

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXIX ENERO - MARZO DE 1961 - Nº 115

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

DIRECTOR SUPLENTE: MARIO CERDA MEDINA

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

Profesor de Derecho Civil.

**DE LA ACEPTACION Y REPUDIACION DE LAS
ASIGNACIONES (*)**

— I —

DEL DERECHO DE OPCION

SUMARIO: 1°.—El Código señala reglas generales. 2°.—Todo asignatario puede aceptar o repudiar. 3°.—En qué consiste el derecho de opción. 5°.—Sistema romano y germánico. 6°.—Antes de la aceptación no hay asignatario. 7°.—Nacimiento del derecho de opción. 8°.—Del nacimiento del derecho de aceptar. 9°.—Oportunidad de la repudiación. 10°.—Plazo para ejercer la opción. 11°.—Obligación de optar. 12°.—Interesados en el ejercicio de la opción. 13°.—Naturaleza de la demanda. 14°.—Tribunal competente. 15°.—Oportunidad del requerimiento. 16°.—Plazo para deliberar. 17°.—Prórroga del plazo. 18°.—Derechos del requerido. 19°.—Situación del asignatario ausente. 20°.—Efectos de la mora. 21°.—Caducidad de la opción. 22°.—Requisitos para que opere la caducidad. 23°.—1°) Acto material de substracción. 24°.—2) Intención dolosa. 25°.—3°) Pluralidad de herederos. 26°.—Sanción. 27°.—Heredero menor. 28°.—Personas interesadas en alegar la substracción. 29°.—Situación del legatario. 30°.—Asignatario que obra como cómplice. 31°.—Prescripción.

1°.—El Código señala reglas generales.—Por el Código se ha tratado conjuntamente la aceptación y la renuncia —que deno-

(*) Notas tomadas de las clases sobre "Derecho Sucesorio", dictadas por el Profesor Domínguez, en su cátedra de Derecho Civil, en la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, con citas del mismo profesor.

mina repudiación— de la herencia y el legado, sin perjuicio de ciertas reglas particulares relacionadas con la primera.

2º—Todo asignatario puede aceptar o repudiar.—El Código no ha establecido sucesores necesarios, en el sentido de que se les imponga tal calidad. Si la vocación para recibir una asignación no ha desaparecido por incapacidad o indignidad, queda entregada a la sola voluntad del heredero o legatario aceptar o repudiar la asignación. Como lo establece el artículo 1225 inciso 2º, "todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente".

No existen por nuestro Derecho los herederos necesarios del Derecho Romano, que adquirían la herencia ipso jure, aun sin su conocimiento y contra su voluntad (Bonfante, *Instituciones...*, pág. 567 N° 189). Resulta así que el asignatario entre nosotros tiene una alternativa de aceptar o renunciar, que viene a constituir un verdadero **derecho de opción**, cuyo ejercicio es lo que, en suma, constituye la materia relacionada con la aceptación y repudiación de las asignaciones.

3º—En qué consiste el derecho de opción.—Mediante la delación se llama al heredero o legatario a aceptar o repudiar la asignación (art. 956). La delación no atribuye por sí sola la calidad de heredero o legatario. De ella se desprende en favor del asignatario una oferta para que acepte o repudie, naciendo el derecho de opción, que es lo único que ingresa a su patrimonio, aun sin su conocimiento (Roca Sastre, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, pág. 5).

Si el asignatario fallece antes del ejercicio de la opción no transmite la asignación misma, sino lo que tiene, es decir, la opción. Es el derecho de transmisión de que trata el artículo 957. (Infra N° 38).

4º—Importancia de la opción.—Por nuestro Derecho tiene la opción una importancia trascendental, pues la forma en que se ejerza determinará en definitiva si el asignatario sucederá o no al de cuius. No ocurre lo mismo en aquellas legislaciones en que la herencia se adquiere ipso jure por la delación. Es el instituto de la repudiación el que cobra importancia de esas legislaciones.

DE LAS ASIGNACIONES

33

Todo resulta del sistema romano o germánico que se haya seguido sobre esta materia.

5º—**Sistema romano y germánico.**—El Código se ha plegado, en cuanto a la aceptación y repudiación de la herencia, al sistema denominado romano, o séase, que la sola delación no comporta la inmediata aceptación de la herencia. Esto último ocurre mediante la aceptación, bien expresa o tácita. La adquisición resulta de dos actos: la delación y la aceptación. La delación sólo atribuye la facultad de adquirir, que se denomina *ius delationis* o *ius adeundi*. Es la aceptación la que hace adquirir la herencia, bien expresa (*adictio*) o tácita (*pro herede gestio*).

Entre la delación y la aceptación puede transcurrir un tiempo más o menos largo, si bien una vez efectuada opera retroactivamente (art. 1239). Mientras no sea aceptada tiene lugar el instituto de la herencia yacente (art. 1240). Este sistema se aplica a todo asignatario. Aun el Fisco, último heredero en la sucesión legítima, no está obligado a aceptar. No hay adquisición provisional de la herencia, si bien hay dos períodos perfectamente claros: el de la delación a la aceptación, y el que comienza con ésta.

Se mantuvo el Código en esta materia fiel a los principios del Derecho Romano. En este derecho los herederos voluntarios o externos no adquirirían la herencia de pleno derecho, siendo libres de aceptarla o repudiarla.

En el sistema germánico, como opuesto al romano, la herencia se adquiere automáticamente, de pleno derecho, una vez fallecido el causante. El heredero no requiere, para pasar a ser tal, de acto alguno de aceptación. En rigor no existe la aceptación, desde que no es necesaria para adquirir la herencia. Claro es que el heredero puede repudiar; pero para usar de esta facultad debe hacerlo dentro de cierto plazo. Esta repudiación lo desliga de la herencia, como si nunca hubiera sido heredero.

Entre la delación y la adquisición de la herencia, contrariamente al sistema del Código, no hay trascurso alguno de tiempo, desde que delación y adquisición se efectúan automáticamente.

La construcción jurídica anterior es la adoptada por el Código Civil de Alemania de 1900, pues el heredero no necesita declaración alguna de voluntad para adquirir la herencia, necesi-

tándola sólo para despojarse de ella. Dispone el artículo 1922 inc. 1, lo siguiente: "Con la muerte de una persona (muerte del causante) pasa su patrimonio (herencia) como un todo a otra u otras personas (herederos)". Y por el artículo 1942 "la herencia pasa al heredero llamado sin perjuicio del derecho de repudiarla (adquisición provisional de la herencia)". Sin embargo, el Fisco, cuando es llamado como heredero, carece del derecho de repudiar, por expresa disposición del art. 1942 inc 2°. Este derecho de repudiar pasa a los herederos del instituido, desde que el artículo 1952 dispone que "el derecho del heredero de repudiar la herencia es heredable". La repudiación no es posible si ha transcurrido el plazo que tiene para hacerlo, según el artículo 1943 que a la letra dice: "El heredero no puede ya repudiar la herencia si la ha aceptado o si ha transcurrido el plazo prescrito para la repudiación; con el transcurso del plazo vale la herencia como aceptada". Si repudia, la adquisición provisional "a favor del repudiante vale como no ocurrida" (art. 1953).

Hay, en el sistema del Código Alemán, dos fases de la adquisición de la herencia: la provisional, que se presenta inmediatamente de producida la apertura de la sucesión, y la definitiva, cuando realmente es aceptada o transcurre el plazo para repudiarla. Como dice Binder, "a consecuencia del derecho de repudiación, deben distinguirse dos fases en la adquisición de la herencia: la adquisición provisional, que acaece por medio de la apertura de la sucesión, y la adquisición definitiva, que tiene lugar por la aceptación de la herencia" (Derecho de Sucesiones, pág. 172 N° 23).

El Código suizo siguió el sistema germánico. Es el mismo que establecía el Derecho Romano para la sucesión en favor de los herederos sui o domésticos y particularmente aquella que recaía en los hijos sometidos a la potestad del padre a la muerte de éste. Adquirían la herencia sin necesidad de aceptar, ipso jure, desde que tenía lugar la delación. Gayo decía que "la adición de la herencia no es necesaria en el caso de herederos forzosos, porque inmediatamente son herederos por derecho propio. (Digesto, 38, 16, 14).

6°—Antes de la aceptación no hay asignatario.—Consecuencia del sistema romano, que sigue nuestro Derecho, es que antes

DE LAS ASIGNACIONES

35

de la aceptación, no hay asignatario. Si repudia se entiende por haberlo sido jamás (art. 1239). Es sólo la posibilidad que existe de que acepte, lo que justifica que se califique como asignatario a quien aún no ha adquirido la herencia o el legado (arts. 957 y 2500). Por esta circunstancia no se le reconoce derecho alguno como heredero o legatario, mientras la aceptación esté en suspenso. Por eso los actos conservativos, los de inspección y administración provisoria urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación (art. 1243). Si en definitiva repudia, no es sino un extraño a la herencia, de manera que se le mira, en relación a estos actos, como un gestor de negocios sin mandato (art. 1239).

Mientras no haya un acto de aceptación, el patrimonio hereditario no le pertenece al heredero, no pudiendo ser traído a juicio en calidad de tal, pues para ello son habilitados los administradores de la herencia yacente. Es ella la que, intertanto, posee a nombre del heredero (art. 2500 inc. 2); es en favor de la herencia yacente que se suspende la prescripción (art. 2509 N° 2 y 2520, inc. 1).

La repudiación, entre nosotros, no supone la pérdida de la condición de heredero o legatario. No era, intertanto, asignatario provisional, como el heredero del Código alemán. Por eso el "que válidamente repudia una herencia se entiende no haberla poseído jamás" (art. 722, inc. 2).

7°—Nacimiento del Derecho de Opción.—El tenor del artículo 1226 es así: "No se puede aceptar asignación alguna, sino después que se ha deferido.

"Pero después de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, se podrá repudiar toda asignación, aunque sea condicional y esté pendiente la condición.

"Se mirará como repudiación intempestiva, y no tendrá valor alguno, el permiso concedido por un legitimario al que le debe la legítima para que pueda testar sin consideración a ella".

Distingue así el Código entre la aceptación y la repudiación, para determinar el momento en que nace para el asignatario el derecho de opción.

8°—Del nacimiento del derecho de aceptar.—Nace desde que la asignación ha sido deferida. La que se hace antes es de ninguna trascendencia para el derecho. El Código no se ha pronunciado sobre la suerte de la aceptación extemporánea, pero no hace falta para así entenderlo. Hay legislaciones que lo han dicho de una manera expresa, como ocurre por los artículos 3311 y 3312 del Código Civil de Argentina.

La apertura de la sucesión no basta para aceptar la asignación, si al mismo tiempo no se da la delación, como ocurre en los casos de excepción del art. 956. Si entre la apertura y la delación fallece el asignatario nada trasmite, ni aun la simple expectativa de aceptar (arts. 762, 1078 y 1492). Así también la jurisprudencia (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, t. XLVI, seg. parte, sec. 1, pág. 362). Esto es así porque no siempre la apertura de la sucesión y la delación se dan juntas. Por eso es que, al tenor del artículo 1239, la aceptación una vez efectuada se retrotrae a la delación y no a la apertura.

Pero deferida la asignación puede ella ser aceptada. Si es una herencia no es necesario que el heredero haya obtenido la posesión efectiva, desde que, por lo demás, esa gestión judicial es ya una aceptación (Gac. de 1926, 2. S., sent. N° 162, pág. 671).

9°—Oportunidad de la repudiación.—Puede tener lugar desde la apertura de la sucesión (art. 1226). No se requiere que la herencia o el legado hayan sido deferidos. De todos modos, el asignatario repudiará antes de la delación si quiere; pero nada le impide aguardar la delación.

Está ya dicho que la apertura al menos es necesaria para repudiar. En vida del de cuius no se admite repudiación alguna, de manera que "se mirará como repudiación intempestiva, y no tendrá valor alguno, el permiso concedido por un legitimario al que le debe la legítima para que pueda testar sin consideración a ella" (art. 1226). Una facultad concedida por el legitimario al testador sería una convención sobre una sucesión futura, sancionada con la nulidad absoluta (art. 1463).

10°—Plazo para ejercer la opción.—No hay plazo para aceptar o repudiar, conforme a lo que venía desde el Derecho Romano. Se abandonó la idea de señalar un plazo, como lo establecía

DE LAS ASIGNACIONES

37

el artículo 11, del título XI, del Proyecto de los años 1841-45. Esto expresado, no quiere decir que en el hecho no haya un plazo, por lo menos implícito. Este plazo es el necesario para que un tercero adquiriera el dominio de la asignación por la prescripción. Los artículos 1269, 2512 y 2517 son un límite impuesto en el tiempo al ejercicio del derecho de aceptar o repudiar.

Otras legislaciones se han preocupado de fijar un plazo. El Código de Francia, por el art. 789, determina que "la facultad de aceptar o repudiar una herencia, se prescribe por el trascurso del tiempo exigido para la más extensa prescripción de los derechos reales". Pero el alcance preciso de esta disposición sigue siendo controvertido entre los doctrinadores, hasta el extremo que para algunos "es un enigma. La ley declara que al cabo de treinta años de inacción, el heredero presunto ha perdido la facultad de aceptar o renunciar; pero no expresa cual es, en tal caso, su situación. ¿Le quedará definitivamente atribuida la sucesión o quedará excluido de ella" (Planiol y Ripert, Tratado de Derecho Civil Francés, t. IV, pág. 324 N° 269).

En los primeros tiempos los comentadores del Código de Francia, bajo la idea de que la calidad de heredero se adquiere por la muerte del causante y que sólo desaparece con la renuncia, estimaban que transcurrido el plazo no era posible renunciar y que la asignación se entendía aceptada. Hoy en día la doctrina y la jurisprudencia se han orientado en sentido diverso. Según Jossierand, si debiera reputarse que acepta la herencia, bien debió haberse dicho que el plazo era para renunciar; sí, por el contrario, debe estimarse su silencio como renuncia, bien habría hecho la ley en decirlo. Termina este autor diciendo que es la facultad de opción la que prescribe, la que no ejercida oportunamente en cualquier sentido "no es nada; es extraño a la sucesión" (Derecho Civil, t. III V. II, págs. 153 y 154 N° 887). Los Tribunales, obligados a aplicar un texto que no es claro, han adoptado el criterio que señala Jossierand (Véase sobre este punto Planiol y Ripert, obra citada, t. LX, pág. 326 N° 271. Para la legislación argentina Rébora, Juan Carlos, Derecho de las Sucesiones, t. I, pág. 212 N° 129 y Fornieles, Tratado de las Sucesiones, t. I, pág. 119 N° 76. Para el derogado Código de Italia Polacco, Las Sucesiones, t. II, págs. 52 y siguientes; Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino. Sucesiones, t. I, pág. 153 N° 193).

En las legislaciones se siguen, sobre el problema, criterios distintos. Siguen el de Chile, es decir, no fijar plazo alguno, los códigos de España, México, Brasil, etc. Fijan un término muy breve, al cabo del cual se mira al asignatario como aceptante, las de Alemania (art. 1943, seis semanas), Suiza (art. 566, tres meses), Perú (art. 672, tres meses si el heredero está en la República, y de seis meses si está en el extranjero). Otras fijan un plazo más largo y al cabo del cual se le mira como renunciante. Tal el Código de Italia (art. 480 y el de Venezuela (art. 1011). El de Argentina, por el artículo 3313, contiene una regla semejante a la legislación francesa, que ha suscitado controversias (véase Borda, obra citada, pág. 153 N° 193).

11°—Obligación de optar.—En ciertos casos el ejercicio de la opción resulta impuesto por la ley. Los terceros que tengan derechos que hacer valer contra la sucesión o a la sucesión pueden obligar al asignatario para que se pronuncie por una u otra solución. Si se mira, pues, la opción, desde el lado del asignatario, es efectivamente un derecho. Si se la considera desde el interés de los terceros en que se ejercite la opción, es una obligación del asignatario.

El Código faculta a los terceros interesados para que recurran al juez y obliguen al asignatario a declarar si acepta o repudia (art. 1232). Es la *interrogatio in iure*, acogida por el Código. La admiten, entre otras legislaciones, la de Italia (art. 481) y España (art. 1005).

