

CAPÍTULO I

LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE¹.

1. GENERALIDADES

El término sucesión tiene dos significados:

- a) Amplio; cualquier situación jurídica en que una persona ocupa la posición jurídica que ocupe otro.
- b) Restringido; situación que se produce con la muerte de una persona; adquisición de los bienes del fallido.

El término sucesión, en un sentido restringido, abarca los siguientes conceptos:

- i. El hecho mismo de la transmisión (de todo o parte del patrimonio de una persona fallecida a una o más personas vivas).
- ii. El patrimonio o conjunto de bienes sobre los que recae.
- iii. El conjunto de sucesores.

La sucesión por causa de muerte, conforme al artículo 588 el Código Civil, es un modo de adquirir, que presenta las siguientes características:

- i. Derivativo.
- ii. A título gratuito.
- iii. A título universal o singular.

2. BIENES QUE SE PUEDEN ADQUIRIR POR SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.

Conforme al artículo 951 del Código Civil, todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles. Con respecto a las deudas, la asunción de deudas es el modo de transferir obligaciones por un modo entre vivos, lo cual es discutible. Por otra parte en la sucesión se transmiten las deudas y ello es indiscutido.

¹ MANUAL DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y DONACIONES ENTRE VIVOS, Ramón Meza Barros, Editorial Jurídica.

2.1 Derechos y Obligaciones Intransmisibles.

a) Derechos

La regla general es la transmisibilidad, pero existen las siguientes excepciones:

- El usufructo, cuyo plazo máximo es la vida del usufructuario, conforme al segundo inciso del artículo 773 y al artículo 794 del Código Civil.
- El derecho de uso y habitación, conforme al artículo 819 del Código Civil.
- El fideicomiso, si el fideicomisario fallece antes del cumplimiento de la condición, no transmite su derecho, conforme al artículo 762 del Código Civil.
- El derecho de alimentos, conforme al artículo 334 del Código Civil.
- Las donaciones pueden revocarse por ingratitud, pero la acción revocatoria se extingue con la muerte del donante, conforme al artículo 1430 del Código Civil.
- El comodato termina con la muerte del comodatario, conforme al artículo 2180 del Código Civil.
- La sociedad colectiva civil termina con la muerte de cualquiera de los socios, conforme al artículo 2103 del Código Civil.
- Un derecho de goce como el de censo vitalicio o la renta vitalicia, terminan con la muerte, conforme al artículo 2264 del Código Civil.
- El mandato termina con la muerte de cualquiera de las partes, conforme al quinto número del artículo 2163 del Código Civil.

b) Obligaciones

La regla general es la transmisibilidad, pero existen las siguientes excepciones:

- Las obligaciones que suponen una aptitud legal del deudor, por ejemplo, el contrato de construcción de obra, conforme al artículo 2005 del Código Civil.
- Las obligaciones donde está involucrada la fiducia o garantizados con fianza.
- Las obligaciones con solidaridad, conforme al artículo 1523 del Código Civil.
- En materia de corporaciones, conforme al artículo 549 del Código Civil.

3. ASIGNACIONES POR CAUSA DE MUERTE.

De conformidad con el artículo 952 del Código Civil, si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato. La sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria, y parte intestada.

El artículo 953 del Código Civil dispone 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*. Con la palabra asignaciones se significan en el Código Civil las asignaciones por causa de muerte, ya las haga el hombre o la ley. Asignatario es la persona a quien se hace la asignación. El que hace la asignación se llama causante.

3.1 División de las Asignaciones.

a) **A Título 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. A estas asignaciones se les llama herencias, y al asignatario, heredero.

b) **A Título 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. A estas asignaciones se les llama legados y al asignatario, legado.

3.2 Diferencias entre Heredero y Legatario.

a) **En cuanto al objeto de la asignación.** El heredero recibe una asignación completa o una cuota de ellos. El legatario recibe una especie determina o indeterminada de un género.

b) **En cuanto a la representación.** El heredero representa a la persona del causante, conforme al artículo 1097 del Código Civil. El legatario no lo representa, conforme al artículo 1104 del Código Civil.

c) **En cuanto a la responsabilidad.** El heredero se hace responsable de las deudas hereditarias, conforme a los artículos 1354 y 1097 del Código Civil. El legatario sólo responde de las cargas u obligaciones que se le hayan impuesto y subsidiaria en cuanto el heredero no responda, conforme al artículo 1104 del Código Civil.

d) **En cuanto al momento de adquirir.** El heredero adquiere por sucesión por causa de muerte desde el fallecimiento del causante. El legatario de especie o cuerpo cierto desde el fallecimiento del causante; el de género adquiere un crédito contra los herederos.

e) **En cuanto al momento en que adquiere la posesión.** El heredero adquiere la posesión desde que se le difiere la herencia, conforme a los artículos 688 y 722 del Código Civil. El legatario no adquiere ninguna posesión, pero lo será cuando se le entrega la cosa; es tradición cuando es un género.

f) En cuanto a sus obligaciones. El heredero debe reclamar y pedir judicialmente la posesión efectiva de la herencia. El legatario no tiene la obligación de pedirla.

g) En cuanto la fuente. El heredero puede serlo por ley o testamento. El legatario solo puede serlo por testamento.

4. APERTURA DE LA SUCESIÓN.

La apertura de la sucesión es el efecto que se produce por la muerte de una persona y en cuya virtud pasan a sus sucesores. La causa fundamental de la apertura de la sucesión es la muerte de una persona. En Chile existe la muerte natural y la muerte presunta, la que da la posesión provisoria de los bienes y la definitiva, conforme a los artículos 84 y 91 del Código Civil.

a) Importancia de determinar el momento de la sucesión:

- Determinar quienes son hábiles para suceder, se necesita vocación sucesoria, conforme al artículo 962 del Código Civil.
- Determinar el haber de la sucesión.
- Se da comienzo a la comunidad o estado de indivisión de carácter sucesoria.
- La aceptación y repudiación producen sus efectos al momento de la apertura de la sucesión, conforme al artículo 1239 del Código Civil.
- La sucesión se rige por las leyes del momento de la apertura de ésta, conforme a los artículos 18 y 19 de la LER.

b) Lugar de la apertura de la sucesión.

El artículo 955 del Código Civil dispone que la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvos los casos expresamente exceptuados.

c) Importancia de determinar el lugar

- Para fijar la competencia de los tribunales.
- Fija la ley aplicable.

d) Ley que rige la sucesión

Conforme al segundo inciso del artículo 955 del Código Civil, la sucesión, por regla general, se rige por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales.

Las excepciones a la regla general son las siguientes:

- Cuando la herencia se abre en el extranjero; conforme al segundo número del artículo 15 del Código Civil, en sus relaciones de familia, respecto de sus cónyuges y parientes chilenos (chileno que muere en el extranjero).
- El artículo 998 del Código Civil dispone que en la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera del territorio de la República, tendrán los chilenos a título de herencia o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno. Los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero. Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero.

5. DELACIÓN DE LA ASIGNACIÓN

El artículo 956 del Código Civil dispone: *“La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla”*.

La aceptación o repudiación es un acto libre, conforme al primer inciso del artículo 1225 del Código Civil que señala que todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente.

Conforme al artículo 956 y siguientes del Código Civil, la regla general es que la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata.

Por excepción, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional. Salvo si la condición es de no hacer algo que dependa de la sola voluntad del asignatario, pues en este caso la asignación se defiere en el momento de la muerte del testador, dándose por el asignatario caución suficiente de restituir la cosa asignada con sus accesiones y frutos, en caso de contravenirse a la condición. Lo cual, sin embargo, no tendrá lugar cuando el testador hubiere dispuesto que mientras penda la condición de no hacer algo, pertenezca a otro asignatario la cosa asignada. Este es el caso en que este tercero será un propietario fiduciario.

6. EL DERECHO DE TRANSMISIÓN.

a) Concepto.

Es la facultad que tiene un heredero que acepta la herencia de aceptar o repudiar la asignación que se les defirió a sus causantes, fallecido sin haber aceptado o repudiado.

b) Personas que intervienen.

- i. Primer causante que deja la herencia o legado.
- ii. Transmitente o transmisor, heredero o legatario, que muere sin aceptar o repudiar la herencia.
- iii. Transmitido, asignatario del transmitente, que acepta la asignación y con ello adquiere el derecho de aceptar o repudiar la asignación del primer causante.

c) Presupuestos para que opere el derecho de transmisión.

- i. El transmitente debe ser capaz y digno de suceder al primer causante.
- ii. El transmitido debe ser capaz y digno de suceder al transmitente.
- iii. Que los derechos de sucesión no hayan prescrito.

CAPÍTULO II

EL DERECHO REAL DE HERENCIA

En general es difícil encontrar un concepto del derecho real de herencia, así que en este curso lo definiremos como *aquel derecho real, en virtud del cual, se habilita al heredero para adquirir los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del causante.*

1. CARACTERÍSTICAS

- Es un derecho real. Está protegido por una acción real, la acción de petición de herencia, conforme a los artículos 1264 y siguientes del Código Civil.
- Constituye una universalidad jurídica, la que está dada por un conjunto de bienes que pueden variar, sin afectar su realidad jurídica. Es independiente de los bienes que la conforman y por tanto puede transferirse.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Es objeto de discusión. Para algunos sería un derecho inmueble, porque si existen bienes raíces debe tener el tratamiento de inmuebles para así respetar las solemnidades legales que los rigen. Otros estiman que se trataría de un derecho mueble, pues no hay norma que lo califique como un derecho inmueble, y como la regla general es que los derechos sean muebles, este también lo será.

3. ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL DE HERENCIA.

El derecho real de herencia se puede adquirir por sucesión por causa de muerte, tradición y prescripción.

3.1 Sucesión por causa de muerte.

Respecto al momento en que se adquiere, históricamente han existido dos opiniones:

- i. Por adición o sistema romano, en que los herederos adquieren por la aceptación de la herencia, la cual opera con efecto retroactivo.
- ii. Por ley o sistema francés, en que la herencia la asigna la ley y opera la adquisición al momento de la muerte. En este sistema la aceptación será el acto por el cual se renuncia al derecho a repudiar. En Chile hay posiciones encontradas, pero fundamentalmente se sigue este sistema.

La ley confiere los siguientes tipos de posesión de la herencia:

i. **Posesión legal.** La confiere la ley al heredero desde que la herencia es diferida, conforme al artículo 722 del Código Civil. Esta posesión no es suficiente porque según el artículo 688 del Código Civil no habilita al heredero a disponer de los bienes inmuebles, sobre los bienes muebles lo permite la ley de impuesto a la herencia. La posesión legal permite dos cosas: primero, tomar posesión legal de la herencia; y, segundo, ejercer acciones posesorias.

ii. **Posesión efectiva.** Es la posesión que surge de una resolución judicial o administrativa.

El artículo 688 del Código Civil establece que no puede disponerse de los bienes raíces sin este decreto, el que debe inscribirse junto con el testamento. Además de esta inscripción se debe hacer la inscripción especial de herencia, en el registro conservatorio del territorio en donde esté situado el inmueble y si éste por situación pertenece a varios territorios, deberá hacerse la inscripción en cada uno de ellos. Si el título es relativo a dos o más inmuebles, deberá inscribirse en los registros conservatorios a que por su situación pertenezca el inmueble, conforme al artículo 687 del Código Civil. En virtud de ellas podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios, conforme al segundo número del artículo 688 del Código Civil. Para disponer individualmente del bien raíz, el acto de partición relativo a cada inmueble o cada parte adjudicada deberá inscribirse en el registro conservatorio en cuyo territorio esté ubicado el inmueble, conforme al tercer inciso del artículo 687 y al tercer número del artículo 688 del Código Civil.

iii. **Posesión material o real.** Se tiene el corpus y el nimus, lo que importa para la prescripción adquisitiva.

a) **Inscripciones a que da lugar la sucesión por causa de muerte**

De varios preceptos del Código se desprende que la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio, el cual opera por el solo fallecimiento del causante (artículos 588, 722, 955, 956, 1344). Para la ordenación de la transmisión patrimonial y su reflejo en el Registro se establece un procedimiento cuyo trámite básico es la denominada "posesión efectiva", que es una resolución que declara a una persona heredera de otra que ha fallecido.

Esta materia ha sido objeto de una reforma al Código y a otros textos legales mediante ley 19.903. Hasta entonces, la posesión efectiva se obtenía mediante un procedimiento judicial no contencioso; sin embargo, a partir de dicha ley el procedimiento es, por regla general, administrativo, llevándose a cabo ante el Servicio de Registro Civil e Identificación; excepcionalmente continúa siendo judicial para las sucesiones testadas y las abiertas en el extranjero.

Si el heredero quiere disponer de un *mueble hereditario*, para ajustarse a la ley de impuesto de herencias debe obtener posesión efectiva e inscribirla (artículo 25); por su parte el Código de Procedimiento Civil, contempla el trámite aunque no haya inmuebles (artículo 883).

Para disponer de un *inmueble hereditario*, es necesario que el heredero obtenga la posesión efectiva de la herencia y que practique las inscripciones que señala el artículo 688 del Código Civil, y son:

- La *inscripción de la resolución de posesión efectiva*. Dictada la resolución administrativa, o ejecutoriada la resolución judicial, que concede la posesión efectiva y practicadas otras diligencias (por ejemplo, pago de impuesto), el Director Regional del Registro Civil, o el juez en su caso, ordena inscribir dicha resolución, respectivamente en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas o en el CBR.

- La inscripción denominada "*especial de herencia*", que se practica con el mérito de la inscripción anterior. Consiste en inscribir cada inmueble hereditario a nombre del heredero o, si hay dos o más a nombre de todos ellos; de este modo, los inmuebles que antes aparecían en el Registro a nombre del causante, quedan ahora inscritos a nombre del o los herederos en comunidad. Se practican tantas inscripciones de esta clase como inmuebles haya (una por cada uno), en el Registro de Propiedad del CBR de la comuna o agrupación de comunas en que los inmuebles se encuentren ubicados. Con esta inscripción pueden los herederos disponer de consuno (todos conjuntamente) de los inmuebles hereditarios. Si sólo hay un heredero, aquí concluyen las actuaciones registrales.

- *Inscripción de la adjudicación*. Por último, habiendo dos o más herederos, cuando se efectúa la partición de la comunidad hereditaria, con el instrumento en que consta la partición (según la forma como se efectúe) se practica la inscripción de la adjudicación, por la cual cada inmueble, que hasta entonces estaba inscrito a nombre de los herederos, queda ahora inscrito a nombre del respectivo heredero a quien se le adjudicó en dicha partición. Y desde ahora puede disponer por sí solo del inmueble.

b) Sanción a la enajenación sin las inscripciones

La sanción aplicable a la enajenación de inmueble que se efectúa sin cumplir con las inscripciones que exige el artículo 688 ha sido extensamente discutida.

a) En una ocasión se resolvió que el acto o título respectivo es nulo absolutamente, sobre todo porque se infringen normas de organización del Registro, que son de orden público. Luego se extendió esa sanción incluso a las enajenaciones forzadas efectuadas en un juicio ejecutivo, lo cual pronto se enmendó, advirtiéndose que en tales situaciones no son los "herederos" los que disponen del inmueble.

b) Posteriormente, advirtiéndose que el Código exige esas inscripciones para que se pueda "disponer", lo que equivale a "enajenar", y recordando que la cosa se hace ajena al operar el modo, se resolvió que es válido el contrato por el cual el heredero vende el inmueble sin efectuar esas inscripciones, ya que con él aún no "dispone".

c) Después, otro fallo relacionó el artículo 688 con el 696, el cual prescribe que mientras las indicadas en los textos que le preceden no se efectúen, "los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del

respectivo derecho”, lo que implica afirmar que después se efectúan, se transfiere el respectivo derecho; y esa solución destierra la posibilidad de nulidad absoluta del título, que no puede sanearse por voluntad de las partes. Más tarde, se ha continuado insistiendo que la sanción por disponerse de un inmueble sin esas inscripciones no es la nulidad, ni del título, ni de la tradición, sino que es la que señala el artículo 696; mientras no se efectúan, no se da o transfiere el respectivo derecho.

d) Como otra solución también se propone que conforme a las reglas de la nulidad se puede llegar a la conclusión de que la sanción sería la nulidad relativa de la enajenación, lo que trae los remedios de saneamiento por prescripción y confirmación de las partes; se trataría de la omisión de requisitos establecidos en consideración a la “calidad” de heredero.

3.2 Tradición

Este derecho puede cederse y se realiza por las normas de los artículos 1909 y 1910 del Código Civil. Se debe realizar su entrega y se requiere escritura pública, conforme al artículo 1801 del Código Civil.

Artículo 1909. *El que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o de legatario.*

Artículo 1910. *Si el heredero se hubiere aprovechado de los frutos o percibido créditos o vendido efectos hereditarios, será obligado a reembolsar su valor al cesionario.*

El cesionario por su parte será obligado a indemnizar al cedente de los costos necesarios o prudenciales que haya hecho el cedente en razón de la herencia.

Cediéndose una cuota hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa.

Se aplicarán las mismas reglas al legatario.

a) Forma de efectuar la tradición del derecho real de herencia

El Código Civil no contiene ninguna disposición que señale como debe efectuarse la tradición del derecho real de herencia. Como punto de partida, el artículo 686 no incluye al derecho real de herencia entre aquellos para cuya tradición es necesaria la inscripción, ni aún cuando la herencia comprenda bienes raíces. Este vacío legal determina la necesidad de establecer el medio idóneo para hacer la tradición del derecho real de herencia, surgiendo cuatro interpretaciones.

a) La primera, del profesor José Ramón Gutiérrez, distingue si entre los bienes hereditarios existen o no inmuebles. Si hay uno o más inmuebles, la tradición del derecho real de herencia requiere inscripción, pues ésta es la regla general tratándose de la tradición de derechos reales que se ejercen sobre inmuebles.

b) La postura sustentada por el profesor Alejandro Guzmán Brito, se basa en la caracterización de los bienes muebles realizada por el artículo 567 del Código Civil, esto es, que pueden transportarse de un lugar a otro. De lo anterior, colige que la herencia tendría el carácter de inmueble, dado a que no puede trasladarse de un lugar a otro, por tanto, la tradición de la misma, debería realizarse a través de la inscripción en el Registro del CBR².

c) Otra interpretación, postulada por el profesor Leopoldo Urrutia, considera que el derecho real de herencia se ejerce sobre una universalidad distinta de los bienes que la componen, por lo cual sería un derecho real sui generis, respecto del cual resulta inaplicable la clasificación de mueble o inmueble, según sea la cosa sobre la que se ejerce (artículo 580 del Código Civil). Entonces la tradición se efectúa de acuerdo a las reglas del artículo 684, que constituyen la regla general.

d) El profesor Ramón Domínguez Águila, adhiere a la solución generalmente adoptada (tradición por alguna de las formas del 684), sin perjuicio de que utilice un fundamento distinto. La tradición del derecho real de herencia se rige por la regla de los bienes muebles, dado a que la contemplada para los bienes inmuebles es excepcional y debe aplicarse restrictivamente.

La jurisprudencia se ha inclinado por la última interpretación y considera que la tradición del derecho real de herencia no requiere de inscripción. Se ha resultado que no siendo la herencia un derecho mueble ni inmueble, corresponde aplicar a su tradición el estatuto jurídico general, que es el que regula la tradición de los muebles. En consecuencia, la tradición del derecho real de herencia deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere dicho derecho y aceptando ésta última su adquisición.

En la práctica, la tradición del derecho real de herencia suele hacerse por escritura pública, en la que el tradente expresa ceder el derecho real de herencia y el adquirente acepta la cesión, además, si hay inmuebles se practica la correspondiente inscripción.

3.3 Prescripción adquisitiva.

La regla general es que sea de diez años, conforme al artículo 2512 del Código Civil. Excepcionalmente el heredero putativo adquirirá en cinco años, conforme al artículo 1269 del Código Civil.

Artículo 1269. *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.*

² GUZMAN BRITO, Alejandro: "Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo", 1999.

CAPÍTULO III

INCAPACIDADES E INDIGNIDADES PARA SUCEDER.

Para suceder a una persona no basta haber sido llamado por ley o testamento a la herencia, sino que se necesita aptitud, capacidad, y mérito, dignidad, para suceder.

1. INCAPACIDADES

1.1 Concepto.

Es la falta de aptitud legal para suceder al causante. La capacidad sucesoria es la habilidad de una persona para suceder a otra.

1.2 Características

- Son excepcionales, pues conforme al artículo 961 del Código Civil será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna.
- Las excepciones legales son de carácter restrictivo, por tanto no puede hacerse una interpretación analógica.
 - Es especial, se refiere a una materia concreta que es la sucesión por causa de muerte.
 - Es una incapacidad de goce, impide que el incapaz adquiera ciertos derechos.

1.3 Clasificación de las incapacidades.

a) Incapacidades absolutas.

Son aquellas que inhabilitan para suceder a cualquier persona, y son la falta de existencia natural (personas naturales) y la falta de personalidad jurídica (personas jurídicas).

a.1) Falta de existencia natural.

Conforme al primer inciso del artículo 962 del Código Civil, para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión.

Como excepciones a la regla general anterior, se señalan las siguientes:

- Situación de las personas concebidas al tiempo de la sucesión. El artículo 74 del Código Civil señala que la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. En aplicación estricta, el concebido no sería capaz para suceder. Con todo el artículo 77 del Código Civil señala que los derechos que se deferirían a la criatura que está dentro del vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Por tanto, si la criatura ha nacido y su nacimiento constituye un principio de existencia legal según el segundo inciso del artículo 74 del Código Civil, o sea, separado completamente de su madre y existido un momento siquiera, los derechos eventuales del feto se hacen realidad y podría suceder. Además debe determinarse si su padre fue el causante, para lo que se utiliza la presunción del artículo 76 del Código Civil. Por tanto su concepción debe ser susceptible de haberse sido producida en vida del causante.

- Conforme al tercer inciso del artículo 962 del Código Civil, 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.

- Conforme al cuarto inciso del artículo 962 del Código Civil, la asignación hecha en premio de servicios importantes aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador. La misma limitación se contempla que para la situación anterior en lo que se refiere a los diez años.

- Con respecto a las asignaciones condicionales, el segundo inciso del artículo 962 del Código Civil señala que si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición. Para unos se debe existir al momento de la apertura de la sucesión y al momento de la verificación de la condición. Para otros se requiere existir sólo al momento de la apertura.

- Con respecto al derecho de transmisión, el primer inciso del artículo 961 del Código Civil señala que para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 957 del Código Civil, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado. En este caso quién debe existir necesariamente a la muerte del primer causante es el transmisor y no el transmitido, el cual sólo debe existir cuando se abra la sucesión del transmisor.

a.2) Falta de personalidad jurídica.

Conforme al artículo 963 del Código Civil son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas. La excepción la señala en segundo inciso del artículo 963 del Código Civil que señala que 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.

