

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXVI — ENERO - MARZO DE 1958 — N.º 103

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN

ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA

JUAN BIANCHI BIANCHI

QUINTILIANO MONSALVE JARA

MARIO CERDA MEDINA

ESTEBAN ITURRA PACHECO



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

RAMON DOMINGUEZ BENAVENTE

**Abogado y
Profesor de Derecho Civil**

DEL DERECHO DE ACRECER (*)

1.º—Concepto.—El derecho de acrecer tiene lugar cuando hay varios herederos o legatarios llamados a un mismo objeto, sin que entre ellos se haya hecho una designación de partes o cuotas, de manera que si uno falta la porción vacante se junta a la de los otros.

Esto se desprende del artículo 1147 del Código Civil, en cuanto dispone que "destinado un mismo objeto a dos o más asignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de éste se junta a las porciones de los otros, se dice acrecer a ellas".

Resulta así el derecho de acrecer, como la facultad en cuya virtud se juntan a los coasignatarios las porciones vacantes de sus coherederos o colegatarios conjuntos que faltan y que, por tal razón, no han llevado su parte en el objeto asignado a todos ellos.

Como decía el autor de nuestro Código, el derecho de acrecer "consiste en que, si por muerte, incapacidad o indignidad falta uno de los conjuntos al tiempo de deferirse la asignación, o deferida la repudia, pasa su porción a los otros conjuntos" (1).

(*) Notas tomadas de las clases sobre "Derecho Sucesorio", dictadas por el Profesor señor Domínguez Benavente, en su cátedra de Derecho Civil, en la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

(1) Nota de **Andrés Bello** al artículo 8.º, del título IV, del Proyecto de 1841-45.

2.º.—**El derecho de acrecer en Roma.**—El derecho de acrecer, que Heineccio calificaba de "difícil y sutil", se presenta hoy día influenciado por el sistema establecido para este instituto por el Derecho Sucesorio Romano.

Es necesario, entonces, aunque en forma superficial, referirse al concepto romano del derecho de acrecer para comprender debidamente el mecanismo del Código en esta materia.

Se admite generalmente que los romanos concibieron dos tipos de derecho de acrecer:

Uno general, necesario, independiente de la voluntad del difunto, apoyado en el principio de que nadie podía morir parte testado y parte intestado: "nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest".

Se consideraba existir "pugna entre estas dos cosas, morir testado e intestado (Pomponio). El título de heredero tenía tal fuerza expansiva que la falta de uno de ellos se traducía en que el as hereditario le era atribuido a los restantes o al único que quedaba, con prescindencia de que el llamamiento fuera a una cuota o a toda la herencia. Se impedía así que operara la sucesión intestada o legítima respecto de la parte vacante. Era el resultado del título de heredero, que atribuía al sucesor un derecho en la potestad soberana que tenía el difunto, por lo que faltando un heredero esa potestad continuaba en los restantes, con abstracción de la extensión con que el heredero hubiera sido llamado a los bienes del "de cuius".

De acuerdo con la concepción de Bonfante, "un principio fundamental de la sucesión romana es la incompatibilidad de la sucesión testamentaria con la intestada. Si alguien otorga testamento instituyendo heredero en un tercio o en un cuarto de su patrimonio, el heredero instituido adquiere éste en su totalidad y no se llama a los sucesores abintestato. Si de varios herederos uno repudia la herencia o muere antes de aceptarla, la herencia no se trasmite a sus herederos, sino que acrece a los demás herederos llamados por él: éste es el llamado derecho de acrecimiento. Este derecho de acrecimiento, que no tiene nada que ver con el nuestro, es el mismo que tiene lugar en los cargos públicos. En la magistratura colegial romana, si, por ejemplo, muere uno de los colegas, el poder

DEL DERECHO DE ACRECER

5

se concentra en los demás, por lo menos hasta que se proceda a su subrogación, la cual no es obligatoria" (2).

Conviene advertir, sin embargo, que ciertos autores no consideran este tipo de derecho de acrecer como general y, por el contrario, lo estiman excepcional, pues tenía lugar cuando no se presentaba el que dependía de la voluntad del causante, que pasamos a señalar (3).

Al lado de dicho tipo de derecho de acrecer, conocieron los romanos uno especial, que algunos doctrinadores denominan de carácter general y normal (4).

Este otro tipo era voluntario y excepcional, como una derogación del sistema general ya indicado. Se producía cuando el testador llamaba conjuntamente a varios herederos a todo el as, de manera que la porción del que faltaba acrecía a los otros. En esta forma se establecía una **preferencia** para los conjuntos frente a los herederos que no tenían ese carácter, desplazando este segundo tipo al primero arriba señalado. Este tipo se apoyaba en la "coniuntio", en la llamada cumulativa hecha expresamente por el testador de varios herederos *simpliciter*, esto es, sin designación de partes o cuotas.

Pero el fundamento en ambos tipos era el mismo: evitar que la sucesión fuera parte testada y parte intestada, por lo que el acrecimiento especial no era sino una forma de desplazar al general y necesario.

El segundo sistema es el único que ha pasado al Derecho moderno, desde que se admite, dada la evolución sufrida por el Derecho Hereditario en cuanto a la concepción del heredero, que se puede morir parte testado y parte intestado. Esto es así en nuestro Código —artículo 952, inciso segundo—, ya que, como decía Bello, "si en el testamento se ha dispuesto de una sola parte de los bienes, el resto del patrimonio se defiende a los herederos ab intestato según las reglas de la sucesión intestada" (5). Así lo establecen, tam-

(2) "Historia del Derecho Romano", Tomo I, páginas 210 y 211, N.º 6.

(3) En este sentido: Roca Sastre en "Estudios de Derecho Privado", Tomo II, página 218.

(4) *Ibidem*.

(5) Nota al artículo 1.º del título II, del Proyecto de 1841-45.

bién, los artículos 982, 674, 1044, 2094, 778, 3314 y 758, de los Códigos de España, Italia, Francia, Alemania, Uruguay, Argentina y Perú, respectivamente.

El acrecimiento por conjunción podía adoptar tres formas: la "coniunctio re et verbis", la "coniunctio re tantum" y la "coniunctio verbis tantum", esto es, conjunción real y verbal, conjunción real y conjunción meramente verbal, respectivamente.

Hemos de explicar más adelante, cuándo se daba cada una de estas conjunciones, interesando por ahora anotar, conforme a los famosos textos de Paulo, que el derecho de acrecer tenía lugar en las dos primeras conjunciones y no en la última, aunque se ha discutido muchísimo sobre el alcance de esos textos.

2.º bis.—**El derecho de acrecer en los legados.**—En los legados no tiene el derecho de acrecer el mismo fundamento que en la herencia, no existiendo en el Derecho Romano el acrecimiento general, necesario y típico. El fenómeno se relaciona solamente con el llamamiento conjunto que ha hecho el testador en favor de varios colegatarios.

Como lo enseña Bonfante, "el derecho de acrecer entre colegatarios, a diferencia del hereditario que tiene carácter especial y dependiente de la naturaleza de la herencia, está fundado en la voluntad del difunto hecha manifiesta por la conjunción real —coniunctio re o coniunctio re et verbis—, o sea, mediante el llamamiento de varios legatarios en el mismo objeto, sin hacer ninguna división entre ellos" (6).

3.º—**En el Código Civil Chileno no hay diferencia alguna.**—Nuestro Código recogió, como lo hemos manifestado, el acrecimiento del segundo tipo. Además, sujeta el derecho de acrecer a reglas uniformes, sea que la asignación constituya una herencia o legado.

Decía el autor del Código lo siguiente: "El derecho de acrecer en este proyecto se sujeta a reglas uniformes respecto de todo

(6) "Instituciones de Derecho Romano", página 662, N.º 224. En este mismo sentido: Petit, Eugène: "Tratado Elemental de Derecho Romano", página 755, N.º 633.