12°—Interesados en el ejercicio de la opción.—No señala el Código los interesados. Es el juez, en definitiva, quien debe resolver si hay o no un interés legítimo de parte del peticionario. Sin duda que los acreedores del presunto asignatario se encuentran entre los interesados, dado el hecho que la aceptación puede aumentar el patrimonio del deudor, para poner en movimiento así el derecho de prenda general (art. 2465). Por lo demás, en beneficio de esos acreedores se puede rescindir la renuncia (art. 1238).

Los acreedores del causante son también interesados en el ejercicio de la opción (Rev. de Der. y Jurisprudencia, T. LVII, seg. parte, sec. II, pág. 14). El heredero es interesado en que el legatario haga igual declaración, si corre de su cargo el pago de esa

DE LAS ASIGNACIONES

39

deuda testamentaria. Y los coherederos entre sí son también interesados, si hay entre ellos el derecho de acrecer. ¿Qué de los parientes del de cuius que, renunciando el de grado más próximo o el heredero testamentario, vendrían a suceder por aplicación de las reglas de la sucesión legítima? Se sostiene la afirmativa. (Somarriva, Derecho Sucesorio, t. II, pág. 98 N° 632). Por nuestra parte consideramos que esos parientes no tienen un derecho actual que legitime la acción, sea a la sucesión o contra la sucesión. No son interesados en el ejercicio de la opción (en este sentido Fornieles, obra citada, t. I, pág. 124 N° 79; Borda, obra citada, pág. 161 N° 203).

13°—**Naturaleza de la demanda.**—La demanda de que trata el art. 1232 no significa interponer una acción por los interesados contra el asignatario. No se trata de un juicio y por un determinado procedimiento. Lo que se exige es tan sólo un requerimiento judicial, suficiente para constituir en mora al asignatario. Se ha resuelto que "la demanda a que se refiere el artículo 1232 no tiene, ni puede tener, otro alcance o significado que el natural y corriente de esa expresión, esto es, el de una simple petición o requerimiento, ya que lo único que con tal demanda persigue el interesado es obtener que el asignatario haga una declaración o exteriorización de sus propósitos con relación a la herencia" (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XXXVIII, seg. parte, sec. II, pág. 1. En igual sentido T. LVII, seg. parte, sec. I, pág. 14).

Un requerimiento extrajudicial no es bastante. Ocurre algo muy semejante para la constitución en mora del deudor, que precisa de una reconvencción judicial (art. 1551 N° 3).

14°—**Tribunal competente.**—Es el que señala el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, aquél en que se produce la apertura de la sucesión.

15°—**Oportunidad del requerimiento.**—Desde que la asignación ha sido deferida puede ser demandado el asignatario para que opte. Toda intimación anterior es extemporánea y, por tanto, ineficaz. Antes de la delación puede repudiar (supra N° 8); pero no puede ser obligado a ello, pues el ejercicio de este derecho comporta aceptar o repudiar.

Pero una vez deferida la asignación puede ser requerido. Por nuestro Derecho surgen a un tiempo la facultad y la obligación de optar. Otras legislaciones señalan un plazo que debe transcurrir entre la delación y la demanda. Así, por el art. 3351 del Código de Argentina entre la muerte y el requerimiento debe transcurrir un plazo de nueve días, que "es el plazo acordado al dolor, y lo estableció por primera vez Justiniano en la Novela 115, movido por la dureza de un acreedor que aprehendió a un heredero cuando volvía del entierro de un hijo suyo, por deudas de éste" (Fornieles, obra citada, t. I, pág. 120 N° 78, letra b). El artículo 1004 del Código Civil de España señala igual plazo, contados desde la muerte de aquél de cuya herencia se trata.

16°—Plazo para deliberar.—Desde el requerimiento dispone el requerido de un plazo de 40 días para deliberar. Se trata de días corridos (art. 50). Aunque el art. 1232 lo hace correr desde la demanda, la verdad es que debe empezar a contarse desde la notificación de la demanda (art. 40 del Código de Procedimiento Civil). Se trata de un plazo fatal (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XXXV, seg. parte, sec. I, pág. 478 y t. LVII, seg. parte, sec. II, pág. 14), de manera que dentro de dicho plazo se debe aceptar o repudiar.

17°—Prórroga del plazo.—El hecho de que el plazo sea fatal no significa que no pueda ser prorrogado. Esta prórroga la acuerda el juez, por el hecho de estar ausente el asignatario; el estar situado los bienes en lugares distantes, u otro grave motivo, como la enfermedad del asignatario que le impida el ejercicio de los derechos que se le acuerdan durante el plazo de deliberación. Esta prórroga no puede ser por más de un año y solicitarse antes del vencimiento de los referidos cuarenta días (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XXXV, seg. parte, sec. I, pág. 478).

18°—Derechos del requerido.—El plazo para deliberar le permite al asignatario adoptar una determinación con pleno y cabal conocimiento del contenido de la asignación. Puede inspeccionar el objeto asignado; implorar las providencias conservativas que le conciernan; no podrá ser obligado al pago de ninguna deuda

DE LAS ASIGNACIONES

41

hereditaria o testamentaria; y podrá inspeccionar las cuentas y papeles de la sucesión (art. 1232). Que no pueda ser requerido para el pago de las obligaciones de la sucesión no era casi necesario decirlo, desde que no ha aceptado: el albacea o el curador de la herencia yacente son los llamados a tales pagos (art. 1232).

19°—Situación del asignatario ausente.—Se encuentra en una situación particular frente a la opción. En su favor puede el juez ampliar el plazo para deliberar (supra N° 17). Además, si en tiempo oportuno no comparece a ejercitar los derechos que la ley acuerda al asignatario durante el plazo de deliberación, sea personalmente o por representante, se le designa un curador de bienes que le represente, y acepte por él con beneficio de inventario (art. 1232 inc. 4°). Se entiende por asignatario ausente aquél respecto del cual es posible que se nombre a sus bienes un curador. Se trata, por tanto, del asignatario cuyo paradero se ignora, habiendo dejado de estar en comunicación con los suyos, que es el sentido de la voz "ausente", en el caso que se comenta (arts. 473 y siguientes) (en este sentido Strappa, Renato. *Noción de Ausencia en el Código Civil y sus efectos jurídicos*, pág. 27 N° 41).

El curador debe aceptar con beneficio de inventario (arts. 1232 y 1250). Pero no quiere decir que deba obligadamente aceptar la herencia por el ausente. Si llega a la conclusión, durante el plazo para deliberar, que no debe aceptar la herencia, podrá el curador del ausente repudiarla, sujetándose a lo prevenido en el art. 397.

20°—Efectos de la mora.—El silencio del asignatario durante el plazo para deliberar, sin adoptar partido alguno, la ley lo mira como repudiación (art. 1233). Este efecto se produce por el sólo trascurso del plazo, sin que sea necesaria una declaración judicial al respecto (Rev. de Derecho y Jurisprudencia, T. XXXVIII, seg. parte, sec. II, pág. 1; T. LVII, seg. parte, sec. II, pág. 14).

El silencio, que normalmente no constituye manifestación de voluntad, lo considera la ley como repudiación de la herencia o el legado. Por el trascurso del plazo se produce, la caducidad del derecho de opción; caducidad que se traduce en que ya no podrá aceptar.

21°—Caducidad de la opción.—Fuera de la caducidad de la opción, que se acaba de señalar, existen otros casos en que esa caducidad se produce en sentido de una aceptación obligada de la herencia o del legado. Esto es así en las situaciones que señala el artículo 1231. La ley le impone al instituido el carácter de heredero o legatario, como una sanción por el delito cometido y resguardando, además, el derecho de igualdad que debe reinar entre los asignatarios. Es una regla semejante a aquella que contempla el art. 1748.

22°—Requisitos para que opere la caducidad.—Para que tenga aplicación el artículo 1231 se requiere: 1°) Acto material de sustracción; 2°) Intención dolosa; y 3°) Pluralidad de herederos, en caso de una herencia.

23°—1°) Acto material de sustracción.—La sustracción tiene lugar cuando una cosa ha sido apartada, separada o extraída del lugar en que la tenía la persona en cuyo poder se encontraba. Este es el sentido de la palabra "sustracción", según el Diccionario de la Lengua, el uso vulgar y de la ley (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. III, seg. parte, sec. I, pág. 230). No se contempla la situación del que ha "distráido u ocultado" una especie, como lo hace el artículo 792 del Código de Francia y que se había considerado en el artículo 8, título XI, del Proyecto de los años 1941-45.

La sustracción debe ser posterior a la muerte del causante, pues desde entonces pertenece a la sucesión (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. III, seg. parte, sec. I, pág. 230). El que en vida del de cuius recibe efectos que más tarde, muerto el dueño, los reclama como suyos, no los sustrae sino que los oculta, por lo que no es del caso aplicar el artículo 1231 (Gac. de 1883, s. 2686, pág. 1480).

24°—2°) Intención dolosa.—Es la sustracción que se hace con la intención fraudulenta de aprovecharse en beneficio propio de especies pertenecientes a la sucesión (Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 252 N° 293; Jossierand, obra citada, t. III, V. II, pág. 126 N° 855). Se trata de un verdadero delito civil (art. 2314). Si el asignatario, con algún fundamento plausible, ha podido

DE LAS ASIGNACIONES

43

creer que las especies le pertenecen no tiene cabida la regla que se comenta (Josserand, obra citada, t. III, V. II, pág. 126 N° 855). Así lo ha resuelto la jurisprudencia (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. III, seg. parte, sec. I, pág. 230).

25°—3°) **Pluralidad de herederos.**—Si se trata de una herencia deben existir dos o más herederos para que se aplique la sanción en estudio. Si el heredero es uno solo, no puede haber subtracción posible, desde que no hay persona a quien pueda pasar el efecto señalado por el artículo 1231. (Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, t. III, pág. 434 N° 1008).

26°—**Sanción.**—Al autor de la subtracción se le sanciona de varias maneras, a saber: a) **El heredero queda como tal pura y simplemente:** No sólo queda privado de repudiar sino que la aceptación, impuesta por la ley, resulta pura y simple, o séase, no goza del beneficio de inventario (en este sentido Lira Silva, Enrique, Aceptación y Repudiación de Herencias, pág. 51 N° 37; Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 355 N° 297); b) **No tiene parte alguna en los efectos substraídos:** En los efectos substraídos tendrán participación los otros herederos, con exclusión del autor del delito; c) **Queda sujeto a la pena que corresponda:** La subtracción puede caer, en ciertos casos, en la esfera del Derecho Penal (art. 2314).

27°—**Heredero menor.**—Como el artículo 1231 sanciona un delito civil, debe aplicarse esa disposición a todo heredero capaz de tal hecho ilícito (art. 2319). Por tanto, aunque el heredero menor debe aceptar la herencia a beneficio de inventario (art. 1250), si ha substraído efectos de la sucesión le es aplicable la situación prevista por el artículo 1231 (en este sentido Josserand, obra citada, t. III, V. II, pág. 129 N° 860; Colin y Capitant, obra citada, t. VII, pág. 159; Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 356 N° 297; Lira Silva, obra citada, pág. 58). Y lo mismo tratándose de la mujer casada, no obstante el artículo 1250, que obliga a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

28°—**Personas interesadas en alegar la subtracción.**—Todas las personas llamadas a recibir, a cualquier título, una porción de

los efectos substraídos, se encuentran entre los interesados en la aplicación del artículo 1231. Los coherederos, por ejemplo.

29°—**Situación del legatario.**—El legatario pierde los derechos en la especie substraída. Si no tiene el dominio sobre ella, debe restituir el duplo (art. 1231 inc. 2). Además, queda sujeto a la acción penal correspondiente.

30°—**Asignatario que obra como cómplice.**—El asignatario que obró como cómplice en la substracción queda sujeto a la misma acción que el autor (art. 2317).

31°—**Prescripción.**—El plazo para el ejercicio de la acción que se concede por el artículo 1231 es de cuatro años, desde que se trata de un delito civil (art. 2332). (1). Se gobierna, además, por el artículo 2524, o séase, no se suspende.

— II —

CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE OPCION

SUMARIO: 32°—Principio. 33°—Se adquiere originariamente. 33°—bis) Excepción. 34°—Se adquiere ipso jure. 35°—Es personal. 36°—Intransferible. 37°—Intransmisible. Excepción. 38°—Derecho de transmisión. 39°—Principio directris del derecho de transmisión. 40°—Indivisible. 41°—No está sujeto a modalidades. 42°—Irrevocable. 43°—Derecho absoluto. 44°—Negocio unllateral. 45°—Expresa o tácita. 46°—No se presume.

(1) En la situación prevista por el artículo 1768, que es semejante a la del artículo 1231, se sostiene por Alessandri R., Arturo, que el plazo de prescripción es de 30 años (ahora 15), por no haber señalado la ley una especial (Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, De la Sociedad Conyugal y De los Bienes Reservados de la Mujer Casada, pág. 524 N° 854). Este mismo autor deja constancia de que, tanto en los artículos 1231 y 1768, se trata de un delito civil (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, página 467). Por tanto, nos parece que el plazo de prescripción es de cuatro años, como lo enseñan Somarriva, Manuel (Derecho de Familia, página 280 N° 305) y Lira Silva, (obra citada, página 55).

DE LAS ASIGNACIONES

45

32°—**Principio.**—El derecho de opción, con abstracción de las posibilidades que comporta (aceptar o repudiar la asignación), presenta ciertas características, que se pasan a señalar.

33°—**Se adquiere originariamente.**—Se adquiere una vez que la asignación ha sido deferida (art. 956). De aquí que el asignatario no adquiere la opción derivativamente del de cuius, pues se presenta una vez fallecido el causante. Es la asignación la que se adquiere a título derivativo, por venir al asignatario del difunto ;pero el derecho de opción originariamente.

33°—bis) **Excepción.**—Excepcionalmente, el derecho de opción se adquiere derivativamente cuando se da el derecho de transmisión (art. 957), pues en él los herederos del sucesor que ha fallecido sin aceptar ni repudiar la asignación adquieren la opción que tenía su causante, tal como reciben de éste a título derivativo el resto del patrimonio del trasmisente o trasmisor.

34°—**Se adquiere ipso jure.**—Ya está dicho que se adquiere originariamente. Ahora conviene agregar que se adquiere por el solo ministerio de la ley, desde que el sucesor no requiere acto alguno de voluntad, bastando la delación (art. 956). En esto se diferencia de la adquisición misma de la asignación, que requiere de la aceptación (art. 1225). Aunque la asignación sea repudiada, el derecho de opción se ha adquirido, pues con la renuncia se está, precisamente, poniendo en movimiento este derecho.

35°—**Es personal.**—Debe estimársle un derecho personal, como opuesto a los derechos reales. Pero no es personalísimo, desde que se trasmite (art. 957). El testador puede, no obstante, hacer de este derecho algo personalísimo del asignatario. Ocurrirá esta situación si dispone, por ejemplo, que el derecho de acrecer prefiera al de transmisión (art. 1155, a contrario); o el de sustitución al de transmisión; etc.

El ejercicio del derecho puede hacerlo el mismo asignatario o por su representante, legal o voluntario (art. 1225).

36°—**Intransferible.**—El ius delationis es intransferible, desde que no puede traspasarse por acto entre vivos. El asignatario

puede enajenar la asignación, pero no ceder el derecho de aceptarla o repudiarla. Si así lo hace ejercita el derecho de opción (art. 1241), que supone que acepta tácitamente la herencia.

37°—Intransmisible. Excepción.—En este sentido se quiere manifestar que no puede, por testamento, disponerse del derecho de opción. En otros términos, no podría el llamado a aceptar o repudiar una asignación disponer de esa facultad en favor de su sucesor. No lo dice el Código; pero por analogía debe serle aplicada la misma regla del artículo 1241. En este sentido la doctrina se manifiesta conforme (Butera, Libro delle successioni per causa di morte e della donazioni, págs. 69 y 70; Nicoló, La vocazione ereditaria diretta e indiretta, págs. 62 y 63).

El principio anterior tiene como excepción el derecho de que trata el artículo 957, es decir, el denominado "derecho de transmisión".

38°—Derecho de trasmisión.—Si el asignatario fallece sin haber ejercido la opción la trasmite a sus herederos (art. 957). Es el llamado "derecho de trasmisión", en que se adquiere la opción, por los herederos del asignatario que fallece, derivativamente. Se trata de un principio sancionado por la mayoría de las legislaciones: art. 675, del Perú; 781, de Francia; 479, de Italia; 3316, de Argentina; etc.