Existe una discusión doctrinal acerca de las personas jurídicas extranjeras. Acerca de las personas jurídicas extranjeras de derecho público tienen capacidad para suceder, porque son reconocidas por la ley chilena. El problema se da con las de derecho privado. Claro Solar estima que no son capaces ya que el artículo 546 del Código Civil se refiere sólo a las chilenas, por tanto estarían excluidas del primer inciso del artículo 963 del Código Civil por no ser personas jurídicas. Alessandri estima que son capaces de suceder, ya que la regla general para suceder es el artículo 961 y no el artículo 963 del Código Civil es cual es una excepción y por tanto no puede haber interpretación amplia.

b) Incapacidades relativas.

Son aquellas que inhabilitan para suceder a determinadas personas.

- **Caso del artículo 964 del Código Civil: Crimen de Dañado Ayuntamiento.** Es incapaz de suceder a otra persona como heredero o legatario, el que antes de deferírsele la herencia o legado hubiere sido condenado judicialmente por el crimen de dañado ayuntamiento con dicha persona y no hubiere contraído con ella un matrimonio que produzca efectos civiles. Lo mismo se extiende a la persona que antes de deferírsele la herencia o legado hubiere sido acusada de dicho crimen, si se siguiere condenación judicial.

El crimen de dañado ayuntamiento no lo define ni el Código Civil ni el Código Penal. Al requerirse una condena judicial el único caso sería el de incesto. El delito debe cometerse contra el causante.

- **Caso del artículo 965 del Código Civil: Incapacidad del Confesor.** Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; ni la orden, convento, o cofradía de que sea miembro el eclesiástico, ni sus deudos por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

Pero esta incapacidad no comprenderá a la iglesia parroquial del testador, ni recaerá sobre la porción de bienes que el dicho eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese habido testamento.

- **Caso del artículo 1061 del Código Civil: Incapacidad del Notario.** No vale disposición alguna testamentaria en favor del escribano que autorizare el testamento, o del funcionario que haga las veces de tal, o del cónyuge de dicho escribano o funcionario, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados, empleados o asalariados del mismo. No vale tampoco disposición alguna testamentaria en favor de cualquiera de los testigos, o de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o cuñados.

1.4 Efectos y caracteres de la incapacidad:

- a) Son de orden público.
- b) Existen de pleno derecho y no requieren de demanda judicial.
- c) La sanción a la incapacidad, la contiene el artículo 966 del Código Civil que señala que será nula la disposición a favor de un incapaz, aunque se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso o por interposición de persona. Para algunos sería objeto ilícito por contravenir un acto prohibido por la ley. El incapaz nunca se hace dueño por sucesión por causa de muerte, sólo podría adquirir por prescripción de diez años, lo que se deduce del artículo 967 del Código Civil.
- d) La incapacidad para contra terceros: si como incapaz se transfiriere una cosa, puede reivindicarla el heredero.

2. LAS INDIGNIDADES

2.1 Concepto

Es una sanción que consiste en excluir de la sucesión a un asignatario como consecuencia de haber cometido actos que importan grave atentado contra el difunto o un serio olvido de deberes para este. Las indignidades son siempre relativas, conforme a los artículos 968 a 972 del Código Civil.

2.2 Causales

A. El **artículo 968** del Código Civil dispone que son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios las siguientes personas:

- 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. Debe existir sentencia judicial que condene al heredero como autor o cómplice del homicidio.
- 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. Debe tratarse de un atentado grave.

- 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. Para que proceda la causal es necesario que el heredero pueda socorrerlo.
- El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar.
- El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.

B. El sexto inciso del artículo 969 del Código Civil dispone que es indigno de suceder el que siendo mayor de edad, no hubiere acusado a la justicia el homicidio cometido en la persona del difunto, tan presto como le hubiere sido posible.

Cesará esta indignidad, si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso. Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse, sino cuando constare que el heredero o legatario no es cónyuge de la persona por cuya obra o consejo se ejecutó el homicidio, ni es del número de sus ascendientes y descendientes, ni hay entre ellos deudor de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. El motivo por el cual se establece esta causal es porque el asignatario no puede contribuir con su silencio a la impunidad del homicidio del causante. Basta una denuncia y no requiere querrela.

C. El séptimo inciso del artículo 970 del Código Civil dispone que es indigno de suceder al impúber, demente o sordomudo, el ascendiente o descendiente que, siendo llamado a sucederle abintestato, no pidió que se le nombrara un tutor o curador, y permaneció en esta omisión un año entero: a menos que aparezca haberle sido imposible hacerlo por sí o por procurador.

Si fueren muchos los llamados a la sucesión, la diligencia de uno de ellos aprovechará a los demás. Transcurrido el año recaerá la obligación antedicha en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada. La obligación no se extiende a los menores, ni en general a los que viven bajo tutela o curaduría. Esta causa de indignidad desaparece desde que el impúber llega a la pubertad, o el demente o sordomudo toman la administración de sus bienes. Se redactó para proteger al impúber, demente o sordo mudo, y es aplicable a aquellos ascendientes y descendientes llamados a suceder abintestato al impúber demente o sordomudo.

D. El octavo inciso del artículo 971 del Código Civil dispone que son indignos de suceder el tutor o curador que nombrados por el testador se excusaren sin causa legítima.

El albacea que nombrado por el testador se excusare sin probar inconveniente grave, se hace igualmente indigno de sucederle. No se extenderá esta causa de indignidad a los asignatarios forzosos en la cuantía que lo son, ni a los que, desechada por el juez la excusa, entren a servir el cargo.

E. El noveno inciso del artículo 972 del Código Civil dispone, finalmente, que es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz.

Esta causa de indignidad no podrá alegarse contra ninguna persona de las que por temor reverencial hubieren podido ser inducidas a hacer la promesa al difunto; a menos que hayan procedido a la ejecución de la promesa. Tiene por objeto reforzar la sanción de nulidad a la asignación de un incapaz.

F. Otras indignidades.

El artículo 114 del Código Civil dispone que el que no habiendo cumplido dieciocho años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, podrá ser desheredado, por todos los ascendientes.

2.3 Características y efectos de las indignidades

a) No opera de pleno derecho, requiere declaración judicial, conforme al artículo 974 del Código Civil. La indignidad no produce efecto alguno, si no es declarada en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno.

b) La indignidad pasa a los herederos, conforme al artículo 977 del Código Civil. A los herederos se transmite la herencia o legado de que su autor se hizo indigno, pero con el mismo vicio de indignidad de su autor, por todo el tiempo que falte para completar los cinco años.

c) No pasa contra terceros de buena fe, conforme al artículo 976 del Código Civil.

d) En materia de restitución de frutos, el segundo inciso del artículo 974 del Código Civil señala que declarada judicialmente, es obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado con sus accesiones y frutos.

2.4 Extinción de la indignidad.

a) **Renuncia.** La indignidad no es de orden público y por tanto es renunciable por el causante. El perdón debe ser posterior a los hechos que constituyen la causal.

b) **Prescripción.** Conforme al artículo 975 del Código Civil la indignidad se purga en cinco años de posesión de la herencia o legado.

3. REGLAS COMUNES A LA INCAPACIDAD Y A LA INDIGNIDAD.

a) Conforme al artículo 978 del Código Civil los deudores hereditarios o testamentarios no podrán oponer al demandante la excepción de incapacidad o indignidad. Este artículo es confuso, ya que se discute a que se refiere los deudores hereditarios o testamentarios. Para unos son las personas deudoras en vida del causante, para otros se referiría al mismo indigno o incapaz, el causante adeuda a alguien y después muere.

b) Conforme al artículo 979 del Código Civil la incapacidad o indignidad no priva al heredero o legatario excluido, de los alimentos que la ley le señale; pero en los casos del artículo 968 del Código Civil no tendrán ningún derecho a alimentos. El artículo 324 del Código Civil señala que el derecho de alimentos se extingue cuando hay injuria atroz, cuales son los casos del artículo 968 del Código Civil.

4. PARALELO ENTRE LA INDIGNIDAD Y LA INCAPACIDAD.

- a) El incapaz no adquiere la herencia o legado y el indigno sí.
- b) La incapacidad puede ser absoluta y relativa, la indignidad sólo relativa.
- c) La incapacidad es de orden público y la indignidad no.
- d) La incapacidad pasa contra terceros y la indignidad sólo contra terceros de mala fe.
- e) La incapacidad se purga por prescripción extraordinaria, la indignidad por prescripción de cinco años.
- f) La incapacidad no puede ser perdonada, la indignidad sí.

CAPÍTULO IV

LA SUCESIÓN INTESTADA

1. GENERALIDADES

Tiene lugar cuando se sucede en virtud de la ley y no por testamento, conforme al artículo 952 del Código Civil. La sucesión puede ser en parte testada e intestada, conforme al artículo 981 del Código Civil. La ley no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restituciones o reservas. Conforme al artículo 982 del Código Civil en la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura.

Conforme al artículo 983 del Código Civil son llamados a la sucesión intestada los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado, en su caso, y el Fisco. Los derechos hereditarios del adoptado se rigen por la ley respectiva.

1.1 Cuando se aplica la sucesión intestada

a) Cuando el causante no dispuso de sus bienes. Por ejemplo, cuando no hay testamento, lo otorgó pero lo revocó, no reguló sus bienes, puso sólo herederos de cuota, dejó asignaciones en usufructo pero no indica al nudo propietario, destinó un fideicomiso pero no designó al propietario fiduciario.

b) Cuando el causante no dispuso conforme a derecho.

c) Cuando no tuvieron sus disposiciones, por ejemplo, por disponer una condición y esta no se cumple.

1.2 Forma de suceder

Conforme al artículo 984 del Código Civil se sucede por uno de los siguientes modos:

a) Por derecho o vía personal.

b) Por derecho de representación.

2. DERECHO DE REPRESENTACIÓN.

2.1 Concepto

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, conforme al segundo inciso del artículo 984 del Código Civil.

A diferencia del derecho de transmisión quién queda fuera de la sucesión es por no tener vocación sucesoria o repudia la herencia.

2.2 Personas que intervienen

- a) Primer causante.
- b) Representado; es la persona llamada a la sucesión que no ha querido o podido aceptar.
- c) Representante; persona que ocupa el lugar del anterior.

2.3 Presupuestos para que opere.

a) Opera en la sucesión intestada. La regla general es que el derecho de representación tenga lugar en la sucesión intestada, con dos excepciones:

i) Cuando se deja indeterminadamente a parientes. Conforme al artículo 1064 del Código Civil 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.

ii) En materia de legítimas, el artículo 1183 del Código Civil dispone que los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada.

b) Falta del representado. Puede faltar ser por varias razones. El segundo inciso del artículo 987 del Código Civil dispone que se puede representar al incapaz, al indigno, al desheredado, y al que repudió la herencia del difunto.

c) Que el representante sea descendiente del representado. Antes de la Ley N° 18.585 la representación operaba sólo en la vía legítima.

d) Entre el causante y el representado debe haber un grado de parentesco. Conforme al artículo 986 del Código Civil hay siempre lugar a la representación en la

descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos. Es decir, el causante debe ser padre o hermano del representado.

e) El representante debe ser capaz y digno de suceder.

2.4 Efectos.

Se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder. En la representación se entiende suceder directamente del causante, lo que produce los siguientes efectos:

- i. El representante puede repudiar la herencia del representado y aún así representarle respecto al causante.
- ii. El representante puede ser incapaz o indigno de suceder al representado, pero se produce la representación si es capaz y digno de suceder al causante.
- iii. El representante no será responsable de las deudas del representado, salvo que haya aceptado la herencia.

2.5 ¿Cómo son llamados a la representación?

Conforme al artículo 985 del Código Civil son llamados por alguna de las siguientes maneras:

- i. Por estirpe. 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.
- ii. Por cabeza. 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.

3. ORDENES DE SUCESIÓN

Los órdenes de sucesión son el conjunto de herederos que considerados colectivamente excluyen o son excluidos por otros herederos, considerados también colectivamente.

Dentro de cada orden hay herederos que fijan el orden y le dan su nombre y otros que simplemente concurren con ellos.

Si no hay herederos en un orden, se pasa directamente al siguiente.

3.1 Primer Orden Sucesorio: Los Hijos y el Cónyuge.

Conforme al primer inciso del artículo 988 del Código Civil los hijos excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere también cónyuge sobreviviente, caso en el cual éste concurrirá con aquellos. Los hijos pueden concurrir por vía de representación, por ello es que este orden puede denominarse, también, de los descendientes.

Para ver la forma en que se reparte la herencia hay que distinguir las siguientes situaciones:

a) Si concurren hijos y cónyuge sobreviviente. Si concurren personalmente los hijos lo hacen por cabeza. Si es por representación concurren por estirpe. Existe una limitación al cónyuge, establecida en el primer inciso del artículo 994 del Código Civil que dispone que 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.

Los incisos segundo y tercero del artículo 988 del Código Civil señalan la forma como la herencia se reparte.

i) Si hay un hijo y el cónyuge, la cuota del cónyuge será igual a la legítima rigurosa o efectiva de ese hijo.

ii) Si hay varios hijos el cónyuge sobreviviente recibirá una porción que, por regla general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo.

iii) En ningún caso la porción que corresponda al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia, o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso³. Correspondiendo al cónyuge sobreviviente la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, el resto se dividirá entre los hijos por partes iguales. La aludida cuarta parte se calculará teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 996 del Código Civil.

b) Si concurren sólo hijos. La herencia se mantiene en el primer orden sucesorio y los hijos se llevan toda la herencia, y se reparte en partes iguales para cada hijo.

El artículo 114 establece limitaciones a los hijos para suceder.

“El que no habiendo cumplido dieciocho años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, 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”.

³ Para que se dé esta situación el causante debe tener más de siete hijos. Cuando tiene seis hijos, se aplica indistintamente la regla del cuarto o del doble ya que matemáticamente dan el mismo resultado.

c) **Si hay sólo cónyuge sobreviviente.** Se debe pasar al segundo orden, ya que el cónyuge no fija el orden.

3.1.1 Situación del adoptado

Respecto de los adoptados, surge un problema.

Bajo la Ley No. 7.613 no se rompe la filiación con los padres biológicos. Por tanto no se le considera hijo propiamente tal a menos que se haya hecho un acuerdo, conforme al artículo 14 de la Ley No. 19.620, para que el adoptado pase a tener el estado civil de hijo. Por tanto si no se ha hecho el pacto no podrán concurrir en el primer orden pero sí en el segundo. En cuanto a la adopción, la antigua legislación establecía que para los efectos de la sucesión intestada el adoptado sería considerado como hijo natural. En el antiguo orden sucesorio los llamados a suceder eran los hijos legítimos y excluían a todos los demás herederos salvo a los hijos naturales, que tenían derecho a la mitad de la porción correspondiente a los hijos legítimos, siendo el tope la mitad de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso. Como los hijos legítimos fijaban el primer orden, si no había hijos legítimos se pasaba al segundo orden al que concurrían los ascendientes legítimos en su grado más próximo, el cónyuge sobreviviente y los hijos naturales, dividiéndose la herencia en tres partes, una para los ascendientes, otra para el cónyuge y la tercera para los hijos naturales. Luego se reforman los órdenes y se señala que al primer orden sucesorio concurren todos los hijos fijando el orden y también el cónyuge sobreviviente; y, al segundo orden concurren el cónyuge sobreviviente y los ascendientes. Luego se dicta una nueva ley de adopción, pero no opera con efectos retroactivos salvo que concurren los siguientes requisitos:

- a) Pacto por escritura pública entre adoptante y adoptado para acogerse a la nueva ley.
- b) Pacto aprobado por resolución judicial cuando el juez lo estime beneficioso para el adoptado.
- c) Pacto y resolución judicial subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado.

En conclusión, los adoptados podrán tener dos fuentes normativas, a saber:

- i) Los adoptados bajo la ley 19.920 se les considera hijos y deben concurrir al primer orden sucesorio.
- ii) Bajo el antiguo régimen mantienen el status de hijo natural y se les aplican los antiguos órdenes sucesorios.

3.2 Segundo Orden Sucesorio: El Cónyuge y los Ascendientes.

El primer inciso del artículo 989 del Código Civil dispone que si el difunto no ha dejado posteridad, le sucederán el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo. Quienes fijan el orden son el cónyuge sobreviviente y los ascendientes.

Con respecto a la forma cómo se distribuye la herencia en el segundo orden sucesorio, habrá que distinguir entre las siguientes situaciones:

a) Concurre cónyuge sobreviviente y ascendientes. La herencia se dividirá en tres partes (3/3), dos partes para el cónyuge (2/3) y una partes para los ascendientes (1/3).

Se trata de los ascendientes de grado más próximo, en principio los padres y, a falta de éstos los abuelos, y así sucesivamente.

b) Concurre sólo el cónyuge sobreviviente o sólo ascendientes. Conforme al inciso final del artículo 989 del Código Civil, habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes, o en toda la porción hereditaria de los ascendientes.

En otras palabras, si hay sólo cónyuge sobreviviente, éste se lleva toda la herencia. Si hay sólo ascendientes (de grado más cercano) éstos se llevan toda la herencia.

Existe una limitación a los ascendientes, establecida en el segundo inciso del artículo 994 del Código Civil, que dispone que no sucederán abintestato los padres del causante si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo que mediare el restablecimiento a que se refiere el artículo 203 del Código Civil. El segundo inciso del artículo 1182 del Código Civil dispone que no serán legitimarios los ascendientes del causante si la maternidad o paternidad ha sido determinada judicialmente en su contra. Este artículo habla de ascendientes mientras que el otro habla de padres, para nosotros el criterio correcto es el del artículo 994 del Código Civil porque los únicos llamados a reconocer al hijo son los padres.

Para pasar al tercer orden sucesorio es menester que falte cónyuge sobreviviente y ascendientes.

3.3 Tercer Orden Sucesorio: De los Hermanos.

Conforme al artículo 990 del Código Civil, si el difunto no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, le sucederán sus hermanos.

Entre los hermanos de que habla este artículo se comprenderán aun los que solamente lo sean por parte de padre o de madre; pero la porción del hermano paterno o materno (simple conjunción) será la mitad de la porción del hermano carnal (doble conjunción).

El artículo 986 del Código Civil señala que opera la representación.

3.4 Cuarto Orden Sucesorio: De los Colaterales.

Conforme al artículo 992 del Código Civil, a falta de descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos, sucederán al difunto los otros colaterales de grado más próximo, sean de simple o doble conjunción, hasta el sexto grado inclusive.

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 y por parte de madre.

El colateral o los colaterales del grado más próximo excluirán siempre a los otros. Concurren en principio igual, salvo los de doble conjunción y los que no lo son.

3.5 Quinto Orden Sucesorio: Del Fisco.

De acuerdo al artículo 995 del Código Civil, a falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco.

4. SUCESIÓN EN PARTE TESTADA Y EN PARTE INTTESTADA.

El artículo 996 del Código Civil señala que 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.

Pero los que suceden a la vez por testamento y abintestato, imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieren por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si excediere a la otra.

Prevalecerá sobre todo ello la voluntad expresa del testador en lo que de derecho corresponda. 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.

CAPÍTULO V

LA SUCESIÓN TESTADA

1. GENERALIDADES

De acuerdo con el artículo 952 del Código Civil si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato. En términos generales la ley regula la sucesión a falta de testamento, interpretando la voluntad del causante⁴. Sobre la presunta voluntad del difunto prevalece su voluntad expresa, manifestada en el testamento. Tal es la tradición romana a que nuestra legislación se ha mantenido fiel.

Se entiende por sucesión testada a la transmisión que hace el causante de sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles a las personas que designa en el testamento. La expresión testamento se hace derivar de las voces latinas *testadio* y *mentis*, que significarían testimonio de la voluntad.

El artículo 999 del Código Civil dispone: *“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”*.

De la definición dada por la ley se destacan los elementos más importantes de del testamento, que son los siguientes:

a) El testamento es un acto. Es un acto jurídico unilateral, es decir, una manifestación unilateral de voluntad que obra solamente de la voluntad del testador. Es el caso más típico de acto jurídico unilateral, puesto que para nacer a la vida jurídica requiere de la sola voluntad del testador.

b) El testamento es un acto personalísimo. El artículo 1003 del Código Civil dispone que el testamento es el acto de una sola persona. Son nulas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio mutuo de los otorgantes o de una tercera persona.

La ley prohíbe, pues, los testamentos denominados conjuntos, mancomunados o de hermandad, que toleraba la legislación española en ciertos casos. Tampoco se aceptan las disposiciones captatorias conforme al artículo 1059 del Código Civil⁵.

⁴ En este sentido, la doctrina señala que la ley “sigue el orden natural de los afectos del causante”, así el amor baja, sube y se extiende.

⁵ **Artículo 1059.** Las disposiciones captatorias no valdrán. //Se entenderán por tales aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos.

No puede otorgar testamento sino el testador en persona. El testamento es uno de los escasísimos actos en que no tiene cabida la representación, conforme al artículo 1004 del Código Civil que señala que la facultad de testar es indelegable.

c) El testamento es un acto solemne. Está sujeto a la observancia de ciertas formalidades de manera que sin ellas no produce efectos civiles.

Es más solemne algunas veces y menos otras, de ahí que la definición lo califique de más o menos solemne. Los fundamentos de la exigencia del legislador de que la voluntad del testador se manifieste siempre en forma solemne son porque así queda una prueba preconstituida de cuál fue su voluntad real y porque el testamento es un acto de importancia en la vida jurídica, en efecto, él da origen a la sucesión por causa de muerte, y el legislador siempre rodea de solemnidades a los actos de trascendencia en el derecho, pues las formalidades hacen que la voluntad se manifieste en forma más clara y reposada, evitando en lo posible la concurrencia de vicios en ella.

d) El testamento es un acto mortis causa. El testamento es un acto en que el testador dispone para después de su muerte, está llamado a producir plenos efectos después de sus días. En vida del testador, el testamento es sólo un proyecto, se reputa que persevera en él mientras no manifieste voluntad contraria. La muerte transforma este proyecto en la definitiva expresión de voluntad del testador.

e) El objeto fundamental del testamento, pero no el único, es disponer de los bienes. La definición del artículo 999 del Código Civil caracteriza al testamento como un acto en que se dispone de los bienes, pues por el testamento puede disponerse del todo o de una fracción del patrimonio. Se sugiere que el acto que no contenga disposición alguna de bienes no sería testamento. Autores estiman que todo acto de última voluntad que contiene una disposición permitida por la ley es un testamento. La ley sólo señala la finalidad fundamental del testamento, pero éste puede servir también para otros fines, por ejemplo, reconocimiento de un hijo no matrimonial, nombramiento de partidor, designación de tutor o curador, etc.

f) El testamento es esencialmente revocable. La facultad de revocarlo es esencial en el testamento. El artículo 1001 del Código Civil dispone: *“Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas”*. Son nulas todas las cláusulas en que el testador se vede la facultad de revocar el testamento o se imponga restricciones para su ejercicio. Las cláusulas derogatorias de cláusulas testamentarias futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen bajo juramento. Si el testamento expresa que no valdrá su revocación por otro posterior si no se hiciere con ciertas palabras o señales, la disposición se tendrá por no escrita. La Revocabilidad del testamento es la más eficaz de las medidas que aseguran la libertad de testar.