DEL DERECHO DE ACRECER

7

género de asignatarios. No se hace, pues, diferencia alguna en cuanto al derecho de acrecer entre herencias y legados, separándonos en este punto de lo establecido en el Derecho Civil, en que los herederos acrecían a todas las porciones vacantes sin necesidad de que fueran conjuntos, y acrecían forzosamente" (7).

Conforme a estas ideas, ha resuelto la jurisprudencia que la expresión "mismo objeto" que emplea el artículo 1147 "no es necesario que se refiera a una especie o cuerpo cierto; basta que el objeto asignado a varias personas sea uno mismo y forme un todo para los asignatarios, sin distinción de la parte o cuota que a cada uno corresponda" (8). Igualmente, "el derecho de acrecer tiene lugar siempre que se asigne un objeto o conjunto de objetos, como una herencia, a dos o más personas por iguales partes y uno de los coasignatarios falte al tiempo de deferirse dicha herencia o asignación" (9).

4.º—Fundamento del derecho de acrecer. Teorías.—Los romanos no se preocuparon propiamente de dar un fundamento al derecho de acrecer. Se limitaron a regularlo, conforme a la concepción que tenían del Derecho Hereditario.

Los glosadores, por su parte, se concretaron a la interpretación de los textos romanos. Así pasó a las codificaciones modernas, lo que explica que varias teorías se hayan ideado para fundamentar el derecho de acrecer, como se pasa a señalar.

Existen sustancialmente dos teorías que tratan de explicar el fundamento del derecho de acrecer: la teoría subjetiva o voluntaria, y la teoría objetiva.

Por la primera, que ha sido expuesta y defendida desde hace largo tiempo, el fundamento debe encontrarse en la "voluntad presunta del testador", en cuanto éste habría querido beneficiar en el todo a cada uno de los conjuntos, de suerte que si el derecho de cada asignatario resulta limitado a una parte o cuota de la asignación es por el hecho de llamar dos o más; pero la voluntad presunta del testador sería beneficiar por el todo a cada asignatario. Como

(7) Nota al artículo 10, título IV, Proyecto de 1841-45.

(8) "Gaceta de los Tribunales", año 1887, Sentencia N.º 3093, página 2098.

(9) "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo XX, Segunda Parte, Sección Primera, página 211.

lo explica Roca Sastre, "se presume —conforme a esta tesis— que el testador hubiera atribuido toda la herencia —o cosa legada— a uno solo de los herederos llamados, si no fuera por su anhelo de querer favorecer también a los otros, a los cuales estima o aprecia en igual grado. Cabe suponer que el testador, consultado, se hubiera expresado así: Mi deseo sería que tú, Ticio, hicieras tuya mi herencia; pero como el mismo deseo tengo respecto de Cayo, así como de Mevio, a todos los cuales estimo por igual, os llamo por mis herederos a todos tres, pero bien entendido que si cualquiera de vosotros no quiere o no puede serlo, el que lo sea que haga suya toda la herencia" (10).

Esta teoría es la seguida entre nosotros por la doctrina y la jurisprudencia.

Así, para Claro Solar "el acrecimiento se funda en la voluntad del testador que la ley presume", si bien recuerda que el Código es más preciso en esta materia que el de Francia, donde la mayoría de los doctrinadores atribuyen también este fundamento al derecho de acrecer (11).

Somarriva, por su parte, sostiene que "el derecho de acrecimiento no es sino una interpretación de la voluntad del testador por parte del legislador" (12).

La Corte Suprema ha sostenido que "la institución jurídica del acrecimiento, el derecho de acrecer, por disposición de la ley, tiene su origen en la voluntad expresa o tácita del testador, que llama a varios asignatarios conjuntos, a un mismo objeto, herencia o legado, sin división de cuotas" (13).

La teoría subjetiva tiene el inconveniente, entre otros, que limita el acrecimiento sólo a la sucesión testada, que es la única en que podría suponerse una voluntad presunta del "de cuius". Pero resulta que el acrecimiento, por la fuerza de las cosas, se presenta también en la sucesión intestada, aunque su reglamentación en el

(10) Obra citada, Tomo II, páginas 223 y 224.

(11) Claro Solar, Luis: "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Tomo XV, página 160, N.º 1211.

(12) Somarriva Undurraga, Manuel: "Derecho Sucesorio", Tomo I, página 276, N.º 408.

(13) "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo LII, Segunda Parte, Sección Primera, página 42 (considerando 5.º).

DEL DERECHO DE ACRECER

9

Código se encuentra enderezada para el caso que haya testamento. Además, en la sucesión testada esa voluntad presunta se extrae del llamamiento conjunto que ha hecho el testador, en circunstancias que la llamada cumulativa es uno de los presupuestos necesarios para que el acrecimiento opere; presupuesto que resulta de una voluntad que no tiene nada de tácita.

Conviene recordar, además, que "si se asigna un objeto a dos o más personas por iguales partes, habrá derecho de acrecer" —artículo 1148, inciso 2.º—, caso en el cual para nada juega la voluntad tácita o presunta del testador, ya que es el legislador el que le atribuye a la voluntad claramente manifestada un efecto en favor del acrecimiento que no ha estado en la mente del "de cuius", desde que gramaticalmente quiere decir "con limitación del derecho de cada uno a una sola parte de la herencia o cuota de herencia igual a las partes atribuidas a los otros".

Como dice un autor, "no todos los testadores saben que si dejan su casa a Pedro y Juan y falta uno, su porción acrece a la del otro. No sólo no lo sabe, sino que por regla general tampoco se pone en el caso de que pueda faltar uno de los llamados al objeto, al redactar su testamento; cuando tal cosa prevé, entonces nombra sustituto al que falta, o establece expresamente que la parte del que falta será recogida, o por el colegatario o por el heredero. Entonces es claro que la generalidad de los testadores no tienen la intención de establecer el derecho de acrecer, como indudablemente lo tenía el jurisconsulto" (14).

La teoría objetiva afirma que la voluntad del testador no crea el derecho de acrecer. El difunto sólo ha manifestado su voluntad en el sentido de llamar a varios asignatarios a un mismo objeto sin designación de cuotas.

A cada uno de los asignatarios, con la llamada cumulativa, se les confiere un derecho igual y potencialmente extensivo a la totalidad del objeto, de manera que desapareciendo el concurso no hay partes y el derecho en potencia se hace entonces real y efectivo. Si el llamamiento conjunto trae como consecuencia la división de la asignación en partes o cuotas es por la aplicación del principio

(14) **Alvear Urrutia, Jorge**: "Derecho de Acrecer", en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo XXVI, Primera Parte, página 26.

"concurso partes fiunt"; pero cesando el inconveniente que tenía el derecho de cada asignatario para llevarse el total, el acrecimiento tiene lugar.

La voluntad del testador no crea el acrecimiento, sino que actúa tan sólo en el sentido de producir el llamado conjunto o asignación "in totum" de la misma cosa a varias personas. Una vez creado ese llamamiento surge el derecho de acrecer, si es que desaparece el concurso, "cessante concurso partes cesant".

Esta posición afirma que el derecho de acrecer no aparece por el hecho de que el llamamiento solidario haga presumir la voluntad del testador en el sentido de que, de haber podido, a uno solo de los conjuntos le habría concedido el "de cuius" todo el objeto, sino porque aquella llamada cumulativa confiere a cada asignatario un derecho inicial sobre toda la herencia o cosa legada, de la misma manera como el heredero romano tenía derecho a toda la herencia.

La voluntad del testador sirve tan sólo para determinar si hay o no llamamiento conjunto; pero posteriormente queda agotada esa voluntad y lo que entra en juego es la situación jurídica resultante de esa conjunción cuando uno de los sucesores falta, no formando ya parte la voluntad del causante del acrecimiento. De aquí que ciertos autores, suponiendo que cada uno tiene derecho igual y al total hablen de un "ius non descrendi" más bien que de un "ius accrescendi".