El Código lo trata entre las reglas generales, por lo que se aplica a todo asignatario, bien de un heredero o legatario; bien que sea la sucesión testada o intestada. Como lo decía Bello, "se ha seguido la disposición de varios códigos modernos, que extienden la trasmisión del derecho de suceder a todos los casos" (Nota al art. 1116 del Proyecto de 1853).

No era así en Roma. La herencia deferida, pero no aceptada, no se traspasaba al heredero del asignatario si éste fallecía sin aceptar o repudiar: la herencia deferida no se trasmite a los herederos (*hereditas delata non trasmittitur ad heredes*). Este principio, como lo explica Bonfante (*Instituciones...*, pág. 573 N. 191), no tiene otra justificación que el concepto que se tenía del heredero, en que el título confería derecho no al patrimonio del finado sino a una cualidad personal, que le permitía suceder en una potestad. Esta facultad no podía transmitirse, si bien en el dere-

DE LAS ASIGNACIONES

47

cho de Justiniano sufrió una serie de excepciones, de tal manera que en la última época la excepción vino a suplantar a la regla.

El autor de nuestro Código recuerda también esta situación (Nota al artículo 5 del t. I del Proyecto 1841-45), haciendo presente que la actual disposición (art. 957) fue tomada del artículo 781 de Francia, según el cual "Si aquél a quien corresponde una herencia muere sin haberla repudiado o aceptado expresa o tácitamente, sus herederos pueden aceptarla o repudiarla por él".

Hoy en día el derecho de opción se incorpora al patrimonio del asignatario desde que la asignación le ha sido deferida; pero no antes, por lo menos en cuanto a la aceptación (supra N° 7). Por tanto, "si el heredero fallece antes que el testador, el hijo de aquél no puede obtener por transmisión derecho a los bienes dejados por el testador, porque por transmisión sólo puede adquirirse una herencia o legado ya deferido" (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XX, seg. parte, sec. I, pág. 211).

Pero es cuestión discutida entre los autores si en el caso del artículo 957 hay o no verdadera transmisión. Se sostiene que técnicamente no existe, ya que lo que ocurre es que los herederos del transmitente o trasmisor adquieren por el ministerio solo de la ley el derecho de opción que tenía el causante. Lo que pasa, se afirma, es que el llamamiento, la vocación, del que era destinatario y que no alcanzó a aceptar o repudiar, estaba ligada al *universum ius*, que pasa como tal a los herederos. Lo que hay es tan sólo una ampliación del círculo de los titulares de la vocación, que es una sola. De aquí que la muerte del directamente llamado no hace otra cosa que poner en movimiento, bajo la denominación de derecho de transmisión, el llamamiento virtual a los herederos del transmitente o trasmisor (en este sentido Nicolás, obra citada, pág. 74. En la pág. 63 dice textualmente: "La atribución de la vocación se verifica por la propia ley a favor de aquellos que asumen respecto del causante (causante segundo, o sea trasmisente) la cualidad de herederos).

Nosotros pensamos, por el contrario, que el artículo 957 contempla una verdadera y propia transmisión, que queda demostrada con la exigencia de que el trasmisario a transmitido acepte la herencia del transmitente o trasmisor (del llamado), pues es en el patrimonio de éste donde estaba radicado el derecho de opción. "Por tanto, quien acepte por efecto de transmisión, sucede

por derecho del trasmittente, no por derecho propio; y sucede mediatamente (Messineo, Derecho Civil y Comercial, t. VII, pág. 251 N° 8).

39°—Principio directriz del derecho de trasmisión.—El gran principio que orienta el derecho de trasmisión es el siguiente: el trasmittido ejercita el derecho de opción como heredero del trasmittente, siendo éste causante de aquél.

Por tanto, el trasmisario sucede al primer causante no por derecho propio, sino por el derecho que le viene del trasmittente o o trasmisor. Además, sucede mediatamente.

De este principio se extraen las siguientes conclusiones:

A) El trasmisario tiene que aceptar la herencia del trasmittente o trasmisor (art. 957). Es solamente mediante esta aceptación que el heredero del trasmisor encuentra en el patrimonio dejado por éste el derecho de opción. Pero la inversa es perfectamente posible, esto es, que al ejercer el trasmisario el derecho de opción que tenía su causante repudie la asignación que le viene del primer causante, desde que la opción consiste precisamente en la facultad de aceptar o repudiar (art. 957);

B) Los herederos del trasmittente no quedan los unos comprometidos por la decisión de los otros. En otros términos, cuando hay varios herederos del trasmittente o trasmisor puede darse el caso de que algunos quieran aceptar y los otros repudiar la asignación dejada a éste. El artículo 1228 inc. 2 permite que cada heredero pueda adoptar un partido diferente: unos aceptando y otros repudiando. Cada uno de estos partidos repercutirá en la asignación que correspondía al trasmisor, en proporción a los derechos que sus herederos tengan en la herencia de aquél. Así, si los herederos del trasmittente son A. en 2/3 y B. en 1/3 y éste repudia, se tendrá la asignación deferida en su tiempo al trasmisor aceptada en 2/3 y repudiada en 1/3. La porción repudiada acrece, si procede, a los otros herederos del trasmisor que aceptaron la herencia dejada por el primer causante, salvo que deba esa porción seguir otro camino, de no proceder el acrecimiento.

En esta parte los Códigos adoptan dos posturas. Unos, como el chileno y el italiano (art. 479), permiten a cada heredero del

DE LAS ASIGNACIONES

49

transmisor adoptar un camino distinto. Otros, como el de Francia (art. 782), obligan a una necesaria igualdad en la conducta que deben observar todos los herederos, de manera que "si no están de acuerdo para aceptar o repudiar la herencia, debe ésta aceptarse a beneficio de inventario". Esta solución se ha pretendido explicar de diversas maneras, aunque se está de acuerdo en que es "una decisión fuera de la órbita del derecho común; no solamente se opone al gran principio de la división de los derechos entre los herederos, sino también a la regla de que nadie puede ser contraído a aceptar una sucesión contra su voluntad" (Josserand, obra citada, t. III, V. II, pág. 152 N° 886);

C) La renuncia de la herencia propia del transmitente incluye la asignación deferida a éste. El trasmisario, como se ha visto, tiene en todo y por todo al transmitente como su causante y no al primer de cuius, por lo que renunciado al as hereditario del trasmisario renuncia, al mismo tiempo, a todo lo que en ese as existía.

D) El trasmisario tiene que ser, obligadamente, heredero del transmitente o transmisor (art. 957). No se da el derecho de transmisión en favor de un legatario del transmitente, desde que éste no puede disponer de este derecho, sea a título universal o singular (supra N° 37).

E) El transmitente debe, a su fallecimiento, mantener su derecho de opción. Si el derecho se ha extinguido nada puede transmitir a sus herederos (art. 957). El Código contempla especialmente el caso de la prescripción de los derechos del transmitente; pero debe extenderse el principio a todos los casos en que ese derecho haya desaparecido, como si el testamento del primer causante ha sido anulado; y

F) El trasmisario debe ser capaz y digno de suceder al transmitente. Es respecto del segundo causante donde deben encontrarse los requisitos de capacidad y dignidad para suceder de parte del transmitido. Ya está dicho que el transmitido tiene por su causante al transmisor y no al primer de cuius. Hay quienes adoptan, sin embargo, el partido de considerar al trasmisario como sucesor del transmitente sólo en el derecho mismo de opción, en el *ius delationis*, y sucesor del primer causante en la herencia o

legado dejado por éste. Sucedería, pues, al primer causante directamente —recta vía— y no mediatamente, a través del trasmittente o trasmisor. Así lo sostiene Barbero, en cuanto afirma que "Del propio causante adquiere sólo el derecho de adquirir. La herencia misma se adquiere, con la aceptación, directamente de quien la ha dejado; es decir, del primer de cuius. Por eso, todo lo relativo a esta herencia se producirá sin pasar a través de la posición de quien ha transmitido, con su patrimonio, el derecho de aceptar. A través de esta posición se pasa sólo para la adquisición de este derecho de aceptar. Ejercitado el cual, el aceptante se convierte en heredero del primer de cuius" (Sistema istituzionale di Diritto privato italiano, t. II N° 1035, pág. 838).

Pero la tesis que prevalece es la contraria, que hemos adoptado, esto es, que el trasmisario es sucesor directo del trasmittente y mediato del primer causante, por lo que las reglas de la capacidad y dignidad para suceder que aquél requiere deben exigirse en relación a su causante directo y no, además, con el primer de cuius (en este sentido Roca Sastre, Estudios de Derecho Privado, t. II, pág. 299; Messineo, obra citada, t. VII, pág. 251 N° 8; Polacco, Las Sucesiones, t. I, pág. 58; Coviello, Delle successioni, Parte General, pág. 147 y siguientes Azzariti, Martínez, Azzariti, Successioni per causa di Morte e Donazioni, terza edizione, pág. 65 N° 43). De este sistema deducimos, por nuestra parte, que el trasmisario puede ser persona no concebida al tiempo de la delación que se hace al trasmittente y, no obstante, siendo capaz, en su tiempo, de suceder en la herencia de éste llegar a recoger la herencia o legado dejado por el primer de cuius.

40°—**Indivisible.**—El derecho de opción es indivisible en el sentido de que no "se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto" (art. 1228 inc. 1°). El asignatario no puede adoptar distinta posición para cada parte de la asignación. Esta regla se manifiesta, además, en que al asignatario se le tendrá como aceptando o renunciando respecto de todos los demás interesados en la sucesión y respecto de toda otra persona que tenga derechos a la sucesión o contra la sucesión.

Pero esta particularidad se refiere a la propia asignación que el causante ha dejado al instituido, a la cual se le ha llamado de-

DE LAS ASIGNACIONES

51

terminadamente. Si le viene otra asignación, no dispuesta directamente a su favor por el de cuius, puede, aceptando la propia, renunciar a aquélla (art. 1229). Así sucede cuando se da el derecho de acrecer, el de substitución y el de trasmisión (arts. 1229, 1151 y 1068).

41°—No está sujeto a modalidades.—Viene desde el Derecho Romano el principio según el cual la opción no puede sujetarse a ninguna modalidad: "no se puede aceptar o repudiar a término o condicionalmente" (art. 1227).

La razón se encuentra en que al ejercicio de la opción están ligados intereses de terceros, como el de los acreedores hereditarios y testamentarios, que necesitan saber de cierto el partido que el instituido ha tomado de una manera irrevocable. Pero una cosa es que la ley no admita las modalidades y otra es la sanción en estas circunstancias. Nada dice el Código, como ocurre con el artículo 3317 del de Argentina, según el cual la aceptación o renuncia a término equivale a una aceptación íntegra; y la aceptación bajo condición se tiene por no hecha.

Nos parece que no diciendo nada el legislador sobre el punto, una aceptación o renuncia en tales términos es no ejercer el derecho de opción en la forma pura y simple que se requiere y, por tanto, no ha optado y mantendrá intacto su derecho para aceptar o repudiar. En Francia se considera, por algunos doctores, que la "opción hecha bajo condición es nula; la acción sujeta a término se reputa pura y simple" (Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 305 N° 234. En igual sentido Aubry y Rau, Droit Civil, t. IX N° 611. En sentido contrario Baudry-Lacantinerie y Wahl, t. II N° 1028).

42°—Irrevocable.—Una vez puesta en movimiento la opción, bien aceptando o repudiando, no puede ser dejada sin efecto (arts. 1234 y 1237). La aceptación o la renuncia son, en principio, irrevocables. Se trata, por lo demás, de actos unilaterales y éstos, normalmente, son irrevocables (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XXXIX, seg. parte, sec. I, pág. 12). Ha estimado la jurisprudencia, aplicando este principio, de que "una vez aceptada la asignación, no puede renunciarse, aunque la renuncia tenga por causa el no poder realizarse la obra que exige el testamento, si no es

por fuerza, dolo o lesión grave" (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. VII, seg. parte, sec. I, pág. 57).

43°—Derecho absoluto.—Cualquiera que sea el camino que adopte el instituido, el ejercicio de la opción no puede caer bajo la sanción del abuso del derecho. El asignatario no tiene que dar razones para justificar su conducta. Como dice Josserand "el que ha de suceder no tiene que dar cuenta de las razones que le han movido a tomar determinado partido en vez de otro; y, por ejemplo, no podría perder el beneficio de inventario so pretexto de que no ha aceptado en estos términos sino para eludir una cláusula penal inserta en el testamento" (obra citada, t. III, V. II, pág. 120 N° 844).

En principio debe ser admitido con ciertas reservas, en lo que se refiere a la repudiación. En ciertos casos (infra N° 76), cuando lesiona los derechos de los acreedores del asignatario, puede quedar sin efecto. En esos casos deja de ser un derecho absoluto, desde que pueden sus acreedores imponerle la aceptación (art. 1238).

44°—Negocio unilateral.—Sea que se acepte o repudie, la opción es siempre un negocio jurídico unilateral. Es acto de una sola persona, con un solo autor: el heredero o legatario. Aunque en el testamento se haya dispuesto, por ejemplo, que en caso de renuncia pase la asignación a un sustituto no por eso deja de ser menos unilateral, pues es innecesaria la aceptación del sustituto para que la renuncia llegue a producir efectos. Si la renuncia se hace con el fin premeditado de beneficiar al sustituto, siempre es unilateral, y no debe estimarse que el instituido hace una donación al sustituto (art. 1394).

45°—Expresa o tácita.—La ley no exige una forma especial para que el asignatario acepte o repudie. Le basta una manifestación expresa o tácita. Y en ciertos casos es suficiente el simple silencio, como ocurre con el heredero o legatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia, caso en el cual se le mira como repudiando (art. 1233) (supra N° 20).

Basta, como se ha dicho, la aceptación expresa o tácita (1230, 1231 y 1241). Cuando es tácita, que otros denominen presunta, o

DE LAS ASIGNACIONES

53

necesaria, lo que ocurre es que la ley toma en cuenta la conducta observada por el asignatario y conforme a ella decide que hay aceptación. No hay, en verdad, manifestación de voluntad en el sentido de aceptar la asignación. El legislador valora la conducta del asignatario y conforme a ella le atribuye la asignación, quiera o no en el hecho. Es por ello que algunos piensan que en la aceptación tácita hay realmente una atribución de la herencia o legado por la sola disposición de la ley (Messineo, obra citada, t. VII, págs. 243 y 244 N° 3). Conviene, sin embargo, distinguir estas situaciones con el sistema de la adquisición de la asignación ipso jure, de que se ha tratado (supra N° 5, pues en éste la delación hace adquirir la asignación, mientras que en la aceptación tácita se requiere, además de la delación, el acto al cual se le atribuye la virtud de considerar aceptada la herencia o el legado. Cuando se acepta con beneficio de inventario, es expresa (art. 1247).

46°—**No se presume.**—Pero sea la aceptación expresa o tácita, la ley en ningún caso la presume. El principio viene consagrado para la renuncia por el artículo 1235, regla que debe entenderse aplicable a la aceptación, que la ley no la presume.

— III —

DEL EFECTO DEL DERECHO DE OPCION

SUMARIO: 47°—Produce efectos retroactivos. 1°) De la aceptación. 48°—2°) De la renuncia. 49°—Renuncia del asignatario de doble vocación. 50°—La retroactividad y el legado de género. 51°—Agotamiento del derecho. 52°—Efectos de la cosa juzgada en materia de aceptación. 53°—En qué sentido se le considera heredero. 54°—Legislación comparada.

47°—**Produce efectos retroactivos.**—1°) **De la aceptación.**—Aceptada la asignación, sus efectos se retrotraen al momento en que fue deferida (art. 1239). Se supone aceptando al asignatario

al momento de la delación. De este efecto retroactivo de la aceptación se desprende: a) El asignatario goza de todos los aumentos sobrevinidos a la asignación en el período en descubierto, o séase, mientras estuvo sin ser aceptada. Dispone el artículo 1338 N° 1, que "los asignatarios de especies tendrán derecho a todos los frutos y accesiones de la masa hereditaria indivisa, a prorrata de sus cuotas". Como contrapeso al efecto anterior, debe el asignatario soportar las pérdidas que ocurran durante el período en descubierto; b) Si en el período en descubierto otro coasignatario ha renunciado a la cuota que le correspondía en la asignación, el derecho de acrecer le es acordado al aceptante; y c) Termina el instituto de la herencia yacente y, por tanto, cesa en su cargo el curador que se haya nombrado (art. 491).

