

10-247

SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

RENÉ
RAMOS
PAZOS

René Ramos Pazos • SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

ISBN 978-956-10-1846-4



www.editorialjuridica.cl

346.052083

RAM

SU

C.1



EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

COLECCIÓN MANUALES JURÍDICOS



COLECCIÓN MANUALES JURÍDICOS



EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© RENÉ RAMOS PAZOS
© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 1^a, 4^{to} piso, Santiago
Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 168.930, año 2008
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta primera edición
de 600 ejemplares en el mes de febrero de 2010

IMPRESORES: Salesianos Impresores S. A.
IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-1846-4

RENÉ RAMOS PAZOS

RED DE BIBLIOTECAS PÚBLICAS



BP2539757

346.052.383
RAM
AM
2010
c. 1
169841

SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE



5379



www.editorialjuridica.cl

El presente libro ha sido preparado para que sirva de texto de estudio a los alumnos de Derecho y a los abogados que recién comienzan su vida profesional. Atendido el objetivo propuesto, he cuidado exponer todas las materias en forma simple, tratando de cubrir íntegramente los diversos temas sin entrar en detalles que no me parecen indispensables. En todo caso, los que tengan interés en estudiar cualquier aspecto con mayor profundidad podrán recurrir a las obras o autores que se encuentran citados en la obra.

La sucesión por causa de muerte ha sido tratada en nuestro país por maestros de la talla de Luis Claro Solar, Manuel Somarriva Undurraga y Ramón Meza Barros, entre los más antiguos, y por Ramón Domínguez Benavente, Ramón Domínguez Águila y Pablo Rodríguez Grez, entre los más nuevos. A sus textos he recurrido, tratando de extraer de cada uno lo que me ha parecido indispensable para tener una visión completa de las materias abordadas.

Como en mis libros anteriores, me he preocupado de dar a conocer la forma como nuestros tribunales han ido resolviendo las distintas cuestiones que les han sido planteadas, recurriendo para ello prácticamente a todas las revistas nacionales que publican la jurisprudencia.

Antes de terminar quiero agradecer en forma muy especial a la alumna de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción señorita Viviana Brito Chacano, quien me ayudó en forma seria y desinteresada a recopilar los fallos de nuestros tribunales. Su ayuda me ha sido inestimable.

Sólo me resta agregar que en la preparación de este trabajo he tenido presente en todo momento el interés de los alumnos de Derecho. Si el resultado final les facilita el estudio de las materias tratadas, sentiré que he cumplido la tarea.

RENÉ RAMOS PAZOS

Concepción, Ciudad Universitaria, agosto de 2007

Párrafo I: Generalidades

1. Regulación de la sucesión por causa de muerte. Esta materia está tratada en el Libro III del Código Civil, denominado “De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos”. Como se desprende del mismo nombre, se tratan en él dos materias absolutamente distintas, que sólo tienen en común el constituir títulos gratuitos de adquisición de bienes. En efecto, la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio de los derechos y obligaciones transmisibles del causante a sus herederos, tal como lo señala el artículo 588 del Código Civil.¹ En cambio, la donación entre vivos es un contrato, definido en el artículo 1386 del mismo Código. Podríamos agregar mal definido, desde que dice que es “un acto”, como si se tratase de un acto jurídico unilateral y no de un contrato, que es lo que corresponde a su verdadera naturaleza jurídica, para agregar en seguida “por el cual una persona transfiere”, lo que también es erróneo, pues como contrato que es constituye sólo un título traslativo, no un modo de adquirir. El donatario adquiere el dominio de las cosas donadas por tradición.

2. Fuentes de la sucesión por causa de muerte. En esta materia Bello se inspiró en el Derecho Romano, en el antiguo Derecho Hispánico, particularmente en las Siete Partidas, y en el Derecho francés. Tuvo especialmente en cuenta a algunos autores franceses anteriores y posteriores

al código de Napoleón. Entre los primeros estuvieron Dumoulin, Domat y Pothier; y entre los posteriores, Belvincourt, Rogron y Merlin. Muy importante fue también la influencia de Savigny, de quien tomó el principio de la unidad de la ley que regula la sucesión.

3. Concepto de sucesión. Todo derecho puede extinguirse o simplemente cambiar de titular. En este último caso se habla en términos generales de “sucesión”, porque un titular sucede a otro. Esta sucesión puede ser a título particular, en que una persona sustituye a otra en un determinado derecho o relación jurídica, o a título universal, en que se pasa a ocupar el lugar de otro en la totalidad de sus relaciones patrimoniales considerada como una entidad compleja. Este segundo tipo de sucesión sólo se da en la sucesión por causa de muerte. La ley no admite que en virtud de un acto entre vivos una persona pueda suceder a otra en todo su patrimonio. Ello porque éste es un atributo de la personalidad y, por ende, no puede ser objeto de ningún tipo de negociación. Buen ejemplo de lo que decimos lo encontramos en los artículos 1811 (compraventa), 1409 (donación) y 2056 (sociedad) del Código Civil. En efecto, el artículo 1811 establece que es nula la venta de todos los bienes presentes o futuros, o de unos y otros, de una persona; el artículo 1409 establece que “las donaciones a título universal no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario”; y el artículo 2056 prohíbe “toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes o venideros, o de unos u otros”.

¹ En lo sucesivo las referencias al Código Civil sólo se indicarán por el número del artículo.



4. Concepto de patrimonio. Para entender cabalmente la sucesión a título universal, es importante detenerse en el concepto de "patrimonio". Si bien hay distintas doctrinas para explicar su naturaleza jurídica, no hay discusión en cuanto a que el patrimonio comprende todas las relaciones jurídicas, activas o pasivas, avaluables en dinero. En todo patrimonio hay un activo y un pasivo. Forman parte del activo todas las cosas corporales o incorporales, muebles o inmuebles. Dentro de las incorporales se comprenden los derechos reales o personales y las acciones que la ley otorga para hacer efectivos estos derechos. Quedan fuera algunos derechos importantes, como el derecho a la libertad, a la integridad personal, etc., por no ser susceptibles de evaluación pecuniaria.

Al derivar el concepto de patrimonio de la idea de personalidad, sólo se puede hablar de sucesión universal cuando esta personalidad cesa. Por otra parte, como expresa Vittorio Polacco, "de que el patrimonio sea en definitiva una emanación de la personalidad se ha derivado hasta el principio de que el mismo subsiste aun en defecto de fuentes activas de producción y aunque el activo haya sido superado por el pasivo". Y por ello —continúa— "la persona llamada a recogerlo *mortis causa* es siempre heredero y asume los derechos y las obligaciones aun cuando no encuentre bienes de clase alguna en el patrimonio del difunto, incluso aun cuando él mismo esté cargado de deudas; lo que con frase tomada de las fuentes, se expresa diciendo que la herencia es un *no-menjuris*, esto es, una entidad jurídica que tiene existencia propia, abstracción hecha de los bienes que la componen".²

5. No pasan al heredero aquellos derechos y obligaciones pecuniarios que la ley declara intransmisibles. La regla general es que todos los derechos y obligaciones pecuniarias del causante son transmisibles. Por excepción, hay algunos que no obstante estar en el patrimonio del difunto, no pasan

a los herederos, por tener el carácter de personalísimos. Así ocurre, entre nosotros, con los derechos de usufructo (art. 773 inciso 2º), con los derechos de uso y habitación (art. 819 inciso 1º); con el derecho de alimentos forzosos (art. 334); con el derecho del fideicomisario que fallece antes de la restitución (art. 762); con las obligaciones de hacer contraídas en consideración a la persona del deudor, como, por ejemplo, las obligaciones de pintar un cuadro, hacer una estatua, cantar una ópera o jugar un partido de fútbol; con los derechos que nacen de contratos que terminan por 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, el comodato, la constitución del censo, la renta vitalicia y el censo vitalicio.³

La Corte Suprema en sentencia de 27 de junio de 2007 resolvió que "el sufrimiento moral de la víctima de un accidente del trabajo, por ser personalísimo e intransmisible, no puede ser deducido por otro que no sea su titular, y en el evento que el afectado haya fallecido, la acción de indemnización de su padecimiento espiritual y aflicción no se transmite al patrimonio de sus herederos".⁴

6. Modos de transmisión sucesorial. En doctrina, la transmisión hereditaria puede ser testamentaria; legal o legítima; y contractual. La primera se produce cuando el causante dispone de sus bienes en un testamento; la segunda, cuando a falta de testamento, es la ley la que determina quiénes suceden y en qué proporción; y la tercera, que se da cuando una persona conviene con otra que ésta le sucederá, a cambio de una contraprestación.⁵ Esta última no tiene cabida

² Para algunos la acción de indemnización de perjuicios por daño moral sería intransmisible. Véase Ramón Domínguez Águila: "Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral". Revista Chilena de Derecho, 2004, septiembre-diciembre, vol. 31, N° 3, pág. 498.

³ C. Suprema, 27 de junio de 2007 (causa rol 309-06).

⁴ Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, *Derecho sucesorio*, Edit. Jurídica de Chile, 2ª edición, 1998, N° 8, pág. 35.

en la legislación chilena, por ser contraria al principio de ser el testamento un acto jurídico esencialmente revocable (artículos 999 y 1001) y, por otra parte, por adolecer de nulidad absoluta, por objeto ilícito, los pactos sobre sucesión futura (artículo 1463 en relación con el 1682).

7. La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio. El artículo 588 del Código Civil menciona entre los modos de adquirir el dominio, a la sucesión por causa de muerte, agregando que de este medio se tratará en el Libro "De la Sucesión por causa de muerte". Se ha fallado que "la sucesión por causa de muerte, dentro de nuestra legislación, es título y modo de adquirir el dominio".⁶

Somarriva, tomando pie en lo que disponen los artículos 588 y 951 del Código Civil, define a la sucesión por causa de muerte como "un modo de adquirir el dominio del patrimonio de una persona difunta, o sea, el conjunto de sus derechos y obligaciones transmisibles, o una cuota de dicho patrimonio, como un tercio o un medio, o especies o cuerpos ciertos, como tal casa, tal caballo o cosas indeterminadas de un género determinado, como cuarenta fanegas de trigo".⁷ No compartimos la parte final de esta definición, pues si el causante en su testamento deja cosas indeterminadas de un género determinado, como cuarenta fanegas de trigo, estamos frente a un legado de género, que no se adquiere por sucesión por causa de muerte, sino por tradición. El legatario de género adquiere por sucesión por causa de muerte únicamente un crédito para exigir su pago a los herederos y sólo cuando el legado se paga adquiere el dominio de la cosa legada.

Nos parece más adecuada entonces la definición de Claro Solar: "Sucesión o sucesión por causa de muerte es, pues, la transmisión del patrimonio de una persona difunta o de una cuota de él o de una

⁶ Corte de Talca, Rev. Der. y Jur., t. 28, sec. 2ª, pág. 1.

⁷ Manuel Somarriva, *Derecho sucesorio*, Edit. Nascimento, 1961, N° 9, pág. 17.

o más cosas especiales, que se efectúa en favor de determinada persona".⁸ Sólo se le puede reprochar a esta definición el que señale que es "*la transmisión del patrimonio*", en circunstancias que, como se ha señalado, hay derechos y obligaciones que están en el patrimonio del causante y que no se transmiten a sus herederos.

Nótese que por sucesión por causa de muerte se puede transmitir no sólo la totalidad de los derechos y obligaciones transmisibles de una persona difunta, sino también una cuota de tales derechos u obligaciones. Así, por lo demás, lo señala el artículo 951 inciso 2º del Código Civil

8. Características de la sucesión por causa de muerte como modo de adquirir. Dentro de las clasificaciones de los modos de adquirir, la sucesión por causa de muerte presenta las siguientes características: a) derivativo; b) por causa de muerte; c) a título gratuito; y d) modo de adquirir tanto a título universal como a título singular.

9. Modo de adquirir derivativo. La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir derivativo, porque el sucesor adquiere únicamente los derechos que tenía el causante. Si éste no era dueño, no ha podido transmitir un derecho de que carecía. Esta característica es importante para la prueba del dominio, pues el heredero o el legatario de especie, para probar el dominio de la cosa heredada o legada debe acreditar que su causante era dueño.

10. Modo de adquirir por causa de muerte. Ello es así porque es condición para que opere la transmisión que el causante fallezca. Así lo confirman, entre otros, los artículos 951, 953 y 956. El primero establece que "se sucede a *una persona difunta* a título universal o singular" (inc. 1º); el 953 expresa que "se llaman asignaciones por causa de muerte, las que hace la ley o el testamento de una *persona difunta*, para suceder en sus bienes"

⁸ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, t. XIII, N° 5, pág. 11.

(inc. 1º). Por su parte, el artículo 956 señala que “la delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla, agregando en seguida que “la herencia o legado se defiere al heredero o legatario *en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata...*”. Por último, el artículo 1463 nos recuerda que “el derecho a suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aunque intervenga el consentimiento de la misma persona”.

11. Modo de adquirir a título gratuito.

Es a título gratuito, porque para que opere la adquisición de la cosa heredada o legada no se requiere de una prestación del heredero o legatario. Como observa Somarriva, “esto no significa que necesariamente toda asignación suponga un enriquecimiento del heredero”, pues sea que se suceda en todo el patrimonio o en una cuota de un patrimonio, sólo habrá enriquecimiento si el activo del patrimonio es superior al pasivo, es decir, si el causante tenía más bienes que deudas.⁹

12. La sucesión por causa de muerte puede ser a título universal o singular. Será a título universal cuando se adquieren todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante, o una cuota de ellos, y será a título singular cuando se adquiere una o más especies o cuerpos ciertos o una o más especies indeterminadas de cierto género (un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo). En este último caso la asignación no se adquiere por sucesión por causa de muerte, sino por tradición.

13. De las asignaciones por causa de muerte. El artículo 953 las define: “Se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley o el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes” (inc. 1º). Y el inciso final agrega que “asignatario es la persona a quien se hace la asignación”.

14. Clasificación. Las asignaciones pueden ser: a) asignaciones a título universal y a título singular; y b) asignaciones testamentarias, intestadas o abintestato, y asignaciones parte testamentaria y parte intestada.

15. Asignaciones a título universal y a título singular. El artículo 951 señala que “se sucede a una persona difunta a título universal o singular” (inc. 1º). En seguida, las define en los incisos siguientes: “El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto. El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo”.

Esta norma debe complementarse con el artículo 954, según el cual “las asignaciones a título universal se llaman *herencias*, y las asignaciones a título singular *legados*. El asignatario de herencia se llama *heredero*, y el asignatario de legado, *legatario*”.

Más adelante, el Código en los artículos 1097 y 1104 reitera estos conceptos. El primero expresa que “Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos...”; y el segundo, que “Los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios...”.

16. No debe confundirse asignatario a título universal con heredero a título universal. Más adelante, cuando se estudie a los herederos, se verá que pueden ser herederos universales o de cuota. Ello nos lleva a precisar de inmediato que todo heredero por el hecho de ser tal es asignatario a título universal. Sin embargo, el heredero –como tal– puede ser heredero universal o heredero de cuota. Según el artículo 1098, será heredero universal cuando ha sido llamado en términos generales que no designan cuotas, como “Sea Fulano mi heredero” o

“Dejo mis bienes a Fulano”; y será heredero de cuota, cuando es llamado en una cuota del patrimonio del causante.

También es útil aclarar que la asignación del heredero universal puede ser de monto inferior a la de un heredero de cuota. Ello puede ocurrir porque el ser heredero universal no significa ser heredero único, de tal suerte que al tener que concurrir con otros, puede corresponderle una parte ínfima de los bienes del causante. Así por ejemplo: si Cayo deja todos sus bienes a Pedro, Juan y Diego, estos son herederos universales (porque no se señaló cuota). En el ejemplo, entonces, cada uno de ellos heredará un tercio. En cambio si Cayo deja la mitad de sus bienes a Pedro, una cuarta parte a Juan y una cuarta parte a Diego (todos herederos de cuota), Pedro lleva más que en el ejemplo anterior, no obstante ser heredero de cuota.

Como veremos en su oportunidad, la distinción entre el heredero universal y el heredero de cuota sólo cobra importancia para los efectos del derecho de acrecimiento, que sólo procede si no hay designación de cuota (art. 1148).

17. Toda asignación a título singular (legado) implica necesariamente la existencia de un testamento. No existen los legados forzosos, como ocurrió en épocas pasadas. El legado presupone una manifestación de voluntad del causante que éste sólo puede hacer en un testamento.

18. Asignaciones testamentarias y asignaciones intestadas o abintestato. Será testamentaria si se sucede en virtud de un testamento; y será intestada o abintestato o legal, si se sucede en virtud de la ley (art. 952 inc. 1º).

19. Sucesión parte testamentaria y parte intestada. El inciso 2º del artículo 952 agrega que “La sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria, y parte intestada”. Esta regla constituye una importante innovación a las normas del Derecho Romano, que no admitía que se pudiera morir parte testado

y parte intestado. Según Pomponio, eran cosas naturalmente incompatibles que pugaban entre sí. Como observa Claro Solar, “el principio fundamental del Derecho Romano que la establecía –la incompatibilidad– era sólo una consecuencia de que se estimaba ignominioso para la memoria del difunto la falta de heredero que lo representara en la totalidad de su patrimonio, activa y pasivamente, considerando de tal modo que el testamento no valía sin la institución de heredero, o si el heredero instituido no aceptaba la herencia”. Este principio se mantuvo en las Siete Partidas, criterio que sólo vino a modificarse el año 1348 en el Ordenamiento de Alcalá, siendo posteriormente reiterado por Felipe II en 1566 e incorporado en la Novísima Recopilación.¹⁰ Este autor expresa que “no existe, según el legislador chileno, la pugna natural o contradicción entre ambos modos de suceder, ya que el obvio sentido de una disposición parcial de los bienes es que el testador ha querido que lo restante pase a sus herederos naturales”.¹¹

20. Principios que informan el Derecho Sucesorio chileno. El Derecho Sucesorio chileno se inspira en ciertos principios que es necesario tener presente para la acabada comprensión de esta materia. Podemos resumirlos, en la forma siguiente: a) Principio de ser los herederos continuadores de la persona del causante; b) Principio de la unidad del patrimonio, y c) Principio de la igualdad.¹²

21. Los herederos son los continuadores de la persona del causante. Este principio está consagrado en el artículo 1097 en cuanto establece que los herederos “representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles”. La expresión “representan” no está

¹⁰ Claro Solar, ob. cit., tomo XIII, N° 15, pág. 16.

¹¹ Claro Solar, ob. cit., N° 15, pág. 16.

¹² En esta materia he seguido muy de cerca el Derecho Sucesorio de los profesores Domínguez Benavente y Domínguez Aguila.

⁹ Somarriva, ob. cit., N° 13, pág. 20.



tomada en el sentido técnico definido en el artículo 1448 del Código Civil, sino que es una forma de expresar que el heredero pasa a ocupar el lugar del causante y por ello adquiere sus bienes y asume sus obligaciones, tanto las que aquél tenía en vida (obligaciones hereditarias), como las que él crea en su testamento (obligaciones testamentarias), aun cuando estas obligaciones superen el monto de los bienes que recibe (*responsabilidad ultra vires hereditatis*), salvo que goce del beneficio de inventario que oportunamente estudiaremos.

Este principio tiene importantes aplicaciones:

a) Adquiere los derechos y las obligaciones derivados de todos los contratos celebrados por el causante. Por ello se dice que cuando una persona contrata lo hace para sí y para sus herederos. Así lo consignan diversas disposiciones legales: art. 1492 en el caso del acreedor condicional que fallece pendiente la condición; art. 1962 N° 1, en el arrendamiento; art. 2190, en el comodato, art. 2352 en la fianza.

Se ha fallado que si bien el mandato termina con la muerte del mandante, afectan a los herederos las obligaciones válidamente contraídas por el mandatario. La circunstancia de "que los sucesores de una persona no hayan intervenido en un contrato celebrado por ésta, no los libera en manera alguna de los cargos o deudas que hayan contraído lícitamente, y, en cuanto tengan eficiencia legal, sobre los bienes de su patrimonio".¹³

b) Asume la obligación de indemnizar los daños generados por un delito o cuasidelito civil (art. 2316);

c) La acción de nulidad relativa se transmite a los herederos (art. 1684);

d) Puede alegar la nulidad absoluta de un acto o contrato celebrado por el testador invocando el interés actual de éste;

e) Según algunos, no puede alegar la nulidad absoluta de un acto o contrato celebrado por el testador si éste sabía o debía saber el vicio que lo invalidaba (art. 1683);

¹³ C. Concepción, Rev. Der. y Jur., t. 25, sec. 1ª, pág. 171.

f) Si el heredero ejercita la acción de indemnización de perjuicios derivada de la responsabilidad extracontractual invocando el interés del causante, el demandado puede plantear la excepción del artículo 2330, esto es, que se reduzca la suma a pagar por haberse expuesto la víctima –el causante– imprudentemente al daño;

g) Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra sus herederos, cumpliéndose las exigencias del artículo 1377.

No se aplica este principio en materia posesoria, pues en conformidad al artículo 717: "sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor, principia en él".

Este principio de que el heredero representa al causante sólo rige para los herederos. No ocurre lo mismo en el caso de los legatarios, los que no representan al causante ni tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan. Sólo responden en subsidio de los herederos (art. 1104) y sólo hasta el monto del beneficio recibido (arts. 1364 y 1367).

22. Excepciones al principio de que los herederos son los continuadores de la persona del causante y lo representan. El principio que estamos analizando tiene excepciones:

a) cuando el heredero goza de beneficio de inventario, pues en ese caso sólo responde de las obligaciones hereditarias y testamentarias hasta concurrencia del valor total de los bienes heredados (art. 1247);

b) en el caso de las herencias deferidas al Fisco, a las personas jurídicas de derecho público y a los incapaces, ya que su responsabilidad se encuentra limitada a lo que existiere al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas (art. 1250);

c) en el beneficio de separación de patrimonios, en cuanto permite a los acreedores hereditarios y testamentarios del difunto pagarse con los bienes de éste con preferencia los acreedores personales del heredero (art. 1378).

23. Principio de la unidad del patrimonio. Este principio sólo tiene aplicación en la sucesión intestada y se traduce "en que las leyes que regulan la sucesión intestada son las mismas para todos los bienes del *de cujus*: activo y pasivo; muebles e inmuebles, heredados o adquiridos a cualquier título por el causante".¹⁴ El artículo 981 prescribe que "la ley no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas". De manera que todos los bienes quedados al fallecimiento del causante forman una sola masa hereditaria, que queda regulada por una ley única: la de su último domicilio, según lo ordena el artículo 955. Bello, en una nota al Proyecto de 1841 explicaba: "Así, por ejemplo, el hermano uterino y el consanguíneo suceden por partes iguales, sin embargo de que la mayor parte de los bienes del hermano difunto hayan provenido de la línea paterna".¹⁵

Del principio que nos ocupa derivan importantes consecuencias:

a) Son llamados a la sucesión intestada del causante las personas que indica el artículo 983, sin que importe su nacionalidad;

b) La capacidad de los asignatarios se rige por la ley del último domicilio del causante;

c) La ley del último domicilio determina quiénes heredan y en qué proporción, sin que importe la naturaleza o el origen de los bienes que a cada uno correspondan.

24. Excepciones al principio de la unidad.

Se señalan como excepciones al principio de unidad las siguientes:

1. situación del extranjero que fallece intestado en Chile;

2. situación del chileno que deja bienes en el extranjero;

3. Situación del ausente;

4. casos contemplados en leyes especiales.

En los números siguientes analizaremos cada una de estas situaciones:

¹⁴ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., N° 61, pág. 95.

¹⁵ Andrés Bello, *Obras Completas*, Edit. Nascimento, Proyecto de Código Civil, t. I, pág. 32.

25. Situación del extranjero que fallece intestado en Chile. Este caso está reglado por el artículo 998: "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".

Aparentemente la excepción sólo tendría importancia tratándose del extranjero no domiciliado en Chile, ya que si lo estaba, no habría ninguna excepción, pues regiría íntegramente la ley chilena, de acuerdo al artículo 955. Sin embargo, en la realidad ello no es tan efectivo, pues puede ocurrir que este extranjero domiciliado en Chile tuviera bienes situados en un país extranjero que no acepte la aplicación de la ley chilena. Para evitar que con ello se pueda perjudicar a los parientes chilenos, el artículo 998 establece en el inciso segundo el derecho de los chilenos a pagarse con los bienes situados en Chile con preferencia a los demás herederos cuando la legislación extranjera no reconozca sus derechos.¹⁶

Tratándose del extranjero que fallece teniendo su último domicilio en el extranjero, la excepción cobra toda su utilidad, pues de aplicarse la regla general del artículo 955, debería regirse por la ley extranjera. La excepción tiene por objeto proteger a los asignatarios o alimentarios chilenos, frente a una legislación extranjera que les puede ser más desfavorable.

Como la ley chilena no se aplica en el extranjero, para que se haga efectivo este derecho el inciso 2º agrega que "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".

Explican los profesores Domínguez que "para determinar los derechos que correspondan a los sucesores chilenos, se tomarán

¹⁶ René Abeliuk, Olga Rojas Besoain y Mireya Tasso Fuentes, *Estudio Crítico de la Jurisprudencia del Código Civil: La sucesión legal*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de Chile, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, N° 105, pág. 115.

en cuenta todos los bienes del causante: los que están en Chile y los que poseía en el extranjero. Establecido así a cuánto ascienden tales derechos, podrán hacerlos efectivos sobre los bienes situados en el país. Habrá pues que formar inventario de todos los bienes del causante, estimarlos en valor, determinar sobre el monto total los derechos que la ley chilena les concede por las razones que apunta el artículo 998 y hacerlos efectivos sobre los bienes que existen en Chile. Si éstos no alcanzaren a cubrirlos totalmente, los beneficiarios tendrán que gestionar el reconocimiento del excedente en el país en que se abrió la sucesión, si fuere posible de acuerdo a las normas generales del Derecho Internacional sobre ejecución de fallos extranjeros".¹⁷

Si bien esta norma está dada sólo para la sucesión intestada, se aplica también en el caso de la sucesión testada respecto de los asignatarios forzosos atendido lo que dispone el artículo 1167: "Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas...".

26. Situación del chileno que deja bienes en el extranjero. El inciso final del artículo 998 establece que "esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero". Ello quiere decir que no obstante lo que diga la ley del último domicilio del causante, se aplicará la ley chilena a los herederos y alimentarios chilenos. Por cierto que esta regla sólo va a tener utilidad si el causante dejó bienes en Chile, pues en ellos podrán hacer efectivos sus derechos. En caso contrario, el beneficio se hace ilusorio, pues no podrán pretender aplicar la ley chilena en el extranjero.

Como explican los profesores Domínguez, "no se indica, en el artículo 998, que esta situación se refiera a la sucesión intestada. Pero ello resulta evidente desde que en el caso del testamento rige la voluntad del

causante en lo que no vulnera las asignaciones forzosas".¹⁸

27. Situación del ausente. En conformidad al artículo 81 N° 1, "la presunción de muerte del desaparecido debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile". Por ello, siempre se va a regir por la ley chilena atendido lo dispuesto en el artículo 955 inciso 2°. Este caso sólo constituiría una excepción a las reglas generales, si en la realidad el causante hubiere tenido su último domicilio en el extranjero.

Por otra parte —como lo sostienen los profesores Domínguez—, en el caso que estamos comentando no hay ninguna excepción a las reglas generales, desde que como la sucesión se abre en Chile, se debe aplicar la ley chilena, que es lo que ordena el artículo 955.¹⁹

28. Casos contemplados en leyes especiales. Debemos agregar que a las excepciones anteriores se deben agregar otras establecidas en leyes especiales, como ocurre, por ejemplo, con el D.L. 2079, del 18 de enero de 1979, art. 37, que permite a los herederos retirar de las cuentas de ahorro del Banco del Estado, los depósitos del causante hasta 5 sueldos vitales anuales de la Región Metropolitana o su equivalente en moneda extranjera, sin necesidad de posesión efectiva.

29. Principio de la igualdad. Este principio tiene diversas manifestaciones que consagran diversas disposiciones del Código Civil (arts. 982, 985, 988, 1185, 1345 inc. 1°, 1354, 1337).

Veamos cada uno de estos casos.

30. En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura. Así lo dice el artículo 982: "En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura".

¹⁸ Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 66, págs. 101-102.

¹⁹ Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 67, pág. 103.

De esta forma establece la igualdad entre los distintos asignatarios, cualquiera sea su sexo o el orden de sus nacimientos. Luego los llamados a suceder pueden ser mayores o menores, hombres o mujeres. Esta norma sólo tiene valor histórico.

31. Reparto igualitario entre los que suceden por derecho de representación.

Dice el artículo 985 que "los que suceden por representación heredan en todos casos por estirpes, es decir, que cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y *por iguales partes* la porción que hubiera cabido al padre o madre representado" (inc. 1°).

32. Reparto igualitario entre los que no suceden por representación.

El inciso 2° del artículo 985 agrega que "los que no suceden por representación suceden por cabezas, esto es, toman entre todos y *por iguales partes* la porción a que la ley los llama, a menos que la misma ley establezca otra división diferente".

33. Reparto de los hijos en el primer orden de sucesión intestada.

Según el artículo 988 inciso 3°, lo que corresponde a los hijos se dividirá entre ellos por partes iguales. Bueno es recordar que ello pasó a ser así con la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, pues con anterioridad los hijos legítimos llevaban en este orden, en términos generales, el doble de lo que correspondía a los hijos naturales.

34. Formación del primer acervo imaginario.

En el primer acervo imaginario al acumular al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, se pretende asegurar la igualdad de los legitimarios (art. 1185).

35. Obligación de saneamiento en la partición.

Hecha la partición, el partícipe que sufra evicción tiene derecho al saneamiento dividiéndose el pago entre los partícipes a prorrata de sus cuotas (art. 1347).

36. Igualdad en la repartición del pasivo.

En conformidad al artículo 1354, las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, salvo que se haya aceptado con beneficio de inventario, en que el heredero beneficiario sólo responde hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda (incisos 1° y 3°).

37. Igualdad en la partición.

El artículo 1337 regla 7ª establece que "En la partición de una herencia o de lo de que ella restare, después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los números anteriores, se **ha de guardar la posible igualdad**, adjudicando a cada uno de los consignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible".

La Ley 19.585 agregó una regla N° 10 al artículo 1337, incorporando la llamada adjudicación preferente, que constituye **una excepción al principio de la igualdad**, pues sustrae de las reglas de la partición el inmueble en que resida el cónyuge sobreviviente que sea o haya sido la vivienda principal de la familia y el mobiliario que lo guarnece, para adjudicárselo a éste en pago de sus derechos hereditarios. En su momento, cuando se estudie esta adjudicación preferente, se volverá sobre este punto.

38. La filiación matrimonial o no matrimonial de un heredero no tiene actualmente ninguna significación hereditaria.

Hasta que entró en vigencia la Ley N° 19.585, que igualó los derechos de todos los hijos, matrimoniales y no matrimoniales, otro de los principios fundamentales de la sucesión por causa de muerte era la preeminencia que se daba a los hijos de filiación matrimonial respecto de los entonces llamados "hijos naturales". Así, por ejemplo, en el primer orden de sucesión intestada —artículo 988— los hijos naturales llevaban, en términos generales, únicamente la mitad de lo que correspondía a un hijo legítimo. La Ley N° 19.585 puso fin a esta injusta situación.



Párrafo II: De la apertura de la sucesión

39. Lugar en que se trata esta materia. El Código regula la apertura de la sucesión en el artículo 955 y en el Título VII del Libro III, artículos 1222 y siguientes. La denominación de este Título VII es “De la apertura de la sucesión y de su aceptación, repudiación e inventario”.

40. Concepto de apertura de sucesión. Somarriva la define como “el hecho que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios y se los transmite en propiedad”, agregando que “en consecuencia, la apertura de la sucesión da lugar a la sucesión por causa de muerte”.²⁰

41. Momento en que se produce la apertura. De acuerdo al artículo 955, “La sucesión de los bienes de una persona se abre *al momento de su muerte* en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados”. Es importante determinar el momento de la apertura de la sucesión, para los siguientes efectos:

a) porque a ese momento hay que estar para determinar quiénes suceden al causante y al cumplimiento de los requisitos de capacidad y dignidad para suceder (art. 962);

b) porque también hay que estar a ese momento para saber la legislación aplicable a la sucesión, atendido lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. A modo de ejemplo, la Ley N° 19.585 cambió sustancialmente los derechos hereditarios, mejorando, entre otras cosas, lo que le corresponde al cónyuge sobreviviente. Luego para saber los derechos del viudo o viuda habrá que ver si el causante falleció antes o después de entrar en vigencia esa ley;

c) porque desde el momento de la apertura se puede repudiar la asignación, aunque ésta sea condicional y esté pendiente la condición (art. 1226);

d) porque los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraen

al momento de la apertura de la sucesión (art. 1239);

e) porque a partir de ese momento puede celebrarse cualquier pacto relativo a la sucesión del difunto, sin que exista objeto ilícito;

f) porque si hay varios herederos, a partir de ese momento se produce entre ellos la indivisión hereditaria.

42. La muerte del causante que genera la apertura, puede ser real o presunta. En el caso de la muerte real no hay mayores comentarios que hacer. Pero sí interesa referirse al caso de la muerte presunta. De acuerdo al artículo 84, en este caso la apertura se produce con el decreto que otorga la posesión provisoria de los bienes del desaparecido. Cuando no hay decreto de posesión provisoria –artículo 81 inciso final–, la apertura se producirá con el decreto que otorga la posesión definitiva.

En conformidad al artículo 85, son herederos presuntivos del desaparecido los testamentarios o legítimos que lo eran a la fecha de la muerte presunta, quienes sucederán en los bienes, derechos y acciones del desaparecido, cuales eran a la fecha de la muerte presunta.

43. Situación de los comurientes. Veíamos recién que se debe estar al momento de la apertura de la sucesión para saber quiénes suceden al causante. En relación con ello, es necesario tener presente la situación de los comurientes, regulada en el artículo 79 del Código Civil: “Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiere sobrevivido a las otras”. Consecuencia de lo anterior es lo establecido en el artículo 958: “si dos o más personas llamadas a suceder una a otra se hallan en el caso del artículo 79 –comurientes– ninguna de ellas sucederá en los bienes de las otras”.

Bello en una nota puesta al margen del artículo 6 del Proyecto de 1841, que corresponde al actual artículo 79, reflexionaba: “La equidad de este artículo nos parece incontestable. Siendo dudoso cuál de dos o más personas ha muerto primero ¿por qué han de prevalecer las presunciones casi siempre débiles, deducidas de la diferencia de edad o sexo, sobre derechos apoyados en disposiciones positivas de la ley o del testador?”²¹

44. Lugar en que se abre la sucesión. Según el artículo 955, la sucesión se abre en el lugar del último domicilio del causante.

Es importante saber el lugar en que se abre la sucesión para determinar el tribunal que debe conocer de todo lo relacionado con la sucesión. En efecto, el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales señala que “Será juez competente para conocer del juicio de petición de herencia, del de desheredamiento y del de validez y nulidad de disposiciones testamentarias, el del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto con arreglo a lo dispuesto por el artículo 955 del Código Civil” (inc. 1°). “El mismo juez será también competente para conocer de todas las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes que el difunto hubiere dejado”.

Este artículo 148 guarda relación con lo que dispone el artículo 1009 del Código Civil, relativo a la apertura y publicación de los testamentos, y con el artículo 883 del Código de Procedimiento Civil, que indica ante qué Conservatorio de Bienes Raíces debe inscribirse la resolución judicial que otorga la posesión efectiva de la herencia. Esto último –después de la modificación introducida por la Ley N° 19.903, de 10 de octubre de 2003– sólo rige para las sucesiones testamentarias, pues en el caso de las intestadas, la posesión efectiva se concede por una resolución administrativa del Registro Civil y se inscribe un Registro Nacional de Posesiones Efectivas (art. 688 N° 1°).

45. Legislación aplicable a la sucesión. La sucesión se rige por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales. Así lo consigna el artículo 955 en su inciso 2°.

46. Excepciones en que la sucesión no se rige por la ley del último domicilio del causante. Estas excepciones son las siguientes: a) caso del chileno domiciliado en el extranjero; b) Caso del extranjero domiciliado en el extranjero que deja herederos chilenos; c) caso de la muerte presunta; y d) caso del causante cuya sucesión se abre en el extranjero y que deja bienes en Chile.

47. Caso del chileno domiciliado en el extranjero. En principio, de acuerdo al artículo 955, su sucesión se rige por la ley extranjera. Sin embargo, esta regla sólo va a tener aplicación en dos casos: a) cuando el causante sólo tenga herederos extranjeros; y b) cuando teniendo herederos chilenos, la ley extranjera le respete los derechos que le otorga la ley chilena.

Fuera de estos dos casos, la regla del artículo 955 sufre una excepción, que no deriva del artículo 998, sino del artículo 15 N° 2 del Código Civil que consagra el estatuto personal. Se ha estimado que no hay inconveniente alguno para aplicar esta disposición en materia de sucesiones, “porque precisamente en nuestra legislación éstas forman parte del estatuto personal y no del real. En nuestro Código Civil la sucesión intestada es un derecho que emana de las relaciones de familia, de modo que los parientes y cónyuges chilenos tienen respecto de su compatriota que fallece teniendo su último domicilio en el extranjero, los derechos que reconoce la ley chilena; sobre esta base está precisamente redactado el inciso primero del artículo 998”.²²

48. Caso del extranjero domiciliado en el extranjero que deja herederos en Chile. Si bien de acuerdo al artículo 955 su sucesión se rige por la ley extranjera, esa regla tiene

²² René Abeliuk, Olga Rojas y Mireya Tasso, ob. cit., N° 107, pág. 116.

²¹ Bello, *Obras Completas*, t. I, pág. 23.

²⁰ Somarriva, ob. cit., N° 21, pág. 27.



la excepción contemplada en el artículo 988, de que "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. Ya se ha explicado que "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" (art. 998 inc. 2°).

49. Caso de la muerte presunta. Se suele mencionar como excepción el caso de la sucesión de la persona ausente, porque ésta se rige siempre por la ley chilena. Sin embargo, como ya se ha explicado, no hay tal excepción, desde que se le aplica la ley chilena porque en conformidad al artículo 81 la sucesión se abre en Chile, que es lo que ordena el artículo 955.

50. Caso de la sucesión abierta en el extranjero si el causante deja bienes en Chile. Esta excepción está contemplada en el artículo 27 de la Ley N° 16.271, de Impuesto a las Herencias: "Cuando la sucesión se abre 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 en esta ley" (inc. 1°). El inciso siguiente agrega que "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".

51. Cuando se invoca un estado civil generado en el extranjero que confiere la calidad de heredero de una persona que tuvo el último domicilio en Chile, el estado civil se prueba en conformidad a la ley extranjera. Si bien según el artículo 955, la sucesión de una persona se regula por la ley de su último domicilio, el estado civil generado en el extranjero que se invoca para suceder, debe probarse conforme a la legislación extranjera. Así lo ha resuelto la

Excma. Corte Suprema en un fallo de 8 de junio de 2004, que en su fundamento décimo séptimo señaló: "Que, como se advierte de los preceptos someramente comentados, nuestra legislación acoge, en general, el sistema de determinación del parentesco y del estado civil de las personas mediante la aplicación de la ley correspondiente del país en que se origina, constituye o adquiere, siempre que aquellos no se encuentren en alguna de las situaciones comprendidas en el régimen de excepción vigente, caso en el cual regirá la ley chilena. De tal manera que si es un extranjero, en este caso de nacionalidad española, quien reclama derechos en una sucesión intestada abierta en Chile, como en la especie ocurre, haciendo valer un determinado vínculo de parentesco constituido bajo el amparo de la legislación española que lo habilitaría para adquirir en Chile la condición de heredero, debe entonces aplicarse la ley del país a que pertenece para la comprobación de si el presunto heredero tenía o no con el causante el vínculo que según nuestro legislador lo hace acreedor a suceder" (Considerando 17).²³ En el mismo sentido, René Abeliuk M., Olga Rojas Besoain y Mireya Tasso Puentes.²⁴

Párrafo III: De la delación de las asignaciones

52. Concepto. El artículo 956 define la delación de una asignación como "el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla. Nótese que la sola delación no confiere la calidad de heredero o legatario. Sólo es una oferta que el asignatario debe aceptar o rechazar. La aceptación o repudiación de una herencia o de un legado de especie se retrotrae al momento en que es deferida.

²³ Rev. Der. y Jur., t. 101, sec. 1°, pág. 147. En el mismo sentido, C. Tacna, 3 septiembre 2006, t. 4, sec. 2°, pág. 33.

²⁴ *Estudio Crítico de la Jurisprudencia del Código Civil. La sucesión legal*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, N° 118, pág. 126.

(art. 1239). Si el legado es de género, deberá aceptarse cuando sea pagado.

53. Momento en que se produce. Excepción. Lo normal será que la asignación se defiera al momento del fallecimiento del causante. Sin embargo, no ocurre de ese modo cuando la asignación es condicional suspensiva, pues en tal supuesto la delación se va a producir al momento de cumplirse la condición (art. 956 inc. 2°). Si bien esta disposición sólo habla del asignatario llamado condicionalmente, sin distinguir entre condición suspensiva o resolutoria, no hay duda de que la excepción sólo puede estar referida a la primera, pues si la condición es resolutoria, el llamamiento opera de inmediato, en virtud del efecto propio de esa clase de condiciones (art. 1479).

Existe una contraexcepción, en el caso en que la condición *suspensiva sea de no hacer algo que depende de la sola voluntad del asignatario*, pues en tal supuesto se vuelve a la regla general, de que la delación se produzca desde el momento de la muerte del causante, siempre que se dé por el asignatario condicional *caución suficiente de restituir la cosa asignada con sus accesorios y sus frutos en caso de incumplir la condición*. Empero, esta excepción no tiene lugar "cuando el testador hubiere dispuesto que mientras penda la condición de no hacer algo, pertenezca la cosa a otro asignatario" (art. 956, incisos 3° y 4°).

54. Derecho de opción del asignatario. Todo asignatario tiene un derecho de opción, para aceptar o rechazar la asignación. Sólo la puede aceptar cuando la asignación le ha sido deferida (art. 1226 inc. 1°). Para rechazar la asignación, en cambio, no es necesario que se le haya deferido, pudiendo hacerlo desde el momento de la apertura de la sucesión (art. 1226 inciso 2°). En todo caso, los efectos de la aceptación o de la repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta ha sido deferida. La misma regla se aplica a los legados de especie (art. 1239).

55. Características del derecho de opción. Se señalan como sus características

las siguientes: a) se adquiere originariamente; b) se adquiere ipso jure; c) es personal; d) es intransferible; e) no se puede testar disponiendo de esta opción; f) es indivisible; g) es irrevocable; h) no sujeto a modalidades; y h) es un derecho absoluto.

Veamos cada una de estas características en los números siguientes.

56. Se adquiere originariamente. El derecho a optar lo otorga la ley. Se ha dicho que "en todo caso, el asignatario no adquiere el derecho a optar del causante. No le viene derivativamente. Es la asignación la que se adquiere derivadamente, por venir del difunto; pero el derecho de opción nace con la delación o la apertura, según la variante que se elija".²⁵ Por excepción el derecho de opción se adquiere derivativamente cuando opera el derecho de transmisión, que luego veremos.

57. Se adquiere ipso jure. El derecho de opción lo otorga la ley, de tal suerte que no se requiere de una manifestación de voluntad del asignatario. Nótese que es la opción la que se adquiere por el solo ministerio de la ley, no la asignación, que siempre requiere aceptación.

58. El derecho de opción es personal del asignatario. Dicho esto en el sentido de que opera con exclusión de todo otro sujeto. No es un derecho personalísimo, pues puede transmitirse. Sin embargo, si hay testamento, el testador puede darle el carácter de personalísimo si dispone, por ejemplo, que el derecho de acrecer prefiera al de transmisión (1055 a contrario sensu) o el de sustitución al de transmisión.

59. Intransferible. La opción no se puede transferir. Si se hiciera, importaría aceptación tácita de la asignación (art. 1241).

60. El asignatario no puede disponer de esta opción en su testamento. Si lo hiciera,

²⁵ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, *ob. cit.*, t. I, N° 146, pág. 181.

también importaría aceptación tácita. Pero como veremos en seguida, si fallece antes de ejercitar la opción, ésta se transmite a sus herederos. Es lo que se denomina el derecho de transmisión.

61. La opción es indivisible. Con ello se quiere significar, en primer término, que no se puede aceptar en parte y rechazar en parte la asignación (art. 1228); y, en segundo lugar, que se acepta o rechaza respecto de todos los demás interesados en la sucesión. No se admite que se acepte respecto de unos y se rechace respecto de otros.

62. La opción es irrevocable. Una vez ejercida, no se puede dejar sin efecto, sin perjuicio de que se pueda pedir su nulidad en los casos que indican los artículos 1234 y 1237.

63. La opción no puede sujetarse a modalidades. Así aparece del artículo 1227, lo que se explica porque está comprometido el interés de terceros (los que tendrían derecho a aceptar o repudiar si el asignatario repudia).

64. Es un derecho absoluto. Con ello queremos expresar que se puede aceptar o repudiar libremente, sin que pueda imputarse abuso del derecho.

Párrafo IV: Derecho de transmisión

65. Derecho de transmisión. Puede acontecer que producida la delación, el asignatario fallezca antes de aceptar o repudiar la asignación. En ese caso, su opción se transmite a sus herederos. Es lo que se denomina el derecho de transmisión, que define el artículo 957: "Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido". Meza Barros lo define como "la facultad que tiene el

heredero que acepta la herencia, de aceptar o repudiar la herencia o legado que se deferió a su causante fallecido sin haber aceptado o repudiado".²⁶

66. El derecho de transmisión es aplicación de los principios generales. Nada tiene de excepcional, pues si la opción formaba parte del patrimonio del asignatario fallecido, es natural que se transmita a sus herederos, desde que éstos lo representan para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (art. 1096).

67. Personas que intervienen en el derecho de transmisión. En el derecho de transmisión intervienen 3 sujetos: a) el causante que instituyó un legado o dejó una herencia; b) el transmitente, o transmisor, que es la persona a la que se dejó el legado o la herencia; y c) el transmitido, que es el heredero del transmitente o transmisor a quien pasa el derecho de opción.

68. Ámbito de aplicación. El derecho de transmisión opera tanto respecto de las herencias como de los legados (el art. 957 lo consigna expresamente), sea que la sucesión sea testada o intestada. Esto último se infiere por encontrarse el artículo 957 ubicado en el Título I del Libro III, "Definiciones y reglas generales".

69. Requisitos del derecho de transmisión. En conformidad al artículo 957, para que opere el derecho de transmisión deben cumplirse diversos requisitos que se deben estudiar en relación con el transmitente y con el transmitido.

70. Requisitos respecto del transmitente: a) que fallezca sin haber hecho uso de su derecho de opción; b) que sea heredero o legatario del causante; c) que su derecho de opción no haya prescrito, y d) que sea capaz y digno de suceder al primer causante.

²⁶ Ramón Meza Barros, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, N° 91, pág. 31.

71. Requisitos respecto del transmitido: a) debe ser heredero del transmitente. Así lo establece el artículo 957; b) debe haber aceptado la herencia del transmitente (art. 957 inciso 2°). Este requisito es lógico, porque la opción es parte del as hereditario.

Sin embargo, el art. 1228 inciso 2° permite lo contrario, vale decir, que se acepte la herencia y se repudie lo que le correspondería por derecho de transmisión, y c) debe ser capaz y digno de suceder al transmitente o transmisor.

Párrafo I: Concepto y adquisición

72. Acepciones de la voz “herencia”. La voz herencia puede ser empleada en sentido objetivo o subjetivo.

Desde un punto de vista objetivo, está referida al conjunto de bienes que integran el acervo hereditario, la masa de bienes en que se sucede al causante. Así se puede decir, por ejemplo, que la herencia dejada por XX es cuantiosa o que es insignificante.

En sentido subjetivo la herencia importa un derecho subjetivo que consiste en la facultad o aptitud de una persona para suceder en todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante o en una cuota de los mismos.

73. Características del derecho de herencia. El derecho de herencia presenta las siguientes características: a) es un derecho real; b) recae sobre una universalidad jurídica; c) tiene duración limitada.

74. El derecho de herencia es un derecho real. Como tal lo menciona el artículo 577. Esta disposición señala que “De estos derechos –se refiere a los reales– nacen las acciones reales”. Pues bien, la acción real que nace del derecho de herencia es la acción de petición de herencia, que el Código trata en los artículos 1264 y siguientes.

75. El derecho de herencia recae sobre una universalidad jurídica. Esta universalidad jurídica, integrada por todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante, constituye un todo, con su activo y pasivo, distinto de cada uno de los bienes que lo integran. Al fallecimiento del causante el

dominio de esta universalidad pasa a los herederos por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte. Al respecto se ha fallado que “la cesión de derechos hereditarios no transfiere otros derechos que los que tenía el cedente, esto es, derechos cuotativos en la universalidad jurídica, que no pueden radicarse anticipadamente en un bien determinado, lo que sólo ocurrirá una vez que se efectúe la partición de bienes”.²⁷

76. El derecho de herencia tiene duración limitada. El derecho de herencia tiene duración limitada –una vida efímera dice Somarriva– por cuanto su vida se extiende desde la apertura de la sucesión hasta que cesa la comunidad hereditaria. Por consiguiente, si hecha la partición, se adjudica un bien en común a dos o más herederos, el derecho de cada uno de ellos sobre ese bien ya no es derecho de herencia sino de copropiedad.²⁸

77. Diferencias entre el derecho de herencia y el derecho de dominio. Como expresa Stitckin, a la muerte del causante, el heredero “incorpora a su patrimonio dos derechos: el de dominio sobre las cosas singulares de que el causante era dueño y el de herencia sobre la universalidad jurídica constituida por el patrimonio del causante o por la parte alícuota del patrimonio en que opera la sucesión, según se trate de uno

²⁷ C. Suprema, 7 de septiembre de 1988, Rev. Der. y Jur., t. 85, sec. 1ª, pág. 147.

²⁸ Sobre este punto puede verse René Ramos Pazos: “El derecho de herencia termina con la partición”, Comentario de una sentencia de la I. Corte de Concepción, publicado en Rev. de Derecho de la Universidad de Concepción N° 174, págs. 71-89.



o de varios herederos". Agrega, en seguida, que "son distintas las condiciones que deben concurrir para la adquisición de la herencia y para la del dominio de los bienes comprendidos en ella, pues en tanto que los supuestos jurídicos de la adquisición de la herencia son la delación de la misma y la calidad de heredero, testamentario o intestado (desde que el patrimonio del causante era un elemento inherente a su persona de manera que no puede entrar a examinarse si verdaderamente le pertenecía o no), tratándose de la adquisición del dominio de las cosas singulares comprendidas en la herencia es supuesto jurídico, además que el causante haya sido dueño de esas cosas, puesto que la sucesión por causa de muerte es un modo derivativo".²⁹

Más adelante explica Stitckin que "el heredero puede, a su vez, enajenar la herencia, en cuyo caso el objeto de la enajenación es el derecho real que tiene sobre el patrimonio del difunto, de manera que el tradente no entiende transferir el derecho de propiedad sobre las cosas singulares de que el causante está en posesión a la fecha de su muerte, ni el adquirente entiende adquirir la propiedad de esas cosas, sino en el evento de que efectivamente hubieren sido de dominio del causante; o bien, puede enajenar una cosa determinada de la masa hereditaria (o todas especificándolas), en cuyo caso no invoca su calidad de heredero, sino de dueño y el adquirente entiende incorporar a su patrimonio el derecho real de dominio en la cosa".³⁰

78. Modos de adquirir el derecho de herencia. El derecho real de herencia se puede adquirir por tres modos: A) por sucesión por causa de muerte; B) por tradición, y C) por prescripción.

En los números siguientes iremos analizando cada uno de estos modos de adquirir.

79. Adquisición del derecho de herencia por sucesión por causa de muerte. Es el

²⁹ David Stitckin Branover: comentario a sentencia publicada en Rev. Der. y Jur., t. 46, sec. 1ª, pág. 94.

³⁰ David Stitckin B., comentario recién citado.

modo normal de adquirirlo. Ya sabemos que, fallecido el causante, se produce la apertura de la sucesión y delación de la herencia. El asignatario adquiere ipso jure el derecho de herencia, sin perjuicio de que, como nadie puede adquirir derechos sin su consentimiento, deba aceptar la herencia. Los efectos de la aceptación se retrotraen al momento en que ésta fue deferida (artículo 1239).

80. Adquisición del derecho de herencia por tradición. El heredero puede transferir su derecho de herencia a un tercero, que lo adquiere por el modo de adquirir tradición. Es claro entonces que por tradición no se adquiere el derecho de herencia del causante, sino de un heredero (y eventualmente del tercero a quien el heredero le hubiere cedido su derecho).

Nuestro Código trata de la tradición del derecho de herencia en el párrafo 2 del Título XXV del Libro cuarto, artículos 1909 y 1910. Si bien estas normas están ubicadas en la parte que el Código destina a los contratos —inmediatamente después del contrato de permutación y antes del contrato de arrendamiento—, lo que pudiera inducir a pensar que lo que allí se trata es otro contrato, no hay duda de que ello no es así. Estas disposiciones, bajo la denominación de cesión del derecho de herencia, lo que están regulando es la tradición del derecho de herencia. Así lo prueba el artículo 1909, al hacer referencia al *título oneroso*, que no es otra cosa que el título traslativo que el artículo 675 exige para la validez de toda tradición.

Al ser la cesión del derecho de herencia la tradición de tal derecho, requiere, como toda tradición, de un título traslativo que le anteceda (art. 675). Este título traslativo puede ser gratuito (donación) u oneroso (compraventa, permuta, aporte en sociedad, etc.). Si se cede a título oneroso, de lo único que se hace responsable el cedente es de su calidad de heredero, no de que el causante era dueño de los bienes que integran la masa hereditaria (art. 1909). No responde tampoco del valor de los bienes que integran esa masa. Como lo que se está

transfiriendo es una universalidad jurídica, con activo y pasivo, bien puede acontecer que este último sea mayor que el activo, con lo que el cesionario estaría haciendo un muy mal negocio.

Si se cede el derecho de herencia a título gratuito, de nada responde el cedente, ni siquiera de su calidad de heredero.

81. Forma de hacer la tradición del derecho de herencia. El Código no regula esta materia, lo que ha motivado una controversia doctrinaria sobre la forma como debe hacerse. El problema se presenta especialmente cuando en la herencia existen bienes raíces, pues la duda que se plantea es si en tal caso es necesario para hacer la tradición dar cumplimiento al artículo 686 del Código Civil, esto es, si debe inscribirse en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Como es sabido, hay dos posiciones en esta materia: la de don José Ramón Gutiérrez y la de don Leopoldo Urrutia.

El primero, aplicando el artículo 580, concluye que el derecho de herencia es mueble o inmueble, según lo sean los bienes de que se compone, debiendo seguirse para la tradición las normas que correspondan a la naturaleza de cada uno de estos bienes. Concluye "Cuando yo enajeno el todo o una cuota de un derecho de herencia que recae sobre inmuebles, enajeno el todo o una cuota de un bien inmueble. Mi enajenación es un título traslativo de dominio sobre inmuebles, y, como tal, requiere la inscripción como único medio de tradición, a virtud de lo dispuesto en el artículo 686 inciso primero del Código Civil".³¹

En cambio, para Leopoldo Urrutia, la herencia constituye una universalidad jurídica distinta de los bienes que la integran, que no es mueble ni inmueble, por lo que aun cuando en la masa hereditaria haya bienes raíces, la tradición no se hace por inscripción en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces, no siendo aplicable el

artículo 686 del Código Civil. En definitiva se concluye que la tradición del derecho de herencia se verifica por cualquier medio por el que el tradente manifieste su voluntad de transferirlo y el adquirente de adquirirlo.³²

Esta última opinión es la que ha logrado imponerse. Así, la Corte Suprema en sentencia del 14 de septiembre de 1999, ha fallado: "El objeto de la tradición o cesión de derechos hereditarios no son bienes determinados, sino que la universalidad de la herencia o una cuota de ella. De allí que al cederse derechos hereditarios no se transfiere propiedad particular alguna de los bienes de la herencia. Por ello es que el artículo 1909 del Código Civil dispone que cediéndose a título oneroso un derecho de herencia, el heredero no responde sino de su calidad de tal, lo que viene a confirmar que se transfiere la universalidad del patrimonio hereditario en conjunto y no bienes determinados. Esta universalidad, que es la herencia, representa una abstracción jurídica, un continente distinto de su contenido, porque el objeto del derecho de herencia, en sí mismo, como universalidad, no puede ser considerado 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. Por tanto se ha reconocido que el derecho de herencia o los derechos hereditarios se rigen por el estatuto de los bienes muebles".³³ En este mismo sentido lo había fallado el 13 de mayo de 1961 la misma Corte.³⁴ José Ramón Gutiérrez confunde el derecho de herencia, que es una universalidad jurídica, con el derecho de dominio sobre cada uno de los bienes que la integran. La doctrina nacional está con la tesis de Leopoldo Urrutia. Así,

³² Leopoldo Urrutia, "Informe en Derecho", Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. VI, pág. 222.

³³ Rev. Der. y Jur., t. 96, sec. 1ª, pág. 153.

³⁴ Rev. Der. y Jur., t. 58, sec. 1ª, pág. 108. En el mismo sentido C. Suprema, t. 85, sec. 1ª, pág. 147; Corte Suprema, 29 de septiembre de 1997. En el mismo sentido, Rev. Der. y Jur., t. 96, sec. 2ª, pág. 121; Rev. Der. y Jur., t. 101, sec. 2ª, pág. 37.

entre otros, Enrique Silva Segura,³⁵ Raúl Verdugo Lara,³⁶ Somarriva.³⁷

La sentencia de 14 de mayo de 1999 recién citada resolvió que: "la circunstancia de que uno de los bienes de la herencia esté gravado con una prohibición judicial de celebrar actos y contratos, de conformidad a lo expresado, no afecta la cesión de derechos hereditarios en cuya herencia se encuentra dicho bien, ya que aquél no adolece de objeto ilícito y, por ende, no adolece de nulidad absoluta".

Se ha fallado que cuando en una escritura de cesión se radican los derechos hereditarios del cedente en un inmueble concreto y determinado de la masa hereditaria, lo cedido o transferido son las acciones y derechos que el cedente detentaba sobre una cosa singular que poseía en comunidad con un tercero, por lo que para adquirir el dominio debió efectuarse la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces correspondiente.³⁸

82. ¿Es efectivamente la tradición un modo de adquirir el derecho de herencia?

La pregunta es pertinente porque al ser la herencia una universalidad jurídica con un activo y un pasivo, aceptar la tradición en forma amplia vendría a significar que con la cesión no sólo se traspasarían los bienes del causante, sino también sus deudas sin que el acreedor lo autorizare, lo que es contrario al principio de nuestra legislación que no acepta la cesión de deudas sin el consentimiento del acreedor, como lo deja de manifiesto el artículo 1635 del Código Civil al tratar de la novación por cambio de deudor.

Por ello debe aclararse que cuando se cede el derecho de herencia lo que realmente se está cediendo es el activo del as heredi-

tario; no se está cediendo la condición de heredero, porque no puede desprenderse de las deudas. La calidad de heredero es indeleble de acuerdo al principio latino "*semel heres semper heres*", es decir, el que ha sido heredero no deja de serlo. Por ello incurre en error la sentencia que sostiene que "la venta de los derechos hereditarios importa la cesión de la calidad de heredero".³⁹

Los profesores Domínguez lo explican del modo siguiente: "Con todo advertiremos que, en nuestro concepto, no es enteramente justificada la idea de que por tradición se adquiere la herencia. O mejor dicho, 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 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".⁴⁰

Antes, mucho antes, ya lo había dicho Pothier: "Cuando se vende una herencia, no es el título y calidad de heredero lo que se vende: este último y esa calidad son inherentes a la persona del heredero, del que son inseparables, y por consiguiente invendibles, porque como nadie puede obligarse a cosas imposibles, no puedo comprometerme para con otro a hacerlo adquirir una cosa que por su naturaleza no puede subsistir sino en mi persona".⁴¹

Vittorio Polacco expresa la misma idea:

³⁹ C. Suprema, 14 de septiembre de 1989, Rev. Der. y Jur., t. 86, sec. 1ª, pág. 119.

⁴⁰ Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 118 y 118-1, págs. 158 y 159. Véase también de esos autores el artículo "La calidad de heredero es indeleble", Rev. Der. Universidad de Concepción N° 176, pág. 17.

⁴¹ Pothier, *Tratado del contrato de compraventa*, t. V, 2ª edición, Casa Editorial Auluce, Barcelona, N° 530, pág. 261.

"La venta de la herencia sería sucesión universal si fuese posible que el vendedor separase de sí mismo la calidad de heredero, que actualmente forma parte integrante de su personalidad y se identifica con ella para investigar de la misma al comprador. Ahora bien, eso no ocurre, ni sería posible que ocurriese; a pesar de la venta, yo conservo siempre la calidad indestructible de heredero; de ahí la consecuencia, por ejemplo, de que los acreedores de la herencia puedan continuar siempre digiéndose contra mí para el pago, siendo respecto a ellos la venta de la herencia *una res inter alios* que no les afecta".⁴²

De acuerdo a lo que se viene diciendo, los acreedores del causante pueden siempre dirigirse en contra del heredero, aunque éste haya cedido su derecho de herencia, pues tal acto les es inoponible. Ello, sin perjuicio de que si estiman más conveniente a sus intereses dirigirse en contra del cesionario, también puedan hacerlo, con lo que estarían ratificando un acto inoponible.

83. Adquisición del derecho de herencia por prescripción. El tercer modo de adquirir el derecho de herencia es por prescripción.

El artículo 2498 señala que "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" (inc. 1º). Y el inciso segundo agrega: "se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no estén expresamente exceptuados".

Va a adquirir por prescripción el falso heredero o heredero aparente, esto es, aquel que haya estado en posesión del derecho de herencia sin tener la calidad de heredero, como sería el caso, por ejemplo, de quien adquirió el derecho en virtud de un testamento que había sido revocado.

El artículo 2512 establece que el derecho de herencia se adquiere por la prescripción extraordinaria de 10 años. Sin embargo, esta norma se debe concordar con el artículo 704 inciso final: "al heredero putativo

a quien por decreto judicial o resolución administrativa se haya otorgado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto o resolución...". Relacionando ambas normas, se tiene que el derecho de herencia se adquiere siempre por prescripción extraordinaria de 10 años, salvo el caso del heredero aparente a quien se concedió la posesión efectiva de la herencia, quien va a adquirir por prescripción ordinaria de 5 años. Esto último sólo será cierto si cumple los demás requisitos de la prescripción ordinaria: buena fe y tradición.

En el caso del heredero a quien se le concedió la posesión efectiva, el plazo de cinco años se cuenta desde la fecha del decreto del juez que le otorga la posesión efectiva, ya que mediante aquél se le reconoce la calidad de heredero. Los trámites posteriores a dicha fecha, ya sea su publicación, la facción y protocolización de inventario, fijación de impuestos y las inscripciones generales y especiales que la ley dispone, en nada alteran dicha fecha de iniciación, que la ley señala inequívocamente.⁴³

Cabe agregar que el artículo 1269 concuerda con lo dispuesto en las disposiciones anteriores: "El derecho de petición de herencia expira en diez años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 704, podrá oponer a esta acción la prescripción de 5 años".

La prescripción del derecho de herencia se debe alegar por vía de acción, atendido que en conformidad al artículo 2517 toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo, la que debe alegarse en tiempo y forma.⁴⁴

Párrafo II: Posesión de la herencia

84. Posesión de la herencia. En el caso de la herencia, su posesión puede ser de

⁴³ Corte de Santiago, 10 de septiembre de 2001, Rev. Der. y Jur., t. 98, sec. 2ª, pág. 107.

⁴⁴ C. Suprema, 2 de abril de 1997. Revista Fallos del Mes 461, sentencia 13, pág. 292.

tres clases: a) posesión legal; b) posesión material, y c) posesión efectiva.

En los párrafos siguiente veremos cada una de ella.

85. Posesión legal de la herencia. Es la establecida en el artículo 722: "La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore" (inc. 1º). El inciso siguiente agrega "El que válidamente repudia una herencia se entiende no haberla poseído jamás". El artículo 688 trata también de esta posesión: "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero..."

Esta es una posesión que no requiere de los requisitos clásicos de toda posesión: *corpus y animus*, o, si quiere, la ley presume ambos requisitos en el verdadero heredero (el falso heredero no adquiere la posesión legal). Esta posesión la otorga la ley, no proviene del causante, pues éste no era titular del derecho de herencia. Por lo demás, en conformidad al artículo 717, "sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él...". Sólo corresponde al heredero verdadero, no al putativo. Así ha sido fallado.⁴⁵

La posesión legal es una ficción de la ley, que tiene por objeto evitar que entre la apertura de la sucesión y la aceptación de la herencia se produzca un vacío posesorio.

En todo caso es importante remarcar que no es ésta la posesión, que sirve para poder adquirir la herencia por prescripción. Y ello es lógico, desde que, como lo acabamos de ver, la posesión legal es propia del verdadero heredero. Se ha fallado que "la posesión legal que menciona el artículo 688 del Código Civil no libera de la obligación de solicitar al juez la posesión efectiva de la herencia, ni habilita por sí sola para prescribir, ni impide que otros interesados puedan prescribir". La misma sentencia resolvió que "no es necesario, para adquirir por prescripción extraordinaria una heren-

cia, que el prescribiente haya inscrito la correspondiente posesión efectiva".⁴⁶

86. Posesión material de la herencia. Esta corresponde a la posesión definida en el artículo 700 del Código Civil. Por lo mismo debe cumplir con el requisito material (*corpus*) y con el requisito espiritual (*ánimus*). Puede ser poseedor material de la herencia tanto el heredero verdadero como el aparente. Tiene importancia respecto de este último, porque es la que le va a permitir ganar el derecho de herencia por prescripción.

87. Posesión efectiva de la herencia. Relacionando los artículos 877, 878 del Código de Procedimiento Civil y 5º de la Ley Nº 19.903, podemos definir la posesión efectiva diciendo que es la que se confiere por resolución judicial a quien se presente exhibiendo un testamento aparentemente válido en que se le instituya heredero, o por resolución del Director Regional del Registro Civil, al que acredite el estado civil que le da derecho a la herencia, siempre que no conste la existencia de herederos testamentarios, ni se presenten otros abintestatos de mejor derecho.

Debe quedar en claro que, como ha sido reiteradamente fallado, la resolución que otorga la posesión efectiva no confiere la calidad de heredero. Esta calidad la da la ley. Al respecto se ha resuelto que "la posesión efectiva de una herencia no es un modo de adquirir el dominio, sino una tramitación que presupone el modo de adquirir sucesión por causa de muerte".⁴⁷ En otro falló la C. Suprema resolvió que "la posesión efectiva concedida por decreto judicial no otorga la calidad de heredero, sino que la reconoce y tiene por objeto mantener la historia de la propiedad raíz...".⁴⁸

⁴⁵ Corte Pedro Aguirre Cerda, 21 de agosto de 1995. Rev. Der. y Jur., t. 92, sec. 2º, pág. 58.

⁴⁷ Rev. Der. y Jur., t. 42, sec. 1º, pág. 100.

⁴⁸ C. Suprema, 14 de enero de 1997. Revista Fallos del Mes 458, sentencia 2, pág. 2762.

88. Autoridad que concede la posesión efectiva. Desde que entró en vigencia la Ley Nº 19.903, publicada en el Diario Oficial del 10 de octubre de 2003, las posesiones efectivas intestadas se otorgan por resolución fundada del Director Regional del Registro Civil (art. 5º de la Ley Nº 19.903); en cambio cuando hay testamento es necesario una resolución judicial que, previa la tramitación establecida en los artículos 877 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, otorga el juez del último domicilio del causante.

89. Inscripción de la resolución que concede la posesión efectiva. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 688 Nº 1, si la posesión efectiva se otorga por resolución judicial, se inscribe en el Registro de Propiedad del Conservatorio de Bienes Raíces de la comuna o agrupación de comunas en que haya sido pronunciada; en cambio si se otorga por resolución administrativa, se inscribe en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas.

90. Importancia de la resolución que otorga la posesión efectiva. Si bien no confiere la calidad de heredero, tiene importancia para varios efectos: a) sirve para probar la calidad de heredero. En efecto, el hecho de haberse concedido importa una presunción de la calidad de heredero; b) como ya lo hemos visto, constituye un justo título que puede permitir al falso heredero llegar a adquirir la herencia por prescripción ordinaria de 5 años; c) si en la herencia hay bienes raíces, una vez inscrita la resolución que confiere la posesión efectiva e inscrito el bien raíz a nombre de todos los herederos, pueden éstos disponer de consuno del bien raíz de que se trate; d) normalmente durante la tramitación de la posesión efectiva se liquida el impuesto de herencia que debe pagar cada asignatario.

91. No procede la acción de nulidad en contra de la resolución que otorga una posesión efectiva.

Así lo ha resuelto la Excm. Corte Suprema: "La resolución que otorga la posesión efectiva de una herencia no puede ser objeto

de una acción de nulidad civil conforme a los artículos 1681 y siguientes del Código Civil, toda vez que conforme al artículo 821 del Código de Procedimiento Civil, interpretado a contrario sensu, las resoluciones pronunciadas en causas voluntarias que sean afirmativas y se encuentren cumplidas producen el efecto de cosa juzgada formal, de suerte que no es posible a su respecto solicitar su nulidad por la vía de la acción, sólo se puede accionar para lograr una resolución que haga eficaz la antedicha resolución que concedió la posesión efectiva, como por ejemplo, intentar un juicio de acción de petición de herencia".⁴⁹

Párrafo III: De los acervos

92. Distintos tipos de acervos. Fallecido el causante, es necesario precisar a cuánto asciende la masa hereditaria, para determinar, en su momento, el monto de cada una de las asignaciones; y lo que cada uno deberá pagar a título de impuesto de herencia. Ello nos lleva a hablar de los distintos acervos hereditarios.

De acuerdo a la ley, estos acervos son los siguientes: a) acervo bruto; b) acervo ilíquido; c) acervo líquido; d) primer acervo imaginario, y e) segundo acervo imaginario.

93. Acervo común o bruto. Es el conjunto o masa de bienes en que aparecen confundidos los bienes del causante con bienes de terceros. Es lo que ocurre, por ejemplo, si el causante estaba casado en sociedad conyugal, en que están confundidos los bienes que pertenecen al causante con los que corresponden al cónyuge sobreviviente a título de gananciales. Situación parecida se dará en el caso que el causante haya tenido una sociedad civil o comercial.

Para saber cuánto dejó efectivamente el causante, lo primero que deberá hacerse es sacar de la masa aquellos bienes que no le pertenecían.

⁴⁹ C. Suprema, 30 de junio de 1998. Rev. Der. y Jur., t. 95, sec. 1º, pág. 89.

94. Acervo ilíquido. Deducidos de la masa los bienes de que el causante no era dueño, lo que resta es el llamado acervo ilíquido.

95. Acervo líquido. El acervo líquido es el que resulta una vez que se deducen del acervo ilíquido las bajas generales de la herencia. Estas rebajas están contempladas en el artículo 959 del Código Civil y artículo 4° de la Ley N° 16.271, Ley de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. Veamos cada una de estas rebajas:

1. Gastos de última enfermedad adeudados a la fecha de la delación de la herencia y los de entierro del causante (art. 4° N° 1 de la Ley N° 16.271). En rigor estos gastos se producen después de la muerte del causante, pero la ley permite que se rebajen de los bienes dejados por éste, a objeto de que no se consideren para liquidar el impuesto de herencia.

2. Las costas de publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión (art. 959 N° 1). Esta disposición debe concordarse con el artículo 4° N° 2 de la Ley N° 16.271, que precisa y amplía la rebaja al establecer que se deben rebajar "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 exceda a los aranceles vigentes". También en ese caso es una rebaja por gastos posteriores a la muerte del causante.

3. Las deudas hereditarias (arts. 959 N° 2 y 4 N° 3 de la Ley N° 16.271). La última de estas disposiciones precisa y complementa a la primera al señalar que "podrán deducirse de acuerdo con ese 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 facilitados por terceras personas".

En relación con esta rebaja, cabe precisar que se entiende por deudas hereditarias las que el causante tenía en vida y que deberán ser asumidas por sus herederos, por representar a la persona del causante

(art. 1096). Sin duda, esta es la rebaja más significativa.

4. Los impuestos fiscales que gravan toda la masa hereditaria (art. 959 N° 3). Esta rebaja no tiene aplicación, porque en la actualidad no hay ningún impuesto que grave a la masa. Lo gravado para los efectos del pago del impuesto de herencia son las asignaciones de cada asignatario.

5. Las asignaciones alimenticias forzosas (959 N° 4). Este artículo está complementado por el artículo 4 N° 3 de la Ley N° 16.271, que agrega que esa rebaja es "sin perjuicio de lo que dispone el N° 3 del artículo 18", significando esta referencia que, cuando la pensión de alimentos consista en cantidades periódicas que a juicio del Servicio de Impuestos Internos pareciera excesiva, éste podrá pedir a la justicia que se determine la parte exenta de impuesto.

Es necesario tener presente que esta rebaja sólo tiene aplicación tratándose de los alimentos legales, no de los voluntarios.

96. Acervos imaginarios. De estos acervos se tratará más adelante cuando se estudien las asignaciones forzosas. Conformémonos por ahora con señalar que están regulados en los artículos 1185, 1186 y 1187 y que tienen por objeto proteger a los legitimarios respecto de las donaciones que el causante en vida haya hecho a otros legitimarios (Primer Acervo Imaginario) o a terceros (Segundo Acervo Imaginario).

Párrafo IV: Capacidad y dignidad para suceder

97. Requisitos para suceder por causa de muerte. La ley establece ciertas exigencias que se deben cumplir para suceder por causa de muerte. Estas exigencias son la capacidad y la dignidad. La primera es de índole jurídica y la segunda mira a la idoneidad moral del asignatario.

