

PRIMERA UNIDAD
LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE. GENERALIDADES. LA SUCESIÓN
INTESTADA.¹

A) GENERALIDADES SOBRE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

□ **CONCEPTOS PREVIOS.**

Con la palabra sucesión se designa la transmisión del patrimonio de una persona difunta, por causa de muerte, a sus sucesores. El que transmite se llama “causante” o “autor”; el que recibe el patrimonio del causante o una cuota de él se llama “heredero” o bien “causahabiente”; y si el que recibe toma bienes del causante a título singular, se habla de “legatario”.

También con la palabra “sucesión” se suele denominar al patrimonio transmitido. En este sentido se dice, por ejemplo, que el heredero recibe la sucesión del causante.

La institución de la sucesión por causa de muerte viene a reglamentar y organizar el patrimonio del causante. Aquella parte del patrimonio que sea transmisible, pasa a sus herederos y legatarios de manera que no se produzca un quiebre en las relaciones jurídicas en que era parte del causante, ni en los derechos y obligaciones de que era sujeto.

Tratándose de los herederos, la sucesión por causa de muerte produce una verdadera subrogación personal. El causante, que en vida fue titular de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones, es subrogado por los herederos que pasan a ser los titulares de esos derechos y obligaciones. Y es por eso que en todas las legislaciones, los herederos son considerados continuadores de la persona del difunto.

□ **REGLAMENTACIÓN.**

Si bien la sucesión por causa de muerte es fundamentalmente un modo de adquirir el dominio de los bienes de una persona difunta (art. 588 del CC), lo cierto es que esta

¹ Apuntes preparados por la profesora de Derecho Civil Alejandra Aguad D., de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

institución es en sí un sistema jurídico complejo al cual el legislador le dedicó todo un libro del Código Civil.

Sobre el Derecho Sucesorio trata el Libro III del Código Civil “De la Sucesión por Causa de Muerte y de las Donaciones entre Vivos”. Si bien en este libro se contienen las normas fundamentales del Derecho Sucesorio, ahí no se agota toda su reglamentación. Existen numerosas leyes especiales que importan modificaciones o adiciones a los principios generales. Así, por ejemplo, la mayoría de las leyes previsionales contemplan importantes beneficios que se agregan a los naturales del Derecho Sucesorio

En la reglamentación de las sucesiones, Andrés Bello se inspiró en una gran variedad de antecedentes provenientes del Derecho Romano, del antiguo Derecho Hispánico y del Derecho Francés, teniendo como resultado una obra original que se aparta mucho de sus modelos.

□ **JUSTIFICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN.**

En cierto modo, el Derecho Sucesorio es la traducción del deseo natural del hombre de permanecer más allá de la muerte.

Históricamente, el Derecho Sucesorio ha tenido una íntima relación con las creencias religiosas. Actualmente, aparece sólo como un medio de transmitir el patrimonio y está ligado a la idea de propiedad privada. El Derecho Sucesorio no es más que una extensión de la propiedad privada más allá de la vida.

No hay duda alguna de la estrecha relación entre el Derecho Sucesorio y la propiedad privada. Sin embargo, la reglamentación y técnica del Derecho Sucesorio varía sustancialmente en atención al mayor o menor carácter individualista que se otorgue a la propiedad. Así, por ejemplo, se puede llegar al extremo de sostener que el causante es el titular único y absoluto de la propiedad de manera que él dispone libremente de su patrimonio para después de sus días, gozando, en consecuencia, de una amplia libertad de testar. Este es el sistema anglosajón, aunque en la actualidad con importantes limitaciones. Por el contrario, si la propiedad privada tiene un fundamento familiar, es decir, se le reconoce como medio de hacer vivir y prosperar a la familia, las normas sucesorias deben

adaptarse a esta idea, limitando así la libertad de testar y estableciendo restricciones en protección a la familia.

En este sentido, cabe hacer presente los diversos intereses que convergen en esta materia. Están, de un lado, el interés individual del causante y del otro el interés de la familia. Se reconoce, en general, que el patrimonio que una persona ha formado en vida se ha debido en parte al esfuerzo de su cónyuge, que ha compartido su vida con el causante y en bien de sus hijos.

De otro lado, el concepto de familia debe tenerse presente en la construcción de un sistema sucesorio que responda a la realidad del momento. La idea de familia sea ha ido reduciendo desde una concepción amplia que involucraba incluso a terceros que vivían bajo el techo común, a un núcleo mucho más reducido conformado por los padres, descendientes y ascendientes de primer grado.

□ **LA LIBERTAD DE TESTAR.**

Existen básicamente dos sistemas para realizar la transmisión del patrimonio del difunto a sus herederos. Por una parte, la transmisión puede hacerse mediante la voluntad del causante expresada en un acto jurídico unilateral, solemne y subjetivamente simple denominado testamento. Esta es la sucesión testamentaria.

La sucesión es abintestato o intestada cuando la transmisión responde a una régimen creado por la ley, en el cual es ésta la que determina quienes y cómo suceden al causante.

En muchas legislaciones coexisten ambos sistemas, algunas admitiendo la sucesión testamentaria como la principal y dejando la sucesión abintestato como sucedánea, para el caso en que el causante no deje testamento o el que hizo no es válido. Este es el caso de los países anglosajones, en que la sucesión abintestato suple la voluntad expresa del causante. Otras legislaciones, en cambio, otorgan libertad al causante para disponer de parte de sus bienes, disponiéndose del resto de acuerdo al régimen legal. Este es el sistema que acoge nuestro CC. Si bien algunas disposiciones como los art. 952 y 980 sugieren la idea de que nuestro ordenamiento jurídico asigna a la sucesión intestada la función de suplir la voluntad del causante, lo cierto es que la institución de las asignaciones forzosas limita

claramente la libertad de disponer por testamento, imponiendo al causante ciertas normas e incluso contemplando una acción de reforma del testamento para hacer respetar algunas de ellas.

La elección de uno u otro sistema y la forma de coexistencia de ambos en un determinado ordenamiento jurídico dependerá, como se ha dicho, de la función que se le de al Derecho Sucesorio en la preeminencia de los diversos intereses que convergen.

□ **LAS FORMAS DE SUCEDER A UNA PERSONA.**

Históricamente se han conocido 3 modos de transmisión sucesoral: la testamentaria, la legal y la contractual.

a. La sucesión testamentaria, es la reglada por la voluntad del causante y que se contiene en un acto jurídico unilateral, unipersonal y solemne, que es el testamento. Digamos, desde ya, que el testamento es esencialmente revocable por el causante mientras viva. Mediante la sucesión testamentaria, el causante puede disponer de sus bienes a título universal o a título singular. En el primer caso, el testador dispone del todo o de una parte de sus bienes en forma cuotativa. En el segundo caso, el testador dispone de bienes determinados (cuerpos ciertos o género).

b. La sucesión legal, legítima o abintestato es aquella gobernada por las solas normas legales, las que determinan quiénes y cómo heredan. Es siempre a título universal (no contempla legados en nuestro sistema).

Puede suceder que ambas formas de transmisión, la testamentaria y la legal, se den en una misma sucesión; es decir, que parte de la herencia sea reglamentada por el testamento que haya dejado el causante y parte por las disposiciones legales (art. 980 y 996). En este caso estamos frente a la denominada sucesión mixta.

c. Finalmente, la sucesión contractual tiene lugar cuando una persona conviene con un tercero que éste le sucederá a cambio de una contraprestación. Por tener un origen contractual, es imposible para el causante revocarla. Esta forma de suceder está expresamente prohibida por nuestra legislación en virtud del artículo 1463 del CC. Esta norma consagra la prohibición de los pactos sobre sucesión futura y la consecuente nulidad

absoluta por objeto ilícito en caso de contravención.

□ **LOS PACTOS SOBRE SUCESIÓN FUTURA.**

La norma del artículo 1463 es amplia. No sólo impide la institución de un heredero por contrato, sino que además prohíbe toda intervención de terceros en una sucesión futura. Es por esto que la facultad de testar es personalísima y no puede delegarse. Así, el artículo 1004 prohíbe que un tercero haga testamento por el causante, aún con mandato suyo. De otro lado, el artículo 1226 prohíbe aceptar una herencia o legado antes de ser deferidos, es decir, antes de producirse el llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.

Todas estas normas prohibitivas tienen por objeto resguardar la libertad del causante hasta su muerte. Se entiende que en materia sucesoria nadie tiene derechos en la herencia del causante sino hasta su muerte.

La prohibición de estos pactos se extiende también a la sucesión ajena. Por eso es nulo todo pacto por el cual una persona cede o negocia sobre sus posibles derechos hereditarios en la futura sucesión de una persona viva.

Las legislaciones basadas en las fuentes romanistas mantienen el principio de la prohibición de los pactos sobre sucesión futura. Pero este no es el criterio de todas las actuales legislaciones. Los germanos nunca tacharon de inmorales estos pactos e incluso los reglamentaron. De ahí que el Código Alemán y el Suizo dediquen algunos artículos al contrato sucesorio.

Muchos autores contemporáneos se muestran partidarios por la validez de estos pactos, al menos cuando se trata de la propia sucesión. Se sostiene que la prohibición no es sino el resultado de una concepción individualista del Derecho Sucesorio que consagra la revocabilidad absoluta del testamento y que el fundamento de la inmoralidad de estos pactos, que supondría una suerte de deseo del fallecimiento del causante, no es tal si se observa que situaciones parecidas son aceptadas por la legislación. Así, por ejemplo, en el seguro de vida, en el usufructo, en la renta vitalicia.

No obstante la prohibición general de los pactos sobre sucesión futura, existe una excepción a esta regla que se conoce como el pacto de no mejorar, y que se contempla en

el inciso 2° del art. 1463 y 1204 del C.C. Es posible que el causante convenga con el cónyuge o con algunos de los descendientes o ascendientes que a la sazón era legitimario, que no dispondrá por testamento de la cuarta de mejoras. Si el testador, no obstante lo convenido, dispone de la cuarta de mejoras en perjuicio de aquel con quien convino el pacto de no mejorar, éste tiene derecho a que el favorecido por el testamento con la cuarta de mejoras le entere lo que le habría significado el cumplimiento del pacto, y a prorrata si son 2 o más los que reciben la cuarta de mejoras.

□ **PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL DERECHO SUCESORIO CHILENO.**

1. *El principio de la continuación del causante por sus herederos (Sucesión en la persona y sucesión en los bienes)*

Es característica del Derecho Sucesorio que los herederos sean continuadores de la personalidad jurídica del difunto (art. 1097). Los bienes del causante llegan al sucesor como consecuencia de ser el continuador en la personalidad jurídica del causante. Ello explica la responsabilidad personal e ilimitada del heredero por las obligaciones hereditarias y testamentarias del autor. El heredero responde por las deudas que tenía en vida el causante y por aquellas que imponga en su testamento por medio de los legados y disposiciones testamentarias, aún cuando el total de esas deudas sobrepase el monto de lo que recibe. De esta manera, salvo que el heredero acepte la herencia con beneficio de inventario (art. 1247) éste responde no sólo con los bienes que recibe por herencia (*cum viribus*) sino (*ultra vires hereditatis*) más allá de las fuerzas de la herencia, con su propio patrimonio (art. 1097 y 1354).

El heredero se subroga en la misma posición jurídica del causante. En materia de responsabilidad extracontractual, el heredero es deudor de la indemnización civil por el delito o cuasidelito cometido por su causante. El mismo principio de la continuación de la personalidad jurídica del difunto permite oponer al heredero que ejerce la acción civil de indemnización de perjuicios por delito o cuasidelito cometido en contra del causante, la culpa de la víctima para obtener la exoneración de responsabilidad o una rebaja del monto de la indemnización, siempre que el heredero ejerza la acción del causante y no la personal

que pueda corresponderle.

En materia contractual, el principio se traduce en el conocido aforismo que “quien contrata para sí lo hace también para sus herederos”, recogido en numerosas disposiciones del CC, tales como los artículos 1492, 1962 N°1, 2190, 2352, etc. Este principio explica el por qué el heredero puede ejercer la acción de nulidad relativa del contrato celebrado por su causante. Incluso, en este mismo principio ha podido fundarse una doctrina jurisprudencial, hoy minoritaria, que niega al heredero el derecho de reclamar la nulidad absoluta del acto o contrato celebrado por su causante cuando éste sabía o debía conocer el vicio que lo invalidaba.

El principio de la continuación significa en la práctica una verdadera confusión de patrimonios entre el de causante y el del sucesor. Sin embargo, cabe precisar que la idea de continuación sólo existe respecto de los herederos y no así respecto de los legatarios. Los asignatarios a título singular no continúan la personalidad jurídica del causante; no lo representan (art. 1104). La sola circunstancia de que en determinados supuestos tengan responsabilidad por las deudas hereditarias no tiene como fundamento el principio de la continuación de la personalidad jurídica del causante, sino más bien se funda en razones de equidad. Respecto de la obligación de contribuir al entero de las legítimas y mejoras, el fundamento de la responsabilidad del legatario se encuentra precisamente en el carácter forzoso de tales asignaciones. Si el causante ha excedido la cuarta de libre disposición mediante la asignación de legados, afectando la legítima y la cuarta de mejoras, el legatario debe enterar el monto de esas asignaciones forzosas. En cuanto a la responsabilidad subsidiaria de los legatarios en las deudas hereditarias, el fundamento no es otro que la razón y la equidad. Si al momento del fallecimiento, el causante tenía más pasivo que activo, es lógico que si los herederos no pueden satisfacer todas las deudas se recurra a los legatarios, que han originado mayor disminución del patrimonio.

Finalmente, confirma la idea de que la responsabilidad de los legatarios no deriva de la continuación de la personalidad jurídica del causante la circunstancia de que su responsabilidad no es ultra vires, sino limitada al monto del beneficio que le irroga la asignación.

El principio de la continuación de la personalidad jurídica del causante admite excepciones. Algunas de ellas atienden a la naturaleza de las cosas. Así ocurre con la posesión que, por ser un hecho y no un derecho, la posesión del sucesor principia en él (art. 717).

Otras limitaciones a este principio general dicen relación con las características de ciertos derechos. Desde luego, el principio de la continuación sólo puede decir relación con los derechos y obligaciones transmisibles del causante que, en general corresponde a los derechos y obligaciones pecuniarios, es decir, a los llamados bienes patrimoniales. Los derechos personalísimos se extinguen con la muerte de su titular y por ende son intransmisibles. Son derechos intransmisibles, entre otros, los siguientes: los derechos de usufructo, uso y habitación², las expectativas del fideicomisario que fallece antes de la restitución, el derecho a pedir alimentos forzosos, el derecho del comodatario para gozar de la cosa prestada, los derechos derivados del contrato de sociedad, y el mandato que, por regla general, termina por la muerte del mandante o mandatario. Son obligaciones intransmisibles en general aquellas cuya ejecución supone aptitudes especiales del deudor y aquellas que se basan en la confianza de las partes o en sus relaciones personales, como ocurre en el mandato y la sociedad.

Finalmente, existen algunos institutos que significan verdaderas derogaciones a la idea de continuación, entre ellas las más importantes son la aceptación de la herencia con beneficio de inventario y el beneficio de separación de patrimonios.³

2. *El principio de la unidad del patrimonio en el Derecho Sucesorio.*

La unidad del patrimonio se traduce en que las leyes que regulan la sucesión intestada son las mismas para todos los bienes del causante: activo y pasivo, muebles e

² La intransmisibilidad dice relación con el aspecto activo, pues en cuanto al aspecto pasivo, los herederos del constituyente de alguno de estos derechos deben respetarlos.

³ En síntesis, el beneficio de inventario consiste en limitar la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias y testamentarias hasta el monto de los bienes que adquiere. Por su parte, por el beneficio de separación los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios pueden solicitar que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero, y en virtud de este beneficio tendrán derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias con preferencia a las deudas propias del heredero (art. 1378) Sobre estos institutos volveremos más adelante.

inmuebles, heredados o adquiridos a cualquier título por el causante.

De conformidad al art. 955 del CC el derecho sucesoral queda entregado a la ley local del domicilio en que se abre la sucesión, sin atender a otras consideraciones, como sería la nacionalidad del causante. Por su parte, el art. 981 prescinde del origen de los bienes para reglar la sucesión intestada.

Este principio también reconoce excepciones. La principal excepción contenida en el CC. es la que contempla el art. 1337 N° 10 (introducido por la Ley 19.585 de 1998), en favor del cónyuge sobreviviente, al permitirle ejercer el derecho de atribución preferencial del hogar común, sea en propiedad, sea bajo las formas de uso y habitación.

Otras excepciones contenidas en el CC están en el art. 998 y se refieren a dos situaciones: a) el caso del extranjero que fallece fuera de Chile dejando herederos chilenos; y b) el caso del chileno que deja bienes en el extranjero.

En cuanto a las excepciones contenidas en leyes especiales, ellas se refieren esencialmente a materia previsional. Así por ejemplo, las pensiones de viudez y orfandad no ingresan al haber hereditario del causante reglado por el CC, sino que pasan directamente a los asignatarios indicados por la ley especial. En todos estos casos, la ley distingue el origen y destino de estos bienes, constituidos por fondos o beneficios previsionales, para aplicarles estatutos sucesorios particulares.

3. *El principio de la igualdad en el Derecho Sucesorio*

Este principio se traduce en la repartición igualitaria de la herencia o de una parte de ella entre los asignatarios. Su aplicación se limita a las normas de la sucesión intestada, pues en la testamentaria será el causante quien determinará el monto de las asignaciones, sin perjuicio de las forzosas. Sin embargo, incluso en la sucesión testamentaria cuando el testador designa a varios para sucederle sin asignarle una cuota respectiva o bienes precisos para enterarla, este principio recobra plena aplicación.

