiste la posesión efectiva sin que realmente lo sea. Sólo una vez que haya realizado este trámite podrá enajenar los efectos hereditarios”. Y agrega en una nota de su trabajo, sobre el mismo planteamiento: “En efecto, de no ser así, esto es, si el cesionario de la herencia entera pidiera la posesión efectiva a su nombre, resulta que figuraría como heredero alguien que, según el testamento o según la ley, no tiene derecho a heredar”.⁸¹

No estamos de acuerdo con este planteamiento. Es cierto que el cesionario no adquiere la calidad de heredero, pero sí queda habilitado para obtener la posesión efectiva, precisamente en su calidad de *cesionario del heredero*, y no de heredero a secas. Por lo demás, la misma objeción podría formularse en el caso que *todos los herederos* cedan su derecho a un tercero, que obviamente no tiene tal calidad de heredero, hipótesis en la cual el cesionario ciertamente podría pedir que se le confiera la posesión efectiva de la herencia. De aplicar la tesis de la profesora Soza de manera estricta, siempre tendría que quedar un heredero que no hubiere cedido su derecho, al momento de pedir la posesión efectiva. Nada en la ley permite formular tal exigencia.

⁸¹ Soza Ried, María de los Ángeles, ob. cit.

Por cierto, como ya se ha dicho, para la mayoría de la doctrina la circunstancia de que los herederos cedan sus derechos en la herencia, implica que a partir de ese momento ningún derecho tendrán en el *activo* de la herencia, pero continuarán obligados al pago del *pasivo* de la misma, pues la cesión del derecho no supone novación por cambio de deudor. Los acreedores del causante conservan sus acciones en contra de los herederos cedentes, por las deudas hereditarias y testamentarias. A su vez, cabe preguntarse si dichos acreedores tienen o no acción por tales deudas en contra del cesionario. La doctrina no está conteste en el punto. Tal como lo reseñaremos, para algunos (Domínguez Benavente y Domínguez Águila, Soza) sólo tendrán acción contra el cedente y excepcionalmente contra el cesionario, en la medida en que éste haya asumido la obligación en forma expresa. Para otros (Somarriva), el cesionario pasa a ocupar el lugar del heredero cedente tanto en el activo como en el pasivo, de manera que los acreedores del causante sí tendrán acción en su contra, sin perjuicio de tener también acción contra el cedente. En otras palabras, el respectivo acreedor podrá demandar indistintamente al cedente o al cesionario. Si demanda al primero, éste podrá repetir en contra del segundo. Incluso, se ha sostenido una tercera posición, en virtud de la cual el heredero cedente quedaría liberado de las deudas hereditarias (Abeliuk). Desarrollaremos la cuestión en el punto siguiente.

Por otra parte, nos remitimos a los planteamientos de Enrique Silva Segura, ya expuestos, en cuanto sostiene que la tradición del derecho real de herencia sólo puede hacerse mientras no se haya inscrito el decreto que confiere la posesión efectiva de la herencia, pues verificada esta inscripción, ya no hay herencia, y por ende tampoco derecho “de herencia”.

Ahora bien, una vez que el heredero puede enajenar su derecho de herencia, se plantea el problema acerca de la forma como debe hacerse la tradición. Nos abocaremos a esta materia en el acápite que sigue.

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

i.- Normas que se refieren a ella.

El Código Civil, en el Título XXV -“De la cesión de derechos”-, del Libro IV, arts. 1909 y 1910, 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*. Como señala Somarriva: “Vale decir que el Código denomina a la tradición del derecho de herencia, cesión de derechos hereditarios; en realidad, hablar de tradición del derecho de herencia y de su cesión, es la misma cosa”.⁸²

Se señalan en los dos artículos sólo algunos *efectos* de la cesión, pero no se indica en realidad la *forma* como ha de efectuarse la tradición.

Dispone el art. 1909: “El que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o de legatario”.

Establece el art. 1910: “Si el heredero se hubiere aprovechado de los frutos o percibido créditos o vendido efectos hereditarios, será obligado a reembolsar su valor al cesionario. / El cesionario por su parte será obligado a indemnizar al cedente de los costos necesarios o prudenciales que haya hecho el cedente en razón de la herencia. / Cediéndose una cuota hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por

⁸² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., N° 78, p. 94.

el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa. / Se aplicarán las mismas reglas al legatario”.

La lectura de estos dos preceptos, sugiere las siguientes observaciones:

i) En cuanto al orden de los mismos: debiera invertirse, pues el art. 1910 alude, al menos en sus dos primeros incisos, a situaciones acaecidas *antes* de la cesión del derecho, mientras que el art. 1909 se refiere a la responsabilidad del cedente *después* de operar la cesión.

ii) Entre ambos artículos, faltó uno intermedio, que señalare precisamente cómo debía efectuarse la cesión del derecho real de herencia.

ii.- Formas en que puede cederse el derecho de herencia.

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 donación, compraventa o permuta, etc., según corresponda, que se rigen por las reglas generales y las específicas que se refieren a estos contratos. 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. Este criterio jurisprudencial, en verdad minoritario, es coincidente con la tesis de Juan Feliú Segovia, ya citada.

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 (Corte Suprema, septiembre de 1905, enero de 1912, agosto de 1920, septiembre de 1920, diciembre de 1922, enero de 1940; Corte de Concepción, noviembre de 1928).

La cesión puede hacerse a *título gratuito* u *oneroso*. En el primer caso, estamos ante una *donación* 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.

iii.- La cesión del derecho de herencia no implica ceder la calidad de heredero. Consecuencias respecto de *las deudas hereditarias*.

Cabe precisar que lo que en la cesión del derecho de herencia 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. Esto es especialmente importante, en lo que dice relación a las deudas hereditarias y testamentarias. Se ha discutido en la doctrina si el cedente continúa o no obligado al pago de las mismas. Revisemos las opiniones:

i) Primera doctrina: el cedente continúa obligado al pago de las deudas hereditarias y testamentarias.

Afirma esta doctrina que el cedente seguirá siendo responsable de estas deudas, a pesar de la cesión. Por ello se habla de que “la calidad de heredero es indeleble”. Como expresa Albadalejo García, “Lo que el vendedor de la herencia transmite al comprador no es ni la condición de heredero, por ser personalísima, ni derechos no económicos en que haya sucedido al causante, sino simplemente los bienes que recibió de éste”. Y en cuanto a las deudas, agrega: “En cuanto a las deudas hereditarias, de las que, heredando, se convirtió en deudor, ni por la venta las transmite al comprador, ni por la sola venta éste queda comprometido a pagarlas (otra cosa es que en el contrato se establezca que las asuma). Así que sigue debiéndolas exclusivamente el heredero, y contra él han de dirigirse los acreedores”.⁸³ Agregan Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila que “... la idea de tradición del derecho de herencia debe ser precisada, pues no se trata de una sustitución del heredero por el cesionario, sino del traspaso del activo sucesoral que puede encontrarse en la herencia. La calidad misma de heredero y la responsabilidad que de ella se deriva para el sucesor frente a los acreedores hereditarios o testamentarios, subsiste en manos del heredero. El cesionario adquiere la universalidad frente al cedente, pero frente a terceros, tan sólo el aspecto activo, pues en cuanto al pasivo, depende de la calidad de heredero y no tienen ellos por qué perseguir necesariamente al cesionario.”⁸⁴ Y más adelante, reiteran las mismas ideas: “La doctrina, en su mayoría, entiende que la calidad de heredero no se traspasa por acto entre vivos: *semel heres semper heres*⁸⁵. Con la cesión del derecho de herencia no pasa al cesionario el pasivo. Ello ocurrirá sólo si los acreedores hereditarios y testamentarios lo quieren, y entonces es por su aceptación del cesionario como nuevo deudor que éste pasa a tener frente a ellos la deuda; pero no en virtud de la sola cesión”⁸⁶. Por lo demás, no podría ser otra la conclusión, si recordamos que la novación por cambio de deudor sólo puede operar en la medida en que el acreedor consienta expresamente en liberar al deudor primitivo de la obligación (art. 1635). El “deudor primitivo” era, inicialmente, el causante, y ahora, su heredero, continuador en su personalidad. En caso contrario, fácil sería burlar las expectativas del acreedor de obtener el pago de su acreencia, si aceptáramos que el heredero solvente ceda su derecho a un tercero insolvente.

ii) Segunda doctrina: si bien el acreedor puede demandar al cedente, es el cesionario quien en definitiva debe asumir el pago de las deudas hereditarias y testamentarias.

Manuel Somarriva sustenta esta opinión. Para él, el cesionario pasa a ocupar el lugar jurídico que tenía el cedente: “El efecto fundamental de la tradición de los derechos hereditarios es que el cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente. En doctrina, se niega que mediante la cesión de derechos hereditarios se traspase la calidad de heredero en sí misma, de acuerdo con el siguiente adagio romano: ‘el que es heredero, continúa siendo heredero’. Esto tiene en realidad un carácter más teórico que práctico; en el hecho, el cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica y es exactamente igual que si fuera heredero. El cesionario pasa a tener los mismos derechos y obligaciones del heredero, y, en consecuencia: 1º Puede solicitar la posesión efectiva de la herencia; 2º Puede, igualmente, solicitar la partición de bienes, e intervenir en ella (artículo 1320); 3º Puede ejercitar las acciones de petición de herencia y de reforma del testamento que corresponden

⁸³ Citado por Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 47.

⁸⁴ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 161 y 162.

⁸⁵ “Una vez heredero siempre heredero”.

⁸⁶ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 162.

a los herederos; 4° No puede alegar la nulidad absoluta si el heredero no podía hacerlo (...); 5° El cesionario tiene derecho al acrecimiento (...) El cesionario responde de las deudas de la herencia. Como acabamos de decirlo, el cesionario pasa a ocupar la misma situación jurídica del cedente; en consecuencia, como la tradición de la herencia comprende la universalidad de ésta, el cesionario debe hacerse también cargo del pasivo de la herencia, es decir, responde de las deudas hereditarias y testamentarias. Es una aplicación jurídica del adagio popular de que ‘hay que estar a las duras y a las maduras’; como el cesionario se beneficia con el activo de la herencia, también lo perjudica el pasivo de ella. La Corte Suprema así lo ha declarado”. Luego, Abeliuk (redactor de la obra de Somarriva) intercala un comentario del siguiente tenor: “Debemos tener presente, eso sí, que como el acreedor hereditario o testamentario no ha sido parte en esta convención, el profesor Somarriva creía que no le afecta el cambio de deudor. El artículo 1635 dispone expresamente que el cambio de deudor no produce novación si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre el primer deudor, caso en el cual nos encontramos ante una delegación imperfecta. El señor Somarriva llegaba a la conclusión de que el acreedor puede dirigir su acción a su arbitrio, ya en contra del cedente o del cesionario. En efecto, como él no ha sido parte en la tradición de los derechos hereditarios, para el acreedor el deudor sigue siendo el cedente, pudiendo por tanto dirigirse en su contra. Claro que si el cedente se ve obligado a pagar la deuda, puede repetir en contra del cesionario, ya que le cedió a éste tanto el activo como el pasivo de la herencia, en virtud de lo que dispone el artículo 1910. Pero no hay inconveniente alguno para que el acreedor acepte el cambio de deudor y se dirija directamente en contra del cesionario, quien no tendrá derecho a repetir en contra del cedente, pues le afecta en la forma que vimos el pasivo de la herencia”.⁸⁷

En otras palabras: acudiendo al distingo entre *obligación a la deuda y contribución a la deuda*, se puede concluir que tanto el cedente como el cesionario están obligados al pago, pero en definitiva quien debe soportar el pago debe ser siempre el cesionario.

iii) Tercera doctrina: quien debe las deudas hereditarias y testamentarias es exclusivamente el cesionario.

René Abeliuk, por su parte, va todavía más lejos, sosteniendo que el heredero cedente quedaría liberado de las deudas hereditarias, las que ahora deben ser asumidas exclusivamente por el cesionario: “La cesión de derechos hereditarios comprende la universalidad de la herencia, la que está formada por el patrimonio transmisible del causante, que consta de un activo y de un pasivo. En el traspaso al cesionario va comprendida la parte que en dicho activo y pasivo correspondían al heredero cedente, y por ello el cesionario es obligado al pago de las deudas hereditarias y de las cargas que gravan la herencia. Por esto es que señalábamos que la cesión puede ser o no un buen negocio para el cesionario; si está muy gravada resultará perjudicado. La generalidad de las opiniones sostiene que siendo el acreedor ajeno a la cesión no queda obligado por ella y que, en consecuencia, para él, el cedente continúa siendo su deudor por la cuota que en la herencia le correspondía, como si no hubiera existido cesión. El acreedor podrá a su arbitrio cobrarle al cesionario, aceptando la cesión, o cobrarle al cedente, en cuyo caso éste, naturalmente, podrá repetir contra el cesionario. Esta opinión que compartimos en otra oportunidad hoy nos merece cuando menos ciertas dudas; hemos visto que efectivamente el principio imperante en nuestra legislación es que el acreedor hereditario no quede obligado por las convenciones entre los herederos, ni por las disposiciones del causante o de la partición que

⁸⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 102 y 103.

alteran la división normal de las deudas (N° 442), y al hablar de la llamada cesión de deudas, veremos igualmente que las convenciones entre deudor y tercero relativas a la deuda, no obligan al acreedor (N° 1.199, 1°). Pero ocurre que en la cesión de derechos hereditarios, el cedente por la cesión queda excluido de la herencia. Además, el cedente no pretende traspasar la deuda, ni alterar la división normal de ella entre los herederos, sino que se ha desprendido del derecho en cuya virtud ha pasado a ser el deudor. Porque el heredero sólo es deudor en su calidad de heredero y si pierde el carácter de tal, por ejemplo, por repudio de la herencia, que es un acto unilateral suyo, también se ve alterada sin intervención del acreedor la división de las deudas hereditarias entre los herederos. La verdad es que el legislador fija la forma de pagar las deudas, gravando con ellas a los herederos a prorrata de sus cuotas. Tal gravamen es al heredero, y el cesionario pasa a ocupar su posición. Es ésta, finalmente, la solución a que se tiende en materia de traspaso de universalidades”.⁸⁸

iv.- Definición de cesión del derecho real de herencia.

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*.

v.- Necesidad de un título que preceda a la cesión del derecho de herencia.

Como indicábamos, la cesión del derecho real de herencia a título oneroso debe tener *un título* que le sirva de antecedente jurídico. Este título o contrato debe constar por *escritura pública*, 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, inc. 2°). A continuación procede la tradición, sin que el Código establezca expresamente la forma como ha de efectuarse.

vi.- Qué es lo que se cede al ceder el derecho real de herencia.

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).

vii.- Doctrinas que intentan explicar cómo se verifica la cesión del derecho real de herencia.

Dos doctrinas proponen solución al problema de cómo debe efectuarse la tradición del derecho real de herencia:

i) Doctrina según la cual *la tradición de la herencia no exige inscripción conservatoria, aún 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 art.

⁸⁸ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*, 5ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 1076 y 1077.

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 éstos bienes no adquiere carácter inmueble, sino que mantiene su calidad de bien abstracto o sui géneris. 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, incisos 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.

ii) 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 art. 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.

En lo que a la jurisprudencia respecta, la casi totalidad de las sentencias se inclina por *la primera doctrina*. Así, hay fallos que estiman efectuada la cesión o tradición del derecho real de herencia, por el hecho de que los demás copartícipes reconozcan al cesionario como tal; o por la circunstancia de que éste intervenga en la administración o en la liquidación de los bienes hereditarios; o por el hecho de aparecer de manifiesto en la

escritura de cesión las voluntades del cedente y del cesionario de transferir y adquirir, respectivamente, el derecho de herencia, etc.

En la práctica, si la cesión se produce después de haberse inscrito la posesión efectiva, lo aconsejable sería pedir al Conservador que practique una subinscripción al margen de la inscripción, en virtud de la cual se deje constancia que uno de los herederos cedió su derecho en la herencia. La subinscripción tendría por finalidad darle publicidad a la cesión del derecho. Sin embargo, tal solicitud será rechazada por aquellos conservadores que siguen la tesis de don Enrique Silva Segura, conforme a la cual inscrita la posesión efectiva se extingue el derecho real de herencia y por ende nada podría cederse.

c) 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. Así lo ha resuelto también de modo casi uniforme la jurisprudencia.

Sólo una sentencia de la Corte de Valparaíso, ha declarado “que cuando existe un solo heredero y el patrimonio comprende bienes raíces debe aplicarse el art. 688 del Código Civil y mientras no se verifiquen las inscripciones que allí se determinan, no puede el heredero disponer de manera alguna de un inmueble, siendo en el hecho una forma de disposición el enajenar la totalidad de su patrimonio hereditario que comprende esos inmuebles de su exclusiva propiedad”.

Esta sentencia ha sido criticada, porque el art. 688 exige las inscripciones que señala para la disposición de inmuebles determinados, cosas singulares, pero no para disponer de una universalidad jurídica como es la herencia, cuya naturaleza no se altera por el hecho de existir un solo heredero. 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.

d) Diferencias entre la cesión del derecho real de herencia y la enajenación de un inmueble hereditario o la venta de la supuesta o probable cuota en un inmueble hereditario determinado.

Se pueden subrayar las siguientes diferencias entre la cesión del derecho real de herencia, por una parte, y la enajenación de un inmueble hereditario o la venta de la supuesta o probable cuota en un inmueble hereditario determinado, por otra:

i.- En cuanto *al momento* en que puede realizarse el acto jurídico:

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 o la venta de una cuota en un inmueble hereditario sólo puede realizarse una vez tramitada la posesión efectiva y practicadas las inscripciones exigidas por el art. 688, es decir: la inscripción de la resolución que otorgó la

posesión efectiva; la inscripción del testamento (de haberlo); y la inscripción especial de herencia.

ii.- 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. Si lo que se vende es una cuota supuesta o probable en un inmueble hereditario, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que el heredero puede actuar con autonomía de los demás herederos. Sin embargo, para una posición minoritaria, deben intervenir también los restantes herederos.

iii.- 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. Con todo, no puede haber un precio irrisorio, pues en tal caso el precio no sería real o serio, y por ende, no existiría en realidad.

ii) Sí puede alegarse lesión enorme, si el título que precede a la enajenación de un inmueble hereditario fuere una compraventa o permuta. Otro tanto podría afirmarse si lo vendido fuere una cuota supuesta o probable en un inmueble hereditario.

iv.- En cuanto a las *deudas hereditarias y testamentarias*.

i) Según hemos estudiado, cedido el derecho de herencia, el cesionario deberá responder por el pago de las deudas hereditarias y testamentarias.

ii) Quien adquiere un inmueble hereditario o la supuesta o probable cuota que le corresponda al cedente en un inmueble hereditario, no asume responsabilidad alguna en lo concerniente al pago de las deudas hereditarias y testamentarias.

v.- En cuanto a la posibilidad de intervenir en la *futura partición de bienes*.

i) Quien adquiera el derecho real de herencia, está expresamente facultado por la ley para intervenir en la posterior partición en virtud de la cual se ponga término a la comunidad hereditaria (art. 1320 del Código Civil: “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”).

ii) Quien adquiera un inmueble hereditario o la cuota supuesta o probable en un inmueble hereditario, no pueden intervenir en la partición futura.

vi.- En cuanto a la *naturaleza de los derechos que se adquieren*.

i) Quien adquiere el derecho de herencia, incorpora en su patrimonio el derecho real homónimo.

ii) Quien adquiere un inmueble hereditario, incorpora en su patrimonio el derecho real de dominio sobre el bien en cuestión. Quien compra la cuota supuesta o probable en un inmueble hereditario, sólo incorpora en su patrimonio un crédito o derecho personal, que sólo puede reclamar respecto del vendedor.

e) Venta y cesión del derecho real de herencia o de un inmueble hereditario y de los gananciales.

i.- Podría presentarse la siguiente situación: en la venta de un inmueble hereditario, concurre la viuda (o el viudo) y los demás herederos. En ella, se cumplió con lo exigido en el art. 688 N° 2 del Código Civil, en cuanto los herederos, para poder disponer de un

inmueble de la sucesión, deberán hacerlo “de consuno”, es decir, todos de manera conjunta. Ahora bien, el inmueble en cuestión, había sido adquirido por el causante por tradición, a la que le sirvió de título un contrato de compraventa, mientras se encontraba vigente la sociedad conyugal que se formó entre tal causante y su cónyuge sobreviviente.