98. La regla general es la capacidad y dignidad para suceder. Así resulta del artículo 961: "Será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya decla-

rado incapaz o indigno". Al constituir la capacidad y la dignidad la regla general, no hay más personas incapaces o indignas que las que la ley establece. Veamos entonces primero las incapacidades y a continuación las indignidades.

99. Incapacidades. El Código contempla las siguientes incapacidades:

a) No pueden suceder por causa de muerte las personas naturales que no tienen existencia natural al momento de la delación.

b) Son incapaces las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas.

c) Es incapaz el que antes de deferirse la herencia hubiere sido condenado judicialmente por crimen de daño ayuntamiento.

d) Es incapaz de suceder el eclesiástico que hubiere confesado al testador durante la última enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; y la orden, convento o cofradía de que sea miembro el eclesiástico; y sus deudos por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

e) Incapacidad del notario y testigos del testamento.

Veamos cada una de estas incapacidades.

100. No pueden suceder las personas naturales que no tengan existencia al tiempo de la apertura de la sucesión. Así lo establece el artículo 962. Atendido lo que dispone el artículo 77, basta tener existencia natural: "Los derechos que se le 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 le defirieron...".

El artículo 962 parece contener una excepción en el caso que se suceda por derecho de transmisión, al decir: "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". La verdad es que no hay tal excepción, por cuanto el transmitido sucede al transmitente o transmisor —no al causante—, por lo que no se ve por qué tendría que existir al momento de abrirse la sucesión del causante.

El artículo 962 establece en sus incisos 2°, 3° y 4° tres excepciones, que desarrollaremos en los números siguientes.

101. Primera excepción: la del asignatario condicional suspensivo. Éste para suceder deberá existir también al tiempo de cumplirse la condición. Así lo dice el artículo 962 inciso 2°: "Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición". Ello porque si fallece antes de cumplirse la condición, nada transmite a sus herederos, según lo dispone el artículo 1078 inciso 2°: "si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno".

Si la asignación es condicional resolutoria, no rige esta excepción, pues el asignatario adquiere la asignación al momento de la apertura de la sucesión, atendidos los efectos propios de toda condición resolutoria.

102. Segunda excepción: asignación dejada a persona que no existe pero que se espera que exista. Dice el inciso 3° del artículo 962: "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".

103. Tercera excepción: asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante. Esta excepción está establecida en el inciso 4° del artículo 962: "Valdrán con la misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que prestan un servicio importante, aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador". La razón de la norma es evidente. Lo que se pretende es estimular la prestación

de servicios importantes, que beneficien a la sociedad, como podría ser, por ejemplo, dejar una asignación para quien descubra una vacuna para prevenir el sida.

Cuando esta disposición dice que valdrá la asignación "con la misma limitación", lo que está señalando es que debe el servicio prestarse dentro de los 10 años siguientes a la apertura de la sucesión, pues en caso contrario la condición habría fallado.

Claro Solar explica que "el servicio importante que con ella se trata de premiar puede haberse realizado entre la fecha del otorgamiento del testamento y la muerte del testador; y en tal caso, la asignación será deferida al asignatario en el momento de la muerte del testador en que se abre su sucesión. Si el servicio no ha sido aún prestado, habrá que considerarse que el testador otorga ese premio a la persona que preste el servicio después de su fallecimiento, siempre que lo preste dentro de los quince años siguientes (hoy diez años)".⁵⁰

104. Incapacidad de las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas. Esta incapacidad está contemplada en el artículo 963.

Este caso presenta algunos problemas en relación con las personas jurídicas extranjeras. Para el adecuado análisis, se debe distinguir entre las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado. Respecto de las primeras, hay unanimidad en el sentido de que son capaces de suceder en Chile. Se estima que al reconocerse por la legislación chilena la personalidad del Estado extranjero, la personalidad de éste cubre a las demás personas de Derecho Público de ese país. Así se ha admitido que suceda en Chile la comuna de Milná, Austria-Dalmacia, como heredero testamentario de don Juan Sargo y, en otro caso, que la Junta Provincial de Beneficencia de Sevilla suceda a don Juan Nepomuceno Rojas Bustamante.

En el caso de las personas jurídicas de derecho privado, no hay unanimidad en la

doctrina. Así Arturo Alessandri estima que no pueden suceder en Chile por cuanto no tendrían el carácter de personas jurídicas, atendido lo que dispone el artículo 546: "No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República".⁵¹

En cambio, para Claro Solar todas las personas jurídicas de derecho público o de derecho privado extranjeras pueden adquirir asignaciones por causa de muerte en Chile, sin que se deba aplicar a estas instituciones lo que dispone el artículo 546, pues ello importaría darle a la ley chilena alcance extraterritorial. Agrega que "el raciocinio contrario incurre en una petición de principios, puesto que si no son personas jurídicas en Chile, sino las que ha establecido una ley chilena o han sido aprobadas por el Presidente de la República, todas las personas existentes en Chile o cuya existencia se reconociera en Chile tendrían que ser chilenas". Más adelante explica que "El Código legisla para Chile y al tratar de las personas jurídicas se refiere a las personas jurídicas chilenas, únicas que tiene en vista al expresar que no tienen personalidad jurídica las fundaciones o corporaciones que no han sido autorizadas como tales por la autoridad pública chilena".⁵²

105. Cuando la asignación tiene por objeto la creación de una corporación o fundación, la asignación vale. Así lo establece el inciso segundo del artículo 963: "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".

Un caso en que se discutió si existía una asignación que tenía por objeto la creación de una nueva corporación o fundación, fue el

⁵¹ Arturo Alessandri, "¿Puede una persona jurídica extranjera ser instituida asignataria de bienes situados en Chile?", Rev. Der. y Jur., t. XVII, primera parte, pág. 53.

⁵² Claro Solar, ob. cit., t. V, N° 2775, pág. 478.

que motivó la interpretación del testamento de Federico Santa María Carrera. En él el causante dejó a sus albaceas la totalidad de sus bienes, para que después de satisfechos los legados y las deudas, aplicaren dichos bienes o sus productos a la creación y establecimiento en la ciudad de Valparaíso de una Escuela de Artes y Oficios y un Colegio de Ingenieros. La interpretación de esta cláusula testamentaria motivó un juicio en que se discutió si la disposición importaba una asignación modal, de tal suerte que los albaceas eran los únicos herederos, con la obligación de crear el establecimiento educacional; o si el verdadero asignatario era la fundación que debía dar vida a la idea del testador de crear estos establecimientos. En el juicio se pidieron informes a H. Capitant, a G. Ripert, a René Demogue, y al prestigiado juez inglés Augusto Cohn, concluyendo todos ellos que los albaceas eran los herederos, con la obligación (modo) de crear los establecimientos señalados. En definitiva se resolvió que no se estaba frente a la situación que describe el artículo 963, sino frente a una asignación modal hecha en favor de los albaceas, quienes cumplieron el encargo creando un establecimiento educacional que dio lugar a lo que actualmente es la Universidad Santa María.⁵³

En Francia, don Edmond de Goncourt instituyó unos legados para que se creara la "Academia Goncourt", destinada a premiar anualmente a la mejor novela. Al no existir una norma equivalente a la que estamos estudiando, también se generó un conflicto en que se discutió la validez de la asignación testamentaria por no existir la fundación al momento de fallecer el causante.

106. Incapacidad del condenado por el crimen de daño ayuntamiento. Contempla esa incapacidad el artículo 964: "Es incapaz de suceder a otra persona como heredero o legatario, el que antes de deferírsele la herencia o legado hubiere sido condenado judicialmente por el crimen de daño ayuntamiento con dicha persona y no hu-

⁵³ Sobre este caso puede verse Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 956, págs. 463 y siguientes.

biere contraído con ella un matrimonio que produzca efectos civiles" (inc. 1°). "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" (inc. 2°).

El problema que presenta esta disposición es determinar lo que debe entenderse por "crimen de daño ayuntamiento", ya que no hay un delito específico que tenga esa denominación. En general, la doctrina entiende que esta incapacidad se refiere a "la persona que hubiere sido condenada por adulterio o incesto con el de cujus, si no hubiera contraído con esa persona matrimonio que produzca efectos civiles". Así Claro Solar,⁵⁴ Manuel Somarriva.^{55 56}

En todo caso es necesario precisar que este problema ha perdido vigencia. En efecto, como lo señalan los profesores Domínguez Benavente y Domínguez Águila, actualmente no existe el delito de daño ayuntamiento, al igual que el de adulterio, de acuerdo con la Ley N° 19.335, de 23 de septiembre de 1994. Los artículos 375 y 381 del Código Penal se encuentran derogados. Por tanto, la condena del artículo 964, apartado 1°, y la acusación del inciso 2°, indicada en el mencionado precepto, para la existencia de la incapacidad, no existen.⁵⁷

107. Incapacidad del eclesiástico confesor. El artículo 965 trata de esta incapacidad: "Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como albacea fiduciario,⁵⁸ el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la misma

⁵⁴ Claro Solar, ob. cit., t. XIII, N° 86, págs. 80, 81.

⁵⁵ Somarriva, ob. cit., N° 111, págs. 94-95.

⁵⁶ En el Proyecto de 1841, art. 11, inciso final, se definía el "daño ayuntamiento": "Se entiende por daño ayuntamiento, para la incapacidad de suceder, el nefando, el adulterino, el sacrilego, i el incestuoso en la línea derecha, o en el segundo o tercer grado trasversal, por consanguinidad o afinidad". Aclaremos que según el diccionario "pecado de nefando", se refiere a la sodomía.

⁵⁷ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 242, pág. 261.

⁵⁸ El artículo 1311 da el concepto de lo que se entiende por albacea fiduciario.

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” (inc. 1°).

Este caso de incapacidad tiene por objeto proteger la libertad testamentaria del difunto y abarca distintas situaciones: a) incapacidad del eclesiástico que hubiere confesado al causante durante su última enfermedad; b) incapacidad del eclesiástico que hubiere confesado al testador habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; c) incapacidad de la orden, convento o cofradía de que sea miembro el eclesiástico; y d) incapacidad de los deudos del eclesiástico por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

El inciso segundo agrega que “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”. Respecto de estas excepciones, Bello las explica en una nota puesta en el Proyecto de 1841: “Además sería injusto que la incapacidad recayese sobre la cuota de bienes que el eclesiástico o sus parientes hubieren heredado abintestato, porque, habiendo en esta parte un motivo natural y plausible, a que pueda atribuirse la disposición, no hay razón para creer que se haya debido a un abuso del ministerio sacerdotal. Lo mismo se aplica a la parroquia del testador, que, por otra parte, podría pocas veces percibir un legado en las poblaciones, donde no hay al alcance de los enfermos más eclesiásticos que el cura, como sucede en muchas de la República”.⁵⁹

108. Incapacidad del notario. El artículo 1061 trata de esta incapacidad: “No vale disposición alguna testamentaria en favor del escribano que autorice el testamento, o del funcionario que haga las veces de tal o del cónyuge de dicho escribano o funcio-

rio,⁶⁰ o de cualquiera de sus ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados, empleados o asalariados del mismo” (inc. 1°), y agrega, en el inciso segundo, “no vale tampoco disposición alguna testamentaria a favor de cualquiera de los testigos, o de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o cuñados”.

La finalidad de esta incapacidad es también proteger la libertad de testar del causante, y comprende varios casos: a) incapacidad del notario que autorice el testamento o de quien haga sus veces; b) incapacidad del cónyuge del notario o funcionario; c) incapacidad de los empleados o asalariados del notario o funcionario; d) incapacidad de los parientes del notario o funcionario, que indica la norma; e) incapacidad de los testigos del testamento; y f) incapacidad de los parientes de los testigos que la norma indica.

109. Las incapacidades son de orden público. Ello porque el interés protegido no sólo es el del causante, sino el de la sociedad toda. Como consecuencia de lo anterior, si se incurre en una causal de incapacidad se producen las siguientes consecuencias: a) las disposiciones testamentarias adolecen de nulidad absoluta; b) no se pueden renunciar por el testador (art. 12 a contrario sensu); y c) según Somarriva, la incapacidad existe sin necesidad de declaración judicial, limitándose la justicia sólo a constatar su existencia. Explica que “así lo decía expresamente el artículo 1125 del proyecto del 53; el incapaz no adquiere ni transmite la herencia o legado, aunque no haya previa declaración judicial de incapacidad. Pese a que la ley actual no lo dice expresamente, se debe llegar a igual conclusión al tenor del artículo 967: ‘el incapaz no adquiere la herencia o legado mientras no prescriban las acciones que contra él pueden intentarse por los que tengan interés en ello’. Si el incapaz no adquiere la herencia o legado, es obvio que no se requiere declaración judicial”.⁶¹

⁶⁰ En conformidad al artículo 1014, puede hacer las veces del escribano el juez de letras del territorio jurisdiccional del lugar del otorgamiento.

⁶¹ Somarriva, ob. cit., N° 115, pág. 98.

Respecto de esta nulidad, debe tenerse presente: a) que se trata evidentemente de un caso de nulidad absoluta, pues “importa una prohibición para recibir cualquiera asignación, o determinada asignación si es relativa. Si en la práctica la asignación se hiciera, tendrá objeto ilícito, porque se trataría de la ejecución de un acto prohibido por la ley y por ello es que será absolutamente nula (artículos 10 y 1682)”;⁶² y b) es un caso de nulidad parcial, pues sólo afecta a la disposición a favor del incapaz, quedando en lo demás el testamento plenamente válido.

110. El incapaz puede adquirir la asignación por prescripción. Ello se desprende del artículo 967 (“mientras no prescriban las acciones”). Ello, naturalmente, siempre que tenga la posesión de ella. Según Somarriva, sólo por prescripción extraordinaria de 10 años.⁶³ En el mismo sentido Domínguez, quien explica que ello es así, porque falta la buena fe.⁶⁴

111. Indignidades para suceder. Concepto. La ley no define lo que entiende por indignidad para suceder, sino que se limita a señalar casos que la constituyen, todos los cuales llevan a concluir que se trata de una sanción impuesta a una persona por carecer de mérito para suceder a otra. “La dignidad —dice Pablo Rodríguez— es el mérito o lealtad que el asignatario ha debido observar en vida del causante”.⁶⁵

112. La dignidad para suceder es la regla general. Así aparece del artículo 961: “Será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna”. Ello significa que no hay más casos de indignidad que los que la ley señala, y que quien alegue la indignidad debe probarla.

⁶² Domínguez, ob. cit., N° 245, pág. 207.

⁶³ Somarriva, ob. cit., N° 1176, pág. 98.

⁶⁴ Domínguez, ob. cit., N° 249, pág. 272.

⁶⁵ Pablo Rodríguez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, 2ª edición, vol. I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág. 53.

113. Causales de indignidad. Están contempladas en los artículos 968 al 973 y además en otras disposiciones que luego mencionaremos. Dentro de ellas distinguimos dos grupos: a) las que establece el artículo 968; y b) las contenidas en los otros artículos. Hacemos esta distinción, porque las del artículo 968 presentan una mayor gravedad, ya que son constitutivas de *injuria atroz* que privan al culpable del derecho de alimentos (art. 324).

114. Casos del artículo 968. Según esta disposición, “son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios:

1°. 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”;

2°. 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;

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;

4°. El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar;

5°. El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación”. Esta causal presenta la particularidad de que es uno de los pocos casos en que la ley presume el dolo. Recordemos que la regla es que quien alegue el dolo debe probarlo (art. 1459).

115. Casos de indignidad contemplados en los artículos 969 y siguientes. Nos limitaremos sólo a señalarlos, pues no tienen la importancia de los anteriores.

1. Caso del artículo 969: “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 hubiese sido posible” (inc. 1°). “Cesará esta indignidad, si la justicia

hubiere empezado a proceder sobre el caso" (inc. 2°). "Pero esta causal 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" (art. 969).

2. Caso del artículo 970: "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" (inc. 1°). "Si fueren muchos los llamados a la sucesión, la diligencia de uno de ellos aprovechará a los demás" (inc. 2°). "Transcurrido el año recaerá la obligación antedicha en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada" (inc. 3°). "La obligación no se extiende a los menores, ni en general a los que viven bajo tutela o curaduría" (inc. 4°). "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" (inc. final).

3. Caso del artículo 971. Son indignos de suceder el tutor o curador que nombrados por el testador se excusaren sin causa legítima (inc. 1°). "El albacea que nombrado por el testador se excusare sin probar inconveniente grave, se hace igualmente indigno de sucederle" (inc. 2°). "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" (inc. 3°).

4. Caso del artículo 972. "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" (inc. 1°). "Esa causa de indignidad no podrá alegarse contra ninguna persona de las que por temor reverencial hubiesen podido ser inducidas a hacer la promesa al difunto; a

menos que hayan procedido a la ejecución de la promesa".

116. Casos de indignidad no contemplados en el Título I del Libro III del Código Civil. Se pueden mencionar: a) el del albacea removido por dolo (art. 1300), y b) el del partidario que prevarica (art. 1329).

117. Situaciones que se asemejan a las indignidades.

a) caso del menor de 18 años que se casa sin autorización de sus ascendientes. Según el artículo 114, "podrá ser desheredado no 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";

b) caso del artículo 124: el que, teniendo bajo su patria potestad o bajo su tutela o curaduría, hijos de un matrimonio anterior, contrajere nuevas nupcias, sin pedir la facción de inventario solemne, perderá el derecho de suceder como legitimario o como heredero abintestato al hijo cuyos bienes ha administrado;

c) caso del 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 (994 inc. 1°).

d) caso de 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" (art. 994 inc. 2°);

e) caso de los que participaron en fraude de falso parto o de suplantación de parto. Este caso lo establece el artículo 219: "A ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte" (art. 219).

118. Características de las indignidades. El principio que rige en esta materia es

que las indignidades sólo miran al interés personal del causante. De él derivan las siguientes consecuencias:

a) Pueden ser perdonadas por el causante, según aparece del artículo 973: "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". Un antiguo fallo resolvió que "Las indignidades pueden ser perdonadas por el testador y sólo se presumen perdonadas en el caso que contempla el artículo 973 del Código Civil".¹⁶⁶

b) Las indignidades deben ser declaradas judicialmente. Así lo establece el artículo 974: "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". El inciso segundo de esta norma agrega que "Declarada judicialmente, es obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado con sus accesiones y frutos".

Por consiguiente, el interesado en la declaración de indignidad debe demandar al indigno —o a sus herederos si éste hubiere fallecido, atendido lo que dispone el artículo 977— solicitando que se deje sin efecto la delación de la herencia o el legado con efecto retroactivo, para que la asignación sea recogida por el que habría sido llamado, como si el indigno no hubiere existido, a la apertura de la sucesión. Se demanda ante la justicia ordinaria, pues no es materia ésta propia de la competencia de un partidario. Además, la indignidad se puede alegar como excepción cuando es demandado quien se encuentra en posesión de los bienes hereditarios.

c) La indignidad se purga en 5 años de posesión de la herencia o legado. Así lo dice el artículo 975.

d) La acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe (art. 976).

¹⁶⁶ C. Santiago, Rev. Der. y Jur., t. 36, sec. 2°, pág. 49.

e) La indignidad se transmite a los herederos. Así aparece del artículo 977: "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 5 años".

f) La indignidad tiene cabida tanto en la sucesión testada como intestada, salvo algunas reglas especiales, como, por ejemplo, el artículo 971 inc. 2° relativo al albacea.

g) La indignidad no cabe respecto de las personas jurídicas, por lo que el Fisco de Chile siempre será digno para suceder.

119. Legitimado activo para demandar la indignidad. Al no establecer el Código quiénes pueden demandar la indignidad, se debe concluir que pueden hacerlo todos aquellos a quienes tal declaración les favorezca. Ello por aplicación del principio de que hay acción cuando existe interés.

120. Legitimado pasivo. Debe ser emplazado el indigno. Si hubiere fallecido, lo serán sus herederos, desde que conforme al artículo 977 ellos adquieren la herencia o legado con el mismo vicio de indignidad de su autor.

121. Paralelo entre incapacidad e indignidad.

a) Las incapacidades son de orden público, las indignidades están establecidas en interés particular del causante.

b) La incapacidad no puede ser renunciada; lo contrario ocurre con las indignidades.

c) El incapaz no adquiere la asignación; el indigno la adquiere con el vicio de indignidad y sólo puede ser obligado a restituirla por sentencia judicial.

d) En la incapacidad la justicia sólo la constata, no la declara; distinto es el caso de la indignidad, que no produce efecto alguno si no es declarada en juicio.

e) El incapaz, como no adquiere la herencia, nada transmite a sus herederos; el indigno, en cambio, transmite la asignación con el vicio de indignidad.

f) La incapacidad pasa contra terceros, estén de buena o mala fe; la indignidad no pasa con los terceros de buena fe.

g) El incapaz puede adquirir la asignación sólo por prescripción extraordinaria; el indigno, por prescripción ordinaria o extraordinaria.

122. Reglas comunes a incapacidades e indignidades. Los artículos 978 y 979 establecen dos reglas comunes, que analizaremos en los números siguientes.

123. Caso del artículo 978. “Los deudores hereditarios o testamentarios no podrán oponer al demandante la excepción de incapacidad o indignidad”.

Esta disposición —dice Claro Solar— está en contradicción con el sistema del Código en materia de incapacidades e indignidades al poner en el mismo pie a los deudores hereditarios y testamentarios. Los primeros son los que tenía en vida el causante; los segundos, los que el causante crea en su testamento. “Si los herederos o legatarios no pagan los legados u obligaciones que se les han impuesto, precisamente porque las personas favorecidas se han hecho indignas o son incapaces; y son demandados por éstos, ¿no podría oponerles la excepción de incapacidad o indignidad? La ley resuelve que la excepción de incapacidad o indignidad no podría ser opuesta al demandante; y por consiguiente el demandado tendría que pagarles la asignación testamentaria. Tal sería la extraña solución que la disposición legal impone, pero ella es contraria a los principios que el Código ha aplicado a la incapacidad y a la indignidad”.⁶⁷

⁶⁷ Claro Solar, ob. cit., t. XIII, N° 143 y 144, págs. 127 y siguientes.

Esta norma no estaba contenida en el proyecto de Bello de 1853, ni en los anteriores, “aparece por primera vez en el Proyecto Inédito resultado de los trabajos de la Comisión Revisora; y fue evidentemente introducido en él por inadvertencia en la generalidad que se le dio, puesto que debió limitarse a los deudores hereditarios demandados por el heredero indigno, antes de la declaración de su indignidad”.⁶⁸

Según Somarriva, hay dos maneras de interpretar esta disposición. Una primera, según la cual son deudores hereditarios o testamentarios los que eran deudores del causante. Producido el fallecimiento, un heredero incapaz o indigno demanda cobrando la deuda. No podría el deudor decirle yo no le pago porque usted es incapaz o indigno. Según una segunda interpretación, el deudor es el causante. A su fallecimiento, los acreedores le cobran a los herederos y uno de estos opone como excepción su propia incapacidad o indignidad.⁶⁹

Somarriva afirma que ambas interpretaciones son posibles, pero le parece más lógica la segunda.⁷⁰

124. La incapacidad o indignidad no priva del derecho de alimentos. Excepción. Así lo dice el artículo 979. Esta disposición agrega que en los casos del artículo 968 no tendrá ningún derecho de alimentos. La última parte de la norma debe concordarse con el artículo 324 incisos 1° y 2°. Cabe agregar, sin embargo, que el art. 324 inc. 1° es menos perentorio, pues permite al juez moderar el rigor de la disposición si la conducta del alimentario fuere atenuada por las circunstancias.

⁶⁸ Claro Solar, ob. cit., t. XIII, N° 144, pág. 130.

⁶⁹ Somarriva, ob. cit., N° 129, pág. 106.

⁷⁰ Ídem.

Párrafo I: Generalidades

125. Concepto y ubicación de esta materia. Sucesión intestada o legal es aquella que regla la ley. Está tratada en el Título II del Libro II del Código Civil, artículos 980 al 998.

126. Aplicación de estas reglas. El artículo 980 dispone que “Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si lo dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones”. Luego, de acuerdo a esta norma tres serían los casos en que operarían las reglas de la sucesión intestada: a) cuando el difunto no ha dispuesto de sus bienes; b) cuando no ha dispuesto conforme a derecho, y c) cuando no han tenido efecto sus disposiciones. Sin embargo, como algunos de esos casos se desglosan en otros, en definitiva, las reglas de la sucesión intestada operan en los casos siguientes:

a) Cuando el causante falleció sin haber otorgado testamento.

b) Cuando el causante hizo testamento pero no dispuso de sus bienes, pues sólo formuló declaraciones, como por ejemplo, reconoció a un hijo, designó albacea, nombró partidador, etc.

c) Cuando el testamento sólo contiene legados.

d) Cuando el causante dispuso de sus bienes pero no lo hizo en conformidad a la ley, por lo que el testamento es anulado.

e) Cuando no obstante haber testamento, éste no produce efectos, como podría suceder si se designa heredero a una persona que fallece antes del causante; o que repudie la herencia o que no pueda suceder por ser incapaz o indigno.

127. Criterio seguido por el legislador para establecer las reglas de la sucesión abintestato. El Código para establecer las reglas de la sucesión intestada, lo ha hecho tratando de interpretar los afectos y deseos del difunto. Ello explica, por ejemplo, que llame en primer lugar a los hijos del muerto y a falta de éstos a los padres y sólo al final sean llamados los hermanos y otros parientes colaterales hasta el sexto grado inclusive. Se dice que el amor primero desciende; después asciende, y finalmente se extiende.

128. Formas de suceder intestado. El artículo 984 señala que “se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación”.

129. Derecho de representación. Lo define el inciso 2° del art. 984: “La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder”. Y el inciso siguiente agrega que “se puede representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación”.

130. La representación es un caso de sucesión indirecta. La sucesión puede ser directa o indirecta. Se habla de sucesión directa cuando la persona hereda por sí misma, sin intervención de otra, que es lo que ocurre en la generalidad de los casos. Pero también puede ser indirecta, cuando se sucede por intermedio de otra persona. Son sucesiones indirectas, el derecho de

transmisión, el derecho de representación y el acrecimiento.

131. Una precisión necesaria. No se debe confundir el derecho de representación que ahora estamos estudiando, con la representación, modalidad de los actos jurídicos, de que trata el artículo 1448. Aparte del nombre, nada tienen en común.

132. Fundamento del derecho de representación. Decíamos recién que las reglas de la sucesión intestada las establece la ley presumiendo lo que hubiere querido el causante. El derecho de representación es un excelente ejemplo de lo anterior. En efecto, si un padre, por ejemplo, tiene tres hijos, y uno de ellos fallece con anterioridad, dejando a su vez hijos, cabe preguntarse, en ese caso, qué es lo que hubiere querido el causante: ¿que sólo le sucedan sus dos hijos vivos o que también participen de su herencia los hijos de su hijo fallecido? La respuesta parece clara: no puede haber estado en su ánimo que sus dos hijos excluyan a sus nietos. Para ello ha establecido el derecho de representación, en que, por una ficción, se supone que al fallecer el causante sus nietos pasan a ocupar el lugar de su padre (el hijo premuerto).

133. Personas que intervienen en el derecho de representación. En la representación intervienen tres personas: a) el causante, b) el representado, y c) el o los representantes. Aclaremos que el representado es el padre o la madre que falta, y los representantes sus hijos.

134. Requisitos del derecho de representación. Los requisitos del derecho de representación son los siguientes: a) que se trate de una sucesión intestada; b) sólo opera en la línea descendente; c) únicamente se produce en algunos órdenes sucesorios, y d) debe faltar el representado.

135. Primer requisito del derecho de representación: que la sucesión sea intestada. La representación –a diferencia del derecho de transmisión– sólo tiene cabida

en la sucesión intestada. Diversas razones lo prueban: a) el artículo 984 está ubicado en el Título II del Libro III: “Reglas relativas a la sucesión intestada”; b) el artículo 984 disipa cualquier duda, pues comienza diciendo “se sucede abintestato”.

Consecuencia de lo que se viene diciendo es que no se pueden adquirir legados por derecho de representación, puesto que éstos suponen la existencia de un testamento.

136. Casos de excepción en que no obstante existir testamento, opera el derecho de representación. Se mencionan dos casos en que a pesar de existir testamento puede operar la representación. Ello ocurre: a) cuando se deja la herencia indeterminadamente a los parientes (art. 1064), y b) dentro de las legítimas (art. 1183).

137. Primera excepción: herencia dejada indeterminadamente a los parientes. Este caso se encuentra establecido en el artículo 1064: “Lo que se deje indeterminadamente a los parientes, se entenderá dejado a los consanguíneos del grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato, *teniendo lugar el derecho de representación en conformidad a las reglas legales*; salvo que a la fecha del testamento haya habido uno solo en ese grado, pues entonces se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato”.

Bien miradas las cosas, no constituye este caso una excepción a la regla de que la representación sólo cabe en la sucesión intestada, pues si opera la representación es porque se aplican las reglas de la sucesión intestada, como lo dice la propia norma.

138. Segunda excepción: las legítimas. El segundo caso en que opera el derecho de representación en la sucesión testada lo encontramos en las legítimas, artículo 1183: “Los legitimarios concurren y son excluidos y *representados* según el orden y reglas de la sucesión intestada”.

La verdad es que tampoco es una excepción, pues al igual que en el caso anterior, opera la representación, porque dentro de las legítimas se aplican las reglas de la sucesión intestada.

139. Segundo requisito de la representación: sólo tiene aplicación respecto de la descendencia del causante. Luego los ascendientes no pueden suceder por derecho de representación. Así lo establece el artículo 986: “Hay siempre lugar a la representación en *la descendencia* del difunto y en *la descendencia* de sus hermanos” (inc. 1°). Fuera de estas *descendencias* no hay lugar a la representación” (inc. 2°).

Cabe agregar que la representación en la línea descendente es indefinida, de acuerdo a lo que dispone el artículo 984 inciso 2°: “Se puede representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación”. Por consiguiente, si a la muerte del causante uno de sus hijos ya había fallecido, los hijos de este hijo suceden en la herencia de su abuelo por derecho de representación de su padre. Pero si uno de estos nietos había fallecido antes de su padre, los hijos de este nieto adquieren la asignación por derecho de representación de su padre.

140. Tercer requisito del derecho de representación: sólo tiene lugar respecto de algunos órdenes sucesorios. De acuerdo al artículo 986, “hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos” (inc. 1°). “Fuera de estas descendencias no hay lugar a la representación”.

Coloquemos un par de ejemplos:

Ejemplo 1: Al fallecer el causante, uno de sus hijos había premuerto. Los hijos del hijo fallecido llevan por derecho de representación lo que le habría correspondido a su padre.

Ejemplo 2: Fallece una persona sin descendencia, pero tiene tres hermanos, uno de los cuales había fallecido con anterioridad. Los hijos de este hermano fallecido (sobrinos del causante) llevan por derecho de representación lo que habría correspondido a su padre en la herencia de su hermano.

141. Cuarto requisito del derecho de representación: debe faltar el representado. Así aparece de la definición del art. 984 “si éste o ésta, no quisiese o pudiese”.

De manera que el representado debe faltar antes del fallecimiento del causante. Ahora las razones de por qué puede faltar son diversas. Pueden darse las siguientes situaciones:

a) El representado fallece antes que el causante. Es la situación más corriente;

b) El representado repudia la herencia del causante. Así se desprende de la frase del artículo 984 “si ésta o éste no quisiese suceder”.

c) El representado no puede suceder al causante por afectarle una causal de indignidad.

d) El representado no pudo suceder al causante por haber sido desheredado.

142. El derecho del representante lo otorga la ley, no deriva del causante. De este principio se siguen importantes consecuencias: a) el representante debe ser capaz y digno de suceder al causante; b) si el representado era indigno de suceder al causante, esta indignidad no pasa al representante, y c) se puede representar a un causante cuya herencia se ha repudiado. Así lo establece el artículo 987: “Se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado”.

143. Los que suceden por derecho de representación heredan por stirpes. De acuerdo al artículo 985, los que suceden por derecho de representación *heredan por stirpes*, es decir, que cualquiera que sea el número de hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que hubiera cabido al padre o madre representado. Así, por ejemplo, si el difunto había tenido 3 hijos, y uno de ellos había fallecido con anterioridad dejando 6 hijos, el tercio que correspondía al hijo fallecido se reparte entre los hijos de éste por partes iguales, de manera que cada uno de ellos recibirá una sexta parte del tercio.

144. Impuesto de herencia de los representantes. Para calcular el impuesto de herencia que afecta a los representantes se debe calcular lo que debía pagar el representado,

debiendo dividirse la suma que resulta entre todos los representantes por partes iguales. (artículo 3° inciso 2° de la Ley N° 16.271).

145. Diferencias entre los derechos de transmisión y de representación. Ambos derechos, como hemos visto, constituyen casos de sucesiones indirectas. Sin embargo, existen entre ellos diferencias notables, como pasamos a ver:

a) El derecho de transmisión constituye una aplicación de las reglas generales. La representación, en cambio, se separa de la normalidad, pues por una ficción hace que los representantes tomen el lugar y, por consiguiente, el grado de parentesco y los derechos que tenía su padre o madre respecto del causante.

b) En el derecho de transmisión el transmitente *falla con posterioridad al causante*, sin haber aceptado ni repudiado la herencia o legado; en el derecho de representación, el representado *falla con anterioridad al causante*.

c) El derecho de transmisión tiene lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada; el derecho de representación sólo en la sucesión intestada (con las dos excepciones ya señaladas).

d) El derecho de transmisión opera tanto respecto de las herencias como de los legados; el de representación, al ser propio de la sucesión intestada, sólo respecto de las herencias.

e) En el derecho de transmisión falta el transmitente sólo si ha fallecido; en la representación, el representado puede faltar por fallecimiento, por haber repudiado la herencia, por indignidad o desheredamiento.

Párrafo II: De los órdenes de sucesión intestada

146. Herederos abintestato. De acuerdo al artículo 983, "son llamados a la sucesión intestada los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado en su caso, y el Fisco (inc. 1°). "Los derechos hereditarios del adoptado se rigen por la ley respectiva" (inc. 2°).

Las personas que indica esta disposición son las que pueden suceder, pero ello no significa que concurren todos a la vez, sino que deben hacerlo en el orden que establece la ley. Ello nos lleva a hablar de los órdenes de sucesión intestada, que trataremos en los puntos siguientes.

147. Órdenes de sucesión intestada. Somarriva los define como "aquel grupo de parientes que excluye a otro conjunto de parientes de la sucesión, pero que, a su vez, pueden ser excluidos por otro conjunto de parientes".⁷¹ Se denomina "cabeza de orden" aquel grupo de parientes que da el nombre al orden, y que si faltan hacen que se deba pasar al orden siguiente, por ej., el primer orden sucesorio se denomina de los descendientes del causante, porque los cabezas de orden son esos descendientes. Si el difunto no tiene descendencia, se pasa al segundo orden, que es el de los ascendientes, y si éstos faltan, se pasa al tercer orden, y así sucesivamente.

148. Advertencia necesaria. La Ley N° 19.585, que entró a regir el 27 de octubre de 1999, eliminó la distinción entre hijos legítimos y naturales, confiriendo a todos los mismos derechos. Ello significó profundos cambios en materia sucesoria. Uno de estos fue suprimir la distinción entre órdenes de sucesión regular e irregular que antes existía. Se hablaba de órdenes de sucesión regular, cuando el causante era hijo legítimo; y de sucesión irregular cuando el causante era hijo natural o ilegítimo. Hoy día no existe esa dualidad; sólo hay órdenes de sucesión intestada.

Sin embargo, esa distinción mantiene su vigencia respecto de aquellas sucesiones en que el causante falleció antes del 27 de octubre de 1999, ya que en conformidad a lo que dispone el inciso segundo del artículo 1° transitorio de la Ley N° 19.585, "los derechos hereditarios se regirán por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión". Lo anterior significa que para la

⁷¹ Somarriva, ob. cit., N° 147, pág. 120.

determinación de los derechos hereditarios debe estarse a la fecha del fallecimiento del causante. Si éste falleció antes del 27 de octubre de 1999, se debe aplicar la ley antigua; y si falleció a partir del 27 del mismo mes, rige la ley nueva.

Para los efectos de este trabajo estudiaremos primero y en forma muy resumida, los órdenes sucesorios que tienen aplicación cuando el causante falleció antes del 27 de octubre de 1999 y, en seguida, veremos los órdenes que rigen las sucesiones abiertas después de esa fecha.

Párrafo III: Sucesiones abiertas antes del 27 de octubre de 1999

149. Primer orden (cabeza de orden: los descendientes legítimos del causante). De acuerdo al antiguo artículo 988 concurren en este primer orden: los descendientes legítimos, los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima y el cónyuge sobreviviente por su porción conyugal.

Es necesario precisar que si bien esta disposición habla de "hijos legítimos", debemos entender que se trata de "descendencia legítima", pues opera en este orden el derecho de representación, pudiendo concurrir los hijos, personalmente o representados por sus hijos (nietos del causante).

¿Cuánto lleva cada una de estas personas?

a) **Cónyuge:** en este primer orden el cónyuge sobreviviente no concurre como heredero sino por su porción conyugal. Esta asciende al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo legítimo, a menos que haya un solo hijo, caso en que le corresponde lo mismo que a éste (antiguo art. 1178 inc. 2°). Téngase presente que si bien la Ley N° 19.585 derogó la porción conyugal, ella sigue teniendo aplicación en las herencias abiertas antes del 27 de octubre de 1999.

En este primer orden *el cónyuge no concurre como heredero, sino por su porción conyugal*, que definía el artículo 1172 (hoy derogada)

do) como "aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente *en conformidad a las disposiciones de este párrafo*". Una de las disposiciones *de ese párrafo* establecía que para tener derecho a porción conyugal, el cónyuge sobreviviente debía carecer de bienes o si los tenía debían ser de menor cuantía que lo que le correspondiera por porción conyugal, caso este último en que tenía derecho sólo al complemento (porción conyugal complementaria).

¿Cuánto lleva entonces el cónyuge sobreviviente? Hay que distinguir si a la fecha del fallecimiento del causante tenía bienes de monto igual o superior de lo que le correspondía por porción conyugal, nada lleva. Digamos, entre paréntesis, que puede tener bienes por distintos conceptos, por ejemplo, por gananciales si estaba casado en sociedad conyugal, por tener bienes propios, etc. Como en Chile la generalidad de las personas se casan en régimen de sociedad conyugal y no tienen más bienes que los que adquieren durante el matrimonio, fallecido uno de ellos, el otro tiene derecho a gananciales que casi siempre van a ser de monto superior a lo que pudiera corresponderle a título de porción conyugal. Por ello, en definitiva, en la mayoría de los casos nada va a llevar el cónyuge sobreviviente.

Pongamos un ejemplo: el causante a la fecha de su deceso tenía en su patrimonio sólo su casa y un automóvil, bienes que compró con su trabajo durante la vigencia de la sociedad conyugal. La casa vale \$ 28.000.000 y el automóvil \$ 2.000.000. En total tiene bienes por \$ 30.000.000. Como todos estos bienes fueron adquiridos durante la sociedad conyugal, son bienes sociales, por lo que la herencia del difunto asciende sólo a la mitad de esa suma \$ 15.000.000, pues los \$ 15.000.000 restantes pertenecen al cónyuge sobreviviente a título de gananciales. Luego este cónyuge sobreviviente nada lleva, pues al tener estos gananciales, tiene bienes de monto superior a los que le correspondería por porción conyugal.

Ahora si a la fecha de fallecimiento del causante carecía de bienes, tiene derecho a

la porción conyugal completa en la cuantía establecida en el artículo 1178 inciso 2°.

b) Hijos naturales. El antiguo artículo 988 establecía que “la porción del hijo natural será la mitad de la que corresponda al hijo legítimo. Pero las porciones de los hijos naturales, en concurrencia con los hijos legítimos, no podrán exceder en conjunto de una cuarta parte de la herencia, o de una cuarta parte de la mitad legítimaria en su caso; lo cual se entenderá sin perjuicio del acrecimiento previsto en el artículo 1191, cuando haya lugar a él, y de las demás asignaciones que el testador pueda hacerles con arreglo a la ley”.

c) Hijos legítimos. Llevan el resto de la herencia.

Ejemplo: Supongamos una familia formada por los cónyuges casados en sociedad conyugal, 3 hijos legítimos y un hijo natural del marido. Fallece el marido: Lo primero que debe hacerse es determinar la porción conyugal. Como los bienes se habían adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, si el causante dejó \$ 30.000.000, el cónyuge sobreviviente tiene derecho a la mitad a título de gananciales. Al tener bienes, es cónyuge rico, por lo que no tiene derecho a porción conyugal.

El resto de la herencia se divide del modo siguiente: 2 séptimos para cada hijo legítimo y un séptimo para el hijo natural.

150. Segundo orden sucesorio (cabeza de orden: los ascendientes legítimos). Si el causante al fallecer no tenía descendencia –falta el cabeza del primer orden– se pasa al segundo orden sucesoral. Lo establece el antiguo artículo 989: “Si el difunto no ha dejado posteridad legítima, le sucederán sus ascendientes legítimos de grado más próximo, su cónyuge e hijos naturales. La herencia se dividirá en tres partes: una para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales” (inc. 1°). “No habiendo cónyuge sobreviviente, o no habiendo hijos naturales, se dividirá la herencia por mitades, una para los ascendientes y otra para los hijos naturales o para el cónyuge” (inc. 2°). “No habiendo

cónyuge, ni hijos naturales, pertenecerá toda la herencia a los ascendientes legítimos” (inc. 3°). “Habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes, o en toda la porción hereditaria de los ascendientes”.

151. Tercer orden sucesorio. Está establecido en el antiguo artículo 990. Me limito sólo a reproducirlo, porque, por lo general, es difícil llegar a este orden: “Si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hijos naturales, su cónyuge y sus hermanos legítimos; la herencia se dividirá en seis partes, tres para los hijos naturales, dos para el cónyuge y una para los hermanos legítimos” (inc. 1°). “No habiendo hermanos legítimos, sucederán en la mitad de los bienes los hijos naturales y en la otra mitad el cónyuge” (inc. 2°). “No habiendo cónyuge, llevarán tres cuartas partes de la herencia los hijos naturales y la otra cuarta parte los hermanos legítimos” (inc. 3°). “No habiendo cónyuge ni hermanos legítimos, llevarán toda la herencia los hijos naturales” (inc. 4°). “Entre los hermanos legítimos de que habla este artículo se comprenderán aun los que solamente lo sean por parte de padre o por parte de madre; pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal” (inc. 5°). “No habiendo hermanos carnales, los hermanos legítimos, paternos o maternos, llevarán toda la herencia o toda la porción hereditaria de los hermanos” (inc. 6°).

152. Cuarto orden sucesorio. Está contemplado en el antiguo artículo 991: “Si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos ni hijos naturales, llevará tres cuartas partes de la herencia el cónyuge sobreviviente y el otro cuarto, los hermanos legítimos”.

153. Quinto orden sucesorio. Me limito a reproducir el antiguo artículo 992: “A falta de descendientes, ascendientes y hermanos legítimos, de cónyuge sobreviviente, y de hijos naturales, sucederán al difunto los otros colaterales legítimos según las reglas siguientes: 1ª. El colateral o los colaterales

de grado más próximo excluirán siempre a los otros; 2ª. Los derechos de sucesión de los colaterales no se extienden más allá del sexto grado, 3ª. Los colaterales de simple conjunción, esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte de padre o por parte de madre, gozan de los mismos derechos que los colaterales de doble conjunción, esto es, los que a la vez son parientes del difunto por parte de padre y por parte de madre”.

154. Sexto orden sucesorio. Lo establece el artículo 995: “A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco”.

Luego, jamás puede fallecer una persona sin herederos, porque en último término la heredará el Fisco de Chile.

Párrafo IV: Sucesiones abiertas a partir del 27 de octubre de 1999

155. Primer orden sucesorio (de los descendientes). Con la Ley N° 19.895, el primer orden cambia radicalmente, quedando integrado del modo siguiente:

a) Los hijos del causante, personalmente o representados por su descendencia;

b) el cónyuge sobreviviente, *quien ahora concurre como heredero, no por porción conyugal*, pues, como se ha dicho, ésta desaparece el 27 de octubre de 1999. Esto significa que va a heredar aunque tenga bienes, de tal suerte que si, por ejemplo, estaba casado en sociedad conyugal, va a llevar sus gananciales y además la herencia del difunto, en la proporción que le corresponda de acuerdo al artículo 988.

¿Cuánto lleva el cónyuge? El doble de lo que por la legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo.⁷² Si hubiere un solo hijo, la cuota del cónyuge será igual a la legítima efectiva o rigurosa de ese hijo. El artículo 988 agrega que “en ningún caso la

⁷² Legítima rigurosa es la porción de bienes que corresponde al legitimario en la mitad legítimaria. Legítima efectiva es la legítima rigurosa incrementada con la cuarta de mejoras o de libre disposición de que no ha dispuesto el causante (artículo 1191).

porción que corresponda al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia o de la mitad legítimaria en su caso”.

O sea, el cónyuge sobreviviente tiene garantizada a lo menos la cuarta parte de la herencia o de la mitad legítimaria. La frase “en su caso”, significa que si el causante dispuso de la cuarta de mejora y de la cuarta de libre disposición, va a tener derecho a lo menos a la cuarta parte de la mitad legítimaria; si el causante dispuso sólo de una de las cuartas (de mejora o de libre disposición) va a tener derecho a la cuarta parte de lo que reste (mitad legítimaria más la otra cuarta).

Como se puede observar, la Ley N° 19.895 mejoró sustancialmente los derechos hereditarios que le corresponde al cónyuge sobreviviente en este primer orden sucesorio.

156. Una explicación necesaria. Los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente ninguna relación tienen con el régimen matrimonial bajo el cual se encontraba casado. Ello quiere decir que si estaba casado en sociedad conyugal, separación de bienes o participación en los gananciales, de todas formas va a llevar como heredero abintestato lo que le corresponde en conformidad al artículo 988.

157. Segundo orden sucesorio (de los ascendientes y del cónyuge). De acuerdo al actual artículo 989: “Si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo” (inc. 1°). “En este caso, la herencia se dividirá en tres partes, dos para el cónyuge⁷³ y una para los ascendientes” (inc. 2°) “a falta de éstos llevará todos los bienes el cónyuge, y a falta de cónyuge los ascendientes”. “Habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes, o en toda la porción hereditaria de los ascendientes.

158. Tercer orden (de los hermanos). Está tratado en el artículo 990: “Si el di-

⁷³ Nótese cómo también en este segundo orden la Ley N° 19.585 mejoró la situación del cónyuge sobreviviente, pues antes llevaba lo mismo que los ascendientes y ahora pasa a heredar el doble.

funto no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, le sucederán sus hermanos” (inc. 1°). “Entre los hermanos de que habla este artículo se comprenderán aun los que solamente lo sean por parte de padre o por parte de madre, pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal.”⁷⁴

159. Cuarto orden (de los colaterales). Está establecido en el actual artículo 992: “A falta de descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos, sucederán al difunto los otros colaterales de grado más próximo, sean de simple conjunción, hasta el sexto grado inclusive” (inc. 1°). “Los colaterales de simple conjunción, esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte de padre o por parte de madre, tendrán derecho a la mitad de la porción de los colaterales de doble conjunción, esto es, los que a la vez son parientes del difunto por parte de padre o por parte de madre. El colateral o los colaterales de grado más próximo excluirá siempre a los otros” (inc. 2°).

160. Quinto orden (orden del Fisco). El Fisco de Chile, de acuerdo lo prescrito en el artículo 995, sucede a falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes.

Aunque en otros países se discute si el Fisco concurre como heredero o en su condición de soberano como dueño de los bienes que no tienen otro dueño, en Chile es claro que lo hace como heredero, desprendiéndose ello del propio artículo 995 y también del artículo 1250, que establece que las herencias del Fisco se deben aceptar con beneficio de inventario (el beneficio de inventario, por definición –artículo 1247– opera en favor de los herederos). Es importante tenerlo presente, pues al

⁷⁴ Según el artículo 41, “Los hermanos pueden serlo por parte de padre y de madre, y se llaman entonces hermanos carnales; o sólo por parte de padre, y se llaman entonces hermanos paternos, o sólo por parte de madre, y se llaman entonces hermanos maternos”.

ser heredero responde de las deudas del difunto con la salvedad de que no será obligado a las deudas o cargas de la sucesión, sino hasta concurrencia de lo que hubiere recibido (art. 1250 inc. final).

161. Derechos hereditarios del adoptado. El artículo 983, en su inciso segundo, expresa que “Los derechos hereditarios del adoptado se rigen por la ley respectiva”. Esta ley es la 7.613, del 21 de octubre de 1943, que si bien fue derogada por la 19.620, mantiene los derechos hereditarios que ya habían adquirido las personas adoptadas durante su vigencia.

Es necesario aclarar que cuando hablamos de derechos hereditarios del adoptado, nos referimos únicamente a los adoptados en conformidad a la Ley N° 7.613, de 21 de octubre de 1943, porque los que lo fueron por las leyes N°s 18.703 o 19.620, pasan a tener el estado civil de hijos (hijos legítimos) del adoptante, y por consiguiente tienen sus mismos derechos hereditarios.

El artículo 24 de la Ley N° 7.613 regula los derechos hereditarios del adoptado en los términos siguientes: “En la sucesión intestada del adoptante, el adoptado será tenido, para este solo efecto, como hijo natural, y recibirá, en consecuencia, en los casos contemplados en los artículos 988, 989, 990, 991 y 993 del Código Civil, una parte igual a la que corresponda o haya podido corresponder a un hijo natural” (inc. 1°). “Con todo, si en el caso contemplado en el artículo 989 faltaren los hijos naturales y concurrieren ascendientes legítimos, cónyuge y adoptado, la herencia se dividirá en seis partes, tres para los ascendientes legítimos, dos para el cónyuge y una para el adoptado” (inc. 2°). “Igualmente, si en el caso del artículo 993 concurriere el adoptado con el cónyuge y los padres naturales, la herencia se dividirá en la forma indicada en el inciso precedente; y si sólo concurriere con los padres naturales, la herencia se dividirá por mitades, una para el adoptado y otra para los padres naturales” (inc. 3°). “Lo dicho en este artículo no conferirá en ningún caso al adoptado la calidad de legitimario”.

162. Problema creado por Ley N° 19.585, respecto a los derechos hereditarios del adoptado. Como se puede observar, salvo algunos casos excepcionales que menciona la norma recién transcrita, los derechos hereditarios del adoptado son iguales a los de los hijos naturales. Recordemos que en términos generales, a los hijos naturales correspondía la mitad de lo que tocaba a los hijos legítimos. Ahora bien, como la Ley N° 19.585 suprimió la categoría de hijos naturales, se plantea el problema de determinar si los adoptados pasaron en virtud de la Ley N° 19.585, a tener los mismos derechos hereditarios de los otros hijos del causante o si, por el contrario, sus derechos hereditarios se mantienen en el monto que tenían a la fecha en que entró en vigencia esa ley. Sobre este punto hay opiniones distintas. Así para Gonzalo Figueroa, con la nueva ley los adoptados pasan a tener los mismos derechos hereditarios de los hijos del causante.⁷⁵ Son de la misma opinión Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila⁷⁶ y Abeliuk.⁷⁷ Sostienen la opinión contraria Hernán Corral⁷⁸ y Eduardo Court Murasso.⁷⁹

Corral argumenta que “la ley de filiación –la 19.585– dejó claramente marginado el tema de los derechos sucesorios de los diversos tipos de adoptados; la ley de adopción unificó la adopción, pero para lo futuro y no quiso cambiar la situación sucesoria del adoptado de la Ley N° 7.613, tal como establecían las reglas bajo las cuales se otorgó la adopción, salvo que hubiera acuerdo expreso de conferirle a ese adoptado la nueva condición de hijo. El adoptado de

⁷⁵ Gonzalo Figueroa Yáñez, *Ciclo de Charlas “Nueva Ley de Adopción N° 19.620”*, Colegio de Abogados de Chile. Aspectos sustantivos de la nueva ley, pág. 18.

⁷⁶ Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, *Derecho sucesorio*, Apéndice. Modificación al contenido de la obra, pág. 17.

⁷⁷ René Abeliuk, *La filiación y sus efectos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t. II, pág. 578.

⁷⁸ Hernán Corral, *Adopción y filiación adoptiva*, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pág. 298.

⁷⁹ Eduardo Court Murasso, *Nueva Ley de Filiación*, ConoSur, 2ª edición, Santiago, 2000, pág. 231.

la Ley N° 7.613 no tiene el estado civil de hijo, por lo que no tiene esa calidad para efectos sucesorios”.

163. El adoptado no es legitimario. En todo caso, cualquiera sea la tesis que se siga, es importante tener presente que los adoptados no son legitimarios, según lo dice en forma expresa el inciso final del artículo 24 de la Ley N° 7.613. Ello significa que el adoptante en su testamento les puede privar de todo derecho hereditario.

164. Pérdida de los derechos hereditarios del cónyuge que da motivo a la separación judicial. En conformidad al artículo 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” (inc. 1°).

165. El cónyuge anulado o divorciado no tiene derechos hereditarios. En el caso del anulado, ello es consecuencia de los efectos propios de toda declaración de nulidad que hace volver a las partes “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (art. 1687). Tratándose del divorciado, porque así lo dispone el artículo 60 de la Ley N° 19.947.

Somarriva estima que no hay derechos hereditarios aunque el matrimonio haya sido putativo, “porque el matrimonio putativo supone, para producir efectos, la buena fe de los cónyuges; desde el momento en que ésta cesa, el matrimonio deja de producir sus efectos. Y esta buena fe es incompatible con la sola notificación de la demanda de nulidad, y con mayor razón, con la declaración misma de nulidad de matrimonio”.⁸⁰

166. Pérdida de los derechos hereditarios de los padres. En conformidad al inciso 2° del artículo 994: “Tampoco sucederán abintestato los padres del causante si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo

⁸⁰ Somarriva, ob. cit., N° 192, pág. 145.

que mediere el restablecimiento a que se refiere el artículo 203”.

167. Principales innovaciones introducidas por la Ley N° 19.585 en materia sucesoria. Ya se ha explicado que la Ley N° 19.585 suprimió la distinción entre hijos legítimos y naturales. Ello trajo como consecuencia una serie de modificaciones a las reglas sobre sucesión intestada. Con la nueva ley terminó la discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, y se mejoraron sustancialmente los derechos del cónyuge sobreviviente. Además hubo otras modificaciones importantes que en su momento serán señaladas.

168. Mejoramiento de la situación de los hijos no matrimoniales. Desde la reforma introducida por la Ley N° 10.271, en el año 1952, en el primer orden de sucesión intestada concurrían conjuntamente los hijos legítimos y naturales, pero no heredaban en la misma proporción, pues la porción del hijo natural era la mitad de la que correspondía a un hijo legítimo y las porciones de los hijos naturales, en concurrencia con los hijos legítimos, no podían exceder en conjunto de una cuarta parte de la herencia o de una cuarta parte de la mitad legítimaria, en su caso. Con la reforma todos los hijos, matrimoniales o no matrimoniales, heredan lo mismo.

Pero además, de acuerdo al antiguo artículo 986, “la representación sólo tenía cabida en la *descendencia legítima* del difunto, en la *descendencia legítima* de sus hermanos *legítimos*, y en la *descendencia legítima* de sus hijos y hermanos naturales”. La Ley N° 19.585 estableció que “hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos”, sin que importe que esa descendencia sea matrimonial o no matrimonial.

En el segundo orden, los hijos naturales concurrían con los ascendientes legítimos y el cónyuge, llevando un tercio cada uno. Con la reforma, si hay hijos no matrimoniales, no se pasa al segundo orden, pues son parte del primero.

169. El cónyuge sobreviviente es el mayor beneficiado con la reforma. En efecto, en el primer orden, ahora concurre como heredero (y no por su porción conyugal, que desaparece), por lo que va a suceder al cónyuge fallecido, tenga o no tenga bienes. Ello significa una notable mejoría.

En el segundo orden, la situación del cónyuge también mejora, pues antes tenía derecho a un tercio de la herencia (antiguo artículo 989), en tanto que ahora lleva dos tercios o el total si no hay ascendientes (artículo 989 actual).

Además, el cónyuge sobreviviente pasa a ser legítimo, art. 1182 N° 3, con lo que el causante no le puede privar de sus derechos hereditarios.

Finalmente, la Ley N° 19.585 incorporó la denominada “adjudicación preferente”, agregando un numeral nuevo –el N° 10– al artículo 1337. Por su importancia, reproduzco esta norma: “El partidor liquidará lo que a cada uno de los consignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presente las siguientes reglas: 10. ‘Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto’ (inc. 1°). ‘Si el valor de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios’ (inc. 2°). ‘El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro III’ (inc. 3°). El inciso final agrega que ‘El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse’”.

Este último inciso nos parece innecesario, dado que al artículo 819 al tratar del

uso y la habitación ya establecen que tales derechos no se pueden ceder ni transmitir. Entendemos que aunque el art. 1337 N° 10 no lo dice expresamente, tampoco puede prestarse o arrendarse. Ello por aplicación del inciso 3° del art. 1337 N° 10.

El fin que el legislador se propuso al establecer la asignación preferente es loable, pues trata de evitar que a la muerte de uno de los padres, los hijos pidan partición dejando a su padre o madre viudo privado de seguir viviendo en la casa en que se encontraban residiendo.

Pese a lo anterior, pensamos que el legislador de la Ley N° 19.585 ha favorecido al cónyuge sobreviviente más allá de lo razonable. Piénsese únicamente en una familia modesta en que el causante sólo tuviere la casa en que vive. Con la asignación preferente, la viuda o el viudo –que puede ser una persona

joven– va a seguir viviendo en la casa hasta que se muera, con lo que los hijos prácticamente van a quedar desheredados.

170. Otras reformas introducidas por la Ley N° 19.585. Sin perjuicio de que las tratemos cuando se estudien las materias en que inciden las modificaciones, podemos de inmediato mencionar las que nos parecen más significativas:

a) Como acabamos de ver, el cónyuge sobreviviente pasa a tener la calidad de legítimo.

b) Se incorpora como asignatarios de cuarta de mejoras a los ascendientes. Así aparece del nuevo texto de los artículos 1167 N° 3, 1184 inciso 2° y 1195.

c) En el primer acervo imaginario, las donaciones hechas en razón de legítimas o mejoras se acumulan en valor actualizado.

171. En Chile se acepta que una herencia pueda ser parte testada y parte intestada. En esta materia el Código Civil se separa del Derecho Romano, en que no podían concurrir respecto de un mismo causante la sucesión testada e intestada. En una nota puesta por Bello al primer proyecto, se dice: "Si en el testamento se ha dispuesto de una sola parte de los bienes, el resto del patrimonio se defiere a los herederos abintestato, según las reglas de la sucesión intestada. No se sigue, pues, el principio del derecho civil que establece una separación absoluta entre la sucesión testamentaria y la sucesión intestada".⁸¹

El Código Civil autoriza la sucesión mixta en el inciso 2º del artículo 952: "La sucesión en los bienes de una persona puede ser parte testamentaria y parte intestada". Por otra parte, el artículo 980 al tratar de la sucesión intestada, señala que "las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto...", de donde se sigue que si el causante no dispuso de la totalidad de sus bienes, en la parte no dispuesta se aplican las reglas de la sucesión intestada. Finalmente el artículo 996 señala la forma como se deben cumplir las disposiciones testamentarias "cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato". La Corte Suprema ha reconocido la existencia de estas sucesiones mixtas al señalar que "cuando una persona dispone por acto testamentario de sólo una parte de sus bienes, como ocurre en el caso de autos, en el remanente ajeno a las disposiciones testamentarias se sucede

conforme a la sucesión intestada a virtud de lo dispuesto en los artículos 952 y 980 del Código Civil".⁸²

172. Forma de cumplir las disposiciones testamentarias cuando la sucesión es parte testada y parte intestada. El artículo 996 resuelve el problema: "Cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato según las reglas generales" (inc. 1º). El inciso siguiente agrega: "Pero los que suceden a la vez por testamento y abintestato, imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieron por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si excediere a la otra". Y el inciso tercero agrega: "Prevalecerá sobre todo ello la voluntad expresa del testador, en lo que de derecho corresponda". Termina la norma señalando que "en todo caso la regla del inciso primero se aplicará una vez enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia".

Según nuestro entender, el orden en que se debe proceder es el siguiente: a) se debe respetar, en primer lugar, las legítimas y mejoras; b) en seguida, debe estarse a lo que el testador haya dispuesto, en lo que de derecho corresponda (es decir sin vulnerar las asignaciones forzosas); c) si testador nada ha dicho, se deben cumplir primero las disposiciones testamentarias; d) cumplidas éstas, el remanente debe ser adjudicado a los herederos abintestato;

⁸¹ Citada por Claro Solar, ob. cit., t. XIII, N° 204, págs. 193-194.

⁸² Rev. Der. y Jur., tomo 36, sec. 1ª, pág. 552.



e) los que suceden a la vez por testamento y abintestato, deben imputar lo que reciben por testamento a lo que les corresponda abintestato, sin perjuicio de retener el exceso

(a menos que el testador hubiere dispuesto que no se impute la asignación testamentaria a lo que corresponda al asignatario a título de heredero abintestato).

Párrafo I: Del testamento

173. Concepto. Sucesión testamentaria es la que se produce cuando el causante, en su testamento, ha dispuesto de sus bienes. Así lo señala el inciso primero del artículo 952: "Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria".

El Código destina el Título III del Libro III, a la Ordenación del Testamento.

174. Del testamento. Definición. El artículo 999 define el testamento: "El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva".

El artículo siguiente agrega: "Toda donación o promesa que no se haga perfecta sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento, y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento. Exceptúanse las donaciones o promesas entre marido y mujer, las cuales, aunque revocables, podrán hacerse bajo la forma de los contratos entre vivos". Volveremos sobre esta norma cuando tratemos las donaciones revocables reguladas en los artículos 1136 y siguientes.

175 Características del testamento. De la definición del artículo 999, se desprenden como características de todo testamento las siguientes: a) es un acto jurídico unilateral; b) gratuito; c) solemne; d) mortis causa; e) personalísimo; f) tiene por objeto la disposición de bienes; y g) es esencialmente revocable. Veamos en los números siguientes estas características.

CAPÍTULO QUINTO DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

176. Es un acto jurídico unilateral. Es un acto jurídico porque constituye una manifestación de voluntad destinada a crear efectos jurídicos. Y es unilateral, porque se perfecciona por la voluntad de una sola parte, que es el testador. Dentro de los negocios unilaterales, se le debe calificar de "subjektivamente simple", por ser acto de una sola persona.

Es cierto que a la muerte del causante el heredero o legatario deberá aceptar la herencia o legado, pero ello no hace cambiar al testamento su carácter de acto jurídico unilateral, pues el testamento y la aceptación de las asignaciones son actos jurídicos distintos.

177. Es un acto jurídico gratuito. Ello porque el asignatario va a adquirir la asignación, sin que ello le signifique un sacrificio económico. El hecho de que el asignatario tenga que asumir algunas obligaciones del difunto no le quita la naturaleza gratuita, pues ello será la consecuencia de haber aceptado la asignación, o sea, de otro acto jurídico.

178. Es un acto jurídico solemne. La definición dice que "es un acto más o menos solemne". La explicación de esta frase se encuentra en el hecho de que el Código Civil reconoce dos tipos de testamentos: los solemnes y los menos solemnes o privilegiados (artículo 1008). Pues bien, todos los testamentos son solemnes, si bien en algunos (los menos solemnes o privilegiados) se pueden omitir algunas solemnidades en consideración a circunstancias particulares, determinada expresamente por la ley.

Consecuencia de esta característica es que “las cédulas o papeles a que se refiera el testador en el testamento, no se mirarán como partes de éste, aunque el testador lo ordene; ni valdrán más de lo que sin esta circunstancia valdrían” (art. 1002). Otra consecuencia es que “toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento, y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento...” (art. 1000).

De manera que la voluntad del testador sólo puede manifestarse cumpliéndose ciertas exigencias externas, lo que se explica por la importancia de este acto jurídico, ya que es la forma como una persona está disponiendo de todo o parte de su patrimonio.

179. El testamento es un acto por causa de muerte (acto mortis causa). Así se desprende de la frase “para que tenga pleno efecto después de sus días” que emplea el artículo 999. Ello significa que para que produzca todos sus efectos es necesario de la muerte del testador. Cuando digo “todos sus efectos”, me refiero a los actos de disposición de bienes, que son los que en esencia constituyen el testamento, no a otro tipo de declaraciones que pueda haber hecho el causante, como, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo (art. 189).

Antes del fallecimiento del causante, el testamento existe, pero no produce sus efectos respecto a la disposición de bienes. No es un mero proyecto, como a veces equivocadamente se afirma. Una de las consecuencias de ello es que mientras no ocurra el deceso del testador no es posible demandar la nulidad del testamento porque el actor carecería de interés actual.

180. El testamento es un acto personalísimo. Esa característica se manifiesta de dos maneras: en primer lugar, es siempre un acto de una sola persona. El Código no acepta testamentos mancomunados. El artículo 999 nos dice que es un acto en que “una persona”, y más adelante el artículo 1003, es categórico: “El testamento es un acto de una sola persona. Serán nulas todas las

disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona”.

Por ser un acto personalísimo, la ley rechaza las disposiciones captatorias, definidas como aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos” (art. 1059).

Pero también es un acto personalísimo, por cuanto no puede ser otorgado por mandatarios o representantes. El artículo 1004 establece que “la facultad de testar es indelegable”.

181. El testamento tiene por objeto la disposición de bienes. Eso es lo que en esencia constituye el testamento. Así se desprende de la definición del artículo 999. Sin embargo, el Código acepta que el testamento no contenga disposición de bienes, como ocurre, por ejemplo, cuando el testador hace testamento sólo para reconocer a un hijo (art. 189); para designar guardador (art. 353 inc. 2º) o para nombrar el partidario de su herencia (art. 1324). En esos casos lo que el testador hace es utilizar las formas testamentarias para contener en ellas negocios o actos jurídicos que pueden ser totalmente ajenos a una disposición de bienes.⁸³

182. El testamento es esencialmente revocable. Así lo dice el artículo 999 y lo reitera el artículo 1001. Dice esta última disposición: “Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento” (inc. 1º). El inciso segundo agrega: “si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciera con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita”.

⁸³ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, *ob. cit.*, t. I, números 288 y 288-I, págs. 323 y siguientes.

Este derecho del testador para revocar sus disposiciones tiene por objeto asegurar que el testamento corresponda exactamente a un acto de última voluntad del testador.

183. Requisitos del testamento. Estos requisitos son de tres tipos distintos: a) requisitos internos; b) requisitos externos o solemnidades, y c) requisitos de las disposiciones testamentarias.

184. Requisitos internos. Se entienden por requisitos internos los que dicen relación con la capacidad y voluntad del testador. Desarrollemos estas materias en los puntos siguientes.

185. Capacidad para testar. La regla general es que toda persona puede testar, salvo los que la ley declara incapaces. Así aparece del inciso 2º del art. 1005, que, después de enumerar las incapacidades, establece que “las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar”. Consecuencia de ello es que no hay más incapacidades que las que la ley señala, y que quien alegue la incapacidad deberá probarla.

Lo anterior nos lleva al estudio de las incapacidades. Están establecidas en el artículo 1005: a) los impúberes; b) el que se hallare en interdicción por causa de demencia; c) los que actualmente (al momento de otorgar el testamento) no estuvieren en su sano juicio por ebriedad u otra causa; d) todo el que no pudiere expresar su voluntad claramente.

Como la ley no admite que el testamento se pueda otorgar a través de mandatarios o representantes legales—artículo 1004—viene a resultar que las incapacidades para testar son incapacidades de goce.

186. La capacidad se debe tener al momento de otorgar el testamento. Así se desprende del artículo 1006: “El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa” (inc. 1º). “Y por el contrario, el testamento válido

no deja de serlo por el hecho de sobrevenir algunas de estas causas de inhabilidad”.

187. Incapacidad de los impúberes. La regla es lógica y concordante con los artículos 1447 y 1682 inciso segundo.

188. Incapacidad del que se hallare en interdicción por causa de demencia (art. 1005 N° 3). Debe tenerse presente que la norma no habla del demente, sino del que “se hallare bajo interdicción por causa de demencia”. Sin embargo, no se crea que el demente que no está en interdicción tiene capacidad para testar. No la tiene, pero no por este N° 3, sino por el N° 4 (no estar en su sano juicio). Es importante la interdicción del demente para efectos probatorios, pues si hay decreto de interdicción, de acuerdo al artículo 465, se presume de derecho la demencia, y por consiguiente la incapacidad del testador.

Se ha fallado que la sola circunstancia de haberse presentado la demanda de interdicción con anterioridad al otorgamiento del testamento no es prueba suficiente de haberse encontrado la testadora en estado de demencia.⁸⁴

189. Incapacidad de quien al momento de testar no estuviere en su sano juicio. Así lo dice el artículo 1005 N° 4: No son hábiles para testar “el que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa”. La exigencia que la ley impone a los notarios de certificar que al momento de otorgarse el testamento, el testador se encuentra en su sano juicio (artículos 1016 y 1023), no es prueba suficiente de su capacidad, pues los notarios no tienen competencia profesional para saber si una persona se encuentra o no en su sano juicio.

190. Incapacidad del que no puede expresar su voluntad claramente (art. 1005 N° 5). En esta situación se puede encontrar, por ejemplo, la persona que ha sufrido un accidente vascular que le impida expresarse o el mudo que no sabe escribir.

⁸⁴ C. Suprema, 14 de noviembre de 1995. Fallos del Mes 444, N° 4, pág. 1627.

191. Voluntad exenta de vicios. El Código da algunas normas especiales respecto de la fuerza en el artículo 1007: "El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes".

La fuerza para que vicie la voluntad del testador tiene que cumplir los requisitos establecidos en los artículos 1456 y 1457. Ello significa que la fuerza debe ser grave—entendiéndose que lo es cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición— injusta, inminente y determinante. Significa también que el temor reverencial no es suficiente para viciar el testamento.

La frase "es nulo en todas sus partes" ha hecho pensar a algunos que la nulidad sería absoluta.⁸⁵ No es ésta, sin embargo, la opinión que se ha impuesto. El alcance de la frase, según lo entiende la generalidad de la doctrina, es que este vicio trae consigo la nulidad relativa de todo el testamento y no sólo de la cláusula en que incide.⁸⁶

192. Del error. No está tratado en forma especial en este Título III del Libro III. Sin embargo, lo considera cuando se refiere a las asignaciones testamentarias, en los artículos 1057 y 1058, disposiciones de que trataremos en su momento.

193. Del dolo. Tampoco hay reglas especiales para el dolo como vicio de la voluntad testamentaria. Por ello, en ausencia de reglas expresas, se debe concluir que el dolo tiene cabida en esta materia, debiendo regirse por las reglas generales (arts. 1458 y 1459), con las modificaciones propias de ser el testamento un acto jurídico unilateral (por lo que no rige la exigencia de que sea obra de una de las partes, pudiendo, por consiguiente, ser obra de cualquiera).

⁸⁵ José Clemente Fabres, *Obras Completas*, t. III, págs. 128 y 227, Imprenta Cervantes, 1908, Santiago de Chile. En el mismo sentido Vera, *Código Civil de la República de Chile*, t. IV, pág. 88, Imprenta El Correo, Santiago, 1895.

⁸⁶ En ese sentido, Somarriva, ob. cit., N° 220, pág. 168; Domínguez, ob. cit., t. I, N° 328, pág. 283; Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 484, pág. 39.

Debe sí ser determinante, es decir, que sin el dolo las disposiciones testamentarias serían diferentes.

Según Domínguez,⁸⁷ las disposiciones captatorias constituirían un matiz especial de dolo en materia testamentaria y por eso el artículo 1059 les priva de valor. Recordemos que son disposiciones captatorias "aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos".

194. Clasificaciones del testamento. Se pueden clasificar los testamentos del modo siguiente: A) testamentos otorgados en Chile; y B) testamentos otorgados en el extranjero. Los testamentos otorgados en Chile pueden ser: a) solemnes y b) menos solemnes. Los solemnes pueden ser: 1) abierto, público o nuncupativo, y 2) cerrado o secreto. Los menos solemnes son: 1) verbal; 2) militar; y 3) marítimo. En cuanto a los testamentos otorgados en el extranjero, pueden ser de dos tipos: 1) testamento otorgado de acuerdo a la ley extranjera, y 2) testamento otorgado de acuerdo a la ley chilena (puede ser abierto o cerrado).

195. Solemnidades comunes a todos los testamentos solemnes otorgados en Chile. Todo testamento solemne otorgado en Chile debe ser escrito y celebrado ante la presencia de testigos. La escrituración la exige el artículo 1011: "El testamento solemne es siempre escrito. En cuanto a la presencia de testigos, siempre se requieren pero su número varía según el tipo de testamento".

196. Capacidad para ser testigo de un testamento solemne. Toda persona tiene capacidad para ser testigo de un testamento. Las incapacidades están reguladas en el artículo 1012: "No podrán ser testigos de un testamento solemne otorgado en Chile: 1) Los menores de 18 años; 2) Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia; 3) Todos los que actualmente se hallaren privados de

⁸⁷ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 330, pág. 357.

razón; 4) los ciegos; 5) los sordos; 6) los mudos; 7) Los condenados a alguna de las penas designadas en el artículo 267 número 7, y en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos;⁸⁸ 8) Los amanuenses del escribano que autorizare el testamento; 9) Los extranjeros no domiciliados en Chile; 10) Las personas que no entiendan el idioma del testador; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1024.

La voz "amanuense" empleada por el N° 8 del artículo 1012 no está tomada en el sentido que le da el Diccionario de la Lengua Española, de "persona que tiene por oficio escribir a mano, copiando o poniendo en limpio escritos ajenos, o escribiendo lo que se le dicta", sino en uno más amplio que comprende a todos los empleados de la notaría.⁸⁹

197. Otros requisitos que deben cumplir los testigos. En conformidad al inciso final del artículo 1012: "Dos a lo menos de los testigos deberán estar domiciliados en la comuna o agrupación de comunas en que se otorgue el testamento y uno a lo menos deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurren tres testigos, y dos cuando concurren cinco".