El Código consagra este principio desde un doble punto de vista:

- a) Igualdad en valor: que se traduce en que existiendo dos o más asignatarios éstos llevan la misma proporción de bienes si tienen el mismo grado de parentesco con el

autor. Como la igualdad en valor se manifiesta por la atribución de una cuota igual de patrimonio, se mantiene la proporcionalidad tanto en el activo como en el pasivo. Expresiones de este principio de igualdad en valor las encontramos en los artículos 982, 985 (a propósito de la representación), 989, 1187 y siguientes (que reglamentan la formación de los acervos y la colación de los bienes dados como anticipo de la herencia, destinado a mantener la igualdad entre los sucesores); art. 1345 inc. 1° (que establece la obligación de garantía en la participación de la comunidad hereditaria); art. 1348 (la rescisión de la partición por causa de lesión enorme), y los arts. 1354 y 1360 en virtud de los cuales las deudas hereditarias y testamentarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas.

- b) Igualdad en especie: El Código contempla reglas en materia de partición para garantizar que en la medida de lo posible cada asignatario reciba especies idénticas o al menos semejantes en pago de sus derechos (art. 1337)

4. *El principio de la protección de la familia legítima.*

Hasta antes de la reforma introducida por la Ley de Filiación N° 19.585 de 1998 el régimen sucesoral protegía a la familia legítima, es decir, aquella que procedía de un matrimonio. Esta ley al suprimir la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos tuvo que cambiar nuevamente las disposiciones de la sucesión intestada. La consagración positiva de este principio la encontrábamos fundamentalmente en la determinación de los sucesores, en la determinación de las cuotas en que se divide la herencia en caso de concurrencia con sucesores naturales, y en las limitaciones a su libertad de disposición.

Hoy, existiendo igualdad de derechos sucesorales entre los hijos, sean o no matrimoniales, no subsisten las ventajas que a los antiguos hijos legítimos y por sobre los naturales confería la legislación. La ley 19.585 impuso finalmente el principio de la igualdad de los hijos, pero al mismo tiempo mejoró notoriamente los derechos del cónyuge sobreviviente. De esta manera, podría sostenerse que el principio de la protección a la familia matrimonial subsiste en una mínima parte.

B) LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE COMO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

La sucesión, como situación de carácter general, consiste en que una persona reemplace a otra en la posición de sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Es así como puede decirse que el adquirente sucede al tradente en el dominio de la cosa que es objeto de la tradición el comprador al vendedor; el donatario al donante; el heredero al difunto, etc.

La adquisición de un derecho a título derivativo importa, por tanto, sucesión, que viene a ser la causa de la adquisición a dicho título. El que adquiere se denomina sucesor o causahabiente y el que traspa el derecho recibe el nombre de causante o autor.

La sucesión mortis causa o por causa de muerte es un modo de adquirir bienes y obligaciones. Es un modo de adquirir el dominio de las cosas que pertenecían al causante. Es el modo de transmitir su patrimonio y los bienes que lo componen (art. 588 CC)

Pero desde luego, la sucesión por causa de muerte no agota sus efectos en el modo de adquirir. Por de pronto, no siempre opera como modo de adquirir el dominio. Si el causante ha asignado por testamento un legado de género, el sucesor (legatario) no adquiere el dominio de la cosa genérica legada por sucesión por causa de muerte, pues en tal situación sólo tiene un derecho personal, un crédito contra el heredero o el obligado a la prestación del legado, de tal manera que la adquisición de la propiedad opera sólo cuando se hace entrega al legatario de las especies que se comprendían en el género señalado por el causante.

La sucesión mortis causa es también una forma de contraer obligaciones, pues el sucesor a título universal (heredero) no sólo se hace dueño del activo del patrimonio del causante, sino también responsable del pasivo en proporción a la cuota que le haya cabido en la herencia.

Por último, la sucesión por causa de muerte no sólo opera como modo de adquirir el dominio de derechos reales, sino también de derechos personales, pues el heredero hace

suyos los créditos del causante.

□ **CARACTERES Y ELEMENTOS DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE COMO MODO DE ADQUIRIR.**

A. Caracteres

1. Es un modo de adquirir derivativo:

Ello porque la causa de la adquisición se encuentra en una persona distinta del adquirente. El derecho del sucesor emana o procede del que tenía su antecesor o causante. El sucesor deriva su derecho del difunto. Hay transmisión del derecho y no creación de uno nuevo. El dominio de las cosas pasa al sucesor como estaba en manos del difunto por aplicación del principio de que nadie puede traspasar a otro más derechos de los que tenía. Si el difunto no tenía el dominio de los bienes, el sucesor tampoco puede adquirirlo por sucesión. Pero quedará habilitado para ganar el dominio por prescripción si se cumplen los demás requisitos para que opere ese modo de adquirir, bien sea apoyándose en su propia posesión o agregando a la suya la que tenía el causante, con todas sus calidades y vicios (art. 717).

2. Es a título gratuito

El causante no obtiene provecho alguno con la transmisión sucesoral. Cabe precisar que en esta materia la gratuidad no significa necesariamente que exista provecho cierto y seguro para el sucesor. Este puede incluso resultar perjudicado en virtud de la responsabilidad ultra vires. Además, el sucesor puede aceptar o rechazar la herencia, sin que le imponga el gravamen de una contraprestación.

3. Puede ser a título universal o singular

Cuando la sucesión es a título universal, se sucede al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos (art. 951 inc. 2º). El heredero sucede al difunto en su patrimonio (universalidad jurídica) y los bienes llegan a él porque forman parte de esta abstracción. Cuando la sucesión es a título singular, se sucede

al difunto en una o más especies o cuerpos ciertos; o en una o más especies indeterminadas de cierto género (art. 951 inc. 3°). En este caso el objeto de la transmisión es determinada relación jurídica, de manera que el sucesor (legatario) se sustituye al causante en ella y no en otras.

4. *Puede ser voluntaria o no voluntaria*

La sucesión va a operar en beneficio de sucesores que el causante señale en el acto de última voluntad (testamento) o que designa la ley en el caso de la sucesión intestada. En el primer caso, es voluntaria, y en el segundo no voluntaria. Sin embargo, cabe advertir que la ley organiza los órdenes de sucesión bajo la idea de la supuesta voluntad del causante.

B. Elementos

La transmisión sucesoral supone la concurrencia de varios supuestos:

1. Muerte de una persona. Se comprende tanto la muerte natural como la muerte presunta. En este último caso la apertura de la sucesión se produce junto con el decreto de posesión provisoria de los bienes del desaparecido, no obstante que jurídicamente ella tiene lugar en la época fijada presuntivamente como el de la muerte del causante.
2. Sucesor digno y capaz
3. Existencia de una asignación
4. Que la asignación sea aceptada
5. Que el sucesor disponga de un título para suceder (testamento o ley)

□ SUCESORES O ASIGNATARIOS

Asignatario es toda persona que es llamado a una asignación, sea que el llamamiento provenga del testamento o de la ley (art. 953)

El asignatario puede ser heredero o legatario. Si el llamamiento para suceder al difunto es a título universal, el asignatario se denomina heredero; si el llamamiento es a título particular o singular, recibe el nombre de legatario. Esta clasificación de los

asignatarios, entre herederos y legatarios, sólo adquiere significación tratándose de una sucesión testada, pues los llamamientos que hace la ley son siempre a título universal. El heredero recibe una universalidad de bienes; el legatario recibe una o más especies o cuerpos ciertos o una o más especies indeterminadas de cierto género. El heredero representa a la persona del causante (en el sentido de que lo subroga en sus relaciones jurídicas), sus patrimonios se confunden; el legatario, en cambio, no es un continuador de la persona del causante.

Para determinar si un asignatario tiene la calidad de heredero o de legatario hay que atender a la naturaleza de la asignación, más que a las palabras que haya utilizado el testador. Si el causante en su testamento deja su patrimonio o una cuota de él a un asignatario, éste es heredero aunque lo llame legatario.

La distinción entre heredero y legatario reviste verdadero interés jurídico, lo que se expresa en las siguientes diferencias en cuanto a sus derechos y obligaciones:

1. Los herederos adquieren el dominio de la asignación por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte. El legatario, con la excepción del de especie o cuerpo cierto, no adquiere el dominio de la asignación sino cuando el obligado a cumplirla le hace la entrega. Antes, sólo tiene un derecho personal o crédito contra el heredero o la persona sobre quien pesa la obligación de cumplir con el legado.
2. El instituto de la posesión legal de la herencia y de la posesión efectiva es propio del heredero (art. 722 y 688). El heredero adquiere junto al dominio, la posesión legal de la herencia, desde el momento en que se le defiere, aunque la ignore. El legatario, aunque lo sea de especie o cuerpo cierto, no adquiere por el hecho de la muerte del testador la posesión de la cosa legada. Sólo adquiere la posesión material cuando se le hace la entrega y reúne los elementos de la posesión (corpus y animus). Además, al legatario no se le concede la posesión efectiva, que es típica del heredero.
3. Habiendo concurrencia de varios herederos, todos ellos tienen, en principio, una posibilidad de acrecimiento ilimitado a todo el patrimonio del causante, en el supuesto de la caducidad del derecho de alguno o algunos de sus coherederos. Los

legatarios, por el contrario, si bien entre sí gozan del acrecimiento, ello ocurre dentro de la especie que es objeto del legado. Más allá de ella no puede pasar el acrecimiento.

4. Los herederos tienen responsabilidad directa e ilimitada (*ultra vires*) por las deudas hereditarias y testamentarias, salvo que acepten la herencia con beneficio de inventario. Los legatarios, en cambio, tienen sólo una responsabilidad subsidiaria, a condición de que se haya pagado el legado, y en todo caso limitada al valor del legado.

▪ ***Clasificación de los herederos***

1. Herederos universales, herederos de cuota y herederos del remanente.

a. Herederos universales: Son los llamados sin designación de cuota, sea que la asignación provenga de la ley o del testamento. Esto no implica que el sucesor deba ser uno. Lo que importa es que se le haya efectuado una asignación a título universal sin designación de cuota. Así sucede si el testador nombra a dos personas como sus herederos sin asignar cuota. El derecho de cada coheredero es al todo, aunque limitado por igual derecho de los otros coherederos, pero en tal caso la limitación es consecuencia del concurso de los otros y no por la asignación de una cuota.

b. Herederos de cuota: Son aquellos a quienes el testador designa una parte alícuota del patrimonio, como por ejemplo, un tercio, un quinto, etc. Los herederos de cuota son siempre testamentarios. Como en el caso de los herederos universales, los de cuota pueden ser varios, pero su derecho de acrecer es limitado. En efecto, en caso de faltar algún coheredero de cuota, la parte que le corresponde no acrece a los restantes coherederos de cuota, sino que pasa a los herederos abintestato que se entienden llamados como herederos del remanente. (art. 1100). El acrecimiento entre herederos de cuota se producirá únicamente dentro de la cuota, si dos o más son llamados a una misma parte, como por ejemplo, si el testador asigna la mitad de la herencia a Paco y Luis y Paco llega a faltar. En este caso, Luis llevará la mitad de la herencia.

c. Herederos del remanente: Son los llamados a recoger lo que resta del

patrimonio hereditario, hechas otras asignaciones testamentarias, bien a título particular o como herederos de cuota. El heredero del remanente es llamado al sobrante de la herencia, ya lo haga el testamento o la sola disposición de la ley, cuando el testador no ha dispuesto del total del patrimonio, de suerte que la ley llama a los herederos abintestatos como herederos del remanente (art. 1100 inc. 1°).

La importancia de esta clasificación radica principalmente en la institución del acrecimiento, que como señalamos, es ilimitada en el caso de los herederos universales, y limitada a los coherederos de la respectiva cuota tratándose de los herederos de cuota.

Puede ocurrir que en el patrimonio dejado por el difunto concurren a un mismo tiempo herederos de cuota, universales y del remanente o bien alguno de estos herederos con asignatarios a título particular. Revisemos algunas situaciones:

- *Herederos de cuota con herederos universales*: Esto ocurre cuando el testador dispone de una cuota de la herencia a favor de una o más personas y llama a otra u otras como heredero universal. En este caso, el heredero universal lleva la o las cuotas que faltan para completar la unidad (art. 1098 inc. 2°). Si las cuotas asignadas en el testamento completan o exceden la unidad y se designa a uno o más herederos universales, éstos deben igualmente llevar una porción de la herencia, conforme a la regla que indica el art. 1101 del CC.
- *Herederos del remanente con herederos de cuota*: Esto ocurre cuando el testador le asigna a un heredero una cuota de la herencia y el remanente a otro. O bien, si se designa a un heredero de cuota y nada se dice del sobrante pues en este caso los herederos abintestato son llamados por la ley como herederos del remanente. En estos casos los herederos del remanente llevan la o las cuotas que faltan para completar la unidad (art. 1099), pero si las cuotas asignadas en el testamento completan o exceden la unidad, los herederos del remanente no llevan nada (art. 1101).
- *Herederos del remanente con legatarios*: Si el testamento contiene asignaciones a título particular, y se ha dispuesto del sobrante a favor de otro u otros asignatarios, la ley considera que en tal caso los últimos son herederos universales, no obstante

que el causante los ha llamado al remanente (art. 1099).

Con lo dicho hasta aquí puede concluirse que en verdad en nuestro sistema no hay sino herederos universales o herederos de cuota, pues los del remanente pasan a tener una o otra calidad, según si concurren con asignatarios a título particular o con herederos de cuota.

2. Herederos forzosos y voluntarios

Son herederos forzosos aquellos a los que el testador tiene la obligación impuesta por la ley de dejarles una parte de su patrimonio. Si el testador no respeta los derechos que la ley ha reservado para los asignatarios forzosos, éstos pueden intentar la acción de reforma del testamento. El carácter forzosos está dado en función de la voluntad testamentaria, pero el asignatario es libre de aceptar o repudiar la asignación.

Los asignatarios voluntarios son aquellos que el testador nombra libremente para sucederle en sus bienes, sin estar obligado a designarlos.

3. Asignatarios directos y sustitutos

Los asignatarios, sea que se les califique de herederos o legatarios, pueden ser instituidos directamente, o como sustitutos para el caso de faltar los primeros (art. 1156 y ss.) Sobre la institución de la sustitución volveremos al estudiar las asignaciones testamentarias.

□ **APERTURA DE LA SUCESIÓN**

La apertura de la sucesión es el momento en que se inicia la transmisión sucesoral; es el instante en que tiene lugar el nacimiento de los derechos que confiere el testamento o la ley respecto de una sucesión.

Son cuatro las cuestiones que deben ser consideradas en relación con la apertura de la sucesión: el hecho que la produce; el momento en que se produce; el lugar en que se realiza; y la ley que la gobierna.

1. Hecho que produce la apertura de la sucesión: El hecho que origina la apertura de la sucesión es la muerte de una persona. La muerte puede ser real o presunta. En virtud del decreto que concede la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, se procederá a la apertura y publicación del testamento si lo hubiere, pero la apertura se va a retrotraer al día fijado como presuntivamente de la muerte.

En cuanto a la prueba de la muerte, corresponde probarla a quien reclama derechos derivados de ella. El medio de prueba por excelencia es la partida de defunción (art. 305) y a falta de partida se podrá recurrir a los medios supletorios (art. 309). En el caso de la muerte presunta, la prueba se hará con la copia de la inscripción del auto del juez que la haya decretado.

2. Momento de la apertura de la sucesión: La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte. Sin embargo, en el caso de la muerte presunta, la apertura de la sucesión no se produce en el momento de la muerte sino que en una fecha, que es aquella que la ley dispone debe fijarse como día presuntivo de la muerte (regla general art. 81 N° 6).

▪ ***El problema de los comurientes:***

En relación al tiempo o momento en que se produce la apertura, surge un problema en caso de fallecimiento de dos o más personas en un mismo acontecimiento, sin que pueda determinarse cuál de ellas dejó de existir primero, siendo sucesoras entre sí.

En este caso, el Código adopta una solución fácil y que evita dificultades estableciendo que se procederá como si todas las personas hubiesen fallecido en el mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras (art. 79). De consecuencia, ninguna de ellas tiene capacidad para suceder al otro (art. 958). Se trata, sin embargo, de una presunción simplemente legal, de manera que si se logra probar que alguna sobrevivió a la otra, aunque no sea sino un instante, no tendrá cabida la incapacidad.

Este sistema es adoptado también por otras legislaciones. Así, por ejemplo, en Italia y España. El sistema francés, siguiendo precedentes romanos, establece una serie de

presunciones legales de supervivencia en atención al sexo y edad de las víctimas, supletorias de la prueba directa.

▪ ***Importancia del momento de la muerte.***

- a) El monto de la apertura determina las personas hábiles para suceder al difunto. En este momento los asignatarios deben ser capaces y dignos y tener, en suma, vocación para suceder (art. 962 y 1174)
- b) Es en ese momento en que se produce normalmente la delación de la herencia (art. 956)
- c) En ese momento se determinan los derechos en que ha de sucederse que serán los que el causante tenía al tiempo de su fallecimiento.
- d) Comienza desde ese momento el estado de indivisión y los efectos declarativos del acto de partición se remontarán a ese momento.
- e) Los efectos de la aceptación y repudiación de una herencia o legado de especie o cuerpo cierto se retrotraen al momento de la delación, que será regularmente aquel en que la sucesión se abre.
- f) Rigen la sucesión las leyes vigentes al tiempo de su apertura.