2. REQUISITOS DEL TESTAMENTO

Como todo acto jurídico, el testamento requiere la concurrencia de los requisitos generales que condicionan la validez de tales actos.

Se distinguen en el testamento los requisitos internos del mismo, que son la capacidad y el consentimiento del testador; y los requisitos externos, que dicen relación a las formalidades, o sea, a la manera como el testamento debe ser otorgado.

2.1 Capacidad de Testar.

La capacidad es la regla general. La capacidad de testar es la aptitud o habilidad para otorgar válidamente un testamento. El artículo 1446 del Código Civil dispone que toda persona es legalmente capaz con excepción de aquellas que la ley declara incapaces. La capacidad, pues, es la regla, la incapacidad es la excepción. Por esta causa las incapacidades son de derecho estricto, y el estudio de la capacidad de testar se reduce al examen de las excepciones a la regla general, incapacidades que son diversas de las que rigen en materia contractual.

El artículo 1005 del Código Civil dispone que son inhábiles para testar las siguientes personas:

- a) **El impúber**, en razón de su falta de discernimiento.
- b) **El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia**. Los actos del demente interdicto son nulos y nos es admisible la prueba de que se encontraba en un intervalo lúcido, conforme al primer inciso del artículo 465 del Código Civil.
- c) **Los que actualmente no estuvieren en su sano juicio por ebriedad u otra causa**. Comprende esta inhabilidad al demente no interdicto. Pero sus actos serán válidos a menos de probarse que se encontraba en estado de demencia al momento de ejecutar el acto, conforme al segundo inciso del artículo 465 del Código Civil. La regla es más amplia que la anterior porque comprende a toda persona que no se encuentre en su sano juicio. No se requiere privación habitual o permanente de razón, basta la privación actual o contemporánea al otorgamiento del testamento.
- d) **Todo el que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente**. Concuera con esta causal el artículo 1060 del Código Civil que dispone que no vale ninguna disposición testamentaria que se dé a conocer por un sí o por un no, o por un signo de afirmación o negación contestando a una pregunta.

La enumeración anterior es taxativa, conforme al inciso final del artículo 1005 del Código Civil que advierte que las personas no comprendidas en la enumeración son hábiles para testar. Por tanto, son capaces los menores adultos y el Código expresamente ha dicho que no requieren autorización del padre o de la madre en el artículo 262 del Código Civil. Serán igualmente hábiles los pródigos puestos en interdicción de administrar sus bienes.

La capacidad ha de existir en el momento de otorgarse el testamento. Dos consecuencias se consagran en el artículo 1006 del Código Civil que se desprende de dicha regla y que son las siguientes:

i) El primer inciso del artículo 1006 del Código Civil dispone: *“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”*.

ii) El segundo inciso del artículo 1006 del Código Civil dispone: *“El testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad”*.

2.2 Voluntad Exenta de Vicios (consentimiento)

El testamento, como todo acto jurídico, requiere de una voluntad exenta de vicios, conforme al artículo 1445 del Código Civil. El Código Civil ha reglamentado la fuerza y señalado una regla especial al respecto; asimismo contiene algunas normas relativas al error. No se ocupa del dolo como vicio de la voluntad.

a) La fuerza

El artículo 1007 del Código Civil dispone: *“El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes”*. La disposición plantea dos cuestiones importantes que se refieren a los caracteres que debe reunir la fuerza para viciar la voluntad y a la sanción que acarrea:

a.1) Conforme a las reglas generales, la fuerza debe ser grave, esto es, capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, atendidos su edad, sexo o condición, como aquella que infunde un justo temor de verse expuesta ella, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave. La frase que señala que viciara la voluntad en que cualquier modo haya intervenido la fuerza, ha llevado a pensar a algunos autores que en esta materia el Código Civil se aparta de los principios generales, de modo que bastaría cualquier presión en el ánimo del testador que le prive de su plena libertad para que el testamento se invalide. La Corte Suprema ha rechazado dicha tesis.

a.2) El testamento viciado por la fuerza es nulo en todas sus partes. Algunos han sostenido que es nulidad absoluta, apartándose el Código Civil de la regla general del artículo 1682, pero es manifiesto que la disposición significa solamente que el testamento queda íntegramente afectado de nulidad y que son nulas aun aquellas disposiciones que no han sido arrancadas por la fuerza.

b) El error

El artículo 1058 del Código Civil dispone: *“La asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita”*.

De esta clase es siempre el error en la persona, pues por lo general, el error en la persona no vicia el consentimiento a menos que la consideración de ella sea determinante del acto, como sucede en el testamento y en los demás actos gratuitos. Esta disposición pone en claro que el error sólo afecta a la cláusula testamentaria en que incide, y en base a ella se puede concluir que el error vicia la asignación cuando es determinante. Sin embargo, el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la voluntad si no hubiere dudas acerca de la persona, conforme al artículo 1057 del Código Civil.

c) El dolo

El legislador nada dice respecto al dolo como vicio de la voluntad en los testamentos. Solamente declara indigno de suceder al que por fuerza o dolo obtuvo una disposición testamentaria del difunto, conforme al cuarto número del artículo 968 del Código Civil. La aplicación de las reglas generales resulta impracticable porque, con arreglo al artículo 1458 del Código Civil, el dolo vicia el consentimiento cuando es determinante del acto y obra de una de las partes, y es obvio que el dolo no podrá cumplir con este segundo requisito en el testamento y, en general, en los actos unilaterales, aunque sea también claro que el dolo igualmente vicia la voluntad en los actos unilaterales. Se concluye que el dolo viciará la voluntad cuando sea determinante en el testamento.

2.3 Formalidades Legales.

La clasificación del testamento se hace en atención a las solemnidades de que está revestido. Es así como el testamento, que siempre es solemne, puede ser solemne y menos solemne o privilegiado, como a continuación se señala:

a) Testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, conforme al segundo inciso del artículo 1008 del Código Civil. El testamento solemne puede ser otorgado en Chile o en el extranjero. El otorgado en Chile puede ser abierto o cerrado.

a.1) Testamento solemne abierto, nuncupativo o público, es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos, conforme al inciso final del artículo 1008 del Código Civil.

a.2) Testamento solemne cerrado es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de ellas, conforme al inciso final del artículo 1008 del Código Civil.

a.3) Testamento solemne otorgado en país extranjero puede ser extendido en conformidad a la ley chilena, en cuyo caso podrá ser abierto o cerrado, o en conformidad a la ley extranjera, de acuerdo con los artículos 1027 y 1028 del Código Civil.

b) Testamento menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares expresamente determinadas por la ley, conforme al tercer inciso del artículo 1008 del Código Civil. Son especies de testamento menos solemnes o privilegiados el verbal, el militar y el marítimo, conforme al artículo 1030 del Código Civil.

Sólo se analizarán los testamentos solemnes, no los privilegiados, y, dentro de los primeros, sólo aquellos otorgados en Chile.

2.3.1 Reglas comunes a todo testamento solemne.

El testamento solemne, que puede ser abierto o cerrado, está sujeto a dos reglas comunes, que son las siguientes:

a) **Debe ser escrito.** El artículo 1011 del Código Civil dispone que el testamento solemne es siempre escrito. Con respecto al valor del testamento ológrafo, algunas legislaciones, como la francesa, reconocen validez a estos testamentos, esto es, aquellos que han sido escritos, fechados y firmados, de puño y letra por el testador, sin necesidad de cumplir otra solemnidad que la indicada. Nuestro Código no reconoce la validez al testamento ológrafo otorgado en Chile, pero se discute el otorgado en países extranjeros que le reconocen eficacia. Hay quienes piensan que el testamento carece de valor en Chile porque el artículo 1027 del Código Civil exige probar la autenticidad del testamento otorgado en país extranjero, lo cual evoca la idea de instrumento público. Sin embargo, el grueso de la doctrina acepta su eficacia porque la única exigencia de fondo que contiene el artículo 1027 del Código Civil para la validez del testamento otorgado en país extranjero es que sea escrito, y el testamento ológrafo es típicamente un instrumento escrito, pues ha sido fechado, firmado y escrito de puño y letra por el testador. Además nuestro Código acepta en general el principio del *lex locus regit actum*. La Corte Suprema piensa de ese modo.

b) **Debe otorgarse ante testigos hábiles.** La ley no sólo ha exigido la presencia de testigos para dar más seriedad al acto testamentario, sino que ha fijado minuciosamente las condiciones necesarias para serlo. El artículo 1012 del Código Civil declara que no pueden ser testigos de un testamento solemne otorgado en Chile las siguientes personas:

- Los menores de dieciocho años.
- Los interdictos por causa de demencia.
- Los actualmente privados de razón.
- Los ciegos.
- Los sordos.

- Los condenados a alguna de las penas designadas en el séptimo número del artículo 267 del Código Civil y, en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos.
- Los amanuenses del notario autorizante del testamento.
- Los extranjeros no domiciliados en Chile.
- Las personas que no entienden el idioma del testador, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1024 del Código Civil que se refiere al testamento cerrado otorgado por algún testador que no pudiere entender o ser entendido a viva voz. Entre estas personas están los extranjeros que no sepan el idioma castellano, pueden ser testigos en sus testamentos personas que no entiendan su idioma.

Sobre estas disposiciones cabe observar que para acreditar la inhabilidad del demente interdicto bastará probar la interdicción, en cambio, si se trata de un demente no interdicto, quien alegue la inhabilidad del testigo deberá demostrar la demencia actual, esto es, contemporánea al testamento.

Puede suceder que la inhabilidad del testigo no se manifieste en su aspecto o en su conducta y que aparente una habilidad que carece. Esta habilidad aparente o putativa puede ser suficiente, aunque no podrá servir sino a uno sólo de los testigos, y requiere la concurrencia de varios requisitos que señala el artículo 1013 del Código Civil que dispone: *“Si alguna de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente no se manifiestan en el aspecto o comportamiento del testigo, y se ignoran generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo”*. De esta manera, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Que no se manifieste en el aspecto o conducta del testigo.
- Que se ignore generalmente la inhabilidad en el lugar en que se otorga el testamento.
- Que la opinión que considera hábil al testigo sea general y se funde en hechos concretos y públicos.

La urgencia con que a menudo se otorga el testamento ha inducido al legislador a validar el testamento en que interviene como testigo una persona reputada capaz, aplicando el principio de equidad de la vieja fórmula, error común constituye derecho.

No exige la ley como un requisito general que los testigos sepan leer y escribir y que estén domiciliados en el lugar en que el testamento se otorga. Sin embargo, el inciso final del artículo 1012 del Código Civil establece al respecto dos reglas importantes:

- Dos de los testigos, a lo menos, deben estar domiciliados en la comuna o agrupación de comunas en que se otorga el testamento.
- Un testigo a lo menos, debe saber leer y escribir cuando concurren tres y dos cuando concurren cinco.

2.3.2 Testamento solemne abierto.

El testamento abierto, nuncupativo o público se caracteriza porque el testador da a conocer su declaración de última voluntad. El artículo 1015 del Código Civil establece que 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.

Las maneras de otorgar testamento abierto son las siguientes:

- Ante notario o funcionario que haga sus veces y tres testigos.
- Ante cinco testigos.

Con respecto a los funcionarios ante los cuales se puede otorgar testamento abierto, el primer inciso del artículo 1014 del Código Civil establece que el testamento abierto se puede otorgar ante el competente escribano, término que equivale actualmente al de notario. El inciso segundo añade que puede hacer las veces de notario el juez de letras del territorio jurisdiccional del lugar del otorgamiento del testamento.

El otorgamiento mismo del testamento abierto distingue las siguientes etapas:

a) Escritura del testamento.

El testamento abierto, como todo testamento solemne, debe constar por escrito. No es menester que se escriba el testamento en presencia del notario y de los testigos. Lo corriente y práctico será que el testador lleve escrito el testamento o haya enviado previamente un borrador al notario para su escrituración. Sobre el particular, el artículo 1017 del Código Civil dispone que el testamento abierto podrá haberse escrito previamente. Tampoco es de rigor que se escriba en el protocolo del notario, pues ninguna disposición lo exige. En la práctica, el notario escribe el testamento y lo incorpora a su protocolo, al igual que las escrituras públicas.

El artículo 1016 del Código Civil dispone: *“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 tuviera 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. 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”*. A estas enunciaciones el artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales añade la indicación de la hora.

b) Lectura del testamento.

Constituye esencialmente el testamento abierto el acto por el cual el testador hace saber al notario y testigos sus disposiciones testamentarias. Este conocimiento se obtiene mediante la

lectura del testamento. Por este motivo, el segundo inciso del artículo 1017 del Código Civil dispone que el testamento 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. El testamento, pues, debe leerse por el notario o funcionario que haga sus veces. Si se trata de un testamento otorgado solamente ante cinco testigos procederá a su lectura el testigo que designe el testador. La lectura del testamento es un acto continuo e ininterrumpido. Mientras se lee el testamento estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de sus disposiciones, conforme al tercer inciso del artículo 1017 del Código Civil, precepto que está en perfecta armonía con el inciso final del artículo 1015 del Código Civil que dispone que el testamento será presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo escribano, si lo hubiere, y por unos mismos testigos.

La doctrina discute acerca de si es menester dejar constancia en el testamento de la lectura que debe hacer el funcionario o testigo. La negativa ha triunfado en la jurisprudencia. Se sostiene que la ley no exige tal constancia, y las solemnidades son de derecho estricto. Cuando el legislador quiso que se dejara constancia del cumplimiento de esta solemnidad, lo dijo expresamente, como ocurre en el testamento del ciego, conforme al artículo 1019 del Código Civil. Además porque son dos cosas distintas la solemnidad y la prueba de la solemnidad. La solemnidad, en este caso, es que se lea el testamento, y dejar constancia de haberse cumplido dicha formalidad no es sino una manera de acreditarla. La tesis contraria proclama que el testamento, acto solemne, debe bastarse a su mismo para probar que se han observado las solemnidades legales.

c) Firma del testamento.

El acto termina con la firma de las partes. El artículo 1018 del Código Civil expresa que termina el acto por las firmas del testador y testigos, y por la del escribano, si lo hubiere. En caso que el testador no sepa o no pueda firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia expresando la causa. Si alguno de los testigos no sabe o no puede firmar, otro de ellos firmará por él y a ruego suyo, expresándolo así.

Una persona puede normalmente a su elección otorgar testamento abierto o cerrado. Por excepción algunas personas sólo pueden otorgar testamento abierto, y son las siguientes:

- El ciego.
- El que no sabe leer ni escribir.

Con respecto al testamento del ciego, para precaver fraudes de que podría ser víctima el testador privado de la vista, la ley no le permite otorgar testamento privado, disponiendo el artículo 1019 del Código Civil que sólo podrá testar nuncupativamente. Este testamento está sujeto a diversas reglas especialísimas, que son las siguientes:

- Debe ser otorgado ante escribano o funcionario que haga sus veces y tres testigos; por lo tanto, el ciego no puede testar ante cinco testigos.

- El testamento está sometido a una doble lectura; deberá ser leído 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.
- Es preciso que se deje constancia expresa de haberse procedido a la doble lectura, conforme al artículo 1019 del Código Civil.

Con respecto al testamento del que no sabe leer ni escribir, el artículo 1022 del Código Civil señala que el que no sabe leer ni escribir no podrá otorgar testamento cerrado, por lo que deberá otorgar testamento abierto. La regla es lógica porque el testamento cerrado debe estar escrito o al menos firmado por el testador. Este testamento abierto del que no sabe leer ni escribir está sujeto a las reglas generales.

2.3.3 Testamento solemne cerrado.

El testamento cerrado se caracteriza porque no es menester que el notario y testigos conozcan las disposiciones del testador. Puede el testador, si lo desea, dar a conocer sus disposiciones, pero no es de rigor que lo haga, como en el testamento abierto. El artículo 1023 del Código Civil dispone que lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando que en ella se contiene su testamento.

El testamento solemne cerrado, conforme al artículo 1021 del Código Civil, sólo puede otorgarse ante notario o quien haga sus veces y tres testigos, no permitiéndose, como ocurre en el testamento solemne abierto, que se otorgue ante cinco testigos.

Las etapas de otorgamiento del testamento solemne cerrado son las siguientes:

a) Escritura del testamento.

El segundo inciso del artículo 1023 del Código Civil establece que el testamento deberá estar escrito o al menos firmado por el testador.

Hay que observar que en el testamento cerrado se distinguen dos partes:

- el testamento mismo o memoria testamentaria
- la carátula, sobrescrito o cubierta.

La memoria testamentaria, que es lo que en verdad constituye el testamento, debe estar escrito o a lo menos firmado por el testador. Al respecto pueden presentarse tres situaciones: primero, que el testamento esté escrito por el testador, en que no hay ninguna duda de que es válido; segundo, que el testamento esté escrito a mano o a máquina por un tercero y firmado por el testador, caso en que también es inobjetable pues la ley exige que el testamento esté a lo menos firmado por éste; y, tercero, que el testamento esté escrito de puño y letra por el testador, pero no esté firmado por él. Al respecto se plantea la discusión. La opinión dominante es que este testamento sería válido pero en realidad la letra del precepto parece contrariar semejante

interpretación, pues dice que el testamento debe estar, a lo menos, firmado, indicando con ello que, en todo caso, deberá haber firma del testador. Otros, en cambio, sostienen que no es necesario que esté escrito y firmado por el testador, sino que puede ser lo uno o lo otro.

b) Cierre y sellamiento.

Escrito el testamento el otorgante lo introduce en un sobre. El tercer inciso del artículo 1023 del Código Civil dispone que el sobrescrito o cubierta del testamento estará cerrado o se cerrará exteriormente de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta. De este modo se garantiza que la memoria testamentaria sea la misma que el testador escribió o a lo menos firmó y colocó bajo cubierta. Queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca o emplear cualquier otro medio que tienda a asegurar la inviolabilidad de la cubierta. En la práctica el notario procede a lacrar el sobre o cubierta y estampa su timbre en el lacre.

c) Presentación del testamento.

Cerrado el sobre o cubierta, el testador lo presentará al notario y testigos. Este acto, conforme al primer inciso del artículo 1023 del Código Civil, es lo que constituye esencialmente el testamento cerrado. La presentación del sobre cerrado debe ser hecha por el testador al notario y testigos. Debe ser hecha a viva voz y en términos tales que el notario y los testigos le vean, oigan y entiendan. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola en presencia del notario y de los testigos.

d) Redacción y firma de la carátula.

Presentado el testamento debe escribirse la carátula o sobrescrito, tarea que compete al notario. El quinto inciso del artículo 1023 del Código Civil dispone: *“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”*. El artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales agrega un requisito más, la expresión de la hora. El acto de otorgamiento del testamento termina por la forma del testador y de los testigos y por la firma y sello del notario sobre la cubierta, conforme al sexto inciso del artículo 1023 del Código Civil. De modo que en el testamento cerrado pueden existir dos firmas del testador, la del testamento mismo, que se discute si puede o no faltar, y la de la carátula, que es esencial. El testador puede llevarse el testamento cerrado o dejarlo en la notaría. Como una medida de seguridad, para evitar que el testamento se pierda o destruya, es conveniente protocolizarlo.

El artículo 1023 del Código Civil establece que durante el otorgamiento no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere. Esta regla está inspirada en el propósito de evitar las influencias de extraños durante el otorgamiento del acto testamentario. Asimismo señala una regla análoga a la que contempla el inciso tercero del

artículo 1015 del Código Civil para los testamentos abiertos, pues se señala que durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo escribano y unos mismos testigos. Sólo de este modo el funcionario y testigos pueden dar cabal fe del acto.

Conforme al primer inciso del artículo 1024 del Código Civil, las personas que no pueden entender o ser entendidas de viva voz solamente pueden otorgar testamento cerrado. Tal es el caso del sordomudo que sólo puede darse a entender por escrito y de las personas que hablen un idioma que no entienden el notario y los testigos. El reglamento cerrado de estas personas está sujeto a reglas especiales, que son las siguientes:

- Por regla general no pueden ser testigos las personas que no entienden el idioma del testador, pero conforme al onceavo número del artículo 1012 del Código Civil dicha regla no rige en este caso.

- El testador escribirá de su letra, en la cubierta, la palabra testamento o la equivalente en el idioma que prefiera, y hará de la misma manera la designación de su persona, expresando, a lo menos, su nombre, apellido, domicilio y nación a que pertenece, conforme al segundo inciso del artículo 1024 del Código Civil.

- En lo demás se observarán las reglas del testamento cerrado.

2.3.4 Trámites para la Ejecución del Testamento.

La ejecución del testamento está sujeta a diversos trámites que dependen de la forma de su otorgamiento. El testamento puede otorgarse ante funcionario y testigos o solamente ante testigos. Aunque en uno y otro caso se trata de un testamento igualmente válido, la situación es diversa por lo que toca a su ejecución. Esta diferencia proviene de que el testamento ante funcionarios y testigos es un instrumento público, un acto auténtico, que hace plena fe del hecho de haber sido realmente otorgado por las personas y en la forma que en el instrumento se expresa. En cambio, el testamento otorgado solamente ante testigos es un instrumento privado, cuya autenticidad debe demostrarse previamente.

Tampoco es indiferente ante quien se otorga el testamento. Algunos de estos funcionarios llevan registro público en que el testamento queda incorporado; otros funcionarios no llevan registro. Aun el notario, que lleva un registro público, puede otorgar el testamento fuera del registro. La ley no exige que el testamento ante notario se incorpore en el protocolo notarial. Esta exigencia rige sólo para las escrituras públicas, aunque en la práctica el testamento ante notario se otorga en el registro.

a) Ejecución del testamento solemne abierto.

En resumen, el testamento abierto puede requerir, según los casos, de dos diligencias previas: la publicación y la protocolización.

El testamento otorgado ante funcionario público e incorporado en su registro no necesita de ningún trámite posterior para recibir cumplida ejecución. Tal es el caso del testamento otorgado ante notario y en su registro.

El testamento otorgado ante funcionario y que no se incorporó en un registro público, debe ser protocolizado, esto es, agregado al final del registro de un notario, a petición de la parte interesada. Tal es el caso del testamento que se otorga ante un juez de letras, o puede ser el caso, prácticamente excepcional, de un testamento ante notario. El artículo 866 del Código de Procedimiento Civil dispone: *“El testamento abierto, otorgado ante funcionario competente y que no se haya protocolizado en vida del testador, será presentado después de su fallecimiento y en el menor tiempo posible al tribunal para que ordene su protocolización, y sin este requisito no podrá procederse a su ejecución”*.