La Corte Suprema, en fallo del 25 de noviembre de 2004, resolvió que el hecho de que dos de los tres testigos del testamento no tuvieren su domicilio en la comuna o agrupación de comunas en que se otorgó, no lo invalida, estimando que "la exigencia referente al domicilio no constituye un requisito que determine la capacidad de los testigos testamentarios". Tuvo presente además lo dispuesto en el artículo 1026 en relación con los artículos 1016 y 1023 inc. 5°, y el principio de conservación de los actos para que estos produzcan el efecto deseado, lo que ha sido recogido por la jurisprudencia y doctrina.⁹⁰ En el mismo sentido, Claro Solar.⁹¹

⁸⁸ Desde que entró en vigor la Ley N° 19.585, la referencia al artículo 267 N° 7 no corresponde, pues la materia allí tratada ha pasado a quedar regulada por el artículo 271 N° 3.

⁸⁹ Así Vodanovic, *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*, t. I, págs. 110-111.

⁹⁰ Corte Suprema, 25 de noviembre de 2004, Rev. Der. y Jur., t. 101, sec. 1ª, pág. 335.

⁹¹ Claro Solar, tomo XIV, N° 649, pág. 204.

198. Habilidad putativa. De acuerdo al artículo 1013, se habla de habilidad putativa para referirse al testigo que se le tiene por capaz, no obstante afectarle alguna causal de inhabilidad, si ésta no se manifiesta en su aspecto o comportamiento y se ignora generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose esta opinión en hechos positivos y públicos. Es el caso, por ejemplo, de que intervenga como testigo una persona que aún no cumple 18 años, pero que todos creen mayor por estar casado y ser padre de familia.

Esta norma constituye un caso de aplicación de la teoría de la apariencia o del principio que el error común valida un acto jurídico.

Agrega el inciso 2° del artículo 1013 que "la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos".

199. Testamento solemne abierto, público o nuncupativo. Lo define el inciso final del artículo 1008: "El testamento abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedor de sus disposiciones a los testigos". Esta norma debe concordarse con el artículo 1015: "Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al escribano, si lo hubiere, y a los testigos".

200. El testamento abierto puede otorgarse ante funcionario y tres testigos o sólo ante cinco testigos. Así lo establece el artículo 1014: "En Chile, el testamento solemne abierto debe otorgarse ante competente escribano y tres testigos, o ante cinco testigos".

Párrafo II: Testamento solemne abierto

201. Testamento solemne abierto puede otorgarse en protocolo o en hoja suelta. Lo normal será que se otorgue en protocolo, pues también es lo normal que sea autorizado por un notario. Sin embargo, puede ser hecho en hoja suelta, sea porque se otorgó sólo ante 5 testigos, sea porque se

otorgó ante un juez, sea porque a pesar de haberlo autorizado un notario, no se estimó del caso incorporarlo en un registro.

El testamento otorgado en hoja suelta debe ser publicado, trámite que está tratado en los artículos 867 del Código de Procedimiento Civil y 1020 del Código Civil. Respecto a estos testamentos, para que valgan como instrumentos públicos, deben protocolizarse, dentro del primer día hábil siguiente al de su otorgamiento. Así lo dispone el artículo 420 N° 2° del Código Orgánico de Tribunales.

202. Funcionario competente para autorizar un testamento abierto. El testamento abierto puede otorgarse ante un notario (escribano), que es lo que corrientemente ocurre, pero también puede “hacer las veces de escribano el juez de letras del territorio jurisdiccional del lugar del otorgamiento; todo lo dicho en este título acerca del escribano, se entenderá respecto del juez de letras, en su caso” (art. 1014 inc. 2°). Esta excepción no se justifica en modo alguno, pues no se ve que en el Chile de hoy puedan presentarse problemas para encontrar un notario que autorice un testamento. No conocemos de ningún caso en que un juez haya autorizado un testamento. Por lo demás, la frase “juez de letras del territorio jurisdiccional” es absolutamente vaga, atendido que hay gran variedad de jueces letrados: civiles, del trabajo, de familia, etc., por lo que surge la duda si podría autorizar un testamento cualquiera de ellos.

203. Testamento público otorgado sólo ante cinco testigos. El testamento abierto puede otorgarse también ante cinco testigos, sin la concurrencia de ningún funcionario. Ello está expresamente permitido por el inciso primero del artículo 1014.

Un testamento otorgado en esta manera debe cumplir con una exigencia especial: *su publicación*. Así lo dispone el artículo 1020, que precisa en qué consiste este trámite. Dice el artículo 1020: “Si el testamento no ha sido otorgado ante escribano, o ante un juez de letras, sino ante cinco testigos, será necesario que se proceda a su publicación en

la forma siguiente” (inc. 1°): “El juez competente hará comparecer los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador” (inc. 2°). “Si uno o más de ellos no compareciere por ausencia u otro impedimento, bastará que los testigos instrumentales presentes reconozcan la firma del testador, las suyas propias y las de los testigos ausentes” (inc. 3°). “En caso necesario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del testador y de los testigos ausentes por declaraciones juradas de otras personas fidedignas” (inc. 4°). “En seguida pondrá el juez su rúbrica al principio y fin de cada página del testamento, y lo mandará entregar con lo obrado al escribano actuario para que los incorpore en sus protocolos” (inc. 5°).

En conformidad al artículo 867 del Código de Procedimiento Civil, “La publicación y protocolización de los testamentos otorgados sólo ante testigos, se hará en la forma prevenida por el artículo 1020 del Código Civil”.

De acuerdo al artículo 417 del Código Orgánico de Tribunales, la protocolización de este testamento se hace “agregando su original al protocolo con los antecedentes que lo acompañen”. Una vez protocolizado valdrá como instrumento público (art. 420 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales).

204. Plazo para protocolizar un testamento otorgado ante cinco testigos. Si bien de acuerdo lo que dispone el artículo 420 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales, los testamentos solemnes abiertos que se otorguen en hojas sueltas deben protocolizarse, a más tardar, dentro del primer día siguiente hábil al de su otorgamiento para que valgan como instrumento público, la Corte de Santiago ha fallado que este plazo no se aplica a los testamentos otorgados ante cinco testigos, pues con anterioridad a su protocolización se debe proceder al trámite de la publicación, y para ello es necesario la muerte del testador.⁹²

⁹² Rev. de Der. y Jur., t. XLIII, sec. 1°, pág. 42.

205. Declaraciones que debe contener el testamento solemne abierto. El artículo 1016 indica las menciones que debe contener el testamento abierto: “En el testamento se expresarán el nombre y apellido del testador; el lugar de su nacimiento; la nación a que pertenece; si está o no vecindado en Chile, y si lo está, la comuna en que tuviere su domicilio; su edad; la circunstancia de hallarse en su entero juicio; los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, de los hijos habidos en cada matrimonio; de cualesquiera otros hijos del testador, con distinción de vivos y muertos; y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos” (inc. 1°). “Se ajustarán estas designaciones a lo que respectivamente declaren el testador y testigos. Se expresarán asimismo el lugar, día, mes y año del otorgamiento; y el nombre, apellido y oficio del escribano, si asistiere alguno” (inc. 2°).

206. El notario debe dejar constancia de la hora del otorgamiento. El artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales agregó a las menciones recién indicadas la constancia de la hora en que se otorga. Dice esta disposición: “En cuanto al otorgamiento del testamento, se estará a lo establecido al respecto en el Código Civil, debiendo el notario dejar constancia de la hora y lugar en que se otorgue. La identidad del testador deberá ser acreditada en la forma establecida en el artículo 405. No regirá esta exigencia cuando, a juicio del notario, circunstancias calificadas así lo aconsejen”.

207. Sanción a la falta de constancia de la hora. Tiene importancia el que esta exigencia no esté contemplada en el artículo 1016, sino que en el Código Orgánico de Tribunales, para los efectos de determinar cuál es la sanción que se sigue si no se cumple con ella. En efecto, de acuerdo al artículo 1026 inciso 1°, cuando se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno. En seguida, el inciso segundo expresa que “con todo si se omitiere una o más de

las designaciones prescritas en el artículo 1016... no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo”. Como se puede observar, ninguna referencia se hace al artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales. De acuerdo a lo que se viene explicando, si el requisito de señalar la hora estuviere en el artículo 1016, debería concluirse que su omisión no produciría la nulidad del testamento, pues no influiría en la identidad del testador, notario y testigos.

Sin embargo, al no poder aplicarse el artículo 1026, puede resultar admisible sostener que la sanción sería la nulidad absoluta, atendido lo dispuesto en el artículo 1682 del Código Civil.

Alessandri estima que el artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales no ha hecho más que agregar un requisito a los previstos en el artículo 1016 del Código Civil, por lo que considera que la sanción debe ser la misma, lo que lo lleva a concluir que la omisión de la hora no es motivo de nulidad si no hubiere duda acerca de la identificación del testador, notario y testigos;⁹³ Somarriva, reconociendo que el problema es discutible, no emite pronunciamiento.⁹⁴ La jurisprudencia ha sido contradictoria. Así en algunos casos se ha fallado que la sanción es la nulidad del testamento.⁹⁵ En otros se ha estimado lo contrario.⁹⁶ Finalmente, también se ha sostenido que la sanción no es la nulidad, sino que el testamento no vale como instrumento público.⁹⁷

Según Claro Solar, si no se expresa la hora del otorgamiento, el testamento es nulo.⁹⁸

⁹³ A. Alessandri, notas a fallos publicados en Rev. Der. y Jur., t. 40, sec. 1°, pág. 196; t. 50, sec. 1°, pág. 347. En el mismo sentido, Domínguez, ob. cit., N° 405.

⁹⁴ Somarriva, ob. cit., N° 258, pág. 194.

⁹⁵ Rev. Der. y Jur., t. 40, sec. 1°, pág. 196; t. 41, sec. 1°, pág. 539.

⁹⁶ Rev. Der. y Jur., t. 37, sec. 2°, pág. 33; t. 40, sec. 1°, pág. 71.

⁹⁷ Rev. Der. y Jur., t. 48, sec. 2°, pág. 86.

⁹⁸ Luis Claro Solar, ob. cit., tomo XIV, N° 656, págs. 212-213. En igual sentido, Rev. Der. y Jur., t. 40, sec. 1°, pág. 196.

208. ¿Qué se entiende por “lugar” de otorgamiento del testamento? El artículo 1016 inc. 2° exige que en el testamento se exprese el “lugar” del otorgamiento. Se ha discutido a qué lugar se refiere esta exigencia. Alessandri estima que la referencia debe entenderse hecha a la ciudad, pueblo o paraje en que se otorga (ej., Concepción).⁹⁹ Del mismo modo lo entiende Domínguez.¹⁰⁰ Así también ha sido fallado.¹⁰¹

209. Lectura del testamento. El artículo 1017 establece que “el testamento abierto podrá haberse escrito previamente” (inc. 1°) y agrega: “Pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el escribano, si lo hubiere, o a falta de escribano por uno de los testigos, designado por el testador a este efecto”.

Se ha planteado si debe dejarse constancia de la lectura en el testamento mismo. La jurisprudencia¹⁰² se ha uniformado en el sentido que el hecho de que no se mencione la lectura no es causal de nulidad, pues las solemnidades son de derecho estricto y la ley lo único que ordena es que sea leído, no exige que se deje constancia de la lectura, lo que importaría una nueva solemnidad. No debe confundirse la existencia de la solemnidad con la prueba de que se cumplió con ella. Por lo demás, cuando la ley ha querido establecer esa nueva solemnidad lo ha dicho expresamente, como ocurre con el testamento del ciego, del sordo o sordomudo que pueden darse a entender por escrito (art. 1019 inc. 4°). En este sentido, Somarriva,¹⁰³ Domínguez.¹⁰⁴

⁹⁹ Rev. Der. y Jur., t. 40, sec. 1ª, pág. 196, con comentario de Arturo Alessandri R.

¹⁰⁰ Ob. cit., N° 403.I, pág. 435.

¹⁰¹ Rev. Der. y Jur., t. 55, sec. 1ª, pág. 144.

¹⁰² Rev. Der. y Jur., t. 55, sec. 1ª, pág. 144; t. 60, sec. 2ª, pág. 49; t. 85, sec. 1ª, pág. 50; Fallos del Mes N° 353, N° 15, pág. 132. El Repertorio, t. IV, cita 14 fallos con la misma interpretación. En el mismo sentido, Somarriva, ob. cit., N° 237, pág. 179.

¹⁰³ Somarriva, ob. cit., N° 237, pág. 180.

¹⁰⁴ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 430, pág. 456.

210. Unidad del testamento. El inciso 2° del artículo 1017 establece otra solemnidad del testamento solemne abierto: “Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oírán todo el tenor de sus disposiciones”. La sanción al incumplimiento de esa solemnidad es la nulidad absoluta del testamento. Así Domínguez,¹⁰⁵ y Fabián Elorriaga De Bonis.¹⁰⁶

Párrafo III: Testamento cerrado

211. Testamento solemne cerrado o secreto. Según el inciso final del artículo 1008, es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de las disposiciones del testador.

El artículo 1023 expresa que “lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el escribano y los testigos le vean, oigan y entiendan (salvo el caso del artículo siguiente), que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del escribano y testigos” (inc. 1°). “El testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador” (inc. 2°). “El sobre escrito o cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta” (inc. 3°). “Queda al arbitrio del testador estampar su sello o marca o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta” (inc. 4°). “El escribano expresará en el sobrescrito o cubierta, bajo el epígrafe testamento, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento” (inc. 5°). “Termina el otorgamiento por las firmas del testador y de los testigos, y por la firma y signo del escriba-

¹⁰⁵ Ob. cit., N° 407, pág. 441.

¹⁰⁶ Fabián Elorriaga De Bonis, *Derecho sucesorio*, Edit. LexisNexis, Santiago, 2005, N° 220, pág. 97.

no, sobre la cubierta” (inc. 6°). “Durante el otorgamiento estarán presentes además del testador, un mismo escribano y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere” (inc. 7°).

212. Personas ante las cuales se otorga el testamento cerrado. Según el inciso 1° del artículo 1021, “el testamento solemne cerrado debe otorgarse ante un escribano y tres testigos”. Y el inciso siguiente agrega que “podrá hacer las veces de escribano el respectivo juez letrado”.

213. Declaración de viva voz hecha por el testador de que en el sobre se encuentra su testamento. El artículo 1023, recién transcrito, señala que “lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el escribano y testigos le vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del escribano y testigos”.

214. Etapas del otorgamiento. De acuerdo a lo expresado en el artículo 1023, recién transcrito, se pueden distinguir tres etapas: a) escrituración y firma del testamento; b) Introducción del testamento en un sobre que se cierra, y c) redacción de la carátula.

215. Escritura y firma del testamento. De acuerdo al art. 1023, el testamento debe estar escrito o a lo menos firmado por el testador. La frase “a lo menos firmado” crea algunos interrogantes. Pueden darse diversas situaciones: 1) que el testamento esté escrito y firmado por el testador, caso que no presenta problemas, 2) que no esté ni escrito ni firmado por el testador, situación que tampoco presenta problemas, pues en tal caso el testamento no vale; 3) que no esté escrito pero sí firmado por el testador, el testamento vale; y 4) que esté escrito, pero no firmado por el testador. Este último caso es el más conflictivo. A nuestro juicio,

ese testamento no vale, pues la exigencia mínima dispuesta por el art. 1023 es que a lo menos esté firmado. La firma es el signo universalmente aceptado cuando se manifiesta la voluntad por escrito. Por otra parte, el Código Civil francés y el Proyecto español concordado por García Goyena, que fueron fuentes de nuestro Código, exigen la firma del testador, haya o no escrito el testamento. Así opinan Claro Solar,¹⁰⁷ y Domínguez,¹⁰⁸ Somarriva.¹⁰⁹ En sentido contrario, Pablo Rodríguez, quien afirma que “pretender negar valor a un testamento escrito de puño y letra por el testador es introducir una solemnidad que ninguna disposición ha contemplado y que, por el contrario, ha sido objeto de una expresa exclusión del legislador”.¹¹⁰

La Corte Suprema en un antiguo fallo dio valor a un testamento escrito de puño y letra por el testador, pero que no lo firmó. Este fallo tuvo un voto disidente.¹¹¹

216. Incorporación del testamento en el sobre. Al momento de otorgarse el testamento éste ya puede estar dentro del sobre o cubierta, o se le puede introducir en ese momento, debiendo cerrarse el sobre.

217. Escrituración del sobre. Respecto a la leyenda que se stampa en el sobre, no hay términos sacramentales. En todo caso, se debe dejar constancia que se trata de un testamento, debiendo individualizarse al testador y testigos con su nombre, apellido y domicilio, señalando el lugar, la hora, el día, mes y año del otorgamiento, manifestando que el testador se encuentra en su sano juicio. Termina el testamento firmando en la cubierta el testador, el notario y los testigos. Recordemos que la exigencia de la hora, la establece el artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales. En cuanto a

¹⁰⁷ Claro Solar, t. XIV, N° 588, pág. 150.

¹⁰⁸ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, 4131, pág. 4480.

¹⁰⁹ Somarriva, ob. cit., N° 245, pág. 184.

¹¹⁰ Pablo Rodríguez, ob. cit., vol. 1, págs. 112-113.

¹¹¹ Gaceta de los Tribunales 190, t. II, N° 3.321, pág. 1473.

la sanción si se omite este requisito, damos por reproducido lo explicado al tratar del testamento solemne abierto.

218. El otorgamiento debe hacerse en un solo acto ininterrumpido. Así lo establece el inciso final del artículo 1023.

219. El testador puede llevarse consigo el testamento o dejarlo en custodia en la misma notaría. En todo caso es obligación del notario anotar los testamentos cerrados que se otorguen ante él en un registro privado, en que indicará el lugar de su otorgamiento y el nombre, domicilio de los testigos. Este libro debe mantenerlo en reserva, no teniendo obligación de exhibirlo sino por decreto de juez competente o petición hecha por un particular que acompañe un certificado de defunción del testador (artículo 431 del Código Orgánico de Tribunales).

220. Apertura del testamento cerrado. Fallecido el causante, es necesario proceder a la apertura del testamento solemne cerrado. Puede solicitar esta diligencia cualquiera persona capaz de comparecer en juicio por sí misma (art. 869 del Código de Procedimiento Civil). Se pide al juez del último domicilio del testador, debiendo acreditarse que el testador se encuentra fallecido (arts. 1009, 1010 y 1025). De acuerdo al artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, "si el testamento se ha otorgado ante notario que no sea el del último domicilio del testador, podrá ser abierto ante el juez del territorio jurisdiccional a que pertenezca dicho notario, por delegación del juez del domicilio que se expresa. En tal caso el original se remitirá con las diligencias de apertura a este juez, y se dejará archivada además una copia autorizada en el protocolo del notario que autoriza el testamento".

El tribunal dispondrá la citación del notario y testigos, para que reconozcan sus firmas y comprueben que el testamento no ha sido abierto. Si no pueden comparecer todos los testigos, bastará que el notario y los testigos instrumentales presentes reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen las de los ausentes. Si no puede comparecer

el notario o funcionario que autorizó el testamento, será reemplazado para la diligencia de apertura por el escribano que el juez elija. En caso necesario y siempre que el juez lo estime conveniente, podrán ser abonadas las firmas del testador y de los testigos ausentes por declaraciones juradas de otras personas fidedignas (art. 1025).

Se ha fallado que no es necesario que esta apertura se haga en un solo acto.¹¹² También se ha resuelto que no cabe formular oposición a la apertura del testamento.¹¹³

Reconocidas las firmas y que el testamento no ha sido violado, el juez firma cada hoja al principio y al final y lo manda a protocolizar ante el notario que lo autorizó o ante el que designe el juez. Una vez protocolizado, valdrá el testamento como instrumento público (art. 420 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales).

221. El testador puede elegir libremente si hace testamento abierto o cerrado. Excepciones a esta regla. La regla general es que es una facultad del testador resolver si hace testamento abierto o cerrado. Esta regla tiene dos órdenes de excepción: a) casos en que sólo se puede hacer testamento cerrado, y b) casos en que sólo se puede hacer testamento abierto.

222. Casos en que sólo se puede hacer testamento solemne cerrado. De acuerdo al artículo 1024, el testador que no pudiere entender o ser entendido de viva voz, sólo puede hacer testamento cerrado. Quedan comprendidos en este caso el sordo o sordomudo que puede darse a entender por escrito; y el extranjero que no conozca el idioma del notario y testigos que concurren al otorgamiento del testamento.

De acuerdo al artículo 1024 inciso 2°, en este caso "el testador escribirá de su letra, sobre la cubierta, la palabra testamento, o la equivalente en el idioma que prefiera, y hará del mismo modo la designación de su persona, expresando, a lo menos, su nom-

¹¹² Rev. Der. y Jur., t. XI, sec. 1ª, pág. 409.

¹¹³ Gaceta de los Tribunales 1937, sentencia 157, pág. 618.

bre, apellido y domicilio, y la nación a que pertenece; y en lo demás se observará lo prevenido en el artículo precedente".

223. Caso en que sólo se puede hacer testamento solemne abierto. No pueden otorgar testamento cerrado: a) el que no sepa leer y escribir (art. 1022); y b) el ciego, el sordo o el sordomudo que puedan darse a entender claramente (artículo 1019).

224. Testamento del ciego y del sordo o sordomudo que pueden darse a entender claramente (pero no por escrito). El Código ha regulado en el artículo 1019, el testamento de estas personas.

Presenta éste las siguientes características:

a) sólo puede testar nuncupativamente, es decir, no puede hacer testamento cerrado;

b) sólo puede testar ante notario o funcionario que haga sus veces (no puede hacerlo sólo ante 5 testigos);

c) en el **caso del ciego**, el testamento se debe leer en alta voz dos veces: la primera por el escribano o funcionario, y la segunda, por uno de los testigos elegido al efecto por el testador; y, en el caso **del sordo o del sordomudo**, también debe leerse dos veces, la primera y la segunda lectura deberán efectuarse, además, ante un perito o especialista en lenguaje de señas, quien deberá en forma simultánea dar a conocer al otorgante el contenido de la misma, y

d) se debe hacer mención especial de estas solemnidades en el testamento.

Párrafo IV: Interpretación del testamento

225. Interpretación de las disposiciones testamentarias. Si todo acto jurídico es una manifestación de voluntad, es indispensable poder interpretar esa voluntad y ello explica que el Código, tratándose tanto de los contratos como de los testamentos, haya establecido reglas especiales destinadas a este objeto. En el caso de los contratos, esas reglas están dadas en los artículos 1560 y

siguientes; y tratándose de los testamentos, en varias disposiciones, especialmente en el artículo 1069.

Para poder cumplir las disposiciones testamentarias, es previo establecer la genuina voluntad del testador especialmente en aquellos casos en que pueda aparecer dudosa, como ocurre cuando la asignación pareciera motivada por un error de hecho, situación contemplada en el artículo 1058, o cuando existiendo más de un testamento se deba establecer en qué medida el segundo deroga tácitamente algunas disposiciones del primero.

226. Disposiciones legales de interpretación. El Código contempla varias normas destinadas a precisar la voluntad del testador. Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 1056, cuando aclara que las asignaciones dejadas al alma del testador se entenderán hechas a un establecimiento de beneficencia o la que se deja a los pobres, se entienden referidas a los pobres de la parroquia del testador. Lo mismo ocurre con el artículo 1064, en el caso de las asignaciones dejadas indeterminadamente a parientes. Pero estas disposiciones legales sólo van a operar cuando el testador no haya dispuesto otra cosa, pues la regla de oro en esta materia se encuentra en el artículo 1069: "Sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales (inc. 1°). "Para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido" (inc. 2°).

Reiteradamente se ha fallado que esta norma opera cuando las disposiciones testamentarias se presentan oscuras, confusas o ambiguas; pero cuando están concebidas en términos claros y precisos y nada mueve a dudar de su sentido, no se aplica.¹¹⁴ También se ha fallado que la voluntad del

¹¹⁴ Rev. Der. y Jur., t. 19, sec. 1ª, pág. 433; Rev. Der. y Jur., t. 80, sec. 1ª, pág. 13.

testador prevalece cobra cualquier regla o disposición legal de interpretación.¹¹⁵

227. Algunos principios aplicables a la interpretación de las disposiciones testamentarias. Para interpretar un testamento se debe tener en cuenta los siguientes principios:

a) que al ser el testamento un negocio solemne se debe considerar sólo la voluntad manifestada con las solemnidades legales;

b) que tratándose de un negocio personalísimo del testador no se puede recurrir a los dichos de terceros;

c) que es el testador quien crea la ley que gobernará su sucesión, por lo que el intérprete debe atender a esa ley, “con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales” (art. 1069 inc. 1°). En esta materia no hay ley que supla la voluntad de los testadores, salvo disposición en contrario, como en el caso del artículo 1157. La voluntad del testador debe ser respetada y constituye la norma de la sucesión, salvo ley contraria que deba imperar sobre ella;¹¹⁶

d) que se debe preferir la interpretación que conduzca a que el testamento produzca efectos, regla ésta que si bien no está establecida en materia testamentaria, si en la interpretación de los contratos –art. 1562– no se ve ninguna razón para no aplicarla en aquélla;¹¹⁷

e) El testamento debe interpretarse en su integridad, considerando todas sus cláusulas, antes que estarse a una disposición aislada. También es aplicación del principio contenido en el artículo 1564 inciso primero, en la interpretación de los contratos.¹¹⁸

228. ¿Es admisible recurrir a pruebas extrínsecas para indagar la voluntad del

testador? Se discute en doctrina si es posible buscar fuera del testamento hechos que precisen la verdadera voluntad del testador. En general, se admite que el juez pueda recurrir a pruebas extrínsecas, para precisar y aclarar la verdadera intención del testador y siempre que tenga un punto de arranque en el testamento mismo. No es aceptable que por esta vía se llegue a reemplazar la voluntad del testador, pues es él quien dispone, manda y ordena. Aubry y Rau admiten la prueba extrínseca como supletoria de la prueba intrínseca cuando ésta no permite establecer claramente la substancia de las disposiciones que hacen oscuros o difíciles de percibir los términos usados por el testador. En ese sentido se inclina la doctrina dominante de los comentaristas del Código francés.¹¹⁹

Jossierand nos ilustra sobre la evolución de este problema en la jurisprudencia francesa. “Parece que el testamento, acto sometido a un formalismo riguroso, debería comportar una interpretación muy estricta; la voluntad del testador no debería tenerse en cuenta sino en la medida que está vaciada en las formas reglamentarias; y para deducirla, no debería tener el juez en cuenta más que el tenor del testamento, los elementos y los síntomas intrínsecos; ésta era, al parecer, la concepción de los redactores del Código Civil, y ésta fue también la jurisprudencia durante muchos años. Pero, pasado más de medio siglo y sobre todo desde hace algunos años, se produce una evolución en sentido más liberal, menos formalista, que tiene en cuenta por lo demás la tradición consuetudinaria, evadiéndose el juez de la fórmula, del contenido del testamento, se guía por la preocupación esencial de averiguar la verdadera voluntad del testador y de hacer surtir efecto a dicha voluntad...”¹²⁰

En Argentina, Borda explica que “La prueba externa podrá, pues, admitirse en caso de duda que no pueda resolverse por el testamento mismo. En esta hipótesis, será particularmente importante reconstruir los

hechos y circunstancias en que el causante hizo su testamento; su carácter, condiciones personales, cultura, educación, etc.; sus relaciones con los miembros de la familia, los parientes, y los beneficiados con legados o cargos; y, en general, reconstituir todas las circunstancias de hecho que sirvan para iluminar el pensamiento y voluntad del causante.

La jurisprudencia nacional, en general, admite recurrir a elementos extrínsecos.¹²¹ También hay fallos en sentido contrario.¹²²

Hay un antecedente de historia fidedigna que abona la posición de que es posible recurrir a elementos externos: al pie del artículo 1218 del Proyecto Inédito –de tenor idéntico al actual artículo 1069– Bello puso la siguiente nota: “En los testamentos no deben perderse de vista los motivos que han influido en la voluntad del testador; y tanto más necesario es ajustar a ellos la interpretación de esta clase de documentos, cuando suelen dictarlos a menudo personas iliteratas. Ésta es una regla recomendada varias veces por los jurisperitos romanos: *‘In testamentis non ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus aut vocabulis semper utantur’*”.

Domínguez Benavente y Domínguez Águila estiman que el carácter formal del testamento se opone a la admisión de pruebas extrínsecas. La labor del intérprete –agregan– “es reconstruir la voluntad expresada de la manera dispuesta por la ley: *forma dat esse rei*.”¹²³ En el mismo sentido, Pablo Rodríguez Grez.¹²⁴

229. ¿Tienen aplicación, para interpretar un testamento, las reglas de interpretación de los contratos? El problema ha sido resuelto

en sentido negativo.¹²⁵ En otros casos, se ha aceptado aplicar algunos de los principios de la interpretación de los contratos.¹²⁶ Pablo Rodríguez admite la aplicación subsidiaria de las normas de los artículos 1560 y siguientes para indagar la voluntad del testador “siempre que exista compatibilidad entre los elementos de interpretación de los contratos y la naturaleza misma de los testamentos”.¹²⁷

Párrafo V: De la revocación del testamento

230. De la revocación del testamento. Esta materia está regulada en el párrafo primero del Título VI del Libro III, artículos 1212 al 1215.

Los testamentos solemnes dejan de producir sus efectos cuando se revocan. En el caso de los testamentos privilegiados, dejan de tener vigencia, además, cuando caducan en los casos previstos por la ley (art. 1212, incisos 1° y 2°).

Pueden también existir otras causales por las que un testamento deje de producir sus efectos, como, por ejemplo, si se le anula por sentencia judicial; o el heredero testamentario repudia la asignación o se hace incapaz o indigno de suceder al testador; o el testamento cerrado es violado o se destruye o extravía. Además, dejará de producir parcialmente sus efectos si se acoge una acción de reforma de testamento. Este último caso lo trataremos más adelante.

231. Clases de revocación. La revocación puede ser: a) total o parcial; b) expresa o tácita.

Revocación total es aquella que se produce cuando un nuevo testamento deja sin efecto en su integridad uno anterior. La revocación es parcial cuando sólo es revocado en parte.

¹²¹ Gaceta de los Tribunales 1915, 2° semestre, N° 454, pág. 1175; Rev. Der. y Jur., t. 59, sec. 1°, pág. 389.

¹²² Rev. Der. y Jur., t. 52, sec. 1°, pág. 76.

¹²³ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 344, pág. 376.

¹²⁴ Pablo Rodríguez, ob. cit., vol. II, págs. 141-142.

¹²⁵ Rev. Der. y Jur., t. 24, sec. 1°, pág. 631.

¹²⁶ Rev. Der. y Jur., t. 27, sec. 1°, pág. 395; t. 9, sec. 1°, pág. 103; t. 21, sec. 1°, pág. 328.

¹²⁷ Pablo Rodríguez, ob. cit., vol. I, segunda edición, pág. 135.

¹¹⁵ Rev. Der. y Jur., t. 67, sec. 1°, pág. 113.

¹¹⁶ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 337, págs. 362-363.

¹¹⁷ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 374.

¹¹⁸ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 343, pág. 376.

¹¹⁹ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 837, pág. 383.

¹²⁰ Cita contenida en sentencia publicada en Rev. Der. y Jur., t. 59, sec. 1°, pág. 389.



Revocación expresa es la que se produce cuando en un nuevo testamento se señala en términos formales y explícitos que se deja sin valor uno anterior. Nótese que un testamento no se puede revocar con una simple escritura pública. Así Claro Solar.¹²⁸ En el mismo sentido reiterada jurisprudencia.¹²⁹ Sólo se menciona un fallo contrario, dictado por la Corte de Talca.¹³⁰

Revocación tácita es la que se produce cuando las disposiciones de un nuevo testamento son incompatibles o contrarias con las de uno anterior, caso en que estas últimas se entienden derogadas. El inciso 2° del artículo 1215: “Los testamentos posteriores que expresamente no revoquen los anteriores, dejarán subsistentes en éstos las disposiciones que no sean incompatibles con las posteriores, o contrarias a ellas”. Como se puede observar, esta situación es semejante a la derogación tácita de la ley (art. 52).

La revocación tácita normalmente será parcial. Así se desprende del artículo 1215: “Un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores” (inc. 1°).

232. Un testamento solemne puede ser revocado por uno menos solemne. El artículo 1213 inciso 1° establece que “El testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o parte, por un testamento solemne o privilegiado”. El inciso 2° agrega que “la revocación que se hiciera en un testamento privilegiado caducará con el testamento que la contiene, y subsistirá el anterior”.

233. Revocación de un testamento que había revocado uno anterior. De acuerdo al artículo 1214, “si el testamento que revoca un testamento anterior es revocado a su vez, no revive por esta revocación el

primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria”.

Párrafo VI: Nulidad del testamento solemne

234. Nulidad del testamento solemne. El Código, en el artículo 1026, ha dado reglas especiales sobre la nulidad de los testamentos solemnes: “El testamento abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno” (inc. 1°) “Con todo, cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1016, en el inciso 5° del 1023 y en el inciso 2° del 1024, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo”.

La norma recién transcrita ha motivado fallos importantes. Así, por ejemplo, se ha fallado que por el principio de la especialidad, se debe aplicar con preferencia el artículo 1682;¹³¹ que para la procedencia de la acción es menester acreditar por los medios de prueba legales que para el caso de ser aceptada la demanda, el actor es heredero abintestato del *de cuius* y que el testador se encuentra fallecido;¹³² que la nulidad que sanciona el 1026 es la absoluta;¹³³ que la nulidad de un testamento no puede discutirse como cuestión accesoria de un proceso,¹³⁴ que la omisión de las formalidades a que se refiere el artículo 1026 y que llevan consigo la nulidad del testamento abierto o cerrado, sólo dicen relación con las relativas al otorgamiento y no con las diligencias posteriores, como ser la apertura y publicación del testamento cerrado.¹³⁵

¹³¹ Rev. Der. y Jur., t. 48, sec. 2°, pág. 86.

¹³² Rev. Der. y Jur., t. 60, sec. 2°, pág. 49; t. 55, sec. 2°, pág. 43; t. 6, sec. 2°, pág. 52.

¹³³ Rev. Der. y Jur., t. 3, sec. 2°, pág. 65. En el mismo sentido, Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 654, pág. 210.

¹³⁴ Rev. Der. y Jur., t. 68, sec. 2°, pág. 52.

¹³⁵ Rev. Der. y Jur., t. 11, sec. 1°, pág. 409; t. 20, sec. 1°, pág. 336; t. 29, sec. 1°, pág. 62.

Somarriva explica que este artículo 1026 “debe ser entendido sin perjuicio de que el testamento solemne pueda ser anulado de acuerdo con las reglas generales de los testamentos. Tal sería el caso de un testamento otorgado por una persona incapaz de hacerlo, o que fuera mancomunado, etc.”.¹³⁶

Párrafo VII: Testamento solemne otorgado en el extranjero

235. Testamento solemne otorgado en el extranjero. El Código trata de los testamentos solemnes otorgados en el extranjero, en el párrafo 3° del Título III del Libro III, artículos 1027 al 1029. Nótese que sólo se admiten los testamentos solemnes. No se pueden invocar en Chile los menos solemnes o privilegiados otorgados en el extranjero. Así aparece de la propia denominación del párrafo “Del testamento *solemne* otorgado en el extranjero”.

Pueden darse dos situaciones distintas: a) que el testamento se otorgue en el extranjero en conformidad con la ley del país de que se trata, y b) que se celebre de acuerdo a la ley chilena.

En todo caso es necesario tener presente que estos testamentos presentan interés sólo cuando se vayan a ejecutar en Chile.

236. Testamento solemne otorgado en el extranjero, en conformidad a la legislación del país de que se trata. Este caso está regulado en el artículo 1027: “Valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciera constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria”.

De manera que son requisitos para que este testamento se reconozca en Chile que se cumplan las siguientes condiciones: a) que se trate de un testamento solemne; b) que sea escrito; c) que se cumplan las

¹³⁶ Somarriva, ob. cit., N° 255, pág. 192.

solemnidades exigidas en el país en que se otorgó, y d) que se pruebe la autenticidad del instrumento en que conste.

El primer requisito se desprende, según lo hemos señalado, de la denominación del párrafo III del Título III del Libro III.

Respecto al segundo requisito –que sea escrito–, lo exige en forma expresa el artículo 1027.

El tercer requisito es que se haga constar que el testamento se otorgó en conformidad a la ley extranjera. Este hecho deberá probarlo quien pretende que el testamento se cumpla en Chile. Nótese que este es un caso en que el derecho extranjero debe probarse en Chile, lo que se hará mediante un informe pericial (art. 411 N° 2 del Código de Procedimiento Civil).

Finalmente, el que invoca el testamento debe probar su autenticidad según las reglas del Código de Enjuiciamiento. Así lo dispone el artículo 17 del Código Civil. La referencia al Código de Enjuiciamiento debe entenderse hecha a los artículos 345 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. La primera de estas normas dispone que “Los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile, deberán presentarse debidamente legalizados, y se entenderá que lo están cuando en ellos conste el carácter público y la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas ambas circunstancias por los funcionarios que, según las leyes o la práctica de cada país, deban acreditarlas” (inc. 1°). Los incisos siguientes de esta norma señalan la forma como se prueba en Chile la autenticidad de las firmas y el carácter de los funcionarios.

Además, si el instrumento está extendido en lengua extranjera –que será lo más corriente– se deberá traducir en la forma que dispone el artículo 347 del Código de Procedimiento Civil.

237. Validez del testamento ológrafo hecho en el extranjero en conformidad a la ley del país en que se otorgó. Se ha discutido en Chile la validez de estos testamentos. Para entender el problema es necesario aclarar en forma previa en qué consiste un

testamento ológrafo. Claro Solar lo define como aquel “íntegramente fechado y firmado por el mismo testador, y que no se halla sujeto a ninguna otra solemnidad”.¹³⁷ Somarriva al definirlo exige que sea escrito de puño y letra por el testador.¹³⁸

En algunos países este testamento tiene valor. Así, por ejemplo, en España, en que se admite para personas mayores de edad, exigiendo que sea escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día que se otorgue.¹³⁹ También vale en Argentina, siempre que “sea escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador”.¹⁴⁰

Como en Chile no se acepta, ello plantea el problema de si se debe admitir un testamento ológrafo otorgado en el extranjero en conformidad a la legislación del país en que se realizó. La jurisprudencia ha sido vacilante. En algunos casos lo ha aceptado.¹⁴¹ En cambio, un viejo fallo no lo admitió.¹⁴²

La doctrina nacional, en general, lo acepta. Así, Somarriva,¹⁴³ Claro Solar.¹⁴⁴ Le niegan valor Rengifo,¹⁴⁵ Barros Errázuriz,¹⁴⁶ Pablo Rodríguez. Este último autor señala que “se trata de una mera aplicación del principio *locus regit actum*, consagrado en el artículo 17 del Código Civil. Si bien este artículo habla de ‘instrumentos públicos’, no existe razón alguna para no aplicarlo a instrumentos que, como el testamento ológrafo, tiene valor en país extranjero”.¹⁴⁷

Estimamos que se le debe reconocer valor en Chile, pues cumple las exigencias

del artículo 1027, es solemne y es escrito. Naturalmente que será necesario que se haya otorgado con las solemnidades establecidas en el país en que se celebró. Luego, si en dicho país se exige, por ejemplo, que esté escrito a mano por el testador, para admitirlo en Chile, debe cumplir ese requisito.

238. Testamento solemne otorgado en el extranjero de acuerdo a la ley chilena.

Esta forma de testar en el extranjero está contemplada en los artículos 1028 y 1029. El primero de ellos expresa: “Valdrá asimismo en Chile el testamento otorgado en país extranjero, con tal que concurren los requisitos que van a expresarse. 1. No podrá testar de este modo sino un chileno, o un extranjero que tenga domicilio en Chile; 2. No podrá autorizar este testamento sino un Ministro Plenipotenciario, un Encargado de Negocios, un Secretario de Legación que tenga título de tal, expedido por el Presidente de la República, o un Cónsul que tenga patente del mismo; pero no un Vicecónsul. Se hará mención expresa del cargo, y de los referidos título y patente; 3. Los testigos serán chilenos o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento; 4. Se observarán en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en Chile; 5. El instrumento llevará el sello de la Legación o Consulado”.

De acuerdo a esta disposición, se puede otorgar testamento solemne público o cerrado. Así lo deja de manifiesto el artículo 1029.

El artículo 1029 complementa lo anterior: “El testamento otorgado en la forma prescrita en el artículo precedente, y que no lo haya sido ante un Jefe de Legación, llevará el Visto Bueno de este jefe; si el testamento fuere abierto, al pie; y si fuere cerrado, sobre la carátula: el testamento será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página” (inc. 1°). “El jefe de Legación remitirá en seguida una copia del testamento abierto, o de la carátula del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores de Chile; el cual, a su vez, abonando la firma del jefe de la Legación, remitirá dicha copia

al juez del último domicilio del difunto en Chile, para que la haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio” (inc. 2°). “No conociéndose al testador ningún domicilio en Chile, será remitido el testamento por el Ministerio de Relaciones Exteriores a un juez de letras de Santiago, para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe” (inc. 3°).

Si el testamento otorgado en el extranjero en conformidad al artículo 1028 es cerrado, para ejecutarlo en Chile se deberá proceder a su apertura. Somarriva explica que “tratándose de un testamento otorgado en el extranjero generalmente va a ser difícil la comparecencia del funcionario y testigos para que reconozcan sus firmas. En todo caso, de acuerdo al artículo 1025 la falta del funcionario es suplida por el notario que el juez designe (artículo 1025 inciso tercero). Este precepto en su inciso segundo no se pone en el caso que falten todos los testigos, por lo que nos parece que al no decir nada la ley deberá prescindirse de este trámite, y en consecuencia, en presencia del notario que designe abrirá el testamento y procederá a rubricarlo al principio y fin de cada página, y mandarlo a protocolizar. Es la única forma de salvar el vacío legal”.¹⁴⁸

Párrafo VIII: Testamentos privilegiados

239. Testamentos menos solemnes o privilegiados. Recordemos que el artículo 1008 distingue entre el testamento solemne y el menos solemnes, señalando que el primero “es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere”; y que el menos solemne o privilegiado es “aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley”.

El artículo 1030 señala que “son testamentos privilegiados: 1. El testamento verbal,

2. El testamento militar; 3. El testamento marítimo.

240. Características comunes a todo testamento privilegiado.

1. En los testamentos privilegiados hay reglas especiales respecto a la capacidad de los testigos. Dice el artículo 1031: “En los testamentos privilegiados podrá servir de testigo toda persona de sano juicio, hombre o mujer, mayor de 18 años, que vea, oiga y entienda al testador y que no tenga la inhabilidad designada en el número 8 del artículo 1012. Se requerirá además, para los testamentos privilegiados escritos, que los testigos sepan leer y escribir” (inc. 1°). “Bastará la habilidad putativa, con arreglo a lo prevenido en el artículo 1013” (inc. 2°).

Respecto a este último inciso, cabe preguntarse ¿qué es realmente lo que quiere decir? ¿Significa que al igual que en los testamentos solemnes se acepta la habilidad putativa de un solo testigo? ¿O el alcance de la disposición es, como algunos lo han entendido,¹⁴⁹ que se admite la inhabilidad putativa respecto de todos los testigos? La respuesta correcta, a nuestro parecer, es la primera, pues la norma se remite al artículo 1013, sin formular ningún tipo de distingos. Pensamos que como el artículo 1013, trata de la habilidad putativa para los testigos? de un testamento solemne, lo que se quiso con este inciso del 1031 fue dejar sentado que en los testamentos menos solemnes también se admitía la habilidad putativa, en los mismos términos que en los testamentos solemnes, esto es, de uno solo de los testigos. Así lo entienden Somarriva¹⁵⁰ y Claro Solar.¹⁵¹

2. El artículo 1032, establece que “en los testamentos privilegiados el testador declarará expresamente que su intención es testar: las personas cuya presencia es necesaria serán unas mismas desde el principio

¹⁴⁹ Barros Errázuriz, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, vol. V, 1931, pág. 159, Edit. Nascimento.

¹⁵⁰ Ob. cit., N° 269, pág. 200.

¹⁵¹ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 693, pág. 244.

¹³⁷ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 664, pág. 220.

¹³⁸ Somarriva, ob. cit., N° 263, pág. 197.

¹³⁹ Código Civil español, art. 688.

¹⁴⁰ Código Civil argentino, artículo 3639.

¹⁴¹ Rev. Der. y Jur., t. 25, sec. 1ª, pág. 106.

¹⁴² Gaceta de Tribunales 1864, N° 1195, pág. 436.

¹⁴³ Somarriva, ob. cit., N° 263, pág. 197.

¹⁴⁴ Claro Solar, t. XIV, N° 664, pág. 220.

¹⁴⁵ Osvaldo Rengifo: “Testamentos otorgados en país extranjero”, Memoria, 1865, cit. por Claro Solar, t. XIV, N° 664, pág. 220.

¹⁴⁶ Barros Errázuriz, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, 4ª edición, 1931, pág. 156, vol. V, Edit. Nascimento.

¹⁴⁷ Pablo Rodríguez, ob. cit., vol. 1, pág. 117.

¹⁴⁸ Somarriva, ob. cit., N° 267, pág. 200.

hasta el fin; y el acto será continuo, o sólo interrumpido en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere" (inc. 1°). "No serán necesarias otras solemnidades que ésta, y las que en los artículos siguientes se expresan" (inc. 2°).

El alcance de este inciso segundo es precisar que aparte de esas solemnidades comunes a todo los testamentos menos solemnes, hay otras particulares, según sea el testamento privilegiado de que se trate.

3. Todos los testamentos menos solemnes pueden perder su vigencia, por caducidad.

241. Del testamento verbal. Relacionando los artículos 1033, 1034 y 1035, se puede definir como aquel en que una persona, cuya vida se encuentra en peligro inminente que no le permite otorgar testamento solemne, lo hace de viva voz, ante tres testigos a lo menos, formulando sus declaraciones y disposiciones, de manera que todos le vean, le oigan y le entiendan.

La ley admite esta forma de testar considerando el grave estado de salud del testador que no admite las demoras propias de un testamento solemne. Su razón de ser es evitar que la persona muera intestada. Por ello, si el testador sobrevive más de treinta días a su otorgamiento el testamento caduca (art. 1036).

242. Requisitos del testamento verbal. Los requisitos de este testamento son:

- Que la vida del testador esté gravemente amenazada.
- Que el peligro sea tan inminente que no parezca haber tiempo de otorgar testamento solemne. Así lo dice el artículo 1035.
- Que el testador haga sus declaraciones y disposiciones de viva voz.
- Presencia de 3 testigos a lo menos.

243. Caducidad del testamento verbal. El testamento verbal caduca en dos casos: a) si el testador fallece después de los 30 días de otorgado, y b) si el testamento no se pone por escrito dentro de los 30 días subsiguientes a la muerte. Así lo dispone el artículo 1036.

Respecto al primer motivo de caducidad, se justifica plenamente, pues si el testador sobrevive 30 días, ha tenido tiempo suficiente de hacer testamento solemne. En cuando al segundo motivo, también es atendible, pues con ello se quiere evitar que un tiempo mayor pudiera facilitar el fraude.

Entendemos que estos plazos de 30 días son de días corridos, atendido lo dispuesto en el artículo 50 del Código Civil.

244. Trámites para poner por escrito el testamento. Para poner por escrito el testamento se debe seguir un trámite complejo, compuesto de distintas etapas: 1) examen de testigos; 2) resolución judicial, y 3) protocolización.

245. Examen de los testigos. El artículo 1037 establece que "para poner el testamento verbal por escrito, el juez de letras del territorio jurisdiccional en que se hubiere otorgado, a instancias de cualquier persona que pueda tener interés en la sucesión, y con citación de los demás interesados residentes en la misma jurisdicción, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos instrumentales y a todas las otras personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos siguientes: 1. El nombre, apellido y domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, su edad y las circunstancias que hicieron creer que su vida se hallaba en peligro inminente; 2. El nombre y apellido de los testigos instrumentales, y la comuna en que moran; 3. El lugar, día, mes y año del otorgamiento".

El artículo 1038 agrega que "Los testigos instrumentales depondrán sobre los puntos siguientes: 1. Si el testador aparecía estar en su sano juicio; 2. Si manifestó la intención de testar ante ellos, y 3. Sus declaraciones y disposiciones testamentarias".

246. Resolución judicial. Las declaraciones de los testigos deben ser enviadas al juez del último domicilio del causante, si no lo fuere el que ha recibido la información, para que se pronuncie al respecto: si estimare que se han observado las formalidades prescritas, y que en la información aparece claramente la última voluntad del testador, fallará que según dicha información, el testador ha hecho las declaraciones y disposiciones siguientes (expresándolas); y mandará que valgan dichas declaraciones y disposiciones como testamento del difunto, y que se protocolice como tal su decreto (art. 1039). Este artículo agrega en su inciso 2° que "no se mirarán como declaraciones o disposiciones testamentarias sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad estuvieron conformes".

La resolución judicial es lo que constituye en esencia el testamento.

247. Protocolización. La resolución judicial que contiene el testamento del causante, se debe protocolizar. El artículo 420 del Código Orgánico de Tribunales, señala que "Una vez protocolizados valdrán como instrumentos públicos: 3°. Los testamentos menos solemnes o privilegiados que no hayan sido autorizados por notario, previo decreto del juez competente".

248. Etapas del testamento verbal que se deben cumplir dentro de treinta días. Precisadas las etapas que es necesario realizar para poner el testamento por escrito, cabe resolver si todos los trámites recién señalados deben cumplirse dentro de 30 días o sólo alguno de ellos. La jurisprudencia es vacilante. Así se ha fallado que "todas las formalidades señaladas en los artículos 1036, 1037, 1038 y 1039 del Código Civil para poner por escrito el testamento verbal, sin excluir la dictación del decreto del juez, a que se refiere la última de dichas disposiciones y su protocolización, deben llevarse a cabo, bajo sanción de nulidad, dentro de los treinta días siguientes al de la muerte del testador".¹⁵²

En cambio, en otro caso se resolvió que "lo único que según el artículo 1036 debe hacerse dentro del plazo que él señala es el examen de los testigos instrumentales del

testamento, ya que la resolución que manda tener las disposiciones como testamento puede retardarse por hechos completamente ajenos a la voluntad del interesado. Esa disposición se ajusta a lo dispuesto en dicho artículo 1036 y a los preceptos de los artículos 1037 y 1038".¹⁵³

También se ha fallado que no es parte de las solemnidades del testamento verbal el que la protocolización se practique dentro de los 30 días.¹⁵⁴

Estamos de acuerdo con la segunda sentencia citada. No es admisible que el plazo de 30 días quede determinado por hechos ajenos al interesado. Lo que realmente importa es que los testigos declaren dentro de los 30 días de fallecido el causante con el objeto de que recuerden con certeza cuáles fueron sus declaraciones y disposiciones. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que esta interpretación pugna con la letra del artículo 1036, que exige que el testamento se ponga por escrito "con las formalidades que van a expresarse", que son las contenidas en los artículos 1037, 1038 y 1039, que comprenden todas las etapas.

249. El testamento verbal puede ser impugnado. Así lo establece el artículo 1040: "El testamento consignado en el decreto judicial protocolizado podrá ser impugnado de la misma manera que cualquier otro testamento auténtico". Como expresa Claro Solar, "esa disposición que estrictamente no era necesaria, pues aunque no se hubiere consignado, la impugnación habría podido producirse, se explica como conveniente para evitar que se crea que por el hecho de expresar el decreto judicial que tales declaraciones y disposiciones deben tenerse como testamento de tal persona, ha resuelto definitivamente una cuestión de validez del testamento".¹⁵⁵

250. Testamento militar. El segundo testamento menos solemne o privilegiado

¹⁵³ Rev. Der. y Jur., t. 22, sec. 1°, pág. 316.

¹⁵⁴ Corte de Concepción, Rev. Der. y Jur., t. 55, sec. 2°, pág. 43.

¹⁵⁵ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 726, pág. 269.

¹⁵² Rev. Der. y Jur., t. 6, sec. 2°, pág. 473; t. 42, sec. 1°, pág. 536; t. 44, sec. 1°, pág. 329. En el mismo sentido, Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 705, pág. 254.

es el testamento militar. Está tratado en los artículos 1041 al 1046. La primera de estas normas señala que "En tiempo de guerra, el testamento de los militares y de los demás individuos empleados en un cuerpo de tropas de la República, y asimismo el de los voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecieren a dicho cuerpo, y el de las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antedichos, podrá ser recibido por un capitán o por un oficial de grado superior al de capitán o por un intendente de ejército, comisario o auditor de guerra" (inc. 1°). "Si el que desea testar estuviere enfermo o herido, podrá ser recibido su testamento por el capellán, médico o cirujano que le asista; y si se hallare en un destacamento, por el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán".

De acuerdo a esta disposición, es requisito del testamento militar que exista estado de guerra. También en conformidad a ella, este testamento, pese a su nombre, no es privativo de los militares, pues también pueden testar militarmente las personas que indica (individuos empleados en cuerpo de tropas, voluntarios, rehenes, prisioneros y personas que los vayan acompañando).

El artículo 1042 expresa que "El testamento será firmado por el testador, si supiere y pudiere escribir, por el funcionario que lo ha recibido y por los testigos" (inc. 1°). "Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se expresará así en el testamento" (inc. 2°). El inciso primero no señala el número de testigos que se requieren, lo que plantea la duda si deben ser dos o tres. Somarriva estima que debe aplicarse la regla general en materia testamentaria, que exige tres¹⁵⁶. En cambio, Claro Solar considera que pueden ser dos.¹⁵⁷ En el mismo sentido Fernando Rozas Vial, Francisco Allende, Matías Astaburuaga y Juan Pablo Díaz de Valdés.¹⁵⁸ Esos últimos

autores opinan que los dos testigos que deben presenciarse el testamento militar deben saber escribir, ya que ambos deberán firmarlo.

251. El testamento militar puede ser abierto, cerrado o verbal. Así aparece de los artículos 1046 y 1047.

252. Testamento militar abierto. Se otorga ante algunas de las personas indicadas en el artículo 1041, esto es, ante un militar que tenga a lo menos el grado de capitán, intendente de ejército, comisario o auditor de guerra. Y para el caso que el testador estuviere enfermo o herido, pueden recibir el testamento el capellán, médico o cirujano que le asista y, si se hallare en un destacamento, por el oficial que lo mande, aunque tenga grado inferior al de capitán.

"El testamento debe firmarlo el testador si supiere y pudiere escribir, el funcionario que lo ha recibido y los testigos (dos o tres, según se ha explicado). Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se expresará así en el testamento" (art. 1042).

253. Trámites posteriores al otorgamiento del testamento militar. El artículo 1045 señala cuáles son estos trámites: "El testamento llevará al pie el Visto Bueno del jefe superior de la expedición o del comandante de la plaza, si no hubiere sido otorgado ante el mismo jefe o comandante, y será siempre rubricado al principio y fin de cada página por dicho jefe o comandante, el cual en seguida lo remitirá con la posible brevedad y seguridad al Ministerio de Guerra, quien procederá como el de Relaciones Exteriores en el caso del artículo 1029".

254. Testamento militar cerrado. Lo trata el artículo 1047: "Si el que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, deberán observarse las solemnidades prescritas en el artículo 1023, actuando como ministro de fe cualquiera de las personas designadas al fin del inciso 1° del artículo 1041" (inc. 1°). "La carátula será visada como el testamento en el caso del artículo 1045; y para su remisión se procederá según el mismo artículo".

255. Número de testigos que se requieren para el testamento militar cerrado. No lo precisa la ley, pues el artículo 1047 sólo se remite al artículo 1023, y no al 1021, que es la norma que establece que el testamento cerrado requiere de tres testigos. Frente a esta omisión se mantiene la misma duda analizada al tratar el testamento militar abierto.

256. Caducidad del testamento militar cerrado. Somarriva estima que se aplica la regla contenida en el artículo 1044 inciso 2°, que sería general tanto para el testamento abierto como para el cerrado.¹⁵⁹ Hay quienes piensan que el testamento militar cerrado no caduca, pues la ley no ha previsto la caducidad en este caso y en tal situación, en conformidad al artículo 1212, sólo puede dejar de producir efectos por la revocación del testador.

257. Testamento militar verbal. Autoriza este tipo de testamento el artículo 1046: "Cuando una persona que puede testar militarmente se hallare en inminente peligro, podrá otorgar testamento verbal en la forma arriba prescrita; pero este testamento caducará por el hecho de sobrevivir el testador" (inc. 1°). "La información de que hablan los artículos 1037 y 1038 será evacuada lo más pronto posible ante el auditor de guerra o la persona que haga las veces de tal" (inc. 2°).

258. Testamento marítimo. Somarriva lo define como "aquel que se otorga en alta mar en un buque de guerra chileno o en un buque mercante que navegue bajo bandera chilena".¹⁶⁰ Agrega que "tiene los mismos fundamentos del testamento militar, pero puede tener mayor aplicación práctica, pues la ley permite otorgarlo en época de paz". Pueden otorgar este tipo de testamento los individuos de la oficialidad y tripulación, y cualquiera otra persona que se hallare a bordo del buque de guerra en alta mar (art. 1051). Claro Solar observa que "el ar-

tículo 1055 nada dice sobre quienes pueden testar en los buques mercantes bajo bandera chilena, diciendo sólo en general que en esta clase de naves podrá sólo testarse en la forma prescrita en el artículo 1048; pero es evidente -agrega- que implícitamente hace referencia a las mismas personas que pueden válidamente testar en buques de guerra en alta mar".¹⁶¹

259. Clases de testamento marítimo. El testamento marítimo otorgado en un barco de guerra chileno, puede ser abierto, cerrado o verbal (arts. 1048, 1053, 1054). En cambio, los testamentos otorgados en naves mercantes sólo pueden ser abiertos.

260. Testamento marítimo abierto. Puede ser otorgado ante el Comandante o ante su segundo. Requiere de tres testigos. Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se expresará esta circunstancia en el testamento (art. 1048). El inciso final de esta disposición establece que "se extenderá un duplicado del testamento con las mismas firmas del original".

El testamento debe guardarse entre los papeles más importantes de la nave y se dará noticia de su otorgamiento en el diario (art. 1049).

El artículo 1050 ordena que si el buque antes de volver a Chile arribare a un puerto extranjero en que haya un agente diplomático o consular chileno, un ejemplar del testamento se le deberá entregar, dejándose constancia de ello en el diario. El referido agente diplomático consular lo deberá remitir al Ministerio de Marina, para los efectos expresados en el artículo 1029. Si el buque llegare antes a Chile, se entregará dicho ejemplar con las mismas formalidades al respectivo gobernador marítimo, el cual lo transmitirá al Ministerio de Marina.

En los buques mercantes bajo bandera chilena, podrá sólo hacerse testamento marítimo abierto (art. 1055).

¹⁵⁶ Somarriva, ob. cit., N° 284, pág. 209.

¹⁵⁷ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 736, pág. 286.

¹⁵⁸ *Sucesión por causa de muerte: historia, textos, jurisprudencia y comentarios*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, pág. 235.

¹⁵⁹ Somarriva, ob. cit., N° 289, pág. 212.

¹⁶⁰ Somarriva, ob. cit., N° 291, pág. 213.

¹⁶¹ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 756, pág. 302.

261. Caducidad del testamento marítimo.

De acuerdo al artículo 1052, "el testamento marítimo no valdrá, sino cuando el testador hubiere fallecido antes de desembarcar, o antes de expirar los noventa días subsiguientes al desembarque".

262. Testamento marítimo cerrado.

Lo permite el artículo 1054: "Si el que puede otorgar testamento marítimo, prefiere hacerlo cerrado, se observarán las solemnidades prescritas en el artículo 1023, actuando como ministro de fe el comandante de la nave o su segundo" (inc. 1°). "Se observará además lo dispuesto en el artículo 1049, y se remitirá copia de la carátula al Ministerio de Marina

para que protocolice, como el testamento según el artículo 1050" (inc. 12°).

263. Testamento marítimo verbal. Lo autoriza el artículo 1053: "En caso de peligro inminente podrá otorgarse testamento verbal a bordo de un buque de guerra en alta mar, observándose lo prevenido en el artículo 1046; y el testamento caducará si el testador sobrevive al peligro" (inc. 1°). "La información de que hablan los artículos 1037 y 1038 será recibida por el comandante o su segundo y para su remisión al juez de letras por conducto del Ministerio de Marina, se aplicará lo prevenido en el artículo 1046" (inc. 2°).

264. Definición. Del artículo 953 se desprende que se llaman asignaciones testamentarias las que hace el testador para suceder en sus bienes.

Si bien un testamento puede contener simples declaraciones—como, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo—éstas no tienen el carácter de asignaciones testamentarias. Sólo la tienen las que se refieren a la destinación y distribución de los bienes del causante. Por consiguiente, asignaciones o disposiciones testamentarias, son una misma cosa.

265. Requisitos de las asignaciones (disposiciones) testamentarias. Se debe distinguir entre requisitos que dicen relación con la persona del asignatario y requisitos relativos a la asignación misma. Los primeros son la capacidad y dignidad para suceder, materias que ya han sido tratadas.

Entremos ahora al estudio de los requisitos de la asignación misma. Éstos son: a) determinación y certidumbre del asignatario, y b) requisitos de la asignación.

266. Certidumbre y determinación del asignatario. "Todo asignatario deberá ser persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera la asignación se tendrá por no escrita". Así lo dice el artículo 1056 en su inciso 1°.

267. Asignatario debe ser persona cierta. Lo primero que debe aclararse es que "certidumbre" y "determinación" no son términos sinónimos. Que el asignatario sea una persona cierta significa que no debe haber

CAPÍTULO SEXTO DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

dudas de quién se trata. Por ello es que si, por ejemplo, el testador deja un legado a su compadre Juan y tiene tres compadres con ese nombre, el asignatario no es persona cierta. En este caso entraría a operar el artículo 1065: "Si la asignación estuviere concebida o escrita en tales términos, que no se sepa a cuál de dos o más personas ha querido designar el testador, ninguna de dichas personas tendrá derecho a ella".

En relación con esta última disposición, se ha fallado que este artículo 1065 no se aplica cuando la indeterminación proviene de la contraposición de una cláusula testamentaria con otra o de la confusión u oscuridad del testamento, en cuyo caso corresponde aplicar las reglas de la interpretación de los testamentos.¹⁶²

Bueno es aclarar que no es lo mismo *cierto* que *conocido*. Como explica Claro Solar, "las personas desconocidas del testador pueden ser asignatarios suyos, siendo ciertas. Así el testador podría instituir como herederos o legatarios en su testamento a los hijos de su hermano Pedro, que sabe quiénes son sin haberlos visto jamás".¹⁶³ Tampoco es lo mismo certidumbre que existencia, pues el asignatario será persona cierta aunque no exista, cuando la asignación se hace a una persona que se espera que exista, lo que autoriza expresamente el artículo 962 inciso 3°.

268. Asignatario debe ser persona determinada. Que el asignatario sea persona determinada significa que debe estar debidamente individualizada. Si es persona

¹⁶² Rev. Der. y Jur., t. 37, sec. 2°, pág. 9.

¹⁶³ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 783, pág. 330.

natural, se le individualizará por su nombres y apellidos. Pero no es indispensable que la individualización sea tan completa, pues también puede hacerse de otro modo que no deje dudas de quién se trata. Así, por ejemplo, si digo que dejo mi herencia a los hijos de mi hermana Adela, se cumple con la exigencia legal.

En el caso de las personas jurídicas, se les individualizará por la denominación que tienen según la ley o el estatuto por el que se rigen, ejemplo, Universidad de Concepción, Cuerpo de Bomberos de Chile, Cruz Roja.

269. El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición. Así lo consigna el artículo 1057: "El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona". Así, por ejemplo, si el testador deja un legado a su secretaria Julia Pérez, quien en realidad se llama Julia Pezoa, la asignación es válida.

270. Excepciones de asignaciones que valen a pesar de no ser el asignatario persona cierta y determinada. El artículo 1056 contempla cuatro excepciones a la regla de que el asignatario deba ser persona cierta y determinada: a) asignaciones dejadas a un establecimiento de beneficencia; b) asignaciones dejadas al alma del testador; c) asignaciones dejadas a los pobres, y d) asignaciones dejadas indeterminadamente a parientes. Veamos en los números siguientes cada uno de estos casos.

271. Asignaciones destinadas a objetos de beneficencia. Esta excepción la establece el artículo 1056 inciso 2º: "Valdrán con todo las asignaciones destinadas a objetos de beneficencia, aunque no sean para determinadas personas". El inciso siguiente agrega: "Las asignaciones que se hicieren a un establecimiento de beneficencia, sin designarlo, se darán al establecimiento de beneficencia que el Presidente de la República designe, prefiriendo alguno de la comuna o provincia del testador".

De conformidad a la Ley N° 4.699, de 2 de diciembre de 1929, corresponde a la

Junta Central de Beneficencia percibir e invertir las asignaciones a que se refieren los incisos segundo y tercero del artículo 1056. Las funciones de esta Junta corresponden hoy día al Fondo Nacional de Salud (D.L. 2.763 de 3 de agosto de 1979).

272. Asignaciones dejadas al alma del testador. El inciso cuarto del artículo 1056 dispone que "Lo que se deje al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia, y se sujetará a las disposiciones del inciso anterior". En relación con esta excepción se ha fallado que "El inciso 4º del artículo 1056 sólo es aplicable a los casos en que el testador se limita a instituir por heredera a su alma sin determinar de qué modo debe hacerse la inversión de lo que deja para ella".¹⁶⁴

273. Asignaciones dejadas a los pobres. El inciso final del artículo 1056 señala que "lo que en general se dejare a los pobres se aplicará a los de la parroquia del testador". Llamamos la atención que la norma no dice que la asignataria sea la parroquia del testador, sino "los pobres de la parroquia del testador", lo que es importante, porque el pago de la asignación debe hacerlo la persona que haya indicado el testador; si nada ha dicho, corresponde hacerlo al albacea; y finalmente, si no hubiere albacea, a los herederos del testador.

Según Claro Solar, se entiende por parroquia del testador la de su último domicilio, y si hubiera varias, la que corresponda a la casa habitación del testador.¹⁶⁵

274. Asignaciones dejadas indeterminadamente a parientes. Esta excepción está tratada en el artículo 1064: "Lo que se deja indeterminadamente a los parientes, se entenderá dejado a los consanguíneos del grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato, teniendo lugar el derecho de

¹⁶⁴ Gaceta de los Tribunales, 1869, N° 581, pág. 293.

¹⁶⁵ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 796, pág. 343.

representación en conformidad a las reglas legales, salvo que a la fecha del testamento haya habido uno solo en ese grado, pues entonces se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato".

Según Claro Solar, esta asignación supone que "el testador, independientemente de sus demás disposiciones testamentarias, deja algo indeterminadamente a los parientes, y declara que la asignación vale y debe entenderse hecha a favor de los consanguíneos de grado más próximo, distribuyéndose entre ellos según el orden de la sucesión intestada". Pone el siguiente ejemplo: un testador que tiene legitimarios, a quienes ha instituido herederos, dice en su testamento: "Es mi voluntad que mi fundo 'La Aurora' del departamento de Los Andes sea vendido y su precio se distribuya entre mis parientes". "Y en seguida se pregunta ¿Ha querido dejar este fundo a sus legitimarios, que son sin duda sus parientes más próximos, o su voluntad es que el precio se distribuya entre sus demás parientes? Se responde diciendo que no le parece lo primero, puesto que ha nombrado como herederos a los legitimarios y no necesitaba decir que el fundo 'La Aurora' fuera vendido y distribuido su precio entre ellos, puesto que era consecuencia tal venta y distribución del derecho que como herederos tenían dichos legitimarios. En consecuencia, deberemos entender—continúa—que la voluntad del testador ha sido favorecer con la asignación dicha a sus demás parientes que no figuran como sus herederos; y es entre ellos que debe aplicarse la asignación, considerándose como si el testador hubiera llamado a su goce a sus consanguíneos de grado más próximo, entre estos parientes, según el orden de la sucesión intestada y con derecho de representación según las reglas legales".¹⁶⁶

275. Requisitos de las asignaciones testamentarias. El primer requisito de toda asignación testamentaria es que sea determinada o determinable. Así lo exige el artículo

¹⁶⁶ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 799, pág. 345.

1066: "Toda asignación deberá ser o a título universal o de especies determinadas o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de géneros y cantidades que igualmente lo sean o puedan serlo. De otra manera se tendrán por no escritas" (inc. 1º).

Como se puede observar, la determinación que se exige será distinta según se trate de herencias, legados de especies o legados de género. En el caso de las herencias, no se divisa mayor problema, pues el heredero sucede en todo el patrimonio del testador o en una cuota del mismo patrimonio. Si el legado es de especie, la determinación debe ser completa. Ej., dejo a Pedro mi casa ubicada en la esquina de las calles Salvador Allende con Pinochet., de la ciudad de Valparaíso. Se acepta, sin embargo, que la individualización pueda ser hecha por otras señas que permitan saber de qué bien se trata, por ejemplo, dejo mi departamento ubicado en Santiago, a mi sobrino Arturo. La designación es correcta si el testador tiene un solo departamento en Santiago.

En cambio, en los legados de género basta con que se señale el género y el número de los bienes legados: ejemplo, dejo seis vacas lecheras a mi suegra.

276. Excepción en que se acepta una asignación indeterminada. La excepción la contempla el inciso segundo del artículo 1066: "Sin embargo, si la asignación se destinare a un objeto de beneficencia expresado en el testamento, sin determinar la cuota, cantidad o especies que han de invertirse en él, valdrá la asignación y se determinará la cuota, cantidad o especie, habida consideración a la naturaleza del objeto, a las otras disposiciones del testador, y a las fuerzas del patrimonio, en la parte de que el testador pudo disponer libremente". En este caso, la determinación la debe hacer la justicia "oyendo al defensor de obras pías y a los herederos; y conformándose en cuanto fuere posible a la intención del testador" (inc. 3º).

277. Asignación motivada por un error de hecho. El artículo 1058 establece que

“La asignación que apareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita”. La voluntad del testador es tan importante que el error de hecho está tratado con más severidad que en las convenciones. En efecto, en los actos jurídicos en general el error en la persona no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato (art. 1455), en cambio, el error en la persona del asignatario anula la disposición, lo que se explica por ser la persona del asignatario un elemento esencial de la liberalidad que el testador pretende hacer. Bello, en una nota puesta en el Proyecto de 1841-1845, coloca el siguiente ejemplo de este tipo de error: “Se deja, por ejemplo, un legado a cierta persona, como una señal de gratitud por sus servicios en un negocio del testador. Si el testador padeció equivocación, y el asignatario no le ha prestado servicio alguno, no valdrá la asignación”.¹⁶⁷

En todo caso, el solo error en el nombre del asignatario no es suficiente para viciar la disposición (art. 1057).

278. Otros requisitos que deben cumplir las asignaciones testamentarias. El Código contempla varios otros requisitos que deben cumplir las disposiciones testamentarias, que iremos analizando en los párrafos siguientes.

279. Nulidad de las disposiciones captatorias. El inciso primero del artículo 1059 establece que “Las disposiciones captatorias no valdrán” (inc. 1°). Y en el inciso siguiente las define: “Se entenderán por tales aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos”.

Los profesores Domínguez definen la disposición captatoria como “la que se hace bajo condición puesta por el testador de ser recíprocamente beneficiado en el testamento

del asignatario”. Agregan que “se trata de un matiz especial de dolo en materia testamentaria. La condición impuesta recibe el nombre de ‘condición captatoria’”.¹⁶⁸ Estos autores explican que no se debe confundir la captación de una asignación con la disposición o condición captatoria. Agregan: “La captación se presenta cuando un extraño, por medio de un acto doloso, es decir, de adulaciones, expresiones de falso cariño, cuidados indebidos y otras manifestaciones semejantes, obtiene que el testador deje una asignación en su favor o en el de un tercero”. En la disposición captatoria, por el contrario, hay un matiz de dolo de que se vale el autor del testamento, quien impone a la asignación que instituye una condición para que tenga eficiencia: que el instituido lo beneficie a su vez en su testamento”.¹⁶⁹

Distintas explicaciones se dan sobre las razones por las que se priva de valor a las disposiciones captatorias. Así, según algunos, el motivo estaría en que por esta vía se desnaturaliza el ánimo de liberalidad propio de toda asignación testamentaria. Para otros, la razón sería que estas cláusulas limitan la libertad del instituido para disponer de sus bienes.

280. No vale la disposición en que la voluntad del testador no se manifieste en forma clara. Así aparece del artículo 1060: “No vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por sí o no, o por una señal de afirmación o negación, contestando a una pregunta”. Esta norma debe ser concordada con lo que disponen los artículos 1015 y 1023, que al señalar lo que constituye esencialmente el testamento abierto y cerrado, respectivamente, exigen una clara manifestación de voluntad.

281. No se admite que la elección del asignatario dependa del puro arbitrio ajeno. Establece esta prohibición el artículo

¹⁶⁸ Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 330, pág. 357.

¹⁶⁹ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 332, pág. 358.

1063: “La elección de un asignatario sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno”. Así, por ejemplo, sería nula la disposición que dijera “Dejo mi herencia a la persona que designe el Rector de la Universidad de Concepción; o sean mis bienes para Pedro, Juan o Diego, según lo determine mi cónyuge”.

Claro Solar explica que lo dicho en esta disposición no excluye que el testador que ha designado varios asignatarios deje la distribución de la asignación en cuanto a la cuantía que a cada uno debe entregarse al criterio del heredero, del albacea o de una tercera persona.¹⁷⁰

282. No valen las asignaciones dejadas al notario autorizante del testamento, a su cónyuge, a los parientes que señala, a los testigos del testamento, cónyuge o parientes de éstos. Así lo establece el artículo 1061, que ya tratamos al hablar de las incapacidades para suceder.