3. Lugar de la apertura de la sucesión: Por regla general la apertura de la sucesión se efectúa en el último domicilio del causante (art. 955). Por domicilio debe entenderse el civil, esto es el relativo a una parte determinada del territorio del Estado (art. 61) que queda fijado por el lugar que el difunto tenía su asiento, o donde ejercía habitualmente su profesión u oficio (art. 62). En el caso del desaparecido, la sucesión se abre en el último domicilio que haya tenido en Chile, pues ese es el juez que tiene competencia para declarar la muerte presunta (art. 81 N° 1).

▪ ***Importancia del lugar de la apertura de la sucesión.***

El lugar de la apertura fija la competencia de los tribunales que deben intervenir en los procedimientos a que da lugar la sucesión por causa de muerte. El último domicilio

determinará la competencia para conocer e intervenir en la dación de la posesión efectiva, en la publicación del testamento, en la facción de inventario de los bienes del causante, en la guarda y aposición de sellos, etc.

Cabe hacer notar que esta competencia es para las sucesiones abiertas en Chile. Si la sucesión se abre en el extranjero, dejando el causante bienes situados en Chile, la posesión efectiva respecto de estos bienes, para los efectos tributarios, deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en el territorio nacional, o en el domicilio del que solicita la posesión efectiva, si aquel no lo hubiera tenido (art. 27 de la Ley 16.271).

El fundamento de la competencia atribuida al juez del último domicilio del causante se justifica para reunir en un solo lugar todas las cuestiones atinentes a la sucesión. Es lógico que el tribunal único sea el del lugar donde la sucesión abre pues allí los bienes y negocios del difunto son, seguramente, más conocidos que en ninguna otra parte.

4. Ley que gobierna la sucesión: La sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salva las excepciones legales (art. 955).

El Código ha estimado conveniente apartarse de la regla del art. 16 que establece que los bienes situados en Chile se rigen por la ley chilena, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile. Sin la regla especial del art. 955, la ley chilena ser habría aplicado, respecto de los bienes situados en Chile, aún cuando la sucesión se hubiera abierto en país extranjero. No sucede así, y salva algunas excepciones, nuestra ley reconoce imperio en Chile a las leyes extranjeras que rigen la sucesión cuando ésta se ha abierto en el extranjero.

En cuanto a la ley que gobierna el Derecho Sucesorio dos son los grandes sistemas que se ofrecen en una opción legislativa: el sistema territorial y el sistema personal.

Según el sistema personal, la sucesión por causa de muerte debe regirse por la ley personal del causante, sea la de su último domicilio, sea la de su nacionalidad. La sucesión es considerada como una forma de continuar la personalidad del causante en los herederos,

y la transmisión de bienes se hace en consideración de la persona o personas de los sucesores, de manera que esta institución está mucho más cerca de la regulación de la familia y de la persona que del Derecho de bienes. El sistema de la ley nacional pretende que éste suministre una regla cierta y no variable como la del domicilio, además de que el Derecho sucesorio y las relaciones de familia tienen estrechos vínculos con la tradición y las costumbres (Italia). La otra variante del sistema personal, que es la aceptada en nuestro Derecho, es la que aplica la ley del último domicilio del causante y que considera que es en su último domicilio donde éste tenía el asiento de sus relaciones familiares y patrimoniales.

Por su parte el sistema territorial que atiende al lugar en que se encuentran situados los bienes del causante trae como consecuencia, en caso de conflictos de leyes, una pluralidad de derechos aplicables, según cuál sea la situación de los diversos bienes de la sucesión (Venezuela, Colombia, Uruguay). Sin embargo, históricamente, muchas de las legislaciones que recogen el sistema territorial aplican la ley territorial a los inmuebles y la ley del domicilio a los muebles, generándose, así, un sistema mixto (Francia, Inglaterra, EEUU, Perú, etc).

▪ ***Excepciones a la regla que somete la sucesión a la ley del último domicilio***

- a) Regla del inc. 2º del art. 15 que declara que los chilenos quedan sometidos a las leyes patrias no obstante su residencia o domicilio en país extranjero, en lo tocante a las obligaciones y derechos que nacen de sus relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos. Como una de las principales consecuencias del parentesco o relaciones de familia es precisamente el derechos a suceder, el chileno queda obligado a observar las leyes sucesorias de este país, pero sólo respecto de sus parientes chilenos. Si el chileno deja únicamente parientes extranjeros, la sucesión se regirá por completo por la ley extranjera.
- b) Regla del art. 998, que se refiere al caso del extranjero que fallece fuera del territorio de la República dejando parientes chilenos. La disposición se refiere indistintamente al extranjero que fallece dentro o fuera del territorio de la

República, pero resulta lógico que adquiere importancia únicamente cuando fallece fuera de Chile, pues si fallece teniendo su último domicilio en Chile la sucesión se regirá igualmente por la ley chilena. En suma, si la sucesión del extranjero se abre en el extranjero, los chilenos llamados a suceder abintestato al difunto podrán reclamar los derechos que la ley chilena les conceda en razón de tales asignaciones. Cabe hacer notar que la disposición se aplica únicamente para el caso que el extranjero deja parientes chilenos y tratándose de una sucesión intestada. Surge, entonces, la pregunta de qué sucede si el extranjero otorga testamento burlando las asignaciones forzosas de los parientes chilenos. Algunos sostienen que en tal caso los chilenos podrían ejercer la acción de reforma de testamento. Pero ¿cómo se ejercitaría esta acción si la sucesión se rige por una ley extranjera que la ignora y establece un régimen de completa libertad de testar?

En verdad, como la ley chilena no puede obligar fuera de Chile se ha consagrado también un mecanismo que permite a los sucesores chilenos hacer valer sus derechos. Sobre los bienes que el causante haya dejado en Chile, se pagarán de preferencia hasta enterar sus derechos o hasta abarcar todos los bienes situados en el país si esos derechos son mayores en monto a los que alcanzan tales bienes.

□ **LA DELACIÓN DE LAS ASIGNACIONES.**

La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla (art. 956 inc. 1°)

Mediante la delación se llama al heredero o legatario a aceptar o repudiar la asignación. La delación no atribuye la calidad de heredero o legatario, sino que únicamente constituye una oferta a favor del asignatario para que acepte o repudie, naciendo en su patrimonio el derecho de opción. Es por esto que si el asignatario fallece antes de aceptar o repudiar la herencia o legado, no transmite la asignación misma, sino la opción. Este es el llamado derecho de transmisión que veremos seguidamente.

En cuanto al momento en que opera la delación, la norma del inc. 2° del art. 956

señala que la herencia o legado se defiere al heredero o legatario al momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente.

En consecuencia, salva la asignación sujeta a condición suspensiva, la delación se produce en el mismo momento de la apertura de la sucesión. Tratándose de una asignación condicional, la delación se producirá al momento de cumplirse la condición, pero si la condición suspensiva es meramente potestativa que depende de la sola voluntad del asignatario, y consiste en no ejecutar un hecho, la delación se produce conforme a la regla general; al momento de la muerte del causante, debiendo el asignatario prestar caución suficiente de restituir la cosa asignada con sus accesorios y frutos en caso de cumplirse la condición (art. 956 inc. 3° en armonía con los arts. 1479 y 1078).

Si la asignación está sujeta a condición resolutoria, la delación sigue la regla general, pues la condición resolutoria no suspende la adquisición del derecho.

□ **CONDICIONES REQUERIDAS PARA SUCEDER**

Para suceder a una persona se exigen dos clases de condiciones: subjetivas y objetivas.

Las condiciones subjetivas dicen relación con la persona del asignatario, y son la capacidad, la dignidad y la determinación del asignatario.

Las condiciones objetivas dicen relación con el objeto de la asignación y se refieren a la determinación de la asignación, ya sea en especie o en género. Sobre las condiciones objetivas volveremos al estudiar la sucesión testada.

A. Capacidad para suceder

Es la aptitud legal de una persona para suceder a otra. No se trata de una capacidad de ejercicio, sino de las condiciones requeridas para llegar a ser sucesor del causante.

La capacidad es la regla general y la incapacidad es la excepción (art. 961). Por lo mismo, la incapacidad debe ser interpretada restrictivamente y el que la alegue debe probarla.

El Fisco siempre es capaz de suceder.

Las reglas sobre la capacidad se aplican a la sucesión testada como a la intestada, aunque para la primera hay reglas especiales que no se aplican a la sucesión ab intestato.

La capacidad de que aquí se trata es para suceder o recibir alguna asignación y no para aceptar o repudiar una herencia o legado, pues para ello hay reglas especiales (en principio, sólo las personas que tienen la libre disposición de sus bienes pueden aceptar o repudiar por sí mismo, sin el ministerio o autorización de otro)

La capacidad se rige por la ley vigente al momento de la apertura de la sucesión y debe reglarse por la ley del último domicilio del causante.

▪ ***Incapacidades:***

Las incapacidades para suceder a una persona pueden ser absolutas o relativas, según impidan recibir cualquier asignación o solamente las que provengan de cierto y determinado causante.

Son incapacidades absolutas las siguientes:

a) *La de quienes no existen al tiempo de abrirse la sucesión* (art. 962 inc. 1º). Lo que la ley exige es que el sucesor tenga existencia, al menos natural, al tiempo de abrirse la sucesión y para determinar dicha existencia debe aplicarse la regla del art. 76. En consecuencia, para ser sucesor bastará con que la criatura esté concebida y que su nacimiento llegue a producirse, constituyendo un principio de existencia. Es por ello que quien ha premuerto al causante no puede sucederle. La institución de la representación, por la cual heredan los descendientes del premuerto no es una excepción a esta regla, sino una alteración al principio de la prioridad del grado, según veremos más adelante.

Existen algunas excepciones a la regla del art. 962 inc. 1º. que sólo pueden darse en la sucesión testada.

i) Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, el asignatario deberá existir también al momento de cumplirse la condición, esto es, al momento de deferirse la herencia o legado (delación diferida). En

consecuencia, la ley aquí es más exigente, por cuanto el sucesor debe existir en dos momentos: al momento de la apertura y al momento de la delación. Mientras la condición no se cumpla, el asignatario condicional solo tiene derecho a impetrar medidas conservativas. Por ese motivo, si el asignatario fallece antes de cumplirse la condición no transmitirá derecho alguno a sus herederos (art. 1078). Cabe hacer notar que esta regla es diversa a lo que ocurre en las obligaciones entre vivos contraídas bajo condición suspensiva, pues conforme al art. 1492, el derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición se transmite a sus herederos; y lo mismo sucede con la obligación del deudor.

- ii) Las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidará por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los 10 años subsiguientes a la apertura de la sucesión (art. 962 inc. 3°). Por ejemplo, dejo \$500.000 al primer hijo de mi hermana Catalina. ¿Qué sucede si el testador dispone una asignación en favor de los hijos que nazcan de su hermana Catalina? ¿habrá que esperar el transcurso íntegro de los 10 años para determinar quiénes reciben la asignación, o el primer hijo que llegue a nacer en ese plazo lleva toda la asignación?. Aunque no existe regla que lo precise, parece lógico aplicar el mismo principio que se contiene en el art. 746 para el fideicomiso, y en este caso, la asignación se entregará al primero que nazca y los demás entrarán en el goce a medida que vayan existiendo siempre que ello ocurra antes de la expiración de los 10 años.
- iii) Si se deja una asignación ofrecida en premio a los que presten un servicio importante, vale la asignación aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador, siempre que se cumpla antes de los 120 años subsiguientes a la apertura de la sucesión. (art. 962 inc. final). La doctrina nacional exige que dentro del plazo de 10 años

exista la persona que presta el servicio y además que el servicio mismo se preste dentro de ese plazo.

- iv) Finalmente, el art. 962 inc. 1° pareciera establecer otra excepción que no es tal. En efecto, luego de señalar que para suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, agrega “salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el art. 957, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado”. Decimos que no se trata en verdad de una excepción, toda vez que el transmitido es el heredero del transmisor y como tal debe existir al tiempo del fallecimiento de este último y no al del primer causante.

b) *Incapacidad por falta de personalidad jurídica al tiempo de abrirse la sucesión* (art. 963). Sólo puede referirse a la sucesión testada, pues la ley, con excepción del Fisco, sólo llama a suceder a los parientes del causante (personas naturales).

La misma disposición contempla una excepción al señalar que puede disponerse de una asignación para que se cree una corporación o establecimiento y obtenida la respectiva personalidad jurídica, valdrá la asignación. Para precisar el ámbito de aplicación de esta norma debemos distinguir diversas hipótesis. Puede el testador disponer a favor de una persona capaz, para que ésta haga entrega de la asignación de una futura persona jurídica. En este caso, estamos en presencia de una asignación modal, y por lo mismo, quien debe ser capaz es el designado y no la persona futura a quien la asignación va a beneficiar. Pero el testador puede también dejar la asignación a una personas que no existe y a la cual espera dar vida mediante la asignación. Esta es la situación que contempla el art. 963 inc. 2°.

Se ha presentado el problema de la capacidad de las personas jurídicas extranjeras para recibir una asignación en Chile. Respecto de las personas jurídicas extranjeras de derecho público nadie discute su plena capacidad para suceder en los bienes dejados en Chile. La discusión se centra en las personas jurídicas extranjeras de derecho privado. Algunos sostienen que no hay más personas jurídicas que aquellas que han sido

reconocidas como tales por el Estado chileno. Tal es la opinión de don Arturo Alessandri. Otros, como Luis Claro Solar, sostienen que así como las personas físicas tienen existencia fuera del país de su nacionalidad, lo mismo sucede con las personas morales.

Son incapacidades relativas las siguientes:

a) *Son incapaces las personas condenadas por el crimen de dañado ayuntamiento que no hubieren contraído con el sucesor un matrimonio que produzca efectos civiles* (art. 964). Lo mismo se aplica a la persona que antes de deferirse la herencia o legado hubiere sido acusada de dicho crimen, si se siguiere condena judicial. El legislador no define que se entiende por crimen de dañado ayuntamiento, pero el art. 36 del CC. decía (sustituido en 1935 por la Ley N° 5.750 y hoy nuevamente reemplazado por la Ley 19.585) que son hijos de dañado ayuntamiento los adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Cabe hacer notar que esta incapacidad es inaplicable en la especie, toda vez que en la actualidad no existe el delito de dañado ayuntamiento, al igual que el de adulterio, pues se han derogado los artículos 375 y 381 del código Penal. En consecuencia, la condena del art. 964 y la acusación del inc. 2° de dicha norma hoy ya no existe.

b) *Incapacidad del eclesiástico confesor* (art. 965). Esta incapacidad tiene escasa aplicación en nuestros días. Para que se aplique esta incapacidad es menester que se haya dispuesto de alguna asignación a favor del confesor o de las demás personas naturales o jurídicas mencionadas en dicha norma, por el testamento otorgado durante la última enfermedad del causante. Su fundamento se encuentra en la necesidad de cautelar la libertad de disposición, evitando la posible influencia que el confesor pudiera ejercer sobre el testador.

c) *Incapacidad del notario que autoriza el testamento y de los testigos que concurren a él* (art. 1061). Esta incapacidad tiene un fundamento similar al del eclesiástico confesor.

• ***Efectos de la asignación a favor de un incapaz:***

La asignación hecha a favor de una persona incapaz adolece de nulidad absoluta (art. 966) por objeto ilícito. La nulidad es parcial, en el sentido de que afecta únicamente a dicha asignación y no al resto del acto testamentario. Pero tan drástica es la sanción que el art. 966 impide expresamente todo intento del testador de hacer pasar la asignación al incapaz por medio de alguna simulación de reconocimiento de deuda o la interposición de persona. Son aplicaciones de este principio los arts. 1062, 1133 y 1314 del CC.

Los titulares de la acción de nulidad son todas aquellas personas que tienen algún interés económico subordinado a la declaración de nulidad (art. 1683). Por ejemplo, los herederos abintestato, los herederos universales gravados con un legado a favor del incapaz, los herederos del remanente para recibir la asignación hecha a favor del incapaz, los coasignatarios conjuntos para que opere el derecho de acrecimiento, el sustituto del incapaz, etc.

La nulidad debe alegarse por vía de acción y los deudores hereditarios y testamentarios no pueden oponer la excepción de incapacidad (art. 978).

Como la asignación es nula, la incapacidad pasa contra terceros poseedores. Así, pues, la nulidad judicialmente declarada da acción contra los terceros, salvo las excepciones legales.

Si bien los incapaces no pueden adquirir la asignación por sucesión por causa de muerte, pueden adquirir la herencia o legado por prescripción extraordinaria de 10 años, siempre que tengan personalidad natural o jurídica (art. 967). En este caso, el asignatario no está actuando como tal sino como cualquier extraño que adquiere una cosa por prescripción y que está en posesión de la cosa, aunque su posesión será siempre irregular pues le falta la buena fe.

B. Dignidad para suceder.

La dignidad es el mérito para suceder. Así, pues, la indignidad es una anomalía de la vocación sucesoria fundada en el demérito del sucesor, sea por haber faltado a los deberes que tenía con el causante y durante la vida de éste; sea por faltar a los deberes que el respeto a la memoria del causante le imponía.

No hay que confundir incapacidad con indignidad para suceder. Los incapaces no tienen vocación sucesoria y, si es absoluta, para ninguna sucesión; la indignidad en cambio no impide la vocación sucesoria y sólo produce efectos respecto de determinada sucesión.

La exclusión del asignatario indigno es una sanción impuesta por el derecho civil, sin perjuicio de que en algunos casos queden bajo el imperio de la ley penal. Como se trata de una sanción civil, es posible la rehabilitación del indigno.