La cuestión del fundamento del derecho de acrecer, dentro del Código, debe encontrarse en el mecanismo de la delación a los conjuntos.

Con la delación, la ley hace un llamamiento a todos los asignatarios para aceptar o repudiar la asignación en su totalidad y no en su cuota, puesto que en el acrecimiento se trata de asignatarios que no tienen señalada su parte o cuota —artículo 1148—.

Este llamamiento lo hace la ley a quienes el testador designó conjuntamente y sin atribución de partes, de donde se extrae la conclusión que si uno de ellos no la acepta, la delación —el actual llamamiento de la ley para aceptar a repudiar la asignación—, queda abierta para los restantes y respecto de toda la asignación, no produciéndose la vacancia en la cuota del que no ha aceptado —pues no hay llamamiento por cuotas— sino en la vocación, en

DEL DERECHO DE ACRECER

11

el título que tenía el que no aceptó para justificar la aceptación. La aceptación de los restantes lo es a toda la asignación y no a su cuota, que no existía.

El fundamento del derecho de acrecer, por consiguiente, debe encontrarse en la voluntad expresa del testador, que ha llamado a varios a toda la asignación y a cada uno en particular, por lo que, deferida la asignación en su integridad a todos ellos, si falta uno el llamamiento subsiste para los restantes a la integridad del objeto asignado. El acrecimiento se produce así, no en la cuota vacante, que no llega a existir, sino más acertadamente en el título que tenía el asignatario, bien de la sola disposición de la ley o del testamento del "de cuius", para legitimar más adelante la aceptación. Las cuotas vienen a resultar con posterioridad a la aceptación y entonces "concurso partes fiunt".

Lo anteriormente expuesto es de suma importancia en nuestra legislación. Como el acrecimiento tiene por fundamento la llamada cumulativa de todos los conjuntos y de cada uno en particular a todo el objeto asignado, por voluntad expresa del causante, resulta que si uno de los coasignatarios no quiere o no puede suceder, la sucesión no resulta en parte testada y en parte intestada, como pudiera desprenderse del artículo 980. La sucesión sigue siendo, si hay testamento, íntegramente testamentaria y los herederos abintestato del difunto no pueden pretender disputar a los restantes conjuntos la cuota que pudo corresponder, en definitiva, al que no ha querido o podido aceptar la asignación.

Ha resuelto la jurisprudencia, por aplicación de estos principios, que cuando hay herederos universales instituidos por el difunto, la sucesión no puede ser parte intestada, porque el acrecimiento excluye la aplicación de las reglas de la sucesión legítima, y, en consecuencia, de la representación (15).

5.º—El derecho de acrecer tiene cabida en toda sucesión.— El derecho de acrecer aparece reglamentado en el Código en el párrafo 8.º, Título IV, del Libro III, que trata "De las Asignaciones Testamentarias".

(15) "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo XX, Segunda Parte, Sección Primera, página 211.

En los artículos 1148, 1149 y 1155 se ocupa especialmente del acrecimiento limitado a la sucesión intestada, por lo que se ha sostenido que este derecho sólo se presenta cuando hay testamento y no en la sucesión intestada o legítima (16).

Se afirma que a falta de testamento "la parte del que no puede o no quiere suceder, puede ser recogida por derecho de representación por su hijo. Si fallece antes de aceptar o repudiar, su heredero, por derecho de transmisión, puede aceptar o repudiar la parte que se le ha dejado y deferido antes de la muerte del trasmisor" (17).

Es cierto que el acrecimiento aparece reglamentado en las asignaciones testamentarias. Sin embargo, la verdad es que, por la fuerza de las cosas, se presenta también en la sucesión intestada. Llamados, por ejemplo, los ascendientes legítimos del difunto a recoger el *as hereditario* y si uno de ellos repudia, la delación queda abierta para los restantes y ellos solos se llevan toda la porción o asignación destinada a los ascendientes por el derecho de acrecer, sin perjuicio de que por el derecho de representación o de transmisión se excluya, en la sucesión legítima y en ciertos casos, el acrecimiento.

Si no se admite el derecho de acrecer en la sucesión intestada, no se ve cuál sería, razonablemente, el fundamento para que los restantes asignatarios —los demás ascendientes legítimos, en el ejemplo—, se llevaran todo el *as hereditario*, desde que la delación le fue hecha también al que había renunciado.

Se trata de explicar esta situación, diciendo que lo que "pasa no es que haya operado el derecho de acrecimiento, sino que las disposiciones de la ley que distribuyen *abintestato* los bienes del causante se aplican a los herederos *abintestato* que concurren; si uno falta por cualquier motivo, no se le toma en cuenta para repartir la herencia" (18). Esto no es sino una manera de expresar, en el fondo, la existencia del acrecimiento, desde que el fenómeno que

(16) En este sentido: **Somarriva**: Obra citada, Tomo I, página 276, N.º 408; **Alvear**: Trabajo citado, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo XXVI, página 33.

(17) **Alvear**: Trabajo citado, página 34.

(18) **Abelluk, Rojas y Tasso**: "Estudio Crítico de la Jurisprudencia del Código Civil. La Sucesión Legal", página 70, N.º 59.

DEL DERECHO DE ACRECER

13

se opera en la sucesión legítima es el mismo que la ley ordena cuando trata del derecho de acrecer.

Como lo expresa Claro Solar, "el derecho de acrecimiento, aunque nuestro Código se ocupe de él especialmente al tratar de las asignaciones testamentarias, está establecido de un modo general para las dos clases de sucesión por causa de muerte; para la sucesión testamentaria, obra de la voluntad del testador, y para la sucesión legítima o abintestato, obra directa de la ley. Además está establecido, no sólo para las asignaciones a título singular, sino también para las asignaciones a título universal" (19).

El Código Civil Alemán denomina el acrecimiento en la sucesión legítima "aumento". Su artículo 1935 dispone lo siguiente: "Si falla un heredero legítimo antes o después de la muerte del causante, y se incrementa a consecuencia de ella la porción hereditaria de otro heredero legítimo, la parte en que se incrementa la porción hereditaria vale como porción hereditaria independiente en relación con los legados y modos con los que está gravado este heredero o el heredero que falla, así como en relación a la obligación de colación".

Explicando esta regla, dice Binder que "la división de la herencia se realiza entre los restantes herederos legales como si el desaparecido no hubiera llegado nunca a ser heredero. Ello ocurre así justificadamente, pues aquéllos, en virtud de su fundamento de vocación y si el desaparecido no hubiera existido, habrían debido ser llamados de antemano a la totalidad de la herencia. Por consiguiente, el acrecimiento se produce aquí per se, de un modo necesario" (20).

Confirmación de lo expuesto es, precisamente, la disposición del artículo 1190, según el cual "si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, por indignidad o exheredación, o porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho de representarle, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria, y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros, y la porción conyugal en el caso del artículo 1178, inciso 2.º", —inciso 1.º—.

(19) Obra citada, Tomo XV, página 146, N.º 1189.

(20) "Derecho de Sucesiones", página 170, N.º 21.

Conviene tener presente, en primer lugar, que si un legitimario no lleva su legítima por incapacidad, indignidad o repudiación, en el supuesto que la sucesión sea testamentaria, de inmediato en esa parte la sucesión pasa a ser intestada —artículo 980—, de tal manera que es muy natural que tenga cabida la representación —artículo 984—; y, en segundo lugar, que aun cuando en esa parte la sucesión es intestada, el acrecimiento o aumento, como lo llama la ley, se produce en favor de los otros legitimarios y del cónyuge superviviente, a menos que tenga cabida el derecho de representación, que en esta situación prefiere al acrecimiento, pues es como si hubiera una sustitución vulgar de los representantes por el representado, que era el instituido por el testador. Y esta misma situación se da si la sucesión, desde su origen, era intestada.