48°—2°) **De la renuncia.**—Se retrotraen sus efectos a la delación. Se considera al renunciante como si jamás hubiera sido llamado a la sucesión (Así en nota al art. 7, tít. V, Proyecto 1841-45). Algunas de las consecuencias son las siguientes: a) La persona a quien pasa la asignación repudiada es la sucesora directa del de cuius. No hay transmisión del que ha renunciado a quien, en definitiva, recoge la asignación. La asignación queda, por tanto, deferida a los que la aceptan, como si ellos lo hubieran sido desde el primer momento; b) El impuesto a la asignación se regula en relación al parentesco del que en definitiva acepta, sin considerar el que tenía el renunciante; c) El renunciante, mirado como extraño a la sucesión, no colacionará las donaciones que haya podido recibir en vida del causante, que de otra manera pudo estar obligado a hacer (arts. 1198 y 1203); d) Entrará a actuar, si procede, el derecho de representación (art. 987); e) Si el renunciante era coasignatario, se producirá el derecho de acrecer (art. 1147); y f) Si el renunciante tenía sustituto, entra éste a reemplazar al renunciante, como sucesor del de cuius (art. 1156).

49°—**Renuncia del asignatario de doble vocación.**—Puede ocurrir que el testador llame como herederos suyos a los mismos que, a falta de testamento, deberían sucederle por imperio de la ley. ¿La renuncia del heredero testamentario importará, también, renuncia al llamamiento que le viene de la ley? La cuestión no se

DE LAS ASIGNACIONES

55

encuentra solucionada por el Código, como lo hacían las leyes de Partida (Ley 19, t. 4º, part. 6ª) y el Proyecto Español de 1851 (art. 840), según el cual la renuncia del llamamiento testamentario se entendía comprender al de la ley; pero no en el caso inverso.

Ante el silencio del Código, entendemos que la renuncia es más bien a la vocación que a la asignación misma, de lo que debe concluirse que el asignatario instituido en testamento que renuncia no pierde el derecho de aceptar por el llamamiento supletorio que le hace la ley. Esto es así por cuanto el artículo 980 aplica las reglas de la sucesión legítima, entre otras situaciones, cuando no han tenido efecto las disposiciones testamentarias, sin distinguir si alguno de los herederos abintestato lo era antes por testamento. De aquí que la renuncia del asignatario a uno de los títulos que le dan derecho a la sucesión no significa renunciar a otro, mediante el cual pudiera reclamar derechos a la masa hereditaria. El artículo 1229, por lo demás, permite renunciar a una asignación y aceptar otra; pero no se podrá renunciar a la asignación gravada, y aceptar las otras, a menos que se defiera separadamente por derecho de acrecimiento o de transmisión, o de substitución vulgar o fideicomisaria; o a menos que se haya concedido al asignatario la facultad de repudiarla separadamente.

50º—**La retroactividad y el legado de género.**—El legatario de género (art. 951 inc. 3, parte final) sólo tiene un crédito contra el obligado a la prestación del legado. No es llamado a cosa particular. Por tanto, la renuncia, al igual que la aceptación, no opera retroactivamente a la delación, y se le mira como tal legatario desde que acepta y no antes.

51º—**Agotamiento del derecho.**—Efectuada la aceptación o repudiación, el derecho de opción se agota con su ejercicio. La aceptación hace que la calidad de heredero o legatario quede definitivamente fijada. Lo que antes era una asignación deferida (art. 956), pasa a ser una asignación adquirida por el modo denominado sucesión por causa de muerte (art. 588), desde la delación (art. 1239). Como lo explican Planiol y Ripert, "la acepta-

ción consolida en la persona del heredero la propiedad de la herencia con sus ventajas y cargas, y hace definitivos los efectos provisionales de la transmisión hereditaria" (obra citada, t. IV, pág. 359 N° 302).

El agotamiento del derecho, una vez aceptada la asignación, resulta tanto de una aceptación voluntaria como forzada (supra N° 21). Entre la una y la otra no hay a este respecto ninguna diferencia, aunque sí que existen desde otros aspectos, a saber: a) La voluntaria es la consecuencia, generalmente, de un acto jurídico, mientras que en la forzada se trata de actos materiales; b) La voluntaria implica, de parte del asignatario, una capacidad sujeta a las reglas del derecho común (infra Cap. V), y en lo forzada, por tratarse de un delito civil, esa capacidad se gobierna por el artículo 2319; c) La primera puede ser dejada sin efecto por los vicios de que puede adolecer la voluntad (infra N.os 56 y sig.), lo que no se presenta en la forzada, consecuencia de un delito civil; y d) La aceptación voluntaria puede ser pura y simple, o a beneficio de inventario, y en la forzada no se da este último beneficio (supra N° 26).

El agotamiento del derecho, una vez repudiada la asignación, se manifiesta en que el renunciante se aparta para siempre de la sucesión, de manera que se traslada "a una posición dentro de la cual ha dejado de ser un sujeto interesante a los efectos del llamamiento que se correspondía con aquélla" (Rébora, obra citada, t. I, pág. 223 N° 134). Salvo los casos de nulidad de la renuncia (infra N° 68), o que quede sin efecto por acción de los acreedores (infra N° 76), el efecto es d e que el renunciante se le mira como si jamás hubiera sido sucesor y esto desde el día de la delación (art. 1239). La asignación queda, en el futuro, como deferida a los que han aceptado, como si lo hubieran sido desde la delación misma de la asignación (art. 1239).

52°—Efectos de la cosa juzgada en materia de aceptación.—
Un efecto de suma importancia, agotado el ejercicio del derecho de opción, es el que señala el artículo 1246, que dice así: "El que a instancia de un acreedor hereditario o testamentario ha sido judicialmente declarado heredero, o condenado como tal, se entenderá serlo respecto de los demás acreedores, sin necesidad de nuevo juicio.

DE LAS ASIGNACIONES

57

“La misma regla se aplica a la declaración judicial de haber aceptado pura y simplemente o con beneficio de inventario”.

Es regla, consagrada por el artículo 3, el efecto relativo de la sentencia judicial, en el sentido de que no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncian. En el caso de que trata el artículo 1246, el Código se ha decidido, contrariamente a la regla citada, por el efecto erga omnes de la cosa juzgada que resulta de haber sido una persona declarada heredero, o condenado como tal. Resulta, que si un acreedor hereditario o testamentario (legatario) ha demandado al heredero en su calidad de tal para que le pague el crédito que tiene contra la sucesión y se ha condenado al presunto heredero como tal al pago de esa acreencia, se entiende que no solamente es sucesor a título universal respecto del actor sino respecto de todos los demás acreedores hereditarios y testamentarios, sin necesidad de nuevo juicio. Y este efecto lo tiene no solamente en cuanto al hecho de ser heredero sino, además, a la circunstancia de haber aceptado pura y simplemente, o a beneficio de inventario, según el caso.

Al proceder el Código de esta manera lo ha hecho considerando que resulta chocante que puede ser tenido como heredero respecto de ciertas personas y no respecto de otras, puesto que la calidad de tal es indivisible. Pero el artículo 1246 exige penetrar en él, para reducir su alcance a sus justos límites.

Desde luego, sólo se aplica el precepto a los fallos positivos, es decir, aquellos en que se declara que el demandado es heredero, bien pura y simplemente, bien a beneficio de inventario. Si el fallo es negativo, en el sentido de que no es heredero, el artículo 3º recupera su imperio. Se ha resuelto, conforme a este predicamento, que la declaración de no ser heredero no obliga a los acreedores que no litigaron, de manera que ese fallo no les impide demandar al presunto heredero para el pago de sus acreencias (Rev de Der. y Jurisprudencia, t. II, seg. parte, sec. I, pág. 141). Hay que agregar, también, que el fallo de que trata el artículo 1246 favorece solamente a los acreedores hereditarios y testamentarios, y no a terceros extraños a la sucesión que no tengan, en relación al heredero presunto, la calidad de acreedores hereditarios o testamentarios.

53°—En qué sentido se le considera heredero.—El fallo pronunciado en los términos del sobredicho artículo 1246 se traduce en que el heredero es considerado, respecto de todo otro acreedores hereditario y testamentario, aceptando pura y simplemente, o bien a beneficio de inventario. No puede, en el futuro, estimarse que para unos haya aceptado pura y simplemente y para otros a beneficio de inventario. Su condición de heredero resulta, pues, indivisible.

54°—Legislación comparada.—El artículo 1246 fue tomado, sin duda, del 833 del Proyecto Español de 1851, con el comentario de García Goyena. Según ese comentario “el que fue condenado como heredero o como heredero puro y simple, no puede esquivar ninguno de los dos conceptos para con los demás acreedores y legatarios: aquellos conceptos son indivisibles y lo indivisible aprovecha y daña a todos y en todo”.

El artículo 2332 del Código Civil de Argentina señala el mismo efecto del fallo obtenido, “a instancias del que tenga interés en la sucesión, como legatario o acreedor”, aunque nada dice acerca de si se le tendrá como tal heredero pura y simplemente, o a beneficio de inventario, como el Código de Chile. Discuten, pues, sus doctrinadores acerca de si el beneficio de inventario es o no indivisible, por no existir en esa legislación un precepto como el nuestro (véase el problema en Borda, obra citada, t. I, pág. 228 N° 304 bis y las obras por él citadas).

En Francia se ha planteado el mismo problema que suscita el Código de Argentina, frente a la regla del artículo 800. Desde antiguo viene la problemática (véase Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 365 y 366 N° 312; Josserand, obra citada, t. III, V. II, pág. 158 N° 895; Colin y Capitant, obra citada, t. VII, pág. 161). Los Códigos del Perú y Brasil nada dicen al respecto.

— IV —

DE LA NULIDAD DE LA ACEPTACION Y REPUDIACION

SUMARIO: 55°—Nulidad de la aceptación. 56°—1.o) Dolo. 57°—2.o) Fuerza o violencia. 58°—3.o) Lesión. 59°—4.o) Error. 60°—5.o) Inobservancia de formalidades. 61°—La nulidad es relativa. 62°—Situación del asignatario incapaz. 63°—Interesado en la demanda de nulidad. 64°—Acción y excepción de nulidad. 65°—Prescripción de la acción rescisoria. 66°—Desde cuándo se cuenta el plazo. 67°—Efectos de la nulidad. 68°—Nulidad de la repudiación. Concepto. 69°—1.o) Fuerza. 70°—2.o) Dolo. 71°—3.o) Error. 72°—4.o) Lesión. 73°—5.o) Inobservancia de formalidades. 74°—La nulidad es relativa. 75°—Efectos de la nulidad. 76°—Derecho del acreedor del asignatario que repudia. 77°—Naturaleza de la acción. 77°—bis) Nuestra opinión. 78°—Quienes pueden ejercer la acción. 79°—Condiciones para el ejercicio de la acción. 80°—Contra quien se propone la acción. 81°—Efectos de la rescisión. 82°—Situación de los coherederos o colegatarios. 82°—bis) Prescripción.

55°—Nulidad de la aceptación.—Aunque irrevocable la aceptación (supra N° 42), no se opone a que sea nula (art. 1234). Esa nulidad puede apoyarse:

56°—1°) Dolo.—Defindo por el artículo 44 como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, tiene la particularidad, en la situación de que trata el artículo 1234, de que puede ser obra de cualquiera persona, interesada o no en que el asignatario acepte. Esto es así porque la aceptación es un acto unilateral (supra N° 44), por lo que no tiene ni puede tener aplicación la regla general en materia de dolo, como nulidad de los negocios jurídicos (art. 1458 inc. 2). Como lo expresa Polacco, la ley requiere que sea “por terceros, a diferencia de lo que ocurre en materia contractual, donde se exige en cambio, que los embaucamientos hayan sido urdidos por la otra parte contratante” (obra citada, t. II, pág. 128. En igual sentido Alessandri Besa, Arturo, “De la Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno”, N° 840, pág. 749; Somarriva, Manuel, obra citada, t. II, pág. 107 N° 646; Josserand, obra citada, t. III, V. II, pág. 131

N° 861; Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 311 N° 251). Se sostiene, sin embargo, que el dolo "no podría ser invocado sino en el caso de ser obra de la persona a quien la aceptación de la herencia o de la asignación viene a aprovechar" (Claro Solar, Derecho Civil Chileno, t. XIV, pág. 71 N° 1739). Rechazamos tal solución, por las razones dadas arriba.

De esta causal de nulidad queda exceptuada la impuesta al asignatario por la sola disposición de la ley (supra N° 21). Toda idea de maniobras o maquinaciones quedan excluidas como causal de nulidad, si es la ley la que impone la aceptación (Josserand, obra citada, t. III, V. II, pág. 130 N° 860; Rébora, Juan Carlos, Derecho de las Sucesiones, t. I, pág. 296 N° 186).

57°—2°) **Fuerza o violencia.**—Se gobierna por los artículos 1456 y 1457. En Francia no se ha contemplado esta causal de nulidad por el artículo 783 ni por otro texto. La doctrina admite, a fortiori, sin dificultad la violencia como causal de anulación (Josserand, obra citada, t. III, V. II, pág. 131 N° 861; Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 311 N° 252).

58°—3°) **Lesión.**—Se admite como causal de nulidad de la aceptación, contrariamente al principio general de nuestro Derecho, que excluye la lesión como causal de anulabilidad de los negocios jurídicos.

La lesión exige, en el caso en estudio; a) Que el asignatario no haya tenido conocimiento de disposiciones testamentarias dejadas por el de cuius al tiempo de la aceptación; y b) Que en virtud de esas disposiciones la asignación resulte disminuida en menos de la mitad.

Conforme a la primera exigencia, no basta que el asignatario sepa que el causante había otorgado testamento. Se necesita que haya tenido "noticia" del contenido de ese testamento al tiempo de la aceptación, única manera de que se excluya la nulidad. Otras legislaciones se conforman en este punto con el hecho de que el asignatario haya sabido solamente de la existencia de un testamento, aunque no haya tomado conocimiento verdadero del acto de última voluntad: así, por el artículo 3338 del Código Civil de Argentina (véase Rébora, obra citada, t. I, pág. 297 N° 188).

DE LAS ASIGNACIONES

61

De acuerdo con la segunda exigencia, son los legados y demás disposiciones testamentarias, cuyo contenido ignoraba el asignatario, que hacen disminuir la asignación en más de la mitad, las que autorizan la rescisión. No se consideran las deudas hereditarias, aunque hayan podido ser desconocidas por el asignatario.

Aunque fácil en su entendimiento resulta, no obstante, difícil encontrarle justificación a la nulidad de la aceptación por lesión. En efecto, en la práctica es inútil. Así, la idea que sugiere esta regla es la siguiente: "El testador instituyó heredero a Pedro como legatario en un inmueble por valor de \$ 50.000. Pedro acepta la asignación, sin tener conocimiento de que en un testamento posterior el causante le impuso la obligación de entregar \$ 30.000 a Juan. En estas condiciones puede no convenirle a Pedro aceptar la asignación por no reportarle provecho. Estará entonces en situación de dejar sin efecto su aceptación por la lesión de que aquélla adolece" (Somarriva, obra citada, t. II, pág. 108 N° 646. En igual sentido Alessandri B., Arturo, obra citada, pág. 757 N° 848).

Así propuesta la cuestión no vemos la razón para admitir que el asignatario ha sufrido una lesión, desde que si no recibe \$ 50.000, al menos recibe \$ 20.000, lo que no puede estimarse como una lesión en el patrimonio del beneficiario. Hay, sin duda, una menor ventaja patrimonial, una menor utilidad; pero no una lesión. Hay que convenir, por tanto, que jamás podrá la regla tener sentido en la práctica. Como lo enseña Josserand, a propósito del artículo 783 del Código de Francia, "si lo que el legislador ha previsto en el artículo 783 es una eventualidad como ésta, ha hablado por hablar; la lesión de que se trata, si es que hay lesión, no determinará jamás prácticamente la rescisión de la aceptación" (obra citada, t. III, V. II, pág. 132 N° 863). En Francia se le ha tratado de encontrar algún sentido a la regla, semejante a la nuestra. La casuística ha propuesto una serie de soluciones; pero, como lo observan Planiol y Ripert, "no se sabe a qué supuesto se refiere el artículo 783: hemos de considerarlo como una inadvertencia legislativa; las discusiones que origina no tienen más que un simple interés doctrinal: la vida práctica desconoce ese precepto, al cual nunca ha dado aplicación" (obra citada, t. IV, pág. 315 N° 257).