La regla general es la dignidad. La excepción es la indignidad. Por lo mismo, las causales de indignidad son taxativas, de derecho estricto y deben ser interpretadas restrictivamente.

La indignidad cabe sólo respecto de la vocación sucesoria de las personas naturales.

La indignidad se aplica tanto a la sucesión testada como a la intestada.

- ***Causales de indignidad***

a) Indignidad por homicidio (art. 968 N° 1). El precepto no exige que el sucesor haya sido condenado como requisito previo al juicio de indignidad. Sin embargo, no puede existir crimen sin una sentencia que así lo sancione expedida por el juez competente. Si la sentencia condenatoria no se llega a expedir, la indignidad no tiene cabida. La amnistía, que hace desaparecer la pena y sus efectos, no hace desaparecer los efectos civiles del delito. Asimismo, el indulto no impide la indignidad.

b) Indignidad por atentado grave contra la vida, honor o bienes del causante (art. 968 N° 2). Se necesitan dos sentencias. Una que castigue el atentado grave y otra del juez civil que en virtud de la primera y sólo por este medio de prueba declare la indignidad. Atentado contra la vida podrá ser el delito de homicidio, lesiones graves, en cualquier estado. El adulterio (civil), la calumnia, el incesto son atentados contra el honor. El robo, la defraudación, atentados contra los bienes.

c) Indignidad por falta de socorros (art. 968 N° 3). A pesar de que la obligación alimenticia se extiende sólo hasta los hermanos (art. 321), el legislador estima que los

demás parientes consanguíneos hasta el sexto grado tienen la obligación moral de socorrerse, cuando uno de ellos se encuentre en estado de destitución o pobreza.

d) Indignidad por causa de fuerza o dolo para obtener alguna disposición testamentaria del difunto o impedirle testar (art. 968 N° 4). Si ha existido fuerza, el testamento es nulo íntegramente (art. 1009). Si ha habido dolo, la nulidad afecta únicamente a la asignación que ha sido fruto del engaño. En consecuencia, la nulidad del testamento o de la asignación dará lugar a la aplicación de las reglas de la sucesión intestada, de manera que a primera vista la indignidad parece injustificada. Sin embargo, ella se justifica plenamente para el caso en que aplicando las reglas de la sucesión intestada, el autor de la fuerza o del dolo llegan a suceder.

e) Indignidad por haber detenido u ocultado dolosamente un testamento del difunto (art. 968 N° 5). Es uno de los pocos casos en que el legislador presume el dolo, pero se trata de una presunción simplemente legal. Se supone que se trata del último testamento del causante, pues la indignidad se da porque el autor de la detención u ocultación pretende que sean las reglas de la sucesión intestada las que gobiernen la sucesión del difunto.

f) Indignidad por omitir acusación de homicidio (art. 969 inc. 1°). Pero la misma disposición consagra el derecho al silencio cuando el homicida es alguna de las personas ligadas al asignatario por matrimonio o por vínculo de consanguinidad o afinidad que el precepto establece. En este caso, el asignatario queda relevado de la obligación de acusar y por ende desaparece la indignidad.

g) Indignidad del que no pide el nombramiento de guardador (art. 970). La obligación que impone el artículo mira al resguardo de los bienes de la persona cuya sucesión se trata.

h) Indignidad del que se excusa de la guarda sin causa legítima (art. 971). La indignidad no alcanza a privar al indigno de la asignación forzosa si el nombrado es un

asignatario forzoso. Comprende el precepto a los guardadores testamentarios y a los albaceas. También se aplica al partidor designado por el testador (art. 1327).

- i) El albacea que por dolo fue removido judicialmente de su cargo (art. 1300)
- j) El partidor que hubiere sido declarado prevaricador por el juez competente (art. 1329)
- k) Incapacidad del que promete al difunto hacer pasar los bienes a un incapaz (art. 972). Se trata de una causal de indignidad con un fundamento diverso a las restantes. En efecto, en este caso el indigno no realiza acto alguno ofensivo contra la persona del testador. Por el contrario, se somete a su voluntad. Lo que sucede es que sin la indignidad la ley resultaría violada. Para que esta causal tenga cabida es necesario que el indigno haya procedido a sabiendas de la incapacidad.
- l) Casos especiales de indignidades señaladas por los artículos 114 (el menor de 18 años que se casó sin obtener el consentimiento respectivo), art. 127 (prohibición de segundas nupcias) y art. 219 (los que intervinieron en el fraude de falso parto o de suplantación de hijo, en el caso de la impugnación de la maternidad)

- ***Efectos de la indignidad***

A diferencia de la incapacidad, los efectos de la indignidad no se producen de pleno derecho. Cuando un asignatario es incapaz, contra él se intentará derechamente la acción de petición de herencia o la reivindicación. Cuando el asignatario es indigno, es necesario que previamente se declare la indignidad por sentencia judicial para que éste quede fuera de la sucesión (art. 974).

La sentencia que declara la indignidad puede ser a instancia de una demanda interpuesta en contra del indigno o bien como consecuencia de una excepción opuesta al indigno, cuando éste acciona en contra de quien entró en posesión de los bienes de la

sucesión.

El Código no ha individualizado a las personas a quienes se autoriza a solicitar la exclusión del indigno. Sin embargo, en virtud del principio general de que no hay acción sin interés, se estima que estarían facultados quienes obtengan con la exclusión del indigno una inmediata utilidad o llamamiento, es decir, toda persona que como consecuencia de la exclusión sea llamada a recoger la asignación o a incrementar la suya. Se incluyen dentro de estos, los cesionarios de alguno de los herederos, ya que en virtud del art. 1910, el cesionario goza del derecho de acrecer que tenía su cedente. Más discutible es la situación de los acreedores, quienes en el ejercicio de la acción subrogatoria, podrían ejercer la acción que tiene el deudor para excluir al indigno y aumentar así, la cuantía de la asignación del deudor, o que éste sea el sucesor en lugar del indigno (aumentar el derecho de prenda general). Entre nosotros, la mayoría de los autores se pronuncian por la afirmativa, aunque ello resulta dudoso pues la acción subrogatoria sólo se permite en los casos expresamente señalados por la ley.

No se encuentran dentro de los interesados en la exclusión del indigno los deudores hereditarios y testamentarios (art. 978).

El sujeto pasivo de la acción de indignidad es el indigno. Si éste fallece durante el juicio, se seguirá el proceso contra sus herederos y si fallece antes de iniciarse el juicio, se intentará contra los herederos del indigno (art. 977). Esto se traduce en que la indignidad pasa a los herederos, pero se aplica sólo a los herederos y no a los legatarios, ya que es el heredero quien representa al indigno y no el legatario. Además, esta norma hace excepción al art. 717, toda vez que la posesión que tenía el indigno pasa a sus herederos con el mismo vicio de indignidad, con la misma mala fe del instituido por el causante.

Cabe precisar que la acción que puede ser ejercida contra los herederos es la acción de indignidad, pero si ella requiere un juicio previo que establezca la causal, esa acción sólo puede dirigirse contra el indigno. Así, por ejemplo, si la sentencia en el juicio penal por alguna de las causales de los N°s 1 o 2 del art. 968 no se logró dictar en vida del indigno, no hay posibilidad de un juicio de indignidad.

Es importante tener presente que ciertos herederos del indigno no están sujetos a lo

que dispone el art. 977, y son los que llegado el caso de la exclusión del indigno, heredan al primer causante por derecho de representación (art. 984). Aplicación práctica de lo que se trata son los artículos 1183 y 1190. En la sucesión intestada, la asignación de la legítima pasa a los descendientes del indigno; pero sin el vicio de indignidad a que alude el art. 977. En esta sucesión la incapacidad, la indignidad, la desheredación y la repudiación del llamado por la ley no afecta al representante, ya que el representante saca sus derechos directamente del causante y no a través del representado.

Como complemento a la pérdida de la asignación, el art. 243 N° 3 dispone que si el hijo al que pasa la asignación se encuentra bajo la patria potestad del padre indigno, tal asignación se excluye del derecho legal de goce. Pero el padre indigno, si se da el caso, no queda privado de suceder a su hijo, aunque el patrimonio de su hijo esté formado exclusivamente por los bienes que pasaron a su patrimonio por indignidad del padre. Ello por cuanto la indignidad es relativa a una persona o a una cosa y la exclusión de una sucesión no puede alcanzar a otra.

La sentencia dictada contra el indigno, o contra sus herederos, es declarativa, y por ende opera con efecto retroactivo desde la delación de la asignación. En suma, el indigno es considerado como si nunca hubiere sido heredero o legatario y debe restituir la herencia o legado con sus accesorios y frutos (art. 974).

En principio, el indigno pierde la asignación forzosa que le pudiera corresponder; pero en ciertos casos no alcanza al total de la legítima, como es en la situación prevista en el art. 114. Sin embargo, en las situaciones previstas en los arts. 971, 1277 y 1327, la indignidad no afecta a la legítima.

En cuanto a los alimentos legales, el art. 979 estipula que la incapacidad o indignidad no priva al heredero o legatario excluido de los alimentos que la ley le señale, salvo en los casos del art. 968. La jurisprudencia ha resuelto que los casos de indignidad tratados por el art. 968 son constitutivos de injuria atroz en relación a la persona de cuya sucesión se trata (art. 324 inc. final).

La indignidad no pasa contra terceros de buena fe (art. 976). A estos no les alcanza la declaración de indignidad. De consecuencia, si el indigno ha enajenado bienes de los

comprendidos en la asignación, el tercero adquirente queda a salvo de cualquier acción reivindicatoria que se intente en su contra.

- ***Extinción de la indignidad.***

La indignidad desaparece por dos causas: por la rehabilitación del indigno (perdón del ofendido) y por la caducidad de la acción.

a) La rehabilitación: Art. 973. El Código parte de la base que la indignidad es una pena o sanción privada de la incumbencia del causante de la sucesión. En consecuencia, permite la rehabilitación mediante el perdón que hace la persona ofendida y de cuya sucesión se trata. El perdón puede ser expreso o tácito, aunque la norma sólo trata del tácito. Este se presenta cuando el ofendido ha otorgado testamento con posterioridad a los hechos que constituyen la indignidad, instituyendo al ofensor como su heredero o legatario. Presume de derecho la rehabilitación por el acto testamentario posterior, sin que pueda alegarse que el testador no tenía conocimiento de los hechos.

La rehabilitación será expresa si mediante otro instrumento público el causante perdona al ofensor, aún cuando no instituya al indigno como heredero o legatario. Esta forma de rehabilitación puede tener importancia si el testamento queda sin efecto y deban aplicarse las reglas de la sucesión intestada.

La rehabilitación es irrevocable, aún cuando el testamento sea revocado (art. 973)

b) Caducidad de la acción: Art. 975. No se purga por la prescripción adquisitiva de la herencia o legado, sino por la caducidad de la acción de los interesados en la exclusión. Siendo un plazo de caducidad, no admite interrupción o suspensión y basta su ejercicio dentro del plazo referido.

El plazo se cuenta desde que el indigno ha tomado posesión de la herencia o legado. Tratándose de la herencia, la posesión legal se adquiere cuando ésta es deferida. En el caso del legado, el legatario tendrá la posesión desde que reúna el hábeas y el animus.

- ***Paralelo entre la incapacidad y la indignidad***

- a. La *incapacidad* impide adquirir un derecho hereditario (el incapaz no tiene vocación sucesoral) ; la *indignidad* impide conservarlo.
- b. La *incapacidad* puede ser absoluta o relativa; la *indignidad* es siempre relativa y se refiere a una determinada sucesión.
- c. La *incapacidad* se funda en consideraciones de orden público y opera de pleno derecho; la *indignidad* mira el interés particular y debe ser declarada judicialmente.
- d. La *incapacidad* pasa contra terceros. El incapaz nada transmite porque nada tiene; la *indignidad* pasa a los herederos y no pasa a los terceros de buena fe.
- e. La *incapacidad* se purga por la prescripción adquisitiva extraordinaria de la asignación; la *indignidad* se purga por rehabilitación o por la caducidad de la acción.
- f. La *incapacidad* no priva del derecho de alimentos; las *indignidades* del art. 968 privan de todo derecho de alimentos.

□ EL DERECHO DE TRANSMISIÓN.

Deferida la asignación, nace para el asignatario el derecho de aceptarla o repudiarla.

Tres situaciones diferentes pueden plantearse:

- a. El asignatario acepta la asignación y luego fallece: en este caso, el asignatario transmite a sus herederos la asignación que, en virtud de la aceptación, ingresó definitivamente a su patrimonio.
- b. El asignatario repudia la herencia o legado antes de morir: En este caso, cuando el asignatario fallece nada transmite a sus herederos porque, como consecuencia de la repudiación, se supone que nunca tuvo derecho alguno.
- c. El asignatario fallece sin haber expresado su voluntad de aceptar o repudiar la asignación: El asignatario transmite a sus herederos la facultad de aceptar o

repudiar la herencia del primer causante y tiene lugar el derecho de transmisión (art. 957).

El Código reglamenta el derecho de transmisión entre las reglas generales aplicables a toda sucesión, de manera que puede darse con respecto a todo asignatario, sea heredero o legatario y trátase de una sucesión testada o intestada.

El derecho de transmisión puede definirse como la facultad que tiene el heredero que acepta la herencia, de aceptar o repudiar la herencia o legado que se defirió a su causante fallecido sin haber aceptado o repudiado.

El derecho de transmisión constituye aplicación de los principios generales que gobiernan la sucesión pro causa de muerte. El causante tenía la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado que se le defirió. El heredero le sucede en todos sus derechos y obligaciones transmisibles y, entre ellos, el derecho que tenía el causante de aceptar o repudiar la asignación (derecho de opción). Luego, el transmitido sucederá al primer causante no por derecho propio, sino por el derecho que le viene del transmitente o transmisor.

- ***Personas que intervienen en el derecho de transmisión:***

- a. El primer causante que deja la herencia o legado que no se aceptó o repudió
- b. El transmitente o transmisor que, después de deferida la herencia o legado, fallece sin haber expresado si aceptaba o repudiaba y
- c. El transmitido que, habiendo aceptado la herencia del transmitente o transmisor, adquiere el derecho de aceptar o repudiar la herencia o legado dejado por el primer causante.

- ***Requisitos o condiciones que debe reunirse para que opere el derecho de transmisión.***

- a. El transmitente debe ser capaz de suceder al primer causante. Si no lo fuere, no se habría verificado en su favor la delación de la herencia o legado.
- b. El transmitido debe ser, a su vez, capaz de suceder al transmitente, de otro modo no adquiriría la herencia y por lo mismo tampoco el derecho de opción.
- c. El transmitente puede ser heredero o legatario del primer causante, pero el transmitido debe ser heredero del transmitente, bien sea testamentario o abintestato. Es precisamente esta condición la que le permite adquirir la totalidad del patrimonio del transmitente en el que se incluye el derecho de opción. Cuando son varios los herederos unos pueden querer aceptar y otros repudiar la asignación sobre la cual tienen todos el derecho de opción. El art. 1228 inc. 2º permite que cada heredero pueda adoptar una decisión diferente. La porción repudiada acrecerá, si procede, a los otros herederos que junto con el transmitente tenían derecho a la sucesión o asignación de que se trate.
- d. El transmitido debe aceptar la herencia del transmitente.
- e. Es necesario que los derechos del transmitente a la herencia o legado del primer causante no hayan prescrito.

C) **EL DERECHO REAL DE HERENCIA.**

□ **CONCEPTO Y CARACTERES.**

La herencia designa la masa en que se sucede al causante, el patrimonio del causante. Pero también se designa por herencia al derecho a esa universalidad y, desde este punto de vista subjetivo, se habla del derecho de herencia que el Código coloca entre los derechos reales (art. 577). La idea del derecho real de herencia va íntimamente ligada con el de sucesión. No se trata de la sucesión e el dominio de cada especie del causante, sino del derecho que se tiene al todo, a la universalidad, en la cual se comprende todo lo

que era del causante, activo y pasivo. No es un derecho sobre las cosas del causante como tal, pues sobre ellas el sucesor tomará, por sucesión, el dominio, si lo tenía el causante.

Si son varios los herederos, a la muerte del causante, cada cual tendrá un derecho propio, el de herencia, y un derecho cuotativo sobre la universalidad. Será tan sólo con la adjudicación que su derecho sobre la universalidad se radicará en bienes determinados y se podrá decir que el heredero es dueño de los bienes que le han cabido.

La demostración de la diferencia entre el dominio sobre cada cosa singular y el derecho real de herencia está, desde luego, en la mención que de cada cual hace el art. 577, pero además en el establecimiento de acciones reales diferentes con respecto a cada derecho. Para el que sostenga ser heredero y tener derecho en la herencia se establece la acción de petición de herencia; acción real que se ejerce sobre la universalidad (art. 1264). Para el dominio, se conserva la acción reivindicatoria, cuando otro está poseyendo sin derecho alguna especie que compone la universalidad. En consecuencia,. Un tercero puede adquirir por prescripción una o más especies de la herencia y nos por ello deja de subsistir el derecho real de herencia. Esta se refiere al conjunto y no a bienes aislados. El titular de la herencia podrá hacer uso indistintamente de la acción reivindicatoria y de la petición de herencia, pues ambas se refieren a objetos diversos. Por la primera se persigue la universalidad o la cuota que corresponda y por la segunda bienes determinados.

El derecho de herencia es, pues, un derecho real y como tal absoluto, que genera una acción oponible erga omnes; la acción de petición de herencia fundada en la calidad de heredero.

El derecho de herencia se ejerce sobre una universalidad sin respecto a determinada persona y con independencia de los bienes determinados que la componen.