283. Asignación cuyo cumplimiento queda entregado al arbitrio de un heredero o legatario. Trata de esta materia el artículo 1067: “Si el cumplimiento de una asignación se dejare al arbitrio de un heredero o legatario, a quien aprovecharse rehusarla, será el heredero o legatario obligado a llevarla a efecto, a menos que pruebe justo motivo para no hacerlo así. Si de rehusar la asignación no resultare utilidad al heredero o legatario, no será obligado a justificar su resolución, cualquiera que sea” (inc. 1°). “El provecho de un ascendiente o descendiente, de un cónyuge o de un hermano o

¹⁷⁰ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 805, pág. 356.

cuñado, se reputará, para el efecto de esta disposición, provecho de dicho heredero o legatario” (inc. 2°).

Somarriva ve una contradicción entre los artículos 1067 y 1063, estimando que, en conformidad al artículo 24, debe ser resuelta del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural, concluyendo que siendo el testamento un acto personalísimo, como lo revelan los artículos 999, 1003, 1004 y 1059, debe primar el 1063.

A nuestro juicio, esta norma no es contraria a lo que establece el artículo 1063, pues, en este caso a diferencia de aquél, no es el heredero o legatario, sino el testador, quien elige al asignatario, quedando entregado únicamente su cumplimiento en manos del heredero o legatario. Como explica Claro Solar “cuando el cumplimiento de la asignación es dejado al arbitrio de un heredero o legatario, entiende la ley que no se ha dejado al simple capricho o simpatías de ese heredero o legatario, sino que el testador ha depositado su confianza y se ha atendido a su conciencia y prudencia; y para juzgar de la oposición de ese heredero o legatario al cumplimiento de la asignación, toma en cuenta el provecho que de rehusarla pueda o no resultar para él”.¹⁷¹

El artículo 1067 se pone en dos escenarios distintos: que al heredero o legatario a quien se encomienda el cumplimiento, favorezca rehusarla o no le favorezca. Si le favorece, debe llevarla a efecto, a menos que pruebe justo motivo. Si de rehusar la asignación no le resultare utilidad, no está obligado a justificar su resolución, cualquiera que sea.

¹⁷¹ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 818, pág. 366.

Párrafo I: Generalidades

284. Diversos tipos de asignaciones testamentarias. Las asignaciones pueden ser:

- a) Puras y simples o sujetas a modalidades;
- b) A título universal (herencias) o a título singular (legados);
- c) Voluntarias y forzosas.

285. Asignaciones testamentarias sujetas a modalidades. Dentro de este grupo debemos estudiar:

- a) asignaciones condicionales;
- b) asignaciones testamentarias a día, y
- c) asignaciones modales.

Párrafo II: Asignaciones testamentarias condicionales

286. Asignaciones condicionales. El artículo 1070 señala, en su inciso 1º, que “las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales” y agrega en el inciso 2º que “asignación condicional es, en el testamento, aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo”. La relación de esta disposición con el artículo 1473 sirve para definir la condición como el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho y su correlativa obligación.

287. Lugar en que se tratan las condiciones. El Código trata de las condiciones en tres partes: a) en las asignaciones testamentarias

condicionales, párrafo 2º del Título IV del Libro III, artículos 1070 y siguientes; b) en las obligaciones condicionales, Título IV del Libro IV, artículos 1473 y siguientes, y c) finalmente, si la asignación condicional lleva envuelta la constitución de un fideicomiso, en el Título VIII del Libro II, artículos 732 y siguientes.

Cabe agregar que a las asignaciones testamentarias condicionales se les aplican supletoriamente las reglas de las obligaciones condicionales y, recíprocamente, a las obligaciones condicionales se les aplican supletoriamente las disposiciones de las asignaciones testamentarias condicionales. Así resulta de los artículos 1070 inc. 3º y 1493. Por ello se afirma que el Código Civil sigue una teoría unitaria en los actos condicionales.

288. Elementos de la condición. De la definición de condición se desprende que sus elementos constitutivos son: a) que sea un hecho futuro, y b) que sea un hecho incierto. Veamos cada uno de estos elementos.

289. La condición es un hecho futuro. Ello significa que el hecho que la constituye debe ocurrir, en el caso de las asignaciones condicionales, con posterioridad al momento en que el testamento se otorga; y, en el caso de las obligaciones condicionales, con posterioridad a la celebración del contrato que las genera. Así aparece del inciso 2º del artículo 1071: “Lo pasado, presente o futuro se entenderá con relación al momento de testar, a menos que se exprese otra cosa”. Esta norma dada para las asignaciones testamentarias se aplica también en forma supletoria a las obligaciones condicionales por mandato del artículo 1493.



El artículo 1071 resuelve lo que ocurre si la condición consiste en un hecho presente o pasado, señalando que no suspende el cumplimiento de la disposición. Si existe o ha existido, se mira como no escrita; si no existe o no ha existido, no vale la disposición. De consiguiente, si en el testamento se dice: "Lego mi casa a Lucas si Chile tiene firmado un Tratado de Libre Comercio con USA, esa asignación no es condicional, pues la existencia del tratado es un hecho presente. Como ese hecho existe, la condición se mira como no escrita y la asignación vale. Ahora, cambiando el ejemplo, si en el testamento se dice: dejo mi casa a Marcos si Chile fue campeón en el Campeonato Mundial de Fútbol del año 1962. Esa asignación no es condicional y como el hecho que la constituye no existió, no vale la asignación.

El artículo 1072 se pone en el caso de que la condición se ha cumplido en vida del testador, distinguiendo: si el testador al momento de testar lo supo, y el hecho es de los que pueden repetirse, caso en que se presumirá que el testador exige su repetición; y si el hecho es de aquellos que no pueden repetirse, se mirará la condición como cumplida. En el caso de que el testador no hubiere sabido que el hecho había ocurrido, se mirará la condición como cumplida, cualquiera sea la naturaleza del hecho.

290. Algunos casos de condiciones contempladas expresamente en el Código. El Código en los artículos 1073 al 1077 regula algunas condiciones especiales, que iremos tratando en los párrafos siguientes.

291. Condición de no impugnar un testamento. El artículo 1073 establece que "La condición de no impugnar un testamento, impuesta a un asignatario, no se extiende a las demandas de nulidad por algún defecto en su forma". Así, por ejemplo, si una persona dice en su testamento que el heredero que impugne su testamento perderá todo derecho a la cuarta de mejoras y a la cuarta de libre disposición, cualquiera de sus herederos puede demandar la nulidad

del testamento, si se otorgó, por ejemplo, ante un solo testigo (y no ante tres como lo ordena la ley) sin que por ello pierda lo que le corresponde en dichas cuartas.

292. Condición de no contraer matrimonio. El artículo 1074 prescribe: "La condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio se tendrá por no escrita, salvo que se limite a no contraerlo antes de la edad de dieciocho años o menos". Por consiguiente, la asignación sujeta a esa condición será pura y simple, de tal suerte que fallecido el testador se producirá su delación.

Sin embargo, por excepción, la condición de no contraer matrimonio vale en algunos casos. Así ocurre cuando la condición es no contraer matrimonio antes de los 18 años de edad (1074 parte final); o cuando la condición es no contraer matrimonio con una persona determinada (artículo 1077). También vale la condición de abrazar un estado o profesión cualquiera, permitida por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio (artículo 1077). En todos estos casos, el incumplimiento de la condición hará que la condición falle y el asignatario condicional pierda la asignación.

El Código no se ha referido a la condición de contraer matrimonio. Los profesores Domínguez se inclinan por su validez, "porque con esa condición no se dan los inconvenientes de aquella de 'no contraer matrimonio'"¹⁷².

293. Condición de permanecer en estado de viudedad. De conformidad al artículo 1075, por regla general, esta condición se tiene por no escrita, lo que significa que la asignación se reputa pura y simple. Por excepción vale, si al tiempo de deferírsele la asignación el asignatario tiene uno o más hijos del anterior matrimonio. Nótese que carece de relevancia que los hijos del matrimonio anterior sean mayores o menores o que se encuentren o no sometidos a la

¹⁷² Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 548, pág. 526.

patria potestad del testador. La ley no hace ninguna distinción.

294. Regla común a las condiciones relativas a no contraer matrimonio o a permanecer en estado de viudedad. El artículo 1076 prescribe que "los artículos precedentes no se oponen a que se provea a la subsistencia de una persona mientras permanezca soltera o viuda, dejándole por ese tiempo un derecho de usufructo, de uso o de habitación, o una pensión periódica". Se trata de un derecho acordado sólo a la mujer, como queda de manifiesto con la frase "soltera o viuda".

295. Efectos de las asignaciones condicionales. Para estudiar los efectos de las asignaciones testamentarias condicionales, se debe distinguir entre asignaciones condicionales suspensivas y resolutorias y, en ambos casos, atender al estado de pendientes, cumplidas o fallidas en que puedan encontrarse tales condiciones. Recordemos que la clasificación de suspensivas y resolutorias está hecha en el artículo 1479—en las obligaciones condicionales—, norma plenamente aplicable a las asignaciones testamentarias atendido lo dispuesto en el artículo 1070 inciso 3°. Recordemos también cómo las define el artículo 1479: "La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho".

296. Efectos de la asignación condicional suspensiva pendiente. El artículo 1078 establece: "Las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de implorar las providencias conservativas necesarias". De lo dispuesto en este precepto se siguen importantes consecuencias:

a) El asignatario debe existir al tiempo de cumplirse la condición. Así lo dispone el artículo 962 inciso 2°: "Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición". Como vimos

al tratar de la capacidad para suceder, esta regla tiene las excepciones contenidas en los incisos 3° y 4° del mismo artículo 962.

b) No se produce la delación de la asignación (art. 956 inc. 2°).

c) Si el asignatario condicional fallece antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno (artículo 1078 inciso 2°).

d) El asignatario no puede solicitar partición. Así lo dice el artículo 1319: "Si alguno de los consignatarios lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición". La norma agrega que "los otros asignatarios podrán proceder a ella, asegurando competentemente al consignatario condicional lo que cumplida la condición le corresponda".

e) El asignatario condicional suspensivo no puede aceptar la asignación (art. 1226 inc. 1° en relación con el 956 inc. 2°); pero puede repudiar la asignación sin esperar el cumplimiento de la condición. Así lo dice el artículo 1226: "Pero después de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, se podrá repudiar toda asignación, aunque sea condicional y esté pendiente la condición" (inc. 2°).

f) Mientras la condición suspensiva esté pendiente no se pueden embargar los bienes que va a adquirir el asignatario de cumplirse la condición.¹⁷³

297. Efectos de la asignación condicional suspensiva cumplida. Cumplida la condición suspensiva, se produce la delación de la asignación, pudiendo el asignatario aceptarla o repudiarla, derecho que transmite a sus herederos si fallece antes de haberlo ejercido. Puede además pedir partición (art. 1319) y su asignación puede ser embargada.

El inciso 2° del artículo 1078 prescribe: "Cumplida la condición, no tendrá derecho a los frutos percibidos en el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiere expresamente concedido". Como se ve, este es un caso, en que el Código no acepta la retroactividad de la condición.

¹⁷³ Rev. Der. y Jur., t. XII, sec. 1°, pág. 185.

298. Efectos de la asignación condicional suspensiva fallida. Si la condición suspensiva falla, nada adquirirá el asignatario condicional. Si había obtenido alguna medida conservativa, se le debe alzar.

Agreguemos que en conformidad al artículo 1480 "si la condición suspensiva es o se hace imposible se tendrá por fallida, regla que se aplica a las asignaciones condicionales por mandato del artículo 1081.

299. Efectos de la asignación condicional resolutoria pendiente. La condición resolutoria pendiente no afecta la adquisición de la asignación. Si este derecho es el de dominio, el asignatario se hace dueño de la cosa asignada y la adquiere por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte desde la apertura de la sucesión, como si se tratara de una asignación pura y simple. Lo que está en suspenso mientras la condición resolutoria se encuentra pendiente es la eventual resolución del derecho adquirido.

Por consiguiente, operan los efectos normales de las condiciones resolutorias pendientes. Ello significa que se ha producido la delación de la asignación; que el asignatario ha adquirido por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte el derecho a la asignación, el que puede aceptar o repudiar; puede pedir partición; si fallece, sus derechos los transmiten a sus herederos, etc.

300. Efectos de la asignación condicional resolutoria cumplida. Cumplida la condición resolutoria, la asignación se resuelve por ese solo hecho, *ipso jure*, sin necesidad de resolución judicial. Así lo dispone el Código en el artículo 1487: "cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiera recibido bajo tal condición". Sin embargo, no deberá restituir los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que el testador hubiere dispuesto lo contrario (art. 1488).

De lo que se viene diciendo se desprende que "cumplida la condición resolutoria, la resolución que ella produce de pleno derecho, puede ser opuesta a toda perso-

na que invoque la asignación resuelta, sin necesidad de sentencia judicial".¹⁷⁴

301. Suerte que corren los actos de administración realizados por el deudor condicional en el tiempo intermedio. El asignatario condicional resolutorio puede haber realizado durante el tiempo intermedio actos de administración, sobre la especie asignada, p. ej., puede haber celebrado contratos de arriendo. La pregunta que cabe formular es qué suerte corren esos actos. La doctrina acepta su validez. Ello, sin perjuicio de que en el caso del arrendamiento, se pueda pedir por el acreedor condicional la restitución de la cosa arrendada, por expiración del derecho del arrendador, de acuerdo al artículo 1950 N° 3.

302. ¿Qué ocurre si en el lapso intermedio entre la apertura y el cumplimiento de la condición se destruye la cosa recibida bajo esa condición? El artículo 1486 resuelve el problema: "si antes del cumplimiento de la condición, la cosa prometida perece sin culpa del deudor, se extingue la obligación; y si por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios". Si la pérdida es parcial y sin culpa del asignatario que recibió la cosa sujeta a condición resolutoria, deberá restituirla en el estado que se halle, sin derecho a indemnización.

Como observa Claro Solar, "sea suspensiva o resolutoria la condición, sus efectos bajo los conceptos que dejamos indicados sufren modificación según lo determine el testador en su testamento, ya que la voluntad del testador es la ley suprema, no existiendo una limitación o prohibición expresa en la ley".¹⁷⁵

303. Efectos de la asignación condicional resolutoria fallida. Si falla la condición resolutoria, los derechos del asignatario condicional se consolidan. El derecho del

¹⁷⁴ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 897, pág. 429.

¹⁷⁵ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 909, pág. 434.

asignatario pasa a ser irrevocable, como si la asignación hubiere sido pura y simple.

Párrafo III: Asignaciones testamentarias a día

304. Asignaciones testamentarias a día. El párrafo tercero del Título IV del Libro III, artículos 1080 y siguientes, trata de las asignaciones testamentarias a día. Estas asignaciones no son necesariamente a plazo, pues pueden ser también condicionales, ello va a depender de la forma como jueguen los elementos certidumbre y determinación, según pasaremos a verlo.

305. Certidumbre y determinación. El artículo 1081 precisa en qué consiste cada una de estas características. Expresa: "El día es *cierto y determinado*, si necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador" (inc. 1°).

"Es *cierto pero indeterminado*, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona" (inc. 2°).

"Es *incierto pero determinado*, si puede llegar o no, pero suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años" (inc. 3°).

"Finalmente, *es incierto e indeterminado*, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case" (inc. 4°).

306. Asignaciones "hasta" y asignaciones "desde". Las asignaciones a día pueden ser asignaciones "desde", o asignaciones "hasta", lo que también tiene importancia para saber si la asignación es condicional o a plazo. Ej.: de asignación "desde": Lego mi casa a Pedro, *desde* que se reciba de abogado. Ej.: de asignación "hasta": Dejo mi casa a María *hasta* que se reciba de abogado.

307. Asignaciones desde. Pueden ser de los siguientes tipos: a) desde día cierto y determinado; b) desde día cierto pero

indeterminado; c) desde día incierto pero determinado, y d) desde día incierto e indeterminado.

308. Asignaciones desde día cierto y determinado: Ej.: Dejo mi herencia a Pedro desde el 18 de septiembre de 2007. Se trata de una asignación a plazo. Según el artículo 1084, "la asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes de que llegue el día" (inc. 1°).

Ahora si el testador impone expresamente la condición de existir el asignatario ese día, se sujetará a las reglas de las condiciones (inc. 2°). La condición consiste precisamente en que el asignatario exista al momento de cumplirse el plazo.

309. Asignaciones desde día cierto pero indeterminado. Ej.: Lego mi casa a Julia desde que fallezca mi madre. De acuerdo al artículo 1085, ésta es una asignación condicional, en que la condición consiste en la existencia del asignatario (Julia) a la muerte de la madre del testador.

El inciso 2° del artículo 1085 agrega que "Si se sabe que ha de existir el asignatario en ese día, como cuando la asignación es a favor de un establecimiento permanente, tendrá lugar lo prevenido en el inciso primero del artículo precedente". Esto último significa que la asignación es a plazo. Ej.: Lego mi casa a la Universidad de Concepción, desde el 28 de diciembre de 2009.

310. Asignaciones desde día incierto pero determinado. Ej.: Dejo mi casa a Lucía si Colo Colo gana el Campeonato de Fútbol de Chile en el año 2009. Según el artículo 1086, este tipo de asignaciones son siempre condicionales. La condición consiste, en el ejemplo, en el hecho incierto de que Colo Colo gane el campeonato en el año 2009.

311. Asignaciones desde día incierto e indeterminado. Ej.: Dejo mi casa a María si se casa. Según el artículo 1086, se trata de una asignación condicional, pues no se sabe

si María se va a casar o no, y para el caso de que lo haga, cuándo puede ocurrir.

312. Asignaciones hasta día cierto y determinado. Ej.: Dejo mi casa a Antonia hasta por 10 años contados desde mi fallecimiento. Se trata de una asignación sujeta a plazo, por lo que Antonia, en el ejemplo, sólo será usufructuaria. Así aparece del artículo 1087 inciso 1°: “La asignación hasta día cierto, sea determinado o no, constituye un usufructo a favor del asignatario”.

313. Asignaciones hasta día cierto e indeterminado. Ej.: Dejo mi casa a Juana hasta que se muera. También es una asignación a plazo. Y por la misma razón, la Juana del ejemplo es usufructuaria (art. 1087 inc. 1°).

314. Asignaciones hasta día incierto pero determinado. Ej.: Dejo mi casa a Valeria hasta el 18 de septiembre de 2010. De acuerdo al artículo 1088, esta asignación es a plazo. El artículo 1088 expresa que “La asignación hasta día incierto pero determinado, unido a la existencia del asignatario, constituye usufructo, salvo que consista en prestaciones periódicas”.

Somarriva señala que “llama la atención que existiendo incertidumbre haya un plazo, y agrega que don Andrés Bello explica, en notas al margen del proyecto del 53, por qué existe plazo y usufructo y no condición. De acuerdo a esas explicaciones, en esta asignación pueden ocurrir dos cosas: que el asignatario viva a la fecha de término (18 de septiembre de 2010) o que fallezca antes. En el primer caso, el usufructo termina por el vencimiento del plazo; y en el segundo, el usufructo termina por ser intransmisible (art. 773 inciso 2°).¹⁷⁶

El inciso 2° del artículo 1088 establece que “Si el día está unido a la existencia de otra persona que el asignatario, se entenderá concedido el usufructo hasta la fecha en que, viviendo la otra persona, llegaría para ella el día”. Veamos un ejemplo: Dejo mi

casa a María hasta que su hija cumpla 20 años. En el ejemplo María es usufructuaria. Si la hija de María fallece sin cumplir los 20 años, el usufructo de María termina a la fecha en que de vivir su hija hubiera cumplido los 20 años.

315. Asignaciones hasta día incierto e indeterminado. Ej.: Dejo mi casa a Luis desde que Pedro que vive en ella se vaya a vivir a España. En este caso nos encontramos frente a una condición. Así resulta de aplicar el artículo 1083. “El día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición y se sujeta a las reglas de las condiciones”.

316. Cuadro resumen de las asignaciones a día. Don Leopoldo Urrutia resume lo dicho en los párrafos anteriores en las siguientes reglas: a) Todas las asignaciones “desde” son condicionales, salvo las de día cierto y determinado, que son a plazo, y b) todas las asignaciones “hasta”, son a plazo, salvo las “hasta día incierto e indeterminado, que son condicionales.

Párrafo IV: Asignaciones modales

317. Asignaciones modales. El Código no ha definido el modo. Se ha limitado a formular algunas diferencias entre esta modalidad y la condición suspensiva. Así aparece del artículo 1089: “Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un *modo* y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada”.

Somarriva lo define como “la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad”¹⁷⁷ y los profesores Domínguez como “el fin especial al que debe aplicarse el objeto asignado”.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Somarriva, ob. cit., N° 342, pág. 246.

¹⁷⁸ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, t. I, N° 614, pág. 573.

Claro Solar explica que “lo que constituye el modo es la aplicación o destinación que el asignatario debe dar a los bienes que le deja el testador, o a parte de dichos bienes; pues la aplicación no debe representar un valor superior, ni aun un valor igual al de los bienes, sino un valor inferior, porque es de suponer que ha existido en el disponente, al dejar los bienes al asignatario para que los tenga por suyos, el ánimo de que el asignatario obtenga un beneficio personal de la asignación modal que exige de su parte atención y trabajos especiales para realizar debidamente el provento que movió al testador a establecerlo”.¹⁷⁹

No puede merecer dudas que el modo importa una obligación para el asignatario, quien debe cumplir la carga que le impone el testador. No se trata, entonces, de un simple consejo. Un ejemplo de modo: Dejo mi herencia a Octavio, quien deberá crear un Hogar de Ancianos en Hualqui.

318. El modo es una modalidad que cabe tanto en las asignaciones testamentarias como en las convenciones. Si bien el Código lo trata a propósito de las asignaciones testamentarias, también tiene cabida en las convenciones, atendido lo dispuesto en el artículo 1493. Si la ley ha tratado al modo en las asignaciones testamentarias, ha sido porque normalmente se trata de una figura que preferentemente se da en ellas.

319. El modo tiene cabida en toda asignación. Con ello se quiere significar que esta carga puede ser impuesta tanto a los herederos como a los legatarios, salvo que la ley no lo permita en ciertos casos, como ocurre con las legítimas rigurosas (art. 1192).

320. ¿En qué puede consistir el modo? El objeto de la obligación modal puede consistir en hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, en una obligación de dar, hacer o no hacer, en aplicar los bienes asignados a un fin especial, etc. Pero, como advierten los profesores Domínguez, “la obligación no es,

con todo, de la misma naturaleza de aquellas cuya fuente señala el artículo 1437. No está tomada en el sentido de deuda. No es una obligación que tenga un titular obligado que pueda exigir su cumplimiento, dado que, en muchas ocasiones, el **modus** está impuesto en beneficio del propio asignatario gravado, sea éste heredero o legatario (1092). En otro, la carga es un beneficio a persona o personas indeterminadas, las que, por lo mismo, no pueden ser tenidas como acreedoras y titulares de un derecho para demandar, con éxito, el cumplimiento”. “Se sabe –continúan estos profesores– que tratándose de la idea de obligación propiamente tal, ella se contraponen a un derecho y tal derecho (acreencia) corresponde a aquel en cuyo favor ha de realizarse la prestación. Crédito y deuda son pues las dos caras de una misma moneda. Pero ello no existe necesariamente en el modo, como se acaba de manifestar”. “Hay que concluir –dicen esos profesores– que la obligación que impone el modo al asignatario no está compuesta de un débito y de una responsabilidad semejante a la contractual. Y esta particularidad ha suscitado más de alguna dificultad entre los autores para explicar y concebir adecuadamente el *modus*”.¹⁸⁰

321. Personas que concurren en el modo. En una asignación modal concurren el asignatario y el beneficiado con el modo. Los requisitos para suceder deben darse únicamente en el asignatario modal, pues el beneficiario no es heredero ni legatario ni tiene vínculo alguno con el causante. De esa forma ha sido resuelto reiteradamente por la jurisprudencia.¹⁸¹ En el mismo sentido Domínguez.¹⁸² Esta solución –en opinión de Somarriva– es peligrosa, pues tiene el peligro de que se use para burlar una incapacidad.¹⁸³

¹⁸⁰ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 618, págs. 576-577.

¹⁸¹ Rev. Der. y Jur., t. VI, sec. 1°, pág. 481; t. XII, sec. 1°, pág. 107; t. LIII, sec. 1°, pág. 325.

¹⁸² Domínguez Benavente y Domínguez Águila, t. I, N° 623, pág. 579.

¹⁸³ Somarriva, ob. cit., N° 344, pág. 248.

¹⁷⁹ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 954, pág. 462.

322. Personas favorecidas con el modo.

El modo puede estar establecido: a) en interés del propio disponente, p. ej., ordenar misas por su alma; ordenar que se encarguen del cuidado de su tumba, etc.; b) en interés de terceros, y c) en provecho del asignatario.

323. Modo en favor del disponente.

Si el único beneficiado con el modo es el disponente (testador), su cumplimiento podrá ser demandado por el albacea, si lo hubiere (art. 1270), o por los herederos del difunto (art. 1271). En el caso que el modo tuviere una cláusula resolutoria, podrán hacerlo también los interesados indirectos, quienes podrán pedir la resolución, de la asignación por incumplimiento de la obligación constitutiva del modo.

324. Modo en favor del asignatario. En este supuesto, según el artículo 1092, el modo no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria. Si existe esta cláusula, podrán demandar la resolución de la asignación las personas que se beneficien con ello.

325. Modo establecido a favor de un tercero. En este caso, que es el más frecuente, pueden demandar el cumplimiento: el beneficiario, el albacea o los herederos del testador.

326. La acción para obtener cumplimiento del modo es personal. Por consiguiente, se hace efectiva en todo patrimonio del asignatario gravado con esta carga, y no en la cosa asignada, por lo que el asignatario modal no está inhibido de enajenar dicha cosa.

327. Personas que deben cumplir el modo.

Lo normal será que deba ser cumplido por el propio asignatario. Si éste falta, deben cumplirlo los que se hayan beneficiado con la asignación, por acrecimiento, sustitución u otra causa (art. 1068 inc. 1°).

328. Forma y tiempo en que se debe cumplir el modo. El modo debe ser cumplido

en la forma dispuesta por el testador. Si éste nada hubiere dicho, debe determinarlo el juez, "consultando en lo posible la voluntad de aquél, y dejando al asignatario modal un beneficio que ascienda a lo menos a la quinta parte del valor de la cosa asignada (art. 1094). En cuanto al plazo, si nada ha dicho el testador, lo fija el juez, lo que constituye una excepción a la regla de que los plazos no los fija la justicia (art. 1094).

Si el plazo lo fijó el asignatario, el solo vencimiento, no constituye en mora al asignatario, sino que será necesario interpellarlo en conformidad al artículo 1551 N° 3.

329. ¿Puede la carga impuesta al asignatario modal absorber totalmente el valor de la asignación? Esta pregunta se la plantean los profesores Domínguez, quienes afirman que, a primera vista, pudiera entenderse que ello no es posible, atendido lo que disponen los artículos 1089 y 1094. Sin embargo, señalan que ellos piensan lo contrario, por cuanto el instituido es libre de aceptar o repudiar la asignación y si acepta ya no podrá repudiar, salvo obtener la rescisión de la aceptación (art. 1234). Agregan que este problema no se puede presentar si el asignatario modal es una institución bancaria, porque de acuerdo al artículo 48 N° 6 de la Ley de Bancos no regirá para los bancos el mínimo de remuneración que señala el artículo 1094 del Código Civil.

330. Modo inmoral, ilícito o contrario a las buenas costumbres. El artículo 1093 inciso primero señala que "Si el modo es por su naturaleza imposible o inductivo a hecho ilegal o inmoral o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición". Nótese que es la asignación la que no vale, no el modo. La explicación de esta solución es que se aplicaron a esta modalidad las reglas que los artículos 1480 y 1481 establecen para las condiciones. A juicio de Domínguez, en este caso, esta sanción "no tiene justificación si se atiende a la diferencia entre condición y modo. Aquella forma parte de la disposición, éste es algo accesorio, por lo que en caso de ilicitud no debería invalidar la asignación,

de forma que éste debería permanecer, aunque sin carga".¹⁸⁴

331. El modo debe ser física y legalmente posible. El modo sería imposible, cuando fuere contrario a las reglas de la naturaleza física. En este caso, no vale la disposición (art. 1093 inc. 1°).

De acuerdo al inciso 2° de esta norma: "Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse en otra análoga que no altere la substancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez con citación de los interesados".

En esta parte puede advertirse una diferencia entre la condición y el modo, por cuanto la primera debe cumplirse literalmente en la forma convenida (art. 1484), es decir, no hay cumplimiento por equivalencia, como ocurre en el modo.

332. Modo que se hace enteramente imposible de cumplir sin culpa del asignatario. Esta situación está regulada en el inciso final del artículo 1093: "Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación sin el gravamen. Por ejemplo: si el modo consistía en que el asignatario tenía que pagar los gastos que demandare la educación de Pedro, y Pedro fallece.

333. Cláusula resolutoria. El artículo 1090, la define diciendo que "se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo" (inc. 1°).

El inciso 2° de esta norma agrega que "No se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa". Por consiguiente, si el modo estuviere establecido en un contrato bilateral, no opera la condición resolutoria tácita.

334. Efectos de la resolución. Como se desprende de su propia definición, cuando

opera la cláusula resolutoria, el asignatario debe restituir la cosa y los frutos. Encontramos aquí otra diferencia con la condición resolutoria, pues en esta última, cumplida la condición, sólo se restituye la cosa *sin los frutos* (art. 1488).

Cuando opera la cláusula resolutoria "se entregará a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto, y el resto de la cosa asignada acrecerá a la herencia, si el testador no hubiere ordenado otra cosa" (art. 1096 inc. 1°). Pero el inciso siguiente agrega que "el asignatario a quien se ha impuesto el modo no gozará del beneficio que pudiera resultarle de la disposición precedente". El fundamento de esta excepción lo encontramos en la aplicación del principio de que nadie se puede aprovechar de su propio dolo.

Claro Solar entiende que aunque el beneficiario del modo sea el propio asignatario, "habrá de entregarse al asignatario modal la suma proporcional, desde que la ley no hace distinción".¹⁸⁵ Una opinión distinta encontramos en Domínguez.¹⁸⁶

335. Cuando opera la cláusula resolutoria, ¿en qué situación quedan los terceros que contrataron con el asignatario modal? Los profesores Domínguez estiman que los terceros se ven afectados por la revocación, pues sólo de esa forma tendrá real efecto la sanción contenida en el artículo 1096 inc. 1°. Por otra parte —agregan— "los terceros que entran en relación jurídica con el asignatario modal conocen la cláusula resolutoria, desde que ella va explícita en el acto de última voluntad, del cual arranca sus derechos el instituido". Además, "la situación es semejante a la del donatario que enajena en igual caso la especie objeto de la donación" (art. 1432).¹⁸⁷

336. Un caso histórico de asignación modal. Un caso histórico de asignación modal

¹⁸⁵ Claro Solar, ob. cit., t. XIV, N° 971, pág. 477.

¹⁸⁶ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 633, pág. 588.

¹⁸⁷ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 634, pág. 588.

fue el que resultó del testamento de don Federico Santa María Carrera, quien otorgó testamento cerrado ante el Cónsul General de Chile, en París, el 5 de enero de 1920, que se abrió en el Tercer Juzgado Civil de Valparaíso el 25 de febrero de 1926. El testador designó como albaceas a los señores Agustín Edwards, Juan Brown Caces, Carlos Van Buren y Andrew Geddes. Declaró en su testamento no tener legitimarios. Dispuso de sus bienes en la forma siguiente: "Dejo a mis albaceas la totalidad de mis bienes, después de satisfechos los legados y deudas, a fin de que apliquen dichos bienes o sus productos a la creación en la ciudad de Valparaíso de las siguientes instituciones...", entre las que menciona una Escuela de Artes y Oficios y el Colegio de Ingenieros.

Se concedió la posesión efectiva de la herencia a tres de sus albaceas—don Juan Brown Caces había renunciado— como herederos modales, quienes cumplieron el encargo, creando la Escuela de Artes y Oficios y el Colegio de Ingenieros, y obteniendo la aprobación de los Estatutos de la Fundación Federico Santa María.

Transcurridos cerca de tres años, cuando ya se había hecho la partición de los bienes hereditarios entre los tres albaceas, el Defensor de Menores de Valparaíso los demandó pidiendo se declarara que no eran ni habían sido herederos del señor Santa María, y que el verdadero heredero era la Fundación. "En concepto de la ley—decía el demandante— es asignatario modal aquel a quien se asigna algo para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin

especial. No es por consiguiente asignatario modal el albacea a quien se impone la obligación de efectuar ciertas obras y para ello se dejan ciertos bienes, si estos bienes no se asignan expresamente al albacea para que los tenga por suyos". Además, en una de las cláusulas del testamento se decía: "Para pagar todas estas rentas (legados) mis albaceas formarán un fondo suficiente de valores que estará a cargo de la Escuela de Artes y Oficios y Colegio de Ingenieros, y en caso que el fondo no rinda al año la suma necesaria para pagar las rentas, toda diferencia será cubierta *por la referida institución desde que es mi heredero universal*".

Como ya se ha explicado en otra parte, la interpretación del testamento generó una larga disputa judicial, en que se solicitaron informes a connotados juristas: H. Capitán y G. Ripert, René Demogue, al abogado inglés Augusto Cohn, coincidiendo todos ellos en que los albaceas eran los herederos, en su condición de asignatarios modales, por lo que la demanda fue rechazada.¹⁸⁸

337. Extinción del modo. El modo se extingue por su cumplimiento; por la renuncia que puede hacer el beneficiario o cuando se hace enteramente imposible, pues en tal caso subsiste la asignación sin el gravamen (art. 1093, inciso final).

¹⁸⁸ Mayores antecedentes de esa controversia pueden buscarse en la obra de don Luis Claro Solari, *Derecho Civil Chileno y Comparado*, t. XIV, N^o 956 y siguientes, págs. 463 y siguientes.

CAPÍTULO OCTAVO ASIGNACIONES A TÍTULO UNIVERSAL

338. Asignaciones a título universal (herencias). Esta materia está tratada en el párrafo 5 del Título IV del Libro III, artículos 1097 y siguientes.

339. Definición. Asignación a título universal es aquella en que se deja al asignatario la totalidad del patrimonio transmisible del causante o una cuota del mismo patrimonio. Estas asignaciones se llaman herencias y el asignatario que la recibe, heredero. Así resulta de aplicar los artículos 951 inc. 2^o, 954 y 1097.

El artículo 1097 señala que "Los asignatarios a título universal con cualquiera palabra que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos; representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles" (inc. 1^o). "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".

340. Características de los herederos.

1. Los herederos suceden en todo el patrimonio transmisible del causante o en una cuota del mismo, aunque en el testamento se les califique de legatarios (art. 1097). No suceden en bienes determinados.

2. Pueden ser testamentarios o abintestato. Cuando estudiemos los legatarios, veremos que éstos sólo pueden ser testamentarios, pues sin testamento no hay legados.

3. Pueden ser herederos universales, herederos de cuota y herederos de remanente.

4. Pueden adquirir la herencia en forma directa o en forma indirecta. Adquieren en

forma indirecta por derecho de representación (art. 984 inc. 1^o), por derecho de transmisión (art. 957) o por derecho de acrecimiento (art. 1147).

5. Adquieren la herencia por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte.

6. Adquieren el dominio y la posesión legal de la herencia al momento en que es deferida, aunque ellos lo ignoren (artículos 688 y 722).

7. Gozan de la acción de petición de herencia cuando la herencia se encuentra poseída por un falso heredero; y tienen además la acción reivindicatoria sobre las cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros. Si además el heredero es legitimario, tiene la acción de reforma de testamento cuando sus derechos han sido desconocidos por el testador.

8. Representan al causante.

341. Los herederos representan al causante. El artículo 1097 expresa que los herederos representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. La voz representación no está tomada en el sentido técnico definido en el artículo 1448 del Código Civil. Lo que quiere decir la disposición es que el heredero pasa a estar en la misma posición jurídica del causante, ocupa su lugar. Hay una subrogación personal. Ello explica que lo suceda en todas sus obligaciones transmisibles sin que esté limitada su responsabilidad al monto de lo que obtuvo del causante, salvo que acepte con beneficio de inventario.

342. Aplicaciones del principio de que el heredero representa a la persona del

causante. Este principio es rico en consecuencias: a) si el causante había incurrido en un hecho ilícito, sus herederos quedan obligados al pago de la indemnización que de ello pueda derivar (art. 2316: “es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”); b) si, al revés, el causante fue la víctima de un delito o cuasidelito civil, tienen derecho a demandar la correspondiente indemnización; c) los derechos derivados de los contratos celebrados por el causante, los pueden demandar sus herederos y recíprocamente las obligaciones generadas de esos contratos deben asumirlas. Por eso se dice que toda persona contrata para sí y sus herederos; d) la acción de nulidad relativa del causante se transmite a sus herederos (art. 1684); e) puede demandar la nulidad absoluta de un acto celebrado por el causante, invocando el interés de aquél; f) según algunos –opinión hoy día minoritaria–, si el causante no podía alegar la nulidad absoluta por haber celebrado el acto o contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, tampoco podría alegarla el heredero; g) las sentencias dictadas en las causas seguidas por el causante, producen cosa juzgada respecto de sus herederos; h) en contra de los herederos del deudor hipotecario procede la acción personal y no la acción de desposeimiento, ya que esta última se dirige en contra del actual poseedor de la finca hipotecada, cuando no es el deudor principal y como el heredero representa el causante pasa a tener la calidad del deudor principal.

343. La posesión del causante no se transmite a los herederos. La regla de que el heredero pasa a ocupar la posición jurídica del causante no tiene aplicación tratándose de la posesión. En efecto, la posesión es un hecho personal del causante (“tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño”), por lo que no se traspasa ni se transmite. Así lo consigna el artículo 717: “Sea que se suceda a título universal o singular, *la posesión del sucesor principia en él*, a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios”.

344. Clasificación de los herederos. Se pueden formular las siguientes clasificaciones:

- a) herederos universales, de cuota, y de remanente;
- b) herederos testamentarios y abintestato;
- c) herederos voluntarios y forzosos.

345. Herederos universales y de cuota. Antes de definirlos, es necesario precisar que todos los herederos son asignatarios universales, pues así está dicho en el artículo 1097. Cosa distinta es que los herederos, puedan ser universales o de cuota.

Es heredero universal aquel llamado a la sucesión en términos generales, que no designan cuotas. Ej.: “Sea Fulano mi heredero”; “Dejo mis bienes a Fulano”. Así está dicho en el artículo 1098 inciso 1°.

Si fueren varios los herederos universales, dividirán entre sí por partes iguales la herencia o la parte de ella que a cada uno de ellos corresponda (art. 1098 inciso final).

Hacemos notar que el hecho de que una persona sea heredero universal no significa que sea heredero único, de manera que si en el testamento se dice: “Dejo mi herencia a Pedro, Juan y Diego, cada uno de ellos es heredero universal, porque no se indica cuota. En cambio, si se hubiere dicho “Dejo un tercio de mi herencia a Pedro, un tercio a Juan y un tercio a Diego”, cada uno de ellos sería heredero de cuota.

También es necesario tener presente que el heredero de cuota puede llevar una mayor parte de la herencia que el heredero universal. Así, y siguiendo el mismo ejemplo anterior, si se hubiere dicho “dejo el 50% de mi herencia a Pedro, el 25% a Juan y el 25% a Diego”, Pedro, heredero de cuota, llevaría más que si fuere universal (en que sólo habría llevado un tercio).

346. Heredero de cuota. Del mismo artículo 1098 se desprende que es heredero de cuota aquél llamado a suceder en una cuota de la herencia (1/2; 1/3, 1/5, etc.).

347. Importancia de la distinción entre heredero universal y de cuota. Esta distinción,

sólo tiene importancia para determinar si procede o no el derecho de acrecimiento, ya que éste no tiene cabida tratándose de los herederos de cuota, como está dicho en el artículo 1148.

El derecho de acrecimiento ha sido definido “como aquel derecho en virtud del cual existiendo dos o más asignatarios llamados a un mismo objeto, *sin determinación de cuota*, la parte del asignatario que falta se junta, se agrega, aumenta la de los otros asignatarios”.¹⁸⁹

348. Herederos de remanente. Se les define como “los llamados a recoger lo que resta de las hereditarias, hechas otras asignaciones testamentarias, bien a título particular, bien como herederos de cuota”.¹⁹⁰ De manera que el heredero de remanente va a suceder en lo que reste de la herencia cuando no se ha dispuesto de la totalidad. Ello puede ocurrir porque así lo señale el testador, ej., “dejo dos tercios de mi herencia a mis hijos y el resto a mi sobrino Tomás”. Pero también habrá herederos de remanente cuando el testamento sólo contiene legados. Los herederos que concurren por el sobrante son herederos de remanente.

Somarriva explica que en conformidad a los artículos 1099 y 1100 los herederos de remanente pueden ser testamentarios o abintestato, según si son llamados a lo que queda de la herencia por el testador o la ley. Pueden ser también universales o de cuota. Serán universales si el testador sólo ha instituido legados en el testamento, y de cuota si ha establecido otros herederos de cuota.¹⁹¹ Y en seguida, este profesor combina esas clasificaciones, para concluir que hay cuatro categorías de herederos de remanente:

1. “Herederos del remanente testamentarios universales. Se presentan cuando el testador sólo ha instituido legados, y dispone también en el testamento del remanente de sus bienes. Por ejemplo, dice el testador:

‘Dejo mi automóvil a Pedro, mi casa a Juan y el resto de mis bienes a Diego’. Diego es heredero testamentario, porque es llamado en el testamento, y es universal, pues no se le designa cuota”.

2. “Herederos del remanente testamentario de cuota. Tiene lugar esta clase de herederos de remanente cuando el testador ha instituido asignaciones de cuota a título universal y asignatarios de remanente. Según el artículo 1098, el heredero del remanente se entiende instituido en la cuota que falte para completar la unidad. Por ejemplo, dice el testador: ‘dejo un tercio de mis bienes a Pedro, y el resto de mi patrimonio a Juan’. Este es heredero testamentario, pues se le designa en el testamento, y es heredero de cuota en el remanente, pues se entiende instituido en la cuota que falte para completar la unidad, o sea, en los dos tercios de la herencia”.

3. “Herederos de remanente abintestato universales. Se presentan cuando en el testamento no hay sino asignaciones a título singular, y el testador nada dice respecto del resto de los bienes. Según el inciso final del artículo 1100, los herederos abintestato son herederos universales del remanente. Por ejemplo, dice el testador en su testamento que deja su casa a Pedro y su automóvil a Juan y nada más. Los herederos abintestato son herederos universales en el remanente”.

4. “Herederos del remanente abintestato de cuota. Finalmente –dice el profesor Somarriva– nos hallamos frente a esa clase de herederos cuando en el testamento sólo se designan herederos de cuota, y las cuotas designadas en el testamento no alcanzan a completar la unidad. Por ejemplo, el causante dice en su testamento: dejo la mitad de mis bienes a Pedro. La otra mitad corresponde a los herederos abintestato, que van a ser herederos del remanente y de cuota”.¹⁹²

349. Forma de repartir la herencia cuando concurren herederos de distintos tipos. Analicemos las siguientes situaciones:

¹⁸⁹ Somarriva, ob. cit., N° 404, pág. 290.

¹⁹⁰ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, t. I, N° 219, pág. 240.

¹⁹¹ Somarriva, ob. cit., N° 363, pág. 258.

¹⁹² Somarriva, ob. cit., N° 363, págs. 258-259.

A) Concurren herederos universales y de cuota.

B) Concurren herederos de remanente con herederos de cuota.

C) Concurren herederos de remanente con legatarios.

350. Concurrencia de herederos universales y herederos de cuota. Ej.: dejo un tercio de mi herencia a Pedro, sea Juan mi heredero universal. Esta situación la resuelve el artículo 1098 inc. 2º: "Pero si concurriere —el heredero universal— con herederos de cuota, se entenderá heredero de aquella cuota que con las designadas en el testamento complete la unidad o entero". En el ejemplo propuesto, Juan heredará dos tercios de la herencia, porque esa cuota sumada a la cuota de Pedro (un tercio), completan la unidad.

En una nota al artículo 3º, Título VI del Proyecto de 1841-45, Bello colocó el siguiente ejemplo sobre la aplicación del artículo 1098: "Se hacen varios legados a diferentes personas: se dejan los bienes a B, sin designar cuota; y por otra disposición se asigna el tercio de los bienes a C. B, sin embargo de su institución universal, sólo es heredero de los dos tercios restantes."¹⁹³

Puede darse el caso que las cuotas asignadas en el testamento completen o excedan la unidad. En ese supuesto las normas a aplicar son los artículos 1101 y 1102. El primero de ellos dispone: "Si las cuotas designadas en el testamento completan o exceden la unidad, en tal caso el heredero universal se entenderá instituido en una cuota cuyo numerador sea la unidad y el denominador el número total de herederos..."; y el segundo agrega: "Reducidas las cuotas a un común denominador, incluso las computadas según el artículo precedente, se representará la herencia por la suma de los numeradores, y la cuota efectiva de cada heredero por su numerador respectivo".

En el caso de los artículos 1101 y 1102, Bello pone el siguiente ejemplo: "Se dejan a B), C) y D), las cuotas 1/2, 1/3, 1/4, y

¹⁹³ Andrés Bello, *Obras Completas*, tomo III. Edit. Nascimento, pág. 64.

además hay un heredero universal E), que, según el artículo 1223 (en el Código actual el 1101), debe considerarse como heredero de 1/4. La cuota de B) será de 6/12; la de C) 4/12, la de D) 3/12 y la de E) 3/12. La herencia es representada por 6+4+3+3: igual 16; y de estos 16, corresponden a B) 6, a C) 4, a D) 3, a E) 3 (nota al artículo 1224 del proyecto de 1853). Bello agregaba: "después de todo, la hipótesis en que las cuotas excedan a la unidad no pueden menos de ocurrir rarísima vez; y como sólo respecto de esas hipótesis es necesaria la fórmula general del artículo 1224 (hoy 1100), pudiéramos suprimirlo sin inconveniente. Se objetará que la disposición del artículo 1224 (hoy 1101) supone el conocimiento de la aritmética. Respondo que esto pudiera mirarse como un inconveniente en otros tiempos. En el día, la aritmética es un ramo general de educación".¹⁹⁴

351. Concurren herederos de remanente con herederos de cuota. Ejemplo: Dejo 1/3 de mi herencia a Pedro y el resto de la herencia a Juan. La norma a aplicar es el artículo 1099, segunda parte: "si alguna de las otras asignaciones son de cuota, el asignatario del remanente es heredero de la cuota que reste para completar la unidad". En el ejemplo, Juan sería heredero de 2/3 de la herencia, como heredero de remanente.

Ahora, si las cuotas designadas en el testamento completan o exceden la unidad, el heredero de remanente nada lleva (art. 1101, parte final). Esta solución es lógica, porque no hay remanente.

352. Concurren herederos de remanente con legatarios. Ej.: Dejo mi casa a Pedro y el resto de mis bienes a Juan. En este caso, Juan es heredero universal de remanente.

353. ¿Existen en verdad los herederos de remanente? La doctrina, responde: "en realidad, el heredero de remanente no es una especie distinta de los herederos universales

¹⁹⁴ Andrés Bello, *Obras Completas*, tomo IV, pág. 293.

o de cuota, porque en el fondo pertenecen a una u otra categoría de asignatarios a título universal" (Somarriva).¹⁹⁵

Por su parte, Domínguez afirma que en el hecho, no hay para el Código sino herederos universales o de cuota, desde que los de remanente pasan a tener una u otra calidad, dependiendo de que concurren con asignatarios a título particular o con herederos de cuota.¹⁹⁶

354. Herederos voluntarios y herederos forzosos. Son herederos voluntarios aquellos que el testador es libre de instituirlos o no. Son herederos forzosos, los legitimarios, o sea, los herederos cuyos derechos hereditarios el testador está obligado a respetar,

¹⁹⁵ Somarriva, ob. cit., N° 362, pág. 258.

¹⁹⁶ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 222, pág. 243.

y que se suplen por el legislador aun con perjuicio de las disposiciones testamentarias expresas de aquél.

Los legitimarios están señalados en el artículo 1182: 1) Los hijos personalmente o representados por su descendencia; 2) Los ascendientes, y 3) El cónyuge sobreviviente.

355. No es lo mismo heredero abintestato que heredero forzoso. Herederos abintestato son los que designa la ley y pueden ser voluntarios o forzosos. Así por ejemplo, en el tercer orden de sucesión intestada, son herederos los hermanos (art. 990). Pero los hermanos no son legitimarios, por lo que el causante puede en su testamento excluirlos de su herencia. El adoptado de acuerdo a la Ley N° 7.613 es heredero, pero no es legitimario (art. 24 inciso final de la Ley N° 7.613).

356. Concepto. Los legatarios son sucesores a título singular (art. 1104). Según el artículo 951, “el título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo”.

357. Características de los legatarios. Del artículo 1104, se desprenden las características de los legatarios: “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” (inc. 1°). “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” (inc. 2°).

De esta disposición, y de los artículos 951 inc. 3°, 954 y 1362 inc. 2°, aparece que las características de los legatarios son las siguientes:

a) Suceden en bienes determinados, o en una o más especies indeterminadas de un cierto género (art. 951 inc. 3° en relación con el art. 954). No tienen importancia las palabras de que se haya valido el testador para hacer la asignación. La Corte Suprema rechazó una acción de petición de herencia, por carecer la actora de la calidad de heredera, no obstante que invocaba un testamento en que se le dejaba *como herencia*, el inmueble que la testadora tenía en Chile, donde había vi-

vido. La sentencia la estimó, y con razón, que era legataria.¹⁹⁷

b) No representan al causante, ni tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan (art. 1104).

c) No hay legatarios abintestato, ya que suponen la existencia de un testamento.

d) Responden subsidiariamente de las deudas hereditarias (artículos 1104 inc. 2° y 1362 inc. 2°).

358. Cosas que pueden ser objeto de un legado. En principio, pueden legarse todas las cosas, sean corporales o incorpóras (art. 1127), muebles e inmuebles, presentes o futuras (art. 1113). No hay más limitaciones que las establecidas en el artículo 1105: “No vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada, según el artículo 585, ni los de las cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad nacional o municipal y de uso público, o forman parte de un edificio de manera que no puedan separarse sin deteriorarlo; a menos que la causa cese antes de deferirse el legado” (inc. 1°). “Lo mismo se aplica a los legados de cosas pertenecientes al culto divino; pero los particulares podrán legar a otras personas los derechos que tengan en ellas, y que no sean según el derecho canónico intransmisibles” (inc. 2°).

359. Legatarios suceden en uno o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de cierto género (art. 951 inc. 3°). De esta características se

¹⁹⁷ C. Suprema, 15 noviembre 1994, Fallos del Mes 452, sentencia 16, pág. 1400.



desprende la más importante clasificación de los legados en: a) legados de especie o cuerpo cierto, y b) legados de género.

360. Legados de especie o cuerpo cierto.

Son aquellos en que se deja al legatario una o más especies o cuerpos ciertos determinados. Ej.: Dejo mi casa ubicada en Pingueral a mi sobrino Gonzalo. El legatario adquiere el legado por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte desde el momento del fallecimiento del causante. De este hecho derivan algunas consecuencias importantes: a) si al legatario no se le entrega el legado, puede demandar de reivindicación, pues se trata de un dueño que está privado de la posesión de la cosa; b) los frutos que la cosa produce desde el momento del fallecimiento del causante corresponden al legatario, de acuerdo al principio que las cosas producen para su dueño. Así, por lo demás, lo establece el artículo 1338 N° 1°; c) la cosa legada no ha formado parte de la comunidad hereditaria, por lo que si se trata de un bien raíz no se debe practicar respecto de esc bien inscripción especial de herencia;¹⁹⁸ d) si transcurre un tiempo prolongado sin que el legado sea entregado, el dominio del legatario no se ve afectado, porque el dominio no se extingue por solo transcurso del tiempo; sólo se va a extinguir cuando otro lo haya adquirido por prescripción adquisitiva (art. 2517).

361. Estado en que se debe entregar la especie legada. De acuerdo al artículo 1118, "la especie legada se debe en el estado en que existiere al tiempo de la muerte del testador, comprendiendo los utensilios necesarios para su uso y que existan con ella". Como esta norma no distingue, puede tratarse de un legado de una cosa mueble o inmueble. Si se tratare de un inmueble, las mejoras que el testador hubiere introducido a la propiedad legada favorecen al legatario.

¹⁹⁸ C. Suprema, 21 de diciembre de 1993, Rev. Der. y Jur., t. 90, sec. 1°, pág. 136. En el mismo sentido, Somarriva, ob. cit., N° 370, pág. 263.

Sin embargo, como observan los profesores Domínguez,¹⁹⁹ "una cosa son las mejoras y otras las *agregaciones*". De éstas no obtiene ventajas el legatario, atendido lo dispuesto en el artículo 1119 inc. 1°: "Si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado después del testamento, no se comprenderán en el legado; y si lo nuevamente agregado formare con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valieren más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá este segundo valor al legatario; si valieren menos, se deberá todo ello al legatario con el cargo de pagar el valor de las agregaciones" (inc. 1°). "Pero el legado de una medida de tierra, como mil metros cuadrados, no crecerá en ningún caso por la adquisición de tierras contiguas, y si aquélla no pudiere separarse de éstas, sólo se deberá lo que valga" (inc. 2°).

La cosa legada debe pasar al legatario con sus servidumbres, censos y demás cargas reales. Así lo dispone el artículo 1125.

362. Forma de entregar el legado de especie cuando se trata de un inmueble.

Normalmente, se hace la entrega mediante una escritura de entrega de legado, de los herederos al legatario, escritura que se inscribe posteriormente en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Pero esa inscripción no es tradición desde que el legatario adquirió el inmueble por sucesión por causa de muerte y no se puede adquirir el dominio por dos modos distintos.

En rigor no es necesaria esta escritura de entrega de legado, pues para los efectos del Registro, la historia de la propiedad raíz se conserva mediante la inscripción del auto de posesión efectiva (que acredita la muerte del causante) y la inscripción del testamento.

363. Legado de género. Es aquel en que se deja al asignatario una o más especies

¹⁹⁹ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. II, N° 829, pág. 818.

indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes (art. 951 inc. 3°).

Al fallecimiento del causante este legatario sólo adquiere por sucesión por causa de muerte un derecho personal o crédito, para exigir la entrega del legado a los herederos o a la persona que debe cumplirlo. En este caso se adquiere por el modo de adquirir tradición. Ello tiene importancia, porque de acuerdo al artículo 1337 N° 2 "los legatarios de cantidades o géneros no tendrán derecho a ninguno de los frutos, sino desde el momento en que la persona obligada a prestar dichas cantidades o géneros se hubiere constituido en mora; y este abono de frutos se hará a costa del heredero o legatario moroso.

La acción del legatario para exigir el pago del legado prescribirá en el plazo de 5 años contados desde que la obligación se hace exigible (artículos 2514 inc. 2° y 2515 inc. 1°).

364. ¿Qué debe entregarse cuando se trata de un legado de género? De acuerdo al artículo 1115, debe darse una cosa de mediana calidad o valor del mismo género, que incluso puede ser una cosa que no exista en el patrimonio del testador. Dice esta disposición: "Los legados de género que no se limitan a lo que existe en el patrimonio del testador, como una vaca, un caballo, imponen la obligación de dar una cosa de mediana calidad o valor del mismo género".

365. Normas sobre la forma como deben interpretarse ciertos legados. El Código contiene un conjunto de normas que constituyen formas de entender qué es exactamente lo que comprende el legado. Veamos algunos de estos casos: a) legado de un solar; b) legado de una casa con sus muebles; c) legado de una hacienda de campo; d) legado de un rebaño.

366. Legado de un solar. Precisemos que entendemos por "solar" un sitio sin construcciones. Puede ocurrir que con posterioridad al testamento se hubiere edificado

en ese sitio, surgiendo entonces la duda si el edificio queda o no comprendido en lo legado. El artículo 1119 inciso final resuelve el problema: "Si se lega un solar y después el testador edifica en él, sólo se deberá el valor del solar".

367. Legado de una casa con sus muebles.

De conformidad al artículo 1121 inc. 1° primera parte: "si se lega una casa con sus muebles o con todo lo que se encuentre en ella, no se entenderán comprendidas en el legado las cosas enumeradas en el inciso 2° del artículo 574 —dinero, documentos y papeles, colecciones científicas o artísticas, armas, instrumentos de artes y oficios, carruajes, etc.—, sino sólo las que forman el ajuar de la casa y se encuentran en ella (al momento de la apertura de la sucesión)". De acuerdo al inciso final, "no se deberán los demás objetos contenidos en la casa, sino los que el testador expresamente designare".

368. Legado de una hacienda de campo.

En este caso el legado sólo comprende las cosas que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda, que se encuentren en ella. Nótese que los requisitos son estos dos. Así lo establece el artículo 1121 inc. 1°, parte final. Igual que en el caso anterior, "no se deberán los demás objetos contenidos en la hacienda, sino los que el testador expresamente designare". En un antiguo fallo de la Corte de Santiago se estableció que el legado de un fundo con todos sus aperos y herramientas no comprendía el ganado existente en él, a pesar de tratarse de un predio dedicado en parte a la crianza de animales.²⁰⁰ Este fallo fue acordado por tres votos contra dos.

369. Legado de un rebaño. De acuerdo al artículo 1123 "se deberán los animales de que se componga al tiempo de la muerte del testador, y no más. Como se puede ver, esta norma precisa que los animales que se deben son los que existen a la muerte del

²⁰⁰ Gaceta de 1879, sentencia 2068, pág. 1447, citado por Claro Solar, t. VI, N° 105, pág. 117.

testador (y no los que existían al momento de hacerse el testamento).

370. Legado de una especie que sea individualizada por el lugar en que se encuentra guardada. Ej.: dejo a mi suegra el piano que tengo guardado en mi bodega. Pueden presentarse distintas situaciones: a) que efectivamente exista el piano en la bodega; b) que el piano se encuentre en otra parte; y c) que no se encuentra en parte alguna.

En el primer caso, no se presentan mayores problemas; en el segundo caso, se deberá la especie legada; y en el tercero, se deberá una especie de mediana calidad pero sólo a las personas designadas en el artículo 1107, esto es, a un descendiente o ascendiente del testador o a su cónyuge. (artículo 1111). Contrario *sensu* si el legado estuviere establecido a favor de otra personas (a la suegra en el ejemplo), no valdrá.

371. Legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determina de algún modo. Recordemos que cosa fungible es aquella que puede ser reemplazada por otra que tenga el mismo poder liberatorio.

El artículo 1112 trata de este tema, poniéndose en varios casos:

a) Que la cantidad no se determine en modo alguno, caso en que el legado no vale. La norma concuerda con el artículo 1461, que exige para que la obligación tenga objeto que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinar la cantidad.

b) Si se señala el lugar en que ha de encontrarse (ej.: dejo a Pedro el trigo que está en mi bodega), se deberá la cantidad que allí se encuentra el tiempo de la muerte del testador o hasta concurrencia de la cantidad determinada por el testador.

c) Si la cantidad existente fuere menor que la cantidad designada, sólo se deberá la cantidad existente.

d) Si en el lugar no existe cantidad alguna, nada se deberá, a menos: 1) que el legado sea hecho a alguna de las personas que indica el artículo 1107, y 2) cuando el legado y el señalamiento del lugar no forman una cláusula indivisible. Y el Código pone

un ejemplo de esta última situación: "Así el legado de 'treinta fanegas de trigo, que se encuentran en tal parte', vale, aunque no se encuentre allí trigo alguno; pero el legado de 'las treinta fanegas de trigo que se hallarán en tal parte' no vale sino respecto del trigo que allí se encontrare, y que no pase de las treinta fanegas".

372. Legado de una cosa entre varias que el testador creyó tener. Esta situación está tratada en el artículo 1116, que contempla distintos casos:

a) Si se legó una cosa entre varias que el testador creyó tener, y no ha dejado más que una, se deberá la que haya dejado (inc. 1°);

b) si no tenía ninguna, no vale el legado a menos que sea a favor de alguna de las personas que indica el artículo 1107, la que sólo tendrá derecho a pedir una cosa mediana del mismo género, aunque el testador le haya concedido la elección (art. 1116 inc. 2°), y

c) en el caso que la cosa legada sea de aquellas cuyo valor no tiene límites, como una casa, una hacienda de campo, y no existe ninguna del mismo género entre los bienes del testador, nada se deberá ni aun a las personas designadas en el artículo 1107 (art. 1116 inc. final).

373. Legado de una cosa entre muchas en que se entregare la elección a la persona obligada o al legatario. Trata este punto el artículo 1117 inc. 1°, en los siguientes términos: "Si la elección de una cosa entre muchas se diere expresamente a la persona obligada o al legatario, podrá respectivamente aquélla o éste elegir a su arbitrio.

374. Legado en que se confiere la elección a una tercera persona. El inciso 2° del artículo 1117 establece que en este caso el tercero podrá elegir a su arbitrio; y si no cumpliere el encargo dentro del tiempo señalado por el testador o en su defecto por el juez, tendrá lugar la regla del artículo 1114, esto es, se deberá una especie de mediana calidad o valor entre las comprendidas en el legado.

El inciso 2° de esta disposición señala que "hecha una vez la elección, no habrá

lugar a hacerla de nuevo, sino por causa de engaño o dolo".

375. Legado de una cosa en que el testador sólo es dueño de una cuota. El artículo 1110 establece que "si el testador no ha tenido en la cosa legada más que una parte, cuota o derecho, se presumirá que no ha querido legar más que esa parte, cuota o derecho" (inc. 1°). "Lo mismo se aplica a la cosa que un asignatario es obligado a dar, y en que sólo tiene una parte, cuota o derecho" (inc. 2°).

376. Legado de cosa futura. El artículo 1113 establece que "el legado de una cosa futura vale, con tal que llegue a existir". En esta materia rige el mismo principio de los actos entre vivos que consagra el artículo 1461 de que no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas a lo menos en cuanto a su género".

377. Legado de cuotas de una misma especie a varias personas. El artículo 1124 señala: "Si se legan a varias personas distintas cuotas de una misma cosa, se seguirá para la división de ésta las reglas del párrafo precedente". Claro Solar explica que "la disposición importa por lo tanto establecer que si las cuotas enteran la unidad, la especie debe distribuirse entre los legatarios en proporción a sus cuotas; si no alcanzan a completar la unidad, cada legatario sólo tendrá derecho a la cuota que le está señalada en el respectivo legado y la cuota que reste corresponderá al heredero o herederos, como los demás bienes de que el testador no haya dispuesto especialmente; y si las cuotas exceden la unidad, habrá que reducir las cuotas a un común denominador; y cada legatario tendrá el número de cuotas en que resulte así dividida la cosa, la cuota que representa su numerador respectivo, de acuerdo con la regla del artículo 1102".²⁰¹

²⁰¹ Claro Solar, ob. cit., t. XV, N° 1106, pág. 96.

Cabe agregar que si la especie se asigna a varias personas sin designación de cuota, se dividirá el legado entre todos ellos por partes viriles (partes iguales), teniendo cabida el derecho de acrecer.

378. Legado de cosa ajena. En principio, el legado de cosa ajena es nulo. Sin embargo, vale en dos casos: a) cuando en el testamento aparezca que el testador sabía que la cosa no era suya, y b) cuando el legado es en favor de los descendientes o ascendientes del testador o de su cónyuge. Así lo establece el artículo 1107: "El legado de especie que no es del testador o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, es nulo; a menos que en el testamento aparezca que el testador sabía que la cosa no era suya o del dicho asignatario; o a menos de legarse la cosa ajena a un descendiente o ascendiente del testador o a su cónyuge; pues en estos casos se procederá como en el inciso 1° del artículo precedente". Esta frase final significa que en los casos en que el legado de cosa ajena vale y el dueño de la especie se niega a enajenarla o pide por ella un precio excesivo, se cumplirá el legado pagando el justo precio de la especie.

379. Legado con cláusula de no enajenar. Esta clase de legado está tratada en el artículo 1126: "Si se lega una cosa con calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita".

Esta disposición es importante, por cuanto se desprende de ella un principio general en el sentido que las cláusulas de no enajenar tienen valor en Chile si no afectan derechos de terceros.

380. Legado de una cosa gravada con prenda o hipoteca u otras cargas reales. El artículo 1125 establece que "la especie legada pasa al legatario con sus servidumbres, censos y demás cargas reales". Como se trata de cargas reales, se hacen efectivas sobre la especie legada, de tal suerte que los acreedores se van a dirigir contra el legatario.

Resuelto este problema, queda por ver si el legatario tiene alguna acción en contra de los herederos, pues al representar éstos al causante, deben asumir sus deudas. Ello va a depender: si la voluntad del testador fue gravar al legatario con la deuda, no tiene acción de reembolso; en cambio si el testador no ha manifestado esa intención, debe distinguirse: a) si la hipoteca garantizaba una deuda del causante, o b) si garantizaba la deuda de un tercero. En el primer caso el legatario que paga se subroga en la acción del acreedor contra los herederos (art. 1366); y en el segundo, el legatario no tiene acción contra los herederos, pero se subroga en la acción del acreedor en contra del tercero en conformidad al artículo 2429, puesto que al ser actual poseedor de la finca hipotecada sin ser deudor personal, tiene la calidad de tercer poseedor de la finca hipotecada.

381. Legado de condonación. Consiste en que el testador en su testamento perdona una deuda del asignatario. Los efectos de este legado los trata el artículo 1129: "Si el testador condona en el testamento una deuda, y después demanda judicialmente al deudor, o acepta el pago que se le ofrece, no podrá el deudor aprovecharse de la condonación; pero si se pagó sin noticia o consentimiento del testador, podrá el legatario reclamar lo pagado".

El artículo 1130 agrega que "si se condona a una persona lo que debe, sin determinar suma, no se comprenderán en la condonación sino las deudas existentes a la fecha del testamento".

382. Legado de un título de crédito. El artículo 1127 trata de este legado: "Por el hecho de legarse el título de un crédito se entenderá que se lega el crédito" (inc. 2°). En cuanto a quién debe pagar el deudor, es obvio que si se paga al legatario, el pago está bien hecho. Ahora, si ignorando el legado —que por lo demás no tiene por qué conocer— paga a los herederos, el legatario se podrá dirigir en contra de los herederos para que le reembolsen lo recibido. Ahora, si el deudor hubiere sido notificado del

legado y paga a los herederos, paga mal, por lo que no extingue su deuda. Así resulta de aplicar, por analogía, las normas de la cesión de créditos (art. 1902).

383. Legado de confesión de deuda. El artículo 1133 expresa: "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". La misma idea la consigna el artículo 1062.

Desde el punto de vista del acreedor, es importante que se trate de una confesión de deuda o de un legado. Desde luego, si es legado, debe pagarse impuesto de herencia. En seguida, si existe un principio de prueba por escrito, se trata de una deuda hereditaria, que constituye una baja general de la herencia (art. 959 N° 2). En cambio, si no hay un principio de prueba por escrito, se está frente a un legado gratuito que se paga con cargo a la parte de libre disposición.

384. Legado de pensiones alimenticias. Esta materia está regulada en el artículo 1134 y se refiere, como lo dice la norma, a los alimentos voluntarios, pues los alimentos legales o forzosos constituyen una baja general de la herencia (art. 959 N° 4). El tenor del artículo 1134 es el siguiente: "Si se legaren *alimentos voluntarios* sin determinar su forma y cuantía, se deberán en la forma y cuantía en que el testador acostumbraba suministrarlos a la misma persona, y a falta de esta determinación, se regularán tomando en consideración las necesidades del legatario, sus relaciones con el testador, y las fuerzas del patrimonio en la parte de que el testador ha podido disponer libremente" (inc. 1°). "Si el testador no fija el tiempo que haya de durar la contribución de alimentos, se entenderán que debe durar por toda la vida del legatario" (inc. 2°). "Si se legare una pensión anual para la educación del legatario, durará hasta que cumpla dieciocho años, y cesará si muere antes de cumplir esa edad" (inc. 3°).

385. Orden en que deben pagarse los legados. En conformidad al artículo 1376: "No habiendo en la sucesión lo bastante para el pago de todos los legados, se rebajarán a prorrata. Por consiguiente, en principio, ningún legado debería preferir a otro. Sin embargo, esta regla tiene numerosas excepciones:

a) Cuando lo entregado a título de legítimas excede a la mitad legítimaria y a la cuarta de mejoras, el exceso se imputará a la cuarta de libre disposición con preferencia a cualquier objeto de libre disposición, a que el difunto haya destinado (artículos 1193 y 1194). Ello significa que constituyen un legado que se paga prioritariamente.

b) Donaciones revocables y legados en que el testador da el goce de la cosa legada. El artículo 1141 inciso final establece que "Las donaciones revocables, incluso los legados en el caso del inciso precedente, preferirán a los legados de que no se ha dado el goce a los legatarios en vida del testador, cuando los bienes que éste deja a su muerte no alcanzan a cubrirlos todos".

c) Legados estrictamente alimenticios. El inciso 3° del artículo 1363 establece que "los legados estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por ley, no entrarán a contribución sino después de todos los otros". Como explican los profesores Domínguez, se trata de una preferencia negativa: no contribuir al pago de alguna de esas asignaciones; pero, por lo mismo, positivamente quiere decir que goza de preferencia para su pago. Otros legados, pues, deben contribuir antes a la solución de esas deudas.²⁰²

d) Legados de obras pías y de beneficencia pública. Deben ser pagados antes que los otros legados no exonerados por la ley (art. 1363 inc. 3°).

²⁰² Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. II, N° 844.3, pág. 834.

e) Legados expresamente exonerados de la contribución. El artículo 1363 inc. 2°, faculta al testador para exonerar a un legado del pago de las deudas hereditarias, lo que implica que se pagan antes que los no exonerados.

386. Extinción de los legados. Los legados se extinguen: a) por la revocación del testamento en que se instituyó; b) por la destrucción de la especie legada (art. 1135 inc. 1°); c) por la enajenación en todo o parte de la especie legada (art. 1135 inc. 2°); d) por la alteración substancial de la cosa legada mueble, como si de la madera se construye un carro o de la lana se hace tela (art. 1135 inc. final).

Fuera de estas formas de extinción, hay algunas particulares para ciertos legados, como por ej., si en el legado de condonación, el testador demanda al legatario o acepta el pago que se le ofrece (art. 1129).

387. Parte de la herencia con que se pagan los legados. Los legados se solucionan con cargo a la parte de que el testador ha podido disponer libremente, materia que se estudiará cuando se vean las asignaciones forzosas.

388. Legados exonerados por el testador de contribuir al pago de las legítimas, de las mejoras y de las deudas hereditarias. De acuerdo al artículo 1363, cuando los legatarios deben contribuir al pago de las legítimas, de las asignaciones a título de cuarta de mejoras o de las deudas hereditarias, lo deben hacer a prorrata, de sus respectivos legados. Esta regla se rompe en el caso de aquellos legados que el testador hubiere expresamente liberado, los que de todas formas deben contribuir, pero después de los otros legados, salvo los legados estrictamente alimenticios, que siempre van a contribuir al final.

389. Diversos tipos de donaciones. Explica Claro Solar que los romanos distinguieron tres títulos de adquisición gratuita: la sucesión por causa de muerte (herencias y legados); las donaciones mortis causa; y la donación entre vivos. Las tres tienen en común que son actos de liberalidad. Ello ha sido —continúa este autor— la causa de que las Instituciones de Justiniano se ocuparan de las donaciones mortis causa junto a los legados, criterio que ha sido seguido por diversos Códigos modernos, entre otros, por el nuestro, que las trata en el párrafo séptimo del Título IV, artículos 1136 y siguientes,²⁰³ es decir, a continuación de los legados.

390. De las diversas clases de donaciones. El Código Civil distingue dos tipos de donaciones: las donaciones entre vivos y las donaciones por causa de muerte.

391. Donaciones entre vivos o donaciones irrevocables. El artículo 1386 define las donaciones entre vivos: “es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta”. Esta definición nos sugiere los siguientes comentarios:

a) Dice la definición que es un acto, lo que, sin ser incorrecto, no es suficientemente preciso, puesto que debió definirla como contrato, desde que es un acto jurídico bilateral que genera obligaciones;

b) No es cierto que por la donación se transfieran bienes, pues no es un modo de adquirir. El donatario va a adquirir el do-

minio de los bienes donados por tradición. La donación es sólo un título traslativo de dominio, y como tal está señalado en el artículo 703 inciso 3°;

c) De la definición se desprende que las donaciones entre vivos son irrevocables. Así, por lo demás, lo dice el artículo 1136 inciso segundo.

392. Donaciones revocables o donaciones por causa de muerte. Están definidas en el artículo 1136: “Donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio” (inc. 1°). “Donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable; y donación entre vivos, lo mismo que donación irrevocable” (inc. 2°).

Claro Solar define las donaciones por causa de muerte diciendo que “es el acto unilateral en que una persona da o promete dar a otra una cosa o un derecho para después de su fallecimiento reservándose la facultad de revocarlo mientras viva”.²⁰⁴ En parecidos términos las define Somarriva.²⁰⁵

393. La donación revocable es un acto solemne. Así lo establece el artículo 1137: “No valdrá como donación revocable sino aquella que se hubiere otorgado con las solemnidades que la ley prescribe para las de su clase, o aquella a que la ley da expresamente este carácter”.

394. Otorgamiento de las donaciones revocables. Las donaciones revocables pueden otorgarse de dos maneras: a) con las solem-

²⁰³ Claro Solar, ob. cit., t. XV, N° 1140, pág. 119.

²⁰⁴ Claro Solar, ob. cit., t. XV, N° 1150, pág. 123.

²⁰⁵ Somarriva, ob. cit., N° 391, pág. 282.

nidades del testamento; o b) con las solemnidades de las donaciones entre vivos.

El primer caso nada tiene de anormal, desde que el artículo 1000 establece que “toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento, y debe sujetarse a las solemnidades del testamento”. Dicho de otra manera, de esta disposición se desprende que las donaciones por causa de muerte constituyen un testamento, por lo que naturalmente tiene que celebrarse con las solemnidades propias de los testamentos, como lo ordena el artículo 1137.