La disposición era clara: en vida del testador el testamento podía protocolizarse en cualquier tiempo, sin necesidad de orden del juez; muerto el testador la protocolización debía hacerse por orden judicial. Pero el artículo 420 del Código Orgánico de Tribunales dispuso que valdrían como instrumentos públicos, una vez protocolizados, los testamentos solemnes abiertos que se otorguen en hojas sueltas siempre que su protocolización se haya efectuado, a más tardar, dentro del primer día siguiente hábil al de su otorgamiento, a fin de resguardar la integridad y autenticidad del testamento. La disposición señala perentoriamente un plazo para efectuar la protocolización, bajo pena de que el testamento no valdrá como instrumento público.

La jurisprudencia resolvió que el plazo señalado en el segundo número del artículo 420 del Código Orgánico de Tribunales no se refiere a los testamentos otorgados ante cinco testigos, pues si bien es cierto que estos testamentos se otorgan en hojas sueltas, no puede aplicarse el precepto citado, porque antes de protocolizar este testamento es previo proceder a su publicación, consistente, entre otras cosas, en llamar a los testigos del mismo a reconocer sus firmas, y esta tramitación judicial se lleva a cabo una vez fallecido el causante, lo cual hace imposible cumplir el plazo exigido en el artículo 420 del Código Orgánico de Tribunales.

El testamento otorgado ante cinco testigos no es un instrumento público. Para recibir ejecución debe ser publicado, esto es, sometido a diversas formalidades que tienden a constatar su autenticidad, o sea, que ha sido realmente otorgado por la persona y en la forma que en el testamento se expresa. Además, como el testamento no se ha insertado en un registro público, para fines de seguridad, la ley dispone que debe protocolizarse. El artículo 867 del Código de Procedimiento Civil dispone: *“La publicación y protocolización de los testamentos otorgados sólo ante testigos, se hará en la forma prevenida en el artículo 1020 del Código Civil”*. Las referidas diligencias se reducen a las siguientes tres:

- **Reconocimiento de las firmas del testador y de los testigos.** La publicación del testamento consiste, en primer término, en el reconocimiento que deben hacer los testigos de la firma del testador y de las suyas. El artículo 1020 del Código Civil dispone: *“El juez competente hará comparecer los testigos para que reconozcan sus firmas y la del testador”*. Si uno o más de los testigos no comparece, por su ausencia u otro impedimento, bastará que los testigos presentes reconozcan sus firmas, la del testador y la del testigo o testigos ausentes. En caso necesario, siempre que el juez lo estime conveniente, podrán ser abonadas las firmas del

testador y de los testigos ausente por declaraciones juradas de otras personas fidedignas. Si los testigos no reconocen sus firmas o la del testador, no podrá considerarse el testamento como auténtico, rubricarse y mandarse protocolizar por el juez.

- **Rubricación del testamento por el juez.** Establecida la autenticidad de las firmas del testador y testigos, el juez debe poner su rúbrica al principio y fin de cada página del testamento, conforme al quinto inciso del artículo 1020 del Código Civil.

- **Protocolización del testamento.** Las diligencias de publicación del testamento culminan con su protocolización. Después de rubricado, el juez lo mandará a entregar con lo obrado al escribano actuario para que lo incorpore en sus protocolos, conforme al quinto inciso del artículo 1020 del Código Civil.

El juez competente para conocer de estas diligencias será el del último domicilio, conforme a la regla general establecida en el artículo 1009 del Código Civil.

b) Ejecución del testamento solemne cerrado.

Por su misma naturaleza, el testamento cerrado requiere que se abra para recibir ejecución. El artículo 869 del Código de Procedimiento Civil establece que puede pedir la apertura, publicación y protocolización del testamento cualquiera persona capaz de parece en juicio por sí misma. Conviene recordar que se hace indigno de suceder el que detiene u oculta el testamento del difunto, conforme al quinto número del artículo 968 del Código Civil. El peticionario deberá acreditar la muerte natural o presunta del testador, conforme a lo dispuesto en el artículo 1010 del Código Civil.

Con respecto al juez competente para proceder a la apertura, el primer inciso del artículo 1025 del Código Civil dispone que el testamento cerrado, antes de recibir su ejecución, será presentado al juez. Conforme a la regla del artículo 1009 del Código Civil, será juez competente el del último domicilio del testador. Pero el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil establece que 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. El juez del lugar en que se otorgó el testamento procederá por delegación del juez del último domicilio.

La apertura del testamento requiere que previamente el notario y testigos reconozcan sus firmas y la del testador. Es preciso, además, que estas mismas personas declaren que, a su juicio, el testamento se encuentra cerrado y sellado como al tiempo de su otorgamiento. El segundo inciso del artículo 1025 del Código Civil dispone: *“No se abrirá el testamento sino después que el escribano y testigos reconozcan ante el juez su firma y la del testador, declarando además si en su concepto está cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega”*.

Prevé la ley la posibilidad de que no puedan comparecer el notario y los testigos. Conforme al tercer inciso del artículo 1025 del Código Civil si no pueden comparecer todos los testigos, bastará que el notario y los testigos presentes reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen la de los testigos ausentes. Conforme al cuarto inciso del artículo 1025 del Código Civil, en caso de no comparecencia del notario o funcionario que autorizó el testamento, será reemplazado en la diligencia de apertura por el notario que el juez elija. En caso contrario, si el juez lo estimare conveniente podrán ser abonadas las firmas del notario y testigos ausentes por declaraciones juradas de otras personas fidedignas, conforme al quinto inciso del artículo 1025 del Código Civil. Así ocurrirá cuando haya fallecido el notario y testigos o cuando sus testimonios no establezcan fehacientemente la autenticidad de las firmas del notario o testigos ausentes.

De estas diligencias habrá de levantarse el acta correspondiente, que será suscrita por el juez, por el notario, por los testigos y por el secretario del juzgado. Cuando el testamento se abra ante un juez que no sea el del último domicilio, el original, junto con las diligencias de apertura, se remitirá a este juez, y se dejará archivada además una copia autorizada en el protocolo del notario que autorizó el testamento, conforme al artículo 868 del CPC.

Reconocidas las firmas y la integridad del testamento, se abre el sobre y el juez rubrica el testamento al fin y al principio de cada hoja, y lo manda protocolizar ante el notario que lo autorizó o ante aquel que el juez designe. El primer número del artículo 420 del COT dispone que valdrán como instrumentos públicos, desde su protocolización, los testamentos solemnes cerrados y abiertos en forma legal. La protocolización está sujeta a la regla especial del quinto inciso del artículo 1020 del Código Civil y del artículo 417 del COT, es decir, además de protocolizar el testamento mismo, también se protocolizan los antecedentes que lo acompañan, esto es, los trámites de apertura.

2.3.5 Sanciones por la Falta de Solemnidades Legales.

La falta de cualquiera de las solemnidades de que está investido invalida el testamento. Tal es la regla general del primer inciso del artículo 1026 del Código Civil, aplicación lisa y llana de la regla general del artículo 1682 del Código Civil que sanciona con la nulidad absoluta la omisión de los requisitos o formalidades prescritos por la ley en consideración a la naturaleza del acto o contrato. El artículo 1026 del Código Civil dispone: *“El testamento solemne abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno”*.

Sin embargo, la ley mitiga el rigor de la norma al expresar en el segundo inciso del artículo 1026 del Código Civil lo siguiente: *“Con todo, cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1016, en el quinto inciso del artículo 1023 y en el segundo inciso del artículo 1024 del Código Civil, no será nulo el testamento siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigos”*. De este modo, se tolera la omisión de las

enumeraciones que se refieren a la individualización del testador, notario o testigos si, no obstante, la identidad de estas personas no resulta dudosa.

Pero las disposiciones citadas contienen además enunciaciones relativas a la circunstancia de encontrarse el testador en sano juicio, al lugar, día, mes y año del otorgamiento, a la expresión del nombre testamento o a la equivalente en el idioma que prefiera, por lo que se discute la sanción que acarrearía la omisión de estas menciones. Para algunos, la omisión de cualquiera solemnidad que no diga relación con la identidad de los protagonistas del testamento acarrea la nulidad, pues la condición que pone el segundo inciso del artículo 1026 del Código Civil es que las omisiones no hagan dudosa la identidad del testador, notario y testigos, lo que indica que las enunciaciones omitidas deben referirse necesariamente a dicha identidad. De otro modo, con el pretexto de que no es dudosa la identidad, tendría que admitirse que es posible omitir menciones tan fundamentales como las del día, mes y año del otorgamiento, esto es, que el testamento puede carecer por completo de fecha, la que es indispensable para juzgar sobre la habilidad de los testigos, sobre la validez del acto testamentario y, especialmente, para decidir, en presencia de varios testamentos, cual debe prevalecer. Otros, apoyándose en el tenor literal de la norma señalan que no hay nulidad si no hay duda sobre la identidad de las personas que en él intervienen.

Capítulo aparte merece la omisión de la hora, pues el artículo 1026 del Código Civil sanciona la falta de las solemnidades prescritas en los artículos precedentes a él, y la exigencia de la indicación de la hora se encuentra en el COT. Para concluir si el testamento es nulo o no basta con la regla general del artículo 1682 del Código Civil. Abeliuk piensa que la nulidad no es aplicable, y que sólo procederían las sanciones que la ley establece para los notarios que faltan a sus deberes. El testamento en si mismo no sería atacable por esta sola circunstancia.

2.4 Índices de Testamentos.

El artículo 431 del Código Orgánico de Tribunales dispone: *“El notario llevará un libro índice público en que se anotarán las escrituras por orden alfabético de los otorgantes, y otro privado en el que se anotará, en la misma forma, los testamentos cerrados con indicación del lugar de su otorgamiento y del nombre y domicilio de los testigos. El primero estará a disposición del público, debiendo exhibirlo a quien lo solicite y el segundo deberá mantenerlo reservado, no teniendo obligación de exhibirlo, sino por decreto del juez competente o ante una solicitud de un particular que acompañe el certificado de defunción que corresponda al otorgante del testamento”*.

Por su parte, el artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales dispone: *“Los testamentos abiertos o cerrados que se otorguen ante notario u otros funcionarios públicos que hagan sus veces, deberán figurar, sin perjuicio de su inserción en los índices a que se refiere el artículo 431, en un registro índice general de disposiciones de última voluntad, que estará a cargo y bajo responsabilidad del archivero judicial de Santiago. Este registro tendrá dos índices, uno para los testamentos abiertos y otro para los testamentos cerrados. Estos registros serán reservados sin que ellos puedan ser exhibidos o se informe*

respecto de ellos, salvo orden judicial o ante una petición de un particular que acompañe el certificado de defunción que corresponda al otorgante del testamento”.

3. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

Conforme al primer inciso del artículo 1069 del Código Civil prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal de que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales.

De conformidad con la disposición citada, los requisitos que deben concurrir son los siguientes:

- i. Se privilegia la voluntad del testador.
- ii. Esta voluntad debe estar claramente manifestada.
- iii. Se respeta la voluntad en la medida en que no se infrinja la ley.
- iv. Para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido., conforme al segundo inciso del artículo 1069 del Código Civil.

La jurisprudencia ha señalado que el interpretar un testamento es una mera cuestión de hecho, por tanto no cabría un recurso de casación. Por otra parte la calificación de los hechos sería una cuestión de derecho.

4. LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS.

4.1 Generalidades

a) Concepto.

Las asignaciones testamentarias son las asignaciones por causa de muerte que realiza una persona en su testamento para disponer de sus bienes. Conforme al artículo 953 del Código Civil pueden tener un origen en la ley o en el testamento. Asimismo, pueden ser a título universal o singular.

b) Requisitos o presupuestos.

Generalmente se estima que los requisitos de las asignaciones testamentarias son los siguientes:

- i. Debe ser una persona cierta.
- ii. La persona deber ser determinado o determinable.
- iii. La asignación debe ser determinada o determinable.
- iv. No deben ser captatorias.
- v. No debe padecer de error.
- vi. No debe darse a conocer por un sí o por un no.
- vii. La elección del asignatario no puede depender del puro arbitrio ajeno.

Nosotros los estudiaremos distinguiendo los requisitos subjetivos de los objetivos, como a continuación se detalla:

b.1) Subjetivos.

Apuntan al sujeto del asignatario, que debe reunir los siguientes requisitos:

- i. Debe ser capaz de suceder.
- ii. Debe ser digno se suceder.
- iii. Conforme al artículo 1056 del Código Civil todo asignatario testamentario deberá ser una 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. Valdrán con todo las asignaciones destinadas a objetos de beneficencia, aunque no sean para determinadas personas.

Excepcionalmente se permiten asignaciones indeterminadas:

a) 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 los de la comuna o provincia del testador.

b) 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 la disposición del inciso anterior.

c) Lo que en general se dejare a los pobres, se aplicará a los de la parroquia del testador.

d) Conforme al artículo 1064 del Código Civil, 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.

b.2) Objetivos.

Los requisitos objetivos que deben cumplir las asignaciones testamentarias son los siguientes:

i. Se prohíben las disposiciones captatorias. Conforme al artículo 1059 del Código Civil, las disposiciones captatorias no valdrán. Se entenderán por tales aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos.

ii. Se exige una cierta manifestación de voluntad. Conforme al artículo 1060 del Código Civil, 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.

iii. Conforme al artículo 1063 del Código Civil, la elección de un asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno. Esto se debe relacionar con que la facultad de testar es indelegable, conforme al artículo 1004 del Código Civil.

iv. No puede designarse al notario, conforme al artículo 1061 del Código Civil.

v. Conforme al artículo 1062 del Código Civil, el acreedor cuyo crédito no conste sino por el testamento, será considerado como legatario para las disposiciones del artículo precedente.

Las asignaciones pueden ser a título:

a) Universal, cuando se deja el patrimonio del difunto, todos sus bienes o una cuota de ellos.

b) Singular, pueden ser de especie o cuerpo cierto en que debe determinarse el cuerpo cierto; o de género en que debe determinarse la cantidad, conforme al artículo 1066 del Código Civil. Sin ello se tendrá por no escrita. Excepcionalmente se permite la indeterminación cuando es a favor de beneficencia.

Puede que existan errores o vicios en la formación de la voluntad del testador:

a) Error en el nombre. Conforme al artículo 1057 del Código Civil el error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona.

b) Error en el hecho. Conforme al artículo 1058 del Código Civil, la asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita.

5. CLASIFICACIÓN DE LAS ASIGNACIONES

Las asignaciones reconocen las siguientes clasificaciones:

- i. Puras y simples, no están sujetas a modalidad alguna; o, sujetas a modalidad⁶.
- ii. A título universal, constituye una herencia; o, a título singular, constituye un legado.
- iii. Voluntarias, dependen de la voluntad del causante; o, forzosas, la ley las suple ante el silencio del causante y aún en contra de sus disposiciones expresas, son asignaciones forzosas: los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, la legítima y la cuarta de mejoras.

5.1 Asignaciones a título universal.

a) Concepto

El causante instituye como heredero a una persona. Conforme al artículo 1097 del Código Civil, los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos, por lo tanto, representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Los herederos son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas.

b) Características

- i. Su origen puede ser la ley o el testamento.
- ii. El modo de adquirir es la sucesión por causa de muerte.
- iii. Concurren a la sucesión personalmente o representados.
- iv. Disponen como acciones para la protección de su derecho la acción de petición de herencia de los artículos 1264 y siguientes del Código Civil y acción de reforma del testamento, de los artículos 1216 y siguientes del Código Civil.
- v. Representa al causante.

c) Clasificación

i) Heredero universal. Es la persona llamada a suceder el conjunto del patrimonio y no una cuota de él. Conforme al artículo 1098 del Código Civil, el asignatario que ha sido llamado a la sucesión en términos generales que no designan cuotas, como, por ejemplo, sea

⁶ Estudiar por cuenta propia.

Pablo mi heredero, o dejo mis bienes a Pablo, es heredero universal. Pero si concurriere con herederos de cuota, se entenderá heredero de aquella cuota que con las designadas en el testamento complete la unidad o entero. Si fueren muchos los herederos instituidos sin designación de cuota, dividirán entre sí por partes iguales la herencia o la parte de ella que les toque.

ii) Heredero de cuota. Es aquél que ha sido llamado a una parte o cuota de la herencia., conforme el sentido contrario del artículo 1098 del Código Civil. La importancia de la distinción radica en que el derecho a acrecer beneficia exclusivamente a los herederos universales.

iii) Heredero de remanente. Es aquél que es llamado después de efectuadas las disposiciones testamentarias y tendrá derecho a la sucesión que sobre.

Este heredero puede ser:

- Universal, si hechas otras asignaciones se dispone del remanente de los bienes y todas las asignaciones, excepto la del remanente, son a título singular, el asignatario del remanente es heredero universal, conforme al artículo 1099 del Código Civil.

- De cuota, si algunas de las otras asignaciones son de cuotas, el asignatario del remanente es heredero de la cuota que reste para completar la unidad, conforme al artículo 1099 del Código Civil.

- Abintestato, conforme al artículo 1100 del Código Civil, si no hubiere herederos universales, sino de cuota, y las designadas en el testamento, no componen toda unidad entera, los herederos abintestato se entienden llamados como herederos del remanente. Si en el testamento no hubiere asignación alguna a título universal, los herederos abintestato son herederos universales.

- Testada, explicada anteriormente.

Si las cuotas designadas en el testamento completan o exceden la unidad, se distingue de la forma en como recibe, del siguiente modo:

i) Como heredero del remanente, no recibe nada.

ii) Como heredero universal, conforme al artículo 1101 del Código Civil, 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; a menos que sea instituido como heredero del remanente, pues entonces nada tendrá. Conforme al artículo 1102 del Código Civil, 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, por ejemplo, se deja $\frac{1}{3}$ a A, $\frac{1}{3}$ a B, $\frac{1}{3}$ a C y $\frac{1}{4}$ a D. Se debe llegar al mínimo común denominador que es 12, y por lo tanto tendremos $\frac{4}{12}$, $\frac{4}{12}$, $\frac{4}{12}$ y $\frac{3}{12}$. Luego se deben sumar los numeradores que dan 15 y por lo tanto tendremos $\frac{4}{15}$, $\frac{4}{15}$, $\frac{4}{15}$, $\frac{3}{15}$, formando la unidad.

5.2 Asignaciones a título singular.

Conforme al artículo 1104 del Código Civil, al asignatario se le da el carácter de legatario.

a) Características

- i. No representan al causante.
- ii. Heredan bienes determinados y no una universalidad.
- iii. Su fuente es el testamento.
- iv. El legado puede ser adquirido por derecho de transmisión.
- v. Tienen responsabilidad subsidiaria hasta el monto de su legado cuando el heredero no responde.

b) Cosas que pueden legarse.

- i. Todas las cosas corporales e incorporales, conforme al artículo 1127.
- ii. Puede legarse la cosa futura, conforme a los artículos 1461 y 1113.
- iii. No pueden legarse las cosas incapaces de ser apropiadas. Por tanto, las cosas comunes a todos los hombres, de propiedad nacional o municipal, que forma parte de un edificio, de culto divino.

c) Legado de cosa ajena.

De acuerdo al artículo 1107 del Código Civil, 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 primer inciso del artículo precedente.

d) Clasificación de los legados.

- i. **De especie o cuerpo cierto.** Se adquiere por sucesión por causa de muerte.
- ii. **De género.** Es un crédito, porque el derecho que se tiene es a que le paguen el legado, el que se adquiere por sucesión por causa de muerte. Posteriormente debe hacerse la tradición de la cosa.
- iii. **De crédito.** Conforme a los incisos segundo y tercero del artículo 1127 del Código Civil, por el hecho de legarse el título de un crédito, se entenderá que se lega el crédito. El

legado de un crédito comprende el de los intereses devengados; pero no subsiste sino en la parte del crédito o de los intereses que no hubiere recibido el testador.

iv. **De liberación.** Conforme al artículo 1130 del Código Civil, 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.

v. **De pago de una deuda.** Conforme al primer inciso del artículo 1131 del Código Civil, lo que se lega a un acreedor no se entenderá que es a cuenta de su crédito, si no se expresa, o si por las circunstancias no apareciere claramente que la intención del testador es pagar la deuda con el legado.

vi. **Las deudas confesadas en el testamento.** Conforme al artículo 1133 del Código Civil, 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.

vii. **Con alimentos voluntarios.** Conforme al artículo 1134 del Código Civil, 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 la necesidad del legatario, sus relaciones con el testador, y las fuerzas del patrimonio en la parte de que el testador ha podido disponer libremente. Si el testador no fija el tiempo que haya de durar la contribución de alimentos, se entenderá que debe durar por toda la vida del legatario. 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.

e) **Extinción de los legados.**

i. Por destrucción de la especie, conforme al primer inciso del artículo 1135 del Código Civil.

ii. Enajenación de especies legadas en todo o parte por acto entre vivos, conforme al segundo inciso del artículo 1135 del Código Civil.

iii. Alteración de la cosa, conforme al inciso final del artículo 1135 del Código Civil. Si el testador altera substancialmente la cosa legada mueble, como si de la madera hace construir un carro, o de la lana telas, se entenderá que revoca el legado. Si se constituye un gravamen sobre el legado, este no se revoca, pero subsiste este gravamen.

iv. El cobro, conforme al artículo 1129 del Código Civil. 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.

6. DONACIONES REVOCABLES

a) Generalidades

De acuerdo al artículo 1136 del Código Civil, donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio. Donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable; y donación entre vivos, lo mismo que donación irrevocable. Pueden ser a título universal o singular.

b) Requisitos

b.1) De fondo, se rigen por las reglas generales de los actos jurídicos. Como requisitos especiales de esta institución, podemos señalarlos siguientes:

i) Con respecto al donante, son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos, conforme al primer inciso del artículo 1138 del Código Civil.

ii) Con respecto al donatario, son nulas asimismo las entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos una de otra, conforme al primer inciso del artículo 1138 del Código Civil.

iii) Las donaciones entre cónyuges valen siempre como revocables, conforme al segundo inciso del artículo 1138 del Código Civil.

b.2) Externos o de forma, son actos solemnes, conforme al artículo 1137 del Código Civil. En cuanto a la solemnidad el artículo 1139 se remite al artículo 1000 del Código Civil, por lo tanto, se exigen las mismas solemnidades que el testamento. Excepcionalmente valen entre los cónyuges si se cumplen con las solemnidades.

c) Efectos.

Con respecto a los efectos de las donaciones revocables, es preciso distinguir de la especie de que se trate, se la siguiente manera:

i. **Donaciones a título singular.** Se asimilan a los legados. Puede suceder que el causante haya entregado la cosa. Conforme al artículo 1140 del Código Civil, por la donación revocable, seguida de la tradición de las cosas donadas, adquiere el donatario los derechos y contrae las obligaciones de usufructuario. Sin embargo, no estará sujeto a rendir la caución de conservación y restitución a que son obligados los usufructuarios, a no ser que lo exija el donante. Conforme al artículo 1141 del Código Civil, las donaciones revocables a título singular son legados anticipados, y se sujetan a las mismas reglas que los legados. Recíprocamente, si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable. 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.

ii. **Donaciones a título universal.** Conforme al artículo 1142 del Código Civil, 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. 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.

d) Caducidad.