El derecho real de herencia tiene una vida efímera. Radicado definitivamente el dominio en cada uno de los sucesores universales sobre especies determinadas, desaparece la herencia y queda solamente el derecho de dominio sobre las especies adjudicadas a cada heredero. Ello en virtud del efecto declarativo y retroactivo de la partición (art. 1344).

□ **MODOS DE ADQUIRIR EL DERECHO REAL DE HERENCIA**

La herencia se puede adquirir de tres maneras:

1. Por sucesión por causa de muerte.
2. Por la tradición
3. Por la prescripción adquisitiva.

1. ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE HERENCIA POR SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.

Por el fallecimiento del causante se abre la sucesión, se produce el llamamiento o delación a los sucesores y aceptando éstos adquieren el derecho de herencia. Si existe un solo heredero, adquirirá éste el derecho de herencia y también, al mismo tiempo, el dominio de los bienes que eran del causante.

El hecho de que la herencia deba aceptarse o repudiarse no significa que la aceptación haga nacer el derecho real de herencia. El heredero que acepta expresa su intención de permanecer heredero. En otros términos, la aceptación consolida la adquisición verificada por el ministerio de la ley y la hace definitiva e irrevocable.

- ***La posesión de la herencia.***

La herencia es susceptible de posesión. No se trata aquí de la posesión de cada uno de los bienes que componen la universalidad, sino de la posesión de la herencia misma.

Conforme a nuestro tratamiento legislativo, es posible distinguir tres tipos de posesión de la herencia.

a) *Posección legal:* Es la que adquiere el heredero por el sólo ministerio de la ley, desde el momento en que le es deferida, esto es desde el momento del fallecimiento del causante, aunque él lo ignore (art. 688 inc. 1º y 722). Corresponde al verdadero heredero universal y no al falso o putativo. Se trata de una posesión singularísima desde que es posible que el heredero no tenga el corpus y carezca del animus (pues puede ignorar que la herencia se le ha deferido) Los efectos que produce son los siguientes: i) el heredero puede tomar posesión material de los bienes heredados; ii) puede ejercitar toda clase de acciones

posesorias para su defensa; y iii) si se repudia, se reputa no haber existido jamás. No obstante lo anterior, esta posesión legal está muy debilitada en nuestro derecho, toda vez que no permite al heredero disponer de los bienes hereditarios, ni aún de los muebles, mientras no se practique la inscripción del decreto que le concede la posesión efectiva de la herencia, bajo apercibimiento de sanciones pecuniarias si ello no ocurre dentro de determinado plazo.

b) *Posesión real o material:* Es la que tiene aquel que se presenta ejecutando actos de heredero, aceptando la herencia, vendiendo bienes hereditarios, cobrando créditos, etc. Es indispensable que se invoque la calidad de heredero, porque en caso contrario sólo sería mero tenedor. Si la posesión real es ejercida por quien no es poseedor legal de la herencia, es decir por quien no es heredero, podrá no obstante adquirir el dominio de ella por prescripción adquisitiva de 10 años.

c) *Posesión efectiva:* Es la que concede el juez a quien reviste la apariencia de heredero. Si bien, como se ha dicho, es una institución de carácter procesal, tiene no obstante importantes efectos civiles.

La gestión de posesión efectiva de la herencia es una actuación judicial no contenciosa que tiene por objeto la dictación de una sentencia judicial, que se denomina auto de posesión efectiva, y que reconoce la calidad de heredero, lo que acarrea los importantes efectos civiles que a continuación detallaremos. El auto de posesión efectiva es, pues, la sentencia judicial que reconoce que una o más personas tienen la apariencia de herederos de un causante. Este reconocimiento, como se dirá a continuación, habilita a aquel en cuyo favor se dicta, a adquirir algunos derechos respecto de los bienes que integran la herencia y a realizar algunos actos relativos a ellos. De ese modo, resulta un trámite necesario para alcanzar los fines que más adelante se indican.

De lo anterior, se desprende que para adquirir la posesión efectiva de la herencia de

un causante se requiere sentencia judicial, aunque dicha sentencia no confiere de manera incontrovertible la calidad de heredero al solicitante, sino únicamente lo supone heredero; cuestión que tiene importancia jurídica en su relación con terceros.⁴ La posesión efectiva constituye, pues, una presunción de heredero a favor de quien la exhibe, pero deja a salvo los derechos del verdadero heredero.

La posesión efectiva permite alcanzar fines sociales queridos por el legislador y produce los efectos jurídicos acordes especialmente en la relación del presunto heredero con los terceros. Esto se manifiesta en los siguientes aspectos:

- Constatación oficial, al menos en grado de apariencia, acerca de quien o quienes son los herederos. Este objetivo permite determinar entre quienes deberán distribuirse los bienes de la herencia, quienes son los obligados al pago de deudas hereditarias y testamentarias, a quien se puede efectuar válidamente el pago⁵ y quienes pueden ejercitar los derechos que, antes de su muerte, correspondían al causante.
- Constatación oficial acerca de cuales son los bienes que conforman la herencia del causante.
- Como fin social, sirve para conservar la historia de las propiedades que operan por medio de registros, como ocurre con los bienes raíces, los automóviles y la participación en sociedades. Ello, por cuanto el auto de posesión efectiva debe inscribirse en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Así, puede decirse que la posesión efectiva cumple una función de dar certeza o seguridad en el registro de la propiedad, de modo que esta se haga con título aparente suficiente. Para asegurar

⁴ La afirmación de que la posesión efectiva no confiere de un modo definitivo e incontrovertible la calidad de heredero se desprende de algunas normas legales. Así, por ejemplo, el artículo 887 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que se dará la posesión efectiva de una herencia testamentaria a la persona que presente un testamento aparentemente válido en que se le instituya heredero; el artículo 704 inciso final del Código Civil, que se refiere al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva; y el artículo 1269 del mismo texto legal, en virtud del cual el heredero aparente que está en posesión efectiva de la herencia adquiere ésta por prescripción de 5 años.

⁵ En efecto, como la posesión efectiva otorga un título aparente de heredero, si un deudor del causante paga de buena fe al heredero a quien se le ha otorgado la posesión efectiva y después resulta que éste no lo era realmente, el pago igualmente es válido.

este fin social, el ordenamiento dispone este requisito como necesario para la circulación de la propiedad raíz, estableciendo que sin esta inscripción previa, los herederos no pueden disponer de los bienes hereditarios (art. 688).

- Desde el punto de vista de la consolidación de los derechos, la posesión efectiva da origen a una prescripción adquisitiva más breve para adquirir el derecho real de herencia. En efecto, el término corriente para adquirir por prescripción la herencia es de 10 años. En cambio el heredero a quien se le ha conferido la posesión efectiva adquiere la herencia en un plazo de 5 años.
- La posesión efectiva sirve también para asegurar el pago de los tributos que genera el traspaso hereditario. En efecto, dispone la ley que la certificación del monto del impuesto de herencia constituye un trámite al interior de la dación de la posesión efectiva de la herencia. De conformidad al artículo 54 de la Ley 16.271, el heredero no puede disponer de los bienes hereditarios mientras no pague o asegure el pago del impuesto que grava la asignación testamentaria.

- ***Requisitos necesarios para que el heredero pueda disponer de los bienes heredados.***

Hay que distinguir:

- a. Bienes Muebles: De acuerdo con la Ley N° 16.271 (art. 25) es necesaria la inscripción del decreto que concede la posesión efectiva.
- b. Bienes inmuebles: Para que los herederos puedan disponer de un inmueble hereditario, es necesario que obtengan la posesión efectiva de la herencia y practiquen las inscripciones que señala el artículo 688.

Estas son:

- i. *La posesión efectiva de la herencia y el testamento*, en su caso. (se inscribe en el Registro de Propiedad del Conservador del lugar en que el auto de posesión efectiva fue pronunciado).
- ii. *La inscripción especial de herencia*. Consiste en inscribir los inmuebles de la sucesión a nombre de todos los herederos y se practica en el Registro de Propiedad del Conservador donde se

encuentren ubicados los inmuebles. Con esta inscripción, pueden los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios.

- iii. *El acto de partición o adjudicación.* Por la cual cada inmueble queda ahora inscrito a nombre del respectivo heredero adjudicatario con cargo a su hijuela, y puede disponer libremente de él.

Estas inscripciones tienen por objeto conservar la historia de la propiedad raíz y no constituyen tradición pese a estar ubicadas en el párrafo titulado de las otras especies de tradición.

- *Sanción por la omisión de las inscripciones del Art. 688:*

- a) Nulidad absoluta del acto o contrato

Se sostuvo, en los primeros fallos, que la sanción era la nulidad absoluta del acto toda vez que se infringían normas de organización del registro, que son de orden público y se estaría infringiendo una norma prohibitiva. (Art. 10 del C.C).

Un segundo fallo extendió esta sanción, incluso, a las ventas forzadas efectuadas en juicio ejecutivo. Posteriormente se sostuvo que esta sanción sólo se aplicaba a las enajenaciones voluntarias ya que de otra forma se dejaba a los herederos en absoluta libertad para burlar a los acreedores, para lo cual solo les bastaba no practicar las inscripciones para no ser ejecutados en los inmuebles hereditarios. Además, se entendió que en las ejecuciones forzosas no son los herederos quienes disponen.

- ***Críticas:***

- No puede ser nulidad absoluta por cuanto el Art. 688 no es un precepto prohibitivo, sino que es imperativo de requisito. Además, la omisión de las inscripciones puede ser ratificada por la voluntad de las partes, en cambio la nulidad absoluta no puede ser ratificada.
- La nulidad absoluta se sana por el lapso del tiempo, en cambio la omisión de las anotaciones del artículo 688 jamás puede sanearse de dicha forma, ya que conforme

a dicha disposición el heredero "no puede disponer de manera alguna".

b) Validez del acto; Nulidad de la tradición.

Esta tesis se sustenta en la voz "disponer" que utiliza el artículo 688, lo que equivale a "enajenar". La forma de enajenar es la tradición. El contrato solo genera derechos personales para exigir la entrega, de manera que la tradición adolecería de nulidad, pero no así el acto.

o ***Críticas:***

- Las mismas que se señalan para el caso de la nulidad absoluta del acto.
- Además, esta tesis olvida la norma del artículo 1810 para el caso de la compraventa, ya que, conforme a dicha disposición, el contrato sería igualmente nulo.

c) La sanción se encuentra en el Art. 696 del C.C.

Conforme a esta doctrina, el adquirente no queda ni como dueño ni como poseedor de los bienes que le fueron tradidos por los herederos, sino solamente como mero tenedor.

o ***Críticas:***

Si bien esta es la doctrina generalmente aceptada por la Corte Suprema, resulta ser bastante absurda si consideramos:

- Que el adquirente queda como mero tenedor, esto es reconociendo dominio ajeno, lo que está lejos de su ánimo.
- Los herederos quedan como poseedores, habiendo perdido corpus y animus.
- Si bien el Art. 688 está ubicado antes que el Art. 696, el Art. 688 está mal ubicado, toda vez las inscripciones a que dicha norma se refiere no constituyen transferencia de dominio sino que cumplen otras funciones del registro; en cambio el Art. 696 se refiere a las inscripciones que transfieren el dominio.

d) Nulidad relativa del acto o contrato

Algunos autores han sostenido que la sanción a la infracción del artículo 688 sería

la nulidad relativa del acto, basándose en principios civiles generales. Se dice que se trataría de la omisión de requisitos establecidos en consideración a la "calidad" de heredero.

La ventaja que presenta esta solución, es que la nulidad relativa se sana por voluntad de las partes (ratificación), al igual como ocurre con la situación del Art. 688. Sin embargo, tiene el inconveniente de que a la nulidad relativa se sana por el transcurso del tiempo, en cambio en la situación descrita por el Art. 688 no opera prescripción extintiva.

e) El adquirente entra en posesión pero no adquiere dominio.

Finalmente, algunos han sostenido que el adquirente entra en posesión de la cosa pero no se hace dueño de ella. Los herederos, al no cumplir con los requisitos del art. 688 no confieren dominio pero otorgan posesión que habilita a adquirir el dominio por prescripción (Clemente Fabres dice que sería una posesión irregular)

2. ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE HERENCIA POR TRADICIÓN.

Dentro del título de la "cesión de derechos", el CC destina un párrafo a la cesión del derecho real de herencia. Aquí el término cesión debe entenderse como "tradicción".

Sin embargo, estas normas, contenidas en los artículos 1909 y 1910, indican solamente cuáles son algunos de los efectos de la tradición del derecho real de herencia, pero no reglamentan la forma en que debe efectuarse la tradición, por lo que la doctrina se encuentra dividida en esta materia.

Como estamos frente a una tradición, se requiere de un título traslativo de dominio, que puede ser la compraventa, la permuta, la donación o cualquier otro título gratuito u oneroso que justifique la enajenación. Conforme al art. 1801 la venta de una sucesión hereditaria requiere de escritura pública (solemnidad), aun cuando no hayan inmuebles comprendidos en la herencia.

- ***Efectos de la cesión del derecho real de herencia (art. 1910)***

La idea de tradición del derecho de herencia debe precisarse, pues no se trata de

una sustitución del heredero por el cesionario, sino del traspaso del activo sucesoral que puede encontrarse en la herencia. La calidad misma de heredero y la responsabilidad que de ella se deriva para el sucesor frente a los acreedores hereditarios y testamentarios subsiste en manos del heredero. El cesionario adquiere la universalidad frente al cedente, pero frente a terceros tan sólo el aspecto activo, pues en cuanto al pasivo depende de la calidad de heredero. Por la cesión, el cedente sólo garantiza que él es heredero pero no traspasa esa calidad. El pasivo de la herencia sólo pasará al cesionario si los acreedores hereditarios y testamentarios así lo quieren y aceptan al cesionario como nuevo deudor.

En suma, si bien se reconoce al cesionario el derecho de hacer uso de todos los derechos, acciones y calidades en los mismos términos que el heredero, dado que los acreedores son extraños al contrato celebrado entre cedente y cesionario, pueden dirigirse indistintamente contra el cedente o contra el cesionario. Claro está que si los acreedores aceptan la cesión y dan por libre al cedente de las deudas, sólo podrán dirigirse en contra del cesionario.

▪ ***¿Cómo debe efectuarse la tradición del derecho de herencia?***

Según algunos autores, entre ellos Ramón Gutiérrez y Gonzalo Figueroa Yañez, la herencia puede clasificarse en mueble o inmueble según lo sean los bienes que la componen.

Señalan que, conforme al art. 580, existe una comunicabilidad entre la universalidad jurídica y los bienes que la componen, de suerte que si la herencia se compone sólo de muebles, la tradición de ella debe someterse a las reglas de los muebles (art. 684); y si se compone de muebles e inmuebles será mixta, y deberá someterse a las reglas de los inmuebles; lo mismo si está compuesta únicamente de inmuebles, requiriéndose, por tanto, la inscripción conservatoria.

Otros, en cambio, sostienen que tratándose de una universalidad jurídica, distinta de los bienes que la integran, ella escapa a la clasificación de muebles e inmuebles, y como la inscripción es una regla excepcional para la tradición, establecida únicamente para los inmuebles, y la regla general es la tradición de alguna de las formas del artículo 684, se

concluye que la tradición del derecho de herencia no necesita de inscripción. Esta es la tesis de Leopoldo Urrutia que ha sido seguida por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia.

Todavía existe una tercera opinión que es recogida por Daniel Peñailillo y que merece especial mención. Para nuestro legislador existen dos derechos reales distintos, el de dominio y el de herencia. Por otro lado, la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio de las cosas (art. 588).

Una vez que fallece el causante, sus herederos tienen el derecho real de herencia en cuanto universalidad jurídica, que proviene de la relación del heredero con el patrimonio del causante. Pero además, al operar la sucesión por causa de muerte como modo de adquirir, el heredero adquiere el dominio de las cosas de propiedad del causante, de manera que siendo varios se origina entre ellos una comunidad sobre cosa universal (que sería una universalidad de hecho).

Del razonamiento anterior resulta que si lo cedido por el heredero es el derecho de herencia, que es a lo que se refieren las normas del art. 1909 y 1910, por recaer este derecho sobre una universalidad jurídica (herencia), su tradición se efectuará por las normas del artículo 684.

Pero si lo cedido es la cuota en la comunidad de dominio que se originó sobre los bienes del causante, se debe examinar la naturaleza de los bienes que componen esa comunidad, y si hay inmuebles, la tradición debe efectuarse por la inscripción del título.

Finalmente, si lo cedido es un determinado bien que forma parte de la herencia, debe atenderse a la naturaleza del bien.

▪ ***Cuándo la herencia contiene inmuebles y el heredero quiere enajenar su herencia ¿debe practicar previamente las inscripciones del 688?***

La respuesta dependerá básicamente de la tesis que se adopte en cuanto a la naturaleza del derecho real de herencia:

Para los que postulan la abstracción e incommunicabilidad de la herencia con los bienes que la componen, el heredero podrá enajenar su herencia sin estas inscripciones

(tesis mayoritaria), ya que estas inscripciones se exigen para disponer de un inmueble hereditario y la herencia no es mueble ni inmueble.

A pesar de que esta es la tesis mayoritaria y que más se armoniza con las disposiciones que regulan esta materia, su adopción puede producir grandes problemas registrales, al no haber continuidad en el registro.

Los que estiman que la herencia es inmueble si entre los bienes que la componen hay inmuebles, el heredero para poder enajenar su herencia deberá practicar las inscripciones del artículo 688.