Pero hay otras cuestiones relacionadas con la regla, que conviene aclarar. ¿Deberá considerarse, para determinar la lesión, el "activo bruto" de la asignación o el "activo líquido de la misma? No lo dice el Código, pero parece racional atender al valor neto de la asignación (en este sentido Fornieles, "Tratado de las Sucesiones", t. I, pág. 133 N° 94; Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 313 N° 256. En sentido contrario Colin y Capitant, Derecho Civil, t. VII, pág. 166).

Conviene agregar que los legitimarios, en la parte que reciben a tal título, no necesitan de esta defensa, desde que en la legítima no pueden soportar gravamen alguno (art. 1192). Si el nuevo testamento les impone cargas, es la acción de reforma del posterior testamento la que tienen expedita, para que no disminuya su legítima (en este sentido Rébora, obra citada, t. I, pág. 300 N° 188; Polacco, obra citada, t. II, pág. 132). Esto es así aunque haya aceptado sin beneficio de inventario.

59°—4°) **Error.**—No ha sido contemplado como causal de nulidad de la aceptación. Si recae sobre la cuantía de la asignación, se confunde con la lesión, de que se ha tratado. Si se refiere a la asignación misma, o séase, que se acepta una distinta de la deferida, debe concluirse que no hay propiamente aceptación, por faltar la delación. En tal caso la voluntad misma queda destruida y aniquilada. Se trataría de un error esencial, pues recae in ipso

corpore rei (Polacco, obra citada, t. II, pág. 131; Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 311, N° 253).

60°.—5°) **Inobservancia de formalidades.**—Fuera del artículo 1234, los principios generales imponen la nulidad de la aceptación si no se ha cumplido, al efectuarla, con la respectiva formalidad habilitante, cuando es requerida por la ley. Así, el incapaz debe aceptar por intermedio o con la autorización de su representante legal (art. 1225 inc. 2). Si lo hace sin esa formalidad la nulidad se impone, por haber omitido una exigencia en consideración al estado o calidad del autor de la aceptación (art. 1682). La mujer casada, en consecuencia, que acepta sin la previa autorización de su marido (arts. 137 inc. 1° y 1225 inc. 2°), o de la justicia en subsidio (arts. 146 y 1225 inc. 3), está autori-

DE LAS ASIGNACIONES

63

zada para demandar, conforme a los principios generales, la nulidad de la aceptación.

61°.—**La nulidad es relativa.**—La nulidad de que trata el artículo 1234 es relativa, pues da derecho a la rescisión de la aceptación. Como tal nulidad se gobierna por las reglas generales y particularmente por el artículo 1684.

62°.—**Situación del asignatario incapaz.**—La nulidad de la aceptación "se extiende aun a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes" (art. 1234). Esto quiere decir que, se haga la aceptación por ellos mismos autorizados por sus representantes legales, o por los representantes, la aceptación no puede ser invalidada sino en los mismos casos que la efectuada por el asignatario plenamente capaz. Cumpliéndose, pues, con las formalidades habilitantes, el incapaz queda en todo y por todo sujeto a las reglas de los asignatarios capaces.

Esta regla es contraria al Derecho Romano, pues los incapaces gozaban de la restitución in integrum, mediante la cual podían hacerse restituir al estado anterior a la aceptación que hubiera prestado el representante.

63°.—**Interesado en la demanda de nulidad.**—Es el artículo 1684 el que señala quienes son interesados en la demanda de rescisión de la aceptación: el asignatario, sus herederos y cesionarios. Si se trata de una mujer casada, ella misma, su marido, los herederos y cesionarios, de aquélla o del marido.

64°.—**Acción y excepción de nulidad.**—La rescisión tanto puede alegarla el asignatario como acción o excepción: lo primero, cuando el asignatario o las demás personas interesadas pidan la nulidad; y lo segundo cuando, demandado el asignatario para que responda en calidad de tal, se excepcione alegando la rescisión, para descargarse así de su responsabilidad como asignatario.

65°.—**Prescripción de la acción rescisoria.**—El plazo es de cuatro años (art. 1961). Aunque esa regla se ha dado teniendo en cuenta, la anulación de un contrato, la verdad es que la teoría de la nulidad y rescisión que desarrolla el Código es de general apli-

cación y militan esas mismas razones para la situación del artículo 1234 (en este sentido Polacco, obra citada, t. II, pág. 129; Alessandri Besa, Arturo, obra citada, pág. 33 N° 39).

66°.—**Desde cuando se cuenta el plazo.**—En principio, desde que se dio la aceptación. Si el vicio es de fuerza, desde que haya cesado. Si la nulidad proviene de la omisión de formalidades habilitantes, desde que haya cesado la incapacidad del asignatario, pues es la omisión de ellas la que hace del aceptante incapaz. Si se apoya en la lesión, el plazo es también de cuatro años (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. XXIX, seg. parte, sec. I, pág. 157), y se empezará a contar desde que se dio la aceptación (Alessandri Besa, Arturo, obra citada, pág. 966 N° 1135).

67°.—**Efectos de la nulidad.**—Declarada la rescisión de la aceptación, su efecto está señalado por el artículo 1687. Se considerará como no dada la aceptación. Por tanto, habrá que considerar a la asignación como deferida solamente, sin que pueda tenerse al asignatario como renunciante de la herencia o legado. Deberá estimarse que no ha optado y conservará intacto su derecho para hacerlo. Podrá, por consiguiente, aceptar o repudiar nuevamente y, en el primer caso, con beneficio de inventario, aunque anteriormente lo haya hecho pura y simplemente (en este sentido Polacco, obra citada, t. II, pág. 129).

68°.—**Nulidad de la repudiación. Concepto.**—La repudiación o renuncia de una asignación es, en principio, irrevocable (supra N° 42). Pero tal irrevocabilidad no se opone a la nulidad de ella, si ha sido dada por "fuerza o dolo", bien que lo haya sufrido el mismo asignatario o su representante (art. 1237).

69°.—1°) **Fuerza.**—Se aplican en todo los mismos requisitos de la fuerza que incide en la aceptación (supra N° 57. - 2).

70°.—2°) **Dolo.**—Le son aplicables las reglas de este vicio en la aceptación de una herencia o legado (supra N° 56. - 1).

71°.—3°) **Error.**—No ha sido considerado como causal de nulidad de la repudiación. Pero, como en el caso de la aceptación

DE LAS ASIGNACIONES

65

(supra N° 59. - 4), debe ser admitido con los principios generales si se trata del error "obstáculo" o "errores impropriamente dichos", en que se dará la inexistencia de la repudiación. Se presentará este error cuando la renuncia recaiga en una asignación diversa de la que se le defirió al renunciante. El error que simplemente vicia la voluntad, y que no la excluye, queda eliminado de la repudiación, al igual que acontece con la aceptación. Por el artículo 3350 N° 3 del Código de Argentina, se contempla el error obstáculo.

72°—4°) **Lesión.**—No es contemplada por el artículo 1237, como causal de nulidad de la repudiación.

73°—5°) **Inobservancia de formalidades.**—La opinión de las formalidades habilitantes es causal de rescisión. Así, si la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal repudia sin la autorización del marido o de la justicia en subsidio, tal acto es anulable (arts. 137, 1225 y 1236). El marido, por su parte, debe hacerlo con el consentimiento de la mujer, si fuere capaz de prestarlo, o con la debida autorización supletoria de la justicia (art. 1236 inc. 2). Los sometidos a patria potestad, o bajo guarda, deben repudiar por intermedio de sus representantes legales y éstos, al hacerlo, deben someterse a las formalidades habilitantes que en cada caso se exigen (arts. 256, 397, 398 y 1236).

74°—**La nulidad es relativa.**—La nulidad de la repudiación, cuando procede, es relativa. Rigen los mismos principios que se han señalado para la rescisión de la aceptación (supra N° 61).

75°—**Efectos de la nulidad.**—Declarada la nulidad desaparecen los efectos de la renuncia. El asignatario queda en la misma situación que antes de repudiar (art. 1687). Podrá ahora aceptar o, si lo desea, volver a repudiar eficazmente. Si acepta, entrará a gozar de todos los derechos o beneficios que la aceptación le haya podido producir. Contra los terceros podrá, si procede, ejercer la acción de petición de herencia (en este sentido Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 317 N° 260).

76°—Derecho del acreedor del asignatario que repudia.— Los acreedores del asignatario, frente al derecho de opción, se encuentran en una situación especial. No pueden ejercer acción alguna enderezada a que la aceptación se tenga por no hecha, por mucho que con ella se grave el patrimonio del asignatario, si la herencia se encuentra cargada de deudas, haciendo peligrar así el pago de sus acreencias. Además, la acción rescisoria de la aceptación por fuerza, dolo o lesión, de que trata el art. 1234, no les corresponde por no estar entre los beneficiarios que señala el artículo 1684. Por gravosa que sea la aceptación para los acreedores del asignatario, carecen de facultad para dejarla sin efecto. No así por el Código de Argentina, cuyo artículo 3340 les acuerda tal facultad. Habría sido conveniente haber contemplado una regla semejante entre nosotros.

No ocurre lo mismo frente a la repudiación, pues por el artículo 1238 "Los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste".

Se exige perjuicio para los acreedores. Tal sería el caso de que, si hubiera aceptado, el patrimonio del heredero o legatario habría experimentado un aumento, permitiéndoles así el pago de sus acreencias, desde que pueden en estos bienes ejercer el derecho de prenda general (art. 2465). El perjuicio debe consistir en que el patrimonio actual del renunciante es insuficiente para el pago de los créditos, pues de lo contrario el perjuicio sería para el asignatario mismo, que no está tutelado por el artículo 1238, ni le compete por ello a los acreedores demandar la rescisión de la repudiación.

77°—Naturaleza de la acción.—Para algunos doctrinadores se trata, en el artículo 1238, de un caso particular de acción subrogatoria u oblicua, pues los acreedores son autorizados para aceptar al deudor, poniendo así en movimiento una acción propia del heredero o legatario. (Claro Solar, obra citada, t. XVI, pág. 170 N° 1860; Alessandri R. Arturo, "Teoría de las Obligaciones", pág. 123). Conforme a este criterio no es necesario el fraude de los acreedores, o sea, no se requiere que la renun-

DE LAS ASIGNACIONES

67

cia se haya efectuado con la intención de perjudicar a los acreedores del renunciante, que, por lo demás, no lo exige el art. 1238.

Para otros se trata de un caso de acción pauliana o revocatoria, de aquellos que se contemplan por el artículo 2468 N° 2. Conforme a esta concepción, los acreedores ponen en movimiento una acción que les es propia, siendo necesario el fraude de los acreedores por parte del deudor que repudia (en este sentido Somarriva, obra citada, t. II, pág. 109).

En Francia, frente al artículo 788, los autores no tienen un criterio común para apreciar la naturaleza del derecho de los acreedores. Predomina, hoy en día, el principio de que se trata de una acción pauliana o revocatoria, de manera que para el ejercicio de este derecho, de aceptar por el deudor, deben los acreedores demostrar, "en los términos del derecho común, el perjuicio sufrido y el fraude de que son víctimas" (Josserand, obra citada, t. III, V. II, pág. 134 N° 866. En igual sentido Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 317 N° 262; Mazeaud, Derecho Civil, parte segunda, volumen III, pág. 265 N° 991; Colin y Capitant, obra citada, t. VII, págs. 174 y 175. Estos últimos distinguen dos situaciones: a) Si la herencia no ha sido aceptada por otros coherederos, bastaría el perjuicio y entonces se trata del ejercicio de la acción oblicua; y b) Si ha sido aceptada por otros coherederos, la acción pauliana es la pertinente, de manera que los acreedores "no tendrán derecho a impugnar y hacer que se anule la renuncia más que si se ha hecho en fraude de sus derechos". Para Bonnecasse, Derecho Civil, t. III, pág. 479 N° 643, se trata de una acción oblicua).

Advertimos que, en todo caso, la acción pauliana o revocatoria que se desea encontrar en el artículo 1238 no requiere la mala fe o complicidad de los coherederos o colegatarios favorecidos con la renuncia, ya que se trata de un acto a título gratuito (art. 2468 N° 2).

77°—bis) **Nuestra opinión.**—Consideramos que ninguna de las dos soluciones que se propugnan para nuestro Derecho son absolutas. En efecto, los acreedores ejercen una acción que les es propia en cuanto, sufriendo perjuicio con la renuncia, obtienen que la repudiación quede sin efecto. Es una acción seme-

jante a la pauliana o revocatoria. Pero obtenida la revocación, para aceptar deben ser autorizados por el juez, situación en la cual ponen en movimiento un derecho que le compete tan solo al asignatario. Sólo admitiendo, en esta segunda etapa del procedimiento, una acción oblicua o subrogatoria puede concluirse que los acreedores acepten por el deudor, o sea, ponen en movimiento un derecho exclusivo del instituido y que no es de los acreedores.

Si se admitiera que el artículo 1238 nos enfrenta a una acción pauliana habría que admitir que el Código ha sido redundante, pues con la regla del artículo 2468 N° 2 bastaba para solucionar la cuestión. Además, para admitir esta solución sería forzoso que la asignación hubiera sido aceptada por otro interesado, lo que no se requiere por el artículo 1238. La acción pauliana sólo procedería para que la repudiación quedara sin efecto; pero no se lograría con ello que fuera aceptada por el beneficiario, que es, en definitiva, el fin que los acreedores persiguen para el logro de sus propósitos. Esto último sólo se obtiene mediante el ejercicio, por los acreedores, de una acción propia del asignatario.

78°—Quiénes pueden ejercer la acción.—Sólo los acreedores anteriores a la repudiación. Solamente a ellos puede perjudicar esa renuncia. Debe tratarse, además, de acreedores personales del renunciante. No los acreedores hereditarios o testamentarios, desde que no pasan a ser acreedores del asignatario sino cuando éste ha aceptado.

No pide la ley que todos los acreedores personales del heredero pongan en movimiento las acción. La ejercita el que cree hacerlo en resguardo o defensa de sus derechos.

79°—Condiciones para el ejercicio de la acción.—El acreedor debe probar que la renuncia perjudica. Esto será así cuando el pasivo del deudor que ha repudiado supera a su activo, en términos tales que no pueda el acreedor obtener el pago de su acreencia. Si la renuncia no lo deja en insolvencia, si tiene bienes con que responder a sus acreedores, ningún derecho podría ser admitido para que la repudiación quede sin efecto.

DE LAS ASIGNACIONES

69

Corre de cargo del acreedor probar el perjuicio y, además, de que la aceptación le dejará al asignatario un margen de activo susceptible de aumentar el patrimonio del deudor. Si la herencia repudiada está cargada de dudas, sin que haya posibilidad de que reste un sobrante para el deudor que repudia, no es del caso dejar sin efecto la repudiación, pues no causa perjuicio al acreedor.

Se trata de acreditar un hecho, como lo es la insolvencia del renunciante, de manera que todos los medios de prueba son admitidos, sin que se aplique la limitación a la prueba testimonial impuesta por los artículos 1708, 1709 y 1710.

80°—Contra quien se propone la acción.—La acción se intenta contra el renunciante y contra sus coherederos o colegatarios favorecidos con la repudiación, si éstos han aceptado la asignación y acrecido la parte del que repudió. Estos últimos tienen verdadero interés en que la renuncia se mantenga. Se reconoce, por tanto, el derecho de los últimos para atajar la demanda pagando al actor el monto de su acreencia.

La acción deberá comprender dos objetivos: la revocación de la renuncia y la autorización del juez, supuesta la anulación, para aceptar por el renunciante.