Las donaciones revocables caducan por las siguientes causas:

- i. Lo más normal es que termine con la revocación expresa o tácita, conforme al artículo 1145 del Código Civil.
- ii. Se genera una causa de incapacidad.
- iii. Si los bienes se extinguen.
- iv. Si no se confirma la donación se entiende revocada, salvo el caso del segundo inciso del artículo 1137 del Código Civil, o sea, valen entre cónyuges como revocables.

El derecho se confirma con la muerte del donante. Conforme al artículo 1144 del Código Civil, las donaciones revocables se confirman, y dan la propiedad del objeto donado, por el mero hecho de morir el donante sin haberlas revocado, y sin que haya sobrevenido en el donatario alguna causa de incapacidad o indignidad bastante para invalidar una herencia o legado.

CAPÍTULO VI

LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

1. GENERALIDADES

Se encuentran reguladas en los artículos 1167 a 1211 del Código Civil. En Chile opera un sistema de libertad restringida para testar, por el cual se deben respetar ciertas asignaciones legales, las cuales si no se las incluye la ley las suple.

El primer inciso del artículo 1167 del Código Civil define las asignaciones forzosas señalando que: *“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”*.

Por su parte en el inciso segundo del mismo artículo se señalan cuáles son las asignaciones forzosas:

- Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas.
- Las legítimas.
- La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge.

1.1 Vías de protección de las asignaciones forzosas.

- Acción de reforma de testamento.
- Formación de acervos imaginarios, artículos 1185 y 1186 del Código Civil.
- La insinuación de las donaciones.
- Revocación de las donaciones excesivas, conforme al artículo 1187 del Código Civil.
- Cuando se hace una partición en vida del causante, se deben respetar las asignaciones forzosas, conforme al artículo 1318 del Código Civil.
 - El causante no puede tasar los valores destinados a las asignaciones, conforme al artículo 1197 del Código Civil.
 - La legítima rigorosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno, conforme al artículo 1192 del Código Civil.

1.2 Causales de pérdida de las asignaciones forzosas.

- Por desheredamiento, conforme al artículo 1207 del Código Civil.
- El cónyuge sobreviviente que dio lugar a la separación judicial por su culpa, conforme al artículo 1182 del Código Civil.
 - Cuando por parte del alimentario hay injuria atroz, entendiéndose por tal las del artículo 968 del Código Civil.

- Cuando el padre o madre han reconocido al hijo judicialmente en contra de su voluntad.

2. ESTUDIO PARTICULAR DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS⁷

2.1 Asignaciones Alimenticias Forzosas.

Es una baja general de la herencia, conforme al cuarto número del artículo 959 del Código Civil. No siempre los alimentos legales serán asignaciones forzosas; constituyen excepciones los siguientes:

- El artículo 1168 del Código Civil señala que 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.
- El segundo inciso del artículo 1171 del Código Civil referido a los alimentos cuantiosos, señala que si las que se hacen a alimentarios forzosos fueren más cuantiosas de lo que en las circunstancias corresponda, el exceso se imputará a la misma porción de bienes.

Respecto a qué se debe entender por alimentos que se deben por ley a ciertas personas hay varias posiciones:

- Tiene que haber sentencia que condene al pago de alimentos.
- Basta la demanda.
- Basta que se den los presupuestos para haber podido cobrar.
- Cuando se han pagado alimentos voluntariamente se entiende que si son una asignación forzosa.

Respecto a los alimentos voluntarios, el artículo 1171 del Código Civil dispone que las asignaciones alimenticias en favor de personas que por ley no tengan derecho a alimentos, en vida del causante, se imputaran a la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, es decir, a la cuarta de libre disposición.

⁷ Hasta la Ley N° 19.585 también era una asignación forzosa la *porción conyugal*. Sus características eran las siguientes: a) Era una asignación forzosa y baja general de la herencia que tenía una función alimentaria; b) Era eventual, se daba sólo si el cónyuge era pobre, es decir si no tenía bienes o si los tenía eran menores a los que les correspondían por porción conyugal; c) Se discutía la calidad en que se recibía esta asignación, a título de heredero o de legatario. La jurisprudencia señalaba que a título de heredero.

Con la ley en comento se deroga la porción conyugal y se considera al cónyuge sobreviviente como legitimario, lo cual es a todo evento y se recibe en calidad de heredero. Antes de la reforma el cónyuge era asignatario de la porción conyugal correspondiente al 25% de la herencia en todos los órdenes sucesorios. Actualmente le corresponde un mínimo de un cuarto de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso.

2.2 Las Legítimas.

El artículo 1181 del Código Civil dispone: *“Legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios”*. Los legitimarios son por consiguiente herederos.

Respecto a quienes son legitimarios el artículo 1182 del Código Civil señala a las siguientes personas:

- a) Los hijos, personalmente o representados por su descendencia.
- b) Los ascendientes del grado más próximo.
- c) El cónyuge sobreviviente.

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 del Código Civil. Se discute si se requiere oposición activa o también cabría en rebeldía del padre, para nosotros se requiere la oposición activa.

Conforme al artículo 1183 del Código Civil los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada.

En cuanto al cálculo de las legítimas, el artículo 1184 del Código Civil dispone que la mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959 del Código Civil, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirá 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 rigorosa.

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. 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 rigorosas; 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, sean o no legitimarios, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio.

El problema con esta norma es que el segundo inciso señala de que no formándose la legítima por falta de los legitimarios, se puede disponer libremente de la mitad de la porción de bienes, lo que es incorrecto ya que al no existir legitimarios tampoco se forma la cuarta de mejoras, lo que dejaría al causante con la facultad de disponer a su arbitrio del 100% de sus bienes.

Por lo tanto, se distinguen las siguientes situaciones:

- No hay legitimarios; no se forma la mitad legitimaria.
- Hay legitimarios; la herencia se divide en cuatro partes, dos de ellas forman la legítima rigorosa, una la cuarta de mejoras y otra de libre disposición.

Estos cálculos se hacen sobre el acervo líquido más los agregados de los acervos imaginarios, que se estudiarán posteriormente.

Respecto a la forma como se distribuyen los legitimarios la legítima, se aplican los criterios de la sucesión intestada, contenidos en los artículos 988 y 989 del Código Civil.

Se debe distinguir entre los siguientes tipos de legítimas:

- Legítima rigurosa, que es la que surge de aplicar las reglas para calcular el cómputo de las legítimas. Conforme al artículo 1190 del Código Civil si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad o exheredación, o porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho de representarle, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros.

- Legítima efectiva, es la que surge del artículo 1191 del Código Civil, o sea, acrece a las legítimas rigurosas toda 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. Aumentadas así las legítimas rigurosas se llaman legítimas efectivas.

Si concurren, como herederos, legitimarios con quienes no lo sean, sobre lo preceptuado en este artículo prevalecerán las reglas contenidas en el Título II de este Libro.

Con respecto a las características de las legítimas, se pueden mencionar las siguientes:

- Son asignaciones forzosas.
- No admiten ampliaciones.
- Conforme al artículo 1197 del Código Civil, el que deba 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 dichas especies.
- Tienen preferencia para su pago, conforme a los artículos 1193, 1189 y 1196 del Código Civil.
- No puede sujetarse a modalidades o gravámenes.

2.3 Las Mejoras.

Es aquella asignación forzosa que la ley ordena respetar con el propósito de que el testador distribuya la cuarta parte del acervo líquido o imaginario entre sus descendientes, su cónyuge y ascendientes.

Los beneficiarios de las mejoras son las siguientes personas:

- Los descendientes.
- Los ascendientes.
- El cónyuge sobreviviente.

Pueden también ser los mismos legitimarios. Respecto de quién puede ser asignatario de mejoras ha habido una evolución histórica. En un principio correspondía a los descendientes, con el tiempo se agregaron al cónyuge, y con la última modificación se agregó a los ascendientes.

Con respecto al monto de la mejora, es la cuarta parte de los bienes que configuran el acervo líquido e imaginario.

2.3.1 Promesa de no disponer de la cuarta de mejoras.

La Ley prohíbe perentoriamente, so pena de nulidad, los pactos sobre sucesión futura (artículo 1463). Sin embargo, el causante puede convenir que no dispondrá de la cuarta de mejoras. Este pacto sobre sucesión futura es válido, por excepción, en los términos del artículo 1204.

Dice el artículo 1204: *Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos a su cónyuge o a alguno de sus ascendientes o descendientes, que a la razón era legitimario, no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras y después contraviene 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 le aprovechará.*

Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor”.

- a) El pacto es solemne y debe constar necesariamente por escritura pública;
- b) La estipulación deberá precisamente consistir en no disponer de la cuarta de mejoras, esto es, dejar los bienes entregados a la distribución que hace la ley. El artículo 1204, inc. 2º, es concluyente: *"Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor"*
- c) El pacto debe celebrarse entre el causante, por un lado, y por el otro, con el cónyuge o alguno de sus descendientes o ascendientes, que tenga el carácter de legitimario al tiempo de celebrarse el convenio, y
- d) Violada la 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.

Supóngase que el causante tenía tres hijos A, B y C. Prometió a A no disponer de la cuarta de mejoras y dispuso de ella totalmente en favor de B. A tiene derecho para demandar de B el tercio de la referida cuarta.

2.4 Diferencias entre legítimas y mejoras.

- La mejora requiere una disposición testamentaria, la legítima no.
- El asignatario de cuarta de mejoras puede ser legatario, mientras que en la legítima es heredero.
- Las mejoras admiten modalidades, conforme al segundo inciso del artículo 1195 del Código Civil. La legítima rigorosa no es susceptible de plazo, modo, condición o gravamen alguno (artículo 1192 inc. 1º). La cuarta de mejoras, en cambio, admite ciertas modalidades. El artículo 1195, inc. 2º, previene: *"Los gravámenes impuestos a los partícipes de la cuarta de mejoras serán siempre en favor del cónyuge, o de uno o más de los descendientes o ascendientes del testador"*. En otros términos, los gravámenes deben ceder necesariamente en favor de personas a quienes el causante pudo asignar la cuarta de mejoras.

2.5 Pago de las legítimas y mejoras.

a) Puede el testador señalar bienes para efectos del entero y pago de legítimas y mejoras, conforme al artículo 1197 del Código Civil.

b) Con respecto a las imputaciones, el Código Civil permite hacer donaciones en vida a título de legítimas o mejoras, se sigue el criterio que se hacen a título de legítimas a no ser expresado por el causante que se hace a otro título, conforme a los artículos 1198 y 1203 del Código Civil. El artículo 1200 del Código Civil dispone que si se hiciera una donación, revocable o irrevocable, a título de legítima, a una persona que no fuere entonces legitimaria del donante, y el donatario no adquiriere después la calidad de legitimario, se resolverá la donación. Lo mismo se observará si se hubiere hecho la donación, a título de legítima, al que era entonces legitimario, pero después deje de serlo por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación o por haber sobrevenido otro legitimario de mejor derecho. Si el donatario ha llegado a faltar de cualquiera de esos modos, las donaciones imputables a su legítima se imputarán a la de sus descendientes. Además de las donaciones se pueden imputar los legados, conforme a lo dispuesto en los artículos 1198 y 1203 del Código Civil.

c) Las legítimas se pagan con preferencia a cualquier otra asignación, conforme al artículo 1189 del Código Civil. 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.

d) El artículo 1194 del Código Civil dispone que si las mejoras no cupieren en la cuarta parte del acervo imaginario, este exceso o diferencia se imputará a la cuarta parte restante, con preferencia a cualquier objeto de libre disposición, a que el difunto la haya destinado.

e) Conforme al artículo 1196 del Código Civil si no hubiere cómo completar las legítimas y mejoras, calculadas en conformidad a los artículos precedentes, se rebajarán unas y otras a prorrata.

f) En las mejoras se requiere disposición testamentaria expresa.

g) Conforme al primer inciso del artículo 1201 del Código Civil, 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.

h) Conforme al artículo 1206 del Código Civil, si al donatario de especies que deban imputarse a su legítima o mejora, le cupiere definitivamente una cantidad no inferior a lo que valgan las mismas especies, tendrá derecho a conservarlas y exigir el saldo, y no podrá obligar a los demás asignatarios a que le cambien las especies, o le den su valor en dinero. Y si le cupiere definitivamente una cantidad inferior al valor de las mismas especies, y estuviere obligado a pagar un saldo, podrá a su arbitrio hacer este pago en dinero, o restituir una o más de dichas especies, y exigir la debida compensación pecuniaria por lo que el valor actual de las especies que restituya excediere al saldo que debe.

3. TEORÍA DE LOS ACERVOS

3.1 Concepto.

Es el conjunto de bienes que quedan a la muerte de una persona, los cuales van a ser separados en orden a repartirse a sus sucesores.

3.2 Tipos de acervos.

a) **Acervo bruto o cuerpo común de bienes.** Conforme al artículo 1341 del CC 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. Este artículo asume que los bienes de un difunto pueden estar confundidos, se debe separar los que no pertenezcan a la herencia. Si hay oposición, se resuelve en juicio.

b) **Acervo ilíquido.** Está compuesto por el acervo bruto menos los bienes que no pertenecen a la sucesión. Por tanto es el conjunto de bienes que sí pertenecen a la herencia.

c) **Acervo líquido.** Está compuesto por el acervo ilíquido menos las bajas generales de la herencia del artículo 959 del Código Civil.

El artículo en comento dispone que se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios, los siguientes:

- Las costas de la publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión. No se refiere a los gastos de última enfermedad y de entierro, las que sí pueden ser deducidas en el impuesto a la herencia.
- Las deudas hereditarias. Son las que el causante mantenía en vida.
- Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria. Hoy en Chile no existen impuestos que gravan a toda la masa hereditaria, sino que se gravan las asignaciones individualmente. Por tanto es inaplicable.
- Las asignaciones alimenticias forzosas. Son las que se tenía en vida. En cuanto a los alimentos se discute si basta tener derecho a los alimentos o deben haber sido demandados.

El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley. Este artículo establece un orden de prelación.

Hay dos acervos adicionales constituido por las colaciones, a los bienes se le agregan imaginariamente más, no se hace casi nunca. El causante pudo haberse desprendido en vida de sus bienes, por lo que podría burlar las legítimas si no existiere esta institución, dando los bienes a otros no comprendidos en ellas. No se integran físicamente sino que imaginariamente.

Conforme a los artículos 1185 y 1186 del Código Civil, son de dos tipos.

3.3 Primer Acervo Imaginario.

Corresponde a las donaciones revocables e irrevocables hechas en razón de legítimas y mejoras. Conforme al artículo 1185 del Código Civil, 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. Se hacen en cumplimiento adelantado de una legítima o mejora.

Pueden ser:

- a) Donaciones irrevocables, que son entre vivos.
- b) Donaciones revocables, que se hacen en vida del causante para hacerse efectivas a la muerte del causante.

Si además se integra lo donado, el donatario adquiere los derechos y obligaciones del usufructuario, conforme a los artículos 1140 y 1142 del Código Civil.

Se establecen los siguientes límites a las donaciones:

- Conforme al artículo 1188 del Código Civil, no se tendrá por donación sino lo que reste, deducido el gravamen pecuniario a que la asignación estuviere afecta.
- Ni se tomarán en cuenta los regalos moderados, autorizados por la costumbre en ciertos días y casos, ni los dones manuales de poco valor.
- No se tomarán en cuenta los gastos hechos para la educación del legitimario, ni los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre, conforme a los incisos segundo y tercero del artículo 1198 del Código Civil.
- Con respecto a los frutos, si hay entrega: pertenecerán al donatario y no figurarán en el acervo; si no se han entregado 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.

Con respecto a qué debe acumularse, debe considerarse que para valorar el bien se debe tomar en cuenta su valor al momento de su entrega, para lo cual debe actualizarse prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión.

Con respecto a determinar cuándo una donación se ha hecho en razón de legítimas y mejoras, por regla general toda donación se ha hecho en razón de legítimas y mejoras, salvo que se exprese lo contrario, conforme a los artículos 1198, 1201 y 1203 del Código Civil.

3.2 Segundo Acervo Imaginario.

Conforme al artículo 1186 del Código Civil 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.

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

De lo dispuesto en los preceptos señalados, se deduce que los presupuestos para que opere son los siguientes:

- Teniendo legitimarios se hagan donaciones a terceros extraños.
- Que se trate de extraños, esto es sin derecho a legítimas.

Las reglas que se dan se pueden resumir como sigue:

- Hay que sumar las donaciones para determinar si el causante se ha excedido o no.
- Luego hay que agregar la suma de las donaciones al acervo líquido y ahí determinar la mitad legitimaria, cuarta de mejoras y cuarta de libre disposición.
- Hay que calcular el exceso restando a la suma de las donaciones el cuarto de libre disposición.
- Cuando ya se tiene el exceso, se suma al acervo líquido para el cómputo de las legítimas y mejoras.

Para efectos del artículo 1186 del Código Civil algunos estiman que no se debe tomar en cuenta el acervo imaginario del artículo 1185 del Código Civil.

a) Acción de Inoficiosa Donación.

Se encuentra consagrada en el artículo 1187 del Código Civil y se da cuando se busca reintegrar al patrimonio. Se dirige en contra de los donatarios en orden inversa a las fechas de las donaciones.

Las características de la acción son las siguientes: es patrimonial, renunciable y prescriptible, el plazo según las reglas generales sería de cinco años, pero si se entiende que es una acción de nulidad, sería de cuatro años.

CAPÍTULO VII

DERECHOS QUE CONCURREN EN UNA SUCESIÓN.

1. DERECHO A ACRECER

a) Concepto

Es el derecho que confiere la ley a una persona para quedarse con la parte de la asignación que le correspondería a otra persona, en el caso que ambas hayan sido llamadas a un mismo objeto, cuando una de ellas falta y no se ha nombrado a un sustituto.

b) Requisitos

i) **Se requieren varios llamados.** Conforme al artículo 1147 del Código Civil, destinado un mismo objeto a dos o más asignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de éste se junta a las porciones de los otros, se dice acrecer a ellas.

El artículo 1148 del Código Civil dispone que 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 coasignatarios de una misma parte o cuota.

Si se asigna un objeto a dos o más personas por iguales partes, habrá derecho de acrecer, conforme al artículo 1149 del Código Civil que señala que habrá derecho de acrecer sea que se llame a los coasignatarios en una misma cláusula o en cláusulas separadas de un mismo instrumento testamentario. Si el llamamiento se hace en dos instrumentos distintos, el llamamiento anterior se presumirá revocado en toda la parte que no le fuere común con el llamamiento posterior.

ii) **Debe ser llamado a la misma cosa.**

iii) **Debe faltar una persona.**

iv) **Que no se haya nombrado sustituto.** El artículo 1163 del Código Civil señala que el derecho de transmisión excluye al de sustitución, y el de sustitución al de acrecimiento.

v) **No se debe haber prohibido por el testador.**

c) Efectos.

i. No es obligatorio aceptarlo. Conforme al artículo 1151 del Código Civil 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.

ii. Se agrega beneficia con la otra asignación. Conforme al artículo 1152 del Código Civil la porción que acrece lleva todos sus gravámenes consigo, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del coasignatario que falta.

iii. El derecho de transmisión prefiere al de acreción.

2. LAS SUSTITUCIONES.

a) Concepto.

Son cláusulas en virtud de las cuales el causante nombra a otro asignatario para el caso de que falte el titular, el que es llamado sustituto.

b) Clases.

b.1) Vulgar. Conforme al segundo inciso del artículo 1156 del Código Civil 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 deferírsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual.

b.2) Fideicomisaria. Conforme al primer inciso del artículo 1164 del Código Civil la sustitución fideicomisaria 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.

La sustitución opera con prelación al derecho a acrecer, pero no con preferencia a la transmisión.

CAPÍTULO VIII

EL DESHEREDAMIENTO

1. CONCEPTO

Conforme al primer inciso del artículo 1207 del Código Civil *el desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima.*

2. REQUISITOS

- a) Es una disposición testamentaria.
- b) Debe invocarse una causal legal (artículo 1208).
- c) Debe especificarse (artículo 1209)
- d) Debe probarse (artículo 1209 inciso 2°). Sin embargo, no será necesaria la prueba, 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.

2.1 Causales de desheredamiento

De acuerdo al artículo 1208 del Código Civil debe invocarse alguna de las siguientes causas:

- a) 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.
- b) Por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo.
- c) Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar.
- d) Por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo.
- e) 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.
- f) Los ascendientes y el cónyuge podrán ser desheredados por cualquiera de las tres primeras causas.

3. EFECTOS

- a) El testador determina y limita sus efectos.
- b) Si el testador 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 causante. Pero no se extienden a los alimentos, excepto en los casos de injuria atroz, conforme al artículo 1210 del Código Civil.
- c) Los bienes que le corresponderían al padre desheredado pasan a los hijos conforme al peculio adventicio extraordinario, conforme al tercer número del artículo 250 del Código Civil.

4. REVOCACIÓN DEL DESHEREDAMIENTO

Conforme al artículo 1211 del Código Civil 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.

CAPÍTULO IX

REVOCACIÓN Y REFORMA DEL TESTAMENTO.

1. REVOCACIÓN

1.1 Concepto

Es el acto en virtud del cual el causante en virtud de otro acto testamentario, manifiesta la intención de dejar sin efecto disposiciones contenidas en el testamento o el testamento mismo. Es de la esencia del testamento su revocabilidad, así lo señala su definición y lo confirma el artículo 1001 del Código Civil. El artículo 1212 del Código Civil dispone que el testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino por la revocación del testador. Sin embargo, los testamentos privilegiados caducan sin necesidad de revocación, en los casos previstos por la ley. La revocación puede ser total o parcial.

1.2 Formalidades

El artículo 1213 del Código Civil dispone que el testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o parte, por un testamento solemne o privilegiado. La revocación que se hiciera en un testamento privilegiado caducará con el testamento que la contiene, y subsistirá el anterior.

1.3 Clases.

La revocación puede ser de alguna de las siguientes maneras:

- i. Total o parcial.
- ii. Expresa, en que se señala formalmente en un testamento que se revoca uno anterior; o tácita: las disposiciones del nuevo testamento son incompatibles con las del antiguo.

2. REFORMA

Las asignaciones protegidas por la acción de reforma de testamento son las legítimas sea efectiva o rigurosa y las mejoras.

2.1 Acción de Reforma del Testamento.

El legitimado activo son los legitimarios en protección de las legítimas y las mejoras, conforme a los artículos 1216 y 1220 del Código Civil. El legitimado pasivo son asignatarios ya sean herederos o legatarios instituidos como tales en perjuicio del demandante, de conformidad con el artículo 1219 del Código Civil. El objeto de la acción es la reforma del testamento, para ser reconocido su derecho. La causa se encuentra por un perjuicio que va en contra de los legitimarios o por el desheredamiento en contra de ese legitimario. El plazo de prescripción es de cuatro años desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimario. Se suspende a favor de quién no tenía la administración de sus bienes, comenzando el plazo a partir de que toma su administración.