Aún están los que distinguen entre el derecho real de herencia y la comunidad universal de dominio que se forma entre los herederos sobre las cosas hereditarias. Para ellos, si lo que se transfiere es sólo el derecho real de herencia, no serían necesarias esas inscripciones. Pero si lo que se transfiere es una cuota en la comunidad de dominio y en ella hay inmuebles, dado el tenor del artículo 688 y la comunicabilidad entre el bien y la cuota, será necesario practicar las inscripciones que dispone dicha norma.

▪ ***Tradición de legados***

Conforme los artículos 1909 y 1910, también podría transferirse el derecho a un legado. Pero aquí hay que hacer una distinción. Si el legado es de especie o cuerpo cierto, el legatario adquiere el dominio de la cosa legada por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte. Y en consecuencia, si el legatario pretende transferir su derecho al legado, lo que está haciendo, en verdad, es transferir su dominio sobre la especie legada, por lo que la tradición se efectuará atendiendo a si la cosa es mueble o inmueble, conforme a las reglas generales.

Si el legado, en cambio, es de género, el legatario sólo adquiere un crédito en contra de la sucesión, es decir, adquiere un derecho personal, y por ende, la transferencia de su derecho al legado debe someterse a las normas sobre cesión de créditos o derechos personales que regulan los artículos 1901 a 1908.

Surge aquí el mismo problema que revisamos al tratar la tradición del derecho real de herencia: *¿Si la especie legada es inmueble, necesita el legatario practicar las*

inscripciones del 688 para poder transferir su derecho al legado?

El primer argumento que se da para responder negativamente es que la norma del artículo 688 es para los herederos y no para los legatarios, por lo que se afirma que podría disponer de la cosa legada sin necesidad de inscripciones previas.

Pero cabe ahondar un poco en este tema:

a) *Si el legado es de género e inmueble* (por ej.: cuando el testador lega un lote de los varios que tiene en una subdivisión predial sin indicar cuál), el legatario puede transferir su derecho al legado (conforme a las normas de la cesión de créditos) sin necesidad de practicar las inscripciones del 688 (ya que esas se exigen al heredero).

Una vez que se han determinado los herederos y se ha hecho exigible el crédito (legado de género) para que el legatario o su cesionario pueda adquirir el dominio de ese bien inmueble, (tiene acción personal en contra de los herederos) es necesario que los herederos le transfieran el dominio, es decir, practiquen la tradición del bien.

Los herederos tendrán, entonces, que disponer de un inmueble, y para poder hacerlo deberán practicar previamente las inscripciones del artículo 688.

Ahora, para efectuar la tradición necesitan contar con un título traslativo de dominio que es el que se inscribirá en el Conservador de Bienes Raíces. El testamento no puede servir de título a esta tradición, ya que en él no se especifica la cosa legada.

Lo que debe hacerse es una escritura pública, normalmente denominada "escritura de entrega de legado" en la que se paga el legado con una especie determinada del género (el lote A-4 de la parcelación) y hay acuerdo entre los herederos y el legatario (si no se recurre a la justicia ordinaria). La inscripción de este título constituye la tradición del dominio del inmueble específico.

b) *Si el legado es de especie o cuerpo cierto e inmueble*, el legatario adquiere el dominio del bien por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte, por lo que para adquirir el dominio, este legatario no requiere de otro modo de adquirir (tradición) por lo que no será necesaria la inscripción.

Sin embargo, para que el legatario pueda disponer de la especie inmueble legada

han surgido algunas discrepancias:

- Se sostiene que el título sería el testamento y que la obligación de inscribir el legado para poder disponer de él está implícita en los artículos 688 y 55 del Reglamento (debe inscribirse la posesión efectiva y el testamento) y artículos 691 CC y 79 del Reglamento.
- La opinión contraria sostiene que la norma del artículo 688 se aplica únicamente a los herederos, y que el artículo 691 sólo señala las menciones que debe tener la inscripción del testamento pero no exige que el legatario tenga que inscribir para disponer de la cosa legada. Se sostiene, además, que el testamento solo se inscribe en el Conservador que corresponda al domicilio del causante, y que si el inmueble legado pertenecía a otra jurisdicción, su inscripción ni siquiera sirve para mantener la historia de la propiedad raíz.

Desde el punto de vista estrictamente doctrinario, nos parece que la tesis correcta es esta última, según la cual el legatario de especie inmueble no requiere inscripción previa para transferir la cosa legada. Sin embargo, siempre parece aconsejable practicar la inscripción previa por una cuestión de continuidad en el registro. En efecto, cuando el legatario transfiera el inmueble a un tercero, esta transferencia deberá inscribirse en el Conservador para que opere la tradición, y el problema se planteará a nivel del Registro, ya que el Conservador se va a encontrar con un inmueble que ha sido transferido por un tradente que no tiene inscripción a su nombre. Desde este punto de vista, podría el Conservador rehusar la inscripción, basado en el art. 14 del Reglamento, ya que se trataría de inscribir un título que no emana de que aparece formalmente, según el registro, como dueño o actual poseedor.

3. ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE HERENCIA POR PRESCRIPCIÓN.

Por regla general, el derecho de herencia se adquiere por prescripción extraordinaria de 10 años (art. 2512)

Excepcionalmente, se adquiere por prescripción ordinaria de 5 años en el caso del heredero putativo a quien por decreto judicial se le haya concedido la posesión efectiva de

la herencia, sirviendo de justo título el decreto. La importancia de calificar esta prescripción como ordinaria es la aplicación de la suspensión en favor de las personas indicadas en el art. 2509.

D) TEORÍA DE LOS ACERVOS

La palabra acervo tiene su origen etimológico en la expresión latina “acervus” que significa “el todo de la herencia indivisa”.

Acervo es el conjunto de bienes que forman el patrimonio del causante y la teoría de los acervos es el conjunto de reglas que nuestro Código ordena para su determinación.

En materia sucesoria existen varias clases de acervo:

1. Acervo bruto, común o general
2. Acervo ilíquido
3. Acervo líquido
4. Acervos imaginarios:
 - a. Primer acervo imaginario
 - b. Segundo acervo imaginario

1. Acervo bruto, común o general: Los bienes dejados por el difunto suelen encontrarse confundido o mezclados con bienes pertenecientes a otras personas por diversas causas. Así, por ejemplo, si el causante estaba casado en sociedad conyugal, los bienes del cónyuge fallecido se encontrarán confundidos con los del cónyuge sobreviviente con el cual, producto de la muerte, forma una comunidad de bienes. Lo mismo sucederá si el difunto era socio de una sociedad que se ha disuelto con su fallecimiento; sus bienes se encontrarán, por esta causa, unidos a los de sus consocios que le han sobrevivido. En consecuencia, acervo bruto es el que está formado por el patrimonio del difunto unido a otros bienes que no le pertenecen.

Cuando los bienes del difunto están confundidos con bienes de terceros es menester separarlos de los otros patrimonios (art. 1341). Se hace necesario, como cosa previa,

liquidar la sociedad conyugal que existió entre el difunto y el cónyuge sobreviviente o bien liquidar la sociedad de que era socio y que se disolvió por su muerte.

2. **Acervo ilíquido**: Una vez efectuada la separación de patrimonios, queda el acervo ilíquido. El acervo ilíquido es pues el patrimonio del difunto separado de otros bienes con que se encontraba confundido y al que aún no se han deducido las bajas generales de la herencia.

3. **Acervo líquido o partible**: Está constituido por el acervo ilíquido pero ya deducidas las denominadas bajas generales de la herencia, que son ciertas cargas que deben deducirse por disposición legal para determinar la masa partible. Por regla general, las asignaciones se calculan sobre la base del acervo líquido.

• ***Bajas generales de la herencia:***

Son las que señala el art. 959 como deducciones que es necesario realizar para determinar los bienes de que dispone el causante por testamento o por ley. Se las denomina bajas generales porque gravitan sobre todos los asignatarios. La numeración del artículo determina el orden o prelación en que deben hacerse las deducciones. Ellas son las siguientes:

- a. Los gastos de apertura de la sucesión: las costas de publicación del testamento, si lo hubiere, y las demás anexas a la apertura de la sucesión (confección de inventarios, tasaciones, gastos de posesión efectiva, costos de partición, etc.)
- b. Las deudas hereditarias: Son aquellas que el causante contrajo en vida y que se transmiten a los herederos, quienes deberán hacerse cargo del pago, respondiendo de manera ilimitada, salvo que acepten la herencia con beneficio de inventario. Las deudas hereditarias han de pagarse antes porque conforme al adagio “antes es pagar que heredar”. Cabe precisar que lo que ordena el art. 959 no es un pago preferente sino una forma de cálculo de la masa para el establecimiento de las partes de cada heredero. No se incluyen dentro de esta baja las cargas

testamentarias (legados y asignaciones modales: deudas mortis causa) que siguen la suerte general de todas las asignaciones y se pagan con el acervo líquido, luego de cubiertas las asignaciones forzosas. Por otra parte, no deberán deducirse más que las deudas civiles y no las obligaciones naturales, las que si son mandadas a pagar por el causante, deberán considerarse legados. En cuanto a las deudas que el causante reconoce en el testamento, sólo serán bajas generales si hay un principio de prueba por escrito, pues de otro modo se consideran legados y, por lo mismo, son deudas hereditarias y no testamentarias. La ley 16.271 en su art. 4° agrega que podrán deducirse de acuerdo con este número los gastos de entierro y de última enfermedad del causante.

- c. Los impuestos fiscales que gravaren toda la masa hereditaria: Actualmente no existe un impuesto global a la masa total de bienes. El impuesto se aplica sobre el valor líquido de la respectiva asignación o donación y según la relación de parentesco con el causante; de manera que esta baja general no recibe aplicación.
- d. Las asignaciones alimenticias forzosas: Son aquellas que el causante es obligado a hacer por mandato legal a ciertas personas. Ellas, de conformidad al art. 1168, gravan toda la herencia, salvo que el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión. Cabe hacer notar que no hay aquí propiamente una baja general de la herencia, sino una asignación forzosa ordenada por el art. 1167 y que, de ese modo, goza de una verdadera preferencia de pago. Pero no son bajas generales, pues al pagarlas se está dando cumplimiento a las disposiciones sucesorales, sean testamentarias o legales, y no se trata de pagos causados antes de la apertura o de la distribución hereditaria. De otro lado, las asignaciones alimenticias no forzosas, que son aquellas que se hacen a personas que por ley no tiene derecho a alimentos, no son una baja general y se imputan a la parte de libre disposición (art. 1171 inc. 1°).

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.585, existía una quinta baja general de la herencia que era la porción conyugal. La porción conyugal no sólo era una asignación

forzosa, sino que además constituía una baja general de la herencia cuando entre los herederos no habían descendientes legítimos. En este caso su cuantía era, en principio, la cuarta parte del acervo, después de practicadas las cuatro primeras bajas. En caso de que hubieran descendientes legítimos la porción conyugal no era baja general de la herencia y se pagaba con cargo a la mitad legitimaria, que es parte del acervo líquido.

4. **Acervos imaginarios**: las asignaciones no siempre se pagan con cargo al acervo líquido. Sabemos que el legislador no deja al testador en absoluta libertad para disponer de sus bienes, sino que le ordena respetar los intereses del cónyuge y de ciertos parientes. Se requiere que cada asignatario forzoso reciba la parte que le corresponde, y si el testador quiere mejorar su situación, puede hacerlo empleando la cuarta de mejoras o la cuarta de libre disposición. Para resguardar estas asignaciones forzosas, el legislador previó varios mecanismos. Uno de ellos es precisamente la formación de estos acervos imaginarios a que se refieren los artículos 1185 y 1186. El causante puede perjudicar las asignaciones forzosas por medio de liberalidades (donaciones) hechas en vida a legitimarios o extraños. Por medio de la formación del acervo imaginario se procura reconstituir ideal o imaginariamente el patrimonio del causante al tiempo en que se hicieron las liberalidades, colacionando al acervo líquido el monto de dichas donaciones.

El *primer acervo imaginario*, como se le denomina comúnmente al que regula el art. 1185, se forma acumulando imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables⁶ e irrevocables hechas en razón de legítimas o mejoras (se supone que reciben estas donaciones como adelanto de su porción de legítima o mejora). El propósito de esa

⁶ No resulta correcta la afirmación contenidas en esta norma en el sentido que han de colacionarse las donaciones revocables hechas a un legitimario, toda vez que el valor de las cosas donadas está en el patrimonio del donante y, por lo tanto, integrado al acervo líquido, de modo que no es posible volverlas a agregar. En efecto, la donación revocable sólo otorga al donatario una expectativa que sólo con la muerte del donante se convierte en un derecho definitivo, momento en el cual se confirma la donación y el donatario adquiere la propiedad del objeto donado (art. 1144). Por lo mismo, al morir el causante, el bien donado no ha salido aún de su patrimonio. Esa donación, cuando es a título singular, se mira como un legado anticipado y se sujeta a las mismas reglas que los legados (art. 1141). Los legados no se colacionan porque recaen sobre objetos que no han salido del patrimonio del testador al momento de su muerte. Y si la donación es a título universal se mira como una institución de heredero (art. 1142) y sólo tiene efecto por lo tanto a partir de la muerte del donante.

colación es mantener la igualdad entre los legitimarios llamados a la herencia. Por lo mismo, la formación de este acervo sólo se justifica si al abrirse la sucesión hay legitimarios.

El acervo previsto en el art. 1186, denominado *segundo acervo imaginario*, se forma cuando el que tenía a la sazón legitimarios ha hecho donaciones entre vivos a extraños y el valor total de todas ellas excede a la cuarta parte de la suma formada por este valor y el del acervo imaginario. La ley obliga por una parte a acumular imaginariamente al acervo líquido las donaciones entre vivos efectuadas a terceros extraños para verificar si ellas exceden o no la parte de libre disposición y, por otra, en caso que así suceda, señala que el exceso ha de agregarse al acervo con el fin de calcular las legítimas y mejoras. Si fuere tal el exceso que no solamente consuma la parte de libre disposición, sino que atente en contra de legítimas y mejoras, los asignatarios de dichas asignaciones forzosas disponen de una acción para que los donatarios les restituyan el exceso. Esta es la llamada acción de inoficiosa donación.⁷

E) SUCESIÓN INTESTADA

• *Concepto*

Producida la apertura de la sucesión viene el llamamiento que se hace a una persona para suceder al difunto. Este llamamiento puede provenir de la ley, de la voluntad del difunto –expresada en el testamento–, o de ambos títulos a un tiempo (parte testamentaria y parte intestada). En consecuencia, hay tres clases de sucesión, atendiendo al título o causa de ella: testada, intestada o legítima y mixta.

La sucesión intestada o abintestato (art. 952 inc. 1º) se presenta cuando es la ley la que determina la forma en que se debe suceder en el patrimonio del difunto. Se le califica de legítima porque es deferida por la ley.

La sucesión intestada es, pues, la transmisión que hace la ley de los bienes,

⁷ Profundizaremos el tema de la formación de los acervos imaginarios al estudiar las asignaciones forzosas.

derechos y obligaciones transmisibles de una persona difunta, cuando el difunto no dispuso de sus bienes, o cuando dispuso no lo hizo conforme a derecho o cuando sus disposiciones no han tenido efecto.

De lo dicho resulta que las normas de la sucesión intestada se aplican en tres casos:

1. Cuando el difunto no dispuso de sus bienes:

- a. Cuando falleció sin hacer testamento o revocó el que había otorgado.
- b. Cuando otorgó testamento pero sin disponer de sus bienes, limitándose a formular declaraciones de voluntad (por ejemplo, el reconocimiento de un hijo no matrimonial, el nombramiento de partidor o albacea, etc).
- c. Cuando instituyó herederos de cuotas que no completan la unidad; la cuota que falte corresponderá a los herederos abintestato (sucesión mixta).
- d. Cuando el testamento hace solamente asignaciones a títulos singular, la determinación de los herederos se hará conforme a las reglas de la sucesión intestada (sucesión mixta).
- e. Cuando el testador constituyó usufructo sin expresar a quien correspondería la nuda propiedad.
- f. Cuando se constituye en el testamento un fideicomiso y no se designa fiduciario.

2. Cuando dispuso, pero no lo hizo conforme a derecho:

- a. Cuando el testamento es nulo por algún defecto de forma.
- b. Cuando el testamento adolece de algún vicio de fondo que lo anula completamente (por ejemplo, es incapaz para testar)
- c. Cuando alguna de sus cláusulas es nula por vicios de fondo (por ejemplo, dispone a favor de un incapaz)
- d. Cuando el testamento contiene cláusulas que violan disposiciones legales, como por ejemplo, las asignaciones forzosas. En estos casos, los legitimarios pueden ejercer la acción de reforma del testamento.

3. *Cuando las disposiciones del testador no han tenido efecto*

- a. Cuando el heredero fue instituido bajo condición suspensiva y ésta resultó fallida, o cuando fue instituido bajo condición resolutoria y ésta se cumplió, y el testador nada dispuso para estos casos.
- b. Cuando el asignatario designado repudió la herencia o se hizo indigno o incapaz, como cuando fallece antes que el testador.
- c. Cuando se otorgó un testamento privilegiado y éste caducó con arreglo a la ley.

• ***Principios que gobiernan el llamamiento***

Las reglas que gobiernan la forma y oportunidad del llamamiento en la sucesión intestada son las siguientes:

1. *Principio de la exclusión:* Hay una gradación del derecho a la sucesión. Así los descendientes prefieren a los ascendientes. Puede encontrarse un descendiente del causante en un grado de parentesco más lejano que un ascendiente del difunto, no obstante el primero excluye al segundo (el nieto del causante excluye al padre).