81°—Efectos de la rescisión.—Revocada la repudiación y aceptada por los acreedores la asignación, ingresan al patrimonio del asignatario los bienes que componen la herencia o legado. Se pagan con el valor de esos bienes los acreedores en cuyo beneficio se anuló la renuncia. No pasan los acreedores a ser los asignatarios, ni pasan los bienes que componen la asignación al dominio de aquéllos. Satisfechos los acreedores que pusieron en movimiento la acción, el sobrante vuelve en provecho de los coherederos o colegatarios que habían sido favorecidos con la renuncia. Si esto no es posible, se aplicarán, en esa parte, las reglas de la sucesión intestada. Como dice el artículo 1238, la renuncia, en el sobrante, subsiste.

Se da así, aunque el texto de la ley no lo permite (art. 1228) (supra N° 40), una aceptación parcial de la asignación, al igual que una repudiación parcial (en este sentido Fornieles, obra citada, t. I, pág. 152 N° 106).

82°—Situación de los coherederos o colegatarios.—La acción del artículo 1238 puede ser perjudicial para los coherederos o colegatarios del renunciante, si hay entre ellos derecho de acrecer y si han aceptado la porción del que ha repudiado. Puede ser perjudicial, también, para los acreedores de los coherederos o colegatarios favorecidos con la renuncia. En esta pugna de intereses de acreedores, el Código ha favorecido a los del renunciante. Los coherederos o colegatarios, perjudicados con la revocación, ¿tendrán acción contra el renunciante, cuya repudiación ha quedado sin efecto por acción de sus acreedores? Algunos autores así lo propugnan, para obtener, si el renunciante mejora de fortuna, que les indemnice, o sea, "para exigir que les restituya el valor de los bienes hereditarios que han sido embargados por sus acreedores" (Colin y Capitant, obra citada, t. VII, pág. 176). Otros niegan la posibilidad de accionar más adelante contra el renunciante "si éste mejora de fortuna" (Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 320 N° 263). Adherimos a esta última solución, pues, del artículo 1238 no emana ese derecho para reobrar contra el renunciante, pues los acreedores del que repudió se pagan, en definitiva, en bienes de éste y no de sus coasignatarios.

82° bis.—Prescripción.—El artículo 1238 no señala un plazo para el ejercicio de la acción revocatoria. Señala que por medio de ella se obtiene la rescisión de la renuncia. Pero no se trata de una nulidad relativa (supra N° 74), caso en el cual sería de cuatro años, contados desde la repudiación (art. 1691).

Si se mira en el artículo 1238 una acción revocatoria, la prescripción sería de un año (art. 2468 N° 2); pero se ha sostenido que no se trata de una acción de esta naturaleza (supra N° 77 bis). Por tanto, es mejor concluir afirmando que la acción no prescribe sino a condición de que otra persona haya adquirido la asignación, conforme a las reglas generales. Mientras no haya pasado la herencia o legado a un tercero por la prescripción, el derecho de los acreedores se mantiene, pues entonces la renuncia será definitivamente irrevocable (en este sentido Claro Solar, obra citada, t. XVI, págs. 181 y 182 N° 1880).

CAPACIDAD PARA OPTAR

SUMARIO: 83°—Principio. 84°—Opción por mandatario. 85°—Capacidad para aceptar. Mujer casada. 85°—bis) Mujer separada de bienes o divorciada perpetuamente. 86°—Personas sujetas a guarda. 87°—Hijo de familia. 88°—Capacidad para repudiar. 89°—Mujer casada. 90°—Sanción. 91°—Personas sometidas a guarda. 92°—Sanción. 93°—Mujer curadora del marido. 94.—Sanción. 95°—Padre de familia. 96°—Sanción. 97°—Los incapaces personalmente. 98°—Sanción.

83°—**Principio.**—El principio es lo siguiente: todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente (art. 1225 inc. 1). Pero como hay muchas cuestiones ligadas al ejercicio de la opción, sea aceptando o repudiando, la ley quiere, en principio, que sólo las personas que tienen la libre disposición de sus bienes puedan hacerlo por sí mismas. Los incapaces se encuentran sometidos a reglas particulares, que son las que interesa conocer.

84°—**Opción por mandatario.**—No hay en el Código una regla especial que permita aceptar o repudiar por intermedio de mandatario. según el artículo 3330 del Código Civil de Argentina, “la aceptación sea expresa o tácita, puede hacerse por medio de un mandatario constituido por escrito o verbalmente”. La renuncia exige un mandato por escritura pública, según el artículo 1184.

Entre nosotros no hay una regla especial. Son los principios generales del mandato los que gobiernan esta cuestión, de manera que no habiendo texto que lo prohíba, puede la renuncia, como la aceptación, hacerse por intermedio de un mandatario. Debe tratarse de un mandato especial, pues el mandato general no confiere esta facultad (art. 2132).

85°—**Capacidad para aceptar. Mujer casada.**—La mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal es relativamente incapaz para los actos voluntarios (art. 1447). No puede aceptar una asignación sino autorizada por el marido, o el juez en subsidio (arts. 137 y 1225). La aceptación implica tomar sobre sí obli-

gaciones, que pueden llegar a comprometer los propios bienes del asignatario. Por eso se requiere que la mujer obre con autorización marital, o de la justicia en subsidio. Además, "al marido interesa conocer el móvil de las liberalidades, que en ocasiones puede ser sospechoso" (Alessandri R., Arturo. Tratado Práctico de la Capacidad de la Mujer Casada, pág. 52 N° 59).

Normalmente es la autorización marital la que concurre. Si éste se la niega caprichosamente, en perjuicio para la mujer; si el marido se encuentra impedido para prestar la autorización, el juez es el llamado a suplirla, a petición de la mujer (art. 143). Pero la autorización, sea del marido o de la justicia, si bien hace desaparecer la incapacidad de la mujer, pues se trata de una formalidad habilitante, no producen el mismo efecto.

Así, cuando es autorizada por el marido, la cargas de la asignación pueden ser perseguidas en los bienes propios de la mujer, en los del marido y en los de la sociedad conyugal, sea que la mujer acepte o no con beneficio de inventario, aunque en la última situación hasta concurrencia del valor de los bienes comprendidos en la asignación. Quedan obligados los bienes de la mujer, porque se trata de obligaciones personales de ella, que es la asignataria, siendo suyos esos bienes (arts. 1726 y 1732). Quedan obligados los bienes sociales y los del marido, por haber éste autorizado a la mujer (arts. 146 inc. 2, 1740 N° 2 y 1751).

Si la autorización proviene de la justicia, hay que distinguir: a) Si se dio por impedimento del marido (art. 143 inc. 2), en casos urgentes con tal que haya podido presumirse la autorización marital, y la mujer acepta con beneficio de inventario, los efectos son los mismos que si la mujer lo hubiera hecho con autorización marital (art. 146, incs. 2 y 4); y b) Si la autorización judicial ha sido dada por impedimento del marido en casos urgentes con tal que haya podido presumirse su consentimiento y sin beneficio de inventario; por negativa del marido; por impedimento de éste, pero sin que se trate de un caso urgente que haga presumir el consentimiento del marido, sea que acepte con o sin beneficio de inventario, a las resultas de la aceptación quedará obligada solamente la mujer con sus propios bienes (art. 146 inc. 4°) (en este sentido Claro Solar, obra citada, t. II N° 978, pág. 140; Alessandri R., Arturo, Tratado Práctico de las Capitu-

DE LAS ASIGNACIONES

73

laciones Matrimoniales, pág. 299 N° 409). No tienen los acreedores hereditarios y testamentarios acción sobre los bienes del marido, ni sobre los de la sociedad conyugal, a menos de probarse que aquel y éste obtuvieron algún beneficio y hasta concurrencia de ese beneficio (art. 146, inc. 3).

Aceptada la asignación sin la autorización del marido, o la subsidiaria del juez, adolece de nulidad relativa, pues se ha obrado sin la respectiva formalidad habilitante (supra N° 60-5).

El marido puede aceptar por la mujer (art. 1225 inc. 2). Es su representante legal (art. 43). Puede hacerlo por sí solo, sin necesidad del consentimiento de la mujer y aun contra su voluntad. Pero si se trata de una herencia, debe proceder con beneficio de inventario (art. 1250). Si así no lo hace, la mujer no será responsable "por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ella" (art. 1250).

85°—bis) Mujer separada de bienes o divorciada perpetuamente.—Pero ninguna incapacidad, proveniente de su estado civil, afecta a la mujer separada totalmente de bienes o divorciada a perpetuidad. La una y la otra son plenamente capaces (arts. 159, 173 y 1447). Si la separación es parcial, podrá actuar libremente si en la separación parcial se comprende la aceptación de herencias y legados. Y esto sólo puede ocurrir en la separación parcial convencional. En la separación legal parcial, como ocurre en el caso del artículo 166, no tiene cabida, desde que esa separación procede si la mujer acepta con autorización del marido o del juez en subsidio.

86°—Personas sujetas a guarda.—Los tutores y curadores, para aceptar una herencia, deben hacerlo a beneficio de inventario (arts. 397 y 1250). Pero la falta de inventario no acarrea la nulidad, pues en tal caso no será obligado el pupilo por las deudas y cargas de la sucesión sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare efectivamente haberse empleado en beneficio de ella (art. 1250);

La mujer que administra extraordinariamente la sociedad conyugal, por haber sido designada curadora del marido, o de sus bienes, debe aceptar las herencias deferidas del marido, que es su pupilo, con beneficio de inventario y previa autorización judicial (arts. 1250 y 1750 inc. 2). La falta de autorización judicial, como la omisión del inventario, acarrearán la nulidad de la aceptación (art. 1759 inc. 3). Se trata de una nulidad relativa (en este sentido Alessandri R., Arturo, Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, pág. 466 N° 744; Lira Silva, obra citada, pág. 80 N° 53).

Los tutores y curadores, para aceptar legados en favor de los pupilos, siempre que les impongan obligaciones o gravámenes, deben previamente tasar las cosas legadas (art. 398). Su omisión se sanciona con la rescisión de la aceptación, pues se trata de legatario (en este sentido Alessandri Besa, Arturo, obra citada pág. 872 N° 1013). Si el legado no impone gravamen alguno, puede el guardador aceptarlo libremente.

El pupilo mismo puede aceptar, con la autorización de su representante (art. 1225 inc. 2). Pero esto es posible sólo tratándose del menor adulto o del pródigo, pues si se trata de un absolutamente incapaz no podrán aceptar sino por medio de sus representantes. Cuando el pupilo obra con la autorización de su representante deberá, a fortiori, realizar la aceptación conformándose en todo a lo que la ley exige para su representante y con las mismas consecuencias. Si el pupilo obra por sí mismo, sin la autorización del guardador, la aceptación es nula, aunque lo hagan con beneficio de inventario (artículo 1225 inc. 3). Se trata de una nulidad absoluta, pues la ley es prohibitiva (arts. 10, 1466 y 1682).

87°—Hijo de familia.—Según el artículo 256, no podrá el padre aceptar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores. Por tanto, vale lo dicho arriba.

88°—Capacidad para repudiar.—Se gobierna por el mismo principio de la aceptación: todo asignatario puede repudiar libremente (art. 1225, inc. 1). Es la incapacidad para repudiar la que interesa tratar de una manera especial.

DE LAS ASIGNACIONES

75

89°—Mujer casada.—Si el matrimonio lo ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal necesita de la autorización del marido, o de la justicia en subsidio, para repudiar (arts. 137 y 1225 incs. 2 y 4). La justicia autorizará a la mujer en todos los casos en que puede ésta recurrir a los tribunales en demanda de esa autorización supletoria (art. 143).

Omitida la autorización, la renuncia es nula relativamente. Se ha omitido una formalidad habilitante. Pero teniendo la autorización del marido, le basta a la mujer para repudiar toda asignación.

Si la repudiación la hace el propio marido (art. 1225 inc. 2, le es necesario el consentimiento de la mujer, o de la justicia en subsidio. Dispone sobre el particular el artículo 1236 inc. 2 lo siguiente: "El marido no puede repudiar una asignación deferida a su mujer, sino con el consentimiento de ésta, si fuere capaz de prestarlo, o con autorización de la justicia en subsidio. Repudiando de otra manera, la repudiación será nula, y la mujer tendrá derecho para ser indemnizada de todo perjuicio por el marido; quedándole a salvo el derecho que contra terceros hubiere".

No distingue el artículo 1236 la naturaleza de la asignación, o sea, si se trata de una herencia o legado. No considera, igualmente, la cuantía de la misma.

El consentimiento lo prestará la mujer verbalmente o por escrito, y aún en forma tácita. No hace la ley exigencia alguna al respecto, si bien la prueba de este consentimiento tiene las limitaciones de los artículos 1708 y 1711, pues se trata de un acto voluntario de la mujer (en este sentido Alessandri R., Arturo. Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales (pág. 449 N° 688).

El juez presta el consentimiento, en subsidio de la mujer, cuando ésta se encuentra impedida de prestarlo, bien por su incapacidad, por ausencia o ignorarse su paradero. Pero en ningún caso por negativa de la mujer, pues la ley no ha previsto esa posibilidad. En tal caso ninguna autorización supletoria de la justicia será suficiente.

90.—Sanción.—Si el marido omite el consentimiento de la mujer, o el de la justicia en subsidio, el acto de repudiación es

nulo relativamente. Se ha omitido una formalidad habilitante para el marido, en atención al estado de la mujer casada del asignatario (en este sentido Somarriva, obra citada t. II, pág. 103 N° 639 y en Derecho de Familia, pág. 247 N° 258). No creemos que se trate de una nulidad absoluta, como se sostiene (Alessandri Besa Arturo, obra citada, pág. 808 N° 917 y Alessandri R., Arturo, Tratado Práctico de la Capacidad de la Mujer, pág. 449 N° 690). En casos semejantes al actual, en que el marido requiere también el consentimiento de la mujer, o el de la justicia en subsidio, la sanción es la nulidad relativa (art. 1757).

91°—**Personas sometidas a guarda.**—El guardador repudia por el pupilo (art. 1225 inc. 2). Si se trata de una herencia, es previa la autorización del juez competente (art. 397), que debe prestarla con conocimiento de causa. Si se trata de un legado, son los artículos 398 y 1236 los que gobiernan la materia. Por el primero “las donaciones o legados no podrán tampoco repudiarse sino con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1236”. Y por éste “los que no tienen la libre administración de sus bienes no pueden repudiar una asignación a título universal, ni una asignación de bienes raíces, o de bienes muebles que valgan más de diez mil pesos, sin autorización judicial con conocimiento de causa”. Por tanto, requiere el guardador, para repudiar un legado de inmuebles o de muebles de un valor superior a diez mil pesos, de la autorización del juez con conocimiento de causa. Los demás puede repudiarlos libremente.

92°—**Sanción.**—Repudiada una herencia o legado, sin la autorización del juez, cuando es necesaria, el acto adolece de nulidad relativa (en este sentido Alessandri Besa, Arturo, obra citada, pág. 783 N° 875).

93°—**Mujer curadora del marido.**—La mujer casada que es nombrada curadora del marido, o de sus bienes, y que como tal ejerce la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, necesita, para repudiar una herencia deferida a su marido, autorización judicial, previo conocimiento de causa (arts. 1236 y 1759). La misma autorización le será necesaria para repudiar los legados de bienes raíces, o de bienes muebles que valgan más de

DE LAS ASIGNACIONES

77

diez mil pesos (art. 1236). Podrá, por tanto, repudiar libremente todo otro legado.

94.—**Sanción.**—La omisión de la previa autorización judicial acarrea la nulidad relativa de la repudiación que haga la mujer. Se ha omitido un requisito en atención al estado o calidad del beneficiario (art. 1759 inc. 3). Esto es sin perjuicio de la responsabilidad en que incurre la mujer, respondiendo con sus propios bienes, de la misma manera que el marido lo sería con los suyos abusando de sus facultades administrativas (art. 1759 inc. 3).

95°.—**Padre de familia.**—Para repudiar una herencia es necesaria la previa autorización judicial con conocimiento de causa (arts. 256 y 397). Para repudiar un legado de bienes raíces o muebles que valgan más de diez mil pesos, le es previa la autorización del juez con conocimiento de causa (art. 1236 inc. 1). Los demás legados podrá repudiarlos libremente.

96°.—**Sanción.**—Obrando el padre en forma diversa a la señalada arriba, la repudiación adolece de nulidad relativa. Se ha omitido una formalidad habilitante, exigida en consideración al estado del beneficiario (art. 1682).