En el contexto planteado, la pregunta es la siguiente: ¿Debió la viuda (o el viudo), al concurrir a la venta, expresar que vendía también sus derechos en la aludida sociedad conyugal?

ii.- Para responder a la pregunta, debemos tener presente lo dispuesto en el art. 30 de la Ley N° 16.271, sobre Impuestos a las Herencias, Donaciones y Asignaciones, del siguiente tenor: “Si la sociedad conyugal terminare por el fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes raíces de aquélla deberán inscribirse en el Conservador respectivo a nombre del cónyuge sobreviviente y de los herederos del difunto”.

iii.- El precepto transcrito fue incluido en la Ley N° 16.271, con el objeto de zanjar toda duda acerca de lo siguiente: puesto que al fallecer el causante, éste transmite sólo sus derechos sobre el inmueble (mitad de gananciales), ¿quiere decir esto que el inmueble en cuestión ha de entenderse que tiene dos inscripciones vigentes, una (que se practicó cuando el cónyuge que ha fallecido adquirió el inmueble) representativa de los derechos del cónyuge sobreviviente y la otra (especial de herencia), representativa de los derechos de los demás herederos, distintos del cónyuge sobreviviente y de éste, pero no a título de gananciales?

iv.- La respuesta no admite duda: dados los términos del art. 30 de la Ley N° 16.271, la inscripción que en su momento fue practicada a nombre del cónyuge que adquirió el inmueble, debe entenderse virtualmente cancelada, desde el momento en que se practique la inscripción especial de herencia a que se refieren los arts. 687 y 688 del Código Civil. Sólo esta última ha de entenderse como la inscripción vigente del inmueble, y a ella debe hacerse referencia cuando los herederos procedan a venderlo y enajenarlo. Se confirma lo anterior, por lo demás, por el tenor de los arts. 687 y 688 del Código Civil, en cuanto de ellos se desprende que aquello que se inscribe bajo la llamada “inscripción especial de herencia” no son derechos, sino que inmuebles (bajo el entendido que el causante haya sido dueño de un inmueble).

v.- Otra cosa es la que ocurre, cuando el cónyuge sobreviviente, en lugar de vender y enajenar junto con los restantes herederos el inmueble hereditario, procede a vender y enajenar la cuota que le corresponda en la herencia del cónyuge fallecido. En otras palabras, cuando lo que hace es vender una cosa universal y no singular. Si el viudo o viuda vende y enajena su cuota en la herencia del causante, es imprescindible que declare en forma expresa que aquello que vende y enajena es, tanto su cuota en la herencia del causante, cuanto su cuota en los gananciales que se originaron en virtud de la sociedad conyugal. Si sólo vende y enajena lo primero, conserva lo segundo. Si sólo vende y enajena lo segundo, conserva lo primero.

vi.- La diferencia entre ambos casos es muy clara: en el primero, se vende y enajena una cosa singular. En el segundo, se vende y enajena una cosa universal. En el primero, el bien deja de ser un inmueble “hereditario”, sale de la sucesión. Quien lo adquiera, se hará dueño o al menos poseedor por medio de la respectiva tradición. En el segundo, quien adquiera el derecho de herencia o los gananciales, ingresa a la comunidad hereditaria y podrá por ende intervenir en la partición futura, de haberla.

vii.- En rigor, entonces, no es procedente exigir que el cónyuge sobreviviente venda y enajene, además de la cuota que le corresponda sobre el inmueble, la cuota que

supuestamente tiene por concepto de gananciales sobre el mismo bien. Ello implicaría que vende dos veces lo mismo. Es un acto redundante, que controvierte el principio *non bis in idem*. En efecto, al vender y enajenar un bien determinado de la sucesión, está implícito que al mismo tiempo vende y enajena la cuota que sobre el mismo le correspondía a título de gananciales. Y ello es porque lo que se vende y enajena es un bien determinado y no el derecho que le corresponde sobre la universalidad (herencia y/o sociedad conyugal).

viii.- En definitiva, se trata de dos actos jurídicos distintos, regidos por distintos preceptos legales. Si el cónyuge sobreviviente vende y enajena su cuota en la herencia del cónyuge premuerto, tal acto se regirá por los arts. 1909 y 1910. Es en este caso en el que, además, debe señalarse si también vende y enajena su cuota de gananciales. En cambio, si el cónyuge sobreviviente concurre a la venta y enajenación de un inmueble hereditario, el acto se regirá por los arts. 688 N° 2 y 1812. En este caso, no es procedente exigir que además venda su cuota en los gananciales, pues el objeto del contrato no es una cosa universal, sino un bien determinado.

6.3 Por prescripción.

El derecho de herencia puede adquirirse mediante la prescripción. De conformidad al art. 2498 del Código Civil, “Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. / Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados”.

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 (es decir, de los bienes hereditarios).

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:

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

ii.- 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 (art. 2509 del Código Civil). En consecuencia, la prescripción de 5 años del derecho real de herencia se suspende en favor de los herederos incapaces.⁸⁹

⁸⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., N° 90, p. 107.

Hay fallos contradictorios en la jurisprudencia: un fallo sostuvo que se trataba de una prescripción de corto tiempo (y por ende no operaría la suspensión de la prescripción, conforme al art. 2524 del Código Civil); otra sentencia, concluyó que no se trata de una prescripción de corto tiempo o especial y que por tanto se suspende en favor de los 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 (art. 702 del Código Civil). Se trata de buena fe inicial, es decir, desde el momento en que se obtiene la posesión efectiva (art. 706 del Código Civil). 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 adquirir la herencia ajena después de diez años de posesión, pues se trataría de un poseedor irregular, que requiere de prescripción extraordinaria.⁹⁰

CAPITULO III: LOS ACERVOS HEREDITARIOS.

La expresión acervo evoca la idea de una masa o conjunto de bienes. En términos amplios, se entiende por tal la masa hereditaria dejada por el causante.

Cinco clases de acervos se distinguen en el ámbito de la sucesión por causa de muerte:

- 1.- El acervo común o bruto.
- 2.- El acervo ilíquido.
- 3.- El acervo líquido.
- 4.- El primer acervo imaginario.
- 5.- El segundo acervo imaginario.

1.- El acervo común o bruto.

Se caracteriza porque en él se confunden los bienes del difunto con los de otras personas. Se refiere a este acervo el art. 1341 del Código Civil: “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”.

La frase “por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge” se refiere, respectivamente, a los bienes propios de la mujer casada en sociedad conyugal que se encontraban bajo la administración del marido y que corresponde restituir en especie a ésta, y a la mitad de gananciales que corresponde a la mujer en cuanto socia de la sociedad conyugal.

Exige la ley proceder a la separación de patrimonios y a la restitución a terceros de los bienes que les pertenezcan (por ejemplo, bienes que el causante había recibido de terceros en calidad de comodatario, depositario, mandatario, etc.).

⁹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 105-107.

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.⁹¹ Revisar, al respecto, el formato de escritura de “Liquidación de sociedad conyugal y de partición de bienes”, que hemos incluido en nuestro apunte de “Regímenes Matrimoniales”.

2.- El acervo ilíquido y las bajas generales de la herencia.

a) Las bajas generales de la herencia.

El acervo ilíquido es el conjunto de bienes que pertenecen al causante, pero sin haber efectuado aún las bajas generales de la herencia contempladas en el art. 959 del Código Civil y en el art. 4 de la Ley N° 16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, que complementa y modifica al art. 959.

Establece el art. 959: “En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

- 1°. Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión;
- 2°. Las deudas hereditarias;
- 3°. Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria;
- 4°. Las asignaciones alimenticias forzosas.

El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley”.

Está compuesto entonces por los bienes propios del causante, después de haber separado los bienes pertenecientes a otras personas.

La frase “inclusos los créditos hereditarios”, refiere con razón Claro Solar, “está en realidad de más, porque aunque no se hubiera consignado en la disposición de la ley, los *créditos hereditarios*, estarían comprendidos en el acervo dejado por el difunto y formarían parte de la herencia, ya que la sucesión por causa de muerte se refiere a todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles”.⁹²

Las bajas generales son las deducciones que es necesario hacer para llevar a efecto las disposiciones del causante o de la ley. Las bajas generales son:

i.- Los gastos de la sucesión y partición de bienes.

Su alcance está fijado por el art. 4 de la Ley N° 16.271, más genérico y comprensivo que el tenor del art. 959 N° 1, que dispone que están comprendidos por las costas de publicación del testamento (cuando éste se otorgó ante cinco testigos sin presencia de ministro de fe), si las hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión (como por ejemplo las costas de publicación de un testamento cerrado). En cambio, el citado art. 4, alude también a las costas de la posesión efectiva y las de partición, incluyendo los honorarios de albaceas y partidores.

Dispone el mencionado art. 4, en sus números 1 y 2: “Art. 4° Se entenderá por asignación líquida lo que corresponda al heredero o legatario, una vez deducidos del cuerpo o masa de bienes que el difunto ha dejado:

⁹¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 108 y 109.

⁹² Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13°, N° 158, p. 143.

1° Los gastos de última enfermedad adeudados a la fecha de la delación de la herencia y los de entierro del causante;

2° Las costas de publicación del testamento, si lo hubiere, las demás anexas a la apertura de la sucesión y de posesión efectiva y las de partición, incluso los honorarios de albacea y partidores, en lo que no excedan a los aranceles vigentes”.

En síntesis, se comprenden aquí todos los gastos de la sucesión y partición, sean o no judiciales.

ii.- Las deudas hereditarias.

Se refieren a ellas el N° 2 del art. 959 del Código Civil y el art. 4, N° 3° de la Ley N° 16.271. Dispone esta última norma: “3° Las deudas hereditarias. Podrán deducirse de acuerdo con este número incluso aquellas deudas que provengan de la última enfermedad del causante, pagadas antes de la fecha de la delación de la herencia, que los herederos acrediten haber cancelado de su propio peculio o con dinero facilitado por terceras personas. / No podrán deducirse las deudas contraídas en la adquisición de bienes exentos del impuesto establecido por esta ley, o en la conservación o ampliación de dichos bienes”.

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.

Se entiende por deudas hereditarias aquellas que tenía en vida el causante. Es lógico que estas deudas se paguen antes de distribuir los bienes del causante entre los herederos, pues es la única forma de determinar precisamente qué bienes serán distribuidos. Entre los asignatarios sólo se divide lo que quede una vez pagadas las deudas.

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. Primero deben pagarse las deudas hereditarias. En cambio, las cargas testamentarias, que no constituyen una baja general de la herencia, se pagan de la parte que el testador pudo disponer libremente.

iii.- Los impuestos fiscales que gravan toda la masa hereditaria.

Este N° 3 del art. 959 del Código Civil no tiene ya aplicación en Chile, pues los impuestos de herencia no gravan la masa hereditaria en su conjunto, sino que cada asignación hereditaria en particular. Por lo tanto, el impuesto debe ser pagado por cada asignatario y por cierto el monto a pagar podrá ser distinto para uno u otro.

iv.- Las asignaciones alimenticias forzosas.

Las señalan como bajas generales el art. 959 N° 4 del Código Civil y la Ley N° 16.271, art. 4, en relación al art. 1168 del Código Civil. Las asignaciones alimenticias forzosas son aquellas que por ley debía el causante. No constituyen baja general las asignaciones alimenticias voluntarias, que deben pagarse con cargo a la cuarta de libre disposición, igual que los legados.

v.- Los gastos de última enfermedad y de entierro del causante.

No se contempla en el art. 959, sino que en el art. 4, N° 1 de la Ley N° 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 (art. 4, N° 3).⁹³

b) 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 Código Civil y 4 de la Ley N° 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.⁹⁴

3.- Acervo líquido o partible.

Se refiere a él el inc. final del art. 959 del Código Civil. Es el acervo ilíquido al cual se le han deducido las bajas generales que indica el art. 959 del Código Civil y la Ley N° 16.271. Se le llama también acervo partible, porque es esta masa de bienes la que se divide entre los herederos.⁹⁵

4.- Los acervos imaginarios.

Los arts. 1185, 1186 y 1187 del Código Civil, se refieren a los acervos imaginarios, que estudiaremos más adelante.

Se diferencian estos acervos de los anteriores, en que no es forzoso que en una sucesión existan acervos imaginarios. El objeto de estos acervos es amparar el derecho de los asignatarios forzosos, o, lo que es lo mismo, defender la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, de las donaciones que en vida haya hecho el causante.

El primer acervo imaginario tiene por objeto amparar a los legitimarios frente a las donaciones hechas a otros legitimarios; y el segundo defenderlos de donaciones hechas a terceros.

4.1. El primer acervo imaginario.

Conforme al art. 1185, deben acumularse imaginariamente al acervo líquido “todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras”.

Dispone el precepto: “Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e

⁹³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 109-113.

⁹⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 113-115.

⁹⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 115.

irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión. / Las cuartas antedichas se refieren a este acervo imaginario”.

Que se acumulen imaginaria o contablemente las donaciones *irrevocables* no merece duda alguna, pues al celebrarse el contrato de donación, seguido de la respectiva tradición, se transfirió el dominio del bien donado al legitimario. Ahora bien, no obstante ello, al fallecimiento del causante el valor del bien donado se acumulará a su patrimonio o acervo líquido, *como si aún estuviere en él*, como si el bien en realidad no hubiere salido de tal patrimonio.

Pero sí origina dudas la acumulación de donaciones *revocables*. En efecto, según estudiaremos, la donación revocable no transfiere el dominio sino una vez fallecido el causante. Y si los bienes donados revocablemente se entregaren al donatario, éste sería usufructuario de los mismos mientras viva el donante-causante. Por lo tanto, ¿por qué debe acumularse un bien que en realidad aún estaba en el patrimonio del causante a su muerte? Como es obvio, aquello que se acumula imaginariamente es un bien que ya había abandonado el patrimonio del causante y no aquél que todavía está formando parte de ese patrimonio. Considerando lo expuesto, algunos piensan que el legislador se habría equivocado al aludir a las donaciones revocables en el art. 1185. No es tal la opinión de Rodríguez Grez. Cree este autor que si nos encontramos ante donaciones revocables hechas en razón de legítimas y mejoras, tales donaciones, en este caso, transfieren el dominio de la cosa donada cuando se hace tradición de ellas, porque así lo adelanta el art. 1146. Señala al efecto: “En verdad, las donaciones revocables que se hacen en razón de legítimas y mejoras salen del patrimonio del causante, el cual transfiere el dominio de las mismas al donatario. Ello se deduce claramente de lo previsto en el artículo 1146 del Código Civil, que después de reglamentar las donaciones revocables (...) agrega: ‘Las disposiciones de este párrafo, en cuanto conciernan a los asignatarios forzosos, están sujetas a las excepciones y modificaciones que se dirán en el título ‘De las asignaciones forzosas’’. Si el legislador anticipa que estas donaciones serán objeto de modificaciones y excepciones al tratar de las asignaciones forzosas, y el artículo 1185 dispone que ellas se acumulan ‘según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega’, es porque dichos bienes salen del patrimonio del donante y se incorporan al patrimonio del donatario. De allí que nada de extraño tenga que se ordene su acumulación, la cual sólo puede hacerse según el valor que ellas tenían al tiempo de hacerse la tradición, puesto que, a partir de entonces, las cosas donadas pertenecen al donatario, y también pertenecen a éste las mejoras y accesiones que ellas puedan experimentar”.⁹⁶ Conforme a este razonamiento, entonces, a pesar de que en las reglas de las donaciones revocables el Código establece que el donatario que reciba la cosa objeto de una donación revocable será considerado usufructuario de la misma (art. 1140), más adelante, en esas mismas reglas, el art. 1146 advierte que las disposiciones del párrafo de las donaciones revocables (entre ellas el art. 1140) están sujetas a las excepciones y modificaciones “que se dirán en el título De las asignaciones forzosas”, y entre esas excepciones y modificaciones, aparece lo dispuesto en el art. 1185, que al ordenar acumular donaciones revocables, lo hace a partir del supuesto que al entregarse los bienes al donatario, se le transfirió el dominio. Más adelante, el autor reitera sus

⁹⁶ Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, Volumen 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 301.

planteamientos: “Sobre las donaciones revocables hechas en razón de legítimas y mejoras, ya hemos fijado nuestra posición. Creemos nosotros que este tipo de donaciones, en este caso, transfieren el dominio de la cosa donada cuando se hace tradición de ellas, porque así lo adelanta el artículo 1146, ya comentado. La regla general es que una donación revocable entregada al donatario constituye un usufructo (artículos 1140 y 1141), consolidándose en el donatario la nuda propiedad y el usufructo al abrirse la sucesión si la donación no ha sido revocada. Pero, tratándose de donaciones revocables hechas en razón de legítimas o mejoras, que se entregan al donatario, ellas transfieren el dominio (excepción anticipada en el artículo 1146), de modo que procede su colación o agregación según el valor que estas especies tenían al tiempo de la entrega. Para que esta donación haya transferido el dominio deberá tratarse de una donación revocable hecha a un legitimario o a una persona que pueda ser objeto de asignación de cuarta de mejoras y que se haya hecho tradición (entrega) de la cosa donada. Si no concurre alguna de estas exigencias, la donación no transfiere el dominio y la cosa donada permanecerá en el patrimonio del causante hasta la apertura de la sucesión”.⁹⁷

La posición contraria, es sostenida por la mayoría de nuestra doctrina, criticándose la inclusión de las donaciones revocables en el acervo imaginario del art. 1185 (en esta posición, entre otros, Luis Claro Solar, José Clemente Fabres, Meza Barros). Somarriva, según veremos, se sitúa en una posición intermedia, pues acepta la acumulación en la medida que las cosas donadas hayan sido entregadas, y la rechaza en caso contrario. Refieren al respecto los Domínguez padre e hijo: “El art. 1185 manda acumular las donaciones revocables hechas a un legitimario. Debería entonces entenderse que si el causante ha hecho una donación revocable a uno de dichos asignatarios forzosos, ella tendría que agregarse imaginariamente al acervo líquido. Tal conclusión sería inexacta. La colación implica tanto como acumular; es decir, traer el valor de aquello que se donó, para sumarlo al acervo líquido, con el fin de constituir el patrimonio sobre el cual se calculan la legítima y las cuartas. Pero la donación revocable sólo otorga al donatario una verdadera expectativa que sólo a la muerte del donante se convierte en un derecho definitivo, momento en el cual se confirma la donación y el donatario adquiere la propiedad del objeto donado (art. 1144). Por lo mismo, al morir el causante, el bien donado no ha salido aún de su patrimonio, tanto física cuanto jurídicamente. Esa donación, cuando es a título singular, se mira como un legado anticipado y se sujeta a las mismas reglas que los legados (art. 1141). Los legados no se colacionan, porque recaen sobre objetos que no han salido del patrimonio del testador al momento de su muerte. Y si la donación es a título universal se mira como una institución de heredero (art. 1142) y sólo tiene efecto por lo tanto a partir de la muerte del donante. Así entonces, no es correcta la afirmación del art. 1185 en el sentido que han de colacionarse las donaciones revocables hechas a un legitimario, porque el valor de las cosas donadas está en el patrimonio del donante y, por lo tanto, integrando el acervo líquido, de modo que no es posible volverlas a agregar. La conclusión precedente es aplicable incluso al caso en que las cosas donadas han sido entregadas en vida al legitimario. Ni aun así dejan de estar en el patrimonio del donante, ya que el art. 1140 manda que esa entrega no confiera al donatario sino un usufructo del bien donado y no su dominio. Cosa distinta es que tales donaciones se *imputen* a la legítima del donatario. En efecto, cuando se habla de imputación se hace referencia a la forma de pago de la legítima y es indudable que el monto numérico de la legítima del donatario habrá de pagarse en primer

⁹⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., volumen 1, p. 345.

término con lo que se le ha donado. Pero es inexacto afirmar que esas donaciones han de acumularse al acervo imaginario (...) En definitiva, lo importante es concluir que, sea que se colacionen o que no deban colacionarse, su valor ha de ser contado una sola vez: o bien en el acervo líquido si se entiende que por haber estado en el patrimonio del donante al morir no han pasado al del donatario; o bien no contarlas en dicho acervo pero sí colacionarlas, si se entiende que por ser donaciones confirmadas por la muerte del donante, no han de entenderse bienes de éste. En el fondo, lo que el art. 1185 ha querido advertir al incluirlas en la colación, es que no puede pensarse que, por ser confirmadas a la muerte del donante y pasar en ese instante al patrimonio del donatario, no hayan de contarse para los efectos de la determinación de la legítima. Pero la advertencia era inútil y conduce a una imperfección técnica. Inútil porque con ellas ocurre lo mismo que con los bienes legados que sin duda forman parte del acervo líquido. Técnicamente imperfecta, porque no se trata de bienes salidos del patrimonio que hayan de restituírsele contablemente (...) Nosotros entendemos, como se ha dicho, que mejor hubiera sido no incluirlas en el art. 1185, aunque de un modo u otro siempre ha de computarse su valor para el cálculo de la legítima, con lo cual la supuesta imperfección no tiene mayor trascendencia. Pero en todo caso deberán imputarse como parte de la legítima del donatario, cosa que es distinta a colacionarlas”.⁹⁸

Explicaremos este primer acervo imaginario con tres ejemplos:

Ejemplo 1: el causante tenía tres hijos, A, B y C. En vida, hizo una donación irrevocable de \$200.000.000.- a B, consistente en el valor de un departamento. Al fallecer el causante, deja un acervo líquido a repartir entre sus tres hijos de \$700.000.000.-. De no haberse hecho en vida la donación a B, habría dejado \$900.000.000.- y por ende cada hijo recibiría \$300.000.000.- Para reparar la desigualdad producida a consecuencia de la donación con que se favoreció a uno sólo de los hijos, se debe agregar a la masa hereditaria la suma donada, lo que da un acervo imaginario de \$900.000.000.- A cada uno de los hijos le corresponden \$300.000.000.- A y C recibirán efectivamente dicha suma. Sin embargo, a B sólo se le entregan \$100.000.000.-, pues se le descuentan los \$200.000.000.- ya recibidos. La donación que recibió en vida del causante supuso de esta manera que se le anticipara parte de su legítima.