2. *Principio de la prioridad del grado:* En una misma línea de parientes del causante, le hereda el de grado más cercano (el nieto es postergado por su padre para suceder al abuelo difunto, tronco común de ambos)

3. *Principio del parentesco por consanguinidad:* El parentesco puede ser por consanguinidad o por afinidad, pero son los parientes por consanguinidad los únicos llamados por ley a suceder a un difunto.

4. *Los parientes son agrupados en órdenes o categorías:* Se establece una preferencia de unos órdenes frente a otros. Así, por ejemplo, cuando se trata del orden de los hijos mientras exista un hijo del difunto no se podrá pasar al orden que le sigue. Esto explica

que habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá este en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes (art. 989 inc. 3º) y que no habiendo descendientes, ni ascendientes ni cónyuge, le sucederán sus hermanos.

5. *Dentro de cada orden se prefieren los parientes de grado más próximo:* Salvo el derecho de representación, dentro de cada orden de parientes el de grado más próximo prefiere (art. 992 inc. final y 989 inc. 1º).

6. *El principio de la igualdad:* Está consagrado en los arts. 982, 990 inc. 6º.

7. *Principio de la reciprocidad:* Con él se quiere señalar que si bien los descendientes suceden a sus ascendientes, éstos también pueden ser llamados a suceder a sus respectivos descendientes.

- ***Formas de suceder abintestato***

De acuerdo a lo que dispone el art. 984, hay dos maneras de suceder abintestato: por derecho personal o por derecho de representación.

Suceder por derecho personal o por derecho propio es recibir la herencia por ser el pariente más próximo del causante dentro del orden llamado a recoger la herencia. Cada uno de los que suceden por derecho personal reciben una cuota de la herencia que es igual para todos. Si son tres los hijos llamados a suceder cada uno recibirá un tercio. La división es por cabezas. Pero hay excepciones, como se verá.

Suceder por derecho de representación es recoger la herencia que debió recibir un descendiente del difunto y que por faltar éste a la apertura de la sucesión, pasa a sus respectivos descendientes. La división se hace por estirpes.

□ **EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN**

- ***Concepto y naturaleza jurídica***

Tradicionalmente, el derecho de representación se ha definido como una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder (art. 984 inc. 2º)

Algunos autores critican la calificación de ficción legal, argumentando que el representante arranca sus derechos directamente del causante, recta vía y, en consecuencia, sucede por derecho propio, con la única diferencia de que el llamamiento es por estirpes y no por cabezas. El representante es llamado directa y personalmente por la ley. Es llamado en lugar del representado. Lo que sucede es que se altera el principio que el pariente de grado más próximo excluye al de grado más remoto mediante este procedimiento técnico para obtener ciertos fines prácticos en base a consideraciones de equidad.

- ***Justificación de la institución***

El principio de la prioridad del grado no siempre se traduce en el verdadero orden de los afectos y relaciones familiares del causante. Así, por ejemplo, si falta el hijo a la sucesión de su padre, los nietos quedarían excluidos por sus abuelos, pero lo natural es que el patrimonio del difunto pase a sus descendientes, a las nuevas generaciones. El derecho de representación permite que los nietos recojan lo que habría correspondido a su padre en la sucesión del abuelo. Además, si entendemos que las reglas de la sucesión intestada de algún modo recogen la voluntad presunta del causante, es lo cierto que, en la generalidad de los casos, los nietos están tan cerca del amor de sus abuelos como los hijos y aún más.

Debemos precisar desde ya que la representación tiene únicamente cabida en la sucesión intestada. La razón de no extenderla a la sucesión testamentaria se encuentra, según el razonamiento tradicional, en el hecho que la representación se apoya, en gran medida, en el orden de los afectos presuntos del causante. Pero en la sucesión testada no hay voluntad que deba presumirse y la única que debe considerarse es la expresada en el testamento. Si en él el testador quiere que la asignación pase a los descendientes del instituido si éste falta por cualquier causa, puede expresarlo así. Además, la ley le permite designar sustitutos.

La gran parte de la doctrina sostiene que excepcionalmente la representación tiene cabida en la sucesión testada, en los casos de los artículos 1183 (legítimas) y 1064 (asignación a los parientes).

Por nuestra parte, estimamos que la circunstancia de que el derecho de representación tenga cabida en las legítimas, que como asignación forzosa opera tanto en la sucesión testada como en la intestada, no significa que la representación se aplique a la sucesión testada. En efecto, si el causante instituye en su testamento a un hijo y éste es incapaz indigno o no acepta, quedará simplemente sin efecto la disposición y se aplicarán, respecto de esa asignación, las reglas de la sucesión intestada, haciendo operar el derecho de representación. En consecuencia, en el régimen de las legítimas, la representación existe como una simple aplicación de la regla general en cuanto a que se aplica sólo a la sucesión intestada y, por tanto, no hay excepción alguna al art. 984.

Del mismo modo, en el caso del art. 1064 el testador hace un llamamiento genérico a sus parientes sin designación de nombres. Dado la falta de especificidad del llamamiento, resulta necesario suplir la voluntad del testador, dando aplicación a las normas de la sucesión intestada y entre éstas al derecho de representación. En consecuencia, tampoco habría aquí excepción a la regla general del art. 984.

- ***Personas que intervienen en la representación***

- a. El causante en cuya herencia se trata de suceder
- b. El representado, que es la persona que no puede o no desea suceder al causante
- c. El representante que es el descendiente del representado y que ocupa el lugar de éste para suceder al causante.

- ***Requisitos de la representación***

1. Que el representado falte a la apertura de la sucesión: Se entiende que falta cuando no quiere o no puede suceder. No quiere, si repudia. No puede cuando es incapaz, indigno o ha sido desheredado (art. 987 inc. 2º). Normalmente faltará el representado por la incapacidad resultante de haber fallecido antes que el causante.

2. Que el representado sea o haya sido de los parientes del causante que señala la ley: El representado debe ser descendiente del causante o hermano del mismo (art. 986).
3. Que el representante sea descendiente del representado: la representación sólo tiene lugar en la línea descendiente y no tiene cabida en la ascendencia del causante (el nieto representa al hijo pero el bisabuelo no puede representar al abuelo). La representación en la línea descendente es indefinida.⁸
4. Que el representante sea capaz y digno de suceder al causante: Con esta exigencia afirmamos que el representante sucede directamente al causante. No saca sus derechos del representado, sino que la ley llama directamente al representante que recoge la asignación por derecho persona y propio. Por ello es que el representante debe ser capaz y digno de suceder al causante, sin importar si es incapaz o indigno de suceder al representado. Por lo mismo, tampoco es necesario, para que opere la representación, que el representante acepte la herencia del representado. Se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado (art. 987).

No obstante que el representante sucede directamente al causante y que, por lo mismo, es ajeno a la sucesión del representado, se puede presentar el problema de las donaciones efectuadas en vida al representado. En este caso, si efectuada la donación a un legitimario, éste queda finalmente fuera de la sucesión por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación se presenta el problema acerca de la suerte de la donación. Si se la considera ajena al representante, perjudica a los restantes legitimarios, al no contar éstos con lo donado entre los bienes dejados por el causante. Por el contrario, si se cuenta el valor de la donación entre los bienes dejados por el causante, puede salir perjudicado el representante. Ante esta situación, el art. 1200 inc. 3° dispone que si el donatario ha llegado a faltar por cualquier causa las donaciones imputables a su legítima se imputarán a la de sus descendientes. En consecuencia, esta norma hace excepción a la regla general de que el representante sucede directamente al causante.

⁸ Antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.585, la representación sólo operaba en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos y en la descendencia legítima de sus hijos o hermanos naturales.

- ***Efectos del derecho de representación***

- a. Los que suceden por representación heredan por stirpes, es decir, que cualquiera sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que hubiere cabido al padre o madre representado. Los que suceden por derecho propio 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.
- b. Al ser llamado en lugar de incapaz, del indigno, del desheredado o del que repudió, se le considera, en relación a la herencia del causante, con el mismo parentesco del representado, aunque en el hecho no lo tiene. Ello explica que cuando se sucede por derecho de representación se pagará el impuesto que habría correspondido a la persona representada (art. 3° de la Ley N° 16.271) y si son varios los representantes, tributan como si fueran una sola persona de acuerdo al valor líquido de toda la porción que les corresponde.

- ***Derecho de representación y derecho de transmisión.***

En ambos se presenta una *opción* que pasa del causante de la herencia a un sucesor, no llamado primitivamente a su ejercicio. Sin embargo, en el derecho de transmisión la opción llega por *vía indirecta* al sucesor. El que la recibe lo hace por herencia del heredero del causante de la sucesión, porque, a su vez, falleció sin haberla puesto en ejercicio: no había aceptado ni repudiado la asignación a su fallecimiento. En el derecho de representación, en cambio, la opción se adquiere por *vía directa*: es la ley la que hace el llamado al representante.

Veamos las diferencias:

1. El derecho de transmisión tiene lugar en la sucesión testada y en la intestada. El derecho de representación, sólo tiene cabida en la sucesión intestada.
2. El derecho de transmisión no exige ningún parentesco y aprovecha a cualquier heredero; el derecho de representación exige un parentesco (el representado debe

- ser descendiente o hermano del causante y el representante debe ser descendiente del representado)
3. En el derecho de transmisión, el transmitido debe ser capaz y digno de suceder al transmisor; en el derecho de representación, el representante debe ser capaz y digno de suceder al causante.
 4. El derecho de transmisión exige que el transmitido acepte la herencia del transmisor. En el derecho de representación no es necesario que el representante acepte la herencia del representado.
 5. El derecho de transmisión supone la muerte del transmisor sin expresar su propósito de aceptar o repudiar la herencia. El derecho de representación no supone necesariamente la muerte del representado, porque se puede representar al vivo.
 6. Por el derecho de transmisión se pueden adquirir herencias y legados. Por el derecho de representación, sólo se puede adquirir el derecho de herencia, porque sólo tiene cabida en la sucesión intestada.

□ **ORDENES DE LA SUCESIÓN INTESTADA**

- **Concepto:**

Por “orden” debe entenderse el grupo de parientes que tiene preferencia en la sucesión sobre otro, de modo que sólo en defecto del primer orden se pasa al segundo, al tercero en defecto del segundo, etc.

Los parientes del difunto son agrupados en líneas o categorías: descendientes, ascendientes y colaterales. Esto, según se ha visto, porque se sostiene que el amor primero desciende, luego asciende y por último se extiende. Mientras haya un descendiente, por lejano que sea el grado de parentesco con el causante, es preferido al ascendiente, aunque éste se encuentre en primer grado de parentesco con el causante. Lo mismo los ascendientes en relación a los colaterales.

Dentro de cada línea se atiende a la prioridad del grado. Así, el descendiente de

grado más próximo al causante prefiere al de grado más lejano, aunque ambos están en la misma línea (el hijo prefiere al nieto).

- ***La reforma de la Ley 19.585.***

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.585, el Código reglamentaba dos clases de sucesión intestada: La sucesión regular, aplicable cuando el causante era hijo legítimo; y la sucesión irregular, aplicable cuando el causante era hijo natural. Para cada sucesión, el Código establecía normas diversas en cuanto a los llamados a suceder al difunto.⁹

Como consecuencia natural de la reforma introducida por la Ley 19.585, que suprimió las diferencias de filiación existentes a la fecha, se abolieron los órdenes de sucesión regular e irregular, reduciéndolos y simplificándolos en un orden de sucesión único, sea el causante hijo de filiación matrimonial o no y tenga su paternidad o maternidad establecida o no. Claro está que si el causante es hijo de filiación no establecida, es inútil que se hable de una igualdad de régimen, porque será evidente que desde el punto de vista jurídico, carecerá de ascendientes, hermanos y demás colaterales conocidos y sólo tendrá el orden de los hijos, el del cónyuge sobreviviente y el del fisco.

A esto se agrega la modificación de la situación del cónyuge sobreviviente, que pasa a tener una situación mucho más privilegiada en la sucesión, ya que ahora concurre como legitimario, suprimiéndose la asignación forzosa de la porción conyugal.

Habitualmente se les da a los ordenes de sucesión la denominación del heredero que los define y cuya ausencia nos hace pasar al siguiente orden. Hoy por hoy, podemos distinguir los siguientes ordenes de sucesión cuando la filiación matrimonial o no matrimonial del causante es determinada:

1. De los descendientes

⁹ Cabe hacer notar que con el primitivo texto del Código, los otrora llamados hijos naturales carecían por completo de derechos hereditarios en concurrencia con hijos legítimos. La ley N° 10.271 de 1952 modificó radicalmente este estado de las cosas, reconociendo a los hijos naturales derechos hereditarios pero en una cuantía inferior a la que correspondía a los hijos legítimos. En efecto, el art. 988 otorgaba al hijo natural la mitad de lo que tocaba al legítimo, pero con un límite, pues el conjunto de los hijos naturales no podía llevar más de la cuarta parte de la herencia o de la cuarta parte de la mitad legitimaria, según el caso.

2. Del cónyuge sobreviviente y de los ascendientes
3. De los hermanos
4. De los demás colaterales
5. Del Fisco

1. Primer orden: Orden de los descendientes (art. 988).

De conformidad al art. 988 inc. 1°, los hijos excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere también cónyuge sobreviviente, caso en el cual éste concurrirá con aquellos.

Dado que los hijos pueden ser presentados este orden, en definitiva, termina siendo el orden de los descendientes.

La disposición actual no hace distinción de ninguna especie entre los hijos y, en consecuencia, se aplica a todos ellos, ya sea su filiación matrimonial o no matrimonial. La única condición es que ella esté determinada en la forma establecida en los actuales arts. 183 y siguientes del Código. En consecuencia, dentro de la expresión “hijos” quedan incluidos:

- Los hijos de filiación matrimonial
- Los hijos cuyos padres contraigan matrimonio
- Los hijos de filiación no matrimonial legalmente determinada
- Los hijos cuya filiación fue determinada conforme a la antigua legislación

No incluye, por cierto, a los hijos cuya filiación no esté determinada, lo que corresponde a la antigua clasificación de hijos simplemente ilegítimos.

▪ *Situación del adoptado.*

La adopción fue introducida en nuestra legislación por la Ley 5.343, reemplazada por la Ley 7.613 de 1943, hoy derogada por la Ley de Filiación (19.585). Aunque el adoptado conforme a la Ley 7.613 no adquiriría el estado civil de hijo del adoptante, tenía derechos sucesorios regulados por el art. 24, según el cual, en la sucesión del adoptante, el

adoptado era tenido como hijo natural para los efectos de la determinación de sus derechos hereditarios. La ley 16.346 de 1965 estableció la institución de la legitimación adoptiva, en cuya virtud los legitimados adoptivos adquirieron el estado civil de hijos legítimos con sus mismos derechos y obligaciones. Si bien esta ley fue derogada por la Ley 18.703 de 1988, dichas derogación no afectó ni pudo afectar a quienes obtuvieron el estado civil de legitimados adoptivos bajo el imperio de la antigua ley.

La Ley 18.703 mantuvo la adopción de la Ley 7.613 y estableció dos tipos más de adopción: la simple y la plena. La simple no constituye estado civil y en consecuencia no otorga derechos hereditarios en la sucesión del adoptante. La plena, en cambio, equivale a la anterior legitimación adoptiva, que otorga la calidad de hijo legítimo (hoy hijo matrimonial) y los consiguientes derechos sucesorales. En consecuencia, bajo la nueva Ley de filiación, los adoptados plenos mantienen su estado civil de hijos, pero ahora sin calificativo.

Como la ley de filiación N° 19.585 eliminó la categoría de hijos naturales, se produjo un vacío legal en relación a los derechos hereditarios de los adoptados en virtud de la Ley 7.613 y la doctrina, en general, sostiene que debe entenderse modificado tácitamente el art. 24 de la Ley 7.613 y, por lo tanto, asimilados sus derechos al de cualquier hijo, desde que el art. 983 lo menciona como heredero.

La nueva ley de adopción N° 19.620 de 1999, que derogó todas las legislaciones anteriores sobre adopción, se refirió expresamente de la situación del adoptado conforme a la ley 7.613 y del adoptado simplemente conforme a la Ley 18.703, estableciendo que continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria. En consecuencia, los adoptados simplemente bajo la vigencia de la Ley 18.703 no tiene derechos hereditarios en la sucesión del adoptante, a menos que se sometan al procedimiento establecido en el art. 45 de la nueva ley (pacto por el cual estos adoptados pasan a tener el estado civil de hijos con todos sus derechos y obligaciones recíprocas). Por su parte, los adoptados bajo la Ley 7.613, no obstante su derogación, mantienen los mismos derechos hereditarios anteriores a esta nueva legislación, asimilando

sus derechos a los de cualquier hijo ¹⁰, pero sin tener, en verdad, el estado civil de hijos, por lo que no son legitimarios. Por lo mismo, esto es por no ser hijos, no opera a su respecto el derecho de representación.

Finalmente, para los adoptados bajo el imperio de la nueva ley de adopción, el art. 37 dispone que la adopción confiere el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los deberes y derechos recíprocos establecidos en la ley. Por ende, se le debe considerar como un hijo más para los efectos sucesorios.

▪ *Situación del cónyuge sobreviviente*

En el primitivo Código, el cónyuge sobreviviente era el único sucesor que concurría con los descendientes legítimos, pero lo hacía por su porción conyugal. En este caso, la porción conyugal equivalía a la legítima rigorosa de un hijo y se pagaba de la mitad legitimaria. En los demás casos, cuando no concurría con descendientes legítimos, la porción conyugal equivalía a una cuarta parte de la herencia y era una baja general de la herencia. En ambos casos, se imputaban a la porción conyugal todos los bienes del cónyuge sobreviviente a cualquier título que los tuviera, ya sea como bienes propios o gananciales de la sociedad conyugal en liquidación. Por eso se decía que la porción conyugal tenía un carácter alimenticio y sólo correspondía al cónyuge pobre.