La segunda forma de otorgar una donación por causa de muerte es con las solemnidades de las donaciones entre vivos. Así lo establece el artículo 1137 inciso 2°: “Si el otorgamiento de una donación se hiciera con las solemnidades de las entre vivos, y el donante en el instrumento se reservare la facultad de revocarla, será necesario, para que subsista después de la muerte del donante, que éste la haya confirmado expresamente en un acto testamentario; salvo que la donación sea del uno de los cónyuges al otro”.

395. Importancia de la forma como se otorguen las donaciones revocables. Es importante la forma como se otorguen las donaciones revocables, pues si se hacen con las solemnidades de las donaciones entre vivos deben confirmarse por un acto testamentario posterior, como lo ordena el inciso 2° del artículo 1137, recién transcrito, “salvo que la donación sea de uno de los cónyuges al otro”.

396. Las donaciones entre cónyuges son siempre revocables. Así se desprende de varias disposiciones: a) en primer lugar, del artículo 1137, inciso 3°: “Las donaciones de que no se otorgare instrumento alguno, valdrán como donaciones entre vivos en lo que fuere de derecho, menos las que se hicieren entre cónyuges, que podrán siempre revocarse”; b) del artículo 1138: “Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las entre

personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos una de otra” (inc. 1°). “Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables” (inc. 2°).

397. Capacidad del donante y del donatario. El artículo 1138 establece que “son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos una de otra” (inc. 1°). “Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables”.

Explica Somarriva que esta disposición se ha prestado para dos interpretaciones diferentes. Para la mayoría de la doctrina –afirma– el donante debe tener una doble capacidad: para testar y para donar entre vivos, e igualmente el donatario debe reunir una doble capacidad: para recibir asignaciones testamentarias y donaciones entre vivos. Él critica esta solución arguyendo: 1° que el artículo 1138 debe ser interpretado en relación con el artículo anterior que distingue según la donación se haga conforme a las reglas de los testamentos o de las donaciones entre vivos. En el primer caso el donante debe tener la capacidad para testar y el asignatario para recibir asignaciones testamentarias; y, en el segundo caso, el donante requeriría capacidad para donar entre vivos y el donatario para adquirir tales donaciones; y 2° además –agrega– habría una razón “de texto legal en apoyo de esta interpretación. La doctrina que pretende exigir ambas capacidades sería más valedera si la ley hubiera dicho “persona que no puede testar y donar entre vivos”, en cambio, emplea la conjunción disyuntiva “o” (no pueden testar o donar entre vivos, dice), lo que revela que diferencia claramente dos situaciones en relación con la distinción hecha por el artículo 1137, según si la donación se ciñe al otorgamiento de los testamentos o de las donaciones irrevocables”.²⁰⁶

²⁰⁶ Somarriva, ob. cit., N° 396, pág. 284.

398. Efectos de las donaciones revocables. Para determinar los efectos de las donaciones revocables, es necesario distinguir según sean a título universal o singular.

Si la donación es a título singular, constituye un legado anticipado que se sujeta a las mismas reglas que éste. Así lo dice en el artículo 1141 inciso 1°. El inciso segundo agrega que “Recíprocamente, si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable” (inc. 2°). Se trata de legados que prefieren a los legados de que no se ha dado el goce a los legatarios en vida del testador, cuando los bienes que éste deja a su muerte no alcanzan a cubrirlos todos” (inc. 3°).

De acuerdo al artículo 1140, por la donación revocable, seguida de la tradición de las cosas donadas, adquiere el legatario los derechos y contrae las obligaciones del usufructuario, sin que esté obligado a rendir caución de conservación y restitución, a no ser que lo exija el donante. Como se trata de una donación revocable es un legado al que se puede poner término en cualquier momento mediante la revocación.

Cuando el artículo 1140 habla de la *tradición*, hay que entender que se refiere a la tradición del derecho de usufructo, no a la tradición de la especie donada, pues respecto de esta última el donatario va a adquirir su dominio por sucesión por causa de muerte al fallecimiento del causante.

Si la donación revocable es a título universal, se mirará como una institución de heredero. Así lo dice el artículo 1142: “La donación revocable de todos los bienes o de una cuota de ellos se mirará como una institución de heredero, que sólo tendrá efecto desde la muerte del donante” (inc. 1°). “Sin embargo, podrá el donatario de

todos los bienes o de una cuota de ellos ejercer los derechos de usufructuario sobre las especies que se le hubieren entregado” (inc. 2°).

399. Confirmación de las donaciones revocables. Si la donación revocable se otorgó de acuerdo a las reglas de las donaciones entre vivos, es necesario que el donante las confirme por un testamento posterior. Si se otorgó en un testamento, se confirman automáticamente por la muerte del causante, siempre que éste no las hubiere revocado y que no haya sobrevenido al donatario alguna causal de incapacidad o indignidad bastante para invalidar una herencia o legado; salvo el caso del artículo 1137, inciso 2° (art. 1144). Esto último significa que si la donación es entre cónyuges, no requiere de confirmación.

400. Extinción de las donaciones revocables. Las donaciones revocables se extinguen: a) por revocación expresa o tácita del donante; b) por la muerte del donatario antes del donante (art. 1143). Ello se explica por ser la donación revocable una asignación testamentaria para adquirir, la cual debe existir al momento de la apertura de la sucesión (art. 962), y c) por sobrevenirle al donatario alguna causal de incapacidad o indignidad (art. 1144).

401. Las donaciones revocables deben respetar las asignaciones forzosas. Así lo dispone el artículo 1146: “Las disposiciones de este párrafo –párrafo de las donaciones revocables–, en cuanto conciernen a los asignatarios forzosos, están sujetas a las excepciones y modificaciones que se dirán en el Título ‘De las asignaciones forzosas’”.

cimiento.²¹¹ Confirma lo expuesto, agregan estos profesores, el artículo 1190.

Una opinión distinta se encuentra en Somarriva, quien manifiesta que el acrecimiento es propio de la sucesión testada, lo que quedaría probado por la ubicación que el Código da a esta materia al tratarlo en el párrafo octavo del Título IV, "De las asignaciones testamentarias", a continuación de los legados y donaciones revocables. Por otra parte –agrega–, todo su articulado discurre sobre la base de que existe testamento. Finalmente, en el fondo –continúa– el derecho de acrecimiento no es sino una interpretación de la voluntad del testador por parte del legislador.²¹²

405. Fundamentos del derecho de acrecimiento. Se dan distintos argumentos para fundar el derecho de acrecimiento: a) teoría subjetiva; b) teoría objetiva; c) el fundamento se encontraría en el mecanismo de la delación de los conjuntos.

Para la teoría subjetiva, el fundamento del derecho de acrecimiento se encuentra en la voluntad presunta del testador, quien al llamar a varios asignatarios sin fijación de cuota, lo que pretende es beneficiar por el todo a cada asignatario. Es la teoría que se siguen en general por nuestros autores. Así Claro Solar,²¹³ Pablo Rodríguez,²¹⁴ Meza Barros,²¹⁵ Somarriva.²¹⁶

Para la teoría objetiva, en cambio, no es la voluntad del testador la que crea el derecho a acrecer, pues "el difunto sólo manifestó voluntad en el sentido de llamar a varios asignatarios a un mismo objeto sin designación de cuotas". "A cada uno de los asignatarios, con la llamada cumulativa, se le confiere un derecho igual y potencial-

mente extensivo a la totalidad del objeto, de manera que desapareciendo el concurso no hay partes y el derecho en potencia se hace entonces real y efectivo".²¹⁷

Una tercera posición en esta materia encontramos en los profesores Domínguez, quienes sostienen que "el fundamento del derecho de acrecer, en el Código, debe encontrarse en el mecanismo de la delación a los conjuntos. Con la delación la ley hace un llamamiento a todos los asignatarios para aceptar o repudiar la asignación en su totalidad y no en su cuota, puesto que en el acrecimiento se trata de asignatarios que no tienen señalada parte o cuota (art. 1148)". "Este llamamiento hace la ley a los que el testador designó conjuntamente y sin atribución de partes, de donde se extrae la conclusión de que si uno de ellos no la acepta, la delación –el actual llamamiento de la ley para aceptar o repudiar la asignación– queda abierta para los restantes y respecto de toda la asignación". "El fundamento del derecho a acrecer, por lo tanto –continúan estos profesores– está en la *voluntad expresa*, que ha llamado a varios a toda la asignación y a cada uno en particular, por lo que, deferida la asignación en su integridad a todos ellos, si falta uno, el llamamiento subsiste para los restantes a la integridad del objeto asignado".²¹⁸

406. Requisitos del acrecimiento. Para que se produzca el acrecimiento deben concurrir los siguientes requisitos:

- que existan dos o más asignatarios;
- que todos ellos sean llamados a un mismo objeto;
- que no se trate de asignatarios de cuota;
- que falte un asignatario;
- que el testador no haya designado un sustituto para el que falta;
- que el acrecimiento no se encuentre prohibido por el testador.

²¹⁷ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. II, N° 867, pág. 861.

²¹⁸ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. II, N° 868, págs. 862-863.

407. Que existan dos o más asignatarios. Este requisito es obvio. No requiere de mayor comentario, puesto que el artículo 1147 contempla esta exigencia. "Destinado a un mismo objeto *a dos o más asignatarios...*".

408. Todos los asignatarios deben ser llamados a la totalidad de un mismo objeto. También este requisito lo señala el artículo 1147 "destinado *un mismo objeto...*". La voz "objeto" está tomada en el sentido de asignación. Este objeto puede ser una herencia o un legado.

409. Los asignatarios deben ser llamados sin determinación de cuota. El artículo 1148 es claro: "Este acrecimiento **no tendrá lugar** entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado: cada parte o cuota se considerará en tal caso como un objeto separado; y no habrá derecho de acrecer sino entre los consignatarios de una misma parte o cuota" (inc. 1°).

Luego si el testador deja una asignación (herencia o legado) a Pedro, Juan y Diego, opera el acrecimiento, pero si deja un tercio a Pedro, un tercio a Juan y un tercio a Diego, no hay acrecimiento.

410. Forma en que se puede producir el llamado. Se entiende que todos los asignatarios, y cada uno de ellos, son llamados a la totalidad del objeto, cuando entre ellos hay una conjunción que los una, que pueden ser de tres clases: a) conjunción verbal; b) conjunción real, y c) conjunción real y verbal.

411. Conjunción verbal (*verbis tantum*). Se produce cuando se llama a dos o más asignatarios en una misma cláusula a un mismo objeto, pero señalando partes separadas. Ej.: Dejo el fundo El Alazán a Pedro, Juan y Diego, en la proporción de 3/6, 2/6 y 1/6, respectivamente. En este caso no cabe acrecimiento (art. 1148).

412. Conjunción real (*re tantum*). Se produce cuando el mismo objeto se deja a dos o más asignatarios en disposiciones separadas

de un mismo testamento, sin expresión de partes o cuotas. Ej.: en la cláusula primera del testamento se dice: Dejo mi fundo El Manzano a Aníbal; y en la cláusula tercera se deja el mismo fundo a Beatriz. En este caso se produce acrecimiento, de acuerdo a lo que señala el artículo 1149.

Si el llamamiento se produce en instrumentos separados, no se produce acrecimiento, pues "el llamamiento anterior se presumirá revocado en toda la parte que no le fuere común con el llamamiento posterior"(art. 1149 inc. 2°).

413. Conjunción real y verbal. Este caso ocurre cuando la misma cosa se asigna a varias personas, en una misma cláusula del testamento, sin fijación de parte o cuota. Ej.: Dejo mi fundo El Almendral a Agapito, Benito, Canuto y Donato. Llamados de esta forma, si alguno de ellos falta, se produce acrecimiento (artículos 1147 y 1149 inc. 1°).

414. Excepciones al principio de que para que haya acrecimiento no debe haber designación de cuota. Se señalan como excepciones al principio de que para que haya acrecimiento no debe haber designación de cuota, los siguientes: a) cuando los asignatarios son llamados por partes iguales, y b) cuando dos o más asignatarios son llamados a una misma cuota, sin designación de cuota.

La primera excepción la contempla expresamente el inciso 2° del artículo 1148: "Si se asigna un objeto a dos o más personas por iguales partes, habrá derecho de acrecer". Se ha fallado al respecto que si se deja una herencia "por mitades" a dos herederos, hay acrecimiento, porque decir por mitades equivale a decir "por partes iguales".²¹⁹ Hay Jurisprudencia contraria.²²⁰

La segunda excepción se encuentra en el artículo 1148 inc. 1°; se va a producir cuando se establece una asignación a favor de dos o más asignatarios, fijándoles

²¹⁹ Rev. Der. y Jur., t. LII, sec. 1ª, pág. 42, con un comentario de Gonzalo Barriga Errázuriz.

²²⁰ Rev. Der. y Jur., t. XV, sec. 1ª, pág. 350.

la cuota y una de esas cuotas se asigna a dos o más asignatarios sin señalamiento de cuota. Ej.: Dejo un tercio de mis bienes a Pedro, un tercio a Juan y el tercio restante a José y María. Entre estos últimos se puede producir el acrecimiento.

415. Debe faltar uno o más de los asignatarios conjuntos. El artículo 1147 exige para que haya acrecimiento que falte uno o más de los asignatarios. Esta falta se puede producir por haber fallecido el asignatario o por haberle sobrevenido incapacidad o indignidad con anterioridad a la apertura de la sucesión, o por haber repudiado la asignación. También se va a producir la falta en el caso de que se trate de un asignatario condicional suspensivo y falle la condición.

En el caso que la falta se produzca por fallecimiento del asignatario, este fallecimiento tiene que haber ocurrido antes de la apertura de la sucesión, pues, en caso contrario, los derechos del asignatario muerto se transmiten a sus herederos en conformidad al artículo 957. Por ello el artículo 1153 prescribe que “El derecho de transmisión establecido en el artículo 957 excluye el derecho de acrecer”.

416. Que no se haya establecido un sustituto. Si se establece que si falta alguno de los asignatarios, el que falta será reemplazado por otra persona que se designa, no cabe acrecimiento, porque al designarse un reemplazante, no se va a producir la falta del asignatario. Va a operar en ese caso la sustitución. Ello explica que el artículo 1163 diga que “la sustitución excluye al acrecimiento”. Ej.: Dejo mis bienes a Mario, Teresa y Diego, y si alguno de ellos faltare, será reemplazado por Aníbal.

417. Que el acrecimiento no esté prohibido por el testador. El último requisito del derecho de acrecimiento es que el testador no lo haya prohibido. Troplong decía: “el testador puede prohibir el acrecimiento; pues este derecho está fundado en la voluntad presumida del testador, y esta voluntad que ha podido establecerlo, puede

también destruirlo”. Esta idea la recoge el artículo 1155: “El testador podrá en todo caso prohibir el acrecimiento”.

418. Características del acrecimiento. Se señalan como características del derecho de acrecimiento: ser un derecho accesorio, renunciabile y transferible.

Del carácter accesorio surgen algunas consecuencias importantes:

a) No se puede repudiar la propia asignación y aceptar la que se le defiere por acrecimiento. Así lo dispone el artículo 1151: “El coasignatario podrá conservar su propia porción y repudiar la que se le defiere por acrecimiento; pero no podrá repudiar la primera y aceptar la segunda”.

b) “La asignación que por faltar el asignatario se transfiere a distinta persona, por acrecimiento, sustitución u otra causa, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles, y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente” (art. 1068 inc. 1°).

c) Cuando se cede una cuota hereditaria o una cuota sobre un legado, se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas que por el derecho de acrecer sobrevengan, salvo que se haya estipulado otra cosa (art. 1910, incisos 3° y 4°).

d) El acrecimiento es renunciabile. Así aparece de los artículos 1068 y 1151, ya citados.

e) Finalmente, el acrecimiento es transferible, como lo prueba el artículo 1910 inciso 3°.

419. Efectos del acrecimiento. El efecto propio del acrecimiento es que la parte del coasignatario que falta se agregue a la de los demás que no han sido llamados con determinación de cuota. Este efecto no se produce ipso jure, desde que, como se ha visto, el beneficiado con el acrecimiento puede aceptarlo o repudiarlo (art. 1151). Y ello tiene “un fundamento lógico y perfectamente equitativo, porque aunque esa porción esté libre de todo gravamen, no se puede a nadie obligar a recibir un beneficio; y si el consignatario que aceptó la porción que a él le correspondía en el objeto asignado se encuentra satisfecho con ella y no quiere

admitir su participación en la porción de otro asignatario que se le defiere, no hay razón para forzarlo a aceptar ésta”.²²¹

420. Un acrecimiento distinto está establecido en los derechos de usufructo, uso, habitación o de una pensión periódica. El artículo 1154 establece que “los consignatarios de usufructo, de uso, de habitación, o de una pensión periódica, conservan el derecho de acrecer mientras gozan de dicho usufructo, uso, habitación o pensión; y ninguno de estos derechos se extingue hasta que falte el último consignatario”. Tratándose de los derechos de usufructo, uso, y habitación, la misma idea está contenida en los artículos 780 y 812.

Hay, sin embargo, entre el acrecimiento del artículo 1147 y el del artículo 1154, una diferencia importante, pues en este último no es necesario que la falta del consignatario se produzca con anterioridad al fallecimiento del causante. Todos ellos adquirieron el derecho de usufructo, uso, habitación o el derecho a la pensión periódica, pero con posterioridad la parte de los que vayan faltando se irá agregando a los demás.

También se produce un acrecimiento igual al del usufructo, uso o habitación, en el caso de que haya pluralidad de propietarios fiduciarios. Así lo dispone el artículo 750: “Siendo dos o más los propietarios fiduciarios, habrá entre ellos derecho de acrecer, según lo dispuesto para el usufructo en el artículo 780, inciso 1°”.

Párrafo II: De las sustituciones

421. De las sustituciones. Esta materia está tratada en el párrafo 9° del Título IV del Libro III, artículos 1156 y siguientes.

Como explica Somarriva, “la sustitución supone que en el testamento se designe la persona que reemplazará al asignatario en caso de faltar éste, de modo que si esto ocurre por cualquier causa, pasará a ocu-

²²¹ Claro Solar, ob. cit., t. XV, N° 1215, pág. 162.

par su lugar el sustituto establecido por el testador”.²²²

La sustitución viene desde el Derecho Romano, y en su origen tenía por objeto asegurar la existencia de un heredero que aceptara la herencia. En la actualidad opera tanto para las herencias como para los legados.

422. Clases de sustituciones. El artículo 1156 señala que “la sustitución es vulgar o fideicomisaria” (inc. 1°). “La sustitución vulgar es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferirsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual” (inc. 2°). “No se entiende faltar el asignatario que una vez aceptó, salvo que se invalide la aceptación” (inc. 3°). Ej.: de sustitución vulgar: “Dejo mis bienes a Luis, y se éste no pudiere llevarlos, sean para Francisco”.

“La sustitución fideicomisaria —dice el artículo 1164— es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición, se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria”. Ej.: Dejo mis bienes a Pedro, los que pasarán a Juan si éste se recibe de abogado.

Claro Solar explica que “se llama fiduciaria esta sustitución, porque el testador la disponía haciendo fe de que la persona a quien constituía su asignatario habría de ejecutar su voluntad entregando, en la forma por él dispuesta, los bienes que le asignaba o parte de ellos a la persona que le indicaba”.²²³

El inciso 2° del artículo 1164 establece que la sustitución fideicomisaria se regula por lo dispuesto en el título “De la propiedad fiduciaria”.

423. Requisitos de la sustitución vulgar. Los requisitos de la sustitución vulgar son: a) que se trate de una sucesión testada; b) que se establezca expresamente, y c) que falte el asignatario sustituido.

²²² Somarriva, ob. cit., N° 421, pág. 300.

²²³ Claro Solar, ob. cit., t. XV, N° 289, pág. 203.

Los dos primeros requisitos son obvios, pues toda sustitución importa una expresa manifestación de voluntad del testador. Nótese que el artículo 1156, al definirla, dice que es aquella en que *se nombra* un asignatario... El artículo 1162 confirma lo que decimos al establecer que “si el asignatario fuere descendiente del testador, los descendientes del asignatario no por eso se entenderán sustituidos a éste, salvo que el testador haya expresado voluntad contraria”. El último requisito está expresamente considerado en el artículo 1156.

424. Si el asignatario fallece después que el testador, no hay sustitución. En este supuesto va a operar el derecho de transmisión. Por ello el artículo 1163 establece que el derecho de transmisión excluye al de sustitución.

425. La sustitución puede ser de diversos grados. Así lo establece el artículo 1158: “La sustitución puede ser de varios grados, como cuando se nombra un sustituto al asignatario directo, y otro al primer sustituto”. Ej.: Dejo mi herencia a Juan y para el caso de faltar a María, y si esta última faltare, a Cristina. El artículo 1161 agrega que “El sustituto de un sustituto que llega a faltar, se entiende llamado en los mismos casos y con las mismas cargas que éste, sin perjuicio de lo que el testador haya ordenado a este respecto”.

426. La sustitución fideicomisaria no se presume. Ello se desprende del artículo 1166: “La sustitución no debe presumirse fideicomisaria, sino cuando el tenor de la disposición excluye manifiestamente la vulgar”.

427. Situación que se produce cuando falta el fideicomisario antes de cumplirse la condición. El artículo 1165 establece que “si para el caso de faltar el fideicomisario antes de cumplirse la condición, se le nombran uno o más sustitutos, estas sustituciones se

entenderán vulgares, y se sujetarán a las reglas de los artículos precedentes” (inc. 1º) y el inciso 2º de esta norma agrega: “Ni el fideicomisario de primer grado, ni sustituto alguno llamado a ocupar su lugar, transmiten su expectativa si faltan”. Esta norma guarda perfecta concordancia con el artículo 1078 inciso 2º. “Si el asignatario —condicional— muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno”.

428. Cuadro resumen de la forma como concurren los distintos derechos. Sabemos que en la sucesión por causa de muerte pueden concurrir los derechos de transmisión, representación, acrecimiento y sustitución. Interesa, entonces, precisar, la posible colisión entre ellos.

a) Transmisión, acrecimiento y sustitución. El derecho de transmisión excluye al acrecimiento y a la sustitución, porque estos últimos suponen que falte el signatario con anterioridad al fallecimiento del causante. Si fallece después, opera el derecho de transmisión.

b) El derecho de sustitución excluye al de acrecimiento. Así lo dispone el artículo 1163. Ello es lógico, puesto que si el testador designó un sustituto, no se cumple un requisito esencial del acrecimiento: que falte el asignatario.

c) Derechos de transmisión y representación. No puede haber colisión, por cuanto el derecho de transmisión supone la muerte del asignatario con posterioridad al fallecimiento del causante; en cambio, la representación se va a producir cuando el representado falta antes del testador.

d) Representación, acrecimiento y sustitución. Entre representación y acrecimiento es difícil que se produzca colisión, ya que la representación opera en la sucesión intestada y el acrecimiento normalmente se da en la sucesión testada. En el caso de la representación y sustitución no puede haber colisión, porque la primera es propia de la sucesión intestada y la sustitución opera exclusivamente en la sucesión testada.

Párrafo I: Generalidades

429. De las asignaciones forzosas. Concepto. El artículo 1167, define las asignaciones forzosas como “las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas”. Constituyen la gran limitación que tienen las personas para disponer de sus bienes para después de sus días.

En esta parte Bello no siguió al Código francés sino a la antigua legislación española y, a través de ella, a la legislación justiniana. Bello no era partidario de estas asignaciones forzosas. Así queda de manifiesto con la siguiente nota puesta al artículo 5º del Proyecto de 1841: “En el corazón de los padres tiene el interés de los hijos una garantía mucho más eficaz que la protección de la ley; y el beneficio que *deben* éstos alguna vez a la intervención del legislador, es más que contrapesado por la relajación de la disciplina doméstica, consecuencia necesaria del derecho perfecto de los hijos sobre casi todos los bienes del padre. Así vemos que ni aun las legítimas fueron conocidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica. Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de la Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América; y tal vez no hay países donde sean más afectuosas y tiernas las relaciones de familia, más santo el hogar doméstico, más respetados los padres, o procurados con más ansia la educación y establecimiento de los hijos. Cuando más suave el yugo de las leyes, más poderosa es menester que sea la venerable judicatura

que la naturaleza confiere a los padres...” y más adelante agrega: “se dirá que estas razones prueban demasiado y que militan no sólo contra el tercio de mejoras, sino contra la legítima. Nosotros individualmente aceptaríamos en toda su extensión la consecuencia. Pero la Comisión ha creído más conveniente el término medio, siguiendo la norma de la ley de Partidas y del Derecho Romano”²²⁴

430. Significado de las asignaciones forzosas. El Código Civil limita severamente la facultad de las personas para poder disponer de sus bienes más allá de sus días. Veremos más adelante que cuando existe cónyuge sobreviviente, ascendientes y descendientes, sólo puede disponer con libertad de una cuarta parte de la herencia (cuarta de libre disposición), y con relativa libertad, de otra cuarta parte (cuarta de mejoras).

431. Las asignaciones forzosas rigen tanto en la sucesión testada como intestada. De la definición del artículo 1167, pudiera aparecer que no tuvieron aplicación en la sucesión intestada. Sin embargo, ello no es así. Como explican los profesores Domínguez, “lo que ocurre en caso de ausencia del testamento, es que la ley se encarga de comprender las asignaciones forzosas dentro de las cuotas que asigna a los asignatarios forzosos y que, generalmente, son mayores que las dispuestas por los artículos 1167 y ss.”²²⁵ “Los asignatarios forzosos deben

²²⁴ Andrés Bello, *Obras Completas*, tomo III, pág. 94.

²²⁵ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, *ob. cit.*, t. II, N° 885, pág. 898.

llevar en la sucesión intestada a lo menos la misma porción que en la testamentaria... el legislador al distribuir los bienes de que el causante no dispuso está también en la obligación, so pena de contradecirse a sí mismo, de respetar las asignaciones forzosas, porque ellas son comunes a toda sucesión...".²²⁶

432. La Ley N° 19.585 introdujo en esta materia cambios importantes. En efecto, hasta que entró en vigencia esta ley -27 de octubre de 1999- las asignaciones forzosas eran: 1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; 2. La porción conyugal; 3. Las legítimas, y 4. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes legítimos, de los hijos naturales y de los descendientes legítimos de esos últimos. La Ley N° 19.585 eliminó la porción conyugal e introdujo diversas modificaciones a las legítimas y a la cuarta de mejoras.

Es necesario tener en cuenta la situación anterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, ya que por mandato del inciso 1° del artículo 1° transitorio y del inciso final del artículo 2° transitorio de la Ley N° 19.585, a las sucesiones se les debe aplicar la ley vigente al momento del fallecimiento del causante. Ello nos obliga a tratar, aunque sea en forma sumaria, la situación de las asignaciones forzosas antes de entrar en vigencia la Ley N° 19.585.

En los párrafos que siguen haremos una breve descripción de cada una de estas asignaciones al 26 de octubre de 1999, es decir, antes de la Ley N° 19.585.

433. Alimentos debidos por ley a ciertas personas (situación anterior a la Ley N° 19.585). La Ley N° 19.585 no cambió lo relativo a esta asignación forzosa, por lo que la trataremos cuando veamos la situación actual.

434. Porción conyugal (situación a la fecha en que entró en vigencia la Ley N° 19.585).

²²⁶ René Abeliuk M, Olga Rojas B. y Mireya Tasso P., *Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil. La sucesión legal*, Colección de Seminarios e Institutos, Editorial Jurídica de Chile, N° 7, pág. 8.

El artículo 1172 vigente a la época en que entró en vigencia la Ley N° 19.585, definía la porción conyugal como "aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en conformidad a las disposiciones de este párrafo" (párrafo 2° del Título V del Libro III del Código Civil).

Era requisito de esta asignación forzosa, que el cónyuge sobreviviente a la fecha de fallecimiento del causante careciera de bienes o, para el caso de tenerlos, fueren de monto inferior a lo que pudiere corresponderle a título de porción conyugal. En este último caso se hablaba de porción conyugal complementaria. Este requisito no estaba establecido en forma explícita en el Código, pero se desprendía del artículo 1176, que a la fecha en que entró en vigencia la Ley N° 19.585, decía: "Por regla general, si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes pero no de tanto valor como la porción conyugal, sólo tendrá derecho al complemento a título de porción conyugal" (inc. 1°).

Para los efectos de determinar si el cónyuge sobreviviente tenía bienes, se consideraban todos los que poseía, sea a título de gananciales, crédito de participación (si el régimen matrimonial era el de participación en los gananciales) o por cualquier otro concepto. Decía el inciso 2° del artículo 1176: "Se imputarán, por tanto, a la porción conyugal todos los bienes del cónyuge sobreviviente, inclusive su mitad de gananciales, si no la renunciare, o, si es el caso, su crédito de participación en los gananciales, y los que haya de percibir como heredero abintestato en la sucesión del difunto". Sólo quedaban excluidos los que el causante le hubiere asignado a título de donación o asignación testamentaria.

El artículo 1177 daba al cónyuge sobreviviente la posibilidad de renunciar a sus bienes, caso en que tenía derecho a porción conyugal íntegra.

La porción conyugal era una baja general de la herencia (art. 959 N° 5), en todos los órdenes de sucesión, salvo en el orden de los descendientes legítimos (primer orden de sucesión regular), y ascendía a la cuarta

parte de los bienes del difunto, después de hechas las rebajas de los números 1 a 4 del artículo 959. Si el causante había dejado descendencia legítima, la porción conyugal ascendía al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva correspondía a cada hijo legítimo, salvo si había uno solo, en que era igual a la legítima rigurosa o efectiva de ese hijo (art. 1178).

Presentaba la porción conyugal una multiplicidad de problemas, que felizmente con su derogación, irán desapareciendo, pues cada día habrá menos casos de sucesiones de causantes fallecidos antes de la Ley N° 19.585.

435. Legítimas (situación anterior a la Ley N° 19.585). La tercera asignación forzosa son las legítimas (art. 1167 N° 3). Según el artículo 1182, eran legitimarios: 1. Los hijos legítimos, personalmente o representados por su descendencia legítima; 2. Los ascendientes legítimos; 3. Los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima, y 4. Los padres naturales que hubieren reconocido al hijo con arreglo a los números 1° ó 5° del artículo 271 (reconocimiento voluntario).

Con la Ley N° 19.585, este cuadro cambia bastante, puesto que desaparece la distinción entre hijos legítimos y naturales. Además, pasa a tener la calidad de legitimario el cónyuge sobreviviente.

436. Cuarta de mejoras (situación anterior a la Ley N° 19.585). Antes de entrar en vigencia la Ley 19.585 eran asignatarios de la cuarta de mejoras los hijos legítimos del causante, sus hijos naturales, los descendientes legítimos de unos y otros, y el cónyuge (arts. 1167 N° 4, 1184 inc. 3° y 1195). Lo mismo que en el caso anterior, la supresión de la distinción entre hijos legítimos y naturales cambió esta realidad.

437. Asignaciones forzosas a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585. A partir del 27 de octubre de 1999, las asignaciones forzosas son: 1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; 2. Las legítimas, y 3. La cuarta de mejoras en la

sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge.

Párrafo II: Alimentos debidos por ley a ciertas personas

438. Alimentos debidos por ley a ciertas personas. Los alimentos pueden ser voluntarios o forzosos. Son voluntarios los que, como su nombre lo indica, el testador no está obligado a hacer, pero que instituye en su testamento. Importan un legado y se pagan con cargo a la parte de libre disposición. Así lo dispone el artículo 1171 inciso 1°: "Las asignaciones alimenticias a favor de personas que por ley no tengan derecho a alimentos, se imputarán a la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio".

Sólo constituyen asignación forzosa los alimentos que el testador está obligado por ley a pagar, llamados también alimentos forzosos o legales.

Trata de esta asignación el párrafo 1° del Título V del Libro III, artículos 1168 a 1171. La primera de estas normas prescribe: "Los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas, gravan la masa hereditaria; menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión". Constituyen una baja general de la herencia -artículo 959 N° 4-, lo que significa que se pagan antes de liquidar lo que corresponde a cada asignatario. Sin embargo, el artículo 1171 establece que si las asignaciones alimenticias que se hacen a alimentarios forzosos fueren más cuantiosas de lo que en las circunstancias corresponda, el exceso se imputará a la parte que el testador pudo disponer a su arbitrio.

Algunos entienden que los alimentos se deben legalmente cuando a la fecha de fallecimiento del causante existe una sentencia judicial que lo condenó a pagarlos o cuando éste en vida los estaba pagando en forma voluntaria, quedando comprendidos incluso los alimentos demandados en vida del causante, aunque la sentencia condenatoria sea de fecha posterior a su

fallecimiento.²²⁷ Pablo Rodríguez estima que los alimentos forzosos a que se refiere la ley son aquellos que se debían en vida del causante, sea porque existía sentencia ejecutoriada que los ordenaba pagar, o transacción judicial aprobada o cuando por lo menos se habían demandado en vida del causante.²²⁸ Como se puede apreciar, no quedarían comprendidos, según este autor, aquellos alimentos que el causante pagaba voluntariamente.

La jurisprudencia es variada en esta materia. Así, hay fallos que han resuelto que para que se entienda que el difunto ha debido alimentos por ley, es preciso que a ellos haya estado obligado el difunto por sentencia judicial o por instrumento auténtico,²²⁹ y en otros casos se ha fallado que “los alimentos que el difunto ha debido, son los que debe pagar por disposición de la ley y no aquellos a que es condenado por sentencia judicial o que se han establecido por documento auténtico, puesto que los alimentos que el difunto ha debido pueden haber sido pagados voluntariamente por él en vida sin necesidad de fallo judicial o de instrumento alguno que fijara su cuantía, y pueden no haber sido pagados sin dejar por eso de deberse”.²³⁰

Fallecido el causante, la obligación alimenticia es una asignación forzosa que grava la masa hereditaria. En otros términos, la ley ordena que si el causante estaba obligado a pagarlos, la obligación se haga efectiva en la masa hereditaria.²³¹

439. Intransmisibilidad de la obligación alimenticia. El artículo 334 establece que “el derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse en modo alguno, ni renunciarse”. La sola lectura de esta disposición plantea

la duda si la misma regla debe aplicarse a la obligación de pagarlos, es decir, si esa obligación se transmite a los herederos del alimentante. Al respecto es necesario tener presente el artículo 332, que en su inciso primero señala que “los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda”, con lo que si el alimentario sobrevive al alimentante dicha disposición, a juicio de algunos, sólo tendría eficacia si se admite que la obligación que pesaba sobre este último se transmite a sus herederos. Para nuestro análisis también debe estarse a lo dispuesto en el artículo 1168, según el cual “Los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas, gravan la masa hereditaria menos cuando el testador ha impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión”.

Hay sobre este punto diversas doctrinas. Así, hay quienes estiman que la obligación alimenticia es intransmisble, no afecta a los herederos del alimentante, si bien puede hacerse efectiva en la masa hereditaria como deuda hereditaria del causante. En este sentido, Claro Solar,²³² Jacinto Chacón,²³³ Luis Felipe Borja.²³⁴

Según una segunda opinión, la obligación alimenticia se transmite a los herederos del alimentante, quienes pueden ser obligados a cubrirlos, aun cuando aquél no haya sido condenado o demandado judicialmente en vida para el pago de los alimentos.²³⁵

Por su parte, Carlos Aguirre Vargas estima que la expresión “alimentos debidos por ley” se refiere a las pensiones alimenticias futuras, o sea, a las que se van a devengar después de la muerte del alimentante.

²²⁷ Claro Solar, ob. cit., t. III, N° 1858, págs. 488 y siguientes.

²²⁸ Jacinto Chacón, *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*, t. I, pág. 262, Valparaíso, 1881.

²²⁹ Borja, Luis Felipe, *Estudios del Código Civil chileno*, t. V, Libro I, pág. 341, Edit. R. Roger y Chernoviz, París, 1908.

²³⁰ Alfredo Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil*, Tercer año, Primera parte, N° 201, pág. 321, Editorial Nascimento, Santiago, 1931.

Explica que si se refiriera a las pensiones devengadas durante la vida del causante, la norma estaría de más, pues sería una deuda hereditaria y estaría comprendida en el artículo 959 N° 2.²³⁶

Por nuestra parte, consideramos que desde el momento que los alimentos se hacen efectivos en la masa hereditaria, la obligación alimenticia no es transmisible, por lo que no podrían los alimentarios demandar a los herederos. Compartimos lo dicho por Claro Solar: “la obligación de prestar alimentos no se transmite, por consiguiente, a los herederos; es únicamente un gravamen de la masa hereditaria. Los herederos a título de tales y como representantes de la persona del difunto no están obligados a suministrar con su propio patrimonio los alimentos que pudo estar obligado a prestar el difunto”.²³⁷ En general, así también lo han entendido nuestros tribunales.²³⁸ Por las razones dadas no compartimos la opinión que sustenta Barros Errázuriz, en el sentido de que la obligación alimenticia se transmite a los herederos, los que deberán seguir pagando al alimentario la pensión correspondiente.²³⁹

En cuanto a la forma de proceder para hacer efectiva esta asignación, dice Pedro Lira que “para efectuar la deducción al acervo bruto o líquido es menester que el partidor conozca de una manera cierta y precisa el monto a que asciende la asignación alimenticia forzosa. Este monto, que corresponde al capital representativo de la pensión periódica alimenticia, se obtiene en la práctica solicitando el cálculo correspondiente a un actuario de Compañías de Seguros de Vida, y parte del supuesto necesario de que se conoce la cuantía de la pensión y la edad del alimentario. Con otras palabras –continúa este autor– el partidor deberá deducir una suma que represente

²³⁶ Aguirre Vargas, Carlos, *Obras Jurídicas*, pág. 82, Imprenta Gutenberg, Santiago, 1891.

²³⁷ Claro Solar, ob. cit., t. III, N° 1858, pág. 488.

²³⁸ Rev. Der. y Jur., t. 51, sec. 1°, pág. 405; t. 47, sec. 1°, pág. 211; t. 37, sec. 2°, pág. 17.

²³⁹ Alfredo Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil*, Tercer año, Primera parte, Editorial Nascimento, 1931, pág. 321.

ese capital representativo, y para evitar toda clase de dificultades posteriores entre el alimentario y los herederos, se acostumbra a pagar ese capital representativo a una Compañía de Seguros de Vida, la cual se hace cargo, mediante ciertas comisiones, de la obligación alimenticia”.²⁴⁰

440. Los alimentos debidos por ley constituyen una baja general de la herencia aun cuando el testador imponga su pago a un asignatario determinado. Del artículo 1168 pareciera desprenderse que los alimentos debidos por ley no serían baja general de la herencia cuando el testador ha impuesto esta obligación a uno o más partícipes de la sucesión. Así lo entiende Somarriva.²⁴¹ Una opinión distinta encontramos en Fernando Rozas: “Creemos, sin embargo, que cuando el causante se los impone a un determinado asignatario siguen siendo una baja general si el alimentario prefiere proceder contra la masa de bienes. De no ser así, sería muy fácil burlar las asignaciones alimenticias forzosas, imponiendo la obligación a un asignatario insolvente”.²⁴² Compartimos la opinión de Rozas Vial. Nos parece que tratándose de una asignación forzosa, lo dispuesto por el testador no es oponible a los alimentarios, por lo que no les está vedado proceder contra la masa.

Párrafo III: De las legítimas

441. De las legítimas. Concepto. El artículo 1181 define la legítima como “aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios”, y en el inciso 2° agrega que “Los legitimarios son por consiguiente herederos”.

La primera observación que nos merece este artículo es que el inciso 2° es innecesario, desde que al decir el inciso 1° que la legítima es “una cuota” de los bienes del difunto, está reconociendo que el legitima-

²⁴⁰ Pedro Lira Urquieta, *La partición de bienes*, Editorial Jurídica de Chile, 1948, pág. 134.

²⁴¹ Somarriva, ob. cit., N° 113, pág. 316.

²⁴² Fernando Rozas Vial, ob. cit., pág. 430.

rio es un asignatario a título universal (art. 951 inc. 2°), lo que significa, de acuerdo al artículo 1097, que es heredero.

Del artículo 1181 se desprende entonces que el legitimario es aquel heredero al que la ley le asigna el todo o parte de la legítima.

442. Clasificación de las legítimas. Las legítimas se clasifican en legítimas efectivas y legítimas rigurosas.

La legítima rigurosa es aquella parte de la mitad legitimaria que corresponde a cada legitimario. Así se desprende del artículo 1184: "La mitad de los bienes previas las deducciones indicadas en el artículo 1959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirán por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su *legítima rigurosa*".

La legítima efectiva corresponde a la legítima rigurosa incrementada con aquella porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras, o con absoluta libertad, y no ha dispuesto, o si lo ha hecho, ha quedado sin efecto la disposición. Así lo dice el artículo 1191.

443. Cuando concurren legitimarios con quienes no lo son, prevalecen las reglas de la sucesión intestada, por sobre las reglas de las legítimas efectivas. Así está establecido en el artículo 1191 inciso final: "Si concurren, como herederos, legitimarios con quienes no lo sean, sobre lo preceptuado en este artículo –acrecimiento para formar la legítima efectiva– prevalecerán las reglas contenidas en el Título II de este Libro" (reglas de la sucesión intestada). Este inciso fue incorporado por la Ley N° 10.271 (su texto actual se debe a la Ley N° 18.802), y tuvo por objeto resolver lo que ocurre cuando en un determinado orden concurren legitimarios con quienes no lo son y el causante no dispone de la cuarta de mejoras o de libre disposición. De aplicarse el acrecimiento establecido en el inciso 1° del artículo 1191, los legitimarios llevarían toda la herencia, quedando el heredero

no legitimario sin derecho alguno. Para evitar este problema, el artículo 1191, inciso final, dispone que en ese caso prevalecen las reglas de la sucesión intestada.

Con los actuales órdenes sucesorios, es difícil que este problema se presente, pues en el primer orden, son todos legitimarios; en el segundo orden, la misma cosa; en el tercero, cuarto y quinto orden ninguno de los que concurren son legitimarios. El problema se puede presentar en las sucesiones abiertas antes de entrar en vigencia la Ley N° 19.585 y también en las sucesiones abiertas bajo la vigencia de la Ley N° 19.585 cuando concurre un adoptado, Ley N° 7.613, con los hijos o el cónyuge sobreviviente, pues el adoptado no es legitimario (art. 24 inciso final de la Ley N° 7.613).

444. Cuando falta un legitimario, su legítima rigurosa acrece a las legítimas rigurosas de los demás legitimarios, pero ello no las transforma en legítimas efectivas. Si por incapacidad, indignidad o exheredación, o porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho de representarle, un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima rigurosa, ella acrece a las legítimas rigurosas de los otros legitimarios. Así lo dispone el artículo 1190. Este acrecimiento no transforma las legítimas rigurosas en efectivas.

Esta norma nos dice que se produce este acrecimiento, entre otros casos, cuando "el legitimario no lleva el todo o parte de su legítima". Vale la pena precisar que el legitimario no va a llevar una parte de la legítima, en el caso en que sea desheredado parcialmente, situación permitida por el artículo 1207. Otro caso, en que el legitimario sólo va a llevar parte de su legítima, se produce cuando el menor se casa sin obtener la autorización de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo. De acuerdo al artículo 114, podrá ser desheredado, no sólo por aquél o aquéllos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes. Si alguno de esos muere 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".

445. Características de las legítimas rigurosas. Podemos señalar las siguientes:

a) Son una asignación forzosa (art. 1182 N° 2).

b) No son susceptibles de modalidades. La legítima rigurosa –dice el artículo 1192– no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno. Esta regla tiene una excepción importante en el artículo 86 N° 7 de la Ley General de Bancos (D.F.L. N° 3 de 1997), pues admite que durante la incapacidad del legitimario, se pueda dejar la administración de la legítima rigurosa a un banco.

c) El testador puede indicar los bienes con que se paguen. Así lo establece el artículo 1197: "El que debe una legítima podrá en todo caso señalar las especies en que haya de hacerse su pago; pero no podrá delegar esta facultad a persona alguna, ni tasar los valores de dicha especie, y

d) Gozan de preferencia para su pago. Ello se desprende del artículo 1189: "Si la suma de lo que se ha dado en razón de legítimas no alcanzare a la mitad del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes con preferencia a toda otra inversión".

446. Personas que tienen la condición de legitimarios. Antes de entrar en vigencia la Ley N° 19.585, eran legitimarios: 1. Los hijos legítimos, personalmente o representados por su descendencia legítima; 2. Los ascendientes legítimos; 3. Los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima; 4. Los padres naturales que hubieren reconocido al hijo con arreglo a los números 1 ó 5 del artículo 271 (reconocimiento voluntario).

La Ley N° 19.585 introdujo las modificaciones necesarias para ajustar el artículo 1182 a la nueva realidad creada por ella de que todos los hijos, matrimoniales y no matrimoniales, tuvieran los mismos derechos (con lo que desapareció la filiación natural). Además, agregó como legitimario al cónyuge sobreviviente. Así, viene a resultar que actualmente "son legitimarios: 1. Los hijos, personalmente o representados por su descendencia; 2. Los ascendientes, y 3. El cónyuge sobreviviente" (art. 1182 inc. 1°).

El inciso 2° del artículo 1182 agrega que "No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial".

447. Forma como concurren los legitimarios. Los legitimarios son asignatarios forzosos, pero ello no significa que todos concurren en la herencia. Así, por ejemplo, si el causante tiene hijos y padres (ambos son legitimarios), no lo heredan todos ellos, pues según el artículo 1183 "los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada". Si aplicamos esta regla al ejemplo, viene a resultar que los hijos excluyen a los padres, pues los primeros están en el primer orden de sucesión intestada y los padres en el segundo (artículos 988 y 989).

448. El derecho de representación opera en las legítimas. Así lo dice el artículo 1183: "los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden de la sucesión intestada". Como de acuerdo al artículo 986 hay lugar a la representación en la descendencia del difunto, quiere decir que los hijos pueden concurrir personalmente o representados por su descendencia, tal como, por otra parte, lo dice el artículo 1182 N° 1. Los otros legitimarios sólo pueden concurrir personalmente.

449. Forma de repartir la herencia. Cálculo de la mitad legitimaria. El artículo 1184 prescribe que "la mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirán por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división será su legítima rigurosa" (inc. 1°). "No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad

restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio” (inc. 2°). “Habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio” (inc. 3°).

450. Base de cálculo. De acuerdo a lo que dice el inciso 1° del artículo 1184, para establecer la base de cálculo de las legítimas, se debe distinguir según se haya o no formado el primer acervo imaginario. Para el caso de que no se haya formado, se parte del acervo líquido, esto es, de la masa hereditaria después de hechas las rebajas del artículo 959, y si hay acervo imaginario, se debe partir de éste (a eso se refiere el artículo 1184 inciso 1°, cuando habla de las “agregaciones que en seguida se expresan”).

Lo que se viene señalando nos lleva a estudiar el primer acervo imaginario, materia que abordaremos en los párrafos siguientes.

451. Primer acervo imaginario o colación. Es una operación establecida por la ley para proteger las legítimas, que consiste en acumular en valor (no materialmente) a la masa hereditaria las donaciones que el causante haya hecho en vida a algunos legitimarios en desmedro de los demás, imputando dichas donaciones a la legítima de los donatarios.

Con la formación de este acervo se procura reconstituir idealmente el patrimonio del causante como si no hubiera efectuado las liberalidades referidas.

Trata de este primer acervo el artículo 1185: “Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e 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 (inc. 1°). Las cuartas antedichas se refieren a este acervo imaginario” (inc. 2°).

Somarriva afirma que “existe cierta impropiedad al decir el artículo 1185 que estas donaciones se acumulan ‘**imaginariamente**’ al acervo líquido. La acumulación –agrega– no es imaginaria, sino real; es como si el causante tuviera un crédito en contra de los legitimarios, a quienes hizo la donación”.²⁴³

452. ¿Qué significa que la donación se haga a título de legítima o mejora? Si bien la ley no dice cuándo una donación se entiende hecha a título de legítima o mejora, de diversas disposiciones se desprende que es aquella que se hace a quien, al tiempo de abrirse la sucesión, tenía la calidad de legitimario del donante. Así aparece de varias disposiciones. En primer lugar, del artículo 1198, según el cual “todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora” (inc. 1°). En seguida, del artículo 1203: “Los desembolsos hechos para el pago de una deuda de un legitimario, que sea descendiente, se imputan a su legítima...”.

453. Requisitos para que proceda el primer acervo imaginario. Dos requisitos deben concurrir para que se forme este primer acervo imaginario: a) que al tiempo de abrirse la sucesión existan legitimarios, y b) que el causante hubiere efectuado donaciones a uno o más de ellos, a título de legítima o mejora.

454. Existencia de legitimarios al abrirse la sucesión. Desde el momento que esta institución persigue proteger a los legitimarios, no cabe formarlas si éstos faltan.

²⁴³ Somarriva, ob. cit., N° 525, pág. 382.

455. Causante debe haber efectuado donaciones a uno o más legitimarios. Se deben acumular:

- a) las donaciones irrevocables;
- b) las donaciones revocables hechas a un legitimario siempre que éstas hayan sido entregadas en vida del causante;
- c) los desembolsos hechos por el causante para el pago de una deuda de un legitimario descendiente suyo, y
- d) los legados que el causante hubiere entregado en vida.

456. Donaciones irrevocables. Se acumulan, en primer lugar, las donaciones irrevocables que el causante hubiere hecho en vida a un legitimario. Así lo ordena el artículo 1185.

Esta acumulación, según el artículo 1199, “no aprovecha a los acreedores hereditarios ni a los asignatarios que lo sean a otro título que el de legítima o mejora”. Por consiguiente, no es tan cierto lo que dice el artículo 1185, de que la acumulación se hace al acervo líquido, pues si así fuera, se beneficiarían también los asignatarios de cuarta de libre disposición.

457. Sólo se acumulan las donaciones hechas en razón de legítimas o mejoras. El causante pudo haber hecho a un legitimario una donación con cargo a la cuarta de libre disposición. Tal donación no se acumula. Así resulta de la propia letra del artículo 1185 y del hecho de que esa donación no tiene ninguna relación con la calidad de legitimario de quien la recibe. Así ha sido resuelto.²⁴⁴

458. Donaciones revocables que el causante entregó en vida a un legitimario. Sólo se acumulan las donaciones revocables que el causante hubiere entregado en vida, pues si no ha habido entrega, nada hay que acumular, pues esos bienes no han salido del patrimonio del causante, encontrándose por ende en la masa hereditaria. Las donaciones no entregadas no se acumulan,

²⁴⁴ Rev. Der. y Jur., t. 56, sec. 2°, pág. 1.

pero se consideran, pues deben imputarse a las legítimas de los donatarios.

459. Hay donaciones que no se acumulan. Así ocurre con las siguientes: a) con “los regalos moderados, autorizados por la costumbre en ciertos días y casos, ni los dones manuales de poco valor” (art. 1188 inc. 2°); b) con los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre (art. 1198 inc. final); c) con los gastos de educación de un descendiente, aunque se hubieren hecho en calidad de imputables (art. 1198 inc. 2°).

460. Acumulación de los gastos hechos por el causante para el pago de una deuda de un descendiente. El artículo 1203 establece que “los desembolsos hechos para el pago de las deudas de un legitimario, que sea descendiente, se imputarán a su legítima, pero sólo en cuanto hayan sido útiles para el pago de dichas deudas” (inc. 1°). Se entenderá que han sido útiles cuando con ellos se extinguió una deuda.

El inciso 2° de este artículo establece que “si el difunto hubiere declarado expresamente por acto entre vivos o testamento ser su ánimo que no se imputen dichos gastos a la legítima, en este caso se considerarán como una mejora”. El inciso final agrega que “si el difunto en el caso del inciso anterior hubiere asignado al mismo legitimario a título de mejora alguna cuota de la herencia o alguna cantidad de dinero, se imputarán a dicha cuota o cantidad; sin perjuicio de valer en lo que excedieren a ella, como mejora, o como el difunto expresamente haya ordenado”.

461. La acumulación se hace según el valor de la cosa donada al tiempo de la entrega debidamente actualizada. Así lo dispone el artículo 1185 en el texto dado por la Ley N° 19.585.

462. Segundo acervo imaginario. El segundo acervo imaginario lo contemplan los artículos 1186 y 1187. El primero dice: “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".

Luego, este segundo acervo imaginario sólo procede cuando se han hecho donaciones irrevocables a personas que no son legitimarios.

463. Requisitos del segundo acervo imaginario. Son requisitos de este segundo acervo los siguientes:

- a) que el causante haya hecho una donación irrevocable a quien no es legitimario;
- b) que al momento de hacer la donación el causante tuviere legitimarios;
- c) que al momento de la apertura de la sucesión existan legitimarios, y
- d) que las donaciones sean excesivas.

464. Donación irrevocable a quien no es legitimario. Así lo dice el artículo 1186, que habla de donaciones entre vivos, que, como sabemos, es lo mismo que hablar de donaciones irrevocables. Y tienen que ser hechas a quienes no son legitimarios, pues en caso contrario, se está en el primer acervo imaginario.

465. Al hacer la donación el causante debe tener legitimarios. Ello se desprende de la frase "a la sazón", empleada por el artículo 1186.

466. Al momento de la apertura de la sucesión deben existir legitimarios. Ello es así, pues la formación de este acervo tiene por objeto proteger a quienes tengan tal calidad al tiempo de abrirse la sucesión. Estos legitimarios no tienen por qué ser los mismos que existían cuando se hizo la donación, pues tal requisito no lo contempla la ley. José Clemente Fabres sostiene lo contrario, pero su opinión no ha tenido mayor acogida en la doctrina.

467. Donaciones deben ser excesivas. Las donaciones serán excesivas cuando todas

ellas juntas excedan a la cuarta parte de la suma formada por este valor (el de todas las donaciones) y el del acervo líquido o del primer acervo imaginario si se hubiere formado. Luego, se suman al primer acervo imaginario el valor de las donaciones y se saca la cuarta parte. Lo que excede esa cuarta parte es una donación excesiva que debe acumularse imaginariamente.

468. Acción de inoficiosa donación. El artículo 1187 otorga a los legitimarios la acción de inoficiosa donación para dejar sin efecto las donaciones hechas a extraños, cuando fueren de tal magnitud que excedan la parte de que el testador ha podido disponer a su arbitrio, menoscabando las legítimas rigurosas o la cuarta de mejoras. Dice esta disposición que, en tal caso, "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". Así lo establece el artículo 1187. Esta norma agrega que "La insolvencia de un donatario no gravará a los otros".

Es importante tener presente que esta acción tiene por objeto restituir lo excesivamente donado. "Es decir, la donación subsiste en la parte que no es excesiva. Por consiguiente, creemos —dice Fernando Rozas Vial— que lo que debe restituir el donatario es el dinero necesario para evitar el menoscabo de las legítimas y de la cuarta de mejoras".²⁴⁵

469. Características de la acción de inoficiosa donación. La acción de inoficiosa donación presenta las siguientes características: a) es personal, y b) es patrimonial, de donde se sigue que es renunciable, transferible, transmisible y prescriptible.

Respecto al plazo de prescripción, Somarriva afirma que con buenas razones se puede sostener que es de 5 años (por aplicación del artículo 2515, que es la regla general en materia de prescripción) o de cuatro años, dado que el artículo 1425 establece

²⁴⁵ Fernando Rozas Vial y otros, ob. cit., pág. 474.

que "Son rescindibles las donaciones en el caso del artículo 1187".²⁴⁶ Nos pronunciamos por los 5 años, pues estimamos que el empleo de la forma verbal "rescindibles" es incorrecto, ya que no se trata de una acción de nulidad relativa, pues no hay un vicio originario. Éste no es el único caso en que el Código emplea indebidamente la palabra "rescisión" o "rescindibles" (véase a modo de ejemplo el art. 2468). En el mismo sentido Fernando Rozas Vial, quien expresa que en su concepto la acción de inoficiosa donación es personal, y tiene por objeto obtener dinero, prescribe según las reglas generales en materia de prescripción extintiva. Esto es, cinco años contados desde que la obligación se hace exigible. Creemos —continúa— que la obligación se hace exigible al abrirse la sucesión, es decir, al fallecer el causante".²⁴⁷

470. ¿Son dos los acervos imaginarios?

Las denominaciones "primer acervo imaginario" y "segundo acervo imaginario" se deben a don Miguel Luis Amunátegui. La pregunta que cabe formular es si efectivamente existen estos dos acervos. La doctrina nacional, en general, acepta esa nomenclatura. Una opinión distinta encontramos en Meza Barros: "La verdad —afirma este autor— es, entre tanto, que la ley no hace esa distinción. Ha prescrito diversas acumulaciones, sea para igualar a los legitimarios, sea para protegerlos de la inconsiderada liberalidad del testador a favor de extraños".²⁴⁸ Compartimos esta opinión.

471. La calidad de legitimario se adquiere cuando concurren los supuestos que la constituyen. Con ello queremos decir que los legitimarios tienen tal condición desde antes de que fallezca el causante. Así lo prueban varias disposiciones que hacen referencia a los legitimarios antes del fallecimiento del causante, v. gr. artículo 1200, 1204, 1226. Así lo ha dicho la jurisprudencia: "La ley

²⁴⁶ Somarriva, ob. cit., N° 549, pág. 398.

²⁴⁷ Fernando Rozas Vial y otros, ob. cit., pág. 475.

²⁴⁸ Meza Barros, ob. cit., N° 150, pág. 107.

reconoce a una persona la calidad de legitimario de otra desde el momento que nacen los vínculos de parentesco previstos en el artículo 1182 del Código Civil, por lo que no cabe confundir el momento en que se tiene la calidad de heredero, lo que ocurre cuando se abre la sucesión, con la oportunidad en que se adquiere la calidad de legitimario, ya que si bien tienen la calidad de herederos, su situación jurídica, incluida las protecciones que la ley consagra, excede el estatuto legal de un heredero". La sentencia agregó que "El régimen jurídico de los legitimarios varía según si la persona que debe la legítima esté viva o fallecida, pues sólo en este último caso se reviste plenamente de todos los atributos que la ley consagra, aunque es cierto que antes de la muerte de esta última existe un vínculo legal intersubjetivo que genera intereses jurídicos".²⁴⁹

472. Forma de enterar las legítimas. El artículo 1198 dispone: "Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en un acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido hecha a título de mejora" (inc. 1°). "Sin embargo, los gastos hechos para la educación de un descendiente no se tomarán en cuenta para la computación de las legítimas, ni de la cuarta de mejoras, ni de la cuarta de libre disposición, aunque se hayan hecho con la calidad de imputables" (inc. 2°). "Tampoco se tomará en cuenta para dichas imputaciones los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre" (inc. 3°).

Luego, el causante puede integrar la legítima de diversos modos, por ejemplo, instituyéndolo heredero en su legítima, asignándole legados en su favor con cargo a su legítima; haciéndole donaciones revocables o entre vivos, con cargo a su

²⁴⁹ Corte de Santiago, 5 de agosto de 2004. Rev. Der. y Jur., t. 101, sec. 2°, pág. 66.

legítima (art. 1198). Incluso puede indicar en su testamento los bienes que habrán de componer su legítima (art. 1197).

Como, según lo que se acaba de expresar, la legítima puede ser enterada mediante legados "es lícito admitir que no siempre será una asignación a título universal, y, por lo mismo, el legitimario no es *necesariamente*, heredero".²⁵⁰ Si la sucesión es intestada, la situación es diferente, pues en ese caso el legitimario siempre será heredero, y la legítima se integrará con lo que le corresponda como legitimario según el orden sucesoral en que concurra.

473. Las cosas donadas se deben imputar según el estado en que se encontraban al tiempo de la entrega, debidamente reajustadas al tiempo de abrirse la sucesión. Así lo ordena el artículo 1185.

474. Desembolsos hechos por el causante para pagar deudas del legitimario que sea descendiente, se imputan a la legítima. De acuerdo al artículo 1203: "Los desembolsos hechos para el pago de las deudas de un legitimario, que sea descendiente, se imputarán a su legítima; pero sólo en cuanto hayan sido útiles para el pago de dichas deudas" (inc. 1º). Que le hayan sido útiles significa que hayan servido para extinguir la deuda.

475. No se imputan a las legítimas:

a) Los frutos de las cosas donadas *entregadas al legitimario no se imputan para el cálculo de las legítimas*. Así lo establece el artículo 1205: "Los frutos de las cosas donadas, revocable o irrevocablemente, a título de legítima o de mejora, durante la vida del donante, pertenecerán al donatario desde la entrega de ellas, y no figurarán en el acervo; y si las cosas donadas *no han sido entregadas* al donatario, no le pertenecerán los frutos sino desde la muerte del donante, a menos que éste le haya donado irrevocablemente y de un modo auténtico no sólo la propiedad, sino el usufructo de las cosas donadas".

²⁵⁰ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., N° 924, pág. 965.

b) Las donaciones, legados o desembolsos hechos para pagar deudas del legitimario cuando el testador ha expresado que lo hizo a título de mejoras (art. 1198 inc. 1º). Esto, a juicio de Somarriva, significa que el legislador no presume las mejoras. "Como no las presume, toda donación o legado de que haga objeto el causante al legitimario debe imputarse a su legítima."²⁵¹

c) Los gastos de educación de un descendiente, aunque se hayan hecho con la calidad de imputables. Así lo dispone el artículo 1198 inc. 2º.

d) Las donaciones hechas a un descendiente con ocasión de su matrimonio ni otros regalos de costumbre (art. 1198 inc. final).

476. Situaciones que se pueden presentar con el pago de las legítimas. Pueden darse diversas situaciones: a) que las imputaciones calcen con las legítimas; b) que lo que se ha dado en razón de legítimas sea inferior a la mitad legitimaria; c) que lo que se ha dado a título de legítima exceda a la mitad legitimaria; d) que lo asignado al cónyuge sobreviviente fuere inferior a lo que le corresponde como asignatario del primer orden sucesorio.

En los párrafos siguientes analizaremos cada una de estas situaciones.

477. Las imputaciones hechas al legitimario calzan con lo que le corresponde a título de legítima. Este caso no presenta problemas de ningún tipo.

478. Que lo dado a título de legítima sea inferior a la mitad legitimaria. Según el artículo 1189, "si la suma de lo que se ha dado en razón de legítimas no alcanzare a la mitad del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes con preferencia a toda otra inversión". Luego las legítimas pasan a ser una asignación forzosa que se paga preferentemente.

479. Que lo dado a título de legítima exceda a la mitad legitimaria. La norma a

²⁵¹ Somarriva, ob. cit., N° 556, pág. 401.

aplicar es el inciso 1º del artículo 1193: "Si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios".

480. Que lo asignado al cónyuge sobreviviente fuere inferior a lo que le corresponde como asignatario del primer orden sucesorio. El artículo 1193, en su inciso 2º, resuelve el problema: "Si lo que se ha asignado al cónyuge sobreviviente no fuere suficiente para completar la porción mínima que le corresponde en atención a lo dispuesto en el artículo 988, la diferencia deberá pagarse también con cargo a la cuarta de mejoras".

481. Protección de las legítimas. El Código establece una serie de medidas destinadas, unas en forma directa otras en forma indirecta, a proteger el derecho de los legitimarios. Entre esas medidas tenemos: a) La insinuación de las donaciones. La justicia debe autorizar las donaciones superiores a dos centavos para evitar que por esta vía se perjudique a los asignatarios forzosos (art. 1401); b) la interdicción por demencia o disipación; c) la que limita el monto de las donaciones por causa de matrimonio que un esposo puede hacer al otro "a una cuarta parte de los bienes de su propiedad que aportare" (art. 1788); d) los acervos imaginarios (arts. 1185 a 1187); e) la prohibición de someter las legítimas rigurosas a modalidades (art. 1192); f) la acción de reforma de testamento (art. 1216).

Párrafo IV: De la cuarta de mejoras

482. De la cuarta de mejoras. De acuerdo al artículo 1184, la herencia se divide del siguiente modo: a) Una mitad es la mitad legitimaria; b) la mitad de la mitad restante (un cuarto de la herencia) corresponde a la cuarta de mejoras; y c) el otro cuarto es la parte de que el testador puede disponer a su arbitrio (cuarta de libre disposición). Para el caso de que no haya asignatarios de

cuarta de mejoras, la herencia se divide en dos mitades, una que es la mitad legitimaria, y la otra es la parte de que el testador puede disponer libremente.

483. Asignatarios de cuarta de mejoras. En conformidad al artículo 1184 inciso final, son asignatarios de cuarta de mejoras: a) el cónyuge sobreviviente; b) uno o más descendientes del causante, y c) uno o más ascendientes.

El causante puede disponer de la cuarta de mejoras en favor de cualquiera de esas personas. Nótese la diversa redacción de esta norma con el artículo 1182 N° 1 relativo a las legítimas, pues de acuerdo a esta última son legitimarios *los hijos, personalmente o representados* por su descendencia. Luego si a la fecha de fallecer el causante el hijo está vivo, el nieto no tendrá derecho a la legítima. En cambio, son asignatarios de cuarta de mejoras *los descendientes*, de tal suerte que se puede disponer de la cuarta de mejoras en favor de un nieto, aun cuando el padre de ese nieto estuviere vivo.

484. Características de las mejoras. Se señalan como características de la mejoras las siguientes: a) constituyen una asignación forzosa; b) no se presumen; c) admiten ciertas modalidades y, en forma excepcional, algunos gravámenes.

485. La cuarta de mejoras constituye una asignación forzosa. Así lo dice el artículo 1167 N° 3.

Del hecho de constituir una asignación forzosa derivan algunas consecuencias importantes: 1. Se ven favorecidas con la formación de los acervos imaginarios; 2. El testador sólo puede disponer de la cuarta de mejoras en favor de las personas señaladas en el artículo 1184 inciso final, es decir, en favor del cónyuge o de uno o más de sus descendientes o ascendientes; 3. Queda protegida por la acción de reforma de testamento.

486. Las mejoras no se presumen. Requieren de una disposición expresa (por lo que sólo se presentan en la sucesión testada).

Así se desprende del artículo 1198 inciso 1°: "Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en un acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora".

487. Las mejoras admiten modalidades y, en forma excepcional, algunos gravámenes. La ley no ha excluido las modalidades en la cuarta de mejoras, por lo que cabe concluir que se admiten, en cuanto con ellas no se perjudique a los ascendientes, descendientes o cónyuge. Se pueden dejar en administración a un banco aunque el asignatario sea capaz (nótese la diferencia con las legítimas rigurosas que sólo se pueden dejar en administración a un banco en el caso de que el asignatario sea incapaz).

En cuanto a los gravámenes, la ley sólo los admite en forma excepcional, cuando sean a favor del cónyuge, o de uno o más de los descendientes o ascendientes del testador. Si se establecen en beneficio de otra persona, son nulos absolutamente.

488. Pacto de no mejorar. El artículo 1463 prescribe que "el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona". Hay, sin embargo, un pacto sobre sucesión futura que la ley admite. Se trata del pacto de no mejorar regulado en el artículo 1204: "Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos a su cónyuge o a algunos de sus descendientes, que a la sazón era legitimario, no donar ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviniera a su promesa, el favorecido con ésta tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechará" (inc. 1°). El inciso segundo enfatiza que "cualesquiera otras estipulaciones sobre sucesión futura, entre un legitimario y el

que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor".

Este pacto presenta las siguientes **características**: a) lo celebra una persona con su cónyuge o con uno o más de sus ascendientes o descendientes que a la fecha del pacto sean sus legitimarios; b) es solemne, pues debe constar en escritura pública; c) le impone al causante una obligación de no hacer: no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras; d) si se incumple el pacto, el favorecido con él tiene derecho a que los asignatarios de la cuarta de mejoras le enteren lo que le habría valido su cumplimiento, a prorrata de lo que su infracción les hubiere aprovechado.

489. Revocación de donaciones hechas a título de mejora. El artículo 1201 establece que "se resolverá la donación revocable o irrevocable que se hiciera a título de mejora a una persona que se creía descendiente o ascendiente del donante y no lo era (inc. 1°). El inciso 2° agrega que "Lo mismo sucederá si el donatario, descendiente o ascendiente del donante, ha llegado a faltar por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación". El inciso 3° expresa: "También se resolverá la donación revocable que se hiciera a título de mejora a una persona que se creía cónyuge y no lo era, o si ha llegado a faltar, por incapacidad, indignidad o repudiación".

A primera vista pudiera estimarse que desde el momento que el cónyuge es—al igual que los ascendientes y descendientes— asignatario de cuarta de mejoras, debiera haber figurado en el inciso 1°, siendo innecesario el inciso 3°. Sin embargo, se justifica tratar su situación en inciso distinto, por cuanto las donaciones entre cónyuges son siempre revocables (art. 1138 inc. 2°).

Párrafo V: Del desheredamiento

490. Del desheredamiento. Concepto. El artículo 1207 define el desheredamiento como "una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima" (inc. 1°).

"No valdrá el desheredamiento que no se conforme a las reglas que en este título se expresan" (inc. 2°).

491. Requisitos del desheredamiento. Los requisitos del desheredamiento son los siguientes:

- Es una disposición testamentaria;
- Sólo procede por causas legales;
- En el testamento se debe señalar la causal, y
- Deben probarse los hechos constitutivos de la causal.

492. Requiere de la existencia de un testamento. Ello se desprende de la propia definición: "el desheredamiento es una disposición testamentaria" (art. 1207).

493. Causas legales de desheredamiento. Las causas de desheredamiento están contempladas en el artículo 1208 y son taxativas, importando todas ellas un comportamiento impropio del legitimario. Son las siguientes:

1°. Por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes;

2°. Por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo;

3°. Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar;

4°. Por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a tenerlo;

5°. Por haber cometido un delito que merezca pena aflictiva; o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames; a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado.

Como se puede ver, algunas de estas causales guardan estrecha relación con causales de ingratitud, contenidas en el artículo 968. Así, por ejemplo, la causal N° 1 del artículo 1208, con la causal 2 del artículo 968; la causal 3 con la causal del artículo 968 N° 4. Además la causal del N° 4 guarda perfecta armonía con el artículo 114.

De acuerdo al artículo 1208, los descendientes pueden ser desheredados por cualquiera de estas 5 causales. En cambio, los ascendientes y el cónyuge podrán serlo sólo por cualquiera de las tres primeras.

494. En el testamento se debe señalar la causal. Esta exigencia la establece el artículo 1209: "No valdrá ninguna de las causas de desheredamiento mencionadas en el artículo anterior, si no se expresa en el testamento específicamente..."

495. Se deben probar judicialmente los hechos constitutivos de la causal. Excepción a esta regla. Esta prueba puede hacerse en vida del testador o con posterioridad a su fallecimiento. En este último caso, la prueba deberán rendirla las personas a quienes interesare el desheredamiento (art. 1209 inc. 1°).

Por excepción no es necesario probar la causal "cuando el desheredado no reclamare su legítima dentro de los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión, o dentro de los cuatro años contados desde el día en que haya cesado su incapacidad de administrar, si al tiempo de abrirse la sucesión era incapaz" (1209 inc. 2°). La acción que tiene el desheredado para reclamar del desheredamiento es la acción de reforma de testamento (art. 1216).

496. Efectos del desheredamiento. Los señala el artículo 1210: "Los efectos del desheredamiento, si el desheredador no los limitare expresamente, se extienden no sólo a las legítimas, sino a todas las asignaciones por causa de muerte y a todas las donaciones que le haya hecho el desheredador" (inc. 1°). Pero no se extienden a los alimentos, excepción en los casos de injuria atroz" (inc. 2°). Recordemos al respecto que "sólo constituyen injuria atroz las conductas descritas en el artículo 968 (art. 324 inc. 2°).

497. Revocación del desheredamiento. El desheredamiento sólo puede revocarse en forma expresa, mediante una disposición testamentaria, y puede ser total o parcial. El artículo 1211 así lo dispone: "El

desheredamiento podrá revocarse, como las otras disposiciones testamentarias, y la revocación podrá ser total o parcial; pero no se entenderá revocado tácitamente, por haber intervenido reconciliación ni el desheredado será admitido a probar que hubo intención de revocarlo”.

Párrafo VI: De la acción de reforma

498. De la acción de reforma de testamento. Está tratada en el párrafo segundo del Título VI del Libro III, artículos 1216 y siguientes. Puede definirse como aquella acción que la ley confiere a los legitimarios para obtener que sean respetadas las legítimas, cuando el testador no les ha dejado lo que por ley les corresponde. Esta definición resulta del inciso 1° del artículo 1216: “Los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento...”.

499. La acción de reforma no es una acción de nulidad. Sus efectos son diferentes. La nulidad produce la ineficacia de todo el testamento. En cambio, la acción que ahora nos ocupa mantiene las disposiciones testamentarias en la medida que no afecten las legítimas. Como explica Claro Solar, el objeto de la acción de reforma es “que se dé o se entere al asignatario perjudicado con el testamento lo que a su asignación forzosa corresponde”.²⁵²

500. ¿Qué puede reclamar el legitimario? El artículo 1217 expresa: “En general, lo que por ley corresponde a los legitimarios y lo que tienen derecho a reclamar por la acción de reforma es su legítima rigorosa, o la efectiva en su caso” (inc. 1°). “El legitimario que ha sido injustamente desheredado, tendrá, además derecho para que subsistan las donaciones entre vivos comprendidas en la desheredación” (inc. 2°).

Explica Fernando Rozas que “el legitima-

rio podrá reclamar la legítima efectiva si el causante dispuso mal de la cuarta de mejoras, es decir, si se la dejó a personas que no sean titulares de dicha cuarta”. Agrega que “las personas que pudiendo ser titulares de cuarta de mejoras, pero que no sean legitimarios, por ejemplo, un nieto si está vivo el padre,, nada puede reclamar si el testador dispone mal de la cuarta de mejoras, ya que no tiene interés patrimonial en ello. Si pudieran hacerlo y quedara sin efecto la asignación de cuarta de mejoras, ésta acrecería a la mitad legitimaria de acuerdo al artículo 1191 y el demandante nada recibiría”.²⁵³ Por lo demás, el artículo 1220 no deja lugar a ninguna duda: “Si el que tiene descendientes, ascendientes o cónyuge –nótese todos ellos son asignatarios de cuarta de mejoras– dispusiere de cualquier parte de la cuarta de mejoras a favor de otras personas, tendrán también derecho *los legitimarios* para que en eso se reforme el testamento, y se les adjudique dicha parte”.