Ejemplo 2: el causante deja al morir viuda y tres hijos y un acervo líquido de \$120.000.000.-. En vida, hizo una donación a su cónyuge (por ende donación revocable), con cargo a su futura legítima⁹⁹, de un inmueble avaluado en \$80.000.000.- Se agregará al acervo líquido, de manera que se formará primer acervo imaginario por \$200.000.000.- De éstos, corresponde \$80.000.000.- a la cónyuge sobreviviente y \$40.000.000.- a cada uno de los hijos. Pero puesto que a la primera se le donó un inmueble por el mismo valor de su asignación, nada recibirá, repartiéndose los \$120.000.000.- entre los tres hijos.

Ejemplo 3: el causante deja al morir conviviente civil y dos hijos, y un acervo líquido de \$300.000.000.-, y en vida, hizo a cada uno de sus hijos donaciones irrevocables por \$250.000.000.- Se agregarán los \$500.000.000.- donados a los \$300.000.000.-, de manera que el primer acervo imaginario ascenderá a \$800.000.000.- De éstos, \$400.000.000.- corresponden al conviviente civil (en este caso le corresponde recibir el doble de lo que recibe cada hijo, según estudiaremos al tratar más adelante de los órdenes sucesorios). Pues bien, como sólo hay \$300.000.000.- realmente disponibles, toda esta suma la recibirá el

⁹⁸ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., pp. 994-996.

⁹⁹ Como veremos al estudiar el “pago de las asignaciones” (“Sucesorio-8”), si nada dicen las partes al momento de celebrar el contrato de donación, ésta debe imputarse a la futura legítima.

conviviente civil sobreviviente, y el saldo de \$100.000.000.- se lo deben pagar los hijos del causante, quienes deben enterarle cada uno \$50.000.000.-. Para ellos, aplicaremos lo dispuesto en el art. 1206 (que estudiaremos en las normas del “Pago de las asignaciones”, en “Sucesorio 8”).

De esta manera se evita que se perjudique a uno o algunos de los legitimarios, por donaciones hechas a otro u otros legitimarios.

4.2. El segundo acervo imaginario.

Se encuentra regulado en los arts. 1186 y 1187 del Código Civil, del siguiente tenor:

“Art. 1186. Si el que tenía a la sazón legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a la cuarta parte de la suma formada por este 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”.

“Art. 1187. Si fuere tal el exceso que no sólo absorba la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigurosas, o la cuarta de mejoras, tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios, en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes. / La insolvencia de un donatario no gravará a los otros”.

No ampara a los legitimarios por donaciones hechas a uno o algunos de ellos con cargo a la legítima o a la cuarta de mejora y con desmedro de los otros legitimarios, sino que los protege frente a donaciones efectuadas en vida por el causante a terceros o a un legitimario, pero con cargo a la cuarta de libre disposición. Este segundo acervo imaginario produce dos efectos principales:

a) Limita la parte de libre disposición.

Se trata de evitar que con las donaciones, se perjudiquen la mitad legitimaria o la cuarta de mejoras.

Para lograr lo anterior (art. 1186 del Código Civil), se suman las donaciones irrevocables hechas por el causante al acervo existente (el líquido o el primer acervo imaginario) 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 legitimaria, 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 ésta última suma 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. En tal caso, si en el ejemplo el causante había instituido dos legados, cada uno de \$10.000.000.-, sólo se podrá pagar a cada uno de los legatarios \$5.000.000.- Se ha conseguido de esta forma el primer efecto del segundo acervo imaginario: limitar la parte de que el testador pudo disponer libremente.

b) Da origen a la “rescisión” de las donaciones.

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 art. 1425 del Código Civil (en rigor, veremos que más bien hay inoponibilidad, no nulidad relativa). En su virtud, los herederos legitimarios pueden dirigirse en contra de los terceros que recibieron donaciones del causante en vida de éste, exigiendo la suma excesiva (en opinión de una parte de la doctrina) o la restitución de los bienes donados (en opinión de otra parte de la doctrina) hasta la parte en que perjudican las asignaciones forzosas. Art. 1187 del Código Civil.

Por ejemplo: el acervo existente es de \$300.000.000.- El causante hizo dos donaciones irrevocables: una por \$200.000.000.- a una hermana, cinco años antes de morir aquél y otra por \$300.000.000.- a una corporación, dos años antes del fallecimiento del *de cuius*. Sumamos lo donado al acervo existente, lo que nos da \$800.000.000.- Esta suma la dividimos por cuatro, lo que arroja como resultado \$200.000.000.- Esta es la suma que el causante pudo donar. Pero dado que lo donado ascendió a \$500.000.000.-, hay un exceso de \$300.000.000.- Sumamos dicho exceso al acervo existente, para formar el segundo acervo imaginario, que alcanza en el ejemplo a \$600.000.000.- De ésta suma, destinamos \$300.000.000.- para pagar la mitad legitimaria (con lo que consumimos todo lo que en realidad dejó el causante). Nos faltan \$150.000.000.-, para pagar la cuarta de mejoras. Como no están disponibles, es necesario demandar a la última donataria (la Corporación), para que sea condenada a restituir a la sucesión la suma faltante. Si el causante había testado e instituido alguna asignación con cargo a su cuarta de libre disposición, no podrá pagarse.

De esta manera, las operaciones serían las siguientes:

- i.- Se suman las donaciones irrevocables y el acervo existente.
- ii.- El resultado, se divide por cuatro. El resultado de esta división es lo que el causante pudo donar. Si lo donado resulta excesivo, pasamos a la siguiente operación. En caso contrario, si no hubo exceso, no se forma segundo acervo imaginario.
- iii.- El exceso de lo donado se suma al acervo existente, para formar el segundo acervo imaginario.
- iv.- La mitad del acervo imaginario, debemos imputarla al pago de la mitad legitimaria. Una cuarta parte, al pago de la cuarta de mejoras (o de las legítimas efectivas, si el causante no dispuso de la cuarta de mejoras).
- v.- Si falta alguna cantidad necesaria para pagar la mitad legitimaria y/o la cuarta de mejoras o las legítimas efectivas, los legitimarios dispondrán de la acción de inoficiosa donación.
- vi.- Finalmente, se verá si es o no posible pagar las asignaciones instituidas con cargo a la cuarta de libre disposición. No será posible, si resultó necesario deducir la acción de inoficiosa donación.

4.3. Diferencias entre ambos acervos imaginarios.

a) El primer acervo imaginario se forma cuando el causante hizo donaciones *a legitimarios y con cargo a la futura legítima o a la cuarta de mejoras*.

El segundo acervo imaginario se forma cuando el causante hizo donaciones *a terceros o a un legítimo con cargo a la futura cuarta de libre disposición*.

b) El primer acervo imaginario se forma cuando las donaciones son *revocables o irrevocables*.

El segundo acervo imaginario se forma cuando el causante hizo donaciones *irrevocables*.

c) En el primer acervo imaginario, se acumulará al acervo existente *todo lo donado* a un legítimo a título de legítima o de mejora.

En el segundo acervo imaginario, sólo se acumulará *el exceso de lo donado*. De no existir tal exceso, no se forma segundo acervo imaginario.

d) En el primer acervo imaginario, *puede demandarse a un legítimo* que recibió donaciones con cargo a su legítima o a la cuarta de mejoras que exceden su legítima.

En el segundo acervo imaginario, *puede demandarse a un tercero extraño o a un legítimo considerado como un tercero* (pues las donaciones no se le hicieron con cargo a su legítima o a la cuarta de mejoras, sino que con cargo a la cuarta de libre disposición).

e) En el primer acervo imaginario, la acción que podrá dirigirse en contra de un legítimo, *prescribirá de acuerdo a las reglas generales, en el plazo de cinco años*, contados desde la apertura de la sucesión.

En el segundo acervo imaginario, la acción de inoficiosa donación *prescribirá, a juicio de algunos, en el plazo de cuatro años* (tesis de quienes son partidarios de que se trata de una acción rescisoria), mientras que *en opinión de otro, prescribirá en el plazo de cinco años*. En ambos casos, el plazo deberá computarse desde el fallecimiento del causante.

Revisaremos con mayor detalle los dos acervos imaginarios, cuando estudiemos las legítimas, en el marco de la sucesión forzosa (“Sucesorio 7”).

CAPÍTULO IV: INSCRIPCIONES A QUE DA LUGAR LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE¹⁰⁰

1.- Fines en virtud de los cuales se exigen inscripciones a los herederos.

La inscripción, además de su objetivo primordial de servir de tradición de los derechos reales inmuebles, tiene otras finalidades, como la de *dar publicidad a la propiedad raíz*. Tal ocurre con las inscripciones que se requieren a propósito de la sucesión

¹⁰⁰ Aunque esta materia la tratamos en el apunte de *La Tradición*, hemos resuelto replicarla aquí, por razones pedagógicas y por formar parte de la Sucesión por Causa de Muerte.

por causa de muerte y la prescripción adquisitiva. Tal es el *fin general* buscado por las inscripciones exigidas por el artículo 688 del Código Civil.

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir (art. 588); produce el traspaso de los bienes del causante al heredero por el ministerio de la ley, en el momento mismo de fallecer la persona de cuya sucesión se trata (arts. 955 y 956); y desde este momento también se adquiere la posesión de la herencia, aunque el heredero lo ignore (art. 722); cada asignatario se reputa haber sucedido inmediata y exclusivamente al causante (art. 1344). De todas estas disposiciones armónicas se desprende que el heredero adquiere el dominio y la posesión legal de los bienes hereditarios por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte y que esta adquisición se produce en el momento mismo de la muerte del causante. Por tanto, el heredero no necesita de tradición, ya que las cosas no pueden adquirirse por dos modos.

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* (según el actual tenor del art. 688, inc. 1º, fijado por la Ley N° 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) no habilita al heredero para disponer de manera alguna de un inmueble hereditario o de bienes muebles registrables. En efecto, para que pueda ocurrir lo último, es necesario realizar las inscripciones previstas tanto en la Ley N° 19.903 como en el art. 688 del Código Civil. Tal sería entonces el *fin específico* de estas inscripciones.

2.- Inscripciones previstas en el art. 688 del Código Civil.

Conforme a lo expuesto, los herederos no podrán disponer de los inmuebles hereditarios (o de los bienes muebles sujetos a inscripción en un registro público), mientras no proceda:

2.1. El decreto judicial o la resolución administrativa que da la posesión efectiva de la herencia (art. 688 N° 1).

El decreto judicial se inscribirá en el Registro de Propiedad del Conservador de la Comuna o agrupación de comunas, en que se encuentre el tribunal que lo dictó; la resolución administrativa se inscribirá en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas, que depende del Servicio de Registro Civil e Identificación, según lo dispone el art. 8 de la Ley N° 19.903.

Asimismo, el Director Regional del Registro Civil correspondiente, emitirá un certificado, dando cuenta de haberse otorgado la posesión efectiva de la herencia intestada, certificado que debe acompañarse al Conservador de Bienes Raíces del último domicilio del causante, para inscribir también la resolución administrativa, en el Registro de Propiedad.

El decreto judicial también se inscribirá en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas. Para la inserción en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas de las resoluciones judiciales que confieren las mismas, tratándose de las sucesiones testadas,

deberá darse cumplimiento a lo preceptuado en el art. 882, inc. 3°, del Código de Procedimiento Civil, que reza: “Hechas las publicaciones a que se refieren los incisos anteriores y previa agregación de una copia autorizada del inventario, el tribunal ordenará la inscripción de la posesión efectiva y oficiará al Servicio de Registro Civil e Identificación dando conocimiento de este hecho.”

Conforme a lo expuesto, nos queda en claro que tras la vigencia de la Ley N° 19.903, toda posesión efectiva en la que haya inmuebles tendrá siempre *dos inscripciones*, una en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas, a cargo del Registro Civil e Identificación, y otra en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente.

El procedimiento para solicitar, obtener e inscribir la posesión efectiva y las diligencias para el pago del impuesto a las herencias o para dictar la resolución que declare exenta de dicho pago a la herencia, está señalado en la Ley N° 19.903, en el Código de Procedimiento Civil (artículos 866 y siguientes) y en la Ley N° 16.271, sobre impuesto a las herencias y donaciones. Nos remitimos a lo ya estudiado.

2.2. Si la sucesión es testamentaria, se inscribirá también el testamento.

Esta inscripción se hará en el Registro de Propiedad del mismo Conservador de Bienes Raíces en que se hubiere inscrito el decreto de posesión efectiva.¹⁰¹

En virtud de la inscripción del decreto judicial o resolución administrativa que concede la posesión efectiva y del testamento (de haberlo), los herederos pueden disponer de los bienes muebles no sujetos a inscripción en un registro público.

2.3. La inscripción especial de herencia (art. 688 N° 2).

Se practicará esta inscripción con el mérito de la primera inscripción (posesión efectiva) o de las dos primeras inscripciones (posesión efectiva y testamento). Consiste en inscribir los inmuebles de la sucesión a nombre de todos los herederos, en el Registro de Propiedad del Conservador de la Comuna o agrupación de comunas en que está situado el inmueble; si abarca el territorio de dos o más Conservadores, la inscripción debe efectuarse en el Registro de todos ellos (art. 687 del Código Civil). En virtud de esta inscripción, los herederos pueden disponer de consuno de los inmuebles hereditarios (art. 688 N° 2 del Código Civil).

En el mismo Conservador, volverán a inscribirse el decreto de posesión efectiva y el testamento, si lo hubiere.

Cabe reiterar lo explicado, en cuanto a que, de conformidad al art. 30 de la Ley N° 16.271 de Impuestos a las herencias, asignaciones y donaciones, si la sociedad conyugal terminare por el fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes raíces de aquella deberán inscribirse en el Conservador respectivo, a nombre del cónyuge sobreviviente y de los herederos del difunto. Esta será *la única inscripción vigente*, quedando cancelada la que se hizo al momento de adquirir el inmueble. Nos remitimos a lo expuesto sobre la materia.

¹⁰¹ Hoy día, entonces, el testamento se inscribirá en dos oportunidades: la primera, después de otorgado, se inscribirá en el Registro Nacional de Testamentos a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación; y la segunda, tras el fallecimiento del testador, se inscribirá el testamento en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente.

Por otra parte, de haber bienes muebles que deben inscribirse en un registro público, será también necesario que se proceda a estas inscripciones, como requisito *sine qua non* para que los herederos puedan posteriormente enajenarlos, actuando de igual manera de consuno. Así ocurrirá, por ejemplo, con vehículos motorizados o con acciones en una sociedad anónima (nos remitimos a lo expuesto en materia de “Bienes”, acerca de los bienes muebles registrables).

2.4. La inscripción especial del acto de partición (art. 688 N° 3).

Por la partición, se adjudica a un heredero el todo o parte de un inmueble; la inscripción se efectúa en el o en los mismos Registros en los cuales se verificó o verificaron las inscripciones especiales de herencia. Sin esta inscripción, no podrá el heredero adjudicatario disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido.

Cabe indicar que de conformidad al Código de Procedimiento Civil, todo acuerdo de las partes o resolución del partidor que contenga adjudicación de bienes raíces, debe reducirse a escritura pública, y sin esta solemnidad no puede efectuarse su inscripción en el Conservador (recordemos que al Conservador sólo pueden presentarse títulos auténticos para su inscripción).

A diferencia de las anteriores, ésta inscripción puede obviarse. En efecto, puede ocurrir que los herederos resuelvan enajenar de consuno los inmuebles hereditarios. En tal caso, no habrá partición ni adjudicaciones subsecuentes (si se enajena, operará en favor del tercero adquirente un título traslativo de dominio; si se adjudica el inmueble a uno de los comuneros hereditarios, operará un título declarativo de dominio, y no habrá enajenación).

Con las tres (si no hubo testamento) o cuatro (si hubo testamento) inscripciones anteriores y la del causante que las precedió, se puede entonces seguir en el Registro la historia de un inmueble que antes perteneció al causante, luego a sus herederos y por último se radicó en el patrimonio de uno solo de ellos o de un tercero.

Como indicábamos, la adjudicación de un inmueble hereditario a uno de los herederos no es un acto de disposición. Inicialmente, la Corte Suprema llegó a la conclusión contraria, al declarar nula la adjudicación de un bien raíz sin que previamente se hubieren practicado las inscripciones señaladas en el art. 688 del Código Civil. Este error jurídico se enmendó sin embargo, y la jurisprudencia posterior reconoció que la adjudicación a un heredero no importa disposición, o sea enajenación, sino simplemente una singularización o individualización del dominio que pertenecía al adjudicatario en la comunidad, la radicación de los derechos cuotativos en bienes determinados. Por tanto, la falta de posesión efectiva de la herencia y de la inscripción especial de la misma a nombre de todos los herederos, no anula la adjudicación que opera en favor de uno de ellos.

3.- Alcance y sanción del art. 688.