97°.—**Los incapaces personalmente.**—El pupilo, al igual que el hijo de familia, puede repudiar personalmente, siempre que, esté autorizado por su representante legal (art. 1225, inci. 2). Esto es aplicable al pupilo que es menor adulto o pródigo en interdicción de administrar sus bienes, como al hijo de familia que es menor púber. Cuando se obra con la autorización de su representante deberá a fortiori, realizar la renuncia conformándose en todo a lo que la ley exige para su representante y con las mismas o iguales consecuencias.

98°.—**Sanción.**—Por el inc. 3 del artículo 1225, se les "prohíbe aceptar por sí solas, aún con beneficio de inventario". La nulidad absoluta se impone, pues se trata de una ley prohibitiva (art. 10, 1466 y 1682).

— VI —

**REGLAS ESPECIALES SOBRE LA ACEPTACION
DE LA HERENCIA**

SUMARIO: 99°—Tratamiento especial. 100°—Formas. 101°—Aceptación expresa. 102°—Es solemne. 103°—Aceptación tácita. 104°—Control de la casación. 105°—Aplicaciones del principio.

99°—**Tratamiento especial.**—La importancia que reviste esta asignación justifica que se hayan dado reglas especiales acerca de como puede ser aceptada, sin perjuicio de que se apliquen, además, las reglas generales señaladas antes.

100°—**Formas.**—La herencia puede ser aceptada expresa o tácitamente (art. 1241). En todo caso, se trata de un acto voluntario, desde que nadie puede ser obligado a aceptar una herencia (art. 1225). Se exceptúa el caso de la aceptación impuesta por la ley (supra N° 21).

101°—**Aceptación expresa.**—Se acepta en forma expresa cuando se toma el título de heredero (art. 1241). Según el artículo 1242, "se entiende que alguien toma el título de heredero, cuando lo hace en escritura pública o privada obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial".

102°—**Es solemne.**—La aceptación expresa es solemne, pues requiere que el título de heredero se haga en escritura pública o privada obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial, de manera que siempre debe ser por escrito. La aceptación verbal no la admite la ley, pues en tal caso "sería ineficaz" (Josserand, obra citada, t. III V. II, pág. 122 N° 848).

El instrumento puede ser público o privado. Una carta, por ejemplo, dirigida por el heredero a un acreedor pidiendo prórroga o insinuando un arreglo, sería bastante para los fines de la ley (Polacco, obra citada, t. II, pág. 99; Lira Silva, obra citada, pág. 38 N° 25; Josserand, obra citada, t. III V/II, pág. 122 N° 848).

DE LAS ASIGNACIONES

79

La ley no admite la aceptación verbal en un acto de tanta importancia. Se evita el riesgo de una aceptación efectuada con cierta ligereza, pues el título de heredero impone responsabilidades.

La aceptación es expresa, además, cuando se realiza un acto de tramitación judicial. Por lo mismo, se trata de un acto escrito. Debe el acto llevar implícito que se hace en calidad de heredero del de cuius. La jurisprudencia ha resuelto que la solicitud de posesión efectiva de la herencia es aceptación expresa, que sólo puede otorgarse a quien asuma el carácter de heredero" (Gac. de 1919, 1.er Semestre, N° 1144, pág. 456); pero "citados dos hermanos como herederos de su padre para nombrar perito, el hecho de que no protesten de esa calificación nada significa, porque el silencio sobre una cosa no importa aceptación ni repudiación, salvo que la ley expresamente sancione el silencio, como aceptación o repudio" (Rev. de Der., y Jurisprudencia, T. III, seg. parte, sec. 1ª, pág. 29). Asimismo, "no es acto de heredero la inscripción de una compraventa que debe reputarse efectuada durante la sociedad conyugal, si tal inscripción fue requerida y suscrita por el encargado para ello en la escritura, en la que los presuntos herederos no estuvieron debidamente representados, de modo que el encargo para la inscripción no emanó de ellos" (Rev. de Der. y Jurisprudencia, XXXIX, seg. parte, sec. II, pág. 65).

103º—**Aceptación tácita.**—Conformándose al artículo 778 del Código de Francia, que reitera el actual Código de Italia en el artículo 476, estima el Código que hay aceptación tácita de la herencia "cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de exceptuar, y que no hubiera tenido derecho de ejecutar, sino en su calidad de heredero" (art. 1241). Era la forma romana de la **pro herede gestio**.

La aceptación tácita es más delicada, para su determinación, que la expresa. Entra en mucho la intención con que el acto se realiza. En realidad, si alguna regla pudiera darse para reducir a pocas expresiones el sentido de la ley, sería la siguiente: hay aceptación tácita cuando se efectúa un acto que implique necesariamente la intención de aceptar.

Llevada la cuestión al terreno de su aplicación práctica, una serie de dificultades se presentan. Así, el presunto heredero pue-

de tener, al realizar el acto, un título para llevarlo a cabo, además del de heredero. Paga, por ejemplo, una obligación del finado, de la cual era fiador. La duda se presenta, o sea, si ese pago lo realizó como obligado subsidiario o como heredero. Otro tanto frente al derecho que tiene toda persona (art. 1572), para pagar por el deudor contra su voluntad y contra la del acreedor.

Creemos que las dificultades desaparecen con mucho si se tiene presente que el artículo 1241 exige que el acto sea de tal naturaleza que sólo en su calidad de heredero ha podido realizar. Si el presunto heredero ha podido realizar el acto no sólo en calidad de tal sino también a otro título, la aceptación tácita no puede presentarse. Es ese el sentido de la ley.

104°—Control de la casación.—Ha dicho una sentencia que “es una cuestión de hecho determinar si ciertas actuaciones constituyen o no aceptación tácita” (Rev. de Der. y Jurisprudencia, t. III, seg. parte, sec. 1, pág. 29). No se trata, en nuestro sentir, de una pura cuestión de hecho determinar si hay o no aceptación tácita, desde que se trata, frente a un acto realizado por el pretendido heredero, de calificarlo jurídicamente. Los hechos deben ser establecido por el tribunal de la instancia; pero el extraer de ellos una determinada consecuencia jurídica, como lo es la aceptación tácita, queda bajo el control de la Corte Suprema. Así, si el heredero tenía la única calidad, al realizar el acto, de sucesor del difunto, o tenía otro título, es una cuestión de derecho (en este sentido Polacco, obra citada, t. II, págs. 105 y 106).

105°—Aplicaciones del principio.—El Código ha señalado algunos casos de aceptación tácita, por su propia naturaleza. En otras situaciones, supone que el acto no comporta aceptación.

1°—Actos conservatorios. Según el artículo 1243 “los actos puramente conservatorios, los de inspección y administración provisoria urgente, no son actos que suponen por sí solos la aceptación”. Así, la interrupción de una prescripción que corre contra la sucesión; la colocación de sellos; la formación de inventarios; el pago de los gastos de funerales del difunto, aunque se hagan enajenando efectos de la sucesión, quedan comprendidos entre los actos de que trata esta disposición (Polacco, obra citada, t.

DE LAS ASIGNACIONES

81

II, pág. 101; Josserand, obra citada, T. III, V. II, pág. 123 N° 850). La recolección de frutos; la reparación de un bien, que la requiere urgente, se encuentran también dentro del artículo que se analiza.

Parece incesario destacar el fundamento de esta disposición. Se persigue con ella el favorecer al presunto heredero, permitiéndole conservar los bienes que pueden llegar a ser suyos; y favorecer además, al acervo hereditario mismo, evitando su pérdida o disminución.

2°—Actos de disposición. El heredero acepta tácitamente la herencia, cuando enajena "cualquier efecto hereditario, aun para objetos de administración urgente, si no ha sido autorizado por el juez a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal" (art. 1244).

Resulta así que toda enajenación de efectos hereditarios, hecha sin previa autorización del juez, protestando el heredero que no es su intención obligarse como tal, se la considera como acto de heredero. Y esto, por cuanto el dueño es el único que puede, en principio, enajenar un bien.

La voz enajenación debe entenderse, para estos efectos, en su más amplia acepción: la venta, la permuta, la constitución de hipoteca, de una servidumbre en favor del predio de un extraño, etc., son actos de enajenación. El acto puede ser tanto a título gratuito u oneroso, desde que el artículo 1242 no distingue. Particularmente los primeros, que "traducen tanto o más vigorosamente que los onerosos la voluntad de aceptar" (Borda, obra citada, t. I, pág. 168 N° 211).

Pero la enajenación debe referirse a efectos pertenecientes a la sucesión, pues si se encontraban entre los de la sucesión, sin haber sido del difunto, no será una aceptación tácita de la herencia.

3°.—Renuncia de la herencia: En favor de otro heredero. La renuncia a la herencia en favor de un coheredero, puede prestarse a una doble interpretación, a saber: a) Que la ha hecho suya y la transfiere al coheredero; y b) Que al renunciar, no la ha hecho suya. La solución no deja de tener importancia, pues

si se adopta la primera postura, no ha hecho otra cosa que un acto de heredero y, no obstante la renuncia, permanecerá como tal frente a terceros y obligado, por tanto, al pago de las deudas hereditarias y testamentarias. Nada de esto ocurrirá si se admite la segunda solución.

Debe aceptarse la primera, especialmente cuando la renuncia va enderezada a favorecer a un determinado coheredero. Esa renuncia, impropriamente tal, es una aceptación y un acto de heredero. Es un convenio, aunque la ley no lo califica de donación (artículo 1394). En verdad se trata de un acto de disposición de la herencia. Lo mismo debe admitirse si la renuncia, aun en favor de los restantes coherederos, altera la porción que les habría correspondido si hubiera simplemente renunciado a la herencia. Otro tanto, si la renuncia es en favor de todos los restantes coherederos y a título oneroso. (Véase sobre este aspecto Jossierand, obra citada, t. II, pág. 124 N° 851; Messineo, obra citada, t. VII, pág. 244).

Nada dispone el Código sobre estas cuestiones. En algunas legislaciones se contempla expresamente el problema. El artículo 1000 del Código de España entiende aceptada la herencia: 2° Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos; 3° Cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquéllos a quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia. El artículo 3322 del Código de Argentina, aunque en otros términos, también da solución al problema. Comentando esta disposición dice Fornieles lo siguiente: "Aunque sea gratuita, si tiene lugar a favor de alguno de los coherederos, no de todos, también importa aceptación, porque en este caso no produce su efecto propio que es el de derramarse por igual entre todos, sino que se desvía hacia la persona a quien se quiere beneficiar, lo que es acto de propietario" (obra citada, t. I, pág. 127 N° 85).

4°.—**Cesión del derecho de herencia.** Desde que el presunto heredero hace cesión de su derecho, es un acto de heredero, que importa aceptación tácita de la herencia. No hay en el Código

DE LAS ASIGNACIONES

83

una regla expresa sobre el particular; pero es bien claro que quien cede el derecho de herencia, manifiesta implícitamente su voluntad de aceptar. La legislación comparada así lo establece: España (art. 1000 N° 1); Francia (art. 780); Argentina (art. 3322); etc.

5°.—**Mandato para aceptar.** La aceptación puede hacerse por mandatario (supra N° 80). En general, salvo que del mandato resulte una aceptación expresa, deberá entenderse que el simple hecho de conferir el mandato, si el mandatario no realiza la aceptación o un acto de heredero, en representación del mandante, no hay aceptación tácita (Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 342 N° 282). Los doctrinadores en Francia, sin embargo, vienen desde antiguo haciendo distinciones sobre el particular, de manera que la doctrina no es uniforme. Entre nosotros la jurisprudencia ha estimado que el simple mandato para aceptar una herencia no comporta aceptación tácita (Gac. de 1950, seg. semestre, S. 112, pág. 586).

6°.—**Actos de apropiación y disfrute.** Son también actos que suponen la aceptación tácita de la herencia, la apropiación de efectos de la sucesión, separándolos de la masa hereditaria. Así, se ha resuelto que "constituye acto de heredero e importa una aceptación tácita de la asignación el hecho de que las partes se hayan distribuido entre ellas el ganado que dejó el testador" (Gac. 1884, s. N° 3, pág. 2). De la misma manera, toda acción enderezada a la atribución de parte o de toda la herencia, como "la petición de los herederos del remanente de que suspendan los efectos del decreto en que se autorizó a los albaceas para que hicieran tasar el fundo y de que se organice desde luego el juicio de compromiso para que en él se determine, con intervención de los herederos testamentarios, todo lo relativo a la tasación o enajenación del fundo y cuanto tenga relación con dicha testamentaria" (Gac. de 1870, sent. N° 1465, pág. 660. En igual sentido Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 342 N° 283).

— VII —

**EFFECTOS DE LA ACEPTACION PURA Y SIMPLEMENTE
DE UNA HERENCIA.**

SUMARIO: 106°.—Regla general. 107°.—De la confusión de la calidad de deudor y acreedor. 108°.—La confusión y la cesión del derecho de herencia. 109°.—La confusión y la nulidad de la aceptación. 110°.—Responsabilidad ultra vires. 111°.—Fundamento de la responsabilidad ultra vires. 112°.—Crítica al sistema de la responsabilidad ultra vires. 113°.—Nuestra opinión. 114°.—Legislación comparada.

106°.—**Regla general.**—Con la aceptación pura y simplemente de una herencia se produce el efecto normal de la sucesión hereditaria: el patrimonio del heredero se fusiona con el dejado por el de cuius, no pudiendo en el futuro considerarse sino un sólo patrimonio, el del heredero. Los efectos de esta confusión de patrimonios son muy variados. Los acreedores del de cuius pasan a serlo del heredero, teniendo como derecho de prenda general no solamente los bienes hereditarios sino los propios del heredero; y, a su vez, los acreedores originarios del heredero tendrán, en el futuro, como derecho de prenda general (art. 2465), los del heredero y los que éste ha heredado. Ya no habrá, para unos y otros, sino un sólo y mismo deudor: el heredero.

Por otro lado, ningún crédito tendrá el heredero contra la sucesión, ni ésta contra aquél. La confusión, como modo de extinguir obligaciones, entrará a actuar (arts. 1665 y siguientes).

107°.—**De la confusión de la calidad de deudor y acreedor.**—La confusión en el heredero de la calidad de deudor y acreedor puede ser total o parcial. Lo primero, cuando el acreedor le suceda un solo heredero, o al deudor le suceda su acreedor. En tal caso, las obligaciones que existían entre el de cuius y el sucesor se extinguen por la confusión, desde que jurídicamente sería imposible que una persona se pagara o se cobrara a sí misma (art. 1665).

La confusión será parcial cuando, en la obligación simplemente conjunta o mancomunada (art. 1511 y 1526), uno de los acreedores sucede al deudor, o uno de los deudores hereda al acreedor común. En este caso la obligación se extingue en parte, subsistiendo en el resto (art. 1667).

DE LAS ASIGNACIONES

85

Si un tercero sucede al acreedor y al deudor, la confusión será también total. Y será parcial, si un tercero, en las obligaciones simplemente conjuntas o mancomunadas, sucede al acreedor y a uno de los deudores, o al deudor y a uno de los acreedores, según se trata de una mancomunidad pasiva o activa.

Cuando la obligación es solidaria, por el artículo 1668 "si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda. Si, por el contrario, hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, será obligado el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito". La disposición se explica por sí misma: Juan, Pedro y Antonio, deudores solidarios de Diego por tres mil pesos, teniendo todos el mismo interés en la obligación, adeudan, en definitiva, mil pesos cada uno. Juan hereda a Diego, se extingue la obligación en la suma de un mil pesos, pero el heredero —Juan— repetirá contra los otros por mil pesos respecto de cada uno (arts 1522 y 1610 N° 3). Y, por el contrario, si fallece el deudor común y le hereda uno de los acreedores solidarios, la obligación se extingue en la parte o cuota que tenía el acreedor que hereda al deudor difunto, y debe el heredero a los otros coacreedores la parte o cuota que a éstos corresponde en el crédito total.

Si la obligación se encuentra caucionada con una fianza, habiendo confusión entre el acreedor y el Deudor, se extingue la fianza como aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; pero si la confusión se realiza entre el acreedor y el fiador, o entre el deudor y el fiador, si bien la fianza termina, la obligación principal se mantiene (arts. 1666 y 2383). Y lo mismo si la obligación está caucionada con una prenda o hipoteca, desde que todo lo que extingue la obligación principal extinguirá la garantía; pero la confusión podrá servir únicamente para la extinción de la hipoteca o de la prenda, subsistiendo la obligación principal, si el acreedor sucede al dueño del bien dado en garantía (arts. 2406 y 2434 inc. 1°).