501. Características de la acción de reforma. Se señalan como sus características: a) es una acción personal; b) patrimonial; c) prescriptible.

502. La acción de reforma es personal. Ello porque debe intentarse en contra de los asignatarios instituidos por el testador en perjuicio de sus derechos. Difiere en este aspecto de la acción de petición de herencia, que es real. Se ha fallado que se pueden deducir ambas acciones conjuntamente, es decir, pedir la reforma del testamento y como consecuencia para el caso de acogerse, la de petición de herencia.²⁵⁴

503. La acción de reforma es patrimonial. Es patrimonial, pues persigue un objetivo netamente económico. De esta característica derivan como consecuencias, que es renunciable, transferible, transmisible.

Es renunciable porque mira sólo al interés particular del legitimario, sin que se

²⁵³ Fernando Rozas Vial y otros, ob. cit., pág. 540.

²⁵⁴ Rev. Der. y Jur., t. XXIII, sec. 1°, pág. 73.

encuentre prohibida su renuncia (art. 12); transferible porque si el legitimario cedió sus derechos, la acción puede intentarla el cesionario; transmisible porque si el legitimario no la intentó en vida, podrán hacerlo sus herederos, situación expresamente admitida en el artículo 1216.

504. La acción de reforma es prescriptible. De acuerdo al artículo 1216, prescribe en cuatro años desde el día que el afectado tuvo conocimiento del testamento y de su calidad de legitimario. Meza Barros precisa que en el caso del cónyuge, el plazo de prescripción se contará siempre desde que conoció el testamento, “ya que no es posible que ignore su condición de marido o mujer del difunto”.²⁵⁵

La forma como está establecido el plazo de prescripción plantea el problema de determinar quién debe probar que el afectado tuvo conocimiento de la existencia del testamento y de su calidad de legitimario. Dos respuestas son posibles: una primera, según la cual el peso de la prueba corresponde al actor, pues es él quien debe acreditar los presupuestos de su acción, y el plazo es uno de esos presupuestos; y una segunda, que la prueba corresponda al demandado, atendido lo dispuesto en el artículo 1698, pues sería él quien estaría alegando la extinción de la obligación. Somarriva se inclina por esta última interpretación.²⁵⁶

Otra particularidad que presenta esta prescripción es que hace excepción a la regla del artículo 2524 del Código Civil, ya que no obstante ser una prescripción de corto tiempo, se suspende a favor de los incapaces. En efecto, el artículo 1216 inciso 2° dispone: “Si el legitimario, a la apertura de la sucesión, no tenía la administración de sus bienes, no prescribirá en él la acción de reforma antes de la expiración de cuatro años contados desde el día en que tomare esa administración”.

²⁵⁵ Meza Barros, ob. cit., N° 526, pág. 128.

²⁵⁶ Somarriva, ob. cit., N° 599, pág. 437.

Párrafo VII: De la preterición

505. De la preterición. Trata de la preterición el artículo 1218: “El haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima” (inc. 1°). “Conservará además las donaciones revocables que el testador no hubiere revocado” (inc. 2°).

Se entiende que se “*ha pasado en silencio a un legitimario*” en los siguientes casos: a) cuando no se le nombra en el testamento; b) cuando el testador dispone de sus bienes sin mencionarlo; c) cuando expresamente se excluye del testamento a un legitimario que no ha sido desheredado legalmente.

506. Porción que corresponde al preterido. Al preterido corresponde su legítima, que podrá ser la rigorosa o la efectiva. Será la rigorosa si el testador dispuso en favor de otros asignatarios de la cuarta de mejoras (ascendiente, descendiente o cónyuge); y será la efectiva en caso contrario.

507. Acción que corresponde al preterido. Somarriva estima que como el preterido se entiende instituido en su legítima, la acción que le compete para hacer valer sus derechos no es la de reforma de testamento, sino la acción de petición de herencia.²⁵⁷

Rozas sostiene, en cambio, que “si el causante dispone mal de la cuarta de mejora, el preterido puede reclamar la legítima efectiva, y para hacerlo deberá intentar la acción de reforma del testamento, conforme lo prescribe el art. 1220”.²⁵⁸

Claro Solar explica que “considerándose la preterición del legitimario como una institución de heredero en su legítima, en los términos imperativos que la ley la establece, no necesita valerse de la acción de reforma del testamento, o más bien no le compete como única acción la de reforma para entrar en posesión material de los bienes que forman la legítima en que *deberá entenderse* instituido heredero”.²⁵⁹

²⁵⁷ Somarriva, ob. cit., N° 605, pág. 443.

²⁵⁸ Rozas y otros, ob. cit., pág. 542.

²⁵⁹ Claro Solar, t. XV, N° 1645, pág. 548.



508. Tratamiento y forma como está estructurada esta materia. El Código trata de la apertura de la sucesión en el Título VII del Libro III, artículos 1222 y siguientes. Este título consta de 4 párrafos, que tratan: Párrafo primero: "Reglas generales"; Párrafo segundo: "Reglas particulares relativas a las herencias"; Párrafo tercero: "Del beneficio de inventario", y Párrafo cuarto: "De la acción de petición de herencia y de otras acciones del heredero".

Párrafo I: Guarda y aposición de sellos

500. Guarda y aposición de sellos. Los tres primeros artículos del párrafo primero se refieren a la guarda y aposición de sellos, que es una medida conservativa destinada a evitar la desaparición de los bienes muebles e instrumentos de la sucesión. El artículo 1222 dispone: "Desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella, o se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios" (inc. 1^o).

Recordemos que en conformidad al artículo 858 del Código de Procedimiento Civil, es inventario solemne el que se hace, previo decreto judicial, por el funcionario competente y con las solemnidades legales. Las solemnidades están indicadas en los artículos 859 y siguientes del mismo Código.

510. Tramitación de esta medida. De acuerdo al artículo 1222 inciso 3^o, "La guarda y aposición de sellos deberá hacerse por el ministerio del juez con las formalidades

legales". Sobre el particular el artículo 872 del Código de Procedimiento Civil establece que la guarda y aposición de sellos la puede pedir el albacea o cualquier interesado y el tribunal la decretará, procediendo por sí mismo a practicarla o comisionará al efecto a su secretario o a algún notario del territorio jurisdiccional, quienes se asociarán con dos testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y escribir y sean conocidos del secretario o notario (inc. 1^o). El tribunal nombrará también una persona de notoria probidad y solvencia que se encargue de la custodia de las llaves, o las hará depositar en el oficio del secretario" (inc. 2^o). El inciso 3^o agrega que "puede el tribunal de oficio decretar estas diligencias".

El inciso 2^o del artículo 873 prescribe que "el funcionario que practique la diligencia podrá pesquisar el testamento entre los papeles de la sucesión".

El artículo 875 dispone que "decretada la guarda y aposición de sellos, se pueden practicar estas diligencias aun cuando no esté presente ninguno de los interesados".

511. No cabe oposición a esta medida. Así lo dice el artículo 873 del Código de Procedimiento Civil: "Se procederá a la guarda y aposición de sellos respecto de todos los muebles y papeles que se encuentren entre los bienes de la sucesión, *no obstante cualquier oposición*" (inc. 1^o).

512. Bienes excluidos de esta medida conservativa. "No se guardarán bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano, pero se formará lista de ellos" (arts. 1222 inc. 2^o del Código Civil y 873 inciso 4^o del Código de Procedimiento Civil).



vil). Además, en conformidad al artículo 874 del Código de Procedimiento Civil, "Puede el tribunal, siempre que lo estime conveniente, eximir también el dinero y las alhajas de la formalidad de la guarda y aposición de sellos, En tal caso mandará depositar estas especies en un Banco o en las arcas del Estado, o las hará entregar al administrador o legítimo tenedor de los bienes de la sucesión".

513. Situación que se presenta cuando los bienes están esparcidos en diversos lugares del territorio nacional. En este caso, "el juez de letras ante el cual se hubiere abierto la sucesión, a instancia de cualquiera de los herederos o acreedores, dirigirá exhortos a los jueces de los otros territorios jurisdiccionales, para que procedan por su parte a la guarda y aposición de sellos, hasta el correspondiente inventario en su caso" (art. 1223).

514. Costos de esta medida. Según el artículo 1224, "El costo de la guarda y aposición de sellos y de los inventarios gravará los bienes todos de la sucesión, a menos que determinadamente recaigan sobre una parte de ellos, en cuyo caso gravará sólo esa parte". Cuando la norma dice que se gravará todos los bienes de la sucesión, nos está indicando que es una baja general de la herencia (959 N° 1). Y cuando señala que no ocurre lo anterior cuando la medida recaiga en una parte de los bienes de la sucesión, quiere decir que si se trata de bienes que sólo interesen a determinadas personas, son éstas las que deben soportar el gasto.

515. Término de la guarda y aposición de sellos. Esta medida durará hasta que se practique inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios. Para poder realizar este inventario será necesario proceder a la ruptura de los sellos, medida que deberá realizarse en la forma dispuesta en el artículo 876 del Código de Procedimiento Civil: "La ruptura de los sellos deberá hacerse en todo caso judicialmente, con citación de las personas que pueden tomar parte en la facción del inventario, citadas en la

forma que dispone el artículo 860; salvo que por la urgencia del caso el tribunal ordene prescindir de este trámite".

Párrafo II: De la aceptación y repudiación de las asignaciones

516. Aceptación y repudiación de las asignaciones. Producida la delación de la asignación -artículo 956- el heredero o legatario debe concurrir a aceptar o repudiar la asignación de que es objeto. Mientras no acepte la herencia o legado, nada adquiere, si bien producida la aceptación sus efectos se retrotraen a la fecha en que la asignación haya sido deferida (art. 1239). Ello tiene un doble fundamento: en primer lugar, porque nadie puede adquirir derechos sin su voluntad; y en seguida, porque la adquisición de una asignación conlleva responsabilidad. Consecuencia de lo que se viene diciendo es que si bien el heredero responde por las deudas del causante, no puede ser demandado por ellas mientras no acepte la herencia.

Al respecto se ha fallado que "el heredero que no ha aceptado la herencia no está en condiciones de plantear la acción real de petición de herencia, ya que no es aun dueño de tal herencia".²⁶⁰ Nos parece criticable esta sentencia, pues creemos que al demandarse de petición de herencia, se está aceptando tácitamente la herencia.

La aceptación y la repudiación son actos jurídicos unilaterales, porque se perfeccionan por la sola voluntad del asignatario.

517. Regla general sobre la aceptación o repudiación de una asignación. La regla general es que todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente. Así lo establece el artículo 1225 inc. 1°.

Esta regla tiene tres excepciones: a) caso de las personas incapaces; b) caso de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, y c) caso del asignatario que sustrae efectos pertenecientes a la sucesión. En los párrafos siguientes trataremos de estas excepciones.

²⁶⁰ C. de Antofagasta, 22 de abril de 1993. Rev. Der. y Jur., t. 850, sec. 2°, pág. 50.

518. Aceptación o repudiación de asignaciones dejadas a personas incapaces. De acuerdo al artículo 1225 inciso 2°, las personas que no tuvieren la libre administración de sus bienes no podrán aceptar o repudiar una asignación, sino por medio o con el consentimiento de sus representantes legales. El inciso 3° del mismo artículo agrega que "se les prohíbe aceptar por sí solas, aun con beneficio de inventario".

Respecto de los incapaces, hay que señalar que estas personas "no pueden repudiar una asignación a título universal, ni una asignación de bienes raíces, o de bienes muebles que valgan más de un centavo, sin autorización judicial con conocimiento de causa" (art. 1236). Si se omite esta autorización, la sanción es la nulidad relativa, por tratarse de un requisito establecido en consideración al estado o calidad de las partes.

Agreguemos que en conformidad al artículo 1250, las personas incapaces deben aceptar las herencias con beneficio de inventario, según veremos más adelante (art. 1250).

519. Situación especial de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal. De acuerdo al inciso final del artículo 1225, "el marido requerirá el consentimiento de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal, para aceptar o repudiar una asignación deferida a ella. Esta autorización se sujetará a lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 1749".

520. Sanción a las personas que sustraen efectos de la sucesión. El artículo 1231 establece que "el heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a una sucesión, pierde la facultad de repudiar la herencia, y no obstante su repudiación permanecerá heredero; pero no tendrá parte alguna en los efectos sustraídos" (inc. 1°). "El legatario que ha sustraído objetos pertenecientes a una sucesión, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos, y no teniendo el dominio de ellos será obligado a restituir el duplo" (inc. 2°). El inciso final agrega que "uno y otro quedarán, además, sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan".

Esta sanción nos recuerda la que establece el artículo 1768, respecto del cónyuge o heredero que dolosamente hubiere ocultado o distraído un objeto de la sociedad conyugal; y a la que, tratándose del régimen de participación en los gananciales, se contiene en el artículo 1792-18, respecto del cónyuge que para disminuir los gananciales oculta o distrae bienes o simula obligaciones.

Se ha fallado que "para que una cosa sea sustraída es necesario que sea apartada, separada o extraída del lugar en que la mantenía la persona en cuyo poder se encontraba, como asimismo que para aplicar la sanción del artículo 1231 es preciso que la sustracción se verifique una vez fallecido el causante, pues con anterioridad no se sustraen efectos de la sucesión".²⁶¹

521. Características de la aceptación y de la repudiación. Se señalan como sus características las siguientes: a) Es un derecho transmisible, b) no puede quedar sujeto a modalidades; c) es un derecho indivisible; d) puede ser expresa o tácita; e) es irrevocable, y f) opera retroactivamente.

522. La facultad de aceptar o repudiar se transmite. Es lo que se denomina derecho de transmisión, que regula el artículo 957 y que ya se ha estudiado.

523. La aceptación y la repudiación no admiten modalidades. El artículo 1227 establece que "No se puede aceptar o repudiar condicionalmente, ni hasta o desde cierto día".

524. La aceptación y la repudiación son indivisibles. Ello quiere decir que no se puede aceptar parte de una asignación y repudiar el resto (art. 1228). Así lo establece el artículo 1228: "no se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto" (inc. 1°).

Sin embargo, cuando el asignatario fallece sin aceptar o repudiar su asignación y este derecho de opción pasa a sus herederos, cada

²⁶¹ C. de Santiago, 2 de agosto de 1989. Rev. Der. y Jur., t. 86, sec. 2°, pág. 78. En el mismo sentido, t. 24, sec. 1°, pág. 93.

uno de ellos es libre de aceptar o repudiar su cuota: "Pero si la asignación hecha a una persona se transmite a sus herederos según el artículo 957, puede cada uno de estos repudiar su cuota" (artículo 1228 inciso 2°).

525. La aceptación de una asignación puede ser expresa o tácita. La repudiación por regla general es expresa. La aceptación de una asignación puede ser expresa o tácita. Es tácita cuando se desprende de una cierta conducta del asignatario. Así, el artículo 1230 expresa que "si un asignatario vende, cede, dona o transfiere de cualquier modo a otra persona el objeto que se le ha deferido, o el derecho de suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta".

En el caso de las herencias, el artículo 1241 después de señalar que la aceptación puede ser expresa o tácita, precisa que "es expresa cuando se toma el título de heredero; y es tácita cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiere tenido derecho a ejecutar, sino en su calidad de heredero". Por su parte, el artículo 1242 agrega que "se entiende que alguien toma el título de heredero, cuando lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial". Así se ha fallado que importa aceptación de una herencia solicitar la posesión efectiva de los bienes del causante. También supone aceptación de una herencia la enajenación de cualquier efecto hereditario a menos que haya sido autorizado por el juez a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal (art. 1244). En cambio, "los actos puramente conservativos, los de inspección y administración provisoria urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación" (art. 1243).

En el caso de la repudiación, por regla general, es expresa, pues el artículo 1235 establece que "La repudiación no se presume sino en los casos previstos por la ley". Un caso en que se presume se produce cuando el heredero se constituye en mora de declarar si acepta o repudia, pues en ese caso, de acuerdo al artículo 1233, se entiende que repudia.

526. La aceptación y la repudiación son irrevocables. Respecto de la aceptación, su irrevocabilidad aparece del artículo 1234: "La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave a virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticias al tiempo de aceptarla" (inc. 1°). "Esta regla se extiende aun a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes" (inc. 2°). "Se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad (inc. 3°).

En el caso de la repudiación, el artículo 1237 dispone que "ninguna persona tendrá derecho para que se rescinda su repudiación, a menos que la misma persona o su legítimo representante hayan sido inducidos por fuerza o dolo a repudiar.

Como se ve, tres son las causales por las que se puede revocar la aceptación: por haber existido fuerza, dolo o lesión grave; en cambio dos son las causales por las que se puede revocar la repudiación: fuerza y dolo.

527. Producida la aceptación o repudiación, sus efectos se retrotraen a la época en que la asignación haya sido deferida. El artículo 1239 así lo señala: "Los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida". Y el inciso segundo agrega: "Otro tanto se aplica a los legados de especie".

528. Cuando son varias las asignaciones se puede aceptar una y repudiar otra. El artículo 1229 lo permite. Sin embargo, esta facultad tiene un límite: "no se podrá repudiar la asignación gravada, y aceptar las otras, a menos que se defiera separadamente por derecho de acrecimiento o de transmisión, o de substitución vulgar o fideicomisaria; o a menos que se haya concedido al asignatario la facultad de repudiarla separadamente".

529. ¿Desde cuándo se puede aceptar o repudiar una asignación? El Código distingue entre la aceptación y la repudiación.

Se puede *aceptar* sólo desde que la asignación ha sido deferida (art. 1226 inc. 1°). Recuérdese que en conformidad al artículo 956, la herencia o legado se defiere al heredero o legatario al momento de fallecer el causante, a menos que sea condicional suspensiva, caso en que será necesario el cumplimiento de la condición.

Tratándose de la *repudiación*, ésta se puede verificar después de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, aunque sea condicional suspensiva y esté pendiente la condición (art. 1226 inc. 2°). Repudiada una herencia, los efectos de la repudiación se retrotraen al momento en que fue deferida, por lo que se entiende que el heredero no la ha poseído jamás.²⁶²

El inciso final del artículo 1226 dispone que "se mirará como repudiación intempestiva, y no tendrá valor alguno, el permiso concedido por un legítimo al que le debe la legítima para que pueda testar sin consideración a ella".

530. Plazo para aceptar o repudiar. La ley no establece un plazo para que el asignatario acepte o rechace una asignación. Luego podrá hacerlo mientras mantenga su derecho a la asignación, derecho que puede perderlo si otro gana por prescripción la cosa asignada (art. 2517). En el caso del legado de género, el derecho para reclamarlo se extinguirá por prescripción extintiva en el plazo de 5 años contados desde que la obligación se hizo exigible (arts. 2514 y 2515).

Sin embargo, como esta situación de indefinición pudiere perjudicar a otras personas que eventualmente adquirirían derechos a la asignación si ésta fuere rechazada o a los acreedores del causante o a los acreedores testamentarios para saber a quién cobrar su crédito, la ley permite que se pueda demandar al asignatario para que ejercite su opción. Se refiere a este punto el artículo 1232: "Todo asignatario será obligado, en virtud de demanda de cualquier persona interesada en ello, a declarar si acepta o repudia; y hará esta declaración

dentro de los cuarenta días subsiguientes al de la demanda. En caso de ausencia del asignatario o de estar situados los bienes en lugares distantes, o de otro grave motivo, podrá el juez prorrogar este plazo; pero nunca por más de un año" (inc. 1°).

531. Facultad de inspeccionar el objeto asignado y de implorar providencias conservativas. Durante el plazo que se tiene para declarar si se acepta o repudia la asignación, el asignatario demandado tiene el derecho de inspeccionar el objeto asignado, de examinar las cuentas y papeles de la sucesión y de implorar las providencias conservativas necesarias. Ello está establecido en los incisos 2° y 3° del artículo 1232: "Durante este plazo tendrá todo asignatario la facultad de inspeccionar el objeto asignado; podrá implorar las providencias conservativas que le conciernan; y no será obligado al pago de ninguna deuda hereditaria o testamentaria; pero podrá serlo el albacea o curador de la herencia yacente en sus casos" (inc. 2°). "El heredero, durante el plazo, podrá también inspeccionar las cuentas y papeles de la sucesión" (inc. 3°).

532. Los actos conservativos no importan aceptación de la herencia. Así lo dispone el artículo 1243: "Los actos puramente conservativos, los de inspección y administración provisoria urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación".

533. Situación del asignatario ausente. El inciso final del artículo 1232 señala que "Si el asignatario ausente no compareciere por sí o por legítimo representante en tiempo oportuno, se le nombrará curador de bienes que le represente, y acepte por él con beneficio de inventario".

534. Efecto de la mora del asignatario requerido para optar. Si el asignatario que es requerido judicialmente para que se pronuncie sobre la aceptación o repudiación de la asignación, no lo hace, se entiende que repudia. El artículo 1233 así lo establece: "El asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia".

²⁶² C. Pedro Aguirre Cerda, 5 de agosto de 1997, Rev. Der. y Jur., t. 94, sec. 2°, pág. 90.

535. El Código establece diferencias para la aceptación de las herencias y de los legados. Así se desprende del hecho que las trate en conjunto en el párrafo primero del Título VIII, para posteriormente destinar el párrafo segundo a “reglas particulares relativas a las herencias”. En esencia, la diferencia consiste en que en el caso de los legados el legatario tiene sólo dos posibilidades, aceptar o rechazar la asignación; en cambio, el heredero tiene una tercera posibilidad: aceptar la herencia con beneficio de inventario. Además, tratándose de las herencias, regula lo relativo a la administración de los bienes hereditarios, cuando no hay nadie que asuma esa administración, estableciendo al efecto la institución de la herencia yacente.

Párrafo III: Reglas particulares relativas a las herencias

El Código ha dado algunas reglas especiales relativas a la aceptación de las herencias, que se refieren a la herencia yacente y al beneficio de inventario.

536. Declaración de la herencia yacente. Concepto. El artículo 1240 trata de la herencia yacente, entendiendo por tal la que se declara judicialmente, a petición de parte interesada o de oficio, cuando han transcurrido más de quince días desde que se abre una sucesión, sin que exista albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el encargo o sin que se haya aceptado la herencia por alguno de los herederos.

Dice el artículo 1240: “Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de bienes y que haya aceptado su encargo, el juez a instancias del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si

en aquélla no lo hubiere; y se procederá al nombramiento de curador de la herencia yacente” (inc. 1°). “Si hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios proindiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos, y subscribiendo el inventario, tomará parte en la administración” (inc. 2°). “Mientras no hayan aceptado todos, las facultades del heredero o herederos que administren serán las mismas de los curadores de la herencia yacente, pero no serán obligados a prestar caución, salvo que haya motivo de temer que bajo su administración peligran los bienes” (inc. 3°).

Cabe agregar que por disposición del artículo 44 del DL N° 1939 de 1977, “Toda resolución judicial que declare yacente una herencia deberá ser comunicada de oficio por el tribunal respectivo a la Dirección (de Tierras y Bienes Nacionales), la que realizará todas las diligencias e investigaciones necesarias para establecer si conviene o no a los intereses del Fisco solicitar la posesión efectiva de dicha herencia” (inc. 1°). “La propia resolución que declare yacente la herencia contendrá la frase “Oficiése a la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales, transcribiéndose íntegramente esta resolución”.

537. Requisitos para que se declare yacente la herencia. Del artículo 1240, se desprende que los requisitos que deben concurrir para que una herencia se declare yacente son los siguientes: a) Que la sucesión esté abierta; b) que dentro de los quince días siguientes a la apertura la herencia no haya sido aceptada por ningún heredero universal o de cuota; y c) que no hubiere albacea con tenencia de bienes o el designado por el testador no hubiere aceptado el encargo.

538. Función que cumple la declaración de la herencia yacente. Esta institución tiene por objeto el cuidado y administración de los bienes hereditarios, que haya quien atienda “el pago de las deudas del difunto y a la cobranza de sus créditos, mientras no se presenta algún heredero que acepte la

herencia”.²⁶³ Para ello, declarada la herencia yacente, el tribunal debe proceder a nombrar a un curador de la herencia para que cumpla esas funciones, que durará en el cargo hasta que algunos de los herederos acepte.

539. Curaduría de la herencia yacente. Es una curaduría de bienes y por lo mismo es siempre dativa. Así lo dice el artículo 481: “Se dará curador a la herencia yacente, esto es, a los bienes de un difunto cuya herencia no ha sido aceptada” (inc. 1°). “La curaduría de la herencia yacente será dativa” (inc. 2°).

540. Facultades del curador de la herencia yacente. Las facultades del curador de la herencia yacente son las que corresponden a todo curador de bienes. Queda sujeto a todas las trabas de los tutores o curadores, y está impedido de ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados (art. 487). De acuerdo al artículo 488, no puede alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos y enajenar aun los bienes muebles, a menos que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del causante, o que el pago de las deudas lo requiera (art. 488). Cabe agregar que en conformidad al artículo 489, puede desarrollar incluso aquellos prohibidos a los curadores de bienes si justificada su necesidad, el juez los autorizare previamente (art. 489).

De acuerdo al artículo 490, “toca a los curadores de bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados; y las personas que tengan créditos contra los bienes podrán hacerlos valer contra los respectivos curadores”. Se ha fallado que “la circunstancia de haberse designado curador de bienes de la herencia yacente libera al acreedor de cumplir con la norma del artículo 1377 del Código Civil.”²⁶⁴

²⁶³ Claro Solar, ob. cit., t. XVI, N° 1913, pág. 210.

²⁶⁴ Corte Suprema, 3 de abril de 2000. Revista Fallos del Mes 497, sentencia 10, pág. 475.

541. Herencia yacente y herencia vacante. Son conceptos distintos. La herencia yacente es la que ya hemos definido, esto es, la que se declara judicialmente, cuando no hay quien administre los bienes hereditarios y han transcurrido más de 15 días desde la apertura de la sucesión. En cambio, la herencia vacante es la que corresponde al Fisco de Chile, a falta de todo otro heredero (art. 995).

542. La herencia yacente no es persona jurídica. Borja afirma que “la herencia yacente es una persona ficticia o ideal que a los ojos de la ley existe como cualquiera otra persona jurídica”.²⁶⁵ Esta opinión no encuentra aceptación en la doctrina nacional.²⁶⁶

Hay dos normas del Código Civil que sirven de apoyo a los que afirman que es una persona jurídica: los artículos 2500 y 2509. El primero expresa que “la posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero” (inc. 2°); y el segundo dispone, al tratar de la suspensión de la prescripción, en su inciso segundo, que “Se suspende la prescripción ordinaria, a favor de las siguientes *personas*; 3°. La herencia yacente”. Además, se argumenta, la herencia yacente es un patrimonio y al ser el patrimonio es un atributo de la personalidad, por lo que no puede existir sin un sujeto.

Sin embargo, el artículo 2500 no dice que la herencia yacente sea una persona jurídica. En cuanto a la frase “en favor de las personas siguientes” que se encuentra en el artículo 2509, ella tiene una explicación histórica. Ocurre que en el proyecto de 1853, la redacción del artículo 2689 (que corresponde al actual 2509) era otra. Decía: “se suspende la prescripción: 1°, contra los menores, etc.; 2°, contra el hijo de familia;

²⁶⁵ Luis E. Borja, *Estudios sobre el Código Civil chileno*, t. VII, N° 17, págs. 170 y sgtes., texto y nota 35, pág. 179, citado por Claro Solar.

²⁶⁶ Claro Solar, t. XVI, N° 1917, págs. 214 y siguientes; Somarriva, ob. cit., N° 648, pág. 472; Pablo Rodríguez, ob. cit., vol. 2, pág. 65.

3º, contra la mujer casada...; 4º, contra la herencia yacente. Las prescripciones principiadas por una persona difunta continúan en la herencia yacente, que se entenderá poseer a nombre del heredero". Como se ve, no se hablaba de "personas". Al cambiarse la redacción de la norma en el proyecto inédito se incurrió en el error de hablar en términos generales de la suspensión "a favor de las personas siguientes", sin que haya estado en el ánimo del redactor de la norma transformar a la herencia yacente en una persona jurídica.²⁶⁷ Finalmente, como observa Somarriva, el artículo 2346 despeja cualquier duda, ya que al decir que "se puede afianzar a una persona jurídica y a la herencia yacente", claramente está reconociendo que esa última no es persona jurídica.²⁶⁸

Finalmente demuestra que no es persona jurídica el hecho de que aceptada la herencia, los efectos de la aceptación se retrotraigan a la fecha en que la herencia se defiere, sin solución de continuidad (art. 1239).

543. Efecto absoluto de la sentencia que, a instancia de un acreedor hereditario o testamentario, declara heredero a una persona. El artículo 1246 establece que "El que a instancias de un acreedor hereditario o testamentario ha sido judicialmente declarado heredero, o condenado como tal, se entenderá serlo respecto de los demás acreedores sin necesidad de nuevo juicio". Esa disposición que claramente constituye una excepción a los efectos relativos de la sentencia –artículo 3º inciso 2º del Código Civil– resulta absolutamente lógica, pues si una persona es heredero de otra, tal calidad debe tenerla respecto de todos.

544. Terminación de la herencia yacente. La herencia yacente termina: a) cuando la herencia es aceptada por alguno de los herederos (art. 1240 inc. 2º); b) por la venta de los bienes de la sucesión, en conformi-

dad al artículo 484; c) por la extinción o inversión completa de los bienes.

545. ¿Qué ocurre cuando el testador designa albacea con tenencia sólo de algunos bienes? Pablo Rodríguez se pregunta quién administra los bienes no comprendidos en el albaceazgo. Estima que no cabe declarar la herencia yacente y designarle un curador. Da varias razones: a) estima que en conformidad al artículo 1296, el albacea designado tiene atribuciones destinadas a velar por seguridad e integridad de todos los bienes aun de aquellos respecto de los cuales no se le ha entregado la tenencia; b) de acuerdo al artículo 1240, no se puede declarar yacente una herencia si el causante ha designado albacea con tenencia de bienes, sin que la norma distinga si la tenencia es total o parcial; c) no parece posible que en una misma sucesión coexista una administración del albacea, que en parte realice el albacea y en parte un curador, y d) finalmente el albacea sin tenencia de bienes, es un curador de bienes y como tal, en ausencia de los herederos y a falta de disposición en el título de los ejecutores testamentarios que resuelva el problema, tiene las facultades que a los curadores de la herencia yacente les acuerdan los artículos 487, 488, 489 y 490.²⁶⁹

Párrafo IV: Del beneficio de inventario

546. Del beneficio de inventario. Como es sabido, los herederos suceden al causante en todas sus obligaciones transmisibles respondiendo también de las cargas testamentarias que no se imponen a una determinada persona (art. 1097). Ello puede derivar en que la aceptación de una herencia signifique adquirir más obligaciones que bienes. Para evitar esta situación, la ley contempla el beneficio de inventario, que tiene por objeto limitar la responsabilidad de los herederos al monto de los bienes que ha recibido. Está tratado en el párrafo 3º del Título VII del Libro III, artículos 1247 y siguientes.

²⁶⁹ Pablo Rodríguez, ob. cit., vol 2º, pág. 75.

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

548. Requisitos del beneficio de inventario. El único requisito que establece la ley para que proceda este beneficio es que se haga inventario solemne antes de aceptar la herencia, exigencia que se desprende del artículo 1245, que hace responsable de todas las obligaciones transmisibles del difunto al que hace actos de heredero sin previo inventario solemne. El heredero que ha aceptado la herencia sin practicar inventario solemne ha incorporado a su patrimonio la asignación pura y simplemente, quedando desde ese momento impedido de invocar este beneficio.

Es oportuno recordar que el inventario solemne está definido en el artículo 858 del Código de Procedimiento Civil, como el que se hace previo decreto judicial, por funcionario competente, con los requisitos legales. Los artículos 860 y siguientes del mismo Código indican quiénes son los funcionarios competentes y cuáles son las formalidades legales.

549. Características del beneficio de inventario. Se pueden señalar como características del beneficio de inventario las siguientes: a) sólo favorece a los herederos, no a los legatarios; b) es de orden público; c) no requiere de declaración judicial; d) no produce separación de patrimonios.

550. Sólo favorece a los herederos. Así se desprende del artículo 1247: "El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado". Los legatarios carecen de este beneficio y tampoco lo necesitan, puesto que su responsabilidad subsidiaria sólo alcanza hasta el valor de su respectivo legado. Así aparece del artículo 1363 inciso 1º.

551. Es un beneficio de orden público. Ello atendido lo dispuesto en el artículo 1249: "El testador no podrá prohibir a un heredero el aceptar con beneficio de inventario".

552. No requiere de declaración judicial. Del artículo 1245, inciso segundo, se desprende que para tener este beneficio sólo es necesario que se practique inventario solemne antes de la aceptación de la herencia. "Habiendo precedido inventario solemne, gozará del beneficio de inventario."

553. No produce separación de patrimonios. Ello significa que la responsabilidad del heredero beneficiario se puede hacer efectiva –hasta el valor de lo que ha recibido– en todo su patrimonio y no sólo en los bienes que deriven del causante.

Aclarado lo anterior, es preciso agregar que esta característica no es aceptada por la unanimidad de la doctrina. Sin embargo, es la opinión mayoritaria de los autores nacionales.²⁷⁰ También la jurisprudencia se inclina por esta posición.²⁷¹ En cambio, encontramos una opinión contraria en Meza Barros,²⁷² en Gonzalo Figueroa Yáñez²⁷³ y Alfredo Barros Errázuriz.²⁷⁴

En apoyo de la tesis mayoritaria, se dan varias razones: a) El art. 1247 sólo limita la responsabilidad hasta el monto de lo heredado, sin que exprese que sólo puede hacerse efectiva en los bienes que deriven del cau-

²⁷⁰ Pablo Rodríguez, ob. cit., vol. 2, pág. 158; Somarriva, ob. cit., N° 671, pág. 484; Claro Solar, ob. cit., t. XVI, N° 1785, pág. 118; Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 25, pág. 62; Fernando Rozas, pág. 382; Arturo Alessandri, *Tratado de las capitulaciones matrimoniales*, N° 990, pág. 598, cita 2; Francisco Escobar Rillo, *Del pago de las deudas hereditarias y testamentarias*, Edit. Jurídica de Chile, 1955, N° 106, págs. 162 y siguientes.

²⁷¹ Gaceta 1914, 2º semestre, sentencia 5077; Gaceta 1925, 1º semestre, N° 88, pág. 609; C. Suprema, 11 de agosto de 1949, Rev. Der. y Jur., t. 46, sec. 1º, pág. 665.

²⁷² Ramón Meza Barros, ob. cit., N° 578, pág. 140.

²⁷³ Gonzalo Figueroa Yáñez, *El Patrimonio*, Edit. Jurídica de Chile, 1991, N° 226, pág. 433.

²⁷⁴ Alfredo Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil*, Edit. Nascimento, t. V, N° 215.

²⁶⁷ Sobre este punto puede verse Claro Solar, t. V, N° 517, págs. 196 y siguientes; y t. XVI, N° 1917, págs. 214 y siguientes.

²⁶⁸ Somarriva, ob. cit., N° 648, pág. 472.

sante. La misma idea aparece reiterada en el inciso 2° del artículo 1260; b) Si se produjera la separación de patrimonios, el legislador habría limitado la disposición de los bienes heredados, para evitar que los acreedores del difunto pudieran resultar perjudicados, cosa que no ha hecho; c) El artículo 520 del Código de Procedimiento Civil permite al heredero beneficiario cuando se le embargan bienes propios para pagar las deudas del causante, oponerse a la ejecución de acuerdo al procedimiento de las tercerías, pero “eso sólo puede hacerlo cuando ha abandonado los bienes a los acreedores o los ha consumido en el pago de las deudas y cargas de la herencia. Si no ha sucedido así, pueden embargarse bienes propios para el pago de las deudas hereditarias y testamentarias”;²⁷⁵ d) Si hubiere separación de patrimonio, estaría de más el artículo 1259, que dispone que las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión.

Como argumentos de la opinión minoritaria podrían señalarse los siguientes: a) De acuerdo a los artículos 1259 y 1669, las obligaciones que puedan existir entre el causante y el heredero no se extinguen por confusión, lo que demuestra que se trata de dos patrimonios distintos; b) Si el beneficio de inventario no produjera la separación de patrimonios, no se puede explicar la subrogación legal del artículo 1610 N° 4, según la cual el heredero beneficiario que paga con sus propios dineros las deudas del causante, se subroga en los derechos del acreedor a quien paga; c) La disposición del artículo 2487, que establece que “las preferencias de los créditos de primera clase, a que estaban afectos los bienes del deudor difunto, afectarán de la misma manera los bienes del heredero, salvo que éste haya aceptado con beneficio de inventario...”, tampoco tendría explicación si no hubiera separación de patrimonios; d) De acuerdo al artículo 1263, el heredero beneficiario puede liberarse de toda responsabilidad probando que los bienes del causante han sido íntegramente

consumidos en el pago de las deudas hereditarias y testamentarias. Luego —dice Gonzalo Figueroa— la liberación del heredero no se produce si ha satisfecho deudas hasta un cierto valor, sino si prueba que invirtió en el pago todos los bienes incluidos en el patrimonio del causante”.²⁷⁶

554. Todos los herederos pueden aceptar con beneficio de inventario. Como hemos explicado, el testador no les puede privar de este derecho. Esta regla general tiene excepciones en dos sentidos: a) hay personas que están obligadas a aceptar con este beneficio, y b) hay herederos que carecen de este beneficio.

555. Personas obligadas a aceptar con beneficio de inventario. Están obligadas a aceptar con beneficio de inventario:

- a) los coherederos cuando alguno de ellos acepta la herencia con beneficio de inventario. Ello en conformidad a lo que dispone el artículo 1248: “Si de muchos coherederos, los unos quieren aceptar con beneficio de inventario y los otros no, todos ellos serán obligados a aceptar con beneficio de inventario;
- b) los herederos fiduciarios (art. 1251);
- c) las personas jurídicas de derecho público (art. 1250);
- d) las personas incapaces (art. 1250 inc. 2° en relación con el art. 1225 inc. 2°).

556. Consecuencias que se siguen si quienes deben aceptar con beneficio de inventario no cumplen con esta exigencia. El inciso final del artículo 1250 señala que “no cumpliéndose con lo dispuesto en este artículo, las personas naturales o jurídicas representadas, no serán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia hasta el tiempo de la demanda o se pruebe haberse empleado efectivamente en beneficio de ella”.

Como explica Somarriva, de acuerdo a esta disposición, viene a resultar que es-

tas personas pasarían a tener beneficio de inventario por el solo ministerio de la ley “y hasta podría pensarse que quedan en mejor situación que quienes aceptan lisa y llanamente con beneficio de inventario, pues el que hace uso de este derecho, limita su responsabilidad a los bienes que recibió por herencia. En este caso, en cambio, la obligación alcanza hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda, y de lo que se probare haber sido empleado en beneficio de la persona en referencia”.²⁷⁷

557. Herederos que carecen de beneficio de inventario. No pueden aceptar con beneficio de inventario:

- a) aquella persona que hizo actos de heredero, sin previo inventario solemne (art. 1252).
- b) el que de mala fe omite hacer mención de cualquier parte de los bienes por pequeña que sea, o supusiere deudas que no existen (art. 1256). En íntima relación con esta norma, el artículo 1231 inciso 1°, establece que el heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a la sucesión, pierde la facultad de repudiar la herencia, y no obstante su repudiación permanecerá heredero, pero no tendrá parte alguna en los objetos sustraídos.

558. Forma de hacer valer el beneficio de inventario. El beneficio de inventario se opone como excepción perentoria a la demanda de cobro de los acreedores hereditarios o testamentarios. Si se trata de un juicio ejecutivo, se hace valer mediante la excepción del artículo 464 N° 7, “falta de alguno de los requisitos o condiciones establecidos por las leyes para que dicho título tenga fuerza ejecutiva...”, con relación al demandado.²⁷⁸

La prueba de que se le está cobrando más allá del monto de lo que ha recibido a título de herencia, será de cargo del heredero beneficiario.

559. Efectos del beneficio de inventario. Ya hemos señalado los efectos que produce este beneficio. Sólo a modo de resumen nos parece útil recordar:

a) que su efecto principal es limitar la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias o testamentarias hasta el monto de los bienes que ha heredado. En relación con este efecto, es necesario agregar que, según el artículo 1257, “se hace responsable no sólo del valor de los bienes que entonces efectivamente reciba, sino de aquellos que posteriormente sobrevengan a la herencia sobre que recaiga el inventario”. El inciso final de esta disposición dispone que “Se agregará la relación y tasación de estos bienes al inventario existente con las mismas formalidades que para hacerlo se observaron”.

Se ha fallado que al no señalar el legislador ninguna limitación a las obligaciones hereditarias y testamentarias de las que se libera al heredero que se acoge a este beneficio, se debe entender, de conformidad con el artículo 1247 del Código Civil, que comprende incluso aquellas no especificadas en el inventario. “Esta conclusión —dice el fallo— aparece también amparada en una interpretación lógica de la norma legal, pues si se pensara que se puede llegar, como ha ocurrido en el caso de autos, a que un acreedor del causante prescindiera de la declaración del heredero que ha aceptado bajo este derecho que le da la ley, y entender que, a pesar de ello, puede dirigirse en su contra una acción de cobro de un crédito no incluido en el inventario, el precepto legal a que se está haciendo referencia dejaría de tener efecto, y ello no es posible atendido su claro tenor literal”;²⁷⁹

b) que, según la doctrina ampliamente mayoritaria, no produce separación de patrimonios, y

c) que el artículo 1259 contempla un tercer efecto: “Las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión”. El contenido de este artículo lo repite el

²⁷⁵ Rozas, ob. cit., pág. 582.

²⁷⁶ Figueroa Yáñez, ob. cit., N° 226, pág. 434.

²⁷⁷ Somarriva, ob. cit., N° 668, pág. 483.

²⁷⁸ Rev. Der. y Jur., t. 19, sec. 1°, pág. 92, cons. 11; Rev. Der. y Jur., t. 40, sec. 2°, pág. 350.

²⁷⁹ Corte de Santiago, 9 de mayo de 1985, Rev. Der. y Jur., t. 82, sec. 2°, pág. 51.

artículo 1669 al tratar el modo de extinguir confusión. Este efecto significa que si el heredero era acreedor del causante, puede cobrar su crédito a los demás integrantes de la sucesión; y a la inversa, si era deudor del causante, la sucesión, puede cobrárselos.

560. Responsabilidad del heredero beneficiario por los bienes hereditarios. El artículo 1260 establece que "el heredero beneficiario será responsable hasta por culpa leve de la conservación de las especies o cuerpos ciertos que se deban" (inc. 1º). "Es de su cargo el peligro de los otros bienes de la sucesión, y sólo será responsable de los valores en que hubieren sido tasados" (inc. 2º).

Dentro de "las especies que se deben", están comprendidos los legados de especie o cuerpo cierto instituidos por el causante a favor de terceros, y aquellos bienes que el causante tenía en su poder como arrendatario, comodatario o a cualquier otro título que le obligara a restituirlos a su dueño. En cuanto a que responda de culpa leve, nada tiene de excepcional, desde que ésa es la responsabilidad normal de quien debe restituir bienes ajenos.

En cuando a "los otros bienes de la sucesión", a que se refiere el inciso 2º, son aquellos que no se deben como especie o cuerpo cierto a terceros (ej., 6 vacas, 4 fanegas de trigo, etc.). Como las cosas se pierden para su dueño, es lógico que esta pérdida afecte al heredero únicamente, sea la pérdida culpable o fortuita. Los acreedores podrán exigir el pago de su crédito haciéndolo efectivo en todo el patrimonio del deudor, de acuerdo a las reglas generales (art. 2465) y hasta concurrencia del valor de tasación.

561. Extinción de la responsabilidad del heredero beneficiario. La responsabilidad del heredero beneficiario se extingue en los casos siguientes:

a) Por el abandono que, en cualquier tiempo, haga a los acreedores de los bienes que debe restituir en especie y del saldo de los otros bienes, obteniendo de los acreedores o del juez la aprobación de la cuenta de

la administración que deberá presentarles (art. 1261).

Este derecho a abandonar los bienes es un derecho absoluto que el heredero beneficiario puede ejercer en cualquier tiempo, pero que para que lo libere de responsabilidad, debe cumplir los siguientes requisitos: 1) debe comprender todos los bienes, esto es, las especies o cuerpos ciertos de la sucesión que estén en su poder y "todas las cosas genéricas que haya recibido y mantenga o que se hayan subrogado en bienes de la sucesión (dinero, o cosas que se han permutado o recibido en dación en pago)".²⁸⁰ 2) debe rendir cuenta a los acreedores de la administración de los bienes que recibió título de herencia, y 3) debe obtener la aprobación de la cuenta de los acreedores o del juez.

Es dudoso lo que ocurre si después de pagados los acreedores hereditarios y testamentarios queda un sobrante. ¿Quién es el dueño de ese remanente? Dos son las posibilidades: que pertenezcan a los acreedores o que deba volver a los herederos. Si se estima que el abandono importa una dación en pago, es evidente que sus propietarios son los acreedores. En cambio si se concluye que se trata de una cesión de bienes, de acuerdo al artículo 1619, inciso final, el remanente pertenecería a los herederos. Esta última, a juicio nuestro, parece ser la buena doctrina, pues no se divisa ninguna razón que justifique el enriquecimiento de los acreedores. Ésa es también la opinión de Luis Claro Solar,²⁸¹ de los profesores Domínguez Benavente y Domínguez Águila,²⁸² de Francisco Escobar Riffo,²⁸³ y de Ramón Meza Barros.²⁸⁴ La opinión contraria la sustentan Somarriva²⁸⁵ y Pablo Rodríguez.²⁸⁶

²⁸⁰ Pablo Rodríguez, ob. cit., pág. 171.

²⁸¹ Claro Solar, t. XVI, N° 1804, pág. 133.

²⁸² Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. I, N° 34, pág. 70.

²⁸³ Francisco Escobar Riffo, ob. cit., N° 110, págs. 170 y siguientes.

²⁸⁴ Ramón Meza Barros, ob. cit., N° 583, pág. 142.

²⁸⁵ Somarriva, ob. cit., N° 678, pág. 489.

²⁸⁶ Pablo Rodríguez, ob. cit., vol. 2, pág. 170.

b) Por la aprobación de la cuenta rendida a los acreedores en la forma dispuesta en el artículo 1262: "Consumidos los bienes de la sucesión, o la parte que de ellos hubiere cabido al heredero beneficiario, en el pago de las deudas y cargas, deberá el juez, a petición del heredero beneficiario, citar a los acreedores hereditarios y testamentarios que no hayan sido cubiertos, por medio de tres avisos en

un diario de la comuna o de la capital de provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere, para que reciban de dicho heredero la cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que haya hecho; y aprobada la cuenta por ellos, o en caso de discordia, por el juez, el heredero beneficiario será declarado libre de toda responsabilidad ulterior".



CAPÍTULO DECIMOCUARTO
DE LAS ACCIONES QUE LA LEY OTORGA A LOS HEREDEROS EN
DEFENSA DE SUS DERECHOS

Párrafo I: Generalidades

562. Antecedentes. Esta materia está tratada en el párrafo 4 del Título VII del Libro III del Código Civil, "De la petición de herencia y otras acciones del heredero", artículos 1264 y siguientes. Dos son las acciones que la ley otorga al heredero que se halla privado de la herencia o de bienes que integran el patrimonio hereditario; la acción de petición de herencia que nace del derecho real de herencia; y la acción reivindicatoria que nace del derecho de dominio que el causante tenía sobre sus bienes y que en virtud del modo de adquirir sucesión por causa de muerte ha pasado a ser del dominio de los herederos.

Cabe agregar que el heredero, como sucesor del *de cujus*, podrá ejercer las demás acciones que correspondían a éste, como, por ejemplo, las acciones posesorias.

563. Diferencia entre la acción de petición de herencia y la acción reivindicatoria. Tanto la acción de petición de herencia como la acción reivindicatoria son acciones reales que persiguen que se reconozca el "derecho de dominio como heredero de la persona de cuya sucesión se trata para entrar en posesión de bienes de la sucesión que el demandado posee, con la diferencia de que *en la acción de petición de herencia* el demandado posee a título de heredero que pretende serlo con preferencia al demandante, mientras que *en la acción reivindicatoria* el demandado generalmente no desconoce el derecho de herencia que invoca el demandante y que él no pretende, sino que niega que el causante de la sucesión fuera efectivamente dueño y sostiene que el demandante no ha podido adquirir el

dominio de una cosa que no pertenecía al *de cujus*.²⁸⁷ Por consiguiente —explica Claro Solar—, en la acción de petición de herencia el demandante persigue el reconocimiento de su derecho de herencia para obtener del demandado la entrega de todos los objetos que la constituyen y de que está en posesión; mientras que en la acción reivindicatoria lo que se discute es el dominio de determinados bienes como pertenecientes a la herencia; el demandado no desconoce la calidad de heredero que alega el demandante; y resiste la restitución de los bienes objeto de la acción, porque la persona de quien el demandante se dice ser heredero no era dueño de dichos bienes, siendo por lo tanto el dominio de ellos lo que se discute en el juicio y lo que el demandante debe probar.²⁸⁸

Además, en la acción reivindicatoria se demandan cosas singulares, sobre las cuales el demandante pretende ser dueño, dominio que a él incumbe probar; en la petición de herencia, en cambio, el objeto del debate es que se reconozca la calidad de heredero (que el actor debe probar), y como consecuencia de ello se le restituyan todo o parte de los bienes hereditarios y aquellos bienes de que el difunto era mero tenedor.

Párrafo II: De la acción de petición de herencia

564. De la acción de petición de herencia. El artículo 1264 la conceptualiza: "El que

²⁸⁷ Claro Solar, t. XVI, N° 1938, pág. 232.

²⁸⁸ Claro Solar, t. XVI, N° 1938, pág. 232.



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

De esta disposición se desprende —dice Somarriva— que “la acción de petición de herencia es aquella que compete al heredero para obtener la restitución de la universalidad de la herencia, contra el que la está poseyendo, invocando también la calidad de heredero”.²⁸⁹ Claro Solar, por su parte, la define como “la acción que tiene el heredero contra el poseedor de una herencia que se da por tal para que se le reconozca su derecho a la totalidad de la herencia o a una cuota de ella y se le restituyan las cosas hereditarias, corporales o incorporales, que constituían el patrimonio del difunto fueran o no de su propiedad”.²⁹⁰

565. Legitimado activo de la acción de petición de herencia. De acuerdo al artículo 1264, esta acción corresponde al que probare su derecho a la herencia. Puede ser heredero universal, de cuota o de remanente; abintestato o testamentario. También corresponde esta acción al cesionario de los derechos hereditarios del heredero.

Se ha fallado que “corresponde al actor probar el parentesco que le habilita para suceder, lo que implica que tiene que acreditar los distintos estados civiles que configuran tal parentesco, prueba que en lo substantivo debe ajustarse a la legislación a la cual corresponda la nacionalidad del causante”.²⁹¹

566. Legitimado pasivo. La acción de petición de herencia se dirige en contra del que

ocupa la herencia en calidad de heredero. Así lo dice el artículo 1264. En este caso, se encuentra, por ejemplo, aquel que ha obtenido se le conceda la posesión efectiva de la herencia. También se halla en este caso el heredero de cuota que se encuentra poseyendo la totalidad de la herencia y el que posee, como heredero, bienes hereditarios determinados. Cabe además contra del cesionario del falso heredero, por encontrarse en la misma situación de su cedente.²⁹²

567. Características de la acción de petición de herencia. La acción de petición de herencia presenta las siguientes características: a) acción real; b) divisible; c) universal en cuanto a su objeto; d) mueble, y e) patrimonial.

568. La acción de petición de herencia es una acción real. Ello porque nace del derecho real de herencia y está destinada a su protección (art. 577). Atendida su naturaleza, debe interponerse en contra del que se encuentra ocupando la herencia o bienes determinados del as hereditario invocando la calidad de heredero.

569. La acción de petición de herencia es divisible. Ello porque le corresponde a cualquiera de los herederos. Si son varios los herederos y sólo demanda alguno de ellos, la sentencia que se dicte no afectará a quienes no demandaron (art. 3° inc. 2°).

Los profesores Domínguez dicen que también, y desde otro punto de vista, es indivisible “en cuanto a que cada heredero puede demandar el todo, sin que su demanda deba ser desestimada porque no la haya limitado a su cuota o porción en el as hereditario. Si el emplazado acredita que él es titular de una cuota, pues en tal caso la demanda quedará reducida a la porción restante; pero si ello no ocurre, el demandado no puede pretender que la acción sea desestimada a pretexto que el actor no es el único heredero. Éste no es argumento

²⁸⁹ Somarriva, ob. cit., N° 680, pág. 491.

²⁹⁰ Claro Solar, ob. cit., t. XVI, N° 1946, pág. 238.

²⁹¹ C. Suprema, 8 de junio de 2004, Rev. Der. y Jur., t. 101, sec. 1°, pág. 147.

²⁹² Corte Suprema, 25 de junio de 2007, Semana Jurídica, año 7, N° 347, pág. 915. En el mismo sentido, Rev. Der y Jur., t. 94, sec. 2°, pág. 137.

para que la demanda sea desestimada. Por eso es indivisible”.²⁹⁵

570. Es una acción universal. Porque su objeto es recuperar el as hereditario, que constituye una universalidad jurídica.

571. Se le aplican las reglas de las acciones muebles. El derecho de herencia no es mueble ni inmueble, pero se le aplican las reglas de los bienes muebles. No tiene mayor trascendencia esta característica, desde que uno de los aspectos para lo cual pudiera importar, que es la determinación del tribunal competente, está expresamente resuelto en el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, que señala que lo es el del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto de acuerdo al artículo 955 del Código Civil, esto es, el tribunal del último domicilio del causante.

572. Es una acción patrimonial, por cuanto persigue un beneficio pecuniario: la restitución de la masa hereditaria o una cuota o porción de ella. De esta característica, derivan varias consecuencias: 1) es renunciable (art. 12 CC); 2) es transmisible, porque si fallece el heredero esta acción corresponderá a sus herederos, ya que éstos representan al causante; 3) se puede transferir, desde el momento que deriva del derecho de herencia que puede ser cedido; 4) es prescriptible. Esta última característica requiere de un análisis más detenido.

573. Prescripción de la acción de petición de herencia. El artículo 1269 prescribe que “El derecho de petición de herencia expira en diez años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 704, podrá oponer a esta acción la prescripción de cinco años”.

La redacción de esta norma —“*expira en diez años*”— ha hecho pensar a algunos que se trata de una prescripción extintiva. Así lo resolvió en una oportunidad la Excm.

Corte Suprema.²⁹⁴ Sin embargo, por tratarse de una acción propietaria, que no se pierde por el no uso, la norma a aplicar debe ser el 2517, según la cual la acción de petición de herencia sólo se va a extinguir cuando el poseedor haya adquirido el derecho de herencia por prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria.²⁹⁵

De acuerdo a lo que se viene explicando, interpuesta la acción de petición de herencia, quien se encuentra poseyendo la herencia (el demandado) para alegar la prescripción, deberá reconvenir pidiendo se declare que él ha adquirido la herencia por prescripción adquisitiva, que será ordinaria de 5 años en el caso del heredero de buena fe a quien se otorgó la posesión efectiva (arts. 704 y 1269) o de 10 años en los demás casos (art. 2512 N° 1).

Se ha fallado que el plazo de prescripción del artículo 1269 se cuenta desde que los falsos herederos toman posesión de la herencia, sin que importe que se trate de prescripción adquisitiva o extintiva, pues si se aplica la primera el plazo de prescripción se cuenta desde que el tercero toma posesión material de la herencia (en el caso que motivó este fallo desde que se concedió a los demandados la posesión efectiva); y en el caso de aplicarse la prescripción extintiva, el plazo se cuenta desde la misma ocasión, ya que si bien es requisito para entablar la acción de petición de herencia que el demandante tenga la calidad de heredero, es necesario además que la herencia se encuentre ocupada por otra persona en calidad de heredero, lo que claramente se desprende del artículo 1264 del Código Civil, que define la acción de petición de herencia diciendo que “El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá...”.

574. Efectos de la acción de petición de herencia. Acogida la acción de petición

²⁹⁴ Rev. Der. y Jur., t. XXXIII, sec. primera, pág. 406.

²⁹⁵ C. de Santiago, 5 de junio de 1990, Rev. Der. y Jur., t. LXXXVII, sec. 2°, pág. 122. En el mismo sentido, C. Suprema, 28 de octubre de 2003, Rev. Der. y Jur., t. 100, sec. 1°, pág. 200.

²⁹⁶ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. III, N° 1056, pág. 1183.

de herencia, el demandado vencido debe restituir los bienes hereditarios. Esta restitución comprende:

a) todas las cosas corporales e incorpóreas de que el causante era dueño;

b) todas las cosas que se encontraban en poder del causante como mero tenedor (arrendatario, comodatario, etc.). Es lógico que vuelvan estas especies, pues el heredero, como representante del causante, tendrá la obligación de restituirla a sus dueños:

c) también los aumentos que haya experimentado la herencia. Así lo dispone el artículo 1265: "Se extiende la misma acción no sólo a las cosas que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto, sino a los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia". Quedan comprendidos dentro de estos aumentos los intereses de un crédito; las rentas de arrendamiento de una finca; los aumentos que han experimentado los bienes por accesión; los bienes que hubieren vuelto al causante por haberse resuelto un contrato celebrado por el causante, o por haberse anulado un negocio jurídico celebrado por éste, etc.

Respecto a la **restitución de frutos y al abono de las mejoras**, en conformidad al artículo 1266, se aplican las reglas de la acción reivindicatoria, o sea, las prestaciones mutuas (artículos 904 y siguientes). En cuanto a las **enajenaciones y deterioros** que hubieren experimentado los bienes, el poseedor de buena fe "no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico"; en cambio el de mala fe responderá "de todo el importe de las enajenaciones y deterioros".

Se ha fallado que cuando se acoge una acción de petición de herencia "no es necesaria la obtención de un nuevo auto de posesión efectiva, puesto que el mismo efecto lo produce el reconocimiento de la calidad de herederos que ha sido obtenido al impetrar la acción de petición de herencia".²⁹⁶

²⁹⁶ C. Suprema, 8 de enero de 1996. Fallos del Mes 446, N° 15, pág. 1951 (también publicada en Rev. Der. y Jur., t. 93, sec. J°, pág. 9).

575. Valor de los actos ejecutados por el supuesto heredero. Mientras el heredero aparente estuvo en posesión de los bienes hereditarios, pudo haber celebrado distintos actos jurídicos. Cabe, entonces, preguntarse qué valor tienen dichos actos, en qué situación se encuentra el tercero que contrató con el heredero supuesto. Se deben distinguir distintas situaciones:

a) Pagos hechos al heredero aparente. En conformidad al artículo 1576 inc. 2°, "el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía". Por consiguiente, esos pagos son válidos, quedando quien los hizo liberado de la obligación correspondiente.

b) Actos de administración celebrados por el heredero aparente, p. ej., arrendamientos. Se estima por la doctrina que tales actos se mantienen, pues se trata de actos necesarios que el verdadero heredero también tendría que haber celebrado.

c) En cuanto a los actos de disposición, son válidos, pero inoponibles al verdadero heredero, pues ésa es la regla que rige para los actos sobre cosa ajena (arts. 1815, 2390, etc.). Por consiguiente, el heredero podrá reivindicar en contra del tercero adquirente.

Párrafo III: De la acción reivindicatoria del heredero

576. Acción reivindicatoria del heredero. El artículo 1268 prescribe que "El heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables, que han pasado a terceros, y no hayan sido prescritas por ellos" (inc. 1°). "Si prefiere usar de esta acción, conservará, sin embargo, su derecho para que el que ocupó de mala fe la herencia le complete lo que por el recurso contra terceros poseedores no hubiere podido obtener, y le deje indemne; y tendrá igual derecho contra el que ocupó de buena fe la herencia en cuanto por el artículo

precedente se hallare obligado" (cuando se hubiere hecho más rico).

577. La acción reivindicatoria cuando los herederos son varios. Al ser varios los herederos, todos ellos son comuneros de la especie que se pretende reivindicar, por lo que para intentar la acción deben hacerlo todos de consuno. No puede deducirla uno en representación de los demás, por cuanto la acción reivindicativa

no es un acto de administración.²⁹⁷ Lo que podría hacer cada heredero es reivindicar su cuota en conformidad al artículo 892.²⁹⁸

²⁹⁷ C. Suprema, 13 de mayo de 2003. Fallos del Mes 510, sentencia 14, pág. 747.

²⁹⁸ En ese sentido, Somarriva y Domínguez, *Las obligaciones y contratos ante la jurisprudencia*, sentencia 465, pág. 355.

Párrafo I: Generalidades

578. Antecedentes. Esta materia está tratada en el Título VIII del Libro III del Código, artículos 1270 v siguientes. La primera de estas normas señala que “ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones”.

La palabra albacea proviene del árabe “*cabezalero*”, o sea, que hace cabeza.

579. Naturaleza jurídica. Aun cuando se ha discutido sobre cuál es la naturaleza jurídica del albaceazgo, parece claro que viene a ser un mandato con algunas características especiales. Como lo dice el artículo 1270, el albacea es una persona a quien se le formula un encargo, lo mismo que ocurre, según el artículo 2116, con el mandatario.

El albaceazgo es un mandato que presenta las siguientes características, que lo diferencian del mandato ordinario: a) el albaceazgo se genera a la muerte del causante, en cambio, la muerte del mandante pone término al mandato (2163 N° 5); b) el mandato es un contrato; el albaceazgo tiene su origen en un acto de última voluntad del testador; c) el albaceazgo es siempre solemne, pues debe necesariamente otorgarse en un testamento; en cambio el mandato es por regla general consensual (art. 2123); d) aceptado el cargo de albacea, no puede revocarse, en cambio el mandato es esencialmente revocable (art. 2163 N° 3); e) El mandatario tiene las facultades que le fija el mandante; en cambio las facultades del albacea las fija la ley, sin que pueda el testador modificarlas (art. 1298), f) el albacea debe tener plena capacidad, lo que

no ocurre en el mandato ordinario, en que el mandatario puede ser una persona relativamente incapaz (art. 2128).

580. Características del albaceazgo. Se señalan como sus principales características las siguientes: a) es un cargo de confianza; b) es de derecho estricto; c) es remunerado; d) la no aceptación del cargo puede ser objeto de sanción; e) es un cargo temporal.

581. El albaceazgo es un cargo de confianza. Esta característica genera varias consecuencias: a) es intransmisible. Así lo consigna el 1279: “El albaceazgo no es transmisible a los herederos del albacea”; b) por regla general es indelegable a menos que el testador haya concedido expresamente la facultad de delegarlo (art. 1280).

582. El albaceazgo es de derecho estricto. Ello porque si bien el albaceazgo lo genera la voluntad del testador, sus atribuciones las fija la ley, como se desprende del artículo 1298: “El testador no podrá ampliar las facultades del albacea, ni exonerarle de sus obligaciones, según se hallan unas y otras definidas en este título”.

583. Es un cargo remunerado. La remuneración del albacea la fija el testador, y si éste nada dice, debe regularla el juez tomando en consideración el caudal y lo más o menos laborioso del cargo (art. 1302). Nada impide, por otra parte, que pueda convenirse entre los herederos y el albacea.

La fijación de la remuneración que hace el testador no puede ser objetada por los herederos, en la medida que no se vulneren las asignaciones forzosas.



584. El rechazo del cargo constituye una causal de indignidad para suceder. Si bien, según el artículo 1277, "el albacea nombrado puede rechazar libremente el cargo"; si lo rechazare sin razón, "se hará indigno de suceder al testador con arreglo al artículo 971, inciso 2°" (art. 1277 inc. 2°).

585. Es un cargo de duración temporal. Debe durar el tiempo que le fije el testador (art. 1303); y si éste nada ha dicho, durará un año desde que se comenzó a ejercer el cargo (art. 1304). El tribunal puede prorrogar estos plazos si ocurrieren al albacea dificultades graves para evacuar su cargo en él (art. 1305).

586. Plazo para aceptar el cargo. La ley no fija un plazo al albacea para aceptar el cargo, pero permite a cualquier interesado en la sucesión que pida al juez que señale un plazo razonable para que el albacea comparezca a ejercer su cargo o a excusarse de servirlo (art. 1276).

587. Sólo pueden ser albaceas las personas naturales. Excepción a la regla. En principio sólo pueden ser albaceas las personas naturales. La excepción a esta regla se encuentra en la Ley General de Bancos, que permite a estas instituciones cumplir esta función.

588. Capacidad para ser albaceas. De acuerdo al artículo 1272, no pueden ser albaceas, el menor de edad y las personas designadas en los artículos 497 y 498.

Los menores de edad son incapaces de ser albaceas aun cuando cuenten con la autorización de su representante legal.

En cuando a las personas designadas en los artículos 497 y 498, son las siguientes:

Art. 497: Los ciegos, los mudos, los dementes, aunque no estén en interdicción; los fallidos mientras no hayan satisfecho a sus acreedores, los que estén privados de administrar sus propios bienes por disipación, los que carecen de domicilio en la República, los que no saben leer ni escribir; los de mala conducta notoria; los condenados por delito que merezca pena aflictiva, aunque

se les haya indultado de ella; el que ha sido privado de ejercer la patria potestad según el artículo 271.

Art. 498: Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública fuera del territorio chileno".

589. Situación de la mujer casada en sociedad conyugal. Con anterioridad a la Ley N° 18.802, que dio plena capacidad a la mujer casada en sociedad conyugal, el artículo 1273 establecía que la mujer casada no podía ejercer el albaceazgo sin autorización de su marido o de la justicia en subsidio. Con la derogación de esta norma, la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, puede ser designada albacea.

Párrafo II: Diversas clases de albaceas

590. Diversas clases de albaceas. Los albaceas admiten distintas clasificaciones:

a) Según la amplitud de sus funciones, pueden ser: universales o generales y particulares, según hayan sido designados para cumplir todas las disposiciones testamentarias o sólo alguna de ellas.

b) Con o sin tenencia de bienes.

c) Según su número, pueden ser singulares o plurales.

d) Albaceas simples y fiduciarios, según deba o no cumplir encargos secretos o confidenciales (art. 1311).

591. Pluralidad de albaceas. Cuando los albaceas son varios, importa determinar la forma como deben actuar y cuál es su responsabilidad. Sobre el particular, podemos señalar las siguientes reglas:

a) la primera regla es que deben actuar de acuerdo a lo dispuesto por el testador;

b) si el testador nada ha dispuesto, todos ellos obrarán de consuno, de la misma manera que se previene para los tutores en el artículo 413 (inc. 1°): "El juez dirimirá las discordias que puedan ocurrir entre ellos" (inc. 3°);

c) el testador puede autorizarlos para obrar separadamente, pero de todas formas

su responsabilidad será solidaria (art. 1283 inc. final);

d) el juez puede dividir las atribuciones, en ventaja de la administración, y a pedimento de cualquiera de los albaceas, o de cualquiera de los interesados en la sucesión (art. 1282);

e) la responsabilidad de los varios albaceas es solidaria, a menos que el testador los haya exonerado de la solidaridad, o que el mismo testador o el juez hayan dividido sus atribuciones y cada uno se ciña a las que le incumban (art. 1281).

592. Atribuciones de los albaceas. Para estudiar esta materia debemos distinguir entre: a) albacea sin tenencia de bienes, y b) albacea con tenencia de bienes.

593. Albacea sin tenencia de bienes. Las funciones del albacea sin tenencia de bienes, se reducen: a) a velar por la seguridad de los bienes de la sucesión; b) pagar las deudas y legados, y c) cumplir determinadas atribuciones judiciales.

594. Obligación del albacea de velar por la seguridad de los bienes de la sucesión. El artículo 1284 dispone: "Toca al albacea velar sobre la seguridad de los bienes, hacer que se guarde bajo llave y sello el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario solemne, y cuidar de que se proceda a este inventario, con citación de los herederos y de los demás interesados en la sucesión; salvo que siendo todos los herederos capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haga inventario solemne".

Digamos al pasar que es importante esta norma porque de ella y del artículo 1766, se desprende cuándo es necesario hacer inventario solemne.

De acuerdo a la disposición recién citada, lo primero que deberá hacer el albacea es solicitar la medida conservativa de guarda y aposición de sellos hasta que se haga inventario solemne, para evitar la pérdida de los dineros, muebles y papeles de la sucesión.

Agreguemos que si bien el inventario solemne sólo es necesario cuando hay per-

sonas incapaces, es conveniente hacerlo en todo caso, en primer lugar, para gozar del beneficio de inventario y, en seguida, porque tiene valor probatorio respecto de terceros.

595. Obligación de dar noticia de la apertura de la sucesión y de pagar las deudas y legados. De acuerdo al artículo 1285, el albacea es obligado a dar noticia de la apertura de la sucesión por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquella no lo hubiere.

Estas publicaciones tienen por objeto que los acreedores del causante tomen conocimiento del fallecimiento del causante, para que puedan concurrir a cobrar sus créditos y pagar lo adeudado al causante.

En seguida el albacea, sea que el testador le haya encomendado o no el pago de sus deudas, "será obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas" (art. 1286).

La omisión de estas diligencias hará responsable al albacea de todo perjuicio que con ello se cause a los acreedores. Ello sin perjuicio de que "las mismas obligaciones y responsabilidad recaerán sobre los herederos presentes que tengan la libre administración de sus bienes, o sobre los respectivos tutores o curadores, y el marido de la mujer heredera, que no está separada de bienes" (art. 1287).

El albacea deberá pagar las deudas hereditarias con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente en su caso (art. 1288). En todo caso "aunque el testador haya encomendado al albacea el pago de sus deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagarles (art. 1289).

Respecto del pago de los legados, el artículo 1290 prescribe que el albacea "pagará los legados que no se hayan impuesto a determinado heredero o legatario; para lo cual exigirá a los herederos o al curador de la herencia yacente el dinero que sea menester y las especies muebles o inmuebles

en que consistan los legados, si el testador no le hubiere dejado la tenencia del dinero o de las especies" (inc. 1º). "Los herederos, sin embargo, podrán hacer el pago de los dichos legados por sí mismos, y satisfacer a el albacea con las respectivas cartas de pago; a menos que el legado consista en una obra o hecho particularmente encomendado a el albacea y sometido a su juicio" (inc. 2º).

El artículo 1291 establece para los albaceas algunas obligaciones especiales en relación con el pago de los legados para objeto de beneficencia pública o destinados a obras de piedad religiosa, como sufragios, aniversarios, capellanías, casas de ejercicios espirituales, fiestas eclesiásticas y otros semejantes.

596. Enajenación de bienes de la sucesión para obtener dineros para el pago de las deudas y legados. El albacea con la anuencia de los herederos presentes puede vender bienes muebles, y subsidiariamente inmuebles, para obtener dineros para el pago de las deudas y legados. Los herederos pueden evitar estas ventas entregando al albacea los dineros necesarios para cubrir esas obligaciones (art. 1293). Para efectuar estas ventas deberá cumplir con las exigencias y limitaciones de los artículos 394 y 412.

El artículo 1293 nos lleva a concluir que, en principio, los albaceas no están facultados para enajenar bienes de la sucesión. Sólo en forma excepcional, para los fines indicados y con las limitaciones señaladas, puede realizar este tipo de operaciones.

597. Atribuciones judiciales del albacea sin tenencia de bienes. La regla general es que los albaceas sin tenencia de bienes no tienen facultades judiciales. Excepcionalmente, pueden parecer en juicio para defender la validez del testamento, o cuando les fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias que les incumban. En estos casos excepcionales deberán hacerlo con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente (art. 1295).

La exigencia de actuar con intervención de los herederos presentes o del curador

de la herencia yacente se cumplirá, notificándolos para que se hagan parte en el juicio si lo estiman procedente.

Los acreedores hereditarios y testamentarios no pueden demandar al albacea el pago de sus acreencias, sino a los herederos. Ello por dos razones, primero porque son ellos los obligados y, segundo, porque el albacea no tiene la representación judicial de la sucesión.

598. Del albacea con tenencia de bienes. El artículo 1296 establece que "el testador podrá dar a el albacea la tenencia de cualquiera parte de los bienes o de todos ellos" (inc. 1º). "El albacea tendrá en este caso las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente, pero no será obligado a rendir caución sino en el caso del artículo 1297" (inc. 2º). "Sin embargo, de esta tenencia habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes" (inc. 3º).

De acuerdo a esta disposición, el albacea pasa a tener un doble tipo de derechos y obligaciones: los del curador de la herencia yacente, y los del albacea sin tenencia de bienes.

599. Facultades judiciales del albacea con tenencia de bienes. Somarriva estima que tiene las mismas facultades del curador de la herencia yacente, no obstante reconocer que esta solución resulta dudosa atendido el texto del inciso final del artículo 1296 (según el cual habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes, lo que podría significar que no tuviere más atribuciones judiciales que las que el artículo 1295 otorga a los albaceas sin tenencia de bienes).²⁹⁹

La jurisprudencia es vacilante. En algunos casos ha estado por la tesis que sólo tiene las facultades judiciales señaladas en el artículo 1295 para el albacea sin tenencia de bienes;³⁰⁰ en otros se ha resuelto que puede cobrar los créditos testamentarios,

²⁹⁹ Somarriva, *Derecho sucesorio*, N° 729, pág. 526.

³⁰⁰ Corte La Serena, Gaceta 1862, N° 744, pág. 290; Corte de Talca, Gaceta 1888, t. II, N° 2004, pág. 334; Corte de Santiago, Gaceta 1893, t. II, N° 3247, pág. 815.

aplicando el 1296 en relación con el 487, que confiere tal facultad a los curadores de la herencia yacente, pudiendo incluso llamar a confesar deudas y ejecutar a los deudores de la sucesión.³⁰¹

600. Prohibiciones que afectan a los albaceas. Tienen dos prohibiciones: a) no pueden llevar a cabo disposiciones testamentarias contrarias a la ley, y b) no pueden celebrar ciertos actos con la sucesión.