3. LA PRETERICIÓN.

Conforme al artículo 1218 del Código Civil, el haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima. Conservará además las donaciones revocables que el testador no hubiere revocado. No es causal de acción de reforma de testamento, ya que no se lo perjudica.

CAPÍTULO X

APERTURA, ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN.

1. MEDIDAS DE SEGURIDAD

1.1 Generalidades.

Los momentos que siguen a la muerte de una persona son propicios para que se cometan actos de ocultamiento de bienes, con evidente perjuicio para asignatarios y acreedores.

Tres medidas adopta sustancialmente el legislador para precaver estos actos, dos de carácter meramente provisional y una tercera de carácter definitivo y permanente: la guarda y aposición de sellos, la declaración de herencia yacente y la facción de inventario.

a) Guarda y aposición de sellos.

Conforme al artículo 1222 del Código Civil desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella, o se presume 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. No se guardarán bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano, pero se formará lista de ellos.

La guarda y aposición de sellos deberá hacerse por el ministerio del juez con las formalidades legales, que son las siguientes:

- i. Se hace por vía judicial.
- ii. La medida termina una vez que se facciona el inventario.
- iii. Puede pedirla todo el que tenga interés en ello, puede ser el albacea.
- iv. Los gastos de esta medida gravan todos los bienes de la sucesión.

b) Declaración de la herencia yacente.

Apunta a la administración de los bienes cuando no se acepta la herencia y no hay administración.

Sus requisitos son los que a continuación se señalan:

- i. Se debe haber producido la apertura de la sucesión.
- ii. Debe transcurrir el plazo de quince días sin que se haya aceptado la herencia o una cuota de ella.
- iii. No debe haber albacea, o que este no haya aceptado la carga.

Pueden pedirla las siguientes personas: i) el cónyuge sobreviviente; ii) cualquier pariente o dependiente del difunto; iii) otra persona interesada; iv) el juez de oficio.

Se debe pedir al tribunal que se declare. Esta declaración se publica en un diario de la comuna, capital de provincia o región. Se debe designar un curador de la herencia yacente. Se debe hacer una notificación al Ministerio de Bienes Nacionales.

En el caso de que un heredero aceptare y los otros no, conforme a los incisos segundo y tercero del artículo 1240 del Código Civil, si hubiere dos o más herederos y aceptare uno de ellos, tendrá la administración de todos los bienes hereditarios proindiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos, y suscribiendo el inventario, tomarán parte en la administración. Mientras no hayan aceptado todos, las facultades del heredero o herederos que administren serán las mismas de los curadores de la herencia yacente, pero no serán obligados a prestar caución, salvo que haya motivo de temer que bajo su administración peligren los bienes.

Con respecto a las facultades del curador, conforme al artículo 343 del Código Civil, administra de acuerdo a las reglas generales hasta que se acepte la herencia. El artículo 491 del Código Civil dispone que la herencia yacente dura hasta que se acepta la herencia. Eventualmente puede tener una duración mayor, es el caso de que no haya aceptación, transcurridos cuatro años los bienes se venden y su producto se deposita, terminando la herencia yacente.

No debe confundirse con la herencia vacante, que es la que no tiene herederos y por tanto corresponde al Fisco.

En cuanto a la personalidad jurídica de la herencia yacente, hay normas que dan la idea de que sí es una persona jurídica, como el tercer número del artículo 2509 del Código Civil, que le confiere el beneficio de suspensión de la prescripción. Por otro lado hay normas que lo niegan como los artículos 2436 y 481 del Código Civil. Estimamos que es una persona jurídica, y por tanto el curador actúa a nombre ajeno y no propio.

c) **Facción de inventario.**

El inventario es la descripción o relación detallada de todos los bienes, derechos y obligaciones del difunto. Es permanente, dura mientras dure la comunidad. Su función es hacer constar el patrimonio de la herencia.

Se distinguen las siguientes clases de inventarios:

- i. Simple, se hace una lista sin formalidad alguna.
- ii. Solemne, es un trámite judicial, se realiza previo decreto judicial por funcionario competente y cumpliendo con los requisitos de los artículos 858 y 859 del CPC.

Debe ser con citación a terceros interesados conforme al artículo 860 del CPC. Se hace ante un notario y dos testigos mayores de dieciocho años, conforme al artículo 859 del Código Civil.

Conforme al artículo 1255 del Código Civil tendrán derecho de asistir al inventario el albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios o abintestato, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito.

Con respecto a los bienes que deben inventariarse, el artículo 1253 del Código Civil dispone que en la confección del inventario se observará lo prevenido para el de los tutores y curadores en los artículos 382 y siguientes, y lo que en el Código de Enjuiciamiento se prescribe para los inventarios solemnes. Los gastos del inventario son de cargo de la herencia, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1224 del Código Civil.

2. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

2.1 Generalidades

Producida la apertura se produce la delación, que es el llamado a los herederos a que acepten o repudien. Conforme al artículo 1225 del Código Civil, todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente.

Con respecto a cuando se adquiere la herencia, con la delación o aceptación, en general en Chile es por la aceptación.

Se entiende por aceptación al acto por el cual el asignatario declara su voluntad de tomar su calidad de heredero o legatario de conformidad con la delación que se le ha hecho. La repudiación es el acto por el cual el asignatario rechaza la asignación que se le ha hecho. En ambos casos estamos frente a un acto jurídico.

La regla general es que todo asignatario puede aceptar o rechazar libremente, salvo los casos excepcionales, contemplados en el artículo 1225 del Código Civil y que son los siguientes:

- i. Las personas que no tuvieren la libre administración de sus bienes, las cuales no podrán aceptar o repudiar, sino por medio o con el consentimiento de sus representantes legales. Se les prohíbe aceptar por sí solas, aun con beneficio de inventario.
- ii. 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 del Código Civil.

2.2 Oportunidad

En relación a desde cuándo se puede aceptar o rechazar, debe estarse a lo siguiente:

- i. Aceptación, puede aceptarse desde que se ha deferido, o sea, apertura de la sucesión o se cumpla la condición, en el caso de que sea condicional.
- ii. Repudiación, desde la muerte del causante, incluso si no se ha diferido.

Con respecto a hasta cuando se puede aceptar o rechazar, en principio el plazo es indefinido, sin embargo puede verse obligado a manifestar su voluntad, conforme al artículo 1232 del Código Civil que dispone que 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.

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. El heredero, durante el plazo, podrá también inspeccionar las cuentas y papeles de la sucesión.

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.

2.3 Capacidad

El artículo 1225 del Código Civil señala que toda persona es capaz de aceptar o repudiar libremente, sin embargo, hay excepciones:

i. Quienes no tienen la libre administración de sus bienes. Conforme al artículo 1236 del Código Civil no pueden repudiar una asignación a título universal, ni una asignación de bienes raíces, o de bienes muebles, sin autorización judicial con conocimiento de causa.

ii. Mujer casada en sociedad conyugal. El marido requerirá el consentimiento de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal para aceptar o repudiar una asignación deferida a ella.

En relación a los representantes legales, debe tenerse presente lo siguiente:

i. Los tutores y curadores, conforme al artículo 397 del Código Civil, requieren repudiar con decreto judicial y aceptar con beneficio de inventario.

ii. El padre de familia se somete a las mismas reglas que el tutor o curador.

2.4 Modalidades.

En principio la aceptación es pura y simple. Conforme al artículo 1227 del Código Civil no se puede aceptar o repudiar condicionalmente, ni hasta o desde cierto día. Eventualmente se permite un plazo dado por el juez.

La aceptación de la herencia, no del legado, admite la modalidad del beneficio de inventario, que conforme al artículo 1247 del Código Civil consiste en no hacer los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias sino hasta la concurrencia del valor total de los bienes que han heredado.

La aceptación es indivisible, conforme al artículo 1228 del Código Civil, no se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto. Pero si la asignación hecha a una persona se transmite a sus herederos según el artículo 957 del Código Civil, puede cada uno de éstos aceptar o repudiar su cuota.

De acuerdo al artículo 1229 del Código Civil se puede aceptar una asignación y repudiar otra; pero 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.

2.5 Formas de aceptación

- i. Expresa; se toma el título de heredero en términos explícitos y directos.
- ii. Tácita; se deduce de actos inequívocos de manifestación de voluntad. Conforme al artículo 1243 del Código Civil los actos puramente conservativos, los de inspección y administración provisoria urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación.
- iii. Repudiación tácita o presunta; conforme al artículo 1233 del Código Civil el asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, se entenderá que repudia.
- iv. Conforme al artículo 1235 del Código Civil la repudiación no se presume de derecho sino en los casos previstos por la ley.
- v. En materia de legados también hay aceptación tácita cuando se enajena el bien deferido, conforme al artículo 1230 del Código Civil.

2.6 Irrevocabilidad

a) Aceptación. De acuerdo al artículo 1234 del Código Civil 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 noticia al tiempo de aceptarla. Esta regla se extiende aun a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes. Se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad. Con todo, también pueden aplicarse los vicios generales de los actos jurídicos.

b) 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. Con respecto a si se incluye el error hay dos posiciones. Una, bajo un concepto estricto y legalista, no, porque no lo señala el artículo; para otros, no hay razón para excluirlos.

2.7 Repudiación en perjuicio de los acreedores.

Puede suceder que una persona con grandes deudas no acepte una herencia, ya que esta sólo beneficiaría a sus acreedores, por esto el artículo 1238 del Código Civil contempla lo que

una especie de acción pauliana⁸. Conforme a la disposición citada los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste. Los requisitos para ejercer la acción son los siguientes:

- i. Los legitimarios activos son los acreedores del heredero.
- ii. Se funda en que el deudor heredero hay a repudiado una asignación.
- iii. La repudiación debe haber sido hecha en perjuicio de sus acreedores, esto es, porque no se ha incrementado el patrimonio del deudor.

Con respecto a la naturaleza de la acción, se discute si es una acción de nulidad o de inoponibilidad. Para algunos es una acción de inoponibilidad porque va a producir el efecto de que el acto se hace ineficaz sólo respecto de ciertas personas, que son los acreedores del asignatario. En relación al plazo de la acción, como no se contempla un plazo especial, se discute cual sería. Para algunos sería de cuatro años según las reglas generales de las acciones de rescisión. Para otros cuatro años por la aceptación de herencia. Por último otros estiman que el plazo es de un año por ser similar a la acción pauliana.

2.8 La Sustracción.

El artículo 1231 señala que el heredero que ha substraído 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 objetos substraídos. El legatario que ha substraído 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 doble. Sin perjuicio de las acciones criminales.

2.9 Efecto de la Aceptación y Repudiación.

Los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia y legado se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida (artículo 1239).

La aceptación puede ser pura y simple, situación en que se sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda al valor de los bienes que hereda, conforme al artículo 1245 del Código Civil; o, con beneficio de inventario, situación en que se soportan las obligaciones del causante hasta el monto de los bienes de la herencia.

⁸ Recuérdese que esta acción se estudió a propósito de los derechos auxiliares, específicamente, en la acción subrogatoria u oblicua, por lo tanto, se trataría de un caso de procedencia de esta acción, siendo aquélla su naturaleza jurídica, y no, una especie de acción pauliana, como lo señala el profesor Meza Barros.

3. BENEFICIO DE SEPARACIÓN.

3.1 Generalidades.

El efecto de la apertura y aceptación de la sucesión es la confusión de los patrimonios del heredero y del causante, lo que puede perjudicar a los acreedores hereditarios cuando el causante tenía suficientes bienes para su pago, pero los herederos son insolventes. Para evitar el perjuicio a estos acreedores existe este beneficio.

El beneficio de separación es un beneficio que impide la confusión de patrimonios del difunto y de los herederos y permite a los acreedores hereditarios y testamentarios pagarse con los bienes del difunto con preferencia a los acreedores del heredero.

El artículo 1378 señala que pueden pedirlo las siguientes personas:

- i. Acreedores hereditarios.
- ii. Acreedores testamentarios.

Respecto a los legatarios de especie no les interesa ya que son dueños del bien por la sucesión por causa de muerte. Aprovecha si al legatario de género que todavía no es dueño, que tiene un crédito para el pago de su legado.

Conforme al artículo 1379 del Código Civil pueden pedirlo los acreedores que su crédito aún no sea exigible, y de acuerdo, al artículo 1381 del Código Civil los acreedores del heredero no tendrán derecho a pedir, a beneficio de sus créditos, la separación de bienes de que hablan los artículos precedentes.

Con respecto de contra quién se invoca, se invoca contra los herederos respecto de sus acreedores, ya que son estos quienes podrían beneficiarse de la herencia. No es necesario invocarlo respecto de todos, sino sólo respecto del insolvente.

Conforme al primer inciso del artículo 1382 del Código Civil, 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 primer número del artículo 1380 del Código Civil.

Con respecto a qué bienes se aplica, en principio se separan todos los bienes, salvo excepciones. Se separan los frutos naturales y civiles de los bienes de la herencia. No se acumularán los bienes agregados para la formación de los acervos imaginarios. En principio no se acumularán los bienes enajenados por los herederos, salvo que los acreedores impugnen estas enajenaciones vía rescisión, conforme al artículo 1384 del Código Civil, que requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- i. Que la enajenación se haya hecho después de la apertura de la sucesión.
- ii. Plazo de seis meses contados desde la apertura.
- iii. Que no haya tenido por objeto el pago de deudas.
- iv. Pueden ejercer esta acción los acreedores que pidieron el beneficio.

Con respecto a la forma como se obtiene el beneficio de separación, éste se obtiene judicialmente. Conforme al artículo 1385 del Código Civil si hubiere bienes raíces en la sucesión,

el decreto en que se concede el beneficio de separación se inscribirá en el Registro o Registros que por la situación de dichos bienes corresponda.

El beneficio de separación se puede pedir hasta que no haya prescrito el crédito, conforme al artículo 1385 del Código Civil. La doctrina estima que basta el mero transcurso del plazo, no necesitando para ello de una declaración judicial.

3.2 Efectos

i. Entre los acreedores testamentarios y hereditarios podría haber diferencia entre alguno de ellos si no se invoca o se renuncia por alguno de ellos.

ii. Entre el acreedor de la sucesión y acreedor personal del heredero, hay una preferencia de pagos pues los acreedores de la sucesión se pagarán con preferencia a los acreedores del heredero con respecto a los bienes de la sucesión. Conforme al artículo 1383 del Código Civil los acreedores hereditarios o testamentarios que hayan obtenido la separación, no tendrán acción contra los bienes del heredero, sino después que se hayan agotado los bienes a que dicho beneficio les dio un derecho preferente; mas aun entonces podrán oponerse a esta acción los otros acreedores del heredero hasta que se les satisfaga en el total de sus créditos. Si sobran bienes de la sucesión, conforme al segundo inciso del artículo 1382 del Código Civil se agregará a los bienes del heredero, para satisfacer a sus acreedores propios, con los cuales concurrirán los acreedores de la sucesión que no gocen del beneficio.

iii. Entre los acreedores del heredero y el heredero se podría extinguir el beneficio de acuerdo al artículo 1380 del Código Civil.

3.3 Extinción del beneficio.

i. Se puede pedir mientras no haya prescrito el crédito.

ii. Por renuncia. Conforme al primer número del artículo 1380 del Código Civil 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.

iii. Por salida de bienes de mano del heredero. Conforme al segundo número del artículo 1380 del Código Civil cuando los bienes de la sucesión han salido ya de manos del heredero. Esta salida puede ser impugnada, conforme al artículo 1384 del Código Civil.

iv. Confusión. Conforme al segundo número del artículo 1380 del Código Civil se han confundido con los bienes del heredero, de manera que no sea posible reconocerlos.

CAPÍTULO XI

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA.

1. Generalidades

Es la que corresponde al heredero para que se le reconozca su derecho a la totalidad o parte de la herencia y se le restituyan los bienes que le correspondan, de los que está en posesión el demandado atribuyéndose la calidad de heredero.

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 1264 del Código Civil habla del que probare su derecho a una herencia. El actor será un heredero, universal o de cuota, el cesionario del derecho real de herencia. No puede pedirla el legatario.

En cuanto a la legitimación pasiva el artículo 1264 del Código Civil señala al que ocupe una herencia como heredero sin serlo, o sea, el sujeto que se arroga la calidad de heredero.

Respecto a la cosa pedida, ésta tiene dos aspectos, que son los siguientes:

- i. Que se le reconozca su calidad de heredero.
- ii. Que se le restituyan sus bienes.

Para algunos son dos demandas distintas, si se pide el reconocimiento y no la restitución y el juez la concede, sería casable por ultra petita.

Con respecto a la causa de pedir, ella es la condición de heredero del actor que debe ser probada. También debe probarse que el legitimado pasivo no es heredero y que tiene bienes de la herencia en calidad de tal.

2. Efectos.

Como efecto del acogimiento de la acción de petición de herencia nace el derecho restitutorio, y habrá que distinguirse los siguientes aspectos:

a) Cosa que debe restituirse. Implica 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, conforme al artículo 1264 del Código Civil.

b) Aumentos. Conforme al artículo 1265 del Código Civil 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.

c) Frutos. Se hace un reenvío a las prestaciones mutuas de los artículos 907 y siguientes del Código Civil. Si se está de buena fe se restituyen los frutos desde la contestación de la demanda. Si se está de mala fe se restituyen todos los frutos, conforme al artículo 1266 del Código Civil.

d) Mejoras. Se hace un reenvío a las prestaciones mutuas. Mejoras necesarias, del artículo 908 del Código Civil, mejoras útiles de los artículos 909 y 910 del Código Civil, y mejoras voluptuarias del artículo 911 del Código Civil. Se debe distinguir entre poseedor de buena o mala fe.

e) Deterioros. Conforme al artículo 1267 del Código Civil si se está de buena fe no se responde de los deterioros salvo que se haya hecho más rico; si se está de mala fe se responde de todo el valor del deterioro.

f) Enajenaciones. Respecto al vencido: si está de buena fe responderá de las enajenaciones que lo hayan hecho más rico; si está de mala fe responderá de todo el valor de la enajenación. Respecto de terceros cabe la acción reivindicatoria.

3. Actos del supuesto heredero con terceros.

La doctrina señala que se debe hacer una triple distinción, que es la siguiente:

i. Actos en que el ocupante recibe el pago. En general los pagos deben ser recibidos por el acreedor o por quién está en posesión del crédito, conforme al artículo 1576 del Código Civil. Por tanto si se hace de buena fe, este pago liberará de responsabilidad al deudor.

ii. Actos de disposición o enajenación. No son eficaces, ya que nadie transfiere más derechos de los que tiene.

iii. Actos de administración. Benefician al heredero y por tanto son plenamente eficaces.

4. Prescripción de la acción.

La acción de petición de herencia se extingue cuando el ocupante adquiere la herencia por prescripción adquisitiva, conforme al artículo 2517 del Código Civil. Con respecto al plazo, si es putativo será de cinco años; si no lo es será de diez años., de conformidad al artículo 1269 del Código Civil.

5. Acción reivindicatoria.

Por su intermedio se busca recuperar un bien determinado. Puede interponerse directamente o contra terceros, conforme al artículo 1268 del Código Civil. El heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables, que hayan pasado a terceros, y no hayan sido prescritas por ellos.

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 enteramente indemne; y tendrá igual derecho contra el que ocupó de buena fe la herencia en cuanto por el artículo precedente se hallare obligado.

CAPÍTULO XII

LA PARTICIÓN DE BIENES

1. CONCEPTO.

Conjunto complejo de actos destinados a poner fin al estado de indivisión, mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del caudal poseído en indiviso, en partes o lotes que guarden proporción en los derechos cuotativos de cada uno de ellos.

2. ACCIÓN DE PARTICIÓN

2.1 Concepto

Busca radicar el derecho o cuota en bienes determinados de la sucesión. Más que una acción es un derecho de cada comunero a pedir la partición.

2.2 Características

- i. Es de interés público y por tanto irrenunciable.
- ii. Es una acción personal.
- iii. Es una acción imprescriptible, conforme al artículo 1317 del Código Civil.
- iv. El ejercicio de la acción de partición es un derecho absoluto, por tanto no podrá aplicarse la relatividad ni la doctrina de abuso al derecho.
- v. En cuanto a los efectos de la partición, se produce una realidad jurídica nueva, porque el derecho o cuota que se tiene sobre una cosa determinada y no sobre el conjunto.
- vi. Existen hechos o situaciones que impiden la partición, como lo sería un pacto de indivisión. Este pacto es de naturaleza consensual, pero la regla general es que conste por escrito y tiene la limitación de que no puede estipularse proindivisión por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto, conforme al segundo inciso del artículo 1317 del Código Civil, y la establecida en el impuesto a la herencia el que establece como requisito que se haya pagado el impuesto a la herencia. No se extiende el pacto 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, conforme al tercer inciso del artículo 1317 del Código Civil. El testador no puede imponer la indivisión, ya que esta no está contemplada y es una excepción, por tanto debe interpretarse restrictivamente.

2.3 Quienes pueden ejercer las acciones de partición.

Cualquiera que tenga interés, especialmente las siguientes personas:

- i. Los herederos y coasignatarios. No el legatario.
- ii. Los herederos de los consignatarios (artículo 1321).
- iii. El cesionario del derecho real de herencia (artículo 1320).

Si alguno de los coasignatarios lo fuere bajo condición suspensiva, no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición. Pero los otros coasignatarios podrán proceder a ella, asegurando competentemente al coasignatario condicional lo que cumplida la condición le corresponda, conforme lo dispuesto en el primer inciso del artículo 1319 del Código Civil. Si hay un fideicomisario, no puede intentar la partición por ser acreedor condicional, conforme al segundo inciso del artículo 1319 del Código Civil.

Los acreedores según el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil puede ejercer la partición con una excepción, los demás comuneros podrán oponerse a la liquidación si existe un motivo legal que la impide o si de procederse a ella pudiere resultar un grave perjuicio.

2.4 Capacidad para ejercer la acción de partición.

Se aplican las reglas generales, por lo tanto, los incapaces deben actuar representados. Hay actos de representación forzosa que se necesita autorización, y son los siguientes:

- i. 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.
- ii. El marido no necesita esta autorización 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.

2.5 Formas de Hacer la Partición.

Las formas de hacer la partición de bienes son las siguientes:

a) Puede hacerla el causante. Puede hacerla por acto entre vivos o por acto testamentario, conforme al artículo 1318 del Código Civil.

Cuando lo haga por acto entre vivos debe nombrarlo por escritura pública, de acuerdo al artículo 1328 del Código Civil. Algunos autores toman este artículo para decir que la partición hecha por el causante por acto entre vivos requiere de escritura pública, porque si para designar al partidor se requiere escritura pública con mayor razón se requeriría para hacer la partición. Sin embargo para la doctrina mayoritaria no se requiere dicha solemnidad.