6.º—**El acrecimiento es voluntario.**—Las reglas contenidas en el Código Civil acerca del derecho de acrecer, no son obligatorias ni para el testador ni para el asignatario.

Elas tienen lugar cuando nada se ha ordenado por el "de cuius" acerca de si tendrá o no cabida el acrecimiento. Si el testador lo prohíbe, aunque se reúnan en la disposición todos los elementos establecidos por la ley, se estará a lo que el testador haya dispuesto.

Es regla señalada por el artículo 1155 que "el testador podrá en todo caso prohibir el acrecimiento". Si puede prohibirlo, con mayor razón le es permitido establecerlo directamente, como si ordena que las partes de los unos "acrezcan a los otros", o "pasen a los otros", o "beneficien a los otros", ya que no hay términos sacramentales (21).

Pero no diciendo nada y concurriendo las exigencias legales, se produce el acrecimiento. Si además de cumplirse con los términos de la ley el testador declara expresamente su voluntad favorable al acrecimiento, como en alguna de las formas señaladas arriba, tal manifestación, en el hecho, es inútil, innecesaria, desde que el acrecimiento se habría producido igualmente.

Lo que el testador no puede hacer, es ordenar el acrecimiento

(21) En este sentido: Fornieles: "Tratado de las Sucesiones", Tomo II, página 221, N.º 315.

DEL DERECHO DE ACRECER

11

cuando las exigencias del Código no se reúnen en el testamento. Si, por ejemplo, junto con determinar la parte o cuota en que llama a cada asignatario, ordena el acrecimiento, no podrá darse este derecho, ya que por el Código es indispensable que se destine un mismo objeto a dos o más asignatarios sin designación de partes o cuotas —artículos 1147 y 1148—. Si la cuota del que falta llega a reunirse con la del que aceptó, será por otro mecanismo, como la sustitución recíproca.

Desde el punto de vista del asignatario, es también voluntario el acrecimiento. La posibilidad de los conjuntos que aceptan de llevarse toda la asignación no se produce "ipso jure". Por el contrario, establece el artículo 1151 que "el coasignatario podrá conservar su propia porción y repudiar la que se le defiere por acrecimiento; pero no podrá repudiar la primera y aceptar la segunda"; regla que está de acuerdo con la que ya había señalado el artículo 1068 y que reitera el artículo 1229.

Podemos decir, con de Diego, que el derecho de acrecer es voluntario "tanto por parte del testador como por parte de los herederos. Por parte del testador, porque puede prohibirlo en su testamento, aún tratándose de herederos conjuntos, porque el testamento es la ley fundamental de la sucesión. Por parte de los herederos, porque el Código no impone a éstos la aceptación de la parte que les corresponde en la porción vacante, ya que los derechos son renunciables" (22).

7.º—Requisitos del acrecimiento. Enumeración.—No habiendo el testador prohibido el acrecimiento, se dará este derecho siempre que concurren los requisitos siguientes:

- 1.º) Que todos los coasignatarios sean llamados al mismo objeto;
- 2.º) Que sean llamados todos a la totalidad del mismo objeto; y
- 3.º) Que falte uno o más de los coasignatarios.

8.º—1.º) Que todos los coasignatarios sean llamados al mismo objeto.—Dispone el artículo 1147 que "destinado un mismo objeto

(22) "Instituciones de Derecho Civil Español", Tomo III, página 414.

a dos o más coasignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de éste se junta a las porciones de los otros, se dice acrecer a ellas".

Por un mismo objeto se entiende, no solamente el legado de cosa singular, sino una misma asignación, bien a título universal o singular. De aquí que si el testador deja de herederos a Pedro, Juan y Antonio, el derecho de acrecer, mirando este solo elemento, tiene cabida desde que se ha dejado el mismo objeto —el derecho de herencia— a dos o más asignatarios.

Ha resuelto la jurisprudencia que la palabra "objeto" de que este artículo se vale, significa lo que se percibe por los sentidos y también aquello en que éstos se ejercen y de consiguiente no excluye la idea de una cosa o conjunto de bienes, como son los que componen la totalidad de una herencia" (23).

El derecho de acrecer tiene cabida, también, en los derechos reales de usufructo, uso y habitación, y respecto de una pensión periódica. Dispone el artículo 1154: "Los coasignatarios de usufructo, de uso, de habitación, o de una pensión periódica, conservan el derecho de acrecer, mientras gozan de dicho usufructo, uso, habitación o pensión; y ninguno de estos derechos se extingue hasta que falte el último coasignatario".

Esta regla venía ya impuesta por los artículos 780 y 812; pero el acrecimiento previsto por estos artículos se presenta cuando la vacante ocurre durante la vigencia o goce de los derechos de usufructo, uso o habitación, mientras que el contemplado por el artículo 1154 dice relación con el acrecimiento que se produce cuando la vacante se presenta al momento de la delación.

En suma, en estos derechos hay dos posibilidades de acrecimiento cuando se constituyen "mortis causa": una, cuando deferida la asignación de alguno de estos derechos falta uno o más de los coasignatarios, y la otra posteriormente, esto es, cuando falta uno de los conjuntos durante el goce del respectivo derecho.

Sin embargo, bien mirado el segundo aspecto en que se puede presentar el acrecimiento en los derechos de usufructo, uso y habitación, no existe en el sentido propio de la expresión.

(23) "Gaceta de los Tribunales", año 1887, Sentencia N.º 3093, página 2098

DEL DERECHO DE ACRECER

17

El derecho de acrecer, según ya lo llevamos dicho, actúa frente a la pluralidad de llamamientos en vista de una comunidad en formación, cuando uno de esos llamamientos queda sin efecto. Pero si se está frente a una comunidad ya formada, como cuando dos o más usufructuarios gozan del derecho, no cabe propiamente hablar de acrecimiento. Lo que ocurre es que el artículo 780 —aplicable al uso y a la habitación por el artículo 812— prescribe que “siendo dos o más los usufructuarios, habrá entre ellos derecho de acrecer, y durará la totalidad del usufructo hasta la expiración del derecho del último de los usufructuarios” —inciso 1.º—, o sea, que los restantes gozan de todo el derecho y no se produce la confusión con el derecho del nudo propietario.

Lo dicho precedentemente tiene perfecta aplicación tratándose de la propiedad fiduciaria, ya que siendo dos o más los propietarios fiduciarios, habrá entre ellos derecho de acrecer, según lo dispuesto para el usufructo en el artículo 780, inciso 1.º —artículo 750—.

Se trata, también, de una doble posibilidad de acrecer que tienen los fiduciarios, a saber: si al tiempo de la delación falta uno de los conjuntos, o si posteriormente, gozando ya del derecho de dominio, falta uno de los fiduciarios.

9.º—2.º) **Que sean llamados todos a la totalidad del mismo objeto.**—El llamamiento al mismo objeto no basta, pues se requiere que lo sea a la totalidad del mismo objeto.

De aquí que el “acrecimiento no tendrá lugar entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado; cada parte o cuota se considerará en tal caso como un objeto separado; y no habrá derecho de acrecer sino entre los coasignatarios de una misma parte o cuota” —artículo 1148, inciso 1.º—.

Aunque después de aceptada la asignación, y al practicar los coasignatarios la división entre ellos, corresponderá a cada cual una porción, lo que hace operar el acrecimiento es el hecho de que el “de cuius” no haya señalado partes o cuotas. Desea así el legislador, que toda la asignación sea deferida a todos los coasignatarios y que el llamamiento para aceptarla o repudiarla se haga, respecto de cada uno de ellos, a la totalidad del mismo objeto.

"El derecho de acrecer —expresa Fabres—, supone, más bien dicho, exige esencialmente que los coasignatarios estén llamados a una misma cosa y a toda la misma cosa: por esta razón los jurisconsultos lo llaman "ius non decreſcendi"; "non ut plus habeat", dice Eujacio, "sed ut ne minus habeat". Así el llamamiento que dice: "Lego a Juan y a Pedro mi casa tal", importa legar a Juan toda la casa, y legar a Pedro toda la misma casa" (24).