En conformidad a este precepto, la posesión legal de la herencia no habilita al heredero para disponer de manera alguna de un inmueble, mientras no se verifiquen las inscripciones que señala el artículo. Se plantea entonces el problema de determinar cuál es la sanción a la contravención del art. 688, es decir, cuando a pesar de no haberse practicado estas inscripciones, un heredero dispone de un inmueble. La Corte Suprema ha llegado a soluciones diversas a lo largo de los años:

i.- En un principio, la Corte resolvió que la sanción recaía sobre el contrato o título traslativo de dominio otorgado por el heredero al tercero y que esta sanción era la *nulidad absoluta*, porque se infringían las normas de organización del Registro Conservatorio, que son de orden público. Y agregó más tarde la Corte Suprema que la prohibición de disponer del art. 688 era general y absoluta, comprendiendo no sólo las *enajenaciones voluntarias*, sino también las *ventas forzadas* que se efectúan en juicio ejecutivo, pues la ley no había hecho distinción (se trataba de un inmueble hipotecado por el causante; con posterioridad a su muerte, venció el plazo para pagar la obligación caucionada, y como los herederos no pagaron, el acreedor hipotecario entabló juicio ejecutivo y sacó a remate la propiedad. El remate fue anulado por la Corte Suprema, en atención a que los herederos no habían practicado las inscripciones del art. 688).

ii.- En una segunda interpretación, la Corte Suprema modificó la conclusión anotada respecto a las enajenaciones forzadas, señalando que *la prohibición del art. 688 sólo se refiere a los actos voluntarios celebrados por los herederos o sus causahabientes y no a las enajenaciones forzadas*, puesto que el artículo expresa con claridad que “los herederos” son los que no pueden disponer, limitación que no puede hacerse extensiva a la justicia; se observó que de haberse mantenido el primer criterio, los herederos del deudor, con negarse a inscribir, paralizarían toda ejecución en su contra y se librarían de cumplir las obligaciones que les transmitió el causante. Ello resulta jurídicamente inadmisibles.

iii.- En una tercera interpretación, la Corte Suprema declaró que la palabra “disponer” está tomada en el art. 688 en su sentido natural y obvio de enajenar, esto es, transferir el dominio de una persona a otra; en otras palabras, enajenación en su sentido restringido; *la venta no importa acto de transferencia del dominio, sino un simple contrato*. En consecuencia, el contrato celebrado por el heredero sin haberse cumplido previamente con las inscripciones del art. 688, es válido. Lo que es nulo sería la tradición subsecuente, si se efectúa. Se podría argumentar en contra de este fallo, que el art. 1810 prohíbe la venta de las cosas cuya enajenación a su vez está prohibida por la ley, pero en respuesta a lo anterior y en abono al fallo, podría contra-argumentarse que el art. 688 no es una norma prohibitiva, sino imperativa de requisito.

iv.- Una nueva sentencia vino a completar y dar mayor fuerza a la doctrina asentada por la Corte Suprema. Estableció que el art. 688 se refiere a la tradición del dominio de los bienes raíces, por estar comprendido en el párrafo que de ella trata, y que no puede atribuírsele un sentido diverso, extraño al de dicho párrafo. Por tanto, *la prohibición de disponer impuesta a los herederos antes de la realización de las inscripciones, no puede aplicarse al título, como la compraventa, sino al modo de adquirir, a la tradición*.

v.- Una quinta interpretación llega a una solución más aceptable para el máximo Tribunal. La Corte Suprema había concebido el art. 688 como norma prohibitiva, cuando en realidad es imperativa de requisitos. La sanción, por tanto, no es la nulidad absoluta, sino que otra diferente: la establecida en el art. 696. Este artículo, refiriéndose a los que lo preceden, entre los que se cuenta el art. 688, dispone que los títulos cuya inscripción en dichos artículos se prescribe no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe. Esto implica que si se omiten las inscripciones ordenadas en el art. 688, la inscripción que obtenga quien adquirió del heredero, adolecerá de una *transitoria ineficacia*. No conferirá a dicho adquirente la posesión sobre su derecho, mientras no se efectúen las inscripciones omitidas. Esta transitoria ineficacia de la inscripción del adquirente, demuestra que en ningún caso la sanción podría ser la nulidad absoluta, porque ésta excluye la ratificación, figura que opera en definitiva, al menos

tácitamente, al verificarse las inscripciones que ponen fin a la ineficacia transitoria de la inscripción hecha en favor del adquirente.

Pero la discusión en la doctrina ha continuado. Se señalan dos objeciones a la última solución de la jurisprudencia:

i) Que el art. 696, al negar la transferencia del respectivo derecho al tercero mientras la inscripción no se efectúa, no se refiere al art. 688, pues se está refiriendo sólo a las inscripciones que transfieren el dominio, a las que son tradición, objetivo que no persiguen las inscripciones del art. 688.

ii) Que la solución de la jurisprudencia asegura que mientras las inscripciones no se efectúen queda en suspenso la transferencia del derecho; en otras palabras, que al comprar el inmueble el tercero sin que previamente el heredero hubiere practicado las inscripciones, el título y la inscripción que dicho tercero obtenga a su nombre serían válidos pero completamente ineficaces, con lo que el tercero no adquiriría el dominio ni la posesión. Se trataría entonces de un *mero tenedor*. La solución conduciría entonces a la inestabilidad de los derechos. El resultado práctico del criterio jurisprudencial se traduce en la necesidad en que queda colocado el tercero que adquirió del heredero, de *reinscribir* el título traslativo, una vez que el heredero haya obtenido la posesión efectiva y practicado las inscripciones del caso. Y este procedimiento de reinscripción, se agrega, carece de base legal y puede dar origen a una cadena paralela de inscripciones.

Sin embargo, se sostiene que desde el momento que el art. 696 alude a “la posesión efectiva del respectivo derecho”, es decir del *derecho de dominio*, que no se adquiere mientras no se verifiquen las inscripciones, no se excluye la posibilidad de que se adquiera *la posesión* de la cosa, de manera que la inscripción en favor del tercero hecha sin haberse efectuado previamente las inscripciones del art. 688, no es del todo ineficaz, pues conferiría la posesión del inmueble, con lo que podría adquirirse por prescripción si pasa el tiempo y los herederos no practican las inscripciones del art. 688.

Otra solución que se desprendería de los principios generales, sería que la enajenación del heredero en favor del adquirente estaría viciada de nulidad relativa, porque se habrían omitido ciertos requisitos (las inscripciones del art. 688) prescritos por la ley en consideración a la *calidad* de heredero de quien enajena. Esta nulidad se sanearía con la confirmación o ratificación del heredero, de la tradición efectuada, mediante el cumplimiento de las inscripciones del art. 688. Para el orden del registro, bastaría una simple anotación marginal que aluda a la ratificación, hecha en la inscripción confirmada. Con esta solución, no sería necesaria la reinscripción.

Pero la tesis de la nulidad relativa como sanción a la infracción del art. 688 ha sido impugnada, ya que dicha nulidad se sana a los 4 años, mientras que del tenor del art. 688 se desprende que la falta de inscripciones hereditarias *jamás se sana*, pues el precepto señala que el heredero no puede disponer en manera alguna de los inmuebles hereditarios, *mientras* no procedan las inscripciones hereditarias.

En la práctica, cuando se detecta que los herederos han enajenado un inmueble sin haber cumplido con las normas preceptuadas en el art. 688, no queda otra vía que proceder a resciliar el contrato, y celebrar uno nuevo, pero sólo después de haber practicado las inscripciones hereditarias.

4.- Inscripción del legado de un inmueble.

Los legados pueden ser, conforme a lo ya hemos expuesto, de especie o cuerpo cierto y de género. El legatario *de especie* adquiere el dominio de la cosa legada directamente del causante, por el modo *sucesión por causa de muerte* y sin necesidad de inscripción, en el momento del fallecimiento del testador, salvo si su asignación fuere condicional (arts. 588, 951, 956 y 1338, inc. 1º). El legatario *de género*, por el contrario, sólo obtiene un crédito contra él o los herederos obligados a pagarle su legado. No adquiere el dominio de la cosa por sucesión por causa de muerte, sino en virtud de la *tradición* que le hace el heredero o los herederos. Cabe indicar que incluso es posible un legado de género sobre inmueble (por ejemplo, el testador ordena dar uno cualquiera de los 50 lotes que componen una subdivisión de un predio de mayor extensión; o uno cualquiera de los 30 departamentos de un edificio determinado, que pertenece en su integridad al causante).

El legatario de género puede disponer de su crédito (de su “derecho al legado”, siguiendo las expresiones del art. 1909), sin esperar a que se efectúe inscripción alguna, aunque lo legado sea un inmueble indeterminado y de acuerdo al art. 580 sea un crédito inmueble. Ello, porque las inscripciones del art. 688 sólo se exigen *a los herederos*.

Cuando esté determinado quienes son los herederos y exigible que sea el crédito (según las cláusulas del testamento y las reglas del pago de los legados), el legatario o el adquirente de su derecho, si el legatario se lo hubiere cedido, podrá exigir a todos los herederos (o al que fue gravado con la carga de pagar el legado) que lo cumplan, es decir, que se le entregue, en tradición, una cosa del género respectivo. Si es un inmueble, será necesario, para los herederos, obtener la posesión efectiva, inscribirla y practicar la inscripción especial de herencia. Ello, porque son los herederos los dueños del inmueble, sin perjuicio que se encuentran obligados a transferirlo al legatario. Como esa entrega constituye tradición, debe efectuarse inscripción. En cuanto al título traslativo de dominio que ha de servir como antecedente al legatario, en principio podría estimarse que es el testamento, pero en él no se señaló un inmueble determinado. Entonces, el antecedente inmediato será el acuerdo entre herederos y legatario por el cual aquellos, en cumplimiento de la obligación de entregar un inmueble, que asumieron al aceptar la herencia, proponen al legatario la entrega de un inmueble determinado y éste acepta. Tal acuerdo, dado que conduce a la transferencia de un inmueble, a una tradición que debe efectuarse por inscripción, deberá constar por escritura pública. Además, debe destacarse que la obligación de los herederos es indivisible, encuadrándose en aquella prevista en el art. 1526, N° 5 del Código Civil. Por ende, como expresa Alex Zúñiga, “será necesario que los herederos se entiendan para hacer la entrega, tomando en consideración que el cumplimiento por parcialidades podría ocasionar un grave perjuicio al acreedor, es decir, al legatario”.¹⁰²

En cuanto al legatario *de especie*, y si tal especie es un inmueble, debemos distinguir para tratar el tema con relación al art. 688, entre la inscripción a nombre del legatario y la disposición que éste efectúe después a favor de un tercero:

a) Para *adquirir* el dominio, el legatario de especie no requiere inscripción, sin perjuicio de la conveniencia de la misma. ¿Cómo proceder a esta inscripción? La doctrina está dividida. i.- Doctrina que sostiene que basta con exhibir el testamento judicialmente reconocido, para requerir la inscripción del inmueble legado.

¹⁰² Zúñiga Tejos, Alex, ob. cit., p. 355.

Una opinión, cuyo principal expositor es Luis Claro Lagarrigue,¹⁰³ estima que el legatario puede requerir la inscripción comprobando el fallecimiento del testador y acreditando el pago del impuesto que grava su asignación y exhibiendo copia del testamento judicialmente reconocido. Esta última exigencia se explica, según esta posición, porque ese reconocimiento confiere verosimilitud a las pretensiones del legatario, teniendo presente que está actuando con prescindencia de los herederos, en especial en cuanto a que el legado no fue revocado. A juicio de Luis Claro Lagarrigue, los arts. 866 y siguientes del Código de Procedimiento Civil facultarían al legatario para obtener el reconocimiento judicial del testamento. Afirman quienes siguen esta posición, que la inscripción del legado a nombre del legatario podría realizarse aunque el testamento no estuviere previamente inscrito; pero agregan que está más conforme con el espíritu del Registro Conservatorio que primero se haga la inscripción del testamento y después la del inmueble legado a nombre del legatario. Finalmente, sostienen que si bien la Ley de Impuesto a las Herencias establece que los herederos o el albacea no pueden proceder a la entrega de legados sin deducir o exigir previamente la suma que se deba por concepto del referido impuesto, en ninguna parte impone que la entrega deba hacerse por escritura pública.¹⁰⁴

ii.- Doctrina que sostiene que es necesario otorgar una escritura pública de entrega del legado.

A juicio de esta doctrina, los legatarios de bienes raíces no pueden inscribir a su favor el inmueble legado con la sola presentación del testamento judicialmente reconocido. Se aducen las siguientes razones:

i) Por lo general, el testador señala el inmueble legado con designaciones insuficientes para inscribir el dominio exhibiendo sólo el testamento (por ejemplo, suele omitir los linderos del predio).

ii) El testamento no es un título indiscutible del derecho del legatario de un inmueble, porque el legado está sujeto a contingencias: arts. 1119 (variaciones experimentadas en el inmueble) y 1362 (responsabilidad subsidiaria de los legatarios ante los acreedores del causante).

iii) Los arts. 1374 (las asignaciones hereditarias se pagan antes que los legados) y 959 (deducción de las bajas generales de la herencia, antes de pagar las asignaciones hereditarias y testamentarias) vienen a confirmar que el legado no es inmediatamente exigible.

iv) La escritura pública otorgada por el albacea o los herederos acredita que el derecho del legatario es definitivo.

v) El Conservador de Bienes Raíces sólo puede inscribir títulos auténticos.

vi) Los arts. 1290 y 1292, en el mismo sentido, se refieren al “pago” de los legados, como un acto que debe efectuar el albacea o los herederos.

vii) Finalmente, la Ley de Impuesto a las Herencias (art. 54), dispone que los Conservadores no podrán inscribir adjudicaciones de bienes raíces hereditarios sin que se hubiere pagado el impuesto o asegurado el pago.¹⁰⁵

Procederá entonces otorgar escritura pública por los herederos o por el albacea, que acredite que el derecho del legatario es definitivo. Si se sigue esta tesis, a la que se ha

¹⁰³ Claro Lagarrigue, Luis, *Los legados en general*, Santiago de Chile, Imprenta Dirección General de Prisiones, 1939, pp. 206 y ss.

¹⁰⁴ Zúñiga Tejos, Alex, ob. cit., pp. 357 y 357.

¹⁰⁵ Zúñiga Tejos, Alex, ob. cit., p. 357.

inclinado la jurisprudencia, para otorgar la escritura pública bastará inscribir la resolución que otorgue la posesión efectiva (que declara quienes son los herederos), sin que corresponda practicar la especial de herencia, porque el bien legado como especie o cuerpo cierto no pertenece a los herederos, a diferencia de lo que acontece con el legado de género. Por lo mismo, no están “*disponiendo*” de él, puesto que sólo son meros tenedores. No se les aplica por ende el art. 688, N° 2.

El profesor Alex Zúñiga controvierte estos argumentos, señalando al efecto, entre otras razones:

i) En cuanto a que el testamento no es indiscutible, porque está sometido a eventualidades, por lo que se podrían vulnerar legítimas y mejoras: “Este argumento lleva implícito el hecho de que si el testador no ha respetado las asignaciones forzosas, los herederos no deben hacer la ‘entrega del legado’. Esta argumentación jurídicamente no es correcta, porque el si el testador no hubiere respetado las asignaciones forzosas, el medio que tienen los herederos para impugnar el testamento –haciendo valer sus derechos- no es el de retener *materialmente* el bien, negándose a hacer la ‘entrega’ del inmueble (si esta fuere necesaria), ya que esto implicaría hacer justicia por propia mano, situación impensable en un estado de derecho. Por lo demás, debemos recordar que el legatario de una especie o cuerpo cierto ha adquirido el dominio por sucesión por causa de muerte, por lo que una negativa a este traspaso material niega el derecho que ya tiene el legatario sobre el inmueble. Por lo tanto, la forma en que los herederos deberían impugnar un testamento con estas características es a través de una acción de reforma de testamento, pudiendo impetrar medidas conservativas referidas al predio legado y no negándose a la entrega y reteniendo arbitrariamente el inmueble, como sostiene la última doctrina”.

ii) “El análisis de esta refutación necesariamente debemos engarzarlo con la cuarta objeción antes planteada, esto es, que la escritura pública de entrega suscrita por el albacea o herederos acredita que el derecho del legatario es definitivo. Para contradecir este argumento debemos imaginar el siguiente caso: los herederos hacen entrega del legado de buena fe y luego se percatan que se han vulnerado las asignaciones forzosas, puesto que no se alcanzan a pagar las legítimas y la cuarta de mejor, ¿quiere decir que no podrían ejercitar la acción de reforma de testamento porque previamente habían suscrito la escritura de entrega del legado? No es sustentable; primero, porque no existe norma jurídica que permita fundamentar tal tesis; segundo, menos darle un carácter de *conducta vinculante* a la simple entrega de un bien que en el testamento se le lega a una persona y –recordemos- que ha adquirido el dominio por sucesión por causa de muerte. Sin embargo, si aceptáramos por un instante la lógica de que esa entrega pudiera ser considerada como una ‘conducta vinculante’ nos encontramos ante el siguiente dilema: si con posterioridad a la escritura de entrega apareciere un heredero que no había sido reconocido como tal, ¿acaso él debería respetar la entrega hecha por los otros herederos y, en consecuencia, no podría ejercitar las acciones que en derecho pudiera tener? Nuestra respuesta es negativa, porque aquel heredero no fue parte de aquella ‘escritura de entrega’, por lo que podría interponer todas las acciones que el ordenamiento jurídico le provea para proteger sus intereses en la sucesión. Luego, si volvemos sobre la pregunta antes planteada (de que el testador vulneró las asignaciones forzosas) agregando esta nueva situación, ¿es dable sostener que este heredero sí pueda interponer acciones contra el legatario, mientras que los demás herederos no puedan, porque hicieron una escritura de entrega del legado? Sostenemos que no se le puede dar tanto valor a una escritura que la ley en ninguna parte exige y sólo es un mero formalismo que por inercia se ha utilizado por algunos conservadores y notarios”.

iii) “Por otra parte, respondiendo a la objeción de que los acreedores se podrían ver perjudicados en las deudas hereditarias si el legatario inscribiera el bien directamente sin que los herederos hicieran una escritura pública de entrega ¿quiere decir que los acreedores –de mediar dicha escritura- no podrían dirigirse en contra del legatario para cobrar sus créditos, si con los bienes recibidos por los herederos no alcanzar a pagarse? No existe norma alguna que diga algo semejante (siquiera la sola lógica), más bien, tenemos normas en sentido contrario que dejan de manifiesto la responsabilidad subsidiaria de los legatarios, conforme al artículo 1104 del Código Civil y que, por lo tanto, permiten a los acreedores que puedan dirigirse contra estos cuando con los bienes dejados a los herederos no alcanzan a ser íntegramente pagados”.

iv) “A propósito de los artículos 1374, 1290 y 1292, en relación con el 959 del Código Civil, que señalan que el ‘pago’ de los legados debe hacerse por los herederos o el albacea, debemos precisar que si a la palabra *pago* se le quiere dar su carácter técnico restringido – como lo estaría tomando la posición contraria-, sólo se debería aplicar al legado de género, porque en este tipo de asignaciones a título singular se requiere de un verdadero pago, que se cumple con la tradición, puesto que el albacea o los herederos son quienes deben singularizar aquel crédito, entregando individuos en una cantidad y género debidos, con una calidad a lo menos mediana, como lo establece el artículo 1114 del Código Civil, y sólo desde ese momento el legatario se hace dueño del bien. Recordemos que en las *obligaciones de dar* el pago se cumple a través de la tradición, por lo que visto desde la perspectiva de la clasificación de los legados se requiere de un ‘pago’ únicamente en los legados de género, toda vez que el legatario de especie o cuerpo cierto es dueño del inmueble desde el fallecimiento del causante y lo adquirió por sucesión por causa de muerte, como lo hemos señalado anteriormente. A mayor abundamiento, al legatario de especie no se le puede ‘pagar’ lo que ya era de él, menos por personas –como los herederos- que tienen la calidad de meros tenedores respecto del bien, como lo ha sostenido la jurisprudencia. Por lo tanto, vistas así las cosas, los artículos 1290, 1292 y 1374 sólo son aplicables a los legados de género y no a los de cuerpo cierto. Esta aseveración se ve confirmada por el inciso segundo del artículo 1290 del Código Civil, que señala que los herederos pueden por sí mismos hacer la entrega del legado y satisfacer al albacea con las respectivas cartas de pago. Por lo anterior, cabe hacer la siguiente pregunta: ¿qué ocurre si los herederos hacen entrega de las llaves del bien al asignatario para que pueda entrar en la detentación material del inmueble –y como este tiene título- solicita la inscripción? ¿Es lógico pensar que además se debe hacer una escritura de entrega del respectivo legado? Se nos presenta como innecesario, atendido a que tiene la detentación material y, con la inscripción, la posesión jurídica”.

v) “*En cuanto a que en los testamentos no se singularizan en forma correcta los legados.* Creemos que esta afirmación es de naturaleza relativa, pues corresponde a una cuestión de hecho que dependerá de la forma como está redactado cada testamento. Por consiguiente, si contiene todos los datos para solicitar una inscripción, no se divisa cuál sería el inconveniente para que el Conservador procediera a inscribir”.