Puede hacerlo por testamento, el cual puede ser abierto o cerrado.

b) De común acuerdo entre los coasignatarios. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1325 del Código Civil los requisitos son los siguientes:

- i. Que no haya cuestiones pendientes o previas por resolver.
- ii. Deben estar de común acuerdo en la forma de realizar la partición.
- iii. Deben tasarse los bienes, lo que puede hacerse de común acuerdo entre los coasignatarios que sean plenamente capaces. Si uno de ellos es incapaz, se deberá nombrar un perito para ello. Excepciones a la regla anterior se dan cuando se trata de bienes muebles; cuando se trata de tasar bienes raíces para fijar un mínimo para subasta con admisión de postores extraños; y cuando se trata de tasar bienes raíces existan en autos antecedentes suficientes que justifiquen la tasación.
- iv. Cuando existan personas sujetas a tutela o curatela o personas ausentes que no hayan nombrado representante, se requerirá de aprobación judicial.
- v. El artículo 1325 del Código Civil no establece ninguna solemnidad, pero generalmente se hace por escritura pública.

c) Por árbitro partidador. Conforme al artículo 224 del Código Orgánico de Tribunales sólo las partes mayores de edad y libre administradoras de sus bienes podrán darle al árbitro el carácter de arbitrador. Existiendo dicha incapacidad en las partes, el árbitro puede ser de derecho o mixto con autorización judicial.

Conforme al artículo 1323 del Código Civil el partidador debe cumplir los requisitos de ser un abogado habilitado para ejercer la profesión y debe tener la libre disposición de sus bienes.

Son aplicables a los partidadores las causales de implicancia y recusación que el Código Orgánico de Tribunales establece para los jueces., conforme al segundo inciso del artículo 1323 del Código Civil.

2.6 Nombramiento del partidador

En cuanto al nombramiento del partidador, este puede ser hecho por alguno de los siguientes medios:

a) Por el causante. Por instrumento público entre vivos o por testamento, aunque la persona nombrada sea albacea o coasignatario, o esté comprendida en alguna de las causales de implicancia o recusación que establece el Código Orgánico de Tribunales; 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, conforme al artículo 1324 del Código Civil.

b) Por los coasignatarios. No se exige formalidad. Pero si se elige a un partidador afecto a las causales de implicancia o recusación a sabiendas no pueden inhabilitarlo, y sólo pueden hacerlo por causales de implicancia y recusación que haya sobrevenido después de su nombramiento.

c) Por la justicia ordinaria. Cuando el causante no lo haya designado y los coasignatarios no se pusieran de acuerdo en su persona. No podrá designar a personas afecta a

implicancia o recusación. Para proceder a la designación del partidor, se debe seguir las normas de los artículos 414 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Se cita a las partes a una audiencia que se realizará con las partes que asistan, se designará de común acuerdo. Si no hay acuerdo, lo designará el juez. En este comparendo también deberá designarse el número de partidores, su calidad y las aptitudes que debe tener. El juez no puede designar a los dos primeros de cada lista propuestos por los coasignatarios, puede nombrar sólo un partidor, que debe ser un árbitro de derecho.

De acuerdo al artículo 1328 del Código Civil, el partidor que acepta el encargo, deberá declararlo así, y jurará desempeñarlo con la debida fidelidad, y en el menor tiempo posible. La aceptación debe ser expresa. Si es nombrado por el causante y no acepta el cargo se configura una causal de indignidad.

El artículo 1332 del Código Civil señala que el partidor, para efectuar la partición, el término de dos años contados desde la aceptación de su cargo. El testador no podrá ampliar este plazo. Los coasignatarios podrán ampliarlo o restringirlo, como mejor les parezca, aun contra la voluntad del testador. El plazo es corrido y se cuenta desde la aceptación. Si el partidor ha dictado el fallo fuera de plazo, los coasignatarios deben prorrogar su competencia o sino podría haber una nulidad.

Con respecto a los asuntos de competencia del partidor, debe señalarse primeramente que el partidor siempre deberá estar a la voluntad de las partes. La competencia del partidor y sus decisiones vinculan a todos los coasignatarios que estén englobados en la partición. Excepcionalmente algunos terceros podrán recurrir al partir como los acreedores del causante. Carece de facultad de imperio. Respecto a los asuntos de que conoce el partidor, es conveniente hacer las siguientes distinciones:

c.1) Aquellos de que conoce el partidor. Conforme al artículo 651 del Código de Procedimiento Civil entenderá el partidor en todas las cuestiones 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. Conocerá especialmente de los siguientes asuntos:

- i) Formación de inventario.**
- ii) Tasación.**
- iii) Administración de los bienes comunes.** Corresponde a todos los coasignatarios, si no se ponen de acuerdo se nombrará un curador de herencia yacente, si los coasignatarios no se ponen de acuerdo podrán recurrir a la justicia ordinaria o al partidor según la regla del artículo 653 del Código de Procedimiento Civil que dispone que mientras no se haya constituido el juicio divisorio o cuando falte el árbitro que debe entender en 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. 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 sé promuevan con ocasión de las medidas dictadas por la justicia ordinaria para la administración de los bienes comunes.

iv) La cesación del goce gratuito de alguno de los comuneros en alguna de las cosas comunes.

c.2) Aquellos que escapan de la competencia del partidor. Son las siguientes:

- Conforme al artículo 1330 del Código Civil 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.
- Conforme al artículo 1331 del Código Civil 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; y no se retardará la partición por ellas. 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.

Con respecto a la responsabilidad del partidor, el artículo 1329 del Código Civil dispone que la responsabilidad del partidor se extiende hasta la culpa leve; y en el caso de prevaricación, declarada por el juez competente, además de estar sujeto a la indemnización de perjuicio, y a las penas legales que correspondan al delito, se constituirá indigno. Está sujeto a otras clases de responsabilidades, que son las siguientes:

- i. Está sujeto a la responsabilidad disciplinaria por abusos o faltas en el desempeño de sus funciones. Procede recurso de queja.
- ii. El partidor no podrá adquirir los bienes comprendidos en la partición. Por excepción podrá en el caso en que el partidor sea heredero.

Con respecto a la remuneración del partidor, ella la señalan el causante o las partes. El propio partidor podrá determinar su remuneración en el laudo y ordenata, pero en esta parte la resolución no será dispositiva sino que una proposición para las partes, las cuales podrán aceptar o rechazar. Se puede interponer un recurso de reclamación dentro de quince días de notificado el laudo y ordenata.

3. DESARROLLO DE LA PARTICIÓN.

3.1 Cuestiones previas.

Se deben realizar los siguientes trámites previos si existe testamento:

- i. Posesión efectiva.
- ii. Inventario simple o solemne.
- iii. Tasación de los bienes.
- iv. Designar curador del incapaz.

También se deben realizar diligencias previas que consisten en que deben separarse de la masa los bienes que no pertenezcan al causante.

El juicio de partición está regulado por el Código de Procedimiento Civil.

3.2 Características del juicio de partición.

- i. Importancia fundamental de la voluntad de las partes.
- ii. Es un juicio doble, porque no queda determinado quienes son demandados y demandantes.
- iii. Es un juicio complejo porque pueden presentarse cuantos juicios simples como sean las cuestiones que se planteen.
- iv. Será de cuantía indeterminada.

3.3 Lugar del juicio.

Se realiza donde digan las partes, y en caso contrario donde se realiza el primer compromiso. Las resoluciones judiciales del partidador deberán ser siempre autorizados por un ministro de fe: que puede ser secretario de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones, de los Juzgados de Letras o un notario.

3.4 Tramitación de juicio de partición.

Conforme al artículo 649 del CPC las materias sometidas al conocimiento del partidador se ventilarán en audiencias verbales, consignándose en las respectivas actas sus resultados, o por medio de solicitudes escritas, cuando la naturaleza e importancia de las cuestiones debatidas así lo exijan. Las resoluciones que se dicten con tal objeto serán inapelables.

Estas audiencias se llaman comparendos y pueden ser:

a) Primer comparendo. Aceptado y jurado el cargo de partidador, dicta una resolución en que se tiene por constituido el compromiso, designa a un actuario y cita a un primer comparendo. Se notifica personalmente. Los acuerdos en esta audiencia se toman por unanimidad. En cuanto a las materias que se tratan, se deja constancia de las partes, determinan los bienes comunes, deja constancia de las diligencias previas a la partición, se fijan las normas procesales, cómo se harán las notificaciones, se fija la fecha y hora de los comparendos ordinarios.

b) Comparendos ordinarios. Se celebran en fechas y horas fijas, por lo que no requieren de notificación. Se adoptan toda clase de acuerdos. Por excepción, no pueden revocarse acuerdos adoptados con anterioridad, o adoptarse acuerdos en que la ley exija unanimidad.

c) **Comparendos extraordinarios.** Se reservan para aquellas materias que por su importancia se requiere que se adopten por unanimidad. Se requiere notificación. Para algunas materias se requiere la unanimidad, para otras mayorías.

3.4.1 Cuadernos que debe llevarse.

- i. De actas, donde se deja constancia de los acuerdos adoptados.
- ii. De documentos, que sólo existe si hay documentos adjuntos que justifiquen su existencia.
- iii. De incidentes, que son todas las cuestiones relativas al procedimiento, aquello que se tiene de base para dictar sentencia va en el cuaderno de actas.

3.4.2 Costas.

Son baja general de la herencia y se distribuye a prorrata entre los interesados.

3.4.3 Operaciones del partidor.

La principal operación que corresponde al partidor la liquidación y la distribución de los bienes comunes.

a) **Liquidación.** Operación que determina cuanto corresponde a cada interesado en la partición. Si existe controversia sobre determinados bienes es materia de la justicia ordinaria resolver. Para proceder a la liquidación es necesario que la justicia ordinaria determine cuales son los coasignatarios y los bienes. Después de realizada la liquidación se pasa a la distribución.

b) **Distribución.** Los bienes comunes se adjudican en forma tal que corresponda a los derechos de cada asignatario.

Con respecto a las reglas que deben seguirse para la distribución, lo primero que debe señalarse es que el partidor deberá estar a la voluntad de los interesados, conforme al artículo 1334 del Código Civil. Si no hay acuerdo entre los interesados deberá estar a las reglas del artículo 1337 del Código Civil. Para ello hay que distinguir lo siguiente:

- Si los bienes admiten cómoda división, se aplican las reglas séptima, octava y novena del artículo 1337 del Código Civil.
- Si los bienes no admiten cómoda división, se aplican las reglas primera y segunda del artículo 1337 del Código Civil.

3.4.4 Reglas del artículo 1337.

a) **Regla Séptima.** 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 coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible.

b) **Regla Octava.** 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 convengan en ello unánime y legítimamente los interesados. Formadas las hijuelas, las partes determinan cual le toca a cual, si no hay acuerdo se distribuye por sorteo.

c) **Regla Novena.** Cada uno de los interesados podrá reclamar contra el modo de composición de los lotes, antes de efectuarse el sorteo.

d) **Regla Primera.** Si los bienes no admiten cómoda división deberán ser sacados a remate. El remate puede hacer de dos formas: privado en que sólo concurren los coasignatarios; o con admisión de postores externos.

e) **Regla Segunda.** No habiendo quien ofrezca más que el valor de tasación o el convencional mencionado en el artículo 1335 del Código Civil, y compitiendo dos o más asignatarios sobre la adjudicación de una especie, el legitimario será preferido al que no lo sea.

3.4.5 Normas sobre licitación de bienes.

Conforme al artículo 659 del Código de Procedimiento Civil, en las enajenaciones que se efectúen por conducto del partidor se considerará a éste representante legal de los vendedores, y en tal carácter suscribirá los instrumentos que con motivo de dichas enajenaciones. Podrá también autorizar al comprador o adjudicatario o a un tercero para que por sí solo suscriba la inscripción de la transferencia en el conservador respectivo.

Todo acuerdo de las partes o resolución del partidor que contenga adjudicación de bienes raíces se reducirá a escritura pública, y sin esta solemnidad no podrá efectuarse su inscripción en el conservador.

3.4.6 Reglas para la división de los bienes raíces.

a) **Regla Tercera.** 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.

b) Regla Cuarta. Se procurará la misma continuidad entre el fundo que se adjudique a un asignatario y otro fundo de que el mismo asignatario sea dueño.

c) Regla Quinta. En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce.

d) Regla Sexta. Si dos o más personas fueren coasignatarios 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.

e) Regla Onceava. Las adjudicaciones no requerirán aprobación judicial cuando se cumplan con los artículos 1322 y 1326 del Código Civil.

f) Regla Doceava. De protección al cónyuge sobreviviente. El cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.

3.4.7 Alcances.

Es la suma de dinero que en virtud de las adjudicaciones hechas al adjudicatario exceda la cuota que le corresponde.

Como regla aplicable a los bienes muebles y raíces se puede señalar que los comuneros que durante el juicio divisorio reciban bienes en adjudicación, por un valor que exceda del ochenta por ciento de lo que les corresponda percibir, pagarán de contado dicho exceso, conforme al artículo 660 del Código de Procedimiento Civil.

Si no se paga al contado la suma del artículo 660 en las adjudicaciones de propiedades raíces, se entenderá constituida hipoteca sobre las propiedades adjudicadas, para asegurar el pago de los alcances que resulten en contra de los adjudicatarios, conforme al artículo 662 del Código de Procedimiento Civil, que es un hipoteca legal que requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- i. Alcance.
 - ii. No pago al contado.
 - iii. Inscripción en el conservador.
- En el laudo y ordenata se sabrá si hay un alcance.

En cuanto a los frutos, el artículo 1338 del Código Civil dispone las siguientes reglas:

- i. En cuanto a los frutos de especie legada; el legatario es dueño desde la apertura.
- ii. En cuanto al legatario de género; se deben los frutos solamente desde que la persona obligada a prestar los géneros se constituya en mora.

- iii. La regla general es que los frutos pertenecen a los herederos a prorrata de sus cuotas.
- iv. El pago de los frutos de legatarios de especie recae sobre la masa hereditaria, salvo que el testador haya dispuesto a otra persona la carga.

3.4.8 Laudo y Ordenata.

Es la sentencia del juicio de partición, que tiene dos partes:

a) Laudo. Es la sentencia definitiva que debe cumplir con todos aquellos requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, y consta de una parte expositiva y resolutive.

b) Ordenata. Se realizan en ella los cálculos numéricos necesarios para establecer el monto de la porción de cada interesado y el modo de entregarla. Consta de las siguientes partes:

- Cuerpo común de bienes.
- Bajas del cuerpo.
- Cuerpo común de frutos.
- Bajas de este cuerpo.
- Acervo líquido.
- Hijuela de cada uno de los interesados. Cada hijuela se compone de dos partes: el haber, que es la cantidad que corresponde a lo que recibe cada asignatario; y el entero que contiene la enunciación de los bienes con que se le entera su cuota a la que hay que imputar todo lo que se ha recibido en adjudicación durante el juicio.

Conforme al artículo 1342 del Código Civil siempre que en la partición de la masa de bienes, o de una porción de la masa, tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría, será necesario someterla, terminada que sea, a la aprobación judicial. El juez se limita a constatar que se han cumplido los requisitos.

Con respecto a la notificación del laudo y ordenata, se entiende notificado desde que se le notifique a las partes el hecho de su pronunciamiento, salvo el caso del artículo 666 del Código Civil que señala cuando la partición debe ser aprobada por la justicia ordinaria. Los interesados pueden imponerse de la resolución en la oficina del partidador.

Se necesita aprobación judicial del laudo y ordenada en los casos siguientes:

- i) Cuando ha sido parte un ausente que ha sido representado por un curador de ausentes.
- ii) Cuando tengan interés personas bajo tutela o curatela.

En cuanto a los recursos contra el laudo y ordenata; proceden los recursos de apelación y casación en la forma dentro del plazo de quince días de notificada o desde que se notificó la resolución que aprueba la sentencia del partidor. En segunda instancia procede casación.

Conforme al primer inciso del artículo 1343 del Código Civil, efectuada la partición, se entregarán a los partícipes los títulos particulares de los objetos que les hubieren cabido. Es letra muerta.

3.5 Efectos de la Partición.

Los efectos de la partición se traducen en estudiar el efecto declarativo y retroactivo de ella, contemplado en el artículo 1344 del Código Civil y la obligación de garantía que pesa sobre los indivisarios y reglamentada en los artículos 1345 a 1347 del Código Civil.

La adjudicación 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. También se puede decir que es la radicación del derecho del indivisario en la comunidad, en bienes determinados; la radicación de los derechos cuotativos de cada cual en la comunidad, en tales bienes.

En la adjudicación hay una especie de metamorfosis del derecho, una transformación del derecho ideal de cada indivisario en la comunidad. La cuota que éste tenía en la indivisión, ya fuere un tercio, un cuarto, etc., pasa a radicarse en un bien determinado, como si, por ejemplo, se le adjudica un inmueble de valor de \$50.000.000 y que equivale a su derecho en la comunidad, a su cuota ideal en ella. Por la adjudicación, el comunero, de codueño de un bien pasa a ser propietario exclusivo del mismo.

a) La adjudicación supone la calidad de comunero.

En realidad, el único requisito que se exige para que exista adjudicación es que el adjudicatario tenga previamente la calidad de comunero en el bien que se le adjudica; o sea, el adjudicatario debe haber sido anteriormente comunero en el bien adjudicado.

De ahí que existan múltiples diferencias entre la adjudicación y la compraventa, principalmente porque en ésta el comprador no tiene con anterioridad derecho alguno en la cosa comprada.

Este criterio de que para existir adjudicación se debe haber tenido previamente la calidad de comunero en los bienes adjudicados, permite solucionar una serie de situaciones prácticas que se prestan a discusión.

En primer lugar, en conformidad al primer número del artículo 1337 del Código Civil, cuando se saca a remate una propiedad común, basta que uno de los indivisarios lo pida para que deban admitirse postores extraños. Pues bien, en esta licitación pueden ocurrir dos cosas:

primero, que el bien sea adjudicado a uno de los indivisarios. En este caso hay adjudicación lisa y llana, porque existe radicación del derecho del comunero en bienes determinados. El hecho de haberse adquirido el bien en pública subasta no obsta a que el comunero tenga la calidad de adjudicatario. Así lo ha declarado la Corte Suprema; y, segundo, que el bien sea rematado por un tercero extraño a la comunidad; en tal caso, existe una compraventa lisa y llana, pues el tercero extraño no era comunero; no tenía derechos preexistentes en la comunidad.

b) La partición con alcances no obsta a que exista adjudicación.

El comunero puede resultar alcanzado por alguna adjudicación que se le haga. Por ejemplo, una persona tiene derechos en una comunidad por valor de \$3.000, y se le adjudican bienes por \$3.500, los cuales quedan pagados con su cuota hereditaria, y \$500 que esta persona entrega en efectivo. ¿Existe en tal caso adjudicación? La Corte Suprema ha declarado que el hecho de que el adjudicatario deba pagar un alcance con dinero en efectivo, no obsta a la existencia de la adjudicación, pues el adjudicatario tenía, previamente, la calidad de comunero respecto del bien adjudicado.

c) El efecto declarativo o retroactivo de la partición y adjudicación.

El Código Civil consagra el efecto declarativo de la partición y adjudicación en dos preceptos: el artículo 1344, respecto del dominio, y el 718, respecto de la posesión.

El artículo 718 del Código Civil dispone que *“Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiera, durante todo el tiempo que duró la indivisión”*.

Por su parte, el inciso primero del artículo 1344 dispone que *“Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido parte alguna en los otros efectos de la sucesión”*.

Quiere decir, entonces, que el efecto declarativo de la partición o adjudicación consiste en considerar que el adjudicatario ha sucedido inmediata y directamente al causante en los bienes que se le adjudicaron, y no ha tenido parte alguna en los bienes adjudicados a otro asignatario. Por tanto, viene a ser el efecto declarativo de la partición un verdadero efecto retroactivo de la misma, pues una vez efectuada la partición o adjudicación se borra el estado de indivisión, y la ley supone que el adjudicatario ha sucedido, directa y exclusivamente, al difunto en los bienes que le corresponden. En virtud de esta doctrina, no se supone que el bien pasa primero de manos del causante a los herederos y de ahí a poder del adjudicatario, sino que se presume que éste sucede directamente al causante.

De ahí entonces que la adjudicación y la partición sean títulos declarativos de dominio, como lo dice, aunque no con toda la exactitud que fuera de desear, el artículo 703 del Código Civil.

La adjudicación es totalmente inversa a la enajenación; son términos radicalmente opuestos en derecho. El adjudicatario no adquiere el bien porque los demás herederos le

efectúen la tradición del mismo, sino directamente, y por sucesión por causa de muerte, del causante.

d) Origen histórico del principio del efecto declarativo de la partición.

En el derecho romano la partición no producía el efecto que hemos estudiado, sino que era traslativa de dominio.

El principio en estudio tuvo su origen en el derecho francés antiguo, siendo recogido por vez primera por la jurisprudencia francesa de mediados del siglo XVI. El nacimiento de esta doctrina se debió a dos razones:

i. Una de carácter tributario, pues si se consideraba que la partición era traslativa de dominio, debían pagarse respecto de ella los impuestos que cobraba el señor feudal. Sentado el principio del efecto declarativo de la partición, se evitaba el pago de dichos derechos.

ii. Otra de carácter netamente civil, pues si a uno de los herederos se le embargaba un bien hereditario, o éste lo daba en hipoteca, y el bien hereditario era posteriormente adjudicado a otro asignatario, éste debía soportar los gravámenes, por ser la partición título traslativo. Mediante el efecto declarativo de la partición desaparecía este perjuicio para los demás asignatarios.

Este principio pasó del derecho francés antiguo al Código Napoleónico, de donde lo recogió el artículo 1344 de nuestro Código Civil.

e) Campo de aplicación del efecto declarativo de la partición.

El efecto declarativo de la partición se aplica siempre que exista adjudicación. Por tanto, regirá tanto tratándose de particiones en naturaleza, como de adjudicaciones en remate, adjudicaciones con alcances, etc. También rige respecto del dinero producido por la licitación de un bien común, pues aquél pasa a subrogar en la comunidad a éste.

En cuanto de las personas, el efecto declarativo se aplica respecto de los indivisarios, de los cesionarios de la cuota parte.

En conclusión, como puede apreciarse, el efecto declarativo de la adjudicación tiene un vasto campo de vigencia.

f) ¿Cómo se dividen los créditos de la sucesión?

El activo dejado por el causante se divide después de haber permanecido en estado de indivisión. Respecto de los bienes de la sucesión, se forma al fallecimiento del causante una comunidad que se liquida mediante la partición.

En conformidad al artículo 1354 del Código Civil, las deudas hereditarias se dividen de pleno derecho entre los herederos por el solo fallecimiento del causante y a prorrata de los derechos de cada cual. Al respecto, no hay indivisión de ninguna especie.

Pues bien, y ¿qué pasa con los créditos? ¿Se dividirán al igual que los bienes hereditarios, o sea, quedarán indivisos hasta que se efectúe la partición, o también seguirán la suerte de las deudas hereditarias y se dividirán de pleno derecho entre los herederos?