10.º—**Cuándo se entiende que son llamados todos los coasignatarios a la totalidad de la misma cosa.**—Se entiende que todos los asignatarios, y cada uno en particular, son llamados a la totalidad del objeto, cuando entre ellos hay una conjunción que los una, conforme a la elaboración que para estos efectos nos viene desde el Derecho Romano.

De acuerdo con las fuentes romanas, tres son las conjunciones, a saber: la "coniunctio re et verbis", la "coniunctio re tantum" y la "coniunctio verbis tantum". Según dos famosos textos de Paulo —el fr. 142, D. 50, 16, y el fr. 89, D. 32—, el acrecimiento tenía lugar en las dos primeras conjunciones y no en la última, aunque se ha discutido mucho al respecto.

El Código ha recogido estos precedentes, como se pasa a señalar:

A) **Conjunción verbal ("verbis tantum").**—Ocurre que el testador llama a varios asignatarios en una misma cláusula y al mismo objeto, pero adjudicándoles partes separadas, como si deja de herederos a B, C y D "por tercios", o "para que B. tome la mitad de ella, C y D la otra mitad".

En el primer caso B, C y D, se encuentran unidos en las palabras, en el llamamiento; pero como el "de cuius" ha dividido entre ellos la herencia no hay acrecimiento, porque "cada tercio se considera como una asignación distinta, que caduca por falta de uno de los asignatarios, porque éstos, según el lenguaje de los civilistas, son conjuntos verbis" (25).

(24) "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, Nota N.º 29, páginas 311 y 312.

(25) Nota de Bello al artículo 9.º del Título IV, Proyecto de 1841-45.

DEL DERECHO DE ACRECER

19

En el otro caso, entre el asignatario B, por una parte y C y D, de otra, se presenta también una conjunción verbal. El testador dividió la herencia en un medio para B y otro medio para C y D, de manera que "la mitad de B es también una asignación distinta, que caduca faltando B" (26).

Estas ideas son las que ha recogido el inciso 1.º del artículo 1148, al disponer que el acrecimiento no tiene lugar entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado: cada parte o cuota se considerará en tal caso como un objeto separado; y no habrá derecho de acrecer sino entre los coasignatarios de una misma parte o cuota.

B) Conjunción real ("re tantum").—Se presenta cuando la misma cosa, el mismo objeto, una misma asignación, es dejada a dos o más asignatarios en disposiciones separadas de un mismo testamento, sin expresión de partes o cuotas. "Supongamos que en una cláusula se dejase un mismo objeto a B y en otra a C. Faltando B, acrecería su porción a C" (27).

Se encuentra contemplada por el artículo 1149 del Código Civil, según el cual hay derecho de acrecer "sea que se llame a los coasignatarios en... cláusulas separadas de un mismo instrumento testamentario" —inciso 1.º—.

La llamada cumulativa en cláusulas separadas permite el acrecimiento por el hecho de que a todos se les deja el mismo objeto —artículo 1147— y la totalidad de ese objeto —artículo 1148, inciso 1.º—.

Según Fabres, "basta pues que sean llamados a una misma asignación en el mismo testamento: por ejemplo: "Lego mi hacienda Ceres a Pedro —2.ª cláusula—: Lego mi hacienda Ceres a Juan —5.ª cláusula—: Lego mi hacienda Ceres a Diego —9.ª cláusula—. Pedro, Juan y Diego son coasignatarios, y hay por consiguiente entre ellos derecho de acrecer, porque son llamados a la misma asignación en el mismo testamento, y porque el testador no asignó distintas partes o cuotas —artículo 1148—; aunque dividirán el fundo Ceres en partes iguales" (28).

(26) Ibidem.

(27) Nota al artículo 10, Título IV, Proyecto de 1841-45.

(28) Obra citada, Tomo II, Nota 29, página 311.

Los coasignatarios unidos por la conjunción "re tantum" eran los **disyuntos**, esto es, y como lo establecía el Proyecto de los años 1841-45, los asignatarios de un mismo objeto, designados en un mismo instrumento testamentario, aunque en cláusulas separadas, pero sin expresión de partes o cuotas (29).

No sucede así de acuerdo con el artículo 1045 del Código Civil Francés. En esa codificación se da la conjunción "re tantum" y hay lugar al acrecimiento "cuando una cosa que no fuese susceptible de división sin deteriorarse, se haya donado por un mismo acto a muchas personas aunque separadamente". Los comentaristas están de acuerdo en que "corresponde al juez de hecho el decidir si esta condición puesta para el derecho de acrecer, se encuentra realizada en el caso" (30).

Según nuestro Derecho, poco o nada importa que el objeto asignado sea o no susceptible de división.

Si el llamamiento al mismo objeto y sin expresión de cuotas se hace en instrumentos separados, el acrecimiento, en principio, no tiene lugar. Es cierto que los asignatarios están unidos por la "coniunctio re tantum"; pero es regla de que el testamento posterior revoca al anterior en todo lo que aquél sea incompatible con éste —artículo 1215, inciso 2.º—.

Si el testador designa a Juan como heredero en el primer testamento y a Diego en el segundo, no hay acrecimiento, pues la institución en favor de Diego revoca la efectuada primeramente a Juan, por ser incompatibles. De aquí que el artículo 1149, inciso 2.º, establezca que "si el llamamiento se hace en dos instrumentos distintos, el llamamiento anterior se presumirá revocado en toda la parte que no le fuere común con el llamamiento posterior".

Habrá acrecimiento sólo si el segundo llamamiento no es incompatible con el primero, bien porque en aquél se repite el llamamiento que se había hecho en éste, o porque en el segundo se agregan otros asignatarios a la misma cosa, de manera que el primer testamento se mantiene en lo compatible con el último. Mejor dicho, solamente vale el segundo llamamiento.

(29) Artículo 10, Título IV.

(30) Josseland, Luis: "Derecho Civil", Tomo III, Volumen 3, página 326, N.º 1747.

DEL DERECHO DE ACRECER

21

C) Conjunción a la vez real y verbal ("re et verbis").—Ocurre esta conjunción cuando la misma cosa es asignada a varias personas por una misma cláusula, sin que entre ellas se la haya dividido en partes o cuotas.

Por el hecho de darse a un mismo tiempo la "coniunctio re" y la "coniunctio verbis" se le ha llamado por ciertos autores *mixta*, desde que es real en cuando se llama a varios asignatarios al mismo objeto y en su totalidad, y verbal por el hecho de ser contemplados en una misma proposición.

En esta situación se dan los dos supuestos en que tiene cabida el acrecimiento, es decir, se ha destinado "un mismo objeto a dos o más asignatarios" —artículo 1147— en "una misma cláusula" —artículo 1149, inciso 1.º—.

10 bis.—Asignación por iguales partes.—En virtud del artículo 1148 "si se asigna un objeto a dos o más personas por iguales partes, habrá derecho acrecer" —inciso 2.º—.

Con esta regla especial, el autor del Código puso término a una célebre controversia entre los expositores del Derecho Romano, como lo expresó en nota al artículo 1303 del Proyecto del año 1853. En efecto, se sostenía, por algunos, que en este caso no había sino una conjunción verbal y no real, desde que el testador había dividido entre ellos la cosa asignada, por lo que el acrecimiento no podía tener lugar. Para otros, por el contrario, la conjunción era real, pues debiendo entenderse que las partes de cada uno de los conjuntos eran iguales se trataba solamente de una mención superflua, no siendo obstáculo al derecho de acrecer.