vi) “*En cuanto a que los instrumentos auténticos son los únicos que puede inscribir el Conservador.* Respecto de esto, debemos hacer una distinción entre testamentos solemnes y privilegiados. Entre los primeros, encontramos al abierto y al cerrado. Tratándose del abierto que se ha otorgado ante notario público y tres testigos es una escritura pública, que *de suyo* sirve para solicitar la ejecución del mismo, así como para inscribir el inmueble a nombre del legatario. Entonces, puesto que es un instrumento auténtico no existe objeción

alguna en relación con este tipo de testamentos. En cuanto a los testamentos abiertos otorgados en hoja suelta ante funcionario público y que se ha protocolizado, o uno ante cinco testigos y que se han cumplido los trámites que la ley exige, especialmente en cuanto a la publicación y protocolización, el artículo 420 del Código Orgánico de Tribunales los considera instrumentos públicos. Cabe recordar que lo que se presenta es una copia de toda la diligencia de protocolización dada por el notario, a petición de parte interesada. Por tanto, si se presenta en los términos planteados para que se practique la inscripción, el Conservador no debiera presentar reparos para hacerlo. Por su parte, tratándose de un testamento cerrado en que se cumple con la apertura y protocolización, el artículo 420 número 1 del Código Orgánico señala que adquiere el carácter de instrumento público. En consecuencia, debemos concluir lo mismo que en el caso anterior. Finalmente, tratándose de los privilegiados, el artículo 870 del Código de Procedimiento Civil reenvía en cuanto a la apertura, publicación y protocolización de estos a las normas del Código Civil, que relacionado con el artículo 420 del Código Orgánico, se infiere que una vez protocolizado es un instrumento público. De todo lo anterior, podemos señalar que el legatario tendría instrumento auténtico para solicitar la inscripción”.

vii) *“En cuanto a que la ley de impuesto a la herencia dispondría que no se pueden hacer escrituras de adjudicación de bienes hereditarios, sino cuando se haya pagado o asegurado el pago de los impuestos. Si bien pudo significar en el pasado un argumento para sostener la necesidad de la ‘escritura pública de entrega del legado’, con el artículo 50 bis, que fue agregado a la Ley 16.271, despejó toda duda, señalando al respecto: ‘Cada asignatario debe declarar y pagar el impuesto que grava su asignación’. Por tanto, el legatario que paga su impuesto –si está afecto- acompañando el testamento y el certificado de defunción puede solicitar la inscripción sin que sea necesaria escritura alguna de parte de los herederos”.*

viii) *“Por otra parte, adelantándonos a un problema que se podría plantear –y así exigir la escritura de entrega- es atendiendo a que no se sabe si está vigente el testamento que establece el legado. Ante esto podemos hacer las siguientes refutaciones. En primer lugar, ese problema está contemporáneamente solucionado –y para el futuro- con el Registro Nacional de Testamentos, donde se lleva una descripción de todos los testamentos otorgados, por lo que se puede saber cuál ha sido el último testamento de una persona. En segundo lugar, se podría pensar que el problema persistiría tratándose de los testamentos anteriores a este Registro,¹⁰⁶ o frente a aquellos otorgados sólo ante testigos. Lo anterior no es un buen argumento, porque con la escritura de entrega del legado tampoco se solucionan las complicaciones que se podrían verificar. Esto es así porque si este tipo de testamentos había sido efectivamente revocado, los que concurrieren en calidad de herederos a suscribir la entrega muchos de ellos –si no todos- también podrían haber dejado de ser asignatarios, razón por la cual esa escritura no tendría valor alguno. Por el contrario, si los herederos abintestato son los mismos que concurrieron a suscribir la escritura, y luego se prueba que había sido revocado el testamento ¿sería algún obstáculo para que ellos mismos puedan ejercer la acción reivindicatoria –si son los beneficiarios- o si es un tercero el favorecido, para que pueda interponer la acción que corresponda? La respuesta es una sola: no existe razón jurídica ni lógica para hacer este tipo de aseveración”.*

¹⁰⁶ El Registro Nacional de Testamentos, al que aludiremos más adelante, comenzó a regir el 10 de abril de 2004. Por ende, todos los testamentos otorgados ante Notario Público a partir de esa fecha o aquellos que se protocolicen en una Notaría después de dicha data, figuran en este Registro.

Concluye el profesor Zúñiga afirmando que “Por todos los argumentos que hemos revisado, podemos concluir que tratándose de un legado de especie o cuerpo cierto la ‘escritura de entrega del legado’ es innecesaria, y que no es una *condictio sine qua non* para que el Conservador proceda a la inscripción, o para que en un estudio de títulos se considere a un inmueble como ‘no conforme a derecho’ porque no se realizó la entrega mediante ese instrumento”.¹⁰⁷

En cuanto a lo jurisprudencia reciente, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 5 de julio de 2016, Rol N° 1796-2016, confirmó el fallo de 4 de enero de 2016, del 6° Juzgado Civil de Santiago, Rol V-174-2015, en virtud del cual se rechazó solicitud presentada ante negativa del Conservador de Bienes Raíces de Santiago de inscribir el legado de un inmueble, concluyéndose que resultaba necesario que se hiciera entrega del legado mediante escritura pública. Este criterio jurisprudencial, en consecuencia, confirma la primera doctrina.

Un esquema de escritura de entrega de legado, sería la que sigue:¹⁰⁸
“REPERTORIO N° _____

ENTREGA DE LEGADOS

_____ Y OTROS

A

En Santiago de Chile, a _____ de _____ de dos mil _____, ante mí, _____, Abogado, Notario Público, Titular de la _____ Notaría de Santiago, con oficio en calle _____ número _____, comparecen: don _____, chileno, casado, empresario, cédula de identidad número _____, domiciliado en _____ número _____, comuna de _____, Región _____; don _____, chileno, soltero, periodista, cédula de identidad número _____, domiciliado en calle _____ número _____, comuna de _____, Región _____; don _____, _____,

¹⁰⁷ Zúñiga Tejos, Alex, ob. cit., pp. 358-364.

¹⁰⁸ Advertencia: éste es un modelo genérico para uso exclusivamente académico y para su estudio por los alumnos de Derecho, y, por tanto, sólo se alude en él a las principales cláusulas que debe contener una escritura pública de entrega de legado, sin extenderse a otras declaraciones que deban hacerse en cada escritura en particular, conforme lo exijan las circunstancias del caso concreto de que se trate. Por lo tanto, deberá solicitarse la asesoría de un abogado para la redacción de una escritura pública de entrega de legados que posteriormente será presentada al Conservador de Bienes Raíces competente, al Servicio de Registro Civil e Identificación o ante otra entidad, para su inscripción.

_____, _____, cédula de identidad número _____, del mismo domicilio anterior; doña _____, chilena, viuda, dueña de casa, cédula de identidad número _____, del mismo domicilio anterior; don _____, chileno, soltero, estudiante, cédula de identidad número _____, domiciliado en Avenida _____ número _____, comuna de _____, Región _____, por una parte; y por la otra, doña _____, chilena, soltera, comerciante, cédula de identidad número _____, del mismo domicilio anterior, los comparecientes mayores de edad, quienes acreditan identidades, con las cédulas mencionadas y exponen: PRIMERO: Con fecha _____ de _____ de dos mil _____, falleció en _____, don _____. La defunción se inscribió con fecha _____, bajo el número _____ del Servicio de Registro Civil e Identificación, Circunscripción _____. SEGUNDO: Don _____, falleció bajo el imperio de su testamento abierto, otorgado en la Notaría de _____ de don (doña) _____, otorgado con fecha _____ de dos mil _____, el que se inscribió bajo el número _____ en el Registro Nacional de Testamentos del Servicio de Registro Civil e Identificación y a fojas _____ bajo el número _____ del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de _____, correspondiente al año dos mil _____. TERCERO: La posesión efectiva se otorgó por decreto de fecha _____ de dos mil _____, otorgado por el _____ Juzgado Civil de _____, el que se inscribió a fojas _____ bajo el número _____ del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de _____, correspondiente al año dos mil _____. CUARTO: En la cláusula _____ del referido testamento, el causante, don _____, instituyó como legataria a doña _____, en los siguientes bienes: A) El bien raíz ubicado en Avenida _____ número _____, de la comuna de _____, Región _____, que deslinda según sus títulos: Al Norte, _____; Al Sur, _____; Al Oriente, _____; y Al Poniente, _____ Don _____ adquirió este inmueble por tradición, a la que le sirvió de título el contrato de compraventa celebrado por escritura pública de fecha _____ de _____ de dos mil _____, otorgada en la Notaría de _____ de don _____, Repertorio número _____. El inmueble se encuentra inscrito a nombre del testador a fojas _____ bajo el número _____ del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de _____, correspondiente al año dos mil _____. Su Rol de Avalúo Fiscal es el _____ de la

Comuna de _____ B) El automóvil marca _____, modelo _____, año de fabricación dos mil _____, color _____, placa única _____, año dos mil _____, número de motor _____, chasis número _____. C) Derechos equivalentes a un _____ por ciento del capital social, en la sociedad “_____ Limitada”, inscrita a fojas _____ bajo el número _____ del Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de _____, correspondiente al año dos mil _____. QUINTO: Por el presente instrumento, don _____, don _____ y don _____, todos de apellidos _____, doña _____ y don _____, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula _____ del testamento, ya singularizado, vienen en hacer entrega de los bienes y derechos singularizados en las letra A), B) Y C) de la cláusula _____ precedente a doña _____, quien los acepta y adquiere para sí en el estado en que actualmente se encuentran. SEXTO: Las partes comparecientes se otorgan el más amplio y completo finiquito, renunciando desde ya, a las acciones que pudieren corresponderles con motivo de la presente entrega de legado. SÉPTIMO: Para todos los efectos legales, las partes fijan domicilio en la ciudad de _____ y se someten la competencia de sus tribunales Ordinarios de Justicia. OCTAVO: Se faculta al portador de copia autorizada de esta escritura pública para requerir en el Conservador de Bienes Raíces competente y en el Servicio de Registro Civil e Identificación, todas las inscripciones, subinscripciones y anotaciones que en Derecho sean procedentes. NOVENO: Se deja constancia que el impuesto previsto en la Ley número dieciséis mil doscientos setenta y uno, fue pagado con fecha _____ de _____ de dos mil _____, según se acredita con documento que se inserta al final de esta escritura, lo que se aprobó por resolución del _____ Juzgado Civil de _____, de fecha _____ de _____ de dos mil _____. En comprobante y previa lectura, firman los comparecientes conjuntamente con el funcionario de esta Notaría don _____. Se da copia. Se deja constancia que la presente escritura se anotó en el repertorio con el número _____” (insertar, según corresponda, certificados de matrimonio, certificado de deuda de la Tesorería General de la República, certificado de pago de impuesto a las herencias, donaciones y asignaciones, etc.).

b) En cuanto a *disponer* por el legatario del inmueble legado, también han surgido discrepancias:

i.- Doctrina que sostiene que es requisito previo inscribir el inmueble legado, a nombre del legatario.

Se ha sostenido que el título del legado es el testamento y que la obligación de inscribir el legado, es un requisito previo para disponer de la especie, obligación que estaría implícita en la siguiente relación de disposiciones: según los arts. 688 del Código Civil y 55 del Reglamento, deben inscribirse la posesión efectiva y el testamento, si la sucesión fuere testada; y conforme a los arts. 691 del Código Civil y 79 del Reglamento, la inscripción del

testamento debe incluir la fecha del otorgamiento, la individualización del testador y de los herederos o legatarios que solicitaren la inscripción, expresando sus cuotas o los respectivos legados.

ii.- Doctrina que sostiene que el legatario puede disponer del inmueble legado, sin necesidad de inscribir previamente el inmueble a su nombre.

Los que sostienen esta doctrina, estiman que no es necesaria la inscripción; no la exige el art. 688 (que se refiere sólo al heredero) ni ningún otro precepto. Además, el art. 691 sólo dispone qué menciones tendrá la inscripción testamentaria, pero no exige que el legatario tenga que inscribir para disponer de la cosa legada. Por lo demás, la inscripción del testamento sólo se practica, de interpretar restringidamente el art. 688 N° 1, en el Registro donde se inscribe el auto de posesión efectiva, con lo cual la inscripción del inmueble legado, como hipotético requisito previo para disponer de él, ni siquiera serviría para mantener la historia del predio legado, cuando está situado en lugar distinto del domicilio del testador, en el que se inscribieron la posesión efectiva y el testamento (este argumento se ha debilitado, pues la mayoría de los Conservadores, antes de efectuar la inscripción especial de herencia, inscriben también nuevamente el auto de posesión efectiva y el testamento).

En la práctica, sin embargo, cuando el legatario de la especie inmueble quiera enajenarla, tendrá que efectuar la tradición en favor de un tercero, y para ello, tendrá que inscribir el inmueble previamente a su nombre, porque el Conservador podrá negarse a inscribir a nombre del que adquirió del legatario, amparándose en su negativa en el art. 14 del Reglamento (puesto que se trataría de inscribir un título que no emana de quien aparece -según el Registro- como dueño o actual poseedor). Vemos entonces que si bien el legatario es dueño (pues adquirió por sucesión por causa de muerte), registralmente no aparece como tal. Como concluye la doctrina, la inscripción previa no se justifica en el Derecho, pero sí en el aspecto formal de la organización del Registro.

CAPITULO V: INCAPACIDADES E INDIGNIDADES PARA SUCEDER.

1.- Requisitos para suceder por causa de muerte.

Debemos estudiarlos desde dos puntos de vista: *objetivo* y *subjetivo*. Desde un punto de vista objetivo, son las calidades y circunstancias que deben concurrir en las propias asignaciones por causa de muerte, para ser válidas (por ejemplo, un testamento que adolece de nulidad a consecuencia de la fuerza ejercida sobre la voluntad del testador). Desde un punto de vista subjetivo, son las calidades y circunstancias que deben concurrir en el sujeto beneficiado con la asignación hereditaria.

Tres requisitos debe reunir el asignatario:

- 1.- Debe ser capaz de suceder.
- 2.- Debe ser digno de suceder.
- 3.- Debe ser persona cierta y determinada (art. 1056 del Código Civil)

Estudiaremos por el momento los dos primeros requisitos subjetivos (aplicables en la sucesión testada e intestada), mientras que el tercero subjetivo así como los objetivos, serán tratados en el marco de las asignaciones testamentarias.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 117.

2.- Capacidad para suceder por causa de muerte.

2.1. Concepto.

La regla general es que todas las personas son capaces para suceder. La capacidad para suceder es la aptitud de una persona para recibir asignaciones por causa de muerte: art. 961 del CC.: “Será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna”.

Por lo demás, se trata del mismo principio general consagrado en el art. 1446 del CC., respecto de la capacidad en general.

En consecuencia:

- a) Las incapacidades para suceder son una excepción y por ende debemos interpretarlas de manera estricta, excluyéndose toda interpretación extensiva o analógica.
- b) Quien invoque la existencia de una incapacidad para suceder, debe probarla.

2.2. Causales de incapacidad para suceder.

Cinco son las incapacidades para suceder:

- a) No existir al momento de abrirse la sucesión.
- b) Falta de personalidad jurídica.
- c) Haber sido condenado por el crimen de “dañado ayuntamiento”.
- d) La del eclesiástico confesor.
- e) La del notario, testigos del testamento y ciertos parientes del primero y sus dependientes.

- a) No existir al momento de abrirse la sucesión.

Dispone el art. 962 del Código Civil: “Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 957, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado. / Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición. / 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 diez años subsiguientes a la apertura de la sucesión. / 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”.

Esta norma debemos relacionarla con el art. 77 del Código Civil, que establece: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.

Podemos observar las siguientes reglas que se desprenden de ambos preceptos:

- i.- Por regla general, es necesario que el asignatario exista al tiempo de abrirse la sucesión.

Se justifica la causal de incapacidad, porque quien no existe no es persona, y quien no es persona no puede ser titular de derechos.

¿Qué existencia es ésta a la que se refiere el art. 962? Puesto que el legislador no distingue, se trata tanto de la existencia natural como de la existencia legal. De ahí que sea necesario vincular el precepto con el art. 77.

Lo anterior es de toda lógica, *puesto que se es persona desde el momento mismo en que se produce la concepción.*

Por ende, si al tiempo de abrirse la sucesión el llamado a la sucesión fuere la persona denominada *nasciturus*, se cumplirá la exigencia del art. 962, y de paso, respetaremos lo preceptuado en el art. 77.

De esta manera, para suceder no es necesario tener existencia legal; basta con la existencia natural, es decir, es suficiente que la criatura esté concebida. Así lo pone de manifiesto el art. 77 del Código Civil, al aludir a los llamados derechos eventuales de la criatura que está por nacer. Si la criatura que estaba concebida al momento de la apertura de la sucesión nace pero su nacimiento no constituye un principio de existencia de acuerdo al art. 74, inc. 2 del Código Civil, nada adquiere en definitiva. En cambio, si el nacimiento constituye un principio de existencia, se consolidan los derechos adquiridos estando en el vientre materno.

ii.- Situación cuando opera el derecho de transmisión.

Debemos tener presente también, la hipótesis de suceder por derecho de transmisión a que se refiere el art. 957 del Código Civil, pues en ella bastará existir al momento de abrirse la sucesión del transmitente o transmisor.

iii.- Situación cuando se trata de un asignatario condicional.

El art. 962, en su inc. 2º, se refiere a esta situación. Puesto que el asignatario condicional sólo adquiere su asignación al cumplirse la condición, es lógico que exista en ese momento. En armonía con lo anterior, el art. 1078, inc. 2 del Código Civil establece que si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, ningún derecho transmitirá a sus herederos.

En esta tercera hipótesis, en rigor el asignatario debe existir en dos momentos: al abrirse la sucesión y al cumplirse la condición (por ello, el art. 962 emplea la frase “será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición”. La voz “también”, quiere decir que se requiere la existencia en ambas oportunidades.

¿En qué plazo debe cumplirse la condición? Habría que considerar, primero, el plazo fijado por el testador. Si no hubiere fijado plazo, nos encontraríamos ante una condición suspensiva y positiva sin plazo. En este caso, se han planteado dos opiniones en la doctrina: una, considera que la condición debe cumplirse en el plazo de cinco años (fundada en el art. 739, en las normas de la propiedad fiduciaria). Otra, estima que la condición debe cumplirse en el plazo de diez años (fundada en el art. 2511, en las normas de la prescripción). Una sentencia de la Corte Suprema de 5 de octubre de 2017, autos Rol Nº 32.874-2016, concluye en estos términos: “Séptimo: Que, la ausencia de una norma de carácter general que establezca un plazo para entender fallida una condición suspensiva, cuando las partes no lo han previsto, ha llevado a la doctrina civil clásica a aplicar por analogía –con buen criterio– el término de cinco años establecido en el artículo 739 del Código Civil, en materia de fideicomiso”. Se encuadra por ende en la primera doctrina.

iv.- Situación de la persona que no existe, pero se espera que llegue a existir.

Excepcionalmente, la ley permite suceder sin tener existencia natural. Se trata del caso de las asignaciones hechas a personas que no existen, pero se espera que existan: art.

962, inc. 3 del Código Civil. La asignación será válida, siempre y cuando la persona llegue a existir dentro de los 10 años, contados desde la apertura de la sucesión.

Así, por ejemplo, el testador podría instituir un legado sobre un capital, en favor del primero de sus nietos, y al fallecer, aún no tenía la calidad de abuelo.

v.- Situación de la persona a quien se deja una asignación en premio de servicios.

Estas asignaciones valen, con la misma limitación del caso anterior, esto es, que lleguen a existir en el plazo de 10 años: art. 962, inc. 4.

Ejemplo clásico de lo anterior, es aquel legado dejado por quien muere de una enfermedad hasta ese momento incurable, para aquel que descubra una cura contra dicha enfermedad.

En los dos últimos casos, se explica el plazo de 10 años, dado que es el término máximo por el cual se consolidan todas las situaciones jurídicas.¹¹⁰

Cabe preguntarse qué explica que la ley sólo establezca un plazo de diez años, para el caso de aquella persona a quien se deja una asignación en premio de un servicio, en cuanto ella pueda no haber existido al momento de fallecer el causante. Como es obvio, es absurdo considerar que tal persona efectivamente no haya existido al momento en que muere el causante, pues resulta imposible que un niño de menos de diez años proporcione el servicio que permite reclamar el premio. La explicación es la siguiente: en el Código originario, del año 1855, el art. 962 establecía un plazo de treinta años. Siendo así, era plausible que al fallecer el causante el asignatario aún no hubiere nacido. Dicho plazo disminuyó a quince años por la Ley N° 6.162, de 28 de enero de 1938, y después a diez años, por la Ley N° 16.952, de 1 de octubre de 1968 y que comenzó a regir el 1 de octubre de 1969.