A primera vista podría pensarse que no existe problema de ninguna especie, puesto que los créditos hereditarios forman parte del activo del causante y, en consecuencia, deberían seguir la misma suerte de éste. Lo que origina el problema es la aparente contradicción existente entre dos preceptos del Código Civil: el inciso primero del artículo 1344, que consagra el efecto declarativo de la partición, y el inciso final del número cuarto del artículo 1526.

En conformidad al primero de los preceptos, *“Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido”*, etc. La ley emplea la expresión “efectos”, término que no puede ser más amplio y genérico; en él quedan incluidas tanto las cosas corporales como las incorporeales, o sea, los derechos personales o créditos. En consecuencia, de acuerdo con esta disposición, los créditos estarían indivisos, no se dividirían de pleno derecho, toda vez que ellos podrían ser objeto de la partición y de incluirse en el lote de cualquiera de los herederos.

Sin embargo, por otra parte, el inciso final del número cuarto del artículo 1526 del Código Civil, al tratar la indivisibilidad de pago, declara que “Los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas”. En otros términos, el precepto faculta a los herederos para exigir su cuota en el crédito, lo cual estaría indicando que éstos, al igual que las deudas hereditarias, se han dividido de pleno derecho por el solo fallecimiento del causante.

Frente a esta contradicción legal ha habido quienes han optado lisa y llanamente por dar preferencia a uno de los dos preceptos. Así, se sostiene que, a pesar del artículo 1526 del Código Civil, los créditos permanecen en indivisión, o sea, se da preeminencia absoluta al artículo 1344 del Código Civil; otros, en cambio, opinan que los créditos siempre se dividen de pleno derecho entre los herederos, y no cabe adjudicárselos a éstos. Es decir, se aplica sólo el artículo 1526 del Código Civil, dándole preponderancia sobre el artículo 1344 del Código Civil.

Según Abeliuk ninguna de semejantes doctrinas es acertada, pues ambas significan dejar sin aplicación uno de los dos preceptos en contradicción. Por ello la mayoría de los autores se inclinan por conciliar ambos artículos, dejando a cada uno de ellos su campo de aplicación: el artículo 1526 del Código Civil estaría reglamentando las relaciones de los herederos con el deudor, y el artículo 1344 del Código Civil la de los herederos entre sí.

En consecuencia, respecto del deudor, los créditos se dividen de pleno derecho entre los herederos al fallecer el causante. Por tanto, cada heredero podrá cobrar su cuota en el crédito, y si el deudor paga a dicho heredero su parte en el crédito, el pago es válido. Asimismo, si el deudor hereditario es acreedor personal de uno de los herederos, se extinguirá por compensación la cuota en la deuda. Así, por ejemplo, Pedro y Juan, herederos, tienen un crédito del causante por \$200 en contra de Antonio, quien, a su vez, es acreedor del primero por \$100;

querrá decir que habrá entonces compensación entre Pedro y Antonio, y Juan cobrará a éste los \$100 restantes.

Por el contrario, en las relaciones de los herederos entre sí los créditos no se dividen, sino que permanecen indivisos hasta el día de la partición. Y si al efectuarse ésta se incluye un crédito en la hijuela de alguno de los herederos, a virtud del efecto declarativo de la partición que contempla el artículo 1344 del Código Civil, se entiende que el crédito lo ha adquirido el adjudicatario directamente del causante y, por tanto, los actos de disposición del crédito que hayan hecho otros herederos, o el embargo trabado por un acreedor de éstos, caducará.

Abeliuk cree que esta doctrina se ajusta a la ley y a la conveniencia práctica. Por una parte, es lógica al limitar el artículo 1526 del Código Civil, que por su misma ubicación es claro que está reglamentando los efectos de la obligación, y, por la otra, al darle aplicación al artículo 1344 del Código Civil, vela por la igualdad entre los coparticipes, lo que es preocupación constante del legislador. La Corte Suprema la ha aceptado por lo menos en su primera parte, al declarar que un heredero puede perseguir al deudor por su cuota en la acreencia aun durante la indivisión.

g) Consecuencia del efecto declarativo de la partición.

Del efecto declarativo de la adjudicación derivan una serie de consecuencias jurídicas del más alto interés. Las principales son:

i. En conformidad al inciso segundo del propio artículo 1344 del Código Civil, *“Si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena”*.

Se aplica lisa y llanamente el efecto retroactivo de la partición, pues se presume que en el bien adjudicado el vendedor no ha tenido parte alguna, sino que él ha pertenecido siempre al adjudicatario. Como consecuencia de que exista venta de cosa ajena se aplica el artículo 1815 del Código Civil, y ella no afecta los derechos del verdadero dueño, mientras no se extingan por el transcurso del tiempo. En consecuencia, el adjudicatario podrá reivindicar el bien enajenado.

ii. Según el artículo 2147 del Código Civil, si uno de los comuneros hipoteca un inmueble de la sucesión, para verificar la suerte que correrá dicha hipoteca, es necesario esperar las resultas de la partición. Si el bien hipotecado se adjudica al asignatario hipotecante, la hipoteca queda a firme, pues el asignatario gravó un bien que le perteneció desde el fallecimiento del causante. Si el inmueble es adjudicado a otro de los comuneros, el hipotecante constituyó el gravamen sobre una cosa que en virtud del efecto declarativo de la partición era ajena y, por tanto, él no afectará al adjudicatario. Sin embargo, nada obsta a que los coasignatarios consientan en la hipoteca, la cual producirá sus efectos, siempre que su consentimiento conste por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria.

iii. A la partición no se aplica el artículo 1464 del Código Civil, según el cual hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas, y ello porque la adjudicación no constituye enajenación. Así lo ha declarado la jurisprudencia.

iv. Los derechos reales constituidos por un indivisario sólo subsisten si el bien gravado le es adjudicado. El artículo 718 del Código Civil, en su inciso primero, declara que cada uno de los partícipes se entenderá haber poseído exclusivamente los bienes que le sean adjudicados, desde el fallecimiento del causante. El inciso segundo extrae la conclusión de esta declaración, pues establece que las enajenaciones hechas por el indivisario de la cosa común y los derechos reales con que las haya gravado, subsistirán sobre la parte que se le adjudica si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen, pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios. Es el mismo principio, entonces, del artículo 2417 del Código Civil, respecto de la hipoteca. Si, por ejemplo, se constituye una servidumbre sobre un inmueble común y él es adjudicado al constituyente, subsiste el gravamen; si no caduca, pues se supone en virtud del efecto declarativo de la partición, que quien lo constituyó nunca ha tenido derecho alguno en el bien adjudicado a otro.

v. Si un bien común es embargado durante la indivisión por el acreedor de uno de los herederos, para determinar la suerte del embargo hay que esperar también las resultas de la partición. Si el bien es adjudicado al deudor embargado, subsiste aquél. Si es adjudicado a otro, caduca el embargo. Así lo ha declarado la jurisprudencia.

vi. El artículo 688 del Código Civil prohíbe a los herederos disponer de los inmuebles hereditarios, mientras no hayan efectuado ciertas inscripciones, entre ellas, de la adjudicación. Aun cuando los herederos no hayan efectuado las demás inscripciones hereditarias, pueden efectuar la adjudicación de los inmuebles hereditarios, pues en ello no hay enajenación. La inscripción de la adjudicación no constituye tradición, pues el adjudicatario sucede directamente al causante y sólo se exige para conservar la historia de la propiedad raíz.

vii. A la adjudicación de bienes raíces no se aplican los requisitos exigidos por el legislador para la enajenación de los inmuebles de los incapaces, autorización judicial, etc., pues la adjudicación no constituye tradición. Tampoco se aplica el artículo 412 del Código Civil, que prohíbe al tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo. Como lo ha declarado la jurisprudencia, al guardador pueden adjudicársele bienes raíces en la partición en la cual tenga interés el pupilo, pues no existe compraventa.

viii. Si el indivisario se encuentra casado bajo el régimen de sociedad conyugal, como la adjudicación es título declarativo de dominio, el bien que se le adjudica ingresará a su haber propio si es inmueble, y al haber relativo de la sociedad, si es mueble.

4. LA OBLIGACIÓN DE GARANTÍA EN LA PARTICIÓN.

a) La evicción en la partición.

La obligación de garantía es propia de los contratos onerosos y conmutativos. Comprende fundamentalmente el saneamiento de los vicios redhibitorios de la cosa entregada, o sea, de los vicios ocultos de que ella adolecía, y de la evicción, que consiste en hacer cesar toda turbación o molestia que sufra el adquirente respecto del derecho que se le ha transferido.

En la partición no se aplican los vicios redhibitorios, sino la evicción, reglamentada en los artículos 1345 a 1347 del Código Civil. El primero de estos preceptos 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 partícipes para que concurran a hacer cesar la molestia, y tendrá derecho para que le saneen la evicción”*.

Por ejemplo, a Pedro en la partición se le adjudica un inmueble determinado, pero resulta que él no pertenecía realmente al causante, sino a un tercero, quien lo reivindica del adjudicatario Pedro. Este tiene, entonces, acción en contra de los demás copartícipes para que lo indemnicen de la evicción sufrida.

b) Fundamento de la evicción en la partición.

Cabe preguntarse cuál es el fundamento de la evicción en la partición, que por cierto no es un acto oneroso.

Hay quienes opinan que dicho fundamento estriba en el hecho de que en realidad la partición es un título traslativo de dominio, de carácter análogo a la compraventa, donde el legislador también reglamenta la evicción; el efecto declarativo de la partición no sería sino una ficción creada por el legislador para proteger a los indivisarios de los actos ejecutados por los otros comuneros.

Pero, en realidad, el fundamento de la evicción en la partición estriba en que el legislador aspira en todo momento a obtener la igualdad entre los comuneros frente a la partición, y es evidente que si uno de los adjudicatarios es evicto en la cosa adjudicada, indirectamente se quiebra esta igualdad. El asignatario evicto recibió menos de lo que le correspondía, y los demás recibieron más. En efecto, se consideró común una especie que no pertenecía realmente al causante, con lo cual se estimó mayor el acervo a repartirse, y de este modo se perjudicó al adjudicatario privado de dichos bienes. Los demás asignatarios deben entonces indemnizarlo, de modo que en definitiva todos reciban lo que les correspondía verdaderamente en la sucesión. Mediante la evicción, se vuelve a producir la igualdad entre los coasignatarios, y por ello, en esta aspiración del legislador, debemos encontrar el fundamento de esta acción.

c) Casos en los cuales no procede la evicción.

Sin embargo de lo dicho, el legislador señala en el artículo 1346 del Código Civil algunos casos en que el asignatario no puede intentar la acción de evicción. Estos casos están plenamente justificados, como se desprende de su sola lectura:

i) Cuando la evicción o molestia proviene de causas sobrevinientes a la partición.

Así lo señala el número primero del precepto citado, dando una solución idéntica a la de la compraventa, donde el vendedor no responde al comprador de la evicción producida por causas sobrevinientes al contrato. Y es lógico que así sea, pues los demás partícipes no van a estar respondiendo al adjudicatario de actos efectuados con posterioridad a la partición.

ii) Cuando la acción de saneamiento se hubiere expresamente renunciado. Es el número segundo del precepto el que establece esta posibilidad de renunciar a la evicción, lo cual se justifica ampliamente por ser esta acción de carácter netamente patrimonial y estar establecida en el solo interés del adjudicatario evicto. Como la acción de evicción mira al interés particular del asignatario y no está prohibida expresamente su renuncia, aun si el artículo 1346 del Código Civil nada hubiera dicho al respecto, a igual conclusión se llega aplicando el artículo 12 del Código Civil.

iii) Cuando el partícipe ha sufrido la molestia o evicción por su culpa. El ejemplo clásico al respecto es que el adjudicatario pudo atajar la acción dirigida en su contra, alegando la prescripción y no lo hizo. Hay, en tal caso, culpa de su parte y no puede responsabilizar lógicamente a los demás asignatarios.

iv) Cuando la acción de evicción haya prescrito. No es el artículo 1346 del Código Civil el que se refiere a esta situación, sino el inciso segundo del artículo 1345 del Código Civil, en cuya conformidad la acción de evicción prescribe en cuatro años contados desde el día de la evicción. Como se trata de una prescripción especial, no se suspende a favor de los incapaces. Es evidente que si la acción de evicción ha prescrito, el adjudicatario ya no podrá reclamarles a los demás las indemnizaciones correspondientes.

d) Efectos de la evicción.

A semejanza de lo que ocurre en la compraventa, la obligación de garantía tiene dos etapas: primero, hacer cesar las molestias, y una vez que ésta se ha consumado, segundo, indemnizar la evicción.

Respecto de las molestias mencionadas por el legislador en la partición, son las de derecho; las de hecho deben ser perseguidas directamente por el adjudicatario. O sea, que existirá molestia siempre y cuando un tercero pretenda derechos sobre los bienes adjudicados o niegue al adjudicatario el suyo. Los demás indivisarios deben hacer cesar esta molestia.

Ahora bien, en la compraventa, para que exista obligación al saneamiento de la evicción, el comprador debe citar de evicción a su vendedor ¿Se aplica en la partición esta obligación de citar a los asignatarios para que el adjudicatario tenga derecho a hacer efectiva la obligación de garantía? Según Abeliuk no habiéndola exigido el legislador no habrá necesidad de semejante citación.

Si los coasignatarios no hacen cesar la molestia y ésta se consuma, viene la segunda etapa de la evicción, o sea, deben indemnizar al evicto.

En conformidad al inciso primero del artículo 1347 del Código Civil, “El pago del saneamiento se divide entre los partícipes a prorrata de sus cuotas”. Se trata en consecuencia de una obligación conjunta, y el evicto deberá demandar de cada coasignatario la cuota que le corresponde en la obligación. Naturalmente, él también deberá soportar su parte, como única forma de restablecer realmente la igualdad; si no el asignatario evicto estaría recibiendo más que los demás.

Siendo ésta una obligación conjunta, la insolvencia de uno de los asignatarios no debería gravar a los demás. Pero si aplicáramos este principio en la evicción, en la partición no se produciría la igualdad deseada por el legislador, y por ello el inciso segundo del artículo 1347 del Código Civil establece que “La porción del insolvente grava a todos a prorrata de sus cuotas, incluso al que ha de ser indemnizado”. También entonces el evicto deberá soportar una parte de la insolvencia, pues si no se estaría beneficiando a costa de los demás.

CAPÍTULO XIII

DEUDAS HEREDITARIAS Y TESTAMENTARIAS.

1. GENERALIDADES

Se distinguen las deudas hereditarias, que son las que tenía el causante en vida, de las deudas testamentarias, que tienen su origen en el testamento y son principalmente legados.

Se distinguen las siguientes reglas en relación a ellas:

- i. Las deudas hereditarias son bajas generales de la herencia. El acervo líquido se forma una vez pagadas las deudas.
- ii. El Código Civil impone un deber especialísimo cual es el de pagar las deudas, lo que se realiza por medio de la formación de la hijuela pagadora. Este deber lo tienen los herederos conforme al segundo inciso del artículo 1287, el partidor conforme al artículo 1336 y el albacea conforme al artículo 1286 del Código Civil.
- iii. En cuanto a la responsabilidad, los herederos son obligados al pago más allá de los bienes que componen la herencia (artículo 1097).
- iv. La división del pasivo es a prorrata de las cuotas hereditarias. Se produce *ipso jure*, de pleno derecho, automáticamente. Por el solo hecho de la muerte, la deuda se divide entre los herederos y el acreedor tendrá, en lugar de un deudor único, varios deudores.
- v. Existe una responsabilidad subsidiaria, que contempla que en caso de no pagar los herederos corresponde al legatario hasta la concurrencia de los bienes recibidos por el legado.

2. LAS DEUDAS HEREDITARIAS

a) Generalidades. El heredero es el continuador de la persona del causante y se hace responsable de todas sus obligaciones transmisibles. El activo de la sucesión debe esperar la partición, ya que este se encuentra en la comunidad. El pasivo por su parte se reparte de pleno derecho entre los herederos, sin esperar la partición, a prorrata de las cuotas hereditarias.

b) Principio de la divisibilidad. Conforme al artículo 1354 del Código Civil, las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Así el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias. Pero el heredero beneficiario no es obligado al pago de ninguna cuota de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda. Lo dicho se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1356 y 1526 del Código Civil.

Cuando hay una obligación divisible, se transforma entre los herederos en una obligación simplemente conjunta. El acreedor tiene derecho al pago íntegro, podría oponerse la divisibilidad de las deudas, pero en general todos aceptan la divisibilidad.

c) Problema de los créditos. Los créditos forman parte del activo, y por tanto se deberían pagar después de la partición. Sin embargo, hay dos artículos en conflicto, el cuarto número del artículo 1526 y el artículo 1344 del Código Civil. Conforme a la última disposición citada, 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. En cuanto a la palabra efectos, sería un término amplio y genérico que incluiría a las cosas corporales e incorpóreas, es decir a los créditos. Por su parte, el cuarto número del artículo 1526 del Código Civil dispone que los herederos del acreedor si no entablen conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de su deuda, sino a prorrata de sus cuotas. Por tanto estaría estableciendo que los créditos se dividen de pleno derecho.

Las posiciones que se han elaborado para resolver la contradicción son las siguientes:

- Unos han optado por dar preeminencia al artículo 1344 por sobre el artículo 1526, por tanto los créditos sería indivisos.
- Otros han optado por dar preeminencia al artículo 1526 por sobre el artículo 1344 por tanto los créditos se dividiría de pleno derecho entre los herederos.
- Abeliuk se inclina por conciliar ambos artículos dejando a cada uno de ellos su campo de aplicación. En su opinión el artículo 1526 estaría regulando las relaciones entre el heredero con el deudor, mientras que el artículo 1344 regularía las relaciones entre los herederos entre sí. Por lo tanto, respecto del deudor se divide de pleno derecho el crédito, por lo que cada heredero puede cobrar su cuota en el crédito. Por otra parte respecto de los herederos los créditos permanecen indivisos hasta el día de la partición.

d) Aplicaciones prácticas del principio de la divisibilidad de las deudas.

i. **La cuota del deudor insolvente no grava a sus codeudores.** Excepcionalmente puede hacerse responsable a uno de los herederos por insolvencia del otro: si la insolvencia se produce por no formarse la hijuela pagadora por culpa de un heredero, este será responsable de los perjuicios, sin embargo se le cobrará a título de perjuicios y no de deuda.

ii. **Confusión.** Conforme al artículo 1357 del Código Civil si uno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, sólo se confundirá con su porción hereditaria la cuota que en este crédito o deuda le quepa, y tendrá acción contra sus coherederos a prorrata por el resto de su crédito, y les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda.

e) Excepciones modernas al principio de la divisibilidad.

- i. Beneficio de inventario (artículo 1354 inciso 2°).
- ii. Obligación indivisible. Conforme al artículo 1528 del Código Civil 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.
- iii. Cuando surgen herederos usufructuarios o fideicomisarios. En el usufructo, conforme al artículo 1368 del Código Civil será de cargo del propietario el pago de las deudas que recayere sobre la cosa fructuaria, quedando obligado el usufructuario a satisfacerle los intereses corrientes de la cantidad pagada, si el propietario no se allanare a este pago, podrá el

usufructuario hacerlo, y a la expiración del usufructo tendrá derecho a que el propietario le reintegre el capital sin interés alguno. En la propiedad fiduciaria, conforme al artículo 1372 del Código Civil entre el propietario fiduciario y el fideicomisario la división de las deudas y cargas se hará entre los dos del modo siguiente: el fiduciario sufrirá dichas cargas con calidad de que a su tiempo se las reintegre el fideicomisario sin interés alguno. Si las cargas fueren periódicas, las sufrirá el fiduciario sin derecho a indemnización alguna.

f) Puede pasar que el testador haga una distribución distinta a la legal. Conforme al artículo 1358 del Código Civil si el testador dividiere entre los herederos las deudas hereditarias de diferente modo que la ley prescribe, los acreedores hereditarios podrán ejercer sus acciones o en conformidad con dichos artículos o en conformidad con las disposiciones del testador, según mejor les pareciere. Mas, en el primer caso, los herederos que sufrieren mayor gravamen que el que por el testador se les ha impuesto, tendrán derecho a ser indemnizados por sus coherederos.

g) Los herederos pueden acordar una distribución distinta. De acuerdo al artículo 1359 del Código Civil la regla del artículo anterior se aplica al caso en que, por la partición o por convenio de los herederos, se distribuyan entre ellos las deudas de diferente modo que como se expresa en los referidos artículos.

h) Inmueble sujeto a hipoteca. Si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción solidaria contra cada uno de dichos inmuebles, sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos por la cuota que a ellos toque de la deuda (artículo 1365).

Aun cuando el acreedor haya subrogado al dueño del inmueble en sus acciones contra sus coherederos, no será cada uno de éstos responsable sino de la parte que le quepa en la deuda. Pero la porción del insolvente se repartirá entre todos los herederos a prorrata.

i) Momento en que deben pagarse las deudas. 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 (artículo 1374).

Pero cuando la herencia no apareciere excesivamente gravada, podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios que ofrezcan caución de cubrir lo que les quepa en la contribución a las deudas.

Ni será exigible esta caución cuando la herencia está manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios. Por tanto se deberá rendir caución si apareciere excesivamente gravada.

j) Existencia de títulos ejecutivos contra el difunto. Conforme al artículo 1377 del Código Civil los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores podrán entablar la ejecución, pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos.

3. LAS DEUDAS TESTAMENTARIAS.

a) Modo en que se pagan.

Conforme al artículo 1374 del Código Civil se pagan después de las deudas hereditarias. Si estas reciben el pago anticipadamente, puede ocurrir que como consecuencia del legado se imponga la carga de pagar las deudas hereditarias, conforme al artículo 1104 del Código Civil. Por otra parte el legatario no tendrá responsabilidad directa en el pago, sino que subsidiariamente a los herederos., conforme al segundo inciso del artículo 1104 del Código Civil.

El legatario será responsable de las deudas al tiempo de abrirse la sucesión, no de las deudas posteriores a ella.

Conforme al primer inciso del artículo 1363 del Código Civil 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.

b) Límite a la responsabilidad subsidiaria del legatario.

De acuerdo al artículo 1364 del Código Civil el legatario obligado a pagar un legado, lo será sólo hasta concurrencia del provecho que reporte de la sucesión; pero deberá hacer constar la cantidad en que el gravamen exceda al provecho.

c) Orden impuesto por el Código Civil a los legatarios para concurrir al pago.

En principio se puede exigir a cualquier legatario, sin embargo el artículo 1363 del Código Civil establece un orden de prelación que es el siguiente:

- i. Legatarios comunes.
- ii. Legatarios de donaciones revocables o legados anticipados.
- iii. Legatarios expresamente exonerados por el testador.
- iv. Legatarios de obras pías o de beneficencia pública.
- v. Legatarios de alimentos legales o forzosos.