601. El albacea no puede ejecutar disposiciones testamentarias contrarias a la ley. Así lo establece el artículo 1301: "Se prohíbe a el albacea llevar a efecto ninguna disposición testamentaria que fuere contraria a las leyes, so pena de nulidad, y de considerársele culpable de dolo". Esta norma tiene la particularidad de presumir el dolo (presunción simplemente legal), lo que es contrario a la regla del artículo 1459, según la cual el dolo debe probarse.

Por el hecho de existir dolo, el albacea puede ser removido del cargo, se hace indigno de tener en la sucesión parte alguna, debe indemnizar cualquier perjuicio a los interesados y debe restituir todo lo que haya recibido a título de retribución (art. 1300).

602. Actos que el albacea no puede celebrar con la sucesión. El artículo 1294 aplica a los albaceas lo dispuesto en el artículo 412, lo que significa que no puede celebrar con la sucesión ningún acto en que tenga interés, sin autorización de los demás albaceas no implicados o del juez, y que le está absolutamente prohibido celebrar los actos señalados en el inciso 2º de esta última norma (comprar bienes raíces o tomarlos en arriendo, prohibición que se extiende a su cónyuge y a sus ascendientes y descendientes). Se ha resuelto que si el albacea es heredero, no rige esta prohibición.³⁰²

³⁰¹ Corte Suprema, 3 de mayo de 1939. Rev. Der. y Jur., t. 37, sec. 1ª, pág. 22.

³⁰² R. Der. y Jur., t. XVIII, sec. 1ª, pág. 417; R. Der. y Jur., t. XXIX, sec. 2ª, pág. 70.

603. Sanción al albacea que compra o arrienda para sí bienes raíces de la sucesión. De aplicarse el artículo 412, la sanción sería la nulidad absoluta, por tratarse de un acto prohibido por la ley. Sin embargo, esta solución es dudosa, atendido lo dispuesto en el artículo 1800, que establece que los albaceas están sujetos en cuanto a la compra o venta de las cosas que han de pasar por sus manos a lo dispuesto en el artículo 2114, lo que significa que tales actos serían inoponibles a la sucesión.

Como se ve hay dos normas contradictorias, lo que obliga a determinar cuál debe aplicarse preferentemente. Según Somarriva, debe primar el artículo 1800, por ser una regla especial, ya que sólo se aplica a la venta.³⁰³

604. Obligaciones de los albaceas. Sus obligaciones consisten en cumplir los encargos hechos por el testador, debiendo al término de su gestión rendir cuenta de su cometido (art. 1309). El testador no puede relevarlo de esta obligación (art. 1298).

De conformidad al artículo 1310, "El albacea, examinadas las cuentas por los respectivos interesados, y deducidas las expensas legítimas, pagará o cobrará el saldo, que en su contra o en su favor resultare, según lo prevenido para los tutores y curadores en iguales casos". Esta última parte debe concordarse con el artículo 424: "El tutor o curador pagará los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra, desde el día que su cuenta quedare cerrada o haya habido mora en exhibirla; y cobrará a su vez los del saldo que resulte a su favor, desde el día en que cerrada su cuenta los pida".

605. Responsabilidad del albacea. Responde hasta de la culpa leve (art. 1299) y si los albaceas son varios, la responsabilidad de ellos es solidaria; a menos que el testador lo haya exonerado de la solidaridad, o que el mismo testador o el juez haya dividido sus atribuciones y cada uno se ciña a las que le incumban (art. 1281).

³⁰³ Somarriva, *ob. cit.*, N° 729, pág. 426.

606. Extinción del albaceazgo. El albaceazgo expira por alguna de las siguientes causas: a) por vencimiento del plazo (arts. 1303 al 1305); b) por la remoción del albacea por culpa grave o dolo (art. 1300); c) por incapacidad sobreviniente (art. 1275); d) por muerte del albacea, pues el albaceazgo es intransmisible (1279); e) por renuncia (art. 1278), y f) por no aceptar el cargo en el plazo fijado por el juez (art. 1276).

607. Del albaceazgo fiduciario. El Título IX del Libro III, artículos 1311 y siguientes, trata del albacea fiduciario, que, conforme al artículo 1311, se puede definir como el heredero, albacea o cualquier otra persona a quien el testador encomienda que invierta en uno o más objetos lícitos, en forma secreta y confidencial, una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente.

608. El albacea fiduciario no está obligado a revelar el objeto del encargo secreto, ni a dar cuenta de su administración. Así lo dispone el artículo 1316.

609. Diferencias con el asignatario modal. El albaceazgo fiduciario puede confundirse con una asignación modal, ya que en ambas situaciones el testador pone a disposición de una persona una determinada suma de especies o de dinero para que lo invierta en uno o más objetos lícitos. La diferencia radica en que el asignatario modal se hace dueño de la asignación debiendo cumplir con el gravamen impuesto. En cambio el albacea fiduciario ordinariamente no es el asignatario (si bien también puede serlo); el asignatario es la persona beneficiada con el encargo.

610. Requisitos del albaceazgo fiduciario. Están indicados en el artículo 1312: "Los encargos que el testador hace secreta y confidencialmente, y en que ha de emplearse alguna parte de sus bienes, se sujetarán a las reglas siguientes: 1°. "Deberá designarse en el testamento la persona del albacea fiduciario; 2°. El albacea fiduciario tendrá las calidades necesarias para ser albacea y legatario del testador; pero no obstará

la calidad de eclesiástico secular, con tal que no se halle en el caso del artículo 965; 3°. Deberá expresarse en el testamento las especies o la determinada suma que ha de entregársele para el cumplimiento de su cargo. Faltando cualquiera de estos requisitos no valdrá la disposición".

611. Cantidad máxima que puede destinarse para el albaceazgo fiduciario. De acuerdo al artículo 1313: "No se podrá destinar a dichos encargos secretos, más que la mitad de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer a su arbitrio".

612. Juramento del albacea fiduciario. El albacea fiduciario debe prestar juramento, antes de que se le entreguen o abonen las especies o dineros asignados al encargo (art. 1314 inciso final). Debe 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 (314 inc. 1°). Debe jurar al mismo tiempo desempeñar fiel y legalmente su cargo sujetándose a la voluntad del testador (art. 1314 inc. 2°).

Si el albacea se negare a prestar el juramento a que es obligado, caducará por el mismo hecho el encargo (art. 1314 inc. final).

613. Naturaleza jurídica del albaceazgo fiduciario. No hay unanimidad en la doctrina respecto de cuál es la naturaleza jurídica del albacea fiduciario.

Para Pablo Rodríguez, el albacea fiduciario no es propiamente un ejecutor testamentario, sino un legatario. Da, entre otras, las siguientes razones: 1. No puede ser ejecutor testamentario quien realiza encargos secretos, que puede o no cumplir y respecto de los cuales no rinde cuenta; 2. El testador puede hacer encargos secretos a cualquier persona, no sólo a los albaceas (artículo 1311) por lo tanto este hecho no es suficiente para atribuirle el carácter de ejecutor testamentario; 3. Las reglas a que, según el art. 1312, debe sujetarse el albacea fiduciario, estarían demostrando que se

trata de una asignación testamentaria. En efecto, se le debe designar en el testamento, debe tener las calidades necesarias para ser albacea y legatario; y debe expresarse en el testamento las especies o la suma que ha de entregársele para el cumplimiento del encargo. Ello quiere decir que se hace dueño de especies o de la suma que se le entrega, sin que tenga obligación de rendir cuenta. Se pregunta Rodríguez a título de qué se le exige la capacidad de legatario si se tratara de un simple ejecutor testamentario; 4. El monto de los bienes dejados al albacea fiduciario lo limita la ley a la mitad de los bienes de que el causante puede disponer libremente (art. 1313), la misma que sirve para determinar las asignatarias voluntarias; 5. El albacea fiduciario debe jurar: que no hará pasar los bienes a una persona incapaz o que los destinará a un objeto ilícito, pero no le obliga a jurar que no sea él mismo el beneficiado con el encargo. Sostiene este autor que "resulta inconcebible que un ejecutor testamentario realice un encargo en provecho propio y se

haga dueño de los bienes que recibe para tal fin"; 6. Las restricciones que le impone el artículo 1315 –rendir caución para responder de parte de los bienes que recibe para cumplir el encargo– dimanar de su calidad de asignatario a título singular y no de ejecutor testamentario.³⁰⁴

Somarriva estima que los albaceas fiduciarios son un tipo especial de ejecutor testamentario al que se le deben aplicar las normas de los albaceas en lo que no se oponga a su propia naturaleza.³⁰⁵

Para los profesores Domínguez el albacea fiduciario es un albacea especial, por cuanto reciben del testador un encargo secreto y confidencial.³⁰⁶ En el mismo sentido, Claro Solar.³⁰⁷

³⁰⁴ Pablo Rodríguez, ob. cit., vol. 2, págs. 288 y siguientes.

³⁰⁵ Somarriva, ob. cit., N° 757, pág. 543.

³⁰⁶ Domínguez Benavente y Domínguez Águila, ob. cit., t. III, N° 1226, pág. 1358.

³⁰⁷ Claro Solar, ob. cit., t. XVI, N° 2244, pág. 455.

Párrafo I: Generalidades

614. Introducción. Cuando fallece el causante y le suceden dos o más herederos se genera entre ellos una indivisión o comunidad hereditaria, que será necesario liquidar mediante la partición de bienes.

Es preciso aclarar que la partición sólo procede cuando los titulares tienen derechos de igual naturaleza sobre una misma cosa. Por ello no cabe partición entre el nudo propietario y el usufructuario, pues si bien ambos derechos recaen sobre un mismo objeto, se trata de derechos de naturaleza diferente.

615. La sucesión hereditaria no es el único caso de comunidad universal. Si bien la sucesión hereditaria constituye una comunidad universal, no es el único caso, pues, a modo de ejemplo, podemos señalar que el mismo carácter tiene la comunidad que se forma con la disolución de la sociedad conyugal.

616. Disposiciones legales que tratan de la partición de bienes. Lo relativo a la partición de bienes está tratado en el Título X del Libro III del Código Civil, artículos 137 y siguientes, normas que deben complementarse con las contenidas en el Título IX del Libro III del Código de Procedimiento Civil, artículos 646 y siguientes.

617. Ámbito de aplicación de estas normas. Las normas sobre partición de bienes son de aplicación general, con lo que queremos significar que no rigen exclusivamente para la partición de la herencia, sino también para poner fin a cualquiera

indivisión o comunidad. Por consiguiente, se aplican para dividir los gananciales provenientes del régimen de sociedad conyugal —como lo reconoce expresamente el artículo 1776—, para liquidar los bienes quedados al término de una sociedad civil (artículo 2115) y también para partir las cosas comunes provenientes del cuasicontrato de comunidad (art. 2313). No se aplican, en cambio, a la liquidación de las sociedades comerciales, por cuanto respecto de ellas hay reglas especiales establecidas en los artículos 408 y siguientes del Código de Comercio.

618. Concepto de partición. La Corte Suprema, en diversos fallos, ha definido lo que debe entenderse por partición. Así, en un caso dijo que “Partición es la separación, división y repartimiento que se hace de una cosa común entre las personas a quienes pertenece; y partición de herencia, la división y distribución de los bienes hereditarios entre los coherederos”.³⁰⁸

En otro caso, la definió como “un conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del caudal poseído proindiviso en partes o lotes que guarden proporción con los derechos cuotativos de cada uno de ellos”.³⁰⁹ Esta sentencia tiene un muy interesante comentario de don Arturo Alessandri Rodríguez.

³⁰⁸ Corte Suprema, 11 de noviembre de 1925. Gaceta de los Tribunales 1925, 2º semestre, N° 55, pág. 344; Rev. Der. y Jur., t. 23, sec. 1ª, pág. 599.

³⁰⁹ Rev. Der. y Jur., t. 33, sec. 1ª, pág. 266.



619. La partición no es la única forma de poner término al estado de indivisión. En efecto, el artículo 2312 prescribe que "la comunidad termina: 1º. Por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona; 2º Por la destrucción de la cosa común; y 3º Por la división del haber común". Esta última es la forma normal de poner término a la indivisión.

620. La partición no supone necesariamente un juicio. Ello porque el mismo causante (art. 1318) o los herederos de común acuerdo, también pueden efectuar la partición (art. 1325).

Párrafo II: De la acción de partición

621. De la acción de partición. Se le puede definir como el derecho que tiene cada comunero para provocar la partición.

De lo que se acaba de señalar en el párrafo anterior, se infiere que cuando se habla de "acción de partición", el lenguaje no es adecuado, pues la sola palabra "acción" evoca la idea de juicio. Pese a ello, por comodidad, seguiremos empleando tal lenguaje y hablando de "acción de partición".

622. Características de la acción de partición. Se señalan como sus características las siguientes:

a) es una acción personal, por lo que se debe demandar a todos los comuneros. Si alguno es omitido, no le afecta el resultado de la partición (le es inoponible);

b) es imprescriptible, por cuanto, según el artículo 1317, "la partición del objeto asignado *podrá siempre* pedirse...";

c) es irrenunciable, puesto que mira no sólo al interés particular de las partes, sino que hay un interés público comprometido;

d) el derecho a provocar la partición es un derecho absoluto, de donde se sigue que quien acciona no tiene que indicar los motivos que lo llevan a pedir la partición. Además, por ser absoluto, no cabe plantear la existencia de un abuso del derecho.

Párrafo III: Del pacto de indivisión

623. Pacto de indivisión. Si bien la acción de partición es imprescriptible, los comuneros pueden limitar su ejercicio, acordando lo que se ha dado en llamar un pacto de indivisión. Al respecto el artículo 1317 establece que la partición podrá siempre pedirse "con tal que los consignatarios no hayan estipulado lo contrario, agregando en el inciso 2º que "no puede estipularse proindivisión por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto".

624. Forma de celebrar el pacto. Nada ha dicho la ley, pero parece natural exigir que a lo menos sea por escrito.³¹⁰

625. Qué ocurre si el pacto no fija plazo de duración. Para Pedro Lira, tal pacto sería nulo, pues "con la misma razón con la cual puede sostenerse que ha de admitirse su duración por los primeros cinco años, podría afirmarse que **no debió durar más de un día**". En cambio, estima que si se establece un plazo mayor de cinco años, tal pacto sería válido.³¹¹

626. Renovación del pacto de indivisión. Para renovar el pacto ¿es necesario que el plazo original se encuentre vencido? La doctrina nacional estima que se puede renovar antes de vencer el plazo. Claro Solar no ve inconvenientes en que ello pueda hacerse, explicando que, en ese caso, "como la indivisión estipulada no puede durar más de cinco años, habría que descontar de él el tiempo que faltara para completar los años del pacto vigente".³¹² En parecidos términos, Pedro Lira.³¹³

627. El testador no puede imponer la indivisión. De acuerdo a lo que se acaba

³¹⁰ Pedro Lira, ob. cit., N° 6, pág. 23.

³¹¹ Lira, ob. cit., N° 6, págs. 24-25. En igual sentido, Claro Solar, ob. cit., t. XVII, N° 2342; Silva Bascuñán, ob. cit., N° 8, págs. 10-11.

³¹² Claro Solar, ob. cit., t. XVII, N° 12341, pág. 49.

³¹³ Pedro Lira, ob. cit., N° 6, pág. 24.

de señalar, la posibilidad de establecer la indivisión temporal de los bienes hereditarios es una facultad que sólo compete a los herederos, de tal suerte que no podría el testador disponerla. Ésta es la opinión de Claro Solar,³¹⁴ de Marcos Silva Bascuñán,³¹⁵ de Pedro Lira Urquieta,³¹⁶ y de Somarriva.³¹⁷ El primero de estos autores da importantes argumentos en apoyo de su tesis, entre otros, algunos de historia fidedigna. Explica que en el proyecto de 1841 no se permitía al testador imponer esta prohibición, idea que se mantuvo en el proyecto de 1847. Posteriormente, en el proyecto de 1853, se estableció en forma expresa la posibilidad de que el testador pudiera imponer la indivisión. Sin embargo, la Comisión Revisora volvió a la idea original de que ello estaba permitido (art. 1496 del Proyecto Inédito).

Una opinión diferente sustenta Pablo Rodríguez G., quien afirma que "el testador, al igual que sus sucesores, puede disponer que las cosas asignadas se mantengan indivisas, pero, lo mismo que aquéllos, no puede ordenar que esta indivisión se prolongue por más de cinco años", agregando que si bien es verdad que la ley no ha autorizado ni ha prohibido esta condición, si pueden hacerlo los herederos no se divisa por qué no podría hacerlo el testador, desde que la indivisión temporal no atenta contra los principios de orden público que inspiran esta materia.³¹⁸

628. Validez de la cláusula de prórroga automática del pacto de indivisión. Somarriva estima que esta cláusula es plenamente válida.³¹⁹

³¹⁴ Claro Solar, ob. cit., t. XVII, N° 2338, págs. 43 y siguientes.

³¹⁵ Marcos Silva Bascuñán, *La partición de bienes*, Edit. Jurídica de Chile, tercera edición, 1948, N° 9, pág. 12.

³¹⁶ Pedro Lira Urquieta, *La partición de bienes*, Edit. Jurídica de Chile, 1948, N° 6, pág. 22.

³¹⁷ Somarriva, *Derecho sucesorio*, N° 766, pág. 552.

³¹⁸ Pablo Rodríguez G., ob. cit., vol. 2, N° 10, pág. 300.

³¹⁹ *Indivisión y partición*, N° 89, págs. 93-94.

629. Efectos y utilidad del pacto de indivisión. El efecto del pacto de indivisión es impedir que durante su vigencia se pueda pedir la partición.

Este pacto puede ser de evidente utilidad para la buena administración de la cosa común. Piénsese, por ejemplo, que la sucesión trata de dar en arrendamiento un inmueble en que el arrendatario tenga que hacer inversiones significativas. ¿Se atrevería alguien a tomar en arriendo ese bien si cualquiera de los comuneros pudiera pedir partición? La respuesta negativa parece obvia. La forma de disipar el peligro es exigiendo a los copropietarios que pacten indivisión.

630. Bienes susceptibles de partición. La regla general es que todas las cosas, universales o singulares, son susceptibles de partición (art. 1317 inc. 1º). Por excepción, hay bienes que no admiten división. A ellos se refiere el inciso final del artículo 1317: "Las disposiciones precedentes no se extienden a los lagos de dominio privado, ni a los derechos de servidumbre, ni a las cosas que la ley manda mantener indivisas, como la propiedad fiduciaria".

En relación con esta disposición, debemos señalar que actualmente —y ello desde que entró en vigencia la Ley de Reforma Agraria— no existen los lagos de dominio privado, pues de acuerdo al artículo 5º del Código de Aguas, todas las aguas son bienes nacionales de uso público.

Entre otros casos de indivisión forzada podemos mencionar: la medianería (artículos 855, 857 y 858); los bienes de dominio común de un condominio (art. 3º de la Ley N° 19.537).

Párrafo IV: Formas de hacer la partición

631. Distintas formas de efectuar la partición. La partición se puede efectuar: a) por el causante; b) por los comuneros de común acuerdo, y c) por un juez partidor.

632. Partición efectuada por el causante. Del artículo 1318, se desprende que la partición puede ser realizada por el causante:

“Si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno” (inc. 1°). “En especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla 10, otorga al cónyuge sobreviviente” (inc. 2°).

Las limitaciones que tiene el causante para hacer la partición son: primero, que debe respetar las asignaciones forzosas y también la asignación preferencial que corresponde al cónyuge sobreviviente en conformidad al artículo 1337 N° 10; y segundo, que si tiene legitimarios, sólo puede señalar las especies con que se las deba pagar, pero no las puede tasar de acuerdo a lo que establece el artículo 1197.

Según lo que se acaba de señalar, si entre los interesados en la partición no hay legitimarios, el causante no tiene cortapisas para hacer la partición. En cambio, si los hay, la situación es diferente, pues para hacerla es necesario tasar previamente las especies a repartir y el artículo 1197 le impide hacer la tasación. ¿Significa lo anterior que si hay legitimarios no podría el causante hacer la partición? Marcos Silva B. dice: “Fácil sería la solución diciendo que el artículo 1318 no es aplicable cuando hay herederos legitimarios”. Pero, agrega, “no expresa eso la ley ni hay antecedentes que permitan suponerle esa intención y, por el contrario, es posible armonizar ambos artículos permitiendo que cada uno de ellos se aplique con entera independencia en los distintos casos que, según su tenor literal, están llamados a regir”. Y este autor armoniza ambas disposiciones en la forma siguiente: “Si el testador simplemente señala las especies con que haya de pagarse una legítima, no puede tasar esos bienes, porque ello le está prohibido por el artículo 1197; pero si hace la partición en vida, aprovechando la facultad que le da el artículo 1318, puede tasar todos los bienes hereditarios, incluso lo que se adjudique a los legitimarios en entero de legítimas, porque sin ello no hay partición posible”.³²⁰

³²⁰ Marcos Silva B., ob. cit., N° 23, págs. 24 y siguientes.

Además, según este mismo autor, “suponiendo, pues, que sea nulo el señalamiento de especies con que deba pagarse una legítima cuando el causante hace uso del derecho que le confiere el artículo 1197, y suponiendo, además, que la prohibición de tasar rige en el caso del artículo 1318, la falta de tasación no acarrearía nulidad cuando se aplica el artículo 1318, ya que, para este último caso, el legislador ha consultado expresamente una sanción distinta de la nulidad, cual es que el legitimario afectado no está obligado a “pasar” por la partición en cuanto contrarie su legítima: “se pasará por ella, dice el artículo 1318, en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno”.³²¹

Somarriva concuerda con Silva Bascañán: “Si decimos que el artículo 1197 se aplica cuando el testador hace la partición, ello equivale a negarle este derecho, ya que sin tasación no hay partición posible. Por lo demás, la opinión a que adherimos deja a salvo los derechos del legitimario perjudicado, quien no está obligado a aceptar la partición que lesiona sus derechos. Habría aquí una especie de inoponibilidad; y si la partición se efectúa por testamento, bien se podría reclamar de ella mediante la acción de reforma de testamento”.³²²

La Corte Suprema, en fallo de mayoría –cinco votos contra cuatro– de 2 de enero de 1920, participa de la tesis de Silva Bascañán al señalar que “la facultad que la ley confiere al difunto de hacer por acto entre vivos o por testamento la partición de sus bienes comprende el derecho de tasarlos, para los efectos de proceder a su distribución a los herederos. En consecuencia, los legitimarios que se consideren perjudicados con la valuación y partición no tienen derecho a pedir la nulidad de las cláusulas testamentarias”.³²³

633. Forma y oportunidad en que el causante puede hacer la partición. De acuerdo al artículo 1318, el causante puede hacer

³²¹ Silva Bascañán, ob. cit., N° 23, págs. 14-25.

³²² Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 310, págs. 272 y siguientes.

³²³ Rev. Der. y Jur., t. XVIII, sec. 1°, pág. 330.

la partición: por acto entre vivos y por testamento (art. 1318 inc.). Cuando la hace por acto entre vivos no es necesario que lo haga por escritura pública –pues la ley no exige tal solemnidad–, por lo que bastará que la haga de cualquier modo auténtico posible de autenticarse, como una escritura privada.³²⁴

634. La partición hecha por el causante debe someterse a la aprobación judicial si tienen interés en ella las personas que indica el artículo 1342. En general, la doctrina nacional estima que dados los términos del artículo 1342: “Siempre que en la partición...”, cuando en la partición figura como interesada alguna de las personas que indica el artículo 1342, la partición debe aprobarse judicialmente.³²⁵

635. Partición hecha de común acuerdo por los comuneros. La segunda forma de efectuar la partición es que la hagan los comuneros de común acuerdo. Se trata de una situación que se da mucho en la práctica, pues es normal que las partes aspiren a evitarse un juicio que aparte de las molestias propias de todo juicio, significa un gasto importante para los comuneros.

Esta forma de hacer la partición está establecida en el artículo 1325, incisos 1° y 2°: “Los consignatarios podrán hacer la partición por sí mismos, si todos concurren al acto, aunque entre ellos haya personas que no tengan la libre disposición de sus bienes, siempre que no se presenten cuestiones que resolver y todos estén de acuerdo sobre la manera de hacer la división” (inc. 1°). “Serán, sin embargo, necesarias en este caso la tasación de los bienes por peritos y la aprobación de la partición por la justicia ordinaria del mismo modo que lo serían si se procediere ante un partidor” (inc. 2°).

³²⁴ Silva Bascañán, ob. cit., N° 28, págs. 27 y siguientes. En el mismo sentido, Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 312, pág. 274.

³²⁵ Silva Bascañán, ob. cit., N° 29, pág. 29. En igual sentido, Fernando Alessandri y Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 313, pág. 275.

636. Requisitos de la partición de común acuerdo. De acuerdo a los incisos recién señalados, los requisitos que se deben cumplir para hacer la partición de común acuerdo son los siguientes: a) que no haya cuestiones previas que resolver; b) que todos estén de acuerdo sobre la forma de hacer la partición; c) que los bienes se taseen, y d) que se apruebe judicialmente si entre los interesados existe alguna de las personas que indica el artículo 1342.

637. Que no haya cuestiones previas que resolver. Con ello se quiere significar que todos los interesados deben estar de acuerdo respecto a quiénes son los comuneros, cuáles son los derechos de cada uno y cuáles son los bienes a partir. Así se desprende de los artículos 1330 y 1331. El primero ordena que “antes de proceder a la partición, se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión...”; y el segundo, que “las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo y que en consecuencia no deban entrar en la masa partible, serán decididas por la justicia ordinaria...”.

638. Todos los interesados deben estar de acuerdo en la forma de hacer la partición. Los comuneros deben concordar sobre los bienes que a cada uno se adjudicarán y las condiciones en que se hará la partición. Esta exigencia es obvia, pues, en caso contrario, no habrá común acuerdo.

639. Los bienes deben tasarse. El artículo 1325 establece que es necesario tasar los bienes por peritos. Sin embargo, esta norma ha sido modificada por el artículo 657 del Código de Procedimiento Civil, que en su inciso primero exige también la tasación pericial, pero que en su inciso 2° permite que se omita la tasación “si el valor de los bienes se fija por acuerdo unánime de las partes, o de sus representantes, aun cuando haya entre ellos incapaces, con tal que existan en los autos antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes, o que se trate de bienes muebles, o de fijar

un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños”.

640. La partición de común acuerdo debe aprobarse judicialmente cuando entre los interesados hubiere algunas de las personas que indica el artículo 1342. Es necesario cumplir con este requisito, por cuando el artículo 1342 es una norma que tiene por finalidad la protección de las personas que indica esa disposición, protección que se hace necesaria cualquiera sea la forma como se haya verificado la partición, y tal vez con mayor razón, cuando ha sido hecha de común acuerdo.

641. La partición de común acuerdo es consensual. Si bien normalmente se hace por escritura pública, esta exigencia no la establece la ley, y es sabido que la regla general es que los actos jurídicos sean consensuales. Sin embargo, será necesario escritura pública si existen bienes raíces, pues en caso contrario no se podrían inscribir las adjudicaciones. Además, rige en esta materia la limitación probatoria del artículo 1709, por lo que aunque no haya bienes raíces es conveniente hacerla por escrito.

642. Naturaleza jurídica de la partición hecha de común acuerdo. La partición hecha de común acuerdo es una convención y puede ser contrato si de ella derivan obligaciones para las partes.

643. Partición hecha ante un juez partidador. Cuando la partición no ha sido hecha por el testador ni tampoco ha habido consenso entre los indivisarios para hacerla de común acuerdo, la partición la va a hacer un juez partidador, que es un árbitro de derecho. Sin embargo, las partes mayores de edad y libres administradoras de sus bienes podrán darle el carácter de arbitrador (art. 648 del Código de Procedimiento Civil). El testador no puede dar al partidador el carácter de árbitro arbitrador.

644. Trámites previos a la partición. Para proceder a la partición es necesario cumplir una serie de actuaciones previas, entre ellas: si el causante dejó un testamento cerrado, se

debe proceder a su apertura (art. 1025); si el testamento se otorgó sólo ante 5 testigos, deberá procederse a su publicación (art. 1020); si el testamento es verbal, tendrá que ponerse por escrito (art. 1037); deberá obtenerse la posesión efectiva de la herencia; inventariar los bienes comunes y tasarlos; deberá designárseles representante a los herederos incapaces. Respecto de esto último, es corriente que en una partición tengan interés representantes legales y sus representados (por ejemplo, padres e hijos). En este caso, al haber intereses contrapuestos, cesa la representación legal, pues, como dice Somarriva, “la representación legal termina donde comienza el conflicto de intereses”. Por ello para proceder a la partición, debe designarse a los incapaces un curador que los represente.

645. Requisitos para ser partidador. En conformidad a los artículos 1323 del Código Civil y 225 del Código Orgánico de Tribunales, los requisitos para ser partidador son los siguientes: a) se debe ser abogado; b) debe estar habilitado para ejercer la profesión, c) debe tener la libre disposición de sus bienes.

646. La mujer casada en sociedad conyugal puede ser partidadora. Puede serlo dentro de su patrimonio reservado. Si actúa fuera de su patrimonio reservado, obligará los bienes a que se refieren los artículos 166 y 167.

647. Inhabilidad para ser partidador. No pueden ser partidadores los jueces letrados y los ministros de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 317 del Código Orgánico de Tribunales). Tampoco pueden serlo los fiscales judiciales y los notarios (art. 480 del mismo Código).

648. A los partidadores les son aplicables las causales de implicancia y de recusación establecidas para los jueces. Así lo establece el artículo 1323 inciso 2°.

649. Sanción cuando se designa un partidador que no cumple las calidades exigidas

por la ley. Éste es un punto que ha motivado controversias en la doctrina. En efecto, según Ricardo Gaete Bahr,³²⁶ ello generaría una nulidad procesal que como tal sólo podría reclamarse durante el juicio. En cambio, para Silva Bascuñán, la sanción sería nulidad absoluta.³²⁷ En igual sentido, Fernando Alessandri.³²⁸ Patricio Aylwin cree que si se designa partidador a quien no es abogado o no tiene la libre disposición de sus bienes, la sanción es la nulidad procesal. En tanto que si se designó partidador a una persona inhábil (un juez letrado, por ejemplo), se habría vulnerado una norma prohibitiva, por lo que la sanción sería la nulidad absoluta.³²⁹ Somarriva se inclina por la nulidad absoluta.³³⁰

650. Las actuaciones de los partidadores deben ser autorizadas por un actuario. Sólo pueden ser actuarios los secretarios de los Tribunales Superiores de Justicia, los notarios o los secretarios de un Juzgado de Letras (art. 648 del Código de Procedimiento Civil).

651. Designación de partidador. La designación de partidador la puede hacer: a) el causante, si se trata de una indivisión hereditaria; b) los comuneros, de común acuerdo, o c) la justicia ordinaria.

652. Designación por el causante. El causante puede designar partidador por instrumento público entre vivos o por testamento (art. 1324). La persona nombrada puede ser albacea o consignatario, o estar comprendida en alguna de las causales de implicancia o recusación que establece el Código Orgánico de Tribunales, siempre que cumpla con los demás requisitos legales, pero cualquiera de los interesados podrá pedir al juez en

donde debe seguirse el juicio de partición que declare inhabilitado al partidador por alguno de esos motivos (art. 1324).

653. La designación hecha por el causante no obliga a los herederos. Si bien el punto ha sido controvertido, parece ser ésta la buena doctrina. Varias razones avalan esta opinión: a) el artículo 241 del Código Orgánico establece que el compromiso se termina por revocación hecha por las partes de común acuerdo, y éste es un precepto general; b) el artículo 1325 faculta a los comuneros para hacer la partición de común acuerdo, lo que implica que pueden desconocer la designación de partidador hecha por el causante; c) como los herederos representan al causante, no se ve por qué no podrían dejar sin efecto lo que hizo este último. Así lo entiende la doctrina ampliamente mayoritaria.³³¹

654. Designación del partidador hecha de común acuerdo por los comuneros. De acuerdo al artículo 1325 inciso 3°, “Los consignatarios, aunque no tengan la libre disposición de sus bienes, podrán nombrar de común acuerdo un partidador. Esta designación podrá recaer también en alguna de las personas a que se refiere el artículo anterior —albaceas o asignatarios— con tal que dichas personas reúnan los demás requisitos legales”.

655. Si hay incapaces, la designación hecha por los comuneros debe ser aprobada por la justicia. Así lo ordena el artículo 1326.

656. Si entre los interesados hay una mujer casada en sociedad conyugal, debe la mujer prestar su consentimiento. Es necesario que el nombramiento de partidador cuente con el consentimiento de la mujer, o de la justicia en subsidio (art. 1326 inc. 2°). Si falta el consentimiento de la mujer, no hay unanimidad sobre cuál sería la sanción. Para Aylwin, el nombramiento sería

³²⁶ Citado por Somarriva, ob. cit., N° 337, pág. 294.

³²⁷ Silva Bascuñán, ob. cit., N° 116, pág. 90.

³²⁸ Fernando Alessandri, *Partición de bienes*, 4ª edición, Edit. Jurídica Cono Sur, N° 94, pág. 66.

³²⁹ Patricio Aylwin Azócar, *El juicio arbitral*, Santiago, 1943, N° 110, pág. 100.

³³⁰ Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 337, pág. 295.

³³¹ Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 351, pág. 305; Silva Bascuñán, ob. cit., N° 121, pág. 99; Meza Barros, ob. cit., N° 685, pág. 172.

inoponible a la mujer; para otros adolecería de nulidad absoluta. Somarriva y Silva Bascuñán estiman que la sanción sería la nulidad relativa.³³²⁻³³³

657. Nombramiento por la justicia ordinaria. El inciso final del artículo 1325 establece que “Si no se acuerdan (los comuneros) en la designación, el juez, a petición de cualquiera de ellos, procederá a nombrar un partidador que reúna los requisitos legales, con sujeción a las reglas del Código de Procedimiento Civil”.

En este caso, se ve clara la acción de partición, entendida como el derecho que asiste a cada comunero para provocar la partición.

658. Forma de provocar la partición. La partición puede provocarla cualquiera de los asignatarios, recurriendo al tribunal ordinario que corresponda—el del lugar en que se abrió la sucesión del difunto, según indica el artículo 148 inc. 2º del Código Orgánico de Tribunales—solicitando se cite a un comparendo para designar juez partidador (art. 646 inciso 1º). Se procederá, dice esta norma, en la forma establecida para el nombramiento de peritos. La remisión debe entenderse hecha al artículo 414 del Código de Procedimiento Civil: “Para proceder al nombramiento de peritos, el tribunal citará a las partes a una audiencia, que tendrá lugar con sólo las que asistan...” (inc. 1º). El inciso 2º agrega que “si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación de las personas, hará el nombramiento el tribunal, no pudiendo recaer en tal caso en ninguna de las dos primeras que hayan sido propuestas por cada parte”.

Si alguno de los comuneros no es citado en forma legal, la sanción debe ser la inoponibilidad del juicio de partición. Debemos señalar, sin embargo, que ha habido pronunciamientos de nuestros tribunales que han resuelto, en un caso, que se trata

de una nulidad procesal,³³⁴ en otro caso,³³⁵ que la sanción es la nulidad relativa; y en varias oportunidades, que es la nulidad absoluta.³³⁶

659. Naturaleza jurídica de esta gestión. Surgen dudas sobre cuál es la naturaleza jurídica de la gestión destinada a nombrar partidador. El problema es si es un asunto contencioso o no contencioso. Según un sector de la doctrina, se trata de una gestión contenciosa, porque con ella se inicia el juicio de partición. Confirmaría esta conclusión el que el Código de Procedimiento Civil, al tratar de los asuntos no contenciosos no se haya referido a esta materia.³³⁷

Personalmente, no comparto la idea de que con esta gestión se inicia el juicio de partición, pues considero que se trata de una gestión previa al juicio, el que sólo se va a iniciar cuando el partidador constituya el compromiso y cite a las partes al primer comparendo. Porque pensamos de este modo, creemos que el poder que se dé a una parte para proceder al nombramiento del partidador no es suficiente para actuar en el juicio de partición.

Como explica Aylwin, “la determinación del tribunal competente sólo ofrece dificultades cuando el nombramiento debe hacerse en una ciudad asiento de Corte donde funcionan varios jueces de letras de mayor cuantía; si se considera contencioso el asunto, la demanda debe presentarse a la secretaría de la respectiva Corte de Apelaciones, a fin de que se designe el juez que corresponda a su conocimiento (COT, art. 176); si se le califica de no contencioso, la gestión debe iniciarse directamente ante el juez de turno (COI, art. 179).”³³⁸

³³⁴ Gaceta de los Tribunales 1909, 1º sem., sentencia 616.

³³⁵ Gaceta de los Tribunales 1915, sentencia 313, pág. 761.

³³⁶ Rev. Der. y Jur., t. X, sec. 1ª, pág. 525; t. XII, sec. 1ª, pág. 525.

³³⁷ Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 378, págs. 320-321. En el mismo sentido, Fernando Alessandri, ob. cit., N° 109, pág. 74; Patricio Aylwin, ob. cit., N° 302, págs. 333-334.

³³⁸ Aylwin, ob. cit., N° 302, pág. 334.

Párrafo V: Titulares de la acción de partición

660. Titulares de la acción de partición.

Son titulares de la acción de partición:

a) cualquiera de los coasignatarios (art. 1317);

b) los herederos de los coasignatarios. Atendido lo dispuesto en el artículo 1321: “Si falleciere uno de varios coasignatarios después de habersele deferido la asignación, cualquiera de los herederos de éste podrá pedir la partición; pero formarán en ella una sola persona, y no podrán obrar sino todos juntos o por medio de un procurador común”;

c) el cesionario de una cuota en la comunidad hereditaria. Dice el artículo 1320: “Si un consignatario 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”. Es útil consignar que un asignatario puede ceder toda su cuota o una cuota de su cuota. Así, por ejemplo, el heredero de un tercio de la herencia puede ceder un décimo de su derecho. Y con este décimo el cesionario puede pedir la partición, y

d) el acreedor de un comunero, atendido lo dispuesto en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil. De acuerdo a esta norma, “En el caso del inciso 1º del artículo 519, podrá el acreedor dirigir su acción sobre la parte o cuota que en la comunidad corresponda al deudor para que se enajene sin previa liquidación, *o exigir que con intervención suya se liquide la comunidad*. En este segundo caso, podrán los demás comuneros oponerse a la liquidación, si existe algún motivo legal que la impida, o si, de procederse a ella, ha de resultar grave perjuicio”.

661. No tienen derecho a provocar la partición:

a) el cesionario de derechos *sobre un bien determinado* del as hereditario, pues sólo ha adquirido un derecho condicional suspensivo en orden a que sólo adquirirá la cosa en que inciden tales derechos si se le adjudica a su cedente. Así ha sido reiteradamente resuelto

por nuestros tribunales. En el mismo sentido, Fernando Alessandri,³³⁹

b) los asignatarios sujetos a condición suspensiva. Así lo dispone el artículo 1319: “Si alguno de los coasignatarios lo fueren bajo condición suspensiva, no tendrán derecho para pedir la partición mientras penda la condición. Pero los otros coasignatarios podrán proceder a ella, asegurando competentemente al consignatario condicional lo que cumplida la condición le corresponda” (inc. 2º);

c) si el objeto asignado fuere un fideicomiso, los fideicomisarios no pueden pedir la partición porque su derecho está sujeto a una condición suspensiva (art. 761 inc. 1º). Tampoco pueden hacerlo los fiduciarios cuando son varios, en razón de que la propiedad fiduciaria es indivisible (arts. 751 y 1317 inc. final).

662. Capacidad para pedir la partición.

En el caso de los incapaces, la partición deberán provocarla sus representantes legales, que deben actuar con autorización judicial. Así lo ordena el artículo 1322 en el caso de las personas sujetas a tutela o curaduría. “Los tutores y curadores, y en general los que administran bienes ajenos por disposición de la ley, no podrán proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos sin autorización judicial” (inc. 1º). Esta norma es una reiteración de lo dicho por el artículo 396.

En el caso de los hijos menores, la partición la provocará el padre que tenga la patria potestad, pues él es quien administra sus bienes (art. 253), debiendo para ello obtener autorización judicial (art. 1322). No rige esta exigencia en el caso de que los bienes que se van a partir pertenezcan al peculio profesional o industrial del hijo.

663. Situación especial de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal. El inciso 2º del artículo 1322 establece: “Pero el marido no habrá menester esta autorización

³³⁹ Ob. cit., N° 86, pág. 59.

³³² Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 373, pág. 317.

³³³ Silva Bascuñán, ob. cit., N° 162, pág. 134.

—se refiere a la autorización judicial— para provocar la partición de los bienes en que tenga parte su mujer: le bastará el consentimiento de su mujer, si ésta fuere mayor de edad y no estuviere imposibilitada de prestarlo, o el de la justicia en subsidio”.

664. Situación excepcional en que los representantes legales de los incapaces o el marido, en su caso, no necesitan de autorización. Ello ocurre:

a) cuando la partición la provocare otro comunero. Como explica Meza Barros, es la solución que se da para el caso de las personas sometidas a tutela o curaduría (art. 396 inc. 2°), solución que a juicio de este autor debe generalizarse, pues “no se concibe que si otro copartícipe provoca la partición en uso del derecho del art. 1317, sea menester tal autorización”. Agrega que el texto del artículo 1322 corrobora este aserto cuando exige que el marido obtenga autorización para “provocar la partición”, con lo que racionalmente debe entenderse que no la ha menester cuando es arrastrado a ella”,³⁴⁹ y

b) en el caso que la partición se haga de común acuerdo, pues el artículo 1325 no menciona esta exigencia.

665. ¿Puede la mujer casada en sociedad conyugal por sí sola provocar la partición? Estimamos que ello no es posible, atendido lo que dispone el artículo 138 bis. Si se relaciona esta disposición con el artículo 1326, la conclusión a que debe arribarse es que la partición de bienes en que tenga interés la mujer la debe pedir el marido con el consentimiento de su mujer y sólo si el marido se negare injustificadamente puede la mujer actuar por sí misma previa autorización judicial, obligando en este caso sus bienes propios y los activos de su patrimonio reservado o especiales de los artículos 150, 166 y 167 y los bienes sociales y del marido sólo hasta concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieren reportado del acto.

³⁴⁹ Meza Barros, ob. cit., N° 679, pág. 168.

Párrafo VI: Plazo para efectuar la partición

666. El partidor tiene plazo para efectuar la partición. Este plazo puede haber sido fijado por la ley, por el causante o por los comuneros.

El artículo 1332 señala al partidor para efectuar la partición el término de dos años contados desde la aceptación del cargo, y el artículo 647 del Código de Procedimiento Civil complementa esta norma estableciendo que se debe deducir “el tiempo durante el cual, por la interposición de recursos o por otra causa, haya estado totalmente interrumpida la jurisdicción del partidor”.

El testador puede fijar el plazo en que debe efectuarse la partición, pero no puede ampliar el lapso de dos años, de donde se sigue —contrario sensu— que podría reducirlo. La razón por la que no puede ampliar el plazo es porque ello pudiera llevar a que fijara plazos tan largos que en la práctica mantuviera la indivisión por lapsos prolongados.

El inciso final del artículo 1332 permite a los coasignatarios ampliar o restringir el plazo, aun en contra de la voluntad del testador.

667. Fallo dictado cuando el plazo está vencido. Si el partidor dicta el laudo una vez vencido el plazo, la sentencia adolece de nulidad procesal, que debe ser alegada mediante el correspondiente recurso de casación en la forma fundado en el artículo 768 N° 1 del Código de Procedimiento Civil.

Párrafo VII: Responsabilidad del partidor

668. Responsabilidad del partidor. El artículo 1329 extiende la responsabilidad del partidor hasta la culpa leve y en el caso de prevaricación, declarada por el juez competente, además de estar sujeto a la indemnización de perjuicios 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.

669. Responsabilidades especiales del partidor. Al ser el partidor un juez, está sujeto a la responsabilidad disciplinaria por los abusos cometidos en el desempeño de sus funciones.

Además tiene la obligación de formar la hijuela pagadora de las deudas de la herencia y la omisión de esta obligación le hará responsable de todo perjuicio causado a los acreedores (art. 1336).

Párrafo VIII: Competencia del partidor

670. Competencia del partidor. Se puede decir, en términos generales, que corresponde al partidor liquidar los bienes comunes y distribuir entre los comuneros lo que a cada uno corresponda, según sus cuotas. En conformidad al artículo 659 del Código de Procedimiento Civil, representa a los comuneros en las adjudicaciones y enajenaciones que se efectúen por su intermedio y en tal carácter suscribirá las escrituras públicas de adjudicación y venta.

671. Distinción previa. En relación con la competencia del partidor, se deben distinguir tres tipos de materias: a) materias de la competencia exclusiva del partidor; b) materias que no son de su competencia, y c) cuestiones de que pueden conocer el partidor y la justicia ordinaria.

672. Cuestiones de competencia exclusiva del partidor. El artículo 651 establece que “entenderá el partidor en todas las cuestiones relativas a la formación e impugnación de inventarios, tasaciones, a las cuentas de los albaceas, comuneros y administradores de los bienes comunes, y en todas las demás que la ley especialmente le encomiende, o que, debiendo servir de base para la repartición, no someta la ley de un modo expreso al conocimiento de la justicia ordinaria” (inc. 1°).

De acuerdo a esta disposición, corresponde al partidor, a modo de ejemplo, la interpretación del testamento, la de determinar si un bien admite o no cómoda división, si una donación se hizo a título de

legítima o mejora, determinar el monto de las recompensas que los cónyuges se adeuden entre sí o a la sociedad conyugal, etc.

673. Fijación de plazo a las partes para que formulen sus peticiones sobre cuestiones que deban servir de base a la partición. Una facultad importante que la ley entrega al partidor es la establecida en el artículo 652 del Código de Procedimiento Civil: “Podrá el partidor fijar plazo a las partes para que formulen sus peticiones sobre las cuestiones que deban servir de base a la partición” (inc. 1°). “Cada cuestión que se promueva será tramitada separadamente, con audiencia de todos los que en ella tengan intereses, sin entorpecer el curso de las demás y sin que se paralice en unas la jurisdicción del partidor por los recursos que en otras se deduzcan. Podrán, sin embargo, acumularse dos o más de dichas cuestiones cuando sea procedente la acumulación en conformidad a las reglas generales” (inc. 2°).

674. Materias de que no puede conocer el partidor. No tiene competencia el partidor para conocer de las siguientes cuestiones, que debe resolver la justicia ordinaria:

a) Determinar quiénes son los comuneros y sus respectivos derechos. Al respecto dice el artículo 1330: “Antes de proceder a la partición, se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios”. Si bien es ésta una materia que debe servir de base a la partición, es de aquellas que, de acuerdo al 651 inc. 1°, del Código de Procedimiento Civil, está sometida en forma expresa a la justicia ordinaria.

Si esta cuestión se promueve durante el juicio de partición, deberá la partición paralizarse hasta que se resuelvan. Este problema debe plantearse ante la justicia ordinaria, y acreditado que se ha promovido, debe el partidor suspender la partición.

b) Tampoco puede conocer el partidor de la determinación de los bienes comunes. Así lo dispone el artículo 1331: “Las cuestiones sobre la propiedad de objetos en

que alguien alegue un derecho exclusivo y que en consecuencia no deban entrar en la partición, serán decididas por la justicia ordinaria; y no se retardará la partición por ellas. Decididas a favor de la masa partible, se procederá como en el caso del artículo 1349" (inc. 1º). "Sin embargo, cuando recayeren sobre una parte considerable de la masa partible, podrá la partición suspenderse hasta que se decidan; si el juez, a petición de los asignatarios a quienes corresponda más de la mitad de la masa partible, lo ordenare así" (inc. 2º).

La suspensión a que se refiere el inciso 2º recién transcrito, la debe decretar la justicia ordinaria. Así lo entiende Somarriva.³⁴¹ Sin embargo, la Corte de Talca ha resuelto que quien debe suspender la partición es el partidor.³⁴²

675. Materias de que puede conocer el partidor o la justicia ordinaria. Se encuentran en esta situación las siguientes materias:

a) Si bien, como lo hemos visto, es de la competencia del partidor lo relativo a la formación e impugnación de inventarios y tasaciones, cuentas del albacea, comuneros y administradores de bienes comunes, estas materias deberán ser conocidas por la justicia ordinaria si no ha habido aceptación del compromiso, o éste ha caducado o no se ha constituido aún. Así lo señala el inciso 2º del artículo 591 del Código de Procedimiento Civil: "Lo cual se entiende sin perjuicio de la intervención de la justicia ordinaria en la formación de los inventarios, y del derecho de los albaceas, comuneros, administradores y tasadores para ocurrir también a ella en cuestiones relativas a sus cuentas y honorarios, siempre que no hayan aceptado el compromiso, o que éste haya caducado o no esté constituido aún" (inc. 2º).

b) Mientras no se haya constituido el juicio de partición, todo lo relativo a la administración pro indiviso, es de la competencia de la justicia ordinaria. Constituido éste, corresponde al partidor conocer de estas

cuestiones. Así lo dice el artículo 653 del Código de Procedimiento Civil: "Mientras no se haya constituido el juicio divisorio o cuando falte el árbitro que debe conocer de él, corresponderá a la justicia ordinaria decretar la forma en que han de administrarse pro indiviso los bienes comunes y nombrar a los administradores, si no se ponen de acuerdo en ello los interesados" (inc. 1º). "Organizado el compromiso y mientras subsista la jurisdicción del partidor, a él corresponderá entender en estas cuestiones, y continuar conociendo en las que se hayan ya promovido o se promuevan con ocasión de las medidas dictadas por la justicia ordinaria para la administración de los bienes comunes" (inc. 2º).

c) Conocen indistintamente la justicia ordinaria o el partidor de los reclamos de terceros acreedores que tengan derechos que hacer valer sobre los bienes comprendidos en la partición. La elección corresponde al tercero (art. 656 del Código de Procedimiento Civil).

d) Para la ejecución de la sentencia definitiva, se puede ocurrir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por el que fue nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento (artículo 635 inc. 1º del Código de Procedimiento Civil). El inciso final de esta disposición agrega que "sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse ante la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto".

676. Separación de patrimonios. Para que se pueda realizar la partición, es previo separar los bienes del causante de otros bienes con que se puedan encontrar confundidos. Al respecto el artículo 1341 prescribe: "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".

El caso más corriente será la existencia de una sociedad conyugal que previamente deba liquidarse. El partidor no tiene competencia para hacerlo si no se le ha otorgado expresamente.

677. Liquidación y distribución de bienes. Dice el artículo 1337: "El partidor liquidará lo que a cada uno de los consignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios...".

La liquidación y la distribución de los bienes corresponde a operaciones diferentes. La primera consiste en determinar el valor en dinero de lo que corresponde a cada comunero; y la segunda es una operación posterior mediante la cual se adjudica a cada comunero los bienes que satisfagan sus derechos.

678. Reglas para distribuir los bienes comunes. Esta materia está tratada en el artículo 1337, que da al partidor 11 reglas sobre el modo de proceder, que son las siguientes:

"1ª. Entre los consignatarios de una especie que no admita división, o cuya división la haga desmerecer, tendrá mejor derecho a la especie el que más ofrezca por ella; cualquiera de los consignatarios tendrá derecho a pedir la admisión de licitadores extraños; y el precio se dividirá entre todos los consignatarios a prorrata".

"2ª. No habiendo quien ofrezca más que el valor de tasación o el convencional mencionado en el artículo 1335, y compitiendo dos o más asignatarios sobre la adjudicación de una especie, el legitimario será preferido al que no lo sea".

"3ª. Las porciones de uno o más fundos que se adjudiquen a un solo individuo, serán, si posible fuere, continuas, a menos que el adjudicatario consienta en recibir porciones separadas, o que de la continuidad resulte mayor perjuicio a los demás interesados que de la separación al adjudicatario".

"4ª. Se procurará la misma continuidad entre el fundo que se adjudique a un

asignatario y otro fundo de que el mismo asignatario sea dueño".

"5ª. En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce".

"6ª. Si dos o más personas fueren consignatarios de un predio, podrá el partidor con el legítimo consentimiento de los interesados separar de la propiedad el usufructo, habitación o uso para darlos por cuenta de la asignación".

"7ª. En la partición de una herencia o de lo que de ella restare, después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los números anteriores, se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los consignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible".

"8ª. En la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos; pero se tendrá cuidado de no dividir o separar los objetos que no admitan cómoda división o de cuya separación resulte perjuicio; salvo que conengan en ello unánime y legítimamente los interesados".

"9ª. Cada uno de los interesados podrá reclamar sobre el modo de composición de los lotes, antes de efectuarse el sorteo".

"10ª. Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.

Si el valor de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios.

El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la

³⁴¹ Somarriva, *En división y partición*, N° 432, pág. 359.

³⁴² Rev. Der. y Jur., t. XXVIII, sec. 2ª, pág. 12.

habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II.

El derecho de adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse”.

“11^a. Cumpliéndose con lo prevenido en los artículos 1322 y 1326, no será necesaria la aprobación judicial para llevar a efecto lo dispuesto en cualquiera de los números precedentes, aun cuando algunos o todos los consignatarios sean menores u otras personas que no tengan la libre administración de sus bienes.

679. Adjudicación preferente establecida a favor del cónyuge sobreviviente. El artículo 1337, recién copiado, da un conjunto de reglas prácticas, que no requieren un comentario especial. La excepción la constituye la regla 10^a, que fue agregada por la Ley N° 19.585, que tiene claro contenido jurídico, por lo que debe ser objeto de un análisis más cuidado.

Esta adjudicación preferente fue incorporada por la Ley N° 19.585, y tiene el claro propósito de evitar que al fallecimiento de uno de los cónyuges, al hacerse la partición, el viudo o viuda deba abandonar la casa en que vive, quedando muchas veces en la indigencia.

680. Requisitos de la adjudicación preferente.

a) La asignación preferencial se hace efectiva sobre el inmueble en que a la fecha del fallecimiento del causante resida el cónyuge sobreviviente y sobre el mobiliario que lo guarnece;

b) El inmueble debe ser o haber sido la vivienda principal de la familia;

c) Tanto el inmueble como los bienes que lo guarnecen deben formar parte del patrimonio del difunto.

681. Algunas cuestiones que pueden presentarse en relación con estos requisitos. La interpretación de la norma nos plantea algunas interrogantes:

a) Como el Código no ha definido lo que entiende por *familia*, puede resultar dudoso si el viudo o viuda tendría derecho

a este beneficio, si el matrimonio no ha tenido hijos y en la vivienda vivían sólo marido y mujer. Es un problema similar al que se presenta tratándose de los bienes familiares en que ha habido fallos que han resuelto que no procede esa institución en el caso de los matrimonios sin hijos, pues, según estas sentencias, el solo matrimonio no constituye una familia.³⁴³ Nos anticipamos a opinar que no compartimos la doctrina de estos fallos. Debemos agregar además que hay una diferencia importante entre la finalidad que persiguen la institución de los bienes familiares y la adjudicación preferente, pues la primera busca la protección de la familia —lo que pudiera en cierto modo justificar la doctrina de los fallos mencionados—, en cambio, la segunda pretende exclusivamente la protección del cónyuge sobreviviente.

b) Cuando la norma exige que el inmueble haya sido la vivienda principal de la familia, ¿comprende tanto la familia matrimonial como la no matrimonial? A nuestro entender sólo la familia matrimonial, desde que es un beneficio establecido en favor del cónyuge.

c) ¿Qué ocurre si el causante ha legado ese bien a un tercero? ¿Tiene cabida la asignación preferencial? Pensamos que en este supuesto, como se trata de un legado de especie o cuerpo cierto en que el legatario adquiere por el solo ministerio de la ley al momento de la apertura de la sucesión, ese bien no ha sido nunca bien común, por lo que está fuera de la masa partible y, consecuentemente, no puede ser objeto de asignación preferencial. No debe olvidarse que el artículo 1337 contiene reglas que debe cumplir el partidor, y si el bien en cuestión no ha entrado en la masa partible, queda fuera de la partición. La jurisprudencia avala esta interpretación: “Los bienes legados válidamente no forman parte de la masa hereditaria que se adquiere por los herederos también al momento de la delación de la herencia, esto es, al fallecimiento del causante”.³⁴⁴

³⁴³ Gaceta Jurídica 213, pág. 108; Rev. Der. y Jur., t. 95, sec. 1^a, pág. 26; Gaceta Jurídica 274, pág. 89.

³⁴⁴ Rev. Der. y Jur., t. 90, sec. 1^a, pág. 136.

682. Situación que se produce cuando el valor del inmueble y de los bienes que lo guarnecen, excede a la cuota hereditaria del cónyuge. El inciso 2° de la regla 10^a del artículo 1337 determina lo que ocurre en el caso en que con la asignación de la vivienda y de los muebles que lo guarnecen se exceda el monto de lo que al cónyuge corresponde a título de porción hereditaria: “Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de *habitación y de uso*, según la naturaleza de las cosas, con carácter de *gratuitos y vitalicios*”.

El inciso siguiente de esta norma agrega que el derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II”.

683. Derecho a la adjudicación preferente es personalísimo. Así se desprende del inciso final de la regla 10^a del artículo 1337: “El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse”.

684. Reparto de los frutos percibidos después de la muerte del testador. Esta materia está tratada en el artículo 1338: “Los frutos percibidos después de la muerte del testador, durante la indivisión, se dividirán del modo siguiente:

1. Los asignatarios de especies tendrán derecho a los frutos y acciones de ellas desde el momento de abrirse la sucesión, salvo que la asignación haya sido desde día cierto, o bajo condición suspensiva, pues en estos casos no se deberán los frutos, sino desde ese día, o desde el cumplimiento de la condición a menos que el testador haya expresamente ordenado otra cosa”. La regla general consignada en esta disposición es lógica, por cuanto el asignatario de una especie adquiere su dominio a la apertura de la sucesión, y como las cosas producen

para su dueño, corresponde que se haga dueño de los frutos.

“2. Los legatarios de cantidades o géneros no tendrán derecho a ninguno de los frutos, sino desde el momento en que la persona obligada a prestar dichas cantidades o géneros se hubiere constituido en mora; y este abono de frutos se hará a costa del heredero o legatario moroso”.

“3. Los herederos tendrán derecho a todos los frutos y acciones de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas, deducidos, empero, los frutos y acciones pertenecientes a los asignatarios de especies”.

“4. Re caerá sobre los frutos y acciones de toda la masa la deducción de que habla el inciso anterior, siempre que no haya una persona directamente gravada para la prestación del legado habiéndose impuesto por el testador este gravamen a alguno de sus asignatarios, éste sólo sufrirá la deducción”.

685. Situación de los frutos pendientes al tiempo de la adjudicación de las especies. Esta situación está tratada en el artículo 1339: “Los frutos pendientes al tiempo de la adjudicación de las especies a los asignatarios de cuotas, cantidades o géneros, se mirarán como parte de las respectivas especies, y se tomarán en cuenta para la estimación del valor de ellas”.

686. Hipoteca legal. El artículo 660 del Código de Procedimiento Civil establece que salvo acuerdo unánime de las partes, los comuneros que durante el juicio divisorio reciben bienes en adjudicación que excedan el ochenta por ciento de lo que les corresponda percibir, deberán pagar de contado dicho exceso. La fijación provisional de lo que corresponda percibir la hace el partidor.

En seguida, el artículo 662 del mismo Código agrega que “en las adjudicaciones de propiedades raíces que se hagan a los comuneros durante el juicio divisorio o en la sentencia final, se entenderá constituida hipoteca sobre las propiedades adjudicadas, para asegurar el pago de los alcances que resulten en contra de los adjudicatarios, siempre que no se pague de contado el exceso

a que se refiere el artículo 660. Al inscribir el conservador el título de adjudicación, inscribirá a la vez la hipoteca por el valor de los alcances" (inc. 1º). "Podrá reemplazarse esta hipoteca por otra caución suficiente calificada por el partidor" (inc. 2º).

De acuerdo a las normas recién citadas, los requisitos de la hipoteca legal son tres: a) que a un comunero se le adjudiquen bienes raíces cuyo valor exceda del 80% de su haber probable; b) que dicho exceso no lo pague de contado, y c) que la hipoteca se inscriba en el Conservatorio de Bienes Raíces.

Es necesario aclarar que esta hipoteca tiene el carácter de legal, sólo porque la ley establece la obligación de constituirla, no teniendo ninguna relación con las hipotecas legales, generales y ocultas que existían antes de entrar en vigencia el Código Civil, que perseguían proteger a los incapaces, que no se inscribían y que fueron reemplazadas dándoles a estas personas un crédito privilegiado de cuarta clase.

687. Término del juicio de partición. Laudo y ordenata. El juicio de partición termina con una sentencia definitiva llamada laudo. Dice el artículo 663 del Código de Procedimiento Civil que "los resultados de la partición se consignarán en un *laudo* o sentencia final, que resuelva o establezca todos los puntos de hecho y de derecho que deben servir de base para la distribución de los bienes, y en una *ordenata* o liquidación, en que se hagan los cálculos numéricos necesarios para dicha distribución". Se ha fallado que "de conformidad con lo que establece el artículo 663 del Código de Procedimiento Civil, la ordenata es una liquidación que contiene los cálculos numéricos necesarios para llevar a cabo la distribución decidida en el laudo, que contiene la resolución de los puntos de hecho y de derecho que sirven de base a la división del haber común. En consecuencia —continúa el fallo—, la ordenata ha de ser la fiel expresión numérica del laudo, a fin que pueda constituir la ejecución de las decisiones de este último".³⁴⁵

³⁴⁵ Corte Suprema, 18 de mayo de 1999. Rev. Der. y Jur., t. 96, sec. 1º, pág. 129.

688. Aprobación judicial de la partición.

La partición debe ser aprobada cuando en la masa partible o en una porción de ella tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría (art. 1342). Cabe advertir que no es correcto afirmar que la partición debe ser aprobada cuando tienen interés personas incapaces, pues puede haber incapaces interesados y no se requiere la aprobación, como ocurre, por ejemplo, con los menores sometidos a patria potestad.

689. Efectos de la partición. Dos son las cuestiones que deben ser estudiadas en esta materia: a) el efecto declarativo de la partición consagrado en el artículo 1344 y que reconocen también los artículos 718 y 2417, y b) la obligación de garantía que pesa sobre los asignatarios, tratada en los artículos 1345 a 1347.

690. Del efecto declarativo. Ideas previas.

Para entender este efecto es necesario precisar lo que se entiende por adjudicación. Somarriva explica que "es el acto por el cual se entrega a uno de los indivisarios un bien determinado que equivale a los derechos que le correspondían en su cuota ideal o abstracta en la comunidad".³⁴⁶ Luego para que exista adjudicación es requisito previo que el asignatario haya sido indivisario en el bien que recibe. Por ello si en una partición se saca a remate un bien que lo adquiere un tercero, éste no se lo está "adjudicando", sino simplemente lo está "comprando". En cambio, cuando el bien lo adquiere un comunero, hay adjudicación aunque el valor del bien que recibe sea superior a lo que le corresponde según sus derechos en la comunidad. Es decir, el hecho de producirse un alcance en su contra no altera la naturaleza jurídica del acto, lo que puede tener importancia para determinar si el bien es social o propio del cónyuge, atendido lo dispuesto en el art. 1725 N° 5. En este sentido, Claro

³⁴⁶ Somarriva, ob. cit., N° 853, pág. 611.

Solar,³⁴⁷ Pablo Rodríguez,³⁴⁸ Somarriva,³⁴⁹ Silva Bascuñán.³⁵⁰ Así lo resolvió la Excm. Corte Suprema, en fallo de 17 de abril de 1936, comentado favorablemente por don Arturo Alessandri R.³⁵¹

Se sostiene por algunos que cuando el comunero paga íntegramente con bienes o dineros propios el valor del bien que adquiere, no habría adjudicación, sino adquisición a título oneroso, por lo que no cabría aplicar el efecto declarativo de la partición. Se trataría simplemente de una venta. En este sentido Marcos Silva Bascuñán, quien expresa: "Parece de toda evidencia que, cuando un heredero paga íntegramente con bienes propios un bien de la masa hereditaria, ese bien no le ha *cabido en la partición*, no se le ha adjudicado en razón de su cuota hereditaria, *no le ha cabido por la división*".³⁵² En igual sentido, Pablo Rodríguez,³⁵³ Víctor Delpiano,³⁵⁴ Fernando Cerda Vargas.³⁵⁵

Una opinión distinta se encuentra en Luis Claro Solar³⁵⁶ y Manuel Somarriva.³⁵⁷

Es útil aclarar que no siempre el Código emplea la voz *adjudicación* en este sentido, que es el que técnicamente corresponde. Así ocurre, por ejemplo, con los artículos 777, 1264 y 2397 del Código Civil y con los artículos 499 y 500 del Código de Procedimiento Civil. En la primera disposición nombrada, *adjudicación* está tomada en el sentido de que "se entregará"; en los

³⁴⁷ Claro Solar, ob. cit., t. XVII, N° 2604, pág. 210.

³⁴⁸ Pablo Rodríguez, ob. cit., vol. 2, pág. 336.

³⁴⁹ Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 541, pág. 450.

³⁵⁰ Marcos Silva Bascuñán, ob. cit., N° 336, pág. 260.

³⁵¹ Rev. Der. y Jur., t. 33, sec. 1º, pág. 266.

³⁵² Silva Bascuñán, ob. cit., N° 337, pág. 260.

³⁵³ Pablo Rodríguez, ob. cit., vol. 2, pág. 337.

³⁵⁴ Víctor Delpiano, *Naturaleza jurídica de la adjudicación*, Santiago, 1933, págs. 79, 119, 123 y 142.

³⁵⁵ Fernando Cerda Vargas, "Carácter declarativo de los actos de partición y sus efectos", Memoria 1933, Imprenta Universo, N° 119, pág. 181.

³⁵⁶ Claro Solar, ob. cit., t. XVII, N° 2605, pág. 211.

³⁵⁷ Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 543, pág. 451.

artículos 1264 y 2397, como "restitución", y en los otros artículos citados, como "dación en pago".

691. Antecedentes históricos del efecto declarativo. En Roma la partición daba lugar a una venta o permuta, por lo que sus efectos no eran declarativos, sino traslativos. Fue el Derecho Feudal el que transformó el sistema romano dándoles a los actos legales de partición un carácter declarativo y haciéndolos de esta manera operar retroactivamente. La razón del cambio es de carácter tributario, pues se quiso con él evitar el pago de los impuestos de transferencia que eran muy elevados y que cobraban como regalías los señores feudales. El Código Civil francés incorporó este cambio en el artículo 833, que es la fuente indiscutida de nuestro artículo 1344. Bello se separó en esta materia de sus fuentes más antiguas: el Derecho Romano y la vieja legislación española, y prefirió seguir a Pothier y a los redactores del Código Civil francés.³⁵⁸

692. Establecimiento del efecto declarativo. El artículo 1344 lo consagra en relación con el dominio de los bienes adjudicados: "Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión" (inc. 1º). "Por consiguiente, si alguno de los consignatarios se enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena" (inc. 2º), y el artículo 718 lo establece respecto de la posesión: "Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía pro indiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión" (inc. 1º).

693. El efecto declarativo es una ficción que persigue proteger a los comuneros de los actos de enajenación practicados

³⁵⁸ Pedro Lira, ob. cit., N° 114, pág. 200.

por alguno de ellos durante la indivisión. Como explica un autor, la expresión “se reputará” que emplea el artículo 1344 está demostrando que el efecto declarativo o retroactivo de la partición es una ficción. “Ella consiste –agrega– en que se estima que cada asignatario ha sucedido *exclusivamente* al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión”.³⁵⁹ Por nuestra parte, podemos agregar que la expresión “se entenderá”, que emplea el art. 718, conduce a la misma conclusión. Así también lo estima Pedro Lira.³⁶⁰

Según Planiol, el fundamento del efecto declarativo de la partición se encuentra en “el principio fundamental de la igualdad entre los copartícipes: el equilibrio de la partición se quebraría si cada adjudicatario debiera soportar el efecto de los actos concluidos por un copartícipe”.³⁶¹

694. Alcance de la ficción. Como explica Lira, la ficción del artículo 1344, como toda ficción, no puede llegar a destruir enteramente la realidad jurídica. Por ello –expresa este autor– “si bien puede decirse que el período de la comunidad desaparece para ella, esa desaparición no llega a desconocer los actos válidos realizados **por todos** (lo destacado es nuestro) los comuneros durante la indivisión” y más adelante agrega: “La ficción, en realidad, sirve para impedir manejos aislados e inescrupulosos; los actos realizados por la unanimidad de los comuneros tienen el mérito de hacer retroceder la ficción”.³⁶²

Cabe agregar que el efecto declarativo de la partición opera sea que la partición se haga por el causante, de común acuerdo por los herederos o en un juicio de parti-

³⁵⁹ Enrique Silva Segura, ob. cit., N° 62, pág. 103.

³⁶⁰ Pedro Lira, *La partición de bienes*, N° 117, pág. 203.

³⁶¹ Ripert y Boulanger, *Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol*, t. X, vol. II, N° 3128, pág. 502.

³⁶² Pedro Lira, ob. cit., N° 118, pág. 204.

ción. En ese sentido, la doctrina y la jurisprudencia.³⁶³

695. La adjudicación es un título declarativo de dominio. La adjudicación no es título traslativo de dominio, puesto que, según el artículo 703, tienen este carácter los que “por su naturaleza sirven *para transferirlo*” (el dominio), lo que no ocurre con las adjudicaciones o con los actos propios de la partición, que no sirven para “transferir” el dominio. Por ello se les considera títulos declarativos.

696. Consecuencias del efecto retroactivo de la partición. Podemos señalar las siguientes consecuencias:

a) La enajenación o gravamen que en el estado de indivisión hace un asignatario de un bien poseído en común, es inoponible al adjudicatario, siguiéndose los mismos efectos de la venta de cosa ajena (art. 1344 inc. 2°). Por consiguiente, el adjudicatario puede reivindicar su derecho.

b) Si un asignatario hipotecó su cuota en un inmueble común, la suerte de esa hipoteca quedará determinada por los resultados de la partición. Si el bien se lo adjudica quien había constituido la hipoteca, ésta queda a firme; si se lo adjudica otro de los comuneros, se siguen los efectos propios de la hipoteca sobre cosa ajena, es decir, le es inoponible al adjudicatario (art. 2417).

c) El embargo de la cuota indivisa no obsta a la adjudicación, pues ésta no constituye enajenación, no operando en consecuencia la causal de objeto ilícito contemplada en artículo 1464 N° 3.

d) Si se embarga la cuota de un comunero sobre el bien común, y en la partición el bien se adjudica a otro asignatario, el embargo caduca.

e) Si el asignatario que se adjudica el bien se encuentra casado en régimen de sociedad conyugal, el bien no ingresa al activo absoluto de la sociedad conyugal.

³⁶³ Pedro Lira, ob. cit., N° 115, pág. 201. Así también, jurisprudencia, Rev. Der. y Jur., t. LII, sec. 1°, pág. 72.

f) No se aplican las limitaciones establecidas por la ley para la enajenación de los bienes de los incapaces (artículos 393, 394).

g) No cabe aplicar los impuestos propios de las enajenaciones.

697. Obligación de garantía. El segundo efecto de la partición es el deber de garantía que tienen los demás asignatarios, cuando el adjudicatario es perturbado en la posesión de la cosa adjudicada o sufre su evicción. Al respecto, el artículo 1345 establece que “El partícipe que sea molestado en la posesión del objeto que le cupo en la partición, o que haya sufrido evicción de él, lo denunciará a los otros copartícipes para que concurran a hacer cesar la molestia, y tendrá derecho para que le saquen la evicción. Esta acción prescribirá en cuatro años contados desde el día de la evicción”.

Este efecto se funda en que de no existir esta obligación, el adjudicatario se vería perjudicado frente a los demás asignatarios, rompiéndose de esa forma el principio de igualdad que debe existir entre todos ellos.³⁶⁴

698. Casos en que no procede la acción de saneamiento. Los indica el artículo 1346: “No ha lugar a esta acción: 1. Si la evicción o la molestia procediere de causa sobreviniente a la partición; 2. Si la acción de saneamiento se hubiere expresamente renunciado; 3. Si el partícipe ha sufrido la molestia o la evicción por su culpa”.

699. Pago del saneamiento se prorratea entre los copartícipes. Así lo dispone el artículo 1347: “El pago del saneamiento se divide entre los copartícipes a prorrata de sus cuotas” (inc. 1°). “La porción del insolvente grava a todos a prorrata de sus cuotas, incluso el que ha de ser indemnizado”.

700. Nulidad de la partición. El artículo 1348 establece que “Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos”

(inc. 1°). El que se anule o rescinda una partición, de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos, no significa atribuirle a ésta la calidad de contrato, que normalmente no tiene (salvo que se haya hecho de común acuerdo). Y justamente, porque no es contrato, no procede la acción resolutoria.

701. La partición que se hace en un juicio de partición es susceptible de nulidad procesal. Ello ocurrirá si se vulnera alguna norma de procedimiento. Como toda nulidad procesal deberá alegarse durante el juicio.

702. Rescisión de la partición por lesión enorme. El inciso 2° del artículo 1348 prescribe que “La rescisión por lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota” (inc. 2°).

Nuestro Código Civil no admite la lesión como vicio del consentimiento, pero siguiendo los principios romanos que informaron las Partidas, la acepta expresamente para la compraventa de bienes raíces y para las particiones. Bello tomó esta disposición –el artículo 1348 inc. 2°– del Título XVII del Ordenamiento de Alcalá.

La rescisión de una partición puede generar graves consecuencias, por lo que el legislador trata de evitar que ella pueda producirse. Ello explica que admita que los otros copartícipes puedan atajar la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en el numerario (art. 1350). No puede intentar esta acción el partícipe que haya enajenado su porción en todo o parte (art. 1351).

La prescripción de la acción rescisoria se rige por las reglas generales (art. 1352).