Sin embargo, esta controversia hizo dudar a don Andrés Bello acerca de la solución que debía adoptar. Así, en el Proyecto de los años 1841-45 venía la siguiente nota: "Si la asignación es así: "Dejo tal cosa a B, C y D, por partes iguales", o "por tercios", o "para que B tome la mitad de ella, C y D. la otra mitad"; en el primero y segundo caso, cada tercio se considera como una asignación distinta, que caduca por falta de uno de los asignatarios, por esto, según el lenguaje de los civilistas, sólo son conjuntos verbis, no re; y en el tercero, la mitad de B es también una asignación distinta, que caduca faltando B; pero la mitad de C y D no caduca, sino

por falta de ambos, porque son asignatarios conjuntos re et verbis respecto de su mitad" (31).

Posteriormente, y por el Código, se dispuso lo contrario, de manera que hay lugar al acrecimiento si se asigna algo por iguales partes.

La jurisprudencia ha resuelto de distinta manera la asignación "por mitad".

En un fallo se manifestó que "no envuelve acrecimiento. La circunstancia de que las cuotas en que la dividió el testador sean iguales no hace aplicable el inciso 2.º del sobredicho artículo 1148: éste se refiere al caso de que se asigne un todo por iguales partes a dos o más personas y no expresa asignación de cuotas" (32).

Más tarde, se resolvió lo contrario, pues se sostuvo que "el sentido natural y obvio de las palabras empleadas por el testador, primera regla de interpretación aplicable en este caso, demuestra... que la expresión "por mitad" es equivalente a "iguales partes"; y al usarla —el testador— sin otro agregado, no ha señalado límite a cada porción, ni ha hecho referencia alguna a la manera cómo debe distribuirse la asignación entre los beneficiados con ella; y, en realidad, en esta contingencia no hay determinación de cuotas, porque esas porciones iguales pueden ser variables, según sea el número de los asignatarios que, en definitiva, deben recibir la asignación, y es por ello que en la especie debatida se produce acrecimiento" (33).

Esta última interpretación guarda conformidad con el pensamiento del autor del Código, quien si bien en la nota citada arriba no admitía el acrecimiento cuando el testador señalaba las porciones o cuotas en que haya de dividirse la cosa asignada, lo cierto es que consideraba que las expresiones "por partes iguales", o "por tercios", o "por mitad" eran sinónimas, de donde se concluye que el acrecimiento es admitido en la asignación por mitad. Por tanto, da lo mismo llamar a Pedro y Juan como herederos, que decir, por

(31) Artículo 9.º del Título IV.

(32) "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo XV, Sección Primera, página 350.

(33) "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo LII, Segunda Parte, Sección Primera, página 42 (considerando 15).

aplicación del artículo 1148, inciso 2.º, en partes iguales, o decir: instituyo herederos a Pedro y Juan por mitad.

Por lo demás, lo que determina el acrecimiento es que se asigne un mismo objeto a varios sucesores, lo que ocurre precisamente cuando la herencia se les asigna, toda ella, por mitad, por iguales partes, por tercios, desde que hay identidad del objeto, y no excluye el acrecimiento.

La regla de que nos venimos preocupando se encuentra, en términos más o menos semejantes, en otras legislaciones.

Por el artículo 674 del Código de Italia, la "sola expresión de partes iguales o en iguales porciones, no excluye el derecho de acrecer". El artículo 983 del Código Civil Español dice lo siguiente: "la frase "por mitad o por iguales partes" u otras que, aunque designen parte alicuota no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer" —inciso 2.º—.

Pero la regla anterior no tiene aplicación, esto es, no procede el acrecimiento, si el testador deja un medio a Juan y el otro a Diego, porque el testador ha hecho de cada mitad de la herencia un cuerpo separado de bienes, habiendo asignado a cada heredero una mitad de ella.

Abstracción hecha de la disposición del inciso 2.º del artículo 1148, no se puede negar que se trata en la especie de un puro formalismo del legislador, que supone que hay acrecimiento si se deja la asignación "por iguales partes" y que no lo hay si deja un medio a cada uno de los herederos, desde que en el fondo es lo mismo (34).

11.º—3.º) **Que falte uno o más de los coasignatarios.**—Es necesario, por último, que falte uno o más de los conjuntos —artículo 1147—.

El momento al cual se atiende para determinar si falta uno o más de los conjuntos es el de la delación (35).

No ha dicho el Código cuándo se entiende que falta algún coasignatario, pero es indudable que ello ocurre cuando es incapaz —verbi gratia, por muerte—, cuando es indigno o si, deferida la

(34) En este sentido, Polacco: "De las Sucesiones", Tomo I, página 468.

(35) Véase: artículo 956 del Código Civil Chileno.

asignación, la repudia. Eran, por lo demás, las situaciones que el señor Bello señalaba como suficientes para el acrecimiento, pues según él este derecho "consiste en que, si por muerte, incapacidad o indignidad falta uno de los conjuntos al tiempo de deferirse la asignación, o deferida la repudia, pasa su porción a los otros conjuntos" (36).

En buena lógica no puede hablarse de porción vacante cuando el asignatario falta por premoriencia al testador. En rigor, la vacancia del sucesor debe ocurrir entre la delación y la aceptación, esto es, con posterioridad a la apertura de la sucesión. Antes de la delación no hay sino un sucesor designado; pero esa designación es de ninguna importancia jurídica, desde que no se tiene ningún derecho ni expectativa que sea tutelada por la ley. Sólo quien ha podido llegar a adquirir la asignación y no lo ha hecho puede dar lugar a una vacante que acrecerá a los otros. El que fallece antes de la delación no ha dado lugar siquiera a un llamamiento a su favor, pues se le considera como si jamás hubiera sido instituido asignatario.

Sin embargo, por el Código la premoriencia es una causal de vacancia que da lugar al acrecimiento.

En cuanto a la renuncia, es también una causal de vacancia, desde que los efectos se retrotraen al momento en que la asignación fue deferida —artículo 1239—. Si la renuncia es más tarde anulada —artículo 1237—, desaparecerá la vacante y quedará sin efecto el derecho de acrecer que intertanto se haya podido producir. Otro tanto cabe decir si esa renuncia es dejada sin efecto por la acción de los acreedores del renunciante, pues por encima del derecho de los coasignatarios se encuentra el de los acreedores —artículo 1238—.

12.º—Efectos del derecho de acrecer.—El principal y más importante efecto es el siguiente: la vacancia hace que la titularidad de los otros coasignatarios se extienda a la porción que pudo llevar el conjunto que falta. En esta forma, los que han aceptado dividen entre sí el objeto asignado, con abstracción del que no ha podido o no ha querido aceptar la asignación.

(36) Nota al artículo 8.º del Título IV del Proyecto de 1841-45.

DEL DERECHO DE ACRECER

25

Este acrecimiento no se produce, sin embargo, de pleno derecho. Conforme al artículo 1151, "el coasignatario podrá conservar su propia porción y repudiar la que se le defiere por acrecimiento; pero no podrá repudiar la primera y aceptar la segunda".

El lenguaje del Código no es rigurosamente exacto. Da a entender que los que aceptan adquieren, por el derecho de acrecer, una porción ajena, en circunstancias de que no es así. El que no pudo o no quiso llevar la asignación no ha sido jamás dueño de ninguna porción, de manera que los que han aceptado no adquieren porción ajena alguna. Por lo demás, es de la esencia del acrecimiento que el objeto sea destinado sin designación de partes o cuotas entre los asignatarios, de donde debe concluirse que hay una imperfección de lenguaje en el legislador.

Hemos manifestado ya que la vacancia no se produce en la cuota, sino más exactamente en la causa que legitima al designado para adquirir la asignación. Cuando uno de los conjuntos no puede o no quiere aceptar, la vacancia no es en su cuota sino, exactamente, en la vocación para suceder.

Al aceptar los conjuntos que su vocación se expanda hasta cubrir la del que falta, lo hacen con "todos sus gravámenes, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del coasignatario que falta" —artículo 1152—, regla ya contemplada por el artículo 1068, en cuanto tenía establecido que "la asignación que por faltar el asignatario se transfiere a distinta persona, por acrecimiento, sustitución u otra causa, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles, y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente" —inciso 1.º—.