La Ley 10.271 de 1952 mejoró la situación del cónyuge elevando la porción conyugal a dos legítimas rigurosas, salvo que hubiere un solo hijo legítimo, en cuyo caso era igual a dicha legítima rigorosa. Además, estableció que no se imputaría a la porción conyugal los bienes que el cónyuge adquiriría por disposición testamentaria.

La ley 18.802 siguió esta misma línea fijando la porción conyugal en una o dos legítimas rigurosas o efectivas del hijo legítimo, según la misma regla anterior, y además

¹⁰ En contra de esta tesis, Hernán Corral Talciani sostiene que la ley de filiación claramente dejó marginado el tema de los derechos sucesorios de los diversos tipos de adoptados y no pretendió cambiar la situación sucesoria del adoptado bajo la Ley 7.613, salvo que hubiere acuerdo expreso de conferirle a ese adoptado la nueva condición de hijo de conformidad al pacto que regula el art. 45 de la Ley 19.620. En consecuencia, el adoptado de la Ley 7.613 no tiene el estado civil de hijo, porque no puede dársele esa calidad para efectos sucesorios. En suma, para este autor es necesario, hasta donde sea posible, aplicar la misma situación que se hubiera dado de no haberse modificado los órdenes sucesorios de la Ley 19.585, manteniendo, entonces, para el sólo efecto de determinar sus derechos hereditarios, la distinción entre sucesión regular (si el causante es hijo matrimonial) y sucesión irregular (si el causante es hijo no matrimonial).

lo instituyó asignatario de mejoras.

Finalmente, la Ley de Filiación N° 19.585, le dio al cónyuge sobreviviente la calidad de legitimario, eliminando la porción conyugal.

▪ *Distribución de la herencia en el primer orden de sucesión.*

Si sólo hay hijos, la herencia se divide por iguales partes entre todos ellos. Si los hijos concurren con el cónyuge sobreviviente, éste lleva una porción igual al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo; pero si hay un solo hijo, la porción del cónyuge es igual a la legítima rigurosa o efectiva de ese hijo. Pero jamás el cónyuge llevará una porción inferior a la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso. De este modo, si hubiere, por ejemplo, cinco hijos y cónyuge sobreviviente, sin que el causante hubiere dispuesto parte alguna de su herencia por testamento, el cónyuge no podrá llevar menos que una cuarta parte de la herencia y el resto se dividirá por 5. Si hubiere 2 hijos y cónyuge, el cónyuge llevará dos cuartos de la herencia y cada hijo un cuarto.

Si el causante hubiere dispuesto por testamento de todo o parte de la cuarta de mejoras o de la cuarta de libre disposición, la regla del art. 988 se aplicará entonces a la parte restante, es decir, a la mitad legitimaria propiamente tal o aumentada con el acrecimiento a que se hace referencia más adelante en relación con el art. 1191 (legítima efectiva).

2. *Segundo orden: Orden del cónyuge y de los ascendientes.(art. 989)*

Si no hubiere hijos personalmente o representados por su descendencia, el art. 989 manda que la sucesión se divida entre el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo. En este caso, la herencia se divide en 3 partes, dos para el cónyuge y uno para los ascendientes.

Si existe un solo ascendiente en el grado más próximo éste lleva toda la porción destinada a tales parientes, respetándose el principio de la prioridad del grado.

Si hay sólo cónyuge sobreviviente, toda la herencia es para él, y si sólo hay

ascendientes toda la herencia es para éstos y por ello ambos son cabeza de orden.

▪ *Situación del adoptante como heredero abintestato del adoptado.*

La ley no ha otorgado al adoptante expresamente la categoría de heredero abintestato y menos la de legitimario. No está enumerado entre ellos en las normas pertinentes. Además ha dicho expresamente que es el adoptado el que adquiere el estado civil de hijo de los adoptantes. A contrario sensu, el adoptante no adquiere el estado civil de padre del adoptado.

Sin embargo, habrían razones para sostener que el adoptante tendría derechos hereditarios en la sucesión del adoptado. Desde luego, la ley confiere al adoptado el estado civil de hijo con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley.

3. Tercer orden: Orden de los hermanos (art. 990)

Si no hay descendientes, ni ascendientes ni cónyuge sobreviviente, suceden en toda la herencia, o en la parte de ella que sea intestada, los hermanos, sean ellos de simple o de doble conjunción; pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal.¹¹

Hay que recordar que la representación se aplica a los hermanos del causante, de modo que los sobrinos, en ausencia del hermano, quedan en este orden.

4. Cuarto orden: Orden de los colaterales (art. 992)

Si no hubieren descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge sobreviviente ni hermanos, suceden los demás colaterales del causante, observándose el principio de la prioridad del grado. Pero el derecho de sucesión no se extiende más allá del sexto grado.

Los colaterales de simple conjunción, esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte de padre o madre, tienen derecho a la mitad de la porción de los colaterales de

¹¹ La distinción entre hermanos de simple y de doble conjunción para los efectos de los derechos hereditarios no se condice con la nueva normativa cuyo propósito ha sido establecer la igualdad de filiaciones. Si el causante quiere hacer el distinción, puede hacerlo testando. De lo contrario, no parece lógico que sea la ley la que lo haga.

doble conjunción.

Recordemos que entre los colaterales de doble conjunción que pueden llegar a existir están los sobrinos que, por la representación, heredan en el orden precedente.

Ahora bien, en virtud de la regla de la prioridad del grado, si el causante tiene un primo hermano (cuarto grado en la línea colateral) y el hijo de otro primo hermano premuerto (quinto grado en la línea colateral), aquel lleva todos los bienes por ser el colateral más próximo al causante.

5. *Quinto orden: Orden del Fisco (art. 995)*

De conformidad al art. 955, a falta de todos los herederos abintestato designados, sucederá el Fisco. Ya el art. 983 había señalado al Fisco entre los herederos llamados a la sucesión intestada. Por su parte, el art. 1250 dispone que las herencias del Fisco se aceptarán precisamente con beneficio de inventario.

En Chile no hay duda que el Fisco es heredero y recoge la herencia en tal calidad. Pero existe otra tesis que sostiene que el Estado no recibe esos bienes como heredero sino que los hace suyos en virtud del ejercicio del derecho de soberanía. Recoge la herencia en virtud del mismo título por el que recoge las tierras que no tienen otro dueño (art. 590).

□ CASOS ESPECIALES DE PRIVACIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS.

A) Caso del cónyuge divorciado por su culpa

De conformidad al art. 994 inc. 1°, el cónyuge divorciado temporal o perpetuamente no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido, si hubiere dado motivo al divorcio por su culpa. Esta regla es concordante con lo que preceptúa el art. 1182, según el cual no será legitimario el cónyuge que por su culpa haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal.¹² A esto cabe agregar que, siendo

¹² La nueva redacción de los art. 994 y 1182 terminó con el debate que antes existía en cuanto a si la norma se aplicaba al divorcio perpetuo y al temporal o sólo al primero. Hoy la disposición precisa que tanto vale al efecto el divorcio temporal como el perpetuo.

legitimario, puede ser desheredado según las reglas generales (art. 1207 y ss.)

En consecuencia, para que operen estas sanciones es menester que concurran las siguientes condiciones copulativas:

1. Que exista sentencia ejecutoriada que declare el divorcio, sea éste perpetuo o temporal. Ello, por cuanto los efectos del divorcio se producen desde ese momento. Mientras no se dicte sentencia no hay divorcio, de manera que si fallece el cónyuge inocente antes de ser dictada la sentencia, el culpable heredará en igual forma que si no existiera el juicio pendiente de divorcio. El divorcio debe existir al momento de la apertura de la sucesión. Del mismo modo, el art. 994 no se aplica si ha cesado el divorcio (por ejemplo, en caso de reconciliación o vencimiento del plazo para el cual ha sido decretado, en el caso del divorcio temporal)
2. Que el divorcio haya sido decretado por culpa del cónyuge sobreviviente, es decir, por alguna causal que implique conducta que le sea imputable.

▪ *Situación del matrimonio nulo*

El cónyuge cuyo matrimonio fue anulado, aunque éste haya sido putativo, no tiene derechos hereditarios abintestato. En efecto, para que el matrimonio putativo produzca los mismos efectos que el válido es necesario que los cónyuges estén de buena fe, y esta buena fe es incompatible con la sola notificación de la demanda de nulidad.

Sin embargo, hay un caso de excepción que puede dar lugar a que el cónyuge sobreviviente, cuyo matrimonio se ha anulado, tenga derechos hereditarios. De acuerdo al art. 34 de la Ley de Matrimonio Civil puede pedirse la nulidad del matrimonio después de fallecido uno de los cónyuges si la causal es la de vínculo matrimonial no disuelto. En tal caso, el matrimonio así anulado puede ser putativo, y el cónyuge sobreviviente concurrir a la herencia, pues esta clase de matrimonio nulo produce los mismos efectos que el válido y el cónyuge sobreviviente pudo estar de buena fe al fallecimiento del causante.

B) Caso de paternidad o maternidad determinados judicialmente contra oposición de los padres.

Según el inc. 2° del art. 994, tampoco sucederán abintestato los padres del causante si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición (el hijo es heredero sea que su reconocimiento haya sido voluntario o forzado). Esto salvo que mediare el restablecimiento a que se refiere el art. 203, según el cual se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que esté privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos, la cual producirá sus efectos, en el caso de la escritura pública, desde que se subscriba al margen de la inscripción de nacimiento del hijo (es irrevocable), y en el caso del testamento, desde la muerte del causante.

□ **LA SUCESIÓN Y LOS EXTRANJEROS.**

a) Los extranjeros herederos

El Código Civil no hace diferencia alguna entre los chilenos y extranjeros en materia de sucesión intestada (art. 997). Este precepto no hace más que aplicar la regla general contenida en el art. 57.

b) Los extranjeros causantes

Respecto de la sucesión de un extranjero, pueden producirse fundamentalmente dos situaciones:

1° Que fallezca teniendo su último domicilio en Chile. En este caso no hay problema de ninguna especie pues de conformidad al art. 955 se aplica íntegramente la ley chilena, y los chilenos y extranjeros tienen los derechos hereditarios reconocidos por la ley chilena.

2° Que fallezca teniendo su último domicilio en el extranjero. Al respecto hay que distinguir si el causante deja o no parientes chilenos.

➤ Si no hay herederos chilenos, rige también íntegramente el principio del art. 955, o

sea rige íntegramente la ley extranjera y ninguna otra. Los derechos hereditarios de estos extranjeros pueden incluso hacerse efectivos en bienes situados en Chile, con lo cual se hace excepción al art. 16. Pero un extranjero no puede, asilándose en la ley chilena que le reconoce derechos hereditarios, pretender hacerlos efectivos en bienes situados en Chile, si la ley extranjera no le reconoce tales derechos (no lo considera heredero). El art. 998 hace excepción al art. 955 sólo a favor de los herederos chilenos y si bien los extranjeros tienen los mismos derechos hereditarios que los chilenos, ello supone que la sucesión se abra en Chile.

- Si el extranjero deja herederos chilenos, éstos tienen en su sucesión los derechos que les reconoce la ley chilena y no los de la legislación por el cual se está rigiendo la sucesión (art. 998). Pero para poder hacer efectivo estos derechos, en la práctica, será menester que el extranjero haya dejado bienes en Chile.

□ **SUCESIÓN PARTE TESTADA Y PARTE INTESADA: SUCESIÓN MIXTA.**

Según hemos visto, de conformidad al art. 952 la sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada.

Se dan situaciones en que el Código impone la sucesión mixta para dar solución a determinados problemas. Tal es el caso de los arts. 1100 y 1151.

El art. 996 establece una solución simple en cuanto a la división de la herencia. Se aplica primero el testamento, y en lo que reste rigen las reglas de la sucesión intestada. En otras palabras, el llamamiento testamentario es superior.

El inc. 2° de esta norma se refiere a los que suceden a la vez por testamento y abintestato. En síntesis, esta norma establece que si la porción testamentaria es inferior a la que correspondería abintestato, los herederos testamentarios participan en la sucesión intestada hasta completar la porción que les corresponda abintestato. Y si la porción testamentaria excede a lo que les correspondería abintestato, llevan siempre la primera. Por ejemplo, el causante deja 5 hermanos como herederos y una masa partible de \$1.000. De

no haber testamento, a cada uno le correspondería \$200. Pero si en el testamento, el causante deja a los hermanos a) y b) \$50 a cada uno, como su porción testamentaria es inferior a lo que les corresponde abintestato, llevarán además como herederos abintestato \$150. En el caso inverso, si el causante en el testamento deja a sus hermanos a) y b) \$250 para cada uno, ellos conservan sus \$250 por disposición testamentaria y los restantes hermanos se dividen los otros \$500 en partes iguales.

Lo que dispone el art. 996 de la manera expresada se mantendrá si el testador no ha dispuesto lo contrario. En otras palabras, la voluntad del testador prevalece, quien puede ordenar que ambas porciones se acumulen. Así, en el ejemplo anterior, si el testador dispone que deja a sus hermanos a) y b) \$250 para cada uno, sin perjuicio de lo que les corresponda en la sucesión abintestato, en este caso tales hermanos van a llevar íntegra la porción testamentaria y van a concurrir también en la parte intestada. De este modo a) y b) van a llevar \$350 y los restantes hermanos \$100 cada uno

El inc. final de la disposición en comento, incorporada por la Ley 19.585, agrega que la regla del inc. 1° se aplicará una vez enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia. Esta disposición tiene una explicación histórica, pero de conformidad a la actual normativa el problema o conflicto que pretendía solucionar ya no se presenta.

Como veremos más adelante, las legítimas pueden ser de dos clases: rigurosa y efectiva. La primera es la que corresponde al legitimario dentro de la mitad legitimaria. La segunda es la legítima rigurosa más el acrecimiento de la cuarta de mejoras o de la parte de libre disposición, de que el testador no dispuso o si lo hizo no tuvo efecto su disposición.

La contradicción se presentaba en las herencias parte testada y parte intestada, cuando alguno de los herederos eran legitimarios y otros no. Por ejemplo, fallecía el testador dejando un hijo natural y cónyuge sobreviviente y disponía en el testamento dejando a su hijo natural la mitad legitimaria, sin decir nada respecto de la otra mitad de la herencia. Aplicando a esta situación el art. 966, el hijo natural llevaba su mitad legitimaria y la otra mitad se dividía conforme a las reglas de la sucesión intestada, esto es mitad para el hijo natural y mitad para el cónyuge. Sin embargo, aplicando a esta misma situación el

art. 1191 resultaba que el virtud del acrecimiento (legítima efectiva) el hijo natural llevaba toda la herencia. Frente a esta antinomia legal, la Ley 10.271 agregó un inciso final al art. 1191, haciendo primar las reglas de la sucesión intestada (esto es el art. 996) sobre el art. 1191 en caso de conflicto. De este modo quedó solucionada la contradicción. Esta regla, sin embargo, siguió siendo criticada porque permitía al testador mermar la asignación de la cuarta de mejoras tratándose de hijos naturales y de otros asignatarios de cuarta de mejoras que no eran legitimarios y que por sucesión intestada recibirían menos que la asignación semiforzosa. Por eso, en la discusión de la Ley 19.585 se quiso evitar esta consecuencia disponiendo en el art. 996 que las reglas de la sucesión intestada se aplican una vez enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y las mejoras de la herencia. Pero, al agregarse al final de la discusión de la ley a los ascendientes como asignatarios de mejora, el caso hipotético a que da lugar el inc. 3° del art. 1191 no podrá producirse, pues hoy en día todos los que concurren en los primeros dos ordenes de sucesión son legitimarios y asignatarios de mejoras, y a partir del tercer orden ya no existen ni legítimas ni mejoras. En otras palabras, actualmente nunca pueden ser llamados legitimarios con herederos abintestato que no lo sean: los hijos no matrimoniales, el cónyuge y los ascendientes son ahora legitimarios y excluyen a otros herederos.

▪ *El derecho de opción en la sucesión mixta respecto de un mismo asignatario*

Cuando un mismo asignatario es llamado a recoger una asignación por disposición testamentaria y otra por ley se presenta el problema de si puede repudiar una y aceptar la otra. Nos parece que la respuesta debe ser afirmativa, toda vez que el art. 129 señala expresamente que se puede aceptar una asignación y repudiar otra, salvo los casos legales. La situación es distinta cuando hay sucesivos llamamientos a una misma asignación y a una misma persona. Por ejemplo, Juan es llamado a la herencia de Pedro porque éste así lo dispuso en su testamento; pero Juan repudia la asignación. Ahora es la ley la que llama a Juan a recoger la herencia en su calidad de hijo y único heredero del causante. ¿Podrá aceptar si ya había renunciado?.

- *Asignatarios forzosos y sucesión mixta*

La sucesión mixta y en particular el art. 966 no puede ir en perjuicio de los asignatarios forzosos, especialmente los legitimarios. Si el testador ha dejado dos hijos que son sus legitimarios y en el testamento la única disposición testamentaria asigna a uno de ellos un inmueble ¿a qué parte de la herencia se imputa esa asignación?. Precisamente, para proteger la legítima, el art. 1198 inc. 1º dispone que todos los legados y donaciones hechas a un legitimario que tenía entonces la calidad de tal se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o donación ha sido a título de mejora.