Por lo tanto, la frase final del art. 962 “aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador”, ha perdido toda significación.

b) Falta de personalidad jurídica.

Dispone el art. 963 del Código Civil: “Son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas. / Pero si la asignación tuviere por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta, valdrá la asignación.

Hay en verdad una íntima relación entre los arts. 962 y 963 del Código Civil, puesto que en el fondo establecen la misma regla, el primero para las personas naturales y el segundo para las jurídicas

El inc. 2° del art. 963 del Código Civil establece una excepción, cuando se trata de asignaciones que tienen por objeto la creación de una fundación. Es el caso, muy frecuente, de las fundaciones que se crean por testamento. La asignación viene a ser un verdadero derecho eventual, sujeto a un hecho futuro e incierto, que consiste en la constitución legal de la fundación, es decir, la obtención de personalidad jurídica.

En Chile, el caso de mayor nombradía correspondió a la fundación “Federico Santa María”, creada gracias a que el empresario chileno del mismo nombre radicado en París, hábil especulador del mercado del azúcar en Europa y Estados Unidos, dejó su cuantiosa fortuna para tal objeto, en su testamento otorgado en 1920. Santa María falleció en 1926, soltero y sin hijos, y su testamento originó una polémica jurídica que tuvo repercusión

¹¹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 118-120.

nacional y se mezcló con cuestiones de índole política. Ello, porque el testador designó a cuatro albaceas. Uno de ellos renunció, pero los otros tres se autocalificaron como “herederos modales”. En palabras de Gonzalo Vial Correa, tales albaceas alegaron la aludida calidad jurídica, afirmando que el testador los había investido “como tales para que cumpliesen una voluntad suya –‘un modo’, legalmente hablando- con el gasto necesario al efecto. Este gasto, según era natural, lo pagaría el haber del difunto; el saldo o sobrante de los bienes, se lo apropiarían los herederos-albaceas. Estimaron ellos mismos sumar dicho saldo aproximadamente diecisiete millones de pesos (425.000 libras oro) -5.6 millones y pico por cabeza- y se los hicieron pagar. La cantidad representaba aproximadamente un 30% del líquido que, a la postre, recibiría la Fundación creada para cumplir los sueños educativos ordenados en el testamento de don Federico, que llevó su nombre”. El Defensor de Menores, Ausentes y Obras Pías de Valparaíso, “demandó vigorosa y sarcásticamente a los albaceas. Ellos, dijo, eran sólo eso, albaceas, y no herederos. La única y universal heredera de don Federico y así denominada por su testamento, era la Fundación Santa María. Y esto aunque todavía, entonces, no existiese, pues el caso estaba expresamente contemplado y autorizado en el Código Civil”. El gobierno de la época, maniobró asimismo en contra de los albaceas y supuestos herederos (su ministro más influyente, Pablo Ramírez, le tenía notoria inquina al albacea Agustín Edwards, Ex Ministro de Relaciones Exteriores y acaudalado propietario de “El Mercurio”, y opositor al gobierno de Carlos Ibáñez del Campo). Importantes abogados chilenos y extranjeros presentaron informes favorables a los “herederos-albaceas”, entre ellos Luis Claro Solar, Juan Esteban Montero y Arturo Alessandri Rodríguez (entre los chilenos), Georges Ripert y Henry Capitant (entre los extranjeros). Finalmente, en 1929 el pleito se transigió, restituyendo algunos de los albaceas parte de lo que habían recibido.¹¹¹ De cualquier manera, más allá de tan accidentado origen, lo cierto es que hasta nuestros días, la “Universidad Federico Santa María” es de las más prestigiosas del país, en especial en el ámbito de las ingenierías.

Se ha suscitado una controversia doctrinaria, propia del Derecho internacional privado, acerca de la capacidad para suceder de las personas jurídicas extranjeras. Se ha distinguido entre personas jurídicas de derecho público y de derecho privado. En cuanto a las primeras, se ha dicho que sería evidente que tienen tal capacidad, porque existen *de iure*, sin necesidad de que la autoridad constate que están constituidas conforme a la ley, a diferencia de las de derecho privado. Un Estado o una municipalidad extranjeros, por ejemplo, existen sin necesidad de reconocimiento de ninguna autoridad. Así lo aceptan unánimemente la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera.

Respecto a las personas jurídicas de derecho privado, la doctrina se ha dividido. Hay quienes opinan que carecen de capacidad para suceder en Chile, atendido el art. 963 del Código Civil, pues alude a “cualesquiera” que no sean personas jurídicas. Ahora bien, el art. 546 del Código Civil, sin distinguir entre personas jurídicas nacionales o extranjeras, establece que no tendrán tal calidad las que no se hayan constituido conforme a las reglas del Código. Agregan, invocando las normas que consagran entre nosotros el principio de la territorialidad, que no cabe sostener que el art. 546 del Código Civil no se aplica a las personas jurídicas extranjeras, dado que el art. 14 del Código Civil dispone que la ley rige para todos los habitantes de la República, chilenos o extranjeros; y a que el art. 16, inc. 1º

¹¹¹ Vial Correa, Gonzalo, *Historia de Chile (1891-1973)*, Volumen IV, La Dictadura de Ibáñez (1925-1931), Santiago de Chile, Editorial Fundación – Zig-Zag, 1996, pp. 232 y 233.

del Código Civil señala que los bienes situados en Chile, se rigen por nuestra ley (y es sobre tales bienes en los cuales debería hacerse efectiva la asignación).

Otros sostienen sin embargo, que resulta absurdo exigir que se constituyan en nuestro país a personas jurídicas que no ejercerán mayores actividades en Chile, sino solamente recibir una asignación. Recuerdan que la regla general es la capacidad para suceder (art. 961) y que el art. 963, siendo excepcional, no puede extenderse en su aplicación a las personas jurídicas extranjeras que no se hayan constituido conforme a la ley chilena, si el mismo art. no lo hace. Agregan que los arts. 14 y 16 no son aplicables en este caso, porque estas personas no son “habitantes” de nuestro país, ya que vienen a desarrollar una actividad totalmente transitoria, y porque, en cuanto al art. 16, él se aplica a los bienes y no a la capacidad.¹¹²

Luis Claro Solar señala que el propio art. 963, al expresar que son incapaces de suceder ciertas organizaciones “que no sean personas jurídicas”, “Indica claramente esta disposición, *a contrario sensu*, que las personas jurídicas son en general, capaces de recibir herencias o legados, puesto que si las indicadas son incapaces de recibirlos es precisamente por no tener la calidad de personas jurídicas que les permita adquirir derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente, como las personas naturales. Además el art. 1056 dispone que ‘todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada, *natural y jurídica...*’.¹¹³ Más adelante, reitera las mismas ideas: “las personas jurídicas extranjeras son, como las nacionales, capaces de adquirir herencias o legados. Así lo hemos manifestado al tratar de las personas jurídicas, refiriéndonos a las diversas clases de personas jurídicas, tanto de derecho público y ya se trate de corporaciones o fundaciones de beneficencia pública o de sociedades civiles y comerciales”.¹¹⁴

Nos parece también que la segunda doctrina es más atendible, habida cuenta de sus argumentos.

c) Incapacidad de las personas condenadas por el crimen de dañado ayuntamiento.

Establece el art. 964 del Código Civil: “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. / Lo mismo se extiende a la persona que antes de deferírsele la herencia o legado hubiere sido acusada de dicho crimen, si se siguiere condenación judicial”.

Cabe advertir que hoy, no existe el delito de “dañado ayuntamiento”. Correspondía a las figuras de adulterio, incesto y sacrilegio. De las tres figuras, sólo subsiste la segunda como ilícito penal. Los hijos de dañado ayuntamiento, es decir los nacidos de tales relaciones ilícitas, fueron también eliminados por la Ley N° 5.750 del año 1935. Se entendía por tales los hijos ilegítimos nacidos de relaciones adulterinas, incestuosas o sacrílegas (aquellos concebidos por clérigos de órdenes mayores o personas que habían

¹¹² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 120-123.

¹¹³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13°, N° 78, p. 69.

¹¹⁴ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13°, N° 81, p. 74. Se remite Claro Solar al Tomo V de su obra, De las personas, N° 2.707 y siguientes.

profesado votos solemnes de castidad en orden religiosa, reconocida por la Iglesia Católica).

Se trata, hoy en día, de una incapacidad que afecta al condenado por *adulterio* (que ha perdido su connotación penal por la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994) y por delito de *incesto* con el causante¹¹⁵ (no así en lo que concierne a relaciones sacrílegas, pues se trata de una hipótesis jurídica derogada de nuestra legislación civil). Para que opere esta causal, es necesario que exista condena, antes del fallecimiento del causante, o a lo menos, acusación, traducida en una condena con posterioridad al fallecimiento del causante.

Acerca de esta causal, Claro Solar expresaba que “Como lo manifiesta una nota de Bello puesta en el primer proyecto publicado en 1841, esta incapacidad supone un juicio anterior a la muerte del *de cujus* en que el asignatario hubiere sido condenado por el crimen de dañado ayuntamiento con dicha persona. Según lo define Escriche, *damnado* o *dañado ayuntamiento* es ‘el acceso que tiene con un hombre una mujer casada con otro; que es lo que propiamente se llama *adulterio*’. Nuestro Código extiende la expresión al incesto, y al sacrilegio, pues llama hijos *de dañado ayuntamiento* a los adulterinos, incestuosos y sacrílegos (art. 36);¹¹⁶ y a estas diversas clases de dañado ayuntamiento se refería la incapacidad, si en el juicio se había condenado por tal delito al incapaz y éste no hubiese contraído con dicha persona *matrimonio que produzca efectos civiles*, expresión que hacía referencia, evidentemente al matrimonio entre personas que fueren afines en la línea recta (art. 104). En su generalidad, la disposición era aplicable, si la legislación penal castigaba efectivamente como delito el adulterio, el incesto y el sacrilegio; pero desde la promulgación de nuestro Código Penal que derogó las antiguas leyes penales, el sacrilegio dejó de ser un delito castigado por la ley penal; y por consiguiente una monja profesada, un fraile o un clérigo ordenado *in sacris*, no han podido ser condenados por sacrilegio; por reprobado que fuera su ayuntamiento aun con persona soltera o viuda. Por otra parte, la ley n° 5750 de 2 de diciembre de 1935 ha suprimido la calificación de hijos *de dañado ayuntamiento*, dividiendo los hijos ilegítimos solamente en *naturales* y *simplemente ilegítimos*. Sin embargo, dicha ley no hizo modificación alguna en la redacción del art. 964, dejando así subsistente la incapacidad para suceder, como heredera o legataria, de la persona que hubiere sido condenada por adulterio o incesto con el *de cujus*, si no hubiera contraído con esta persona *matrimonio que produzca efectos civiles*”.¹¹⁷

Al decir de Pablo Rodríguez Grez, “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”.¹¹⁸

Sin embargo, no se aplica la incapacidad, establece el art. 964, si el asignatario alcanzó a contraer matrimonio civil con el causante. Cabe efectuar las siguientes precisiones al respecto:

¹¹⁵ El Código Penal tipifica el delito de incesto en los siguientes términos: “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”.

¹¹⁶ Hoy derogado.

¹¹⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13°, N° 86, pp. 80 y 81.

¹¹⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 39.

i.- Esta situación no se aplica en realidad al delito de incesto, pues se configura un impedimento dirimente contemplado en el art. 6 de la Ley de Matrimonio Civil, de manera que nunca podría contraerse matrimonio valido entre los partícipes del delito de incesto;

ii.- Respecto al adulterio, podría darse la situación, cuando decretada la separación judicial por adulterio, el matrimonio queda disuelto después por fallecimiento del cónyuge inocente, o cuando se decreta el divorcio por culpa uno de los cónyuges, quien infringió reiteradamente el deber de fidelidad (o “de guardarse fe”, como lo denomina en términos más amplios el Código Civil); y en cualquiera de estos dos casos, el culpable contrae nuevo matrimonio con la persona con quien cometió adulterio. Si fallece el cónyuge culpable, el otro, que fue co-reo en el adulterio, quedaría comprendido en la incapacidad para suceder contemplada en el art. 964 del Código Civil, pero, habida cuenta que contrajo matrimonio con el cónyuge culpable del adulterio, no será excluido de la sucesión de éste. Dicho de otra forma, podrían presentarse dos situaciones en este último caso: i) Fallece el cónyuge culpable y deja una asignación a la persona con quien cometió adulterio: opera la incapacidad para suceder; y ii) Fallece el cónyuge culpable y deja una asignación a la persona con quien cometió adulterio, pero había contraído matrimonio con ésta: no opera la incapacidad para suceder.¹¹⁹

d) Incapacidad del eclesiástico confesor.

Está contemplada en el art. 965 del Código Civil: “Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como albacea fiduciario, el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; ni la orden, convento, o cofradía de que sea miembro el eclesiástico; ni sus deudos por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. / Pero esta incapacidad no comprenderá a la iglesia parroquial del testador, ni recaerá sobre la porción de bienes que el dicho eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese habido testamento”.

Cabe señalar que el testamento debe haber sido otorgado durante la última enfermedad y a su vez el confesor, debe haberlo sido:

- i.- Sea durante la última enfermedad;
- ii.- Sea habitualmente en los dos últimos años previos al otorgamiento del testamento (sin que haya mediado enfermedad del causante, por ende).

Se extiende la incapacidad:

- i.- A la orden, convento o cofradía de que sea miembro el eclesiástico;
- ii.- A sus deudos por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

Tiene por fundamento esta causal de incapacidad, la intención del legislador de preservar la libertad para testar, que podría verse mermada por el natural ascendiente que sobre el testador pudo tener su confesor.

La causal de incapacidad no se extenderá sin embargo:

- i.- A la iglesia parroquial del testador;
- ii.- Ni sobre la porción de bienes que el confesor o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiere mediado testamento.¹²⁰

¹¹⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 123 y 124.

¹²⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 124.

Se ha planteado que este precepto sería discriminatorio, en cuanto sólo afecta a los sacerdotes de la Iglesia Católica, y no a los ministros de otras religiones (como por ejemplo un pastor protestante), pues los últimos no reciben la “confesión”. Parece razonable hacer una interpretación histórica evolutiva del artículo, y extenderla a otras situaciones, en las que una persona que ejerce un ascendiente espiritual sobre la persona del causante, resulte beneficiada en su testamento, aunque es cierto que el tema es discutible, habida cuenta que las causales de incapacidad son de derecho estricto.

e) Incapacidad del notario, testigos del testamento y sus familiares y dependientes del primero.

Se encuentra en el art. 1061 del Código Civil: “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 o funcionario, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados, empleados o asalariados del mismo. / No vale tampoco disposición alguna testamentaria en favor de cualquiera de los testigos, o de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o cuñados”.

Conforme a este artículo, no vale disposición alguna testamentaria en favor:

- i.- Del escribano que autorizare el testamento o del funcionario que haga las veces de tal;
- ii.- Del cónyuge o conviviente civil de dicho escribano o funcionario;
- iii.- De cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos o cuñados del escribano.
- iv.- De los empleados o asalariados del mismo.
- v.- De los testigos, o de su cónyuge o conviviente civil, ascendientes, descendientes, hermanos o cuñados.

No valdrá disposición testamentaria alguna en favor de las personas enumeradas en el precepto. 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 tienen 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 y la anterior, los artículos 1062 y 1133 del Código Civil 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 o a su conviviente civil, a sus parientes, empleados o a los testigos invocar un crédito que tenga tal origen, pues la declaración testamentaria será nula.¹²¹

Establece el art. 1062: “El acreedor cuyo crédito no conste sino por el testamento, será considerado como legatario para las disposiciones del artículo precedente”.

Reza el art. 1133: “Las deudas confesadas en el testamento y de que por otra parte, no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos, y estarán sujetos a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase”.

2.3. Características de las incapacidades para suceder.

¹²¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ídem, pp. 124-126.

Como principio general, cabe consignar que las incapacidades son de orden público, miran al interés general de la sociedad y no al particular del testador. De esta primera característica general, derivan las características específicas de las incapacidades para suceder:

a) El causante no puede renunciar a la incapacidad, no puede perdonarla.

Dispone el art. 966 del Código Civil: “Será nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona”.

La nulidad a que se refiere el precepto será la absoluta y su causal objeto ilícito (art. 1466).

Refuerza lo anterior el art. 1314, inc. 1º del Código Civil, en relación al albacea fiduciario: “El albacea fiduciario deberá jurar ante el juez que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz, o invertirla en un objeto ilícito”.

b) Otra consecuencia que deriva del carácter de orden público de las normas que establecen las causales de incapacidad, es que ésta existe sin necesidad de declaración judicial.

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.¹²²

c) El incapaz no adquiere derecho alguno a la muerte del causante.

Dispone el art. 967 del Código Civil: “El incapaz no adquiere la herencia o legado, mientras no prescriban las acciones que contra él puedan intentarse por los que tengan interés en ello”.

El art. transcrito deja en claro que el incapaz no adquiere la herencia o legado de la que está en posesión, sino una vez cumplidos los requisitos de la prescripción.

Tal prescripción, a juicio de Somarriva, sería necesariamente la extraordinaria. Si bien la ley no lo dice, se desprendería de la naturaleza misma de la incapacidad y de lo preceptuado en el art. 967 del Código Civil, que exige la prescripción extintiva de todas las acciones que existan contra el incapaz: “El incapaz no adquiere la herencia o legado,

¹²² El distingo entre “constatar” y “declarar” es el mismo que se plantea por los partidarios de la inexistencia. Esta sólo debe ser “constatada” en el juicio de que se trata, mientras que la nulidad debe ser formalmente “declarada”, en un juicio de nulidad.

mientras no prescriban las acciones que contra él puedan intentarse por los que tengan interés en ello”.

Por lo demás, el asignatario incapaz sólo puede ser considerado poseedor irregular, pues le falta la buena fe (y no puede alegarse ignorancia o error de derecho, es decir, que alegue desconocer la causal de incapacidad, art. 706, inc. final del Código Civil) y también el justo título (pues sólo sería heredero o legatario *putativo*).¹²³

En consecuencia, sólo después de transcurridos diez años, el incapaz se haría dueño de la herencia o del legado.

3.- Dignidad para suceder por causa de muerte.

3.1. Concepto.

Las indignidades, según Somarriva, consisten en la falta de méritos de una persona para suceder.¹²⁴

Las causales de indignidad deben estar expresamente señaladas por la ley, atendido lo dispuesto por el art. 961 del Código Civil.

También se las ha definido como “... una anomalía de la vocación sucesoria fundada en el demérito del sucesor, sea por haber faltado a los deberes que tenía con el causante y durante la vida de éste; sea por faltar a los deberes que el respeto a la memoria del *de cuius* le imponía”¹²⁵.

Las definiciones precedentes se plantean desde la perspectiva de la “indignidad”, pero también se define la “dignidad”, como “el mérito o lealtad que el asignatario ha debido observar en vida con el causante”.¹²⁶

Las causales de indignidad son once, de las cuales las principales son las cinco contempladas en el art. 968 del Código Civil.¹²⁷

Algunas causales operan en vida del causante y suponen una conducta que afecta su vida o sus intereses jurídicos. Otras causales operan después del fallecimiento del causante, bajo el entendido que el deber de lealtad del heredero o legatario se mantiene tras la apertura de la sucesión.

3.2. Causales de indignidad para suceder.

Las primeras causales de indignidad se establecen en el art. 968 del Código Civil. Luego, los arts. 969 a 972 del mismo Código, agregan otras causales. Conforme a estos preceptos, son indignos de suceder al difunto, como herederos o legatarios:

a) El que cometió homicidio en su persona o la dejó perecer pudiendo salvarla (art. 968, N° 1 del Código Civil).

Dispone el art.: “Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios:

¹²³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 126 y 127.

¹²⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 127.

¹²⁵ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 281.

¹²⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 44.

¹²⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 127.

1º. 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 dejó perecer pudiendo salvarla”.