No ocurría así en el Derecho Romano, que distinguía entre los conjuntos "re" y los conjuntos "re et verbis". Para los primeros el acrecimiento operaba *ipso jure*, sin las cargas; para los segundos era voluntario, pero con las cargas.

Según Bello, "la distinción no carecía de fundamento. Ahora bien, entre conjuntos re, si se borra en una de las cláusulas el nombre del asignatario, la cláusula toda parece necesariamente, porque no tiene persona a quien referirse, y las cargas que impone se desvanecen de la misma suerte que los beneficios que confiere. La otra cláusula producirá, pues, los mismos efectos que si jamás

hubiese existido la primera, y el respectivo asignatario gozará de toda la asignación, sin más cargas que las expresadas en ella. La Comisión opinó que había más de sutil que de sólido en la distinción del Derecho Romano, y ha creído mejor adoptar una regla uniforme" (37). Es lo que ocurre por el Código, según la disposición ya citada.

Los doctrinadores del Derecho Francés discuten si el acrecimiento es por las cargas —"cum onore"— o sin ellas —"sine onore"—.

La mayoría, siguiendo a Pothier (38), juzgan que el acrecimiento es voluntario y con las cargas que había impuesto el testador al asignatario que falta. Así, Planiol y Ripert, después de preguntarse si el acrecimiento es voluntario o forzado, concluyen: "Sea forzoso o voluntario, parece preferible entender que el acrecimiento se realiza "cum onore" —con cargas—, ya que ninguno de los legatarios debe tener la posibilidad de recibir más de lo que hubiera correspondido a los dos" (39).

En nuestro Código Civil, la regla no es absoluta: cuando la carga es personal del coasignatario que falta no pasa al que acepta —artículo 1152—. Si se ha impuesto a uno de los conjuntos la obligación de contraer matrimonio con determinada persona, o de no hacerlo con ella, es natural y obvio que si no acepta la asignación la carga no pasa a los que aceptan —artículo 1077—.

13.º—Cómo se divide el objeto asignado entre los coasignatarios.—Los coasignatarios, aceptando todos, dividen entre ellos el objeto asignado por iguales partes. En este caso, desde que todos han aceptado, no se produce el acrecimiento, pues falta la "condictio iuris" —artículo 1147— necesaria para que tenga cabida el acrecimiento.

Si uno o más de los coasignatarios llamados solidariamente a todo el objeto falta, los restantes dividen entre sí y por iguales par-

(37) Nota al artículo 12 del Título IV del Proyecto de 1841-45.

(38) "Traité de Donations Testamentaires", in "Oeuvres", Tomo VIII, N.º 535, página 328.

(39) "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo V, página 792, N.º 734. En el mismo sentido: Josserand: "Derecho Civil", Tomo III, Volumen 3, página 328, N.º 1749. En sentido contrario: Delvincourt: Tomo II, página 343.

DEL DERECHO DE ACRECER

27

tes la porción que pudo corresponderle al primero, ya que en eso consiste el acrecimiento —artículo 1147—.

Sin embargo, para determinar exactamente cómo se distribuye el objeto asignado es preciso, de acuerdo con el Código, tener en cuenta las siguientes situaciones:

a) Si se llama **individualmente** a los coasignatarios, como si el testador ordena que sean sus herederos Juan, Diego y Antonio y falta uno de ellos, los restantes, por el llamado individual que se les ha hecho, dividen entre sí el objeto asignado por iguales partes, esto es, corresponde a cada cual $\frac{1}{2}$ del as hereditario;

b) Puede suceder que el testador haga concurrir a coasignatarios **individuales** con los denominados **conjuntos**, entendiéndose por tales a los "coasignatarios asociados por una expresión copulativa como Pedro y Juan, o comprendidos en una denominación colectiva como los hijos de Pedro" —artículo 1150, inciso 2.º—.

Los individuales llevan una porción igual a la de los conjuntos que "se reputarán por una sola persona para concurrir con otros coasignatarios; y la persona colectiva formada por los primeros —conjuntos— no se entenderá faltar, sino cuando todos éstos faltaren" —artículo 1150, inciso 1.º—.

Así, si el testador instituye herederos a Juan y los hijos de Pedro, por iguales partes —artículo 1148, inciso 2.º—, el as hereditario se divide de manera que $\frac{1}{2}$ es para Juan y el otro para los hijos de Pedro, los que no se entienden faltar mientras haya uno solo. Si no hay ningún hijo de Pedro, entonces la porción que pudo corresponderles acrece a Juan. Mientras queden algunos hijos de Pedro el acrecimiento tiene lugar solamente en favor de los demás pertenecientes al mismo grupo, pero no a favor de los llamados individualmente; y

c) En fin, puede el testador instituir solidariamente varios grupos de personas —a varios asignatarios conjuntamente, como sean mis herederos los hijos de Pedro y los hijos de Juan— y falta uno de los pertenecientes a un grupo, el acrecimiento tiene lugar solamente a favor de los demás pertenecientes al mismo grupo, pero no a favor del otro grupo. Y si, por último, faltan todos los componentes de un grupo, el acrecimiento tiene lugar proporcio-

nalmente a favor de cada uno de los que forman el otro grupo, esto es, como si ellos solos hubieran sido llamados al as hereditario o al legado.

Para ilustrar estas ideas, decía don Andrés Bello:

"Los asignatarios conjuntos pueden concurrir a veces unos con otros, *verbi gratia*: "Dejo tal cosa a los hijos de Pedro y a los hijos de Juan"; o con asignatarios individuales, *verbigracia*: "Dejo tal cosa a Pedro, a Juan y a los hijos de Antonio". En virtud de la primera disposición, una mitad de la cosa asignada pertenecerá a los hijos de Pedro, y la otra a los hijos de Juan; en virtud de la segunda, corresponderá un tercio a Pedro, otro a Juan y otro a los hijos de Antonio.

"Supongamos una asignación a B, C y los hijos de A. Los hijos de A, unidos colectivamente, forman como una sola persona respecto de B y C, según el presente artículo, y además B y C y los hijos de A forman como tres personas, que, en virtud de la expresión copulativa, deben a su vez considerarse como una sola persona respecto de toda la asignación, la cual no caduca sino con el fallecimiento de B y C y de todos los hijos de A; y si, al tiempo de deferirse, faltan algunos de estos asignatarios, se debe, sin embargo, toda entera a los que existan. Faltando C, acrece la mitad de su porción a B, y la otra mitad a los hijos de A; y de la misma manera faltando todos los hijos de A, deberá acrecer su porción a B y C por mitades. Pero, si sólo faltase un hijo de A, su porción se dividirá entre sus hermanos sobrevivientes, y no tocaría ninguna parte de ella a B ni a C, porque los hijos de A, según hemos dicho, constituyen como una sola persona respecto de B y C, y esta persona no desaparece respecto de B y C, sino con el fallecimiento del último de los hijos de A" (40).

La jurisprudencia, dando aplicación al artículo 1150, ha resuelto que en la cláusula testamentaria en que se disponía que "de lo que resultare haber de mis bienes a la hora de mi fallecimiento, lo lego por iguales partes a mi sobrina Julia Elena..., y a mis primas con derecho de acrecer entre ellas tres, Rosario, Eulogia y Ester...", se asignó una mitad para la primera de las nombradas

(40) Nota al artículo 9.º, del Título IV, del Proyecto de 1841-45.

y la otra para las restantes, pues son herederas conjuntas, comprendidas en una denominación colectiva (41).