703. Por el vicio de lesión sólo se puede anular la totalidad de la partición, no las adjudicaciones aisladas. Así lo entiende la doctrina.³⁶⁵ Somarriva lo explica señalando

³⁶⁵ Claro Solar, ob. cit., t. XVII, N° 2672, pág. 262; Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 630, pág. 516.

³⁶⁴ Somarriva, ob. cit., N° 862, pág. 620.

do que "La rescisión se produce cuando alguno de los comuneros es perjudicado en más de la mitad de su cuota lo que forzosamente obliga a considerar la partición en conjunto, a revisar la totalidad

de la hijuela recibida por quien se siente perjudicado...".³⁶⁶

³⁶⁶ Somarriva, *Indivisión y partición*, N° 630, pág. 516.

Párrafo I: Generalidades

704. Pago de las deudas hereditarias. En conformidad al artículo 1354, fallecido el causante, las deudas hereditarias se dividen entre los herederos de pleno derecho, sin esperar el resultado de la partición, a prorrata de sus cuotas. Esta regla tiene algunas excepciones:

a) Los herederos que gocen del beneficio de inventario sólo responderán hasta el monto de lo que heredan (art. 1354 inc. 3°).

b) Tratándose de las obligaciones indivisibles. El artículo 1528 establece que "cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible es obligado a satisfacerla en el todo, y cada uno de los herederos del acreedor puede exigir su ejecución total".

c) Los herederos usufructuarios o fiduciarios dividen las deudas con los herederos propietarios o fideicomisarios, según lo prevenido en los artículos 1368 y 1372; y los acreedores hereditarios tienen el derecho de dirigir contra ellos sus acciones en conformidad a los referidos artículos (art. 1356).

d) La última excepción a la regla se produce cuando el testador, los herederos o en la partición se ha hecho una distribución distinta, caso en que los acreedores podrán dirigirse respetando o desconociendo esa distribución, según convenga a sus intereses (arts. 1526 N° 4, 1358 y 1359). De acuerdo a estas dos últimas disposiciones los herederos que sufrieren mayor gravamen que el que por el testador se les ha impuesto, tendrán derecho a ser indemnizados por sus coherederos.

705. Oportunidad en que deben pagarse las deudas hereditarias. De acuerdo al artículo 1374, "no habiendo concurso de acreedores, ni tercera oposición, se pagará a los acreedores hereditarios a medida que se presenten, y pagados los acreedores hereditarios se satisfarán los legados" (inc. 1°). "Pero cuando la herencia no apareciere excesivamente gravada, podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios que ofrezcan caución de cubrir lo que les queda en la contribución a las deudas" (inc. 2°). "Ni será exigible esta caución cuando la herencia está manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios" (inc. 3°).

La frase "tercera oposición" contenida en el inciso 1°, se refiere al caso de que alguno alegue que su crédito debe pagarse antes por gozar de algún privilegio.

706. Títulos ejecutivos contra el difunto. Los títulos ejecutivos contra el difunto se pueden hacer valer en contra de los herederos, pero para ello es necesario que se dé cumplimiento a lo que dispone el artículo 1377: "Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos". Se ha fallado que "El artículo 1377 del Código Civil tiene aplicación únicamente en el caso de herederos que hayan aceptado la herencia. No basta que se haya producido la delación de la asignación, esto es, el llamamiento que la ley hace para aceptarla o repudiarla, porque el requisito de la aceptación es el que hace posible el trámite de notificarles judicial-

mente el título ejecutivo a los herederos, para hacer posible después el cumplimiento de la obligación en sus patrimonios, según lo preceptuado en los artículos 481 y 1240 del mismo Código". La sentencia declaró que cuando la herencia se declara yacente no es necesario cumplir con las exigencias del artículo 1377, bastando la notificación al curador de la herencia yacente.³⁶⁷

Párrafo II: Responsabilidad de los legatarios por las deudas hereditarias

707. Responsabilidad de los legatarios por las deudas hereditarias. Los legatarios responden de las deudas hereditarias:

a) "cuando el testador les haya impuesto esta obligación como un gravamen de la liberalidad que les otorga" (art. 1104 inc. 1°);

b) "cuando al tiempo de abrirse la sucesión no haya habido en ella lo bastante para pagar las deudas hereditarias" (art. 1362);

c) además deben contribuir al pago de las legítimas o de las asignaciones a título de mejoras, cuando el testador destine a legados alguna parte de la porción de los bienes que la ley reserva a los legitimarios o a los asignatarios forzosos de cuarta de mejoras (art. 1362).

El artículo 1363 establece que "los legatarios que deban contribuir al pago de las legítimas, de las asignaciones con cargo a la cuarta de mejoras o de las deudas hereditarias, lo harán a prorrata de los valores de sus respectivos legados, y la porción del legatario insolvente no gravará a los otros" (inc. 1°).

708. La responsabilidad de los legatarios es subsidiaria y está limitada al monto de lo que reciben. El artículo 1362 inciso 2° establece la subsidiaridad: "La acción de los acreedores hereditarios contra los legatarios es en subsidio de la que tienen contra los herederos". Por su parte, el artículo 1363 limita su responsabilidad al establecer que

³⁶⁷ Corte Suprema, 3 de abril de 2000. Rev. Der. y Jur., t. 97, sec. 1°, pág. 73.

"los legatarios que deban contribuir al pago de las legítimas, de las asignaciones con cargo a la cuarta de mejoras o de las deudas hereditarias, lo harán a prorrata de los valores de sus respectivos legados".

La regla de que los legatarios deben concurrir en proporción a sus respectivos legados tiene algunas excepciones: a) no concurren aquellos exonerados de esta obligación por el testador (art. 1363 inc. 2°); b) los legados de obras pías o de beneficencia se entenderán exonerados sin necesidad de que lo ordene el testador, y c) los legados estrictamente alimenticios no entrarán a contribución sino después de todos los otros (artículo 1363 inc. final).

709. Responsabilidad de los legatarios en los legados con carga. Esta situación está regulada en el artículo 1367: "Los legados con causa onerosa que pueda estimarse en dinero, no contribuyen sino con deducción del gravamen, y concurriendo las circunstancias que van a expresarse: 1°. Que se haya efectuado el objeto; 2°. Que no haya podido efectuarse sino mediante la inversión de una cantidad determinada de dinero" (inc. 1°). "Una y otra circunstancia deberán probarse por el legatario, y sólo se deducirán por razón del gravamen la cantidad que constare haberse invertido" (inc. 2°).

710. Legados gravados con prendas o hipotecas. El artículo 1366 trata esta materia: "El legatario que en virtud de una hipoteca o prenda sobre la especie legada, ha pagado una deuda hereditaria con la que el testador no haya expresamente querido gravarle, es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos" (inc. 1°). "Si la hipoteca o prenda ha sido accesoria a una obligación de otra persona que el testador mismo, el legatario no tendrá acción contra los herederos" (inc. 2°).

711. Cargas testamentarias. Según el artículo 1360, las cargas testamentarias debe soportarlas, en primer lugar, el heredero o legatario que haya determinado el testador. Si éste nada ha dicho, será de cargo de los herederos a prorrata de sus cuotas.

Los herederos de común acuerdo o en el acto de partición pueden establecer un reparto distinto que no obliga a los acreedores (art. 1373).

Cuando el testador encomienda a un legatario pagar un legado, su responsabilidad queda limitada hasta concurrencia del provecho que obtiene con su legado (art. 1364).

712. Momento en que se pagan los legados. En conformidad al artículo 1374, los legados deben pagarse después de los acreedores hereditarios. Ello es lógico porque las deudas hereditarias constituyen una baja general de la herencia; en tanto que los legados se pagan con cargo al acervo líquido. Esta regla sufre excepción cuando la herencia no apareciere excesivamente gravada, caso en que los legatarios podrán ser pagados de inmediato siempre que ofrezcan caución de cubrir lo que les quepa en la contribución de las deudas (1374 inc. 2°).

713. Reducción de los legados. Cuando los bienes de la sucesión no son suficientes para el pago íntegro de los legados, se deben rebajar a prorrata. Esta regla tiene algunas excepciones:

a) Los legados alimenticios forzosos al ser una baja general de la herencia, se pagan preferentemente.

b) Si lo que se ha dado en razón de legítimas y mejoras excede de la mitad legítimaria y cuarta de mejoras, el exceso se imputará a la porción de lo que el testador pudo disponer libremente, "con preferencia a cualquier objeto de libre disposición" (art. 1194).

c) En conformidad al artículo 1141, los legados anticipados prefieren a los demás instituidos por el testador cuando los bienes que éste deja a su muerte no alcancen a cubrirlos a todos (art. 1141).

Párrafo III: Beneficio de separación de patrimonios

714. Beneficio de separación de patrimonios. Está tratado en el Título XII del

Libro III, artículos 1378 y siguientes. La primera de estas normas establece: "Los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero; y en virtud de este beneficio de separación tendrán derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias y testamentarias con preferencia a las deudas propias del heredero".

Como el heredero es el continuador de la persona del causante, a la apertura de la sucesión su patrimonio y el del causante se confunden, lo que puede acarrear perjuicios a los acreedores de este último si el heredero está cargado de deudas, pues al concurrir sus acreedores a pagarse en el patrimonio común, lo debilitarán haciéndolo insuficiente para pagar a los acreedores hereditarios y testamentarios. Para evitar este riesgo, la ley establece el beneficio de separación de patrimonios.

Somarriva lo define diciendo que es "la facultad que les compete a los acreedores hereditarios y testamentarios a fin de que los bienes hereditarios no se confundan con los bienes propios del heredero, con el objeto de pagarse en dichos bienes con preferencia a los acreedores personales del heredero".³⁶⁸ En parecidos términos lo hace Claro Solar.³⁶⁹

715. Titulares del beneficio de separación. En conformidad al artículo 1378, este beneficio corresponde a los acreedores hereditarios y testamentarios del difunto. No es necesario que sus créditos sean actualmente exigibles, ya que el artículo 1379 también lo confiere a los acreedores a día cierto o bajo condición, de donde se sigue que el beneficio de separación constituye una verdadera medida conservativa.

716. ¿A quién se demanda? Explica Somarriva que al no decir la ley a quién debe

³⁶⁸ Somarriva, *Derecho sucesorio*, N° 912, pág. 655.

³⁶⁹ Claro Solar, ob. cit., t. XVII, N° 2777, pág. 343.

demandarse, dos soluciones son posibles: a) que se demande a los herederos; o b) que se demande a los acreedores personales de los herederos. Afirma que esta última solución, si bien es más jurídica, es poco práctica, puesto que los acreedores hereditarios o testamentarios no tienen forma de saber quiénes son los acreedores personales del heredero. Por ello termina inclinándose por la primera alternativa.³⁷⁰

Para un sector importante de la doctrina nacional, se debe demandar a los acreedores personales del heredero o herederos. Así Francisco Escobar Riffo,³⁷¹ Claro Solar,³⁷² Wenceslao Olate.³⁷³

Para Ramón Domínguez Benavente, en cambio, debe demandarse al heredero, opinión que funda en varios argumentos:

a) En el hecho de que el beneficio procede aun cuando no haya acreedores del heredero a la fecha de la apertura de la sucesión, por lo que no se les puede demandar.

b) El artículo 1384 da acción a los separatistas para solicitar la rescisión de las enajenaciones de bienes del difunto **efectuadas por el heredero** dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión y que no hayan tenido por objeto el pago de las deudas hereditarias y testamentarias. Luego, el beneficio de separación afecta a los herederos desde que les limita la facultad de disponer de bienes hereditarios. Ello justifica que sean ellos los demandados.

c) El beneficio de separación permite a los acreedores separatistas dirigirse sobre los bienes del heredero sólo cuando se hayan agotado los bienes a que dicho beneficio les dio un derecho preferente (art. 1283). Si no se respeta este orden, los herederos pueden reclamar conforme al procedimiento de las tercerías (art. 520 N° 3 del Código de Procedimiento Civil). Ello confirma el interés manifiesto de los herederos en este

³⁷⁰ Somarriva, *Derecho sucesorio*, N° 918, pág. 658.

³⁷¹ Francisco Escobar Riffo, ob. cit., N° 157, pág. 252.

³⁷² Claro Solar, ob. cit., t. XVII, N° 2793, pág. 357.

³⁷³ Cit. por Francisco Escobar Riffo.

beneficio, lo que justifica que deban ser ellos los demandados.

d) De seguirse la opinión contraria se coloca a los separatistas, en la mayoría de los casos, en la imposibilidad de hacer valer esta medida conservativa, por no saber quiénes son los acreedores personales del heredero, y

e) Bello siguió en esta materia a Delvincourt, como puede verse en las notas al Proyecto de 1853, quien era de opinión de que debía notificarse a los herederos.

717. El acreedor de una obligación natural carece del beneficio de separación. Ello como consecuencia de no tener acción para demandar el cumplimiento de la obligación. Dice Domínguez que “desde que el acreedor está privado de acción para demandar el cumplimiento, ningún derecho valedero puede exhibir para impetrar esta medida conservativa”.³⁷⁴

718. Los acreedores del heredero carecen de este beneficio. Así lo dispone el artículo 138: “Los acreedores del heredero no tendrán derecho a pedir, a beneficio de sus créditos, la separación de bienes de que hablan los artículos precedentes”.

719. Características del beneficio de separación. Se pueden señalar como sus características las siguientes:

a) Debe ser declarado judicialmente. Así lo prueban distintas disposiciones: artículos 1378 (“podrán pedir”); 1380 (“el derecho de cada acreedor a pedir”); 1381 (“los acreedores del heredero no tendrán derecho a pedir”); 1383 (“que hayan obtenido la separación”); y el artículo 1385, que disipa cualquier duda desde que establece que cuando hay bienes raíces en la sucesión, **el decreto** en que se **concede el beneficio de separación se inscribirá...**”.

b) Es un beneficio individual, porque puede demandarlo cualquier acreedor

³⁷⁴ Ramón Domínguez Benavente, “De la aceptación y repudiación de las asignaciones”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 115, pág. 31.

hereditario o testamentario del difunto y también lo es porque se puede demandar sólo a algunos de los coherederos y no a todos.³⁷⁵

c) Puede demandarse cualquiera sea la forma de aceptación de la herencia, con o sin beneficio de inventario.

d) Según el sector mayoritario de la doctrina, produce separación de patrimonios. Esta última característica la analizaremos más adelante.

720. Hasta qué momento se puede hacer efectivo este beneficio. Según el artículo 1380, “el derecho de cada acreedor a pedir el beneficio de separación subsiste mientras no haya prescrito su crédito...”.

721. Casos en que no tiene lugar el beneficio. El artículo 1380 dispone que no tiene lugar en dos casos: 1°. Cuando el acreedor ha reconocido al heredero por deudor, aceptando un pagaré, prenda, hipoteca o fianza del dicho heredero, o un pago parcial de la deuda; y 2°. “Cuando los bienes de la sucesión han salido ya de manos del heredero, o se han confundido con los bienes de éste, de manera que no sea posible reconocerlos”.

Además de estos dos casos, tampoco procede cuando los créditos están prescritos; o se han renunciado, en forma expresa o tácita (el caso del N° 1° del 1380 importa una renuncia tácita).

722. El beneficio de separación pedido por un acreedor hereditario o testamentario favorece a los demás. Así lo dispone el artículo 1382: “Obtenida la separación de patrimonios por alguno de los acreedores de la sucesión, aprovechará a los demás acreedores de la misma que la invoquen y cuyos créditos no hayan prescrito, o que no se hallen en el caso del N° 1° del artículo 1380” (inc. 1°).

723. Efectos del beneficio de separación. Declarado judicialmente el beneficio de

³⁷⁵ Ramón Domínguez Benavente, artículo citado, N°s 117 y 118, págs. 99 y siguientes.

separación, sus efectos se van a producir desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo otorga y, si hay bienes inmuebles en la sucesión, desde que la sentencia se inscriba en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces en que estén ubicados los inmuebles (artículo 1385). Mientras esa inscripción no se practique, los acreedores personales del heredero podrán perseguir el pago de sus créditos en los inmuebles de la sucesión.

724. El beneficio de separación produce efectivamente la separación de patrimonios? Según Somarriva, la respuesta positiva es incontrovertible.³⁷⁶ En el mismo sentido, Escobar Riffo.³⁷⁷ En sentido contrario, Ramón Domínguez Benavente,³⁷⁸ quien afirma que este beneficio no produce separación de patrimonios, sino que sólo otorga a los acreedores hereditarios y testamentarios el derecho a pagarse en forma **preferente** con los bienes hereditarios, como en forma explícita lo dice el artículo 1378, de tal suerte que si pagados estos acreedores quedare un remanente, podrán hacer valer en él sus créditos sólo los acreedores personales del heredero. Así aparece del art. 1382 inciso 2°. Y recíprocamente, los acreedores hereditarios y testamentarios podrán hacer valer sus créditos en bienes del heredero cuando se hubieren agotado los bienes del causante. Pero respecto de estos bienes tienen preferencia para pagarse los acreedores personales del heredero (art. 1383).

Me parece útil reproducir las palabras del profesor Domínguez: “El Código ha dejado, por tanto, intacta la calidad jurídica del heredero, de suerte que aun cuando los acreedores hereditarios hagan uso del beneficio de separación, aquél continúa siendo sucesor en la persona del *de cuius* y continuador de la misma; propietario del patrimonio que ha originado por sucesión por causa de muerte; y deudor de las obligaciones que fueron del causante o que

³⁷⁶ Somarriva, ob. cit., N° 920, pág. 659.

³⁷⁷ Escobar Riffo, ob. cit., N° 169, pág. 268.

³⁷⁸ Ramón Domínguez Benavente, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 115, pág. 96.

éste instituyó en su testamento. Es tan sólo una preferencia a favor de los separatistas la que establece este beneficio; pero una separación de patrimonios, en el sentido en que esta expresión debe ser considerada no existe, como se enseña con suma frecuencia y que ha formado escuela entre nosotros.³⁷⁹

725. Efectos del beneficio de separación. Para estudiar los efectos del beneficio de separación se debe distinguir:

- efectos entre los acreedores hereditarios y testamentarios;
- efectos entre los acreedores del causante y los acreedores personales del heredero, y
- efectos respecto del heredero o herederos.

726. Efectos entre los acreedores hereditarios y testamentarios. El beneficio de separación no altera las relaciones entre los distintos acreedores hereditarios y testamentarios. Por consiguiente, si los créditos de algunos de ellos gozan de una causal de preferencia, ella se mantiene. Tampoco se modifican las relaciones de los acreedores hereditarios con los testamentarios, pues, como ya se ha explicado, los primeros se pagan antes, ya que sus créditos constituyen una baja general de la herencia (art. 959 N° 2).

727. Efectos entre los acreedores del causante y los acreedores personales del heredero. Es entre estas personas que se producen los efectos del beneficio de separación, los que en definitiva consisten en que los acreedores hereditarios y testamentarios **tienen preferencia** para pagarse con los bienes del causante, y los acreedores personales del heredero **tienen preferencia** para pagarse con los bienes del heredero. Hemos subrayado la frase "tienen preferencia", con el objeto de aclarar que satisfechos los deudores hereditarios o testamentarios con los bienes dejados por el causante, los

³⁷⁹ Ramón Domínguez Benavente, Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 155, pág. 96.

acreedores personales del heredero pueden hacer valer sus créditos sobre el remanente, y viceversa. Lo anterior resulta de aplicar los artículos 1378, 1382 inc. 2° y 1383.

728. Prueba de encontrarse agotados los bienes separados. Según se acaba de señalar, los acreedores hereditarios y testamentarios sólo pueden dirigirse sobre los bienes del heredero, cuando se encuentran agotados los bienes separados. Según Domínguez Benavente, corresponde al heredero probar que los bienes separados no se han agotado, por lo que no pueden perseguir sus bienes propios. Para estos efectos—agrega el profesor Domínguez— se podrá servir de todos los medios de prueba, sin las limitaciones de los artículos 1708, 1709, 1710 y 1711, desde que se trata de probar un hecho.³⁸⁰

729. Efectos respecto del heredero. A los herederos no les afecta el beneficio de separación, porque con o sin él, su responsabilidad es la misma, responden de las deudas *ultra vires hereditatis*.

730. Limitaciones establecidas para los herederos durante los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión. Producida la apertura de la sucesión, los herederos adquieren por sucesión por causa de muerte, los bienes del causante. Por consiguiente, están facultados para disponer y gravarlos de inmediato. Sin embargo, con ello se puede hacer ilusorio el beneficio de separación que puedan obtener los acreedores hereditarios o testamentarios. Por ello, el artículo 1384 les otorga una acción especial para dejar sin efecto las enajenaciones o gravámenes realizados dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del causante, que no hayan tenido por objeto pagar las deudas hereditarias o testamentarias. Dice esta norma: "Las enajenaciones de bienes del difunto hechas por el heredero dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o

³⁸⁰ Ramón Domínguez Benavente, publicación citada, pág. 117.

testamentarios, podrán rescindirse a instancia de cualquiera de los acreedores hereditarios o testamentarios que goce del beneficio de separación. Lo mismo se extiende a la constitución de hipotecas o censos".

731. Suerte de las enajenaciones y gravámenes verificados después de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión. Para el profesor Somarriva, es evidente que éstas pueden ser atacadas por la acción pauliana, conforme a las reglas generales, pues, a su juicio, el artículo 1384 no ha pretendido apartarse de las reglas generales, sino beneficiar a los acreedores hereditarios o testamentarios.³⁸¹ Compartimos totalmente esta opinión.

732. Naturaleza jurídica de esta acción. El artículo 1384 habla de que podrán *rescindirse* las enajenaciones, lo que pudiera dar a entender que se trata de una acción

de nulidad relativa. No parece, sin embargo, que ésa sea la naturaleza jurídica de la acción, pues no debe olvidarse que para que haya nulidad tiene que haber un vicio originario—consentimiento viciado, objeto ilícito, causa ilícita, incapacidad, etc.— y en el caso que nos ocupa, no se divisa que al momento de producirse la enajenación o gravamen existiere vicio alguno. Como dice Somarriva, "si bien la ley habla de que se '*rescindan*' las enajenaciones, en realidad en este caso no habría propiamente nulidad relativa, sino que se trataría de una acción especial, que tiene mucho de acción pauliana".³⁸² En el mismo sentido, Ramón Domínguez Benavente.³⁸³

³⁸² Somarriva, ob. cit., N° 923, pág. 661.

³⁸³ Domínguez Benavente, publicación citada, pág. 116.

³⁸¹ Somarriva, ob. cit., N° 923, pág. 661.

1. Abeliuk M., René; Rojas Besoain, Olga y Tasso Fuentes, Mireya: *Estudio Crítico de la Jurisprudencia del Código Civil. La Sucesión Legal*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
2. Abeliuk, René: *La filiación y sus efectos*, t. II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
3. Aguirre Vargas, Carlos: *Obras jurídicas*, Imprenta Gutemberg, Santiago, 1891.
4. Alessandri Rodríguez, Arturo: *Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada*, Editorial Universitaria, Santiago, 1935.
 - "¿Puede una persona jurídica extranjera ser instituida asignataria de bienes situados en Chile?", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XVII, primera parte, pág. 53.
 - Comentario a fallo publicado en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIII, sec. 1ª, pág. 266.
 - Nota a fallo publicado en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XI, sec. 1ª, pág. 34.
5. Alessandri Rodríguez, Fernando: *Partición de Bienes*, 4ª edición, Editorial Jurídica Cono Sur, 1992.
6. Aylwin Azócar, Patricio: *El juicio arbitral*, Santiago, 1913.
7. Barros Errázuriz, Alfredo: *Curso de Derecho*, Tercer Año, Primera Parte, 4ª edición, Editorial Nascimento, Santiago, 1931.
8. Bello López, Andrés: *Obras Completas*, Proyecto Código Civil, tomo I, Editorial Nascimento.
9. Borja, Luis F.: *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, t. V, Libro I, París. Roger y F. Chernoviz, 1908.
10. Cerda Vargas, Fernando: *Carácter declarativo de los actos de partición y sus efectos*, Memoria, 1933, Imprenta Universo.
11. Claro Solar, Luis: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
12. Corral Talciani, Hernán: *Adopción y Filiación Adoptiva*, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
13. Chacón, Jacinto: *Exposición razonada. Estudio Comparado Código Civil Chileno*, 2ª edición, Imprenta El Mercurio, Valparaíso, 1881.
14. Domínguez Benavente, Ramón, y Domínguez Águila, Ramón: *Derecho sucesorio*, 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
15. Domínguez Benavente, Ramón: "De la aceptación y repudiación de las asignaciones", *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 1155, págs. 31 y siguientes.
16. Court Murasso, Eduardo: *Nueva Ley de filiación*, Editorial Cono Sur, 2ª edición, Santiago, 2000.
17. Delpiano, Víctor: *Naturaleza jurídica de la adjudicación*, Santiago, 1933.
18. Elorriaga de Bonis, Fabián, *Derecho sucesorio*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.
19. Escobar Riffo, Francisco: *El pago de las deudas hereditarias y testamentarias*, Editorial Jurídica de Chile, 1953.
20. Fabres, José Clemente: *Obras Completas*, tomo III, Imprenta Cervantes, Santiago, 1908.
21. Figueroa Yáñez, Gonzalo: "Nueva ley de adopción. N° 19.620", Conferencia Colegio de Abogados de Chile.
 - *El Patrimonio*. Editorial Jurídica de Chile, 1991.
22. Gutiérrez, José Ramón: "Informe en Derecho", publicado en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo VII, primera parte, pág. 8.
23. Meza Barros, Ramón: *Manual de sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
24. Lira Urquieta, Pedro: *La partición de bienes*, Editorial Jurídica de Chile, 1948.



25. Polacco, Vittorio: *De las sucesiones*, 2ª edición, Ediciones Jurídicas Euro América.
26. Pothier: *Tratado del contrato de compraventa*, tomo V, 2ª edición, Casa Editorial Araluce, Barcelona.
27. Ramos Pazos, René: "El Derecho de herencia termina con la partición", *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N° 174, pág. 74.
28. Ripert y Boulanger: *Tratado de Derecho Civil, según Planiol*, tomo X, vol. II.
29. Rodríguez Grez, Pablo: *Instituciones de Derecho Sucesorio*, vol. I, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
30. Rozas Vial, Fernando; Allende Decombe, Francisco Javier; Astaburuaga Suárez, Matías; Díaz de Valdés Balbontín, Juan Pablo: *Sucesión por causa de muerte: Historia, Textos, Jurisprudencia y Comentarios*, Editorial Jurídica de Chile, 1985.
31. Silva Segura, Enrique: *Acciones y contratos sobre cuota*, 2ª edición, Editorial Jurídica, 1985.
32. Silva Bascuñán, Marcos: *La partición de bienes*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1948.
33. Somarriva Undurraga, Manuel: *Derecho Sucesorio*, Editorial Nascimento.
- *Indivisión y partición*, 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
34. Stitckin Branover, David: Comentario a sentencia publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVI, sec. 1ª, pág. 94.
35. Urrutia, Leopoldo: "Informe en Derecho", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo VI, primera parte, pág. 222.
36. Vera, Robustiano: *Código Civil de la República de Chile*, tomo IV.
37. Verdugo Lara, Raúl: *Cesión del Derecho de Herencia*, Memoria de prueba, Universidad de Concepción, Escuela Tipográfica Salesiana, 1942.

REVISTAS

1. Revista de Derecho de Jurisprudencia.
2. Revista Fallos del Mes.
3. Gaceta de los Tribunales.
4. Leyes & Sentencias.
5. Semana Jurídica.
6. Revista de Derecho Universidad de Concepción.

<i>A modo de presentación</i>	7
-------------------------------------	---

Capítulo Primero
DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA

Párrafo I: Generalidades

1. Regulación de la sucesión por causa de muerte	9
2. Fuentes de la sucesión por causa de muerte	9
3. Concepto de sucesión	9
4. Concepto de patrimonio	10
5. No pasan al heredero aquellos derechos y obligaciones pecuniarios que la ley declara intransmisibles	10
6. Modos de transmisión sucesoria	10
7. La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio	11
8. Características de la sucesión por causa de muerte como modo de adquirir	11
9. Modo de adquirir derivativo	11
10. Modo de adquirir por causa de muerte	11
11. Modo de adquirir a título gratuito	12
12. La sucesión por causa de muerte puede ser a título universal o singular	12
13. De las asignaciones por causa de muerte	12
14. Clasificación	12
15. Asignaciones a título universal y a título singular	12
16. No debe confundirse asignatario a título universal con heredero a título universal	12
17. Toda asignación a título singular (legado) implica necesariamente la existencia de un testamento	13
18. Asignaciones testamentarias y asignaciones intestadas o abintestato	13
19. Sucesión parte testamentaria y parte intestada	13
20. Principios que informan el Derecho Sucesorio chileno	13
21. Los herederos son los continuadores de la persona del causante	13
22. Excepciones al principio de que los herederos son los continuadores de la persona del causante y lo representan	14
23. Principio de la unidad del patrimonio	15
24. Excepciones al principio de la unidad	15
25. Situación del extranjero que fallece intestado en Chile	15
26. Situación del chileno que deja bienes en el extranjero	16
27. Situación del ausente	16
28. Casos contemplados en leyes especiales	16
29. Principio de la igualdad	16
30. En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura	16
31. Reparto igualitario entre los que suceden por derecho de representación	17
32. Reparto igualitario entre los que no suceden por representación	17

33. Reparto de los hijos en el primer orden de sucesión intestada	17
34. Formación del primer acervo imaginario	17
35. Obligación de saneamiento en la partición	17
36. Igualdad en la repartición del pasivo	17
37. Igualdad en la partición	17
38. La filiación matrimonial o no matrimonial de un heredero no tiene actualmente ninguna significación hereditaria	17

Párrafo II: De la apertura de la sucesión

39. Lugar en que se trata esta materia	18
40. Concepto de apertura de sucesión	18
41. Momento en que se produce la apertura	18
42. La muerte del causante que genera la apertura, puede ser real o presunta	18
43. Situación de los comurientes	18
44. Lugar en que se abre la sucesión	19
45. Legislación aplicable a la sucesión	19
46. Excepciones en que la sucesión no se rige por la ley del último domicilio del causante	19
47. Caso del chileno domiciliado en el extranjero	19
48. Caso del extranjero domiciliado en el extranjero que deja herederos en Chile	19
49. Caso de la muerte presunta	20
50. Caso de la sucesión abierta en el extranjero si el causante deja bienes en Chile	20
51. Cuando se invoca un estado civil generado en el extranjero que confiere la calidad de heredero de una persona que tuvo el último domicilio en Chile, el estado civil se prueba en conformidad a la ley extranjera	20

Párrafo III: De la delación de las asignaciones

52. Concepto	20
53. Momento en que se produce. Excepción	21
54. Derecho de opción del asignatario	21
55. Características del derecho de opción	21
56. Se adquiere originariamente	21
57. Se adquiere ipso jure	21
58. El derecho de opción es personal del asignatario	21
59. Intransferible	21
60. El asignatario no puede disponer de esta opción en su testamento	21
61. La opción es indivisible	22
62. La opción es irrevocable	22
63. La opción no puede sujetarse a modalidades	22
64. Es un derecho absoluto	22

Párrafo IV: Derecho de transmisión

65. Derecho de transmisión	22
66. El derecho de transmisión es aplicación de los principios generales	22
67. Personas que intervienen en el derecho de transmisión	22
68. Ámbito de aplicación	22
69. Requisitos del derecho de transmisión	22
70. Requisitos respecto del transmitente	22
71. Requisitos respecto del transmitido	23

Capítulo Segundo

DERECHO REAL DE HERENCIA

Párrafo I: Concepto y adquisición

72. Acepciones de la voz "herencia"	25
73. Características del derecho de herencia	25
74. El derecho de herencia es un derecho real	25
75. El derecho de herencia recae sobre una universalidad jurídica	25
76. El derecho de herencia tiene duración limitada	25
77. Diferencias entre el derecho de herencia y el derecho de dominio	26
78. Modos de adquirir el derecho de herencia	26
79. Adquisición del derecho de herencia por sucesión por causa de muerte	26
80. Adquisición del derecho de herencia por tradición	26
81. Forma de hacer la tradición del derecho de herencia	27
82. ¿Es efectivamente la tradición un modo de adquirir el derecho de herencia?	28
83. Adquisición del derecho de herencia por prescripción	29

Párrafo II: Posesión de la herencia

84. Posesión de la herencia	29
85. Posesión legal de la herencia	30
86. Posesión material de la herencia	30
87. Posesión efectiva de la herencia	30
88. Autoridad que concede la posesión efectiva	31
89. Inscripción de la resolución que concede la posesión efectiva	31
90. Importancia de la resolución que otorga la posesión efectiva	31
91. No procede la acción de nulidad en contra de la resolución que otorga una posesión efectiva	31

Párrafo III: De los acervos

92. Distintos tipos de acervos	31
93. Acervo común o bruto	31
94. Acervo ilíquido	32
95. Acervo líquido	32
96. Acervos imaginarios	32

Párrafo IV: Capacidad y dignidad para suceder

97. Requisitos para suceder por causa de muerte	32
98. La regla general es la capacidad y dignidad para suceder	32
99. Incapacidades	33
100. No pueden suceder las personas naturales que no tengan existencia al tiempo de la apertura de la sucesión	33
101. Primera excepción: la del asignatario condicional suspensivo	33
102. Segunda excepción: asignación dejada a persona que no existe, pero que se espera que exista	33
103. Tercera excepción: asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante	33
104. Incapacidades de las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas	34

105. Cuando la asignación tiene por objeto la creación de una corporación o fundación, la asignación vale	34
106. Incapacidad del condenado por el crimen de dañado ayuntamiento	35
107. Incapacidad del eclesiástico confesor	35
108. Incapacidad del notario	36
109. Las incapacidades son de orden público	36
110. El incapaz puede adquirir la asignación por prescripción	37
111. Indignidades para suceder. Concepto	37
112. La dignidad para suceder es la regla general	37
113. Causales de indignidad	37
114. Casos del artículo 968	37
115. Casos de indignidad contemplados en los artículos 969 y siguientes	37
116. Casos de indignidad no contemplados en el Título I del Libro III del Código Civil	38
117. Situaciones que se asemejan a las indignidades	38
118. Características de las indignidades	38
119. Legitimado activo para demandar la indignidad	39
120. Legitimado pasivo	39
121. Paralelo entre incapacidad e indignidad	39
122. Reglas comunes a incapacidades e indignidades	40
123. Caso del artículo 978	40
124. La incapacidad o indignidad no priva del derecho de alimentos. Excepción	40

Capítulo Tercero SUCESIÓN INTESTADA

Párrafo I: Generalidades

125. Concepto y ubicación de esta materia	41
126. Aplicación de estas reglas	41
127. Criterio seguido por el legislador para establecer las reglas de la sucesión abintestato	41
128. Formas de suceder intestado	41
129. Derecho de representación	41
130. La representación es un caso de sucesión indirecta	41
131. Una precisión necesaria	42
132. Fundamento del derecho de representación	42
133. Personas que intervienen en el derecho de representación	42
134. Requisitos del derecho de representación	42
135. Primer requisito del derecho de representación: que la sucesión sea intestada	42
136. Casos de excepción en que no obstante existir testamento, opera el derecho de representación	42
137. Primera excepción: herencia dejada indeterminadamente a los parientes	42
138. Segunda excepción: las legítimas	42
139. Segundo requisito de la representación: sólo tiene aplicación respecto de la descendencia del causante	43
140. Tercer requisito del derecho de representación: sólo tiene lugar respecto de algunos órdenes sucesorios	43
141. Cuarto requisito del derecho de representación: debe faltar el representado	43
142. El derecho del representante lo otorga la ley, no deriva del causante	43
143. Los que suceden por derecho de representación heredan por estirpes	43
144. Impuesto de herencia de los representantes	43
145. Diferencia entre los derechos de transmisión y representación	44

Párrafo II: De los órdenes de sucesión intestada

146. Herederos abintestato	44
147. Órdenes de sucesión intestada	44
148. Advertencia necesaria	44

Párrafo III: Sucesiones abiertas antes del 27 de octubre de 1999

149. Primer orden (cabeza de orden: los descendientes legítimos del causante)	45
150. Segundo orden sucesorio (cabeza de orden: los ascendientes legítimos)	46
151. Tercer orden sucesorio	46
152. Cuarto orden sucesorio	46
153. Quinto orden sucesorio	46
154. Sexto orden sucesorio	47

Párrafo IV: Sucesiones abiertas a partir del 27 de octubre de 1999

155. Primer orden sucesorio (de los descendientes)	47
156. Una explicación necesaria	47
157. Segundo orden sucesorio (de los ascendientes y del cónyuge)	47
158. Tercer orden (de los hermanos)	47
159. Cuarto orden (de los colaterales)	48
160. Quinto orden (orden del Fisco)	48
161. Derechos hereditarios del adoptado	48
162. Problema creado por la Ley N° 19.585 respecto a los derechos hereditarios del adoptado ..	49
163. El adoptado no es legitimario	49
164. Pérdida de los derechos hereditarios del cónyuge que da motivo a la separación judicial ..	49
165. El cónyuge anulado o divorciado no tiene derechos hereditarios	49
166. Pérdida de los derechos hereditarios de los padres	49
167. Principales innovaciones introducidas por la Ley N° 19.585 en materia sucesoria	50
168. Mejoramiento de la situación de los hijos no matrimoniales	50
169. El cónyuge sobreviviente es el mayor beneficiado con la reforma	50
170. Otras reformas introducidas por la Ley N° 19.585	51

Capítulo Cuarto SUCESIONES PARTE TESTADA Y PARTE INTESTADA

171. En Chile se acepta que una herencia pueda ser parte testada y parte intestada	53
172. Forma de cumplir las disposiciones testamentarias cuando la sucesión es parte testada y parte intestada	53

Capítulo Quinto DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Párrafo I: Del testamento

173. Concepto	55
174. Del testamento. Definición	55
175. Características del testamento	55
176. Es un acto jurídico unilateral	55

177. Es un acto jurídico gratuito	55
178. Es un acto jurídico solemne	55
179. El testamento es un acto por causa de muerte (acto mortis causa)	56
180. El testamento es un acto personalísimo	56
181. El testamento tiene por objeto la disposición de bienes	56
182. El testamento es esencialmente revocable	56
183. Requisitos del testamento	57
184. Requisitos internos	57
185. Capacidad para testar	57
186. La capacidad se debe tener al momento de otorgar el testamento	57
187. Incapacidad de los impúberes	57
188. Incapacidad del que se hallare en interdicción por causa de demencia	57
189. Incapacidad de quien al momento de testar no estuviere en su sano juicio	57
190. Incapacidad del que no puede expresar su voluntad claramente	57
191. Voluntad exenta de vicios	58
192. Del error	58
193. Del dolo	58
194. Clasificaciones del testamento	58
195. Solemnidades comunes a todos los testamentos solemnes otorgados en Chile	58
196. Capacidad para ser testigos de un testamento solemne	58
197. Otros requisitos que deben cumplir los testigos	59
198. Habilidad putativa	59
199. Testamento solemne abierto, público o nuncupativo	59
200. Testamento abierto puede otorgarse ante funcionario y tres testigos o sólo ante cinco testigos	59

Párrafo II: Testamento solemne abierto

201. Testamento solemne abierto puede otorgarse en protocolo o en hoja suelta	59
202. Funcionario competente para autorizar un testamento abierto	60
203. Testamento público otorgado sólo ante cinco testigos	60
204. Plazo para protocolizar un testamento otorgado ante cinco testigos	60
205. Declaraciones que debe contener el testamento solemne abierto	61
206. El notario debe dejar constancia de la hora del otorgamiento	61
207. Sanción a la falta de constancia de la hora	61
208. ¿Qué se entiende por "lugar" del otorgamiento del testamento?	62
209. Lectura del testamento	62
210. Unidad del testamento	62

Párrafo III: Testamento cerrado

211. Testamento solemne cerrado o secreto	62
212. Personas ante las cuales se otorga el testamento cerrado	63
213. Declaración de viva voz hecha por el testador de que en el sobre se encuentra su testamento	63
214. Etapas del otorgamiento	63
215. Escritura y firma del testamento	63
216. Incorporación del testamento en el sobre	63
217. Escrituración del sobre	63
218. El otorgamiento debe hacerse en un solo acto ininterrumpido	64
219. El testador puede llevarse consigo el testamento o dejarlo en custodia en la misma notaría	64
220. Apertura del testamento cerrado	64
221. El testador puede elegir libremente si hace testamento abierto o cerrado. Excepciones a esta regla	64

222. Casos en que sólo se puede hacer testamento solemne cerrado	64
223. Casos en que sólo se puede hacer testamento solemne abierto	65
224. Testamento del ciego y del sordo o sordomudo que pueden darse a entender claramente (pero no por escrito)	65

Párrafo IV: Interpretación del testamento

225. Interpretación de las disposiciones testamentarias	65
226. Disposiciones legales de interpretación	65
227. Algunos principios aplicables a la interpretación de las disposiciones testamentarias	66
228. ¿Es admisible recurrir a pruebas extrínsecas para indagar la voluntad del testador?	66
229. Tienen aplicación, para interpretar un testamento, las reglas de interpretación de los contratos?	67

Párrafo V: De la revocación del testamento

230. De la revocación del testamento	67
231. Clases de revocación	67
232. Un testamento solemne puede ser revocado por uno menos solemne	68
233. Revocación de un testamento que había revocado uno anterior	68

Párrafo VI: Nulidad del testamento solemne

234. Nulidad del testamento solemne	68
---	----

Párrafo VII: Testamento solemne otorgado en el extranjero

235. Testamento solemne otorgado en el extranjero	69
236. Testamento solemne otorgado en el extranjero, en conformidad a la legislación del país de que se trata	69
237. Validez del testamento ológrafo hecho en el extranjero en conformidad a la ley del país en que se otorgó	69
238. Testamento solemne otorgado en el extranjero de acuerdo a la ley chilena	70

Párrafo VIII: Testamentos privilegiados

239. Testamentos menos solemnes o privilegiados	71
240. Características comunes a todo testamento privilegiado	71
241. Del testamento verbal	72
242. Requisitos del testamento verbal	72
243. Caducidad del testamento verbal	72
244. Trámites para poner por escrito el testamento	72
245. Examen de los testigos	72
246. Resolución judicial	72
247. Protocolización	73
248. Etapas del testamento verbal que se deben cumplir dentro de treinta días	73
249. El testamento verbal puede ser impugnado	73
250. Testamento militar	73
251. El testamento militar puede ser abierto, cerrado o verbal	74
252. Testamento militar abierto	74

253. Trámites posteriores al otorgamiento del testamento militar	74
254. Testamento militar cerrado	74
255. Número de testigos que se requieren para el testamento militar cerrado	75
256. Caducidad del testamento militar cerrado	75
257. Testamento militar verbal	75
258. Testamento marítimo	75
259. Clases de testamento marítimo	75
260. Testamento marítimo abierto	75
261. Caducidad del testamento marítimo	76
262. Testamento marítimo cerrado	76
263. Testamento marítimo verbal	76

Capítulo Sexto DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

264. Definición	77
265. Requisitos de las asignaciones (disposiciones) testamentarias	77
266. Certidumbre y determinación del asignatario	77
267. Asignatario debe ser persona cierta	77
268. Asignatario debe ser persona determinada	77
269. El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición	78
270. Excepciones de asignaciones que valen a pesar de no ser el asignatario persona cierta y determinada	78
271. Asignaciones destinadas a objetos de beneficencia	78
272. Asignaciones dejadas al alma del testador	78
273. Asignaciones dejadas a los pobres	78
274. Asignaciones dejadas indeterminadamente a parientes	78
275. Requisitos de las asignaciones testamentarias	79
276. Excepción en que se acepta una asignación indeterminada	79
277. Asignación motivada por un error de hecho	79
278. Otros requisitos que deben cumplir las asignaciones testamentarias	80
279. Nulidad de las disposiciones captatorias	80
280. No vale la disposición en que la voluntad del testador no se manifieste en forma clara	80
281. No se admite que la elección del asignatario dependa del puro arbitrio ajeno	80
282. No valen las asignaciones dejadas al notario autorizante del testamento, a su cónyuge, a los parientes que señala, a los testigos del testamento, cónyuge o parientes de éstos	81
283. Asignación cuyo cumplimiento queda entregado al arbitrio de un heredero o legatario	81

Capítulo Séptimo CLASIFICACIÓN DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

Párrafo I: Generalidades

284. Diversos tipos de asignaciones testamentarias	83
285. Asignaciones testamentarias sujetas a modalidades	83

Párrafo II: Asignaciones testamentarias condicionales

286. Asignaciones condicionales	83
287. Lugar en que se tratan las condiciones	83

288. Elementos de la condición	83
289. La condición es un hecho futuro	83
290. Algunos casos de condiciones contempladas expresamente en el Código	84
291. Condición de no impugnar un testamento	84
292. Condición de no contraer matrimonio	84
293. Condición de permanecer en estado de viudedad	84
294. Regla común a las condiciones relativas a no contraer matrimonio o a permanecer en estado de viudedad	85
295. Efectos de las asignaciones condicionales	85
296. Efectos de la asignación condicional suspensiva pendiente	85
297. Efectos de la asignación condicional suspensiva cumplida	85
298. Efectos de la asignación condicional suspensiva fallida	86
299. Efectos de la asignación condicional resolutoria pendiente	86
300. Efectos de la asignación condicional resolutoria cumplida	86
301. Suerte que corren los actos de administración realizados por el deudor condicional en el tiempo intermedio	86
302. ¿Qué ocurre si en el lapso intermedio entre la apertura y el cumplimiento de la condición se destruye la cosa recibida bajo esa condición?	86
303. Efectos de la asignación condicional resolutoria fallida	86

Párrafo III: Asignaciones testamentarias a día

304. Asignaciones testamentarias a día	87
305. Certidumbre y determinación	87
306. Asignaciones "hasta" y asignaciones "desde"	87
307. Asignaciones desde	87
308. Asignaciones desde día cierto y determinado	87
309. Asignaciones desde día cierto pero indeterminado	87
310. Asignaciones desde día incierto pero determinado	87
311. Asignaciones desde día incierto e indeterminado	87
312. Asignaciones hasta día cierto y determinado	88
313. Asignaciones hasta día cierto e indeterminado	88
314. Asignaciones hasta día incierto pero determinado	88
315. Asignaciones hasta día incierto e indeterminado	88
316. Cuadro resumen de las asignaciones a día	88

Párrafo IV: Asignaciones modales

317. Asignaciones modales	88
318. El modo es una modalidad que cabe tanto en las asignaciones testamentarias como en las convenciones	89
319. El modo tiene cabida en toda asignación	89
320. ¿En qué puede consistir el modo?	89
321. Personas que concurren en el modo	89
322. Personas favorecidas con el modo	90
323. Modo en favor del disponente	90
324. Modo en favor del asignatario	90
325. Modo establecido a favor de un tercero	90
326. La acción para obtener el cumplimiento del modo es personal	90
327. Personas que deben cumplir el modo	90
328. Forma y tiempo en que se debe cumplir el modo	90
329. ¿Puede la carga impuesta al asignatario modal absorber totalmente el valor de la asignación?	90
330. Modo inmoral, ilícito o contrario a las buenas costumbres	90

331. El modo debe ser física y legalmente posible	91
332. Modo que se hace enteramente imposible de cumplir sin culpa del asignatario	91
333. Cláusula resolutoria	91
334. Efectos de la resolución	91
335. Cuando opera la cláusula resolutoria, ¿en qué situación quedan los terceros que contrataron con el asignatario modal?	91
336. Un caso histórico de asignación modal	91
337. Extinción del modo	92

Capítulo Octavo ASIGNACIONES A TÍTULO UNIVERSAL

338. Asignaciones a título universal (herencias)	93
339. Definición	93
340. Características de los herederos	93
341. Los herederos representan al causante	93
342. Aplicaciones del principio de que el heredero representa a la persona del causante	93
343. La posesión del causante no se transmite a los herederos	94
344. Clasificación de los herederos	94
345. Herederos universales y de cuota	94
346. Herederos de cuota	94
347. Importancia de la distinción entre heredero universal y de cuota	94
348. Herederos de remanente	95
349. Forma de repartir la herencia cuando concurren herederos de distintos tipos	95
350. Concurrencia de herederos universales y herederos de cuota	96
351. Concurren herederos de remanente con herederos de cuota	96
352. Concurren herederos de remanente con legatarios	96
353. ¿Existen en verdad los herederos de remanente?	96
354. Herederos voluntarios y herederos forzosos	97
355. No es lo mismo heredero abintestato que heredero forzoso	97

Capítulo Noveno DE LOS LEGADOS

356. Concepto	99
357. Características de los legatarios	99
358. Cosas que pueden ser objeto de un legado	99
359. Legatarios suceden en uno o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de cierto género	99
360. Legados de especie o cuerpo cierto	100
361. Estado en que se debe entregar la especie legada	100
362. Forma de entregar el legado de especie cuando se trata de un inmueble	100
363. Legado de género	100
364. ¿Qué debe entregarse cuando se trata de un legado de género?	101
365. Normas sobre la forma como deben interpretarse ciertos legados	101
366. Legado de un solar	101
367. Legado de una casa con sus muebles	101
368. Legado de una hacienda de campo	101
369. Legado de un rebaño	101
370. Legado de una especie que sea individualizada por el lugar en que se encuentra guardada	102
371. Legado de cosa fungible cuya cantidad no se determina de algún modo	102
372. Legado de una cosa entre varias que el testador creyó tener	102

373. Legado de una cosa entre muchas en que se entregare la elección a la persona obligada o al legatario	102
374. Legado en que se confiere la elección a una tercera persona	102
375. Legado de una cosa en que el testador sólo es dueño de una cuota	103
376. Legado de cosa futura	103
377. Legado de cuotas de una misma especie a varias personas	103
378. Legado de cosa ajena	103
379. Legado con cláusula de no enajenar	103
380. Legado de una cosa gravada con prenda o hipoteca u otras cargas reales	103
381. Legado de condonación	104
382. Legado de un título de crédito	104
383. Legado de confesión de deuda	104
384. Legado de pensiones alimenticias	104
385. Orden en que deben pagarse los legados	105
386. Extinción de los legados	105
387. Parte de la herencia con que se pagan los legados	105
388. Legados exonerados por el testador de contribuir al pago de las legítimas, de las mejoras y de las deudas hereditarias	105

Capítulo Décimo DE LAS DONACIONES REVOCABLES

389. Diversos tipos de donaciones	107
390. De las diversas clases de donaciones	107
391. Donaciones entre vivos o donaciones irrevocables	107
392. Donaciones revocables o donaciones por causa de muerte	107
393. La donación revocable es un acto solemne	107
394. Otorgamiento de las donaciones revocables	107
395. Importancia de la forma como se otorgan las donaciones revocables	108
396. Las donaciones entre cónyuges son siempre revocables	108
397. Capacidad del donante y del donatario	108
398. Efectos de las donaciones revocables	109
399. Confirmación de las donaciones revocables	109
400. Extinción de las donaciones revocables	109
401. Las donaciones revocables deben respetar las asignaciones forzosas	109

Capítulo Undécimo DERECHOS DE ACRECIMIENTO Y DE SUSTITUCIÓN

Párrafo I: Derecho de acrecimiento

402. Del derecho de acrecimiento	111
403. Concepto	111
404. El acrecimiento no es exclusivo de la sucesión testamentaria	111
405. Fundamentos del derecho de acrecimiento	112
406. Requisitos del acrecimiento	112
407. Que existan dos o más asignatarios	113
408. Todos los asignatarios deben ser llamados a la totalidad de un mismo objeto	113
409. Los asignatarios deben ser llamados sin determinación de cuota	113
410. Forma en que se puede producir el llamado	113
411. Conjunción verbal (<i>verbis tantum</i>)	113
412. Conjunción real (<i>re tantum</i>)	113

413. Conjunción real y verbal	113
414. Excepciones al principio de que para que haya acrecimiento no debe haber designación de cuota	113
415. Debe faltar uno o más de los asignatarios conjuntos	114
416. Que no se haya establecido un sustituto	114
417. Que el acrecimiento no esté prohibido por el testador	114
418. Características del acrecimiento	114
419. Efectos del acrecimiento	114
420. Un acrecimiento distinto está establecido en los derechos de usufructo, uso, habitación o de una pensión periódica	115

Párrafo II: De las sustituciones

421. De las sustituciones	115
422. Clases de sustituciones	115
423. Requisitos de la sustitución vulgar	115
424. Si el asignatario fallece después que el testador, no hay sustitución	116
425. La sustitución puede ser de diversos grados	116
426. La sustitución fideicomisaria no se presume	116
427. Situación que se produce cuando falta el fideicomisario antes de cumplirse la condición	116
428. Cuadro resumen de la forma como concurren los distintos derechos	116

**Capítulo Duodécimo
DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS**

Párrafo I: Generalidades

429. De las asignaciones forzosas. Concepto	117
430. Significado de las asignaciones forzosas	117
431. Las asignaciones forzosas rigen tanto en la sucesión testada como intestada	117
432. La Ley N° 19.585 introdujo en esta materia cambios importantes	118
433. Alimentos debidos por ley a ciertas personas (situación anterior a la Ley N° 19.585)	118
434. Porción conyugal (situación a la fecha en que entró en vigencia la Ley N° 19.585)	118
435. Legítimas (situación anterior a la Ley N° 19.585)	119
436. Cuarta de mejoras (situación anterior a la Ley N° 19.585)	119
437. Asignaciones forzosas a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585	119

Párrafo II: Alimentos debidos por ley a ciertas personas

438. Alimentos debidos por ley a ciertas personas	119
439. Intransmisibilidad de la obligación alimenticia	120
440. Los alimentos debidos por ley constituyen una baja general de la herencia aun cuando el testador imponga su pago a un asignatario determinado	121

Párrafo III: De las legítimas

441. De las legítimas. Concepto	121
442. Clasificación de las legítimas	122
443. Cuando concurren legitimarios con quienes no lo son, prevalecen las reglas de la sucesión intestada, por sobre las reglas de las legítimas efectivas	122

444. Cuando falta un legitimario su legítima rigurosa acrece a las legítimas rigurosas de los demás legitimarios, pero ello no las transforma en legítimas efectivas	122
445. Características de las legítimas rigurosas	123
446. Personas que tienen la condición de legitimarios	123
447. Forma como concurren los legitimarios	123
448. El derecho de representación opera en las legítimas	123
449. Forma de repartir la herencia. Cálculo de la mitad legítimaria	123
450. Base de cálculo	124
451. Primer acervo imaginario o colación	124
452. ¿Qué significa que la donación se haga a título de legítima o mejora?	124
453. Requisitos para que proceda el primer acervo imaginario	124
454. Existencia de legitimarios al abrirse la sucesión	124
455. Causante debe haber efectuado donaciones a uno o más legitimarios	125
456. Donaciones irrevocables	125
457. Sólo se acumulan las donaciones hechas en razón de legítimas o mejoras	125
458. Donaciones revocables que el causante entregó en vida a un legitimario	125
459. Hay donaciones que no se acumulan	125
460. Acumulación de los gastos hechos por el causante para el pago de una deuda de un descendiente	125
461. La acumulación se hace según el valor de la cosa donada al tiempo de la entrega debidamente actualizada	125
462. Segundo acervo imaginario	125
463. Requisitos del segundo acervo imaginario	126
464. Donación irrevocable a quien no es legitimario	126
465. Al hacer la donación el causante debe tener legitimarios	126
466. Al momento de la apertura de la sucesión deben existir legitimarios	126
467. Donaciones deben ser excesivas	126
468. Acción de inoficiosa donación	126
469. Características de la acción de inoficiosa donación	126
470. ¿Son dos los acervos imaginarios?	127
471. La calidad de legitimario se adquiere cuando concurren los supuestos que la constituyen	127
472. Forma de enterar las legítimas	127
473. Las cosas donadas se deben imputar según el estado en que se encontraban al tiempo de la entrega, debidamente reajustadas al tiempo de abrirse la sucesión	128
474. Desembolsos hechos por el causante para pagar deudas del legitimario que sea descendiente, se imputan a la legítima	128
475. No se imputan a las legítimas	128
476. Situaciones que se pueden presentar con el pago de las legítimas	128
477. Las imputaciones hechas al legitimario caben con lo que le corresponde a título de legítima	128
478. Que lo dado a título de legítima sea inferior a la mitad legítimaria	128
479. Que lo dado a título de legítima exceda a la mitad legítimaria	128
480. Que lo asignado al cónyuge sobreviviente fuere inferior a lo que le corresponde como asignatario del primer orden sucesorio	129
481. Protección de las legítimas	129

Párrafo IV: De la cuarta de mejoras

482. De la cuarta de mejoras	129
483. Asignatarios de cuarta de mejoras	129
484. Características de las mejoras	129
485. La cuarta de mejoras constituye una asignación forzosa	129
486. Las mejoras no se presumen	129
487. Las mejoras admiten modalidades y, en forma excepcional, algunos gravámenes	130

488. Pacto de no mejorar	130
489. Revocación de donaciones hechas a título de mejora	130

Párrafo V: Del desheredamiento

490. Del desheredamiento. Concepto	130
491. Requisitos del desheredamiento	131
492. Requiere de la existencia de un testamento	131
493. Causas legales de desheredamiento	131
494. En el testamento se debe señalar la causal	131
495. Se deben probar judicialmente los hechos constitutivos de la causal. Excepción a esta regla	131
496. Efectos del desheredamiento	131
497. Revocación del desheredamiento	131

Párrafo VI: De la acción de reforma

498. De la acción de reforma de testamento	132
499. La acción de reforma no es una acción de nulidad	132
500. ¿Qué puede reclamar el legitimario?	132
501. Características de la acción de reforma	132
502. La acción de reforma es personal	132
503. La acción de reforma es patrimonial	132
504. La acción de reforma es prescriptible	133

Párrafo VII: De la preterición

505. De la preterición	133
506. Porción que corresponde al preterido	133
507. Acción que corresponde al preterido	133

Capítulo Decimotercero
DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN

508. Tratamiento y forma como está estructurada esta materia	135
--	-----

Párrafo I: Guarda y aposición de sellos

509. Guarda y aposición de sellos	135
510. Tramitación de esta medida	135
511. No cabe oposición a esta medida	135
512. Bienes excluidos de esta medida conservativa	135
513. Situación que se presenta cuando los bienes están esparcidos en diversos lugares del territorio nacional	136
514. Costos de esta medida	136
515. Término de la guarda y aposición de sellos	136

Párrafo II: De la aceptación y repudiación de las asignaciones

516. Aceptación y repudiación de las asignaciones	136
---	-----

517. Regla general sobre la aceptación o repudiación de una asignación	136
518. Aceptación o repudiación de asignaciones dejadas a personas incapaces	137
519. Situación especial de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal	137
520. Sanción a las personas que sustraen efectos de la sucesión	137
521. Características de la aceptación y de la repudiación	137
522. La facultad de aceptar o repudiar se transmite	137
523. La aceptación y la repudiación no admiten modalidades	137
524. La aceptación y la repudiación son indivisibles	137
525. La aceptación de una asignación puede ser expresa o tácita. La repudiación por regla general es expresa	138
526. La aceptación y la repudiación son irrevocables	138
527. Producida la aceptación o repudiación sus efectos se retrotraen a la época en que la asignación haya sido deferida	138
528. Cuando son varias las asignaciones se puede aceptar una y repudiar otra	138
529. ¿Desde cuándo se puede aceptar o repudiar una asignación?	138
530. Plazo para aceptar o repudiar	139
531. Facultad de inspeccionar el objeto asignado y de implorar providencias conservativas	139
532. Los actos conservativos no importan aceptación de la herencia	139
533. Situación del asignatario ausente	139
534. Efecto de la mora del asignatario requerido para optar	139
535. El Código establece diferencias para la aceptación de las herencias y de los legados	140

Párrafo III: Reglas particulares relativas a las herencias

536. Declaración de la herencia yacente. Concepto	140
537. Requisitos para que se declare yacente la herencia	140
538. Función que cumple la declaración de la herencia yacente	140
539. Curaduría de la herencia yacente	141
540. Facultades del curador de la herencia yacente	141
541. Herencia yacente y herencia vacante	141
542. La herencia yacente no es persona jurídica	141
543. Efecto absoluto de la sentencia que, a instancia de un acreedor hereditario o testamentario, declara heredero a una persona	142
544. Terminación de la herencia yacente	142
545. ¿Qué ocurre cuando el testador designa albacea con tenencia sólo de algunos bienes?	142

Párrafo IV: Del beneficio de inventario

546. Del beneficio de inventario	142
547. Concepto	143
548. Requisitos del beneficio de inventario	143
549. Características del beneficio de inventario	143
550. Sólo favorece a los herederos	143
551. Es un beneficio de orden público	143
552. No requiere de declaración judicial	143
553. No produce separación de patrimonios	143
554. Todos los herederos pueden aceptar con beneficio de inventario	144
555. Personas obligadas a aceptar con beneficio de inventario	144
556. Consecuencias que se siguen si quienes deben aceptar con beneficio de inventario no cumplen con esta exigencia	144
557. Herederos que carecen de beneficio de inventario	145
558. Forma de hacer valer el beneficio de inventario	145
559. Efectos del beneficio de inventario	145

560. Responsabilidad del heredero beneficiario por los bienes hereditarios	146
561. Extinción de la responsabilidad del heredero beneficiario	146

Capítulo Decimocuarto
DE LAS ACCIONES QUE LA LEY OTORGA A LOS HEREDEROS EN DEFENSA
DE SUS DERECHOS

Párrafo I: Generalidades

562. Antecedentes	149
563. Diferencia entre la acción de petición de herencia y la acción reivindicatoria	149

Párrafo II: De la acción de petición de herencia

564. De la acción de petición de herencia	149
565. Legitimado activo de la acción de petición de herencia	150
566. Legitimado pasivo	150
567. Características de la acción de petición de herencia	150
568. La acción de petición de herencia es una acción real	150
569. La acción de petición de herencia es divisible	150
570. Es una acción universal	151
571. Se le aplican las reglas de las acciones muebles	151
572. Es una acción patrimonial	151
573. Prescripción de la acción de petición de herencia	151
574. Efectos de la acción de petición de herencia	151
575. Valor de los actos ejecutados por el supuesto heredero	152

Párrafo III: De la acción reivindicatoria del heredero

576. Acción reivindicatoria del heredero	152
577. La acción reivindicatoria cuando los herederos son varios	153

Capítulo Decimoquinto
DE LOS ALBACEAS O EJECUTORES TESTAMENTARIOS

Párrafo I: Generalidades

578. Antecedentes	155
579. Naturaleza jurídica	155
580. Características del albaceazgo	155
581. El albaceazgo es un cargo de confianza	155
582. El albaceazgo es de derecho estricto	155
583. Es un cargo remunerado	155
584. El rechazo del cargo constituye una causal de indignidad para suceder	156
585. Es un cargo de duración temporal	156
586. Plazo para aceptar el cargo	156
587. Sólo pueden ser albaceas las personas naturales. Excepción a la regla	156
588. Capacidad para ser albaceas	156
589. Situación de la mujer casada en sociedad conyugal	156

Párrafo II: Diversas clases de albaceas

590. Diversas clases de albaceas	156
591. Pluralidad de albaceas	156
592. Atribuciones de los albaceas	157
593. Albacea sin tenencia de bienes	157
594. Obligación del albacea de velar por la seguridad de los bienes de la sucesión	157
595. Obligación de dar noticia de la apertura de la sucesión y de pagar las deudas y legados	157
596. Enajenación de bienes de la sucesión para obtener dineros para el pago de las deudas y legados	158
597. Atribuciones judiciales del albacea sin tenencia de bienes	158
598. Del albacea con tenencia de bienes	158
599. Facultades judiciales del albacea con tenencia de bienes	158
600. Prohibiciones que afectan a los albaceas	159
601. El albacea no puede ejecutar disposiciones testamentarias contrarias a la ley	159
602. Actos que el albacea no puede celebrar con la sucesión	159
603. Sanción al albacea que compra o arrienda para sí bienes raíces de la sucesión	159
604. Obligaciones de los albaceas	159
605. Responsabilidad del albacea	159
606. Extinción del albaceazgo	160
607. Del albaceazgo fiduciario	160
608. El albacea fiduciario no está obligado a revelar el objeto del encargo secreto ni a dar cuenta de su administración	160
609. Diferencias con el asignatario modal	160
610. Requisitos del albaceazgo fiduciario	160
611. Cantidad máxima que puede destinarse para el albaceazgo fiduciario	160
612. Juramento del albacea fiduciario	160
613. Naturaleza jurídica del albaceazgo fiduciario	160

Capítulo Decimosexto
ASPECTOS CIVILES DE LA PARTICIÓN DE BIENES HEREDITARIOS

Párrafo I: Generalidades

614. Introducción	163
615. La sucesión hereditaria no es el único caso de comunidad universal	163
616. Disposiciones legales que tratan de la partición de bienes	163
617. Ámbito de aplicación de estas normas	163
618. Concepto de partición	163
619. La partición no es la única forma de poner término al estado de indivisión	164
620. La partición no supone necesariamente un juicio	164

Párrafo II: De la acción de partición

621. De la acción de partición	164
622. Características de la acción de partición	164

Párrafo III: Del pacto de indivisión

623. Pacto de indivisión	164
624. Forma de celebrar el pacto	164
625. Qué ocurre si el pacto no fija plazo de duración	164

626. Renovación del pacto de indivisión	164
627. El testador no puede imponer la indivisión	164
628. Validez de la cláusula de prórroga automática del pacto de indivisión	165
629. Efectos y utilidad del pacto de indivisión	165
630. Bienes susceptibles de partición	165

Párrafo IV: Formas de hacer la partición

631. Distintas formas de efectuar la partición	165
632. Partición efectuada por el causante	165
633. Forma y oportunidad en que el causante puede hacer la partición	166
634. La partición hecha por el causante debe someterse a la aprobación judicial si tienen interés en ella las personas que indica el artículo 1342	167
635. Partición hecha de común acuerdo por los comuneros	167
636. Requisitos de la partición de común acuerdo	167
637. Que no haya cuestiones previas que resolver	167
638. Todos los interesados deben estar de acuerdo en la forma de hacer la partición	167
639. Los bienes deben tasarse	167
640. La partición de común acuerdo debe aprobarse judicialmente cuando entre los interesados hubiere alguna de las personas que indica el artículo 1342	168
641. La partición de común acuerdo es consensual	168
642. Naturaleza jurídica de la partición hecha de común acuerdo	168
643. Partición hecha ante un juez partidor	168
644. Trámites previos a la partición	168
645. Requisitos para ser partidor	168
646. La mujer casada en sociedad conyugal puede ser partidora	168
647. Inhabilidad para ser partidor	168
648. A los partidores les son aplicables las causales de impugnancias o de recusación establecidas para los jueces	168
649. Sanción cuando se designa un partidor que no cumple las calidades exigida por la ley	168
650. Las actuaciones de los partidores deben ser autorizadas por un actuario	169
651. Designación de partidor	169
652. Designación por el causante	169
653. La designación hecha por el causante no obliga a los herederos	169
654. Designación del partidor hecha de común acuerdo por los comuneros	169
655. Si hay incapaces, la designación hecha por los comuneros debe ser aprobada por la justicia	169
656. Si entre los interesados hay una mujer casada en sociedad conyugal, debe la mujer prestar su consentimiento	169
657. Nombramiento por la justicia ordinaria	170
658. Forma de provocar la partición	170
659. Naturaleza jurídica de esta gestión	170

Párrafo V: Titulares de la acción de partición

660. Titulares de la acción de partición	171
661. No tienen derecho a provocar la partición	171
662. Capacidad para pedir la partición	171
663. Situación especial de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal	171
664. Situación excepcional en que los representantes legales de los incapaces o el marido, en su caso, no necesitan de autorización	172
665. ¿Puede la mujer casada en sociedad conyugal por sí sola provocar la partición?	172

Párrafo VI: Plazo para efectuar la partición

666. El partidor tiene plazo para efectuar la partición	172
667. Fallo dictado cuando el plazo está vencido	172

Párrafo VII: Responsabilidad del partidor

668. Responsabilidad del partidor	172
669. Responsabilidades especiales del partidor	173

Párrafo VIII: Competencia del partidor

670. Competencia del partidor	173
671. Distinción previa	173
672. Cuestiones de competencia exclusiva del partidor	173
673. Fijación de plazo a las partes para que formulen sus peticiones sobre cuestiones que deban servir de base a la partición	173
674. Materias de que no puede conocer el partidor	173
675. Materias de que puede conocer el partidor o la justicia ordinaria	174
676. Separación de patrimonios	175
677. Liquidación y distribución de bienes	175
678. Reglas para distribuir los bienes comunes	175
679. Adjudicación preferente establecida a favor del cónyuge sobreviviente	176
680. Requisitos de la adjudicación preferente	176
681. Algunas cuestiones que pueden presentarse en relación con estos requisitos	176
682. Situación que se produce cuando el valor del inmueble y de los bienes que lo guarnecen excede a la cuota hereditaria del cónyuge	177
683. Derecho a la adjudicación preferente es personalísimo	177
684. Reparto de los frutos percibidos después de la muerte del testador	177
685. Situación de los frutos pendientes al tiempo de la adjudicación de las especies	177
686. Hipoteca legal	177
687. Término del juicio de partición. Laudo y ordenata	178
688. Aprobación judicial de la partición	178
689. Efectos de la partición	178
690. Del efecto declarativo. Ideas previas	178
691. Antecedentes históricos del efecto declarativo	179
692. Establecimiento del efecto declarativo	179
693. El efecto declarativo es una ficción que persigue proteger a los comuneros de los actos de enajenación practicados por alguno de ellos durante la indivisión	179
694. Alcance de la ficción	180
695. La adjudicación es un título declarativo de dominio	180
696. Consecuencias del efecto retroactivo de la partición	180
697. Obligación de garantía	181
698. Casos en que no procede la acción de saneamiento	181
699. Pago del saneamiento se proratea entre los copartícipes	181
700. Nulidad de la partición	181
701. La partición que se hace en un juicio de partición es susceptible de nulidad procesal	181
702. Rescisión de la partición por lesión enorme	181
703. Por el vicio de lesión sólo se puede anular la totalidad de la partición, no las adjudicaciones aisladas	181

Capítulo Decimoséptimo
PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS

Párrafo I: Generalidades

704. Pago de las deudas hereditarias	183
705. Oportunidad en que deben pagarse las deudas hereditarias	183
706. Títulos ejecutivos contra el difunto	183

Párrafo II: Responsabilidad de los legatarios por las deudas hereditarias

707. Responsabilidad de los legatarios por las deudas hereditarias	184
708. La responsabilidad de los legatarios es subsidiaria y está limitada al monto de lo que reciben ..	184
709. Responsabilidad de los legatarios en los legados con carga	184
710. Legados gravados con prendas o hipotecas	184
711. Cargas testamentarias	184
712. Momento en que se pagan los legados	185
713. Reducción de los legados	185

Párrafo III: Beneficio de separación de patrimonios

714. Beneficio de separación de patrimonios	185
715. Titulares del beneficio de separación	185
716. ¿A quién se demanda?	185
717. El acreedor de una obligación natural carece del beneficio de separación	186
718. Los acreedores del heredero carecen de este beneficio	186
719. Características del beneficio de separación	186
720. Hasta qué momento se puede hacer efectivo este beneficio	187
721. Casos en que no tiene lugar el beneficio	187
722. El beneficio de separación pedido por un acreedor hereditario o testamentario favorece a los demás	187
723. Efectos del beneficio de separación	187
724. El beneficio de separación ¿produce efectivamente la separación de patrimonios?	187
725. Efectos del beneficio de separación	188
726. Efectos entre los acreedores hereditarios y testamentarios	188
727. Efectos entre los acreedores del causante y los acreedores personales del heredero	188
728. Prueba de encontrarse agotados los bienes separados	188
729. Efectos respecto del heredero	188
730. Limitaciones establecidas para los herederos durante los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión	188
731. Suerte de las enajenaciones y gravámenes verificadas después de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión	189
732. Naturaleza jurídica de esta acción	189

<i>Bibliografía</i>	191
---------------------------	-----



Colección Manuales

FORMACIÓN JURÍDICA GENERAL

• **INTRODUCCIÓN AL DERECHO**

LA ABOGACÍA Y SUS OPCIONES
PROFESIONALES

Facultad de Derecho, Universidad de Chile

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Jorge I. Hübner G.

• **DERECHO ROMANO**

DERECHO ROMANO

Alamiro de Ávila Martel

MANUAL DE DERECHO ROMANO

Historia externa de Roma
Del acto jurídico - De las personas
Tomo I

Maximiano Errázuriz E.

MANUAL DE DERECHO ROMANO

De los bienes - De las obligaciones
De las fuentes de las obligaciones
De la sucesión por causa de muerte
Derecho Procesal Romano
Tomo II

Maximiano Errázuriz E.

DERECHO ADMINISTRATIVO

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Concepto, características, sistematización, prospección
Rolando Pantoja B.

DERECHO CIVIL

LECCIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO

Del acto jurídico
Tomo I

Rodrigo Barcia L.

LOS BIENES

La propiedad y otros derechos reales
Daniel Peñailillo A.

CURSO DE DERECHO CIVIL

Tomos I y II
Gonzalo Figueroa Y.

MANUAL DE DERECHO CIVIL

De las fuentes de las obligaciones
Tomos I y II
Ramón Meza B.

MANUAL DE DERECHO CIVIL

De las obligaciones
Ramón Meza B.

MANUAL DE LA SUCESIÓN POR
CAUSA DE MUERTE

Y DONACIONES ENTRE VIVOS
Ramón Meza B.

MANUAL DE TRIBUNALES DE FAMILIA

Rodrigo Silva M.

TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Pablo Rodríguez G.

DERECHO COMERCIAL

DERECHO COMERCIAL

Actos de comercio. Noción general de empresa
individual y colectiva
Tomo I. Vol. 1
Ricardo Sandoval L.

DERECHO COMERCIAL

Sociedades de personas y de capital
Tomo I. Vol. 2
Ricardo Sandoval L.

DERECHO COMERCIAL

Teoría general de los títulos de crédito, letra
de cambio, pagaré, cheque y títulos electrónicos
o desincorporados
Tomo II
Ricardo Sandoval L.