La causal contempla tres hipótesis:

i.- El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto: se entiende que lo hizo en calidad de autor material del mismo.

ii.- O ha intervenido en este crimen por obra o consejo: quedan aquí comprendidos los autores intelectuales, los cómplices y los encubridores.

iii.- O la dejó perecer pudiendo salvarla: esta conducta omisa, pareciera estar vinculada con las dos previas, es decir, nada se hizo para salvar al causante del homicidio. Así parece entenderlo la doctrina¹²⁸. Señala Claro Solar al respecto: “No es, evidentemente, de la misma gravedad que el homicidio, el hecho de haber dejado perecer a la víctima pudiendo salvarla; pero supone el homicidio consumado y supone que las circunstancias en que este crimen se realizó permitían al heredero o legatario salvar a la víctima. Aunque la falta de defensa del que es atacado por terceras personas no constituye un hecho delictual que merezca sanción penal, la ley lo considera digno de atención, hasta el punto de que, así como exime de responsabilidad criminal al que obra en defensa de su persona o derechos, exime igualmente al que obra en defensa de la persona o derechos de sus parientes y aún al que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, manifestaciones de la virtud de la caridad que la ley desearía ver realizar por el heredero o legatario en favor de aquél con cuyos bienes está llamado a beneficiarse”¹²⁹. Pero no obstante estas opiniones, cabe preguntarse si otras conductas omisas, no vinculadas con el homicidio del causante, pueden también considerarse. Así, por ejemplo, si se prueba que el heredero o legatario, siendo un experto nadador, nada hizo para rescatar al causante, que se ahogaba en un lago o río.

Aunque el precepto no exige que el sucesor haya sido condenado en el juicio penal correspondiente, como requisito previo al juicio de indignidad, en la práctica, ello será necesario, pues sólo a base de esa condena existirá la indignidad.¹³⁰

b) 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 (art. 968, N° 2 del Código Civil).

Establece la norma: “Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: (...) 2º. El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada”.

Al respecto, la jurisprudencia ha dicho que en los demás casos de indignidad, la causal misma puede acreditarse en el respectivo juicio de indignidad (aunque respecto de la primera causal, como vimos, ello es dudoso). En cambio, en esta segunda causal de indignidad es necesario que en el juicio de indignidad se la pruebe mediante sentencia criminal condenatoria.

La expresión “atentado” se ha entendido como alusiva a la comisión de un delito. Pero además, debe ser “grave”. Y afectar tres bienes jurídicos de la víctima: su vida (por

¹²⁸ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 285.

¹²⁹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, pp. 88 y 89.

¹³⁰ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 284.

ejemplo, homicidio tentado o frustrado, lesiones graves), su honor (calumnia, incesto, violación) o sus bienes (robo, estafa).

El atentado puede recaer en la persona del propio causante, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes. Surgen aquí algunos puntos dudosos:

i.- ¿Se incluye también aquí un atentado contra la vida, el honor o los bienes del *conviviente civil* del causante? Nos parece que no, pues la Ley N° 20.830 no asimiló en forma íntegra el conviviente civil al cónyuge sobreviviente, sino que sólo le confirió ciertos derechos, expresamente indicados en el mencionado cuerpo legal (a diferencia de la aplicación genérica de las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que las leyes y reglamentos establecen respecto de los cónyuges, que el art. 23 de la Ley N° 20.830 aplica a los convivientes civiles).

ii.- ¿Se incluyen entre los ascendientes y descendientes aquellos que lo sean por *afinidad* o sólo se refiere la ley a los consanguíneos? Creemos que ambos parentescos quedan incluidos en la causal, pues el precepto no distingue, no correspondiendo que el intérprete lo haga. Además, en el N° 3 del art. 968 se consigna que la causal de indignidad recae sólo en “El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive”. Por ende, un pariente por afinidad no puede incurrir en la causal (y podría suceder al causante como heredero testamentario).

c) El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que no socorrió al causante en estado de demencia o destitución, pudiendo hacerlo (art. 968, N° 3 del Código Civil).

Dispone el precepto: Establece la norma: “Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: (...) 3°. El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo”.

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.

La expresión “socorrer” alude a proporcionar al pariente demente o “destituido”, de lo necesario para una modesta subsistencia. Recuérdese que la obligación de socorro es la fuente del derecho de alimentos, para las personas que pueden ejercerlo, conforme al art. 321 del Código Civil. Pero en el caso del art. 968, tal obligación se amplía, recayendo en los parientes hasta el sexto grado inclusive, lo que es coincidente con el grado de parentesco hasta el cual puede operar la sucesión abintestato.

El “estado de demencia” no exige, necesariamente, que el futuro causante haya sido declarado interdicto por tal causa, pero si lo está, con mayor razón deben socorrerlo aquellos parientes que después de su muerte lo heredarán.

d) El que por fuerza o dolo obtuvo una disposición testamentaria o impidió testar (art. 968, N° 4 del Código Civil).

Expresa la disposición: “Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: (...) 4°. El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar”.

Se trata de impedir que se vulnere la libertad del causante para testar.

La norma contempla dos hipótesis:

i.- El que por fuerza o dolo “obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto”. Esto quiere decir que la persona que despliega la conducta violenta o dolosa, se ve directamente beneficiada con el testamento arrancado de esta manera ilegítima. En tal testamento aquél es instituido como heredero o legatario. Pero dada la forma como se alteró la voluntad del testador, la ley establece la indignidad del asignatario.

Esta primera hipótesis puede afectar a cualquier asignatario.

ii.- El que por fuerza o dolo “le impidió testar” al difunto. En esta hipótesis, podrían darse dos casos:

i) Quien desplegó la fuerza o el dolo era un heredero abintestato, que resulta favorecido al impedir que el causante testare en favor de otras personas. Podría tratarse de un legitimario, que se verá favorecido al impedir que el causante disponga de la cuarta de mejoras o de la cuarta de libre disposición. Podría tratarse también de un heredero abintestato no legitimario, que se verá favorecido al impedir que el causante testare en favor de otras personas, disponiendo en tal caso de la totalidad de su patrimonio.

ii) Quien desplegó la fuerza o el dolo era un heredero testamentario, que resulta favorecido al impedir que el causante revocare dicho testamento y otorgare uno nuevo y en él testare en favor de otras personas.

Como expresa Claro Solar, “Este caso es reproducción de las leyes romanas y españolas que, para reprimir la fuerza y el dolo, penaban al que los ponía en uso para obtener una herencia o legado, o que por ser próximo pariente del testador, que no tenía heredero forzoso, le impedían testar como era su deseo y voluntad”.¹³¹

e) El que ha detenido u ocultado dolosamente el testamento (art. 968, N° 5 del Código Civil).

Señala la norma: “Son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios: (...) 5°. El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación”.

Como expresa Claro Solar, “La detención u ocultamiento del testamento de una persona, hecha con dolo, persigue el propósito de impedir el cumplimiento de la última voluntad del testador, a fin de que pueda el autor del delito aprovecharse de una herencia a la cual no es llamado o de la cual, no siendo asignatario forzoso, es excluido con el nombramiento de otro heredero, o siendo tal asignatario forzoso quiere posesionarse, no sólo de lo que a título de legitimario le corresponde, sino de lo que el testador disponía a favor de otros. Sea que el testador le hubiere dado a guardar el testamento o que lo hubiera obtenido por otro motivo, el que lo guarda u oculta sabiendo que el testador ha muerto; y deja, con su procedimiento, que se entre a la sucesión ab intestado, o se proceda de acuerdo con un testamento anterior, que el difunto había precisamente revocado en el testamento detenido u ocultado, el hecho solo de la detención u ocultación hace presumir dolo”.¹³²

Esta causal tiene en nuestros días una aplicación más bien restringida, pues operaría sólo en aquellos casos en que el causante hubiere otorgado un testamento cerrado o secreto o un testamento abierto ante cinco testigos, sin presencia de ministro de fe, conservando en ambos casos en su poder el testamento. A su muerte, uno de sus herederos, lo detiene u oculta.

¹³¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13°, p. 92.

¹³² Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13°, p. 94.

En cambio, si el testamento fuere abierto y se hubiere otorgado ante Notario Público, y además por escritura pública, la existencia del testamento podrá constatarse en el Registro Nacional de Testamentos, a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación.

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 Código Civil), 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 sobre que contiene el 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 o a su publicación, respectivamente.

También quedaría comprendido en esta causal, en nuestra opinión, aquél que no sólo detuvo u ocultó el testamento, sino que también lo destruyó, y así se prueba.

Las demás causales de indignidad, están contempladas en los siguientes preceptos:

f) No denunciar a la justicia el homicidio cometido en el difunto (art. 969 del Código Civil).

La norma es del siguiente tenor: “Art. 969. 6º Es indigno de suceder 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. / Cesará esta indignidad, si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso. / Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse, sino cuando constare que 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”.

El objeto de esta causal es sancionar la negligencia del asignatario en perseguir judicialmente al asesino de su causante. Cesará esta indignidad, si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso. Sin embargo, por una razón muy humana, se libera de esta obligación de denunciar al cónyuge y ciertos parientes (ascendientes, descendientes, o parientes colaterales por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive) del homicida.

g) No solicitar nombramiento de guardador al causante (art. 970 del Código Civil).

Establece la regla: “Art. 970. 7º Es indigno de suceder al impúber, demente, sordo o sordomudo que no pueda darse a entender claramente, el ascendiente o descendiente que, siendo llamado a sucederle abintestato, no pidió que se le nombrara un tutor o curador, y permaneció en esta omisión un año entero: a menos que aparezca haberle sido imposible hacerlo por sí o por procurador. / Si fueren muchos los llamados a la sucesión, la diligencia de uno de ellos aprovechará a los demás. / Transcurrido el año recaerá la obligación antedicha en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada. / La obligación no se extiende a los menores, ni en general a los que viven bajo tutela o curaduría. / Esta causa de indignidad desaparece desde que el impúber llega a la pubertad, o el demente, sordo o sordomudo toman la administración de sus bienes”.

El legislador castiga aquí a los herederos abintestatos que, siendo ascendientes o descendientes del causante, y estando autorizados por la ley para provocar el nombramiento de guardador del incapaz, no lo hacen, denotando con ello negligencia respecto a los

intereses del causante impúber, demente, sordo o sordomudo. Se debe probar que la persona permaneció en esta omisión un año entero. La norma, además, protege a los incapaces absolutos.

Basta con que uno de los ascendientes o de los descendientes haya solicitado el nombramiento de guardador para el incapaz. Su gestión “aprovechará a los demás” herederos del mismo grado (inc. 2º).

El heredero podrá acreditar, sin embargo, que le fue imposible, por sí o por procurador, pedir el nombramiento de guardador. Señala al efecto Claro Solar: “Como al que se halla impedido por causa ajena a su voluntad no podría afectarle responsabilidad por la omisión de la petición de guardador del impúber, demente o sordo mudo, la ley establece que no incurre en indignidad el ascendiente o descendiente, si aparece haberle sido imposible hacerlo por sí o por procurador. Se hallaba, por ejemplo, ausente del país o gravemente enfermo: no podría considerársele rebelde al mandato legal que le obliga a velar por el incapaz, haciéndole pedir el nombramiento de un tutor del impúber o de un curador del demente o sordomudo. Toca al juez resolver si ha existido o no esta imposibilidad”¹³³.

Transcurrido el año, recaerá la obligación antedicha en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada. De esta manera, los descendientes tienen un año, y transcurrido éste, la obligación recae en los ascendientes. Por ello se ha entendido que el precepto sólo impone la obligación a los descendientes y ascendientes y no a otros llamados a la sucesión, como los hermanos o el cónyuge¹³⁴.

La obligación no se extiende sin embargo a los menores ni en general a los que viven bajo tutela o curaduría.

Esta causa de indignidad desaparece desde que el impúber llega a la pubertad, o el demente o sordo o sordomudo toman la administración de sus bienes.

h) Excusa ilegítima del guardador o albacea (art. 971 del Código Civil).

El mandato legal expresa: “Art. 971. 8º Son indignos de suceder el tutor o curador que nombrados por el testador se excusaren sin causa legítima. / El albacea que nombrado por el testador se excusare sin probar inconveniente grave, se hace igualmente indigno de sucederle. / No se extenderá esta causa de indignidad a los asignatarios forzosos en la cuantía que lo son, ni a los que, desechada por el juez la excusa, entren a servir el cargo”.

Respecto del albacea, la norma se repite en el art. 1277, inc. 2º del Código Civil: “El albacea nombrado puede rechazar libremente este cargo. / Si lo rechazare sin probar inconveniente grave se hará indigno de suceder al testador, con arreglo al artículo 971, inciso 2º”.

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 Código Civil es complementado por el art. 530 del Código Civil, 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

¹³³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, Nº 106, pp. 97 y 98.

¹³⁴ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 295.

excusas sobrevinientes, de una parte de ella (vinculado también con el art. 531 del Código Civil).

No se extenderá esta causa de indignidad a los asignatarios forzosos en la cuantía que lo son (es decir, no afectará la legítima rigorosa, artículo 1192 del Código Civil), ni a los que, desechada por el juez la excusa, entren a servir el cargo.

i) El que a sabiendas de la incapacidad, se comprometa a hacer pasar bienes del causante a un incapaz para suceder (art. 972 del Código Civil).

Preceptúa la disposición legal: “Art. 972. 9º Finalmente, 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 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”.

Nótese que la ley exige que aquél que promete al causante, haya conocido la causal de incapacidad. Entendemos por ende que aquí, la ley admite un caso de error de derecho, es decir, si el asignatario alega haber ignorado la causal de incapacidad, y los interesados en que se constate la causal de incapacidad no logran probar su conocimiento efectivo de la misma, ésta no podrá operar. Otros, en cambio, estiman que el desconocimiento de la incapacidad no dice relación con ignorar un precepto jurídico, sino en desconocer los presupuestos fácticos del caso: así, el demandado de indignidad alega haber desconocido que tal eclesiástico había sido el confesor del causante, en las circunstancias que el art. 965 señala. En cambio, “si lo hace afirmando que conocía esas circunstancias, aunque añada que el precepto indicado le era desconocido, nos parece que la indignidad se presenta”.¹³⁵

Acerca de esta causal de indignidad, manifiesta Claro Solar que “Se incurre en esta causa de indignidad por la sola promesa hecha al testador de hacer pasar los bienes o parte de ellos, bajo cualquiera forma, a una persona incapaz de sucederle, a sabiendas de la existencia de la incapacidad; y por lo mismo, en fraude a la ley y para burlar la incapacidad que ella establece. No es necesario que efectivamente el asignatario que hace esta promesa la realice; y que para incurrir en la indignidad que le impida a él quedarse con la asignación que personalmente se le hizo, haya efectivamente entregado al incapaz los bienes a éste destinados por el testador que, no pudiendo dejárselos públicamente, *palam*,¹³⁶ ha buscado este medio de dejárselos a escondidas, *clam*¹³⁷”.

Se refiere también Claro Solar a la frase “bajo cualquier forma” que emplea el art. 972: “La ley dice que esta promesa debe ser de hacer pasar los bienes a una persona incapaz, *bajo cualquier forma*. Esta expresión admite, por lo tanto, que el testador comprometa al heredero o legatario a quien hace el encargo, a que entregue al incapaz bienes o dineros del mismo heredero o legatario que el testador le repone aumentando la asignación que le hace (...). Este es el sentido que debemos atribuir a la frase, *bajo cualquier forma*, que admite cualquiera manera ideada para burlar la incapacidad establecida por la ley”.¹³⁸

¹³⁵ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 298.

¹³⁶ Es decir “abiertamente”.

¹³⁷ De manera “hermética”. Se trata de una alocución latina que literalmente significa “almeja”.

¹³⁸ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, N° 119, p. 105.

Excepcionalmente, no incurrirán en la causal, aquellos inducidos a prometer por temor reverencial: 972, inc. 2º del Código Civil (1456, inc. 2º del Código Civil, definición de temor reverencial). Contra-excepción que nos retorna a la causal de indignidad: haber ejecutado lo prometido.

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.¹³⁹

Debemos entender que el asignatario *no legitimario* 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. En cambio, si fuere legitimario, en nuestra opinión tendrá derecho a recibir su legítima rigurosa, pero lo que se le hubiera dejado con cargo a la cuarta de libre disposición o a la cuarta de mejoras, debiera repartirse conforme a las reglas de la sucesión abintestato.

A las causales previstas en los arts. 968 a 972, pueden agregarse las siguientes:

j) Albacea removido por dolo (art. 1300 del Código Civil).

Consigna el art.: “Será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente, y en caso de dolo se hará indigno de tener en la sucesión parte alguna, y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución”.

Se trata de un albacea que al mismo tiempo era asignatario en la sucesión. Se hará indigno de tener parte alguna en la herencia, si se acredita que actuó dolosamente.

k) Partidor que prevarica (art. 1329 del Código Civil).

La norma dispone: “Art. 1329. La responsabilidad del partidor se extiende hasta la culpa leve; y en el caso de prevaricación, declarada por el juez competente, además de estar sujeto a la indemnización de perjuicio, y a las penas legales que correspondan al delito, se constituirá indigno conforme a lo dispuesto para los ejecutores de últimas voluntades en el artículo 1300”.

Tengamos presente que prevaricar es dictar a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia.

Las anteriores son las causales de indignidad señaladas como tales por la ley. Los autores agregan otras cuatro, que pueden ser equiparadas a la indignidad:

a) La del menor que se casa sin el consentimiento de un ascendiente (art. 114 del Código Civil).

Expresa la norma: “El que no habiendo cumplido dieciocho años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, podrá ser desheredado, no

¹³⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., N° 119, pp. 130 y 131.

sólo por aquel o aquellos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes. / Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto”.

Este caso puede ser considerado como un desheredamiento legal parcial, pero también como una causal de indignidad, pues el ascendiente puede perdonarla en su testamento.

b) El que se casa teniendo el impedimento de segundas nupcias (art. 124 en relación al art. 127, ambos del Código Civil).

Establece el art. 124: “Art. 124. El que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su cónyuge difunto o con cualquiera otro título. / Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial”.

Señala por su parte el art. 127: “Art. 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”.

También aquí el hijo puede perdonar a su padre o madre en el testamento.

c) El cónyuge separado judicialmente, que hubiere dado motivo a la separación por su culpa (art. 994 del Código Civil).

Dispone este precepto: “Art. 994. 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. / Tampoco sucederán abintestato los padres del causante si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo que mediare el restablecimiento a que se refiere el artículo 203”.

Igualmente el otro cónyuge puede perdonarla en su testamento. Cabe tener presente sí que como fuente de indignidad ésta tiene algunas diferencias con las demás causales: así, conforme al art. 324, la indignidad hace perder los derechos alimenticios en los casos del art. 968 del Código Civil (sin perjuicio que el juez pueda moderar el rigor del art. 324, si la conducta del alimentario fuere atenuada por circunstancias graves en la conducta del alimentante), mientras que el cónyuge nunca pierde el derecho de alimentos, aunque la ley los reduce sólo a los que permitan “una modesta sustentación”, arts. 322 y 175, ambos del Código Civil).

d) El padre o madre cuya paternidad o maternidad haya sido establecida por sentencia judicial, con oposición del respectivo progenitor (art. 203 del Código Civil).

El art. dispone: “Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente. / El padre o madre

conservará, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes. / Sin embargo, se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que está privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante”.

Nos remitimos a lo que estudiamos en materia de filiación.

3.3. Características de las indignidades.

Difieren las características de las indignidades de las que presentan las incapacidades, pues en las primeras no está comprometido el orden público, sino que sólo el interés del causante y en algunos casos de sus herederos. De tal principio fluyen las características de las indignidades:

a) El causante puede perdonar la indignidad, en su testamento.

El art. 973 del Código Civil. Dispone al efecto: “Las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que la producen, aun cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de esos hechos al tiempo de testar ni después”.

Como puede observarse, lo único que importa para entender “perdonada” la conducta indigna es que, con posterioridad a su acaecimiento, el causante hubiere instituido al indigno como su heredero o legatario. Habría aquí un *perdón tácito*. Si tal ocurre, no podrá promoverse el juicio de indignidad tras la muerte del causante, ni aun afirmando que éste no tuvo conocimiento de la causal de indignidad. Lo mismo ocurrirá si el causante, en su testamento, se limita a perdonar al indigno, aunque no se instituya una herencia o legado en su favor. Se trataría aquí de un *perdón expreso*. Este perdón, sin embargo, sólo puede constar en un testamento del ofendido y no en otra clase de instrumentos.