Igualmente, ha declarado que "la institución de heredero formulada por el testador diciendo: Instituyo herederos universales de todo el resto de mis bienes a mis hermanos A y B y a los hijos de mi hermano C, importa llamamiento en conjunto de sus sobrinos para que éstos, unidos, ocupen el lugar y cuota que en la herencia habría correspondido al hermano fallecido antes que el testador, porque la voluntad del testador fue igualar en la cuota hereditaria a sus hermanos y recordar al fallecido en la persona de sus hijos. Debe presumirse que la expresión colectiva de que se valió el testador "los hijos de mi hermano C", significa que todos los hijos que existieran a la muerte del testador, pocos o muchos, reemplazarían al hermano fallecido en la cuota que él le habría asignado estando vivo. Por consiguiente, siendo cinco los hijos del hermano fallecido y dos los hermanos vivos, la herencia debe dividirse en tres partes, una para cada uno de los hermanos vivos y una para los sobrinos y no en siete partes" (42).

14.º—**El cesionario se aprovecha del acrecimiento.**—Si un coheredero que ha aceptado la herencia dispone de ella y con posterioridad a la enajenación se produce la vacante, es el cesionario quien aprovecha del acrecimiento y no el cedente.

Dispone el artículo 1910 que "cediéndose una cuota hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa". Ha consagrado así el Código el sistema propugnado por la máxima "portio portioni accrescit non personae", no siempre conforme con la doctrina y la legislación.

Sostienen los partidarios de la máxima que al aceptar un heredero adquiere, igualmente, la posibilidad, por acrecimiento, de llegar a ser dueño de toda porción que quede vacante. Esa posibilidad o expectativa forma parte integrante del derecho cedido, por lo que debe reputarse incluida en la cesión que se ha hecho. Se

(41) "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo XIX, Segunda Parte, Sección Primera, página 473. Hay comentario favorable de Luis Claro Solar.

(42) "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo XV, Segunda Parte, Sección Segunda, página 37.

refuerza esta conclusión si se tiene presente que toda vacancia se retrotrae a la fecha de delación de la herencia, de tal manera que al hacerse la enajenación esa parte ya estaba a disposición del cedente y debe quedar comprendida en la enajenación.

Se propugna, sin embargo, un sistema según el cual el acrecimiento debe ser favorable al cedente y no al cesionario. Se sostiene que la enajenación no ha podido tener en cuenta sino las cosas existentes al tiempo del contrato. Si un heredero cede su derecho en la herencia antes de la vacancia, lo razonable es que los contratantes no hayan tenido en consideración sino lo existente a la fecha de la enajenación. Además, si se ceden los derechos a una herencia, no pueden ser otros que los que a la sazón tenía el cedente y no los que posteriormente le han venido por acrecimiento.

El Código Civil Chileno, ante el silencio del de Francia, sobre el cual se ha modelado, dio solución expresa al problema, en la regla arriba señalada.

No conteniendo nada al respecto el Código de Francia, los autores han adoptado, en sus explicaciones, uno u otro sistema.

Así, para Planiol y Ripert "el cedente continúa siendo heredero, a éste aprovecharán los aumentos que por derecho de acrecer sobrevengan después de la cesión: esos acrecimientos están, en efecto, ligados a la condición de heredero y no a la propiedad de los bienes hereditarios" (43).

Para Colin y Capitant, "ante el silencio de nuestro Código, en este punto no puede haber más que una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes contratantes. Tratándose, pues, de saber si en la intención de éstas estaba o no comprender tal derecho de acrecer en el objeto de la venta" (44).

A semejanza de su modelo, el Código del Uruguay manda por el artículo 1768 que "la cuota o cuotas hereditarias, que por el derecho de acrecer sobrevienen al heredero, se entenderán comprendidas en la cesión, salvo que se haya estipulado otra cosa" —inciso 3.º—.

(43) "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo XII, página 409, N.º 358.

(44) "Derecho Civil", Tomo IV, página 194.

DEL DERECHO DE ACRECER

31

Pero el artículo 2373 del Código Alemán da una regla diversa, esto es, que "en la duda no ha de entenderse como covendida" —la porción que viene por acrecimiento—.

Las reglas anteriores tienen cabida, por nuestro Derecho, para el legatario que hace cesión de su derecho a la cosa legada —artículo 1910, inciso 4.º—.

15.º—**El acrecimiento y el derecho de transmisión.**—Para los efectos del acrecimiento, no se entiende que falta el asignatario que, deferida la asignación, fallece sin aceptar o repudiar. En tal caso sus herederos pueden aceptar o repudiar la asignación, aceptando la herencia dejada por el transmitente o trasmisor. Es el denominado derecho de transmisión —artículo 957—, que al decir del artículo 1153 "excluye al derecho de acrecer".

La regla contenida por el sobredicho artículo 1153 no es rigurosamente exacta, no obstante los términos tan terminantes en que se encuentra redactado. Es más exacto afirmar que el derecho de transmisión **prefiere** al de acrecimiento, desde que **no siempre lo excluye**: si los herederos del transmitente o trasmisor aceptan la asignación que éste no alcanzó a aceptar ni repudiar, es natural y obvio que el acrecimiento queda excluido por el derecho de transmisión; pero si, por el contrario, los herederos del transmitente o trasmisor no aceptan la asignación, tiene lugar el derecho de acrecer. Y no se diga que, repudiando los herederos del trasmisor, no hay derecho de transmisión, como quiera que éste consiste en la facultad de aceptar o repudiar la asignación deferida al transmitente o trasmisor —artículo 957—.

El fundamento del sistema anterior no necesita casi de una explicación: el acrecimiento se presenta cuando hay una vacante en el llamamiento, según lo hemos explicado. No puede existir esa vacante si uno de los coasignatarios, habiendo ingresado a su patrimonio el derecho de optar entre la aceptación o la repudiación, transmite ese derecho a sus herederos. Sólo cuando éstos hayan ejercido la opción negativamente, habrá un llamamiento vacante y el acrecimiento tendrá lugar.

16.º—**El acrecimiento y el derecho de representación.**—Como el derecho de representación no tiene cabida en la sucesión testa-

da —artículo 984—, no puede haber colisión entre el instituto de la representación y el acrecimiento dentro de esta clase de sucesión. Producida la vacancia de uno de los conjuntos, el acrecimiento tiene lugar sin que haya posibilidad de que los descendientes legítimos del que no quiso o no pudo llevar la asignación puedan representarlo y evitar así el acrecimiento.

Se ha resuelto, por tanto, que "entre coasignatarios conjuntos el derecho de acrecer excluye al de representación de los hijos de uno de ellos" (45).

Pero la regla anterior no es la misma cuando de la sucesión intestada se trata. En este caso el derecho de representación *prefiere* al de acrecimiento.

Así lo tiene establecido el artículo 1190, cuando un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima: el acrecimiento tiene cabida si no hay lugar a la representación. Y la regla del artículo 1190, por lo demás, tiene cabida cuando la sucesión es intestada, pues aunque la legítima venga establecida por el testamento del "de cuius", si un legitimario no la lleva por incapacidad, indignidad, o porque la ha repudiado, significa tanto como afirmar que en esa parte la sucesión es intestada —artículo 980—.

Pero el derecho de representación *prefiere* solamente al de acrecimiento. Si los representantes no aceptan la herencia del "de cuius" —primer causante—, el acrecimiento entra a operar.

17.º—**El derecho de acrecer y la sustitución.**—Desde que el acrecimiento exige que a la delación falte uno o más de los coasignatarios, queda, por lo mismo, resuelto que se entiende faltar aquél a quien el testador no le ha designado sustituto, pues si lo tiene, su lugar es ocupado por éste.

Es por eso que el artículo 1163 establece que el derecho de sustitución excluye al de acrecimiento; regla que debe entenderse literalmente exacta cuando el sustituto acepta la asignación, ya que si la repudia entra a jugar el derecho de acrecer.

Resulta, por tanto, más exacto y comprensivo, afirmar que el derecho de sustitución sólo *prefiere* al de acrecimiento.

(45) "Revista de Derecho y Jurisprudencia", Tomo XX, Segunda Parte, Sección Primera, página 211.