Claro Solar expresa respecto a esta norma que “Estando fundadas las indignidades en la falta de cumplimiento de los deberes del asignatario para con el difunto y en hechos que afectan a la vida, honor o bienes de éste o de personas a que los ligan estrechos vínculos de afecto o parentesco, por graves que puedan ser los hechos que los constituyen, miran principalmente al interés privado; y pueden ser perdonadas por la persona ofendida (...). Mas este perdón o remisión debe resultar del hecho de haber el injuriado, en testamento posterior a la causa de indignidad, consignado disposiciones a favor del indigno: no bastaría el otorgamiento de un documento en que se consignara el perdón de la injuria, aunque fuera una escritura pública expresamente otorgada con este objeto; la ley se refiere únicamente a disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que producen la indignidad. Pero dentro de los términos de la disposición del art. 973, no es necesario que las disposiciones testamentarias posteriores contengan una institución de heredero del indigno, o un legado a su favor. Cumpliría con la exigencia de la ley una disposición expresa en que el testador declarara que perdonaba la injuria que le había hecho el indigno, aunque en ella no hiciera referencia alguna a asignación de bienes, así como una simple asignación de herencia o legado que importaría en el hecho una tácita renuncia a la exclusión del indigno, un perdón tácito de la ofensa que este le había hecho. De este modo

el perdón puede ser expreso o tácito. En uno y otro caso el perdón supone el conocimiento de los hechos que produjeron la indignidad: si es expreso, resultará este conocimiento de las propias palabras del testador; si es tácito, lo presume la ley y rechaza la prueba contraria, porque prefiere que pueda darse por perdonada la injuria hecha al testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge o de sus descendientes o ascendientes (...), aunque el testador pueda haberla ignorado, lo que dadas las causas que producen la indignidad, es difícil, antes de hacer público, con desdoro del testador o de su familia, la torpeza moral del que se había hecho indigno”.¹⁴⁰

Como resulta evidente, este perdón del causante sólo puede producirse respecto de algunas causales de indignidad: aquellas que acaecieron *antes* de su fallecimiento. ¿Podrían los restantes herederos del causante –no afectados por alguna indignidad- perdonar al heredero indigno, incluyendo también las causales ocurridas *después* de la muerte del *de cuius*? No observamos inconveniente alguno, pues como se expresó, sólo está comprometido el interés de los herederos. Por lo demás, según se dirá, bastará que no accionen en contra del indigno en el plazo de cinco años, contado desde la apertura de la sucesión, para que la causal de indignidad quede saneada. Al no demandar, habrán perdonado tácitamente la indignidad.

b) La indignidad debe ser declarada judicialmente.

Establece el art. 974 del Código Civil: “la indignidad no produce efecto alguno, si no es declarada en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno. / Declarada judicialmente, es obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado con sus accesiones y frutos”.

El juicio de indignidad será conforme al procedimiento *ordinario*, puesto que la ley no señaló otro procedimiento especial. Puede ser provocado por todo aquél que tenga interés en excluir al asignatario indigno. Entre ellos: los herederos de grado posterior que se beneficiarán con la exclusión del indigno; los herederos conjuntos para adquirir la asignación por acrecimiento; el sustituto del indigno; los herederos abintestato cuando declarado indigno el heredero o legatario, vaya a corresponderles a ellos la asignación; los acreedores de los herederos, porque al excluirse al heredero indigno, se incrementa el patrimonio de los restantes herederos y con ello el derecho de prenda general de los acreedores.¹⁴¹

En lo que respecta a la acción de un acreedor, Claro Solar afirma lo siguiente: “Creemos que los acreedores de un coheredero, de un sustituto o de un heredero de grado inferior, o los acreedores de un legatario podrían provocar la declaración de indignidad para obtener el aumento de la porción hereditaria de su deudor o la no reducción de su asignación. Por consiguiente si el heredero o legatario renunciara a la acción de indignidad, los acreedores después de haber obtenido la anulación de la renuncia hecha en fraude de sus derechos por medio de la acción Pauliana,¹⁴² podrían reclamar la declaración de indignidad”.¹⁴³

¹⁴⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, N° 146, p. 132.

¹⁴¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 133 y 134.

¹⁴² Entendemos que Claro Solar quiso aludir aquí a la acción oblicua o subrogatoria, y no a la acción pauliana.

¹⁴³ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, N° 128, pp. 114 y 115.

Sin embargo, Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila concluyen de otra manera: “¿Pueden los acreedores, mediante la acción subrogatoria, poner en movimiento la acción que tiene el deudor para excluir al indigno y aumentar, así, la cuantía de la asignación del deudor, o que éste sea el sucesor en lugar del indigno, con las ventajas para los acreedores? (...) Entre nosotros se sostiene la afirmativa, aunque nos parece que no permitiéndose la acción subrogatoria sino en los casos señalados por la ley, los acreedores no pueden, en lugar de su deudor, instar para la exclusión del indigno y aumentar, de esta manera, el derecho de prenda general que tienen los acreedores sobre los bienes del o de los deudores”.¹⁴⁴

También se ha considerado que la acción la tienen los cesionarios de un heredero: “Nos parece que podrán accionar para excluir al indigno. Si en el artículo 1910 el cesionario goza del derecho de acrecer que tenía su cedente, pues si éste, como se ha visto, puede pedir que se excluya al indigno para aprovechar el derecho de acrecer (art. 1147), la misma facultad pasa al cesionario”.¹⁴⁵

Con todo, se ha dicho que “en los dos casos previstos en el art. 994 basta con que exista sentencia ejecutoriada que declare la separación judicial por culpa del demandado o que reconozca la calidad de hijo respecto del padre o madre demandados, para que la indignidad se produzca sin otra declaración. Aquí la indignidad es un efecto sea de la separación judicial, sea del reconocimiento judicial”.¹⁴⁶

Otro tanto ocurriría en el caso del art. 203 del Código Civil, pues la sentencia del Juzgado de Familia será suficiente para dar por acreditada la causal de indignidad, considerando que la pérdida de los derechos del progenitor es un efecto de la sentencia previsto en la ley.

Eventualmente, también podríamos aplicar el mismo criterio para la causal de indignidad prevista en el N° 2 del art. 968, caso en el cual, según vimos, igualmente se requiere una sentencia condenatoria ejecutoriada.

De cualquier forma, la acción de indignidad, en los casos en que es necesario deducirla, “no puede promoverse, sino después de abierta la sucesión del *de cuius*, por su muerte, puesto que con ella se persigue la exclusión de la sucesión del asignatario que se ha hecho indigno, y por lo mismo es necesario que haya sucesión”.¹⁴⁷

c) La ley presume de derecho que el indigno está de mala fe.

Cabe agregar que la ley presume que el indigno está de mala fe, habida consideración de lo dispuesto en el inc. 2° del art. 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 (art. 907 del Código Civil). No parece posible desvirtuar esta presunción de mala fe, dados los términos del inciso, de manera que debemos entender que se trata de una presunción de derecho.

¹⁴⁴ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 306.

¹⁴⁵ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 306.

¹⁴⁶ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 302.

¹⁴⁷ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13°, N° 131, p. 119.

Esta presunción de derecho de la mala fe, tendrá igualmente influencia en materia de *deterioros* causados en los bienes (art. 906 del Código Civil) y de las *mejoras* hechas en los mismos (art. 908 y siguientes del Código Civil).

d) La indignidad se purga con 5 años de posesión.

Consigna el art. 975 del Código Civil: “La indignidad se purga en cinco años de posesión de la herencia o legado”.¹⁴⁸

Encontramos aquí otra diferencia con las incapacidades, en las que se requiere la prescripción de todas las acciones, es decir, un lapso de 10 años, conforme a lo expresado al tratar de las últimas.

Dados los términos del art. 975, los Domínguez padre e hijo afirman que estamos ante una acción sujeta a *caducidad*, de manera que no admite interrupción ni suspensión. Para evitar que se extinga, debe interponerse dentro de los cinco años, aunque no sea notificada en el mismo plazo, como debería serlo si fuera una acción sujeta a prescripción.¹⁴⁹

Otra es la opinión de Luis Claro Solar. Para él, se trata de un plazo *de prescripción adquisitiva*: “Se extingue también la indignidad por prescripción. El art. 975 decía: ‘*La indignidad se purga en diez años de posesión de la herencia o legado*’. Como adquisitiva de los bienes que constituían la herencia o el legado, esta prescripción era, pues, la ordinaria de diez años como para la adquisición del dominio, a pesar de que el indigno no puede menos de ser poseedor de mala fe, ya que carece de título para conservar la posesión de los bienes de que indebidamente se apodera; pero, como, aunque indigno, es heredero o legatario capaz de adquirir la herencia o legado de que no puede ser excluido sino por la sentencia del juez que admite la demanda de indignidad, la ley limita en realidad la duración de esta acción estableciendo que la indignidad es purgada por la posesión de la herencia o legado por diez años [hoy cinco años]”.¹⁵⁰

Si admitiéramos que se trata de un plazo de prescripción, podrá operar tanto la interrupción como la suspensión y en el primer caso, será necesario notificar la demanda de indignidad antes de que se cumpla el plazo de cinco años.

De cualquier manera, el plazo de cinco años es armónico con lo dispuesto en los arts. 1269 y 704 N° 4, en cuanto se refieren al heredero putativo o aparente. Sin embargo, hay una diferencia, pues en estos artículos, el heredero putativo o aparente, además de obtener la posesión efectiva de la herencia y de que transcurran cinco años, debe estar *de buena fe* (lo que en principio se presume, pero podría acreditarse lo contrario). Sólo así adquirirá la herencia ajena en cinco y no en diez años. En cambio, ya hemos visto que el heredero indigno se presume estar *de mala fe*. En conclusión, aunque el plazo sea el mismo en un caso y en el otro, no es posible asimilar al heredero indigno a los herederos putativos o aparentes. La diferencia estribaría en que a pesar de su mala fe, el heredero o legatario indigno es verdadero heredero o legatario, mientras que el putativo o aparente no lo es.

¿A qué posesión se refiere la ley; a la legal o a la real o material? Se ha señalado que tratándose de un heredero bastaría la legal, del art. 722 del Código Civil, dado que el

¹⁴⁸ En el Código Civil de 1855, el plazo era de diez años. La Ley N° 6.162 de 24 de enero de 1938, redujo a cinco años el plazo.

¹⁴⁹ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 321.

¹⁵⁰ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13°, N° 149, p. 136.

indigno adquiere la asignación y sólo la pierde por sentencia judicial. Los cinco años, por lo tanto, deben contarse desde el fallecimiento del causante. En lo concerniente al legatario sí se requiere posesión real o material, pues respecto de éste, como estudiaremos más adelante, no existe posesión legal. Veremos sin embargo que para Luis Claro Solar (como ya se consignó) y para Rodríguez Grez, el legatario de especie o cuerpo cierto también tendría la posesión legal de su legado, al igual que un heredero.

e) La indignidad no pasa a los terceros de buena fe.

Dispone el art. 976 del Código Civil: “La acción de indignidad no pasa 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 art. 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 art. 2303, 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.

Se justifica la norma, pues “El indigno ha podido enajenar bienes de los comprendidos en la asignación. El tercero que los adquirió no tenía obligación de averiguar si el enajenante había caído en alguna causal de indignidad que, con el tiempo, pudiera ser alegada y con el efecto de excluirlo de la sucesión. Por lo demás, la indignidad es una sanción que no puede, por lo mismo, alcanzar a terceros de buena fe, aunque hay quienes piensan que el enajenante era, en ese momento, un heredero aparente. Y esto basta para negar la acción contra terceros”.¹⁵¹

Los herederos, con todo, podrán demandar al indigno, en virtud del art. 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 a que aludimos.

¿Qué ocurre si el heredero indigno hubiese enajenado su derecho real de herencia? ¿Podrían en tal caso los interesados demandar al cedente para que se declare su indignidad? Creemos que sí, pues aun cuando haya cedido el derecho, no ha perdido su calidad de heredero. Sin embargo, para que la demanda sea oponible al cesionario del derecho, también sería necesario demandarlo. Éste no podrá alegar que la indignidad le es inoponible, pues al adquirir el derecho de manos del heredero indigno, lo hizo en las mismas condiciones en que dicho derecho se encontraba en el patrimonio del último, es decir, con la indignidad que le afectaba. Por lo demás, según veremos, la indignidad pasa a los herederos del heredero o legatario indigno (art. 977), y no existe ninguna razón para concluir que no ocurre lo mismo en el caso del cesionario del derecho. Si finalmente se acogiere la demanda, el cesionario podría repetir en contra del cedente (pues habrá resultado evicto).

Se observa entonces, a nuestro juicio, una importante diferencia entre el caso por el cual el indigno enajena un bien determinado de la sucesión y aquél en que enajena su derecho real de herencia. En el primer caso, no habrá acción en contra del tercero que adquirió de buena fe; en el segundo caso, sí habrá acción contra el cesionario del derecho real de herencia.

¹⁵¹ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 317.

f) La indignidad se transmite a los herederos del indigno.

Así se establece en el art. 977 del Código Civil: “A los herederos 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 cinco años”.

Los herederos del asignatario indigno adquieren la asignación con el vicio de la indignidad, a menos que opere el derecho de representación, según veremos.¹⁵² En efecto, “Ciertos herederos del indigno no están sujetos a lo que dispone el artículo 977 (...) Son los que, llegado el caso de la exclusión del indigno, le representan (art. 984) (...) Por consiguiente, si el excluido por indignidad era hijo del *de cujus*; o su hermano, la asignación que la ley reservaba al indigno pasa a los descendientes de éste (art. 988), sin que pueda recibir aplicación el artículo 977”¹⁵³.

4.- Paralelo entre las incapacidades e indignidades.

Tienen varias características comunes:

a) Ambas son inhabilidades para suceder.

b) Ambas son de carácter excepcional.

c) A una y otra se les aplican las disposiciones comunes de los arts. 978 y 979, ambos del CC, que luego veremos.

Sin embargo, existen importantes diferencias:

a) Mientras las incapacidades son de orden público, las indignidades están establecidas en el sólo interés del causante o de los herederos.

b) La incapacidad no puede ser perdonada por el testador, quien en cambio sí puede renunciar a la indignidad; aún más, la ley presume que perdona las indignidades, si deja una asignación al indigno con posterioridad a los hechos constitutivos de la respectiva causal (art. 973 del CC).

c) El incapaz no adquiere la asignación; el indigno sí lo hace, y sólo por sentencia judicial puede ser obligado a restituirla.

d) La incapacidad no requiere ser declarada por sentencia judicial; la respectiva resolución judicial se limitará a constatar su existencia, pudiendo ser solicitada por cualquier persona; la indignidad sí debe ser declarada por sentencia judicial, a petición del que tenga interés en excluir al indigno.

e) Dado que el incapaz nada adquiere en la sucesión, nada transmite a sus propios herederos. El indigno les transmite su asignación, aunque con el vicio de indignidad.

¹⁵² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 133-135.

¹⁵³ Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 314.

f) La incapacidad pasa contra terceros, de buena o mala fe. La indignidad no pasa contra terceros de buena fe.

g) El incapaz no adquiere la asignación mientras no prescriban todas las acciones que se pudieron hacer valer en su contra (para Somarriva, adquiriría sólo después de 10 años, como se dijo en su oportunidad); el indigno, en cambio, adquiere la herencia o legado por posesión de 5 años.

h) Las incapacidades, por regla general, son absolutas: a nadie que se encuentre en la situación prevista en los preceptos legales estudiados, pueden suceder los incapaces. En cambio, las indignidades son siempre relativas; se refieren a situaciones de ingratitud producidas entre el causante (o su cónyuge o parientes más cercanos) y el indigno, pudiendo el último suceder a otras personas con respecto a las cuales no les afecte igual vicio.¹⁵⁴

5.- Disposiciones comunes a las incapacidades e indignidades.

Son dos:

a) Los deudores hereditarios o testamentarios no pueden oponer como excepción su incapacidad o indignidad (art. 978).

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, Juan adeudaba al causante cierta suma de dinero, quien al fallecer deja un heredero incapaz o indigno, Pedro. Éste demanda a Juan, exigiéndole el pago de la deuda. Para esta primera interpretación, Juan no podría oponer a Pedro 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 o legatario incapaz, que no ha adquirido la herencia o el legado, pueda demandar al deudor hereditario sin que éste no pueda oponerle como excepción la incapacidad del actor.

Señala al efecto Luis Claro Solar, distinguiendo precisamente entre la situación del heredero indigno y del afectado por una causal de incapacidad para suceder: “Desde que la indignidad no produce sus efectos, sino en virtud de la sentencia judicial que la declara, el heredero indigno, que ha entrado en posesión de los bienes tiene derecho para exigir de los deudores de la herencia el pago de sus obligaciones, sin que los deudores puedan oponerle en su defensa la excepción de indignidad. Ellos no tienen título para alegar la indignidad del heredero, porque la declaración de la indignidad solamente puede hacerse a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero indigno, que según hemos visto solamente lo son un coheredero para acrecer la cuota del indigno, un heredero de grado inferior que sería el llamado a suceder si el indigno fuera excluido, un donatario o legatario interesado en evitar la reducción de la donación o legado, un acreedor de los anteriores para

¹⁵⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ídem, pp. 135 y 136.

obtener el incremento del patrimonio de su deudor; pero no un deudor hereditario, es decir un deudor del difunto de cuya herencia se trata para quien es indiferente la persona del heredero que está en posesión de la herencia y a quien, por lo mismo, le paga bien, de acuerdo con el art. 1576, puesto que le paga al acreedor representado por el heredero indigno y que válidamente lo representa mientras la indignidad no sea declarada y produzca efecto. Diversa es la situación del heredero incapaz. No tiene éste derecho para tomar la posesión de los bienes de la herencia a título de heredero, porque no lo es; y por lo mismo no puede adquirir la herencia, aunque indebidamente haya entrado en posesión de los bienes, porque carece de título para ello y sólo podría llegar a adquirirlos cuando hayan prescrito las acciones que contra él, como injusto detentador, puedan intentarse por los que tengan interés en ello. Un deudor hereditario no puede extinguir válidamente su deuda pagándola a sabiendas al incapaz de ser heredero, porque éste no ha sucedido en el crédito a su acreedor a título de herencia, ni puede estimarse que esté en posesión del crédito; desde que es simple detentador de los bienes, y como el deudor necesita cuidar, al hacer el pago, de pagar a quien tiene derecho de exigirle el pago, podría resistir la demanda del incapaz oponiéndole su incapacidad que le quita todo derecho a la herencia y consiguientemente al crédito que pretende cobrar al deudor hereditario, ya que de otro modo podría verse obligado a pagar dos veces”.¹⁵⁵

Critica Claro Solar el tenor del art. 978, que no distingue estos dos casos que son tan diferentes, agregando que “La disposición de la ley, en cuanto a la incapacidad, es una inconsecuencia, puesto que en el hecho viene a autorizar la posesión irregular del incapaz y a dar por establecido que, si toma posesión de los bienes, puede demandar a los deudores hereditarios sin que estos puedan oponerle la excepción de incapacidad: ello es contrario al sistema seguido por la ley en materia de incapacidad”.¹⁵⁶

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 Juan. El causante, al fallecer, deja un heredero incapaz o indigno, Pedro. Este sería el deudor hereditario o testamentario. Demandado por Juan, Pedro no podría oponer como excepción su propia incapacidad o indignidad. Esta segunda interpretación parece más lógica, dice Somarriva.

b) Las incapacidades e indignidades no privan del derecho de alimentos, por regla general.

Excepcionalmente, -art. 979 del Código Civil- sí lo hacen, en los casos del art. 968 del Código Civil, norma que está en armonía con lo que a su vez establece el art. 324 del Código Civil, que priva del derecho de alimentos en caso de injuria atroz, sin perjuicio de la facultad que la ley confiere al juez en la materia (una contra-excepción “limitada”, que le permite al juez moderar el rigor de la norma, pero no prescindir de ella). Conforme a lo dispuesto en el art. 324, sólo los casos del art. 968 constituyen injuria atroz.¹⁵⁷

Establece el art. 979: “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 tendrán ningún derecho a alimentos”.

¹⁵⁵ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, Nº 143, pp. 127 y 128.

¹⁵⁶ Claro Solar, Luis, ob. cit., Tomo 13º, Nº 143, p. 128.

¹⁵⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 136 y 137.