Otro tanto ocurre en el campo de los derechos reales. El derecho real de usufructo termina por la consolidación, como si

el usufructuario hereda al nudo propietario (art. 806). Pero la regla inversa no es exacta, pues herede o no el nudo propietario al usufructuario, la muerte de éste siempre le pone término al derecho de usufructo, sin que exista aquí la consolidación, jurídicamente considerada (arts. 773 inc. 2 y 806) (1). Los derechos reales de uso y habitación siguen la misma regla del usufructo (art 812). El derecho real de servidumbre termina también por confusión, "o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño" (art. 885 N° 3), lo que tiene lugar si el dueño del predio dominante hereda al del sirviente, o a la inversa. Lo mismo, si un tercero hereda a ambos.

En todas las situaciones señaladas arriba, el derecho real y el derecho personal quedan, por así decirlo, paralizados con ocasión del absurdo que se produciría en otro caso de tener derechos contra si mismo o derechos reales sobre una cosa de la cual se tiene ya la propiedad (en este sentido Polacco, obra citada, t. II, pág. 178).

Pero esta confusión debe ser entendida con ciertas reservas, impuestas por la propia naturaleza de las cosas. Si el heredero sucede al de cuius, pasando al primero los derechos y obligaciones del segundo (art. 1097), para ciertos efectos debe considerarse en el heredero subsistente las relaciones jurídicas del finado, no obstante la confusión. Así, por ejemplo, para determinar el activo y el pasivo del as hereditario, a efecto del impuesto de herencia. Lo mismo para determinar la masa partible y establecer los derechos de los asignatarios de legítima y de mejora. La confusión no impide, para éstos y otros efectos, que la sucesión siga siendo acreedora del heredero, o deudora de éste, según el caso.

108°.—La confusión y la cesión del derecho de herencia.— Si el heredero hace cesión del derecho de herencia, sea a un tercero, sea a uno de los coasignatarios, la confusión desaparece y reviven, entre cedente y cesionario, las relaciones jurídicas paralizadas por la confusión. Por tanto, el cedente vuelve a su carácter de deudor o acreedor de la sucesión, como reviven, también, los derechos reales extinguidos por la confusión. Viene así admitido por una larga tradición y en la cual los autores se manifiestan conformes (Aubry y Rau, Droit Civil, t. V, pág. 239;

DE LAS ASIGNACIONES

87

De Gásperi, obra citda, t. 11, pág. 144 N° 210; Borda, obra citada, t. I, pág. 542 N° 776).

Pero respecto de terceros la cesión no puede afectarles en este sentido, que ya tenían un derecho adquirido para quedar libres definitivamente. Por tanto, la fianza, la prenda y la hipoteca, extinguidas por la confusión, no reviven por la cesión que haga el heredero a un extraño, o a otro coasignatario, cuando la prenda o la hipoteca han sido constituídas por terceros (en este sentido Somarriva, Tratado de las Caucciones, pág. 475 N° 466; Planiol y Ripert, obra citada, t. XIII, pág. 670 N° 466; De Gásperi, obra citada, t. II, pág. 144 N° 210).

109°.—**La confusión y la nulidad de la aceptación.**—Si la aceptación de la herencia, que había operado la confusión, queda más adelante sin efecto por la nulidad de ella, por aplicación del art. 1687 debe tenerse la confusión por no efectuada. Y lo mismo en caso de indignidad declarada del heredero, puesto que en tal caso "es obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado con sus accesiones y frutos" (art. 974 inc. 2).

110°.—**Responsabilidad ultra vires.**—Otro de los efectos de la aceptación de la herencia, pura y simplemente, es la responsabilidad ultra vires del heredero por las deudas del finado.

La confusión de patrimonios, como consecuencia de la aceptación pura y simple de la herencia, le impone el pago de las deudas del causante —hereditarias y testamentarias (arts. 1097 y 1354) no solamente "cum viribus hereditatis —con los bienes heredados—, o "pro viribus hereditatis —hasta el valor de los bienes heredados—, sino "ultra vires hereditatis" —más allá de las fuerzas de la herencia—, para emplear el lenguaje tradicional.

Según Bello, esta responsabilidad "ultra vires" tiene como fundamento el de que es "un principio de derecho que el heredero es una continuación de la persona del difunto" (nota al art. 1219 del Proyecto Inédito). Por tanto, por nuestro Derecho el heredero sucede al difunto en la personalidad jurídica de éste más que en sus bienes, principio que recibió de la legislación española y del Código de Francia. La primera lo introdujo en la Ley 10, Título 6°, Partida VI, aunque algunos doctrinadores pensaron que la responsabilidad, a pesar de los textos, era "cum viribus hereditatis" (en este sentido Lacruz Berdejo, Juan Luis,

en Derecho de Sucesiones de Julius Binder, pág. 213 N° 27). El Código de Francia la introdujo por el artículo 724 (en este sentido Josserand, obra citada, t. III V II, pág. 170 N° 913; Aubry y Rau, obra citada, t. VI, pág. 441 N° 617; Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 235 N° 189). Conviene anotar que este último cuerpo de leyes no trata en especial de la responsabilidad "ultra vires" por las cargas testamentarias, lo que ha suscitado algunas controversias (Véase la exposición de Josserand, obra citada, págs. 182 y siguientes, N.os 926, 927 y 928).

111°.—**Fundamento de la responsabilidad ultra vires.**—Hay muchas explicaciones. Fundamentalmente, sin embargo, esta responsabilidad debe encontrarse en el hecho de ser el heredero el continuador de la personalidad jurídica del difunto. Según lo explican algunos romanistas, la herencia romana primitiva no tuvo la finalidad de transmitir el patrimonio, sino todo el complejo de poderes que constituye la soberanía sobre la familia, concebida ésta como organismo político. La familia debía permanecer unida bajo el nuevo jefe designado por el difunto. La herencia comprendía, además del patrimonio, las deudas, el culto —sacra—, los sepulcros, etc. Las deudas no formaban parte del patrimonio; pero representaban las responsabilidades inherentes a cualesquiera formas de sucesión soberana. La sucesión en las deudas no estaba organizada, por otra parte, en interés de los acreedores, desde que éstos podían resultar perjudicados si el heredero estaba, por su parte, cargado de deudas, y era siempre perjudicial para el heredero, si la herencia no tenía nada de activo y sí mucho de pasivo. El traspaso del patrimonio del difunto al heredero, concepto que no se había desarrollado como lo tenemos hoy, nada tenía que ver con la esencia de la institución de heredero, de manera que se entendía como tal no a la persona a quien se le dejaba el todo o una cuota del as, sino a quien se le daba el título de heredero (Bonfante, "Historia del Derecho Romano", t. I, págs. 107 y siguientes).

Predominaba, en ese sistema, un concepto, subjetivo, desde que lo fundamental es el "nomen heredis", o sea, el título de "heres". Una vez adquirido el título de "heres", la adquisición de los bienes y la responsabilidad por las deudas son una mera consecuencia de aquel título (véase nuestro trabajo "De los Su-

DE LAS ASIGNACIONES

89

cesores o Asignatarios”, en esta Revista, N° 111, págs. 3 y siguientes, y nuestra publicación “El Principio de la Continuidad de la Persona del Difunto por el Heredero”, en esta Revista, N° 101, págs. 598 y siguientes).

Por tanto, la institución de la herencia, en los primeros tiempos, está basada en la idea de que la soberanía familiar es la que se traspasa, con todas sus consecuencias. “Como el hijo es el continuador natural y obligado del culto, asimismo hereda los bienes. Quiéralo o no, la sucesión le incumbe, cualquiera que pueda ser, aun con sus cargas y sus deudas. La fortuna es inmóvil, como el hogar y la tumba a que está asociada. Es el hombre quien pasa” (Fustel de Coulanges: “La Ciudad Antigua”, págs. 97 y 98).

En el período del Derecho Clásico la herencia fue perdiendo su carácter primitivo, adaptándose a los nuevos fines, esencialmente patrimoniales. El contenido soberano de la herencia —culto, sepulcros, derecho de patronato y los servicios de los libertos— fue siendo separado, ora permaneciendo inherentes a los herederos familiares, o incluso a los familiares que no eran herederos, ora dividiéndose entre los herederos y los parientes. Ya el heredero sucede en las deudas y cargas de la herencia por ocupar el lugar del finado en el patrimonio. La responsabilidad “ultra vires” se finca en el concepto de patrimonio, en que se consideró que entraban los bienes —los “bona”— y las deudas. Adquiriendo el heredero la universalidad, parecía justo que respondiera de las deudas de esa universalidad, es decir, del patrimonio.

Bonfante lo explica así: “Donde el jurisconsulto romano decía: el heredero responde de las deudas porque sucede —succedit o succedit in locum o in ius defuncti—, lo que quiere decir es que la herencia no es una simple adquisición de derechos, sino un reemplazo en las relaciones. En cambio, el jurisconsulto bizantino, y después de él toda la serie de intérpretes, pronuncia: responde de las deudas porque adquiere un patrimonio, una universitas, en la que están comprendidas las deudas” (“Instituciones de Derecho Romano”, pág. 560 N° 187).

La responsabilidad “ultra vires”, de acuerdo con lo dicho, debe ahora encontrarse en el hecho de que el heredero sucede

en el patrimonio, concebido éste como una emanación de la personalidad y en el que forman, como en un bloque —en un todo orgánico— los bienes activos y las deudas. Es esta concepción la que recogen los juristas de la Edad Media, hasta llegar a ser formulada de manera culminante por Aubry y Rau. De acuerdo con la concepción de estos juristas “los sucesores universales propiamente dichos, es decir los que representan la persona del difunto, no siendo solamente llamados a recoger la totalidad o una parte alícuota de los bienes comprendidos en su patrimonio, pero sucediendo en ese patrimonio mismo, son tenidos de pleno derecho, y con su propio patrimonio, como si ellos mismos las hubiesen contraído, de todas las deudas que gravan la herencia (obra citada, t. VI, pág. 256 N° 583).

De esta suerte, se abandonó el origen del sistema: el título de heredero, que era causa, pasó a ser la consecuencia del llamamiento a suceder en los bienes en general, derecho que, en un principio, no era sino el atributo propio del sucesor denominado por el causante como su heredero.

A las consideraciones precedentes conviene agregar algo más: se invoca, en apoyo de la responsabilidad “ultra vires”, consideraciones de carácter moral e incluso de orden fisiológico.

Se sostiene, en efecto, que esta responsabilidad fortalece la solidaridad familiar, poniendo de cargo de los herederos, particularmente de los descendientes, el deber moral, elevado a la categoría de norma jurídica, de hacer honor a la memoria del difunto, pagando las obligaciones de éste. “La herencia de las taras fisiológicas y morales, como la de las buenas cualidades y virtudes, es una ley de la naturaleza”, añaden por su parte Colin y Capitant (obra citada, t. VII, pág. 366), partidarios decididos del sistema de la responsabilidad “ultra vires”. Y concluyen: “Todo el mundo reconocerá fácilmente que es para los hijos una obligación de honor pagar íntegramente las deudas de sus padres”.

112°.—Crítica al sistema de la responsabilidad ultra vires.—
Al sistema de que el heredero es el continuador de la personalidad jurídica del difunto se ha opuesto, en estos últimos tiempos, aquél según el cual no debe ser sino **sucesor en los bienes**, de tal suerte que la responsabilidad en el pasivo de la herencia no debe

DE LAS ASIGNACIONES

91

llegar sino hasta la cuantía del activo, es decir "intra vires hereditatis".

Las críticas al sistema tradicional vienen desde antiguo, aunque han sido formuladas, especialmente, para el Código de Francia. Ya Toullier había dicho: "Nadie está obligado a pagar las deudas de otro; pero los bienes que un hombre deja al morir están afectados al cumplimiento de todas sus obligaciones".

"El heredero que recoge estos bienes debe, por consiguiente, soportar las cargas; pero él, al tomar los bienes, no ha tenido la intención de obligarse personalmente más allá de su valor: su objeto es aumentar su fortuna, y no disminuirla. No se puede razonablemente suponer que él se obligue a pagar más de lo que recibe. El no debe a los acreedores sino la cuenta exacta de todos los bienes de la sucesión. Aquéllos no pueden exigirle nada más, porque el difunto mismo, a quien el heredero representa, no podría si viviese, darle más de lo que poseía. Es, pues, principio fundado en la razón y en la equidad, que el heredero no está naturalmente obligado más allá de las fuerzas de la sucesión" ("Le Droit Civil Francais", t. IV, pág. 367 N° 352).

Se sostiene que el sistema tradicional es históricamente falso, desde que el origen de la responsabilidad "ultra vires" correspondió a una concepción familiar ya abandonada. Muy de acuerdo con la Roma antigua, cuando el individuo era absorbido por la familia, cuando el hijo era heredero **necesario** del difunto, heredero **suyo** —heredes sui et necessari— (Petit, Eugéne: Tratado Elemental de Derecho Romano, pág. 716 N° 588). El hijo era el continuador de la personalidad del padre, era en cierto sentido un sucesor de sí mismo (Josserand, obra citada, pág. 178 N° 922). Pero hoy en día, en que la herencia tiende fundamentalmente al traspaso de los bienes del difunto, "no se debería transmitir al heredero sino el activo, porque patrimonio es solamente lo que sobra, una vez deducidas las deudas" (Bonfante, obra citada, pág. 562, N° 187).

Se agrega que la familia es en nuestros días menos compacta, y los hijos tienen una personalidad distinta y bien definida. El deber moral de pagar las deudas del finado no se puede elevar a la categoría de una obligación jurídica. Que exista esa obligación moral de pagar deudas del difunto, en buena hora; pero de ahí a elevarla a la categoría de norma jurídica no es posible acep-

tarlo. La solidaridad familiar pide, en todo caso, que los herederos, sin excepción, estén obligados a contribuir a la misma; pero resulta, por el sistema del Código, que ciertos herederos aparecen desligados de esa solidaridad (art. 1250).

Si los hijos no están obligados a pagar las deudas de sus padres en vida de éstos, no se ve la razón para, que, con la muerte del deudor, esa carga pese sobre sus descendientes, cuando ya el finado ningún provecho obtiene y sólo beneficia a los acreedores. Estos últimos no deben, por la muerte del deudor, ver mejorada su situación, ampliando la garantía de que hasta entonces disfrutaban, como tampoco debe ser empeorada. Por tanto, manteniendo el patrimonio del difunto afecto solamente al pago de las deudas y cargas de la herencia y restando acción a los acreedores sobre los bienes propios del heredero, se mantiene la equidad que el buen sentido aconseja.

Tampoco es efectivo que el heredero sea, en el estado actual de la legislación y aun aceptando el principio romano, verdaderamente continuador de la personalidad jurídica del finado, ya que las consecuencias que deberían extraerse de ese principio no se producen en toda su integridad. Era justo el sistema cuando la transmisión de la soberanía familiar atribuía al "heres" los poderes de que disponía el de cuius. Pero hoy día no ocurre ni puede ocurrir: la patria potestad, los cargos de guardador, la potestad marital, etc., no se transmiten a los herederos, por obvias razones. Y la sola transmisión del patrimonio no basta para justificar esa responsabilidad "ultra vires"; además de que, ciertos derechos de contenido patrimonial, tampoco se transmiten, como los de usufructo, uso habitación —arts. 773 y 819.—

Se sostiene, también, que si bien el beneficio de inventario limita la responsabilidad hasta el valor de los bienes inventariados, la verdad es que el instituto impone obligaciones y cargas engorrosas; sujeta al heredero a trabas y limitaciones complicadas, que en el hecho constituyen una "verdadera tortura para el jurista" (Fornieles, obra citada, t. I, pág. 137 N° 99).

113°.—**Nuestra opinión.**—Nos parece que la responsabilidad "intra vires" responde más exactamente a la lógica de los principios jurídicos. Cuando una persona otorga un crédito lo hace sobre la base de la solvencia moral y económica del deudor, con

DE LAS ASIGNACIONES

93

abstracción de las que pueden tener sus herederos. Por consiguiente, el punto de vista que ha tenido en cuenta el acreedor para otorgar confianza al deudor queda suficientemente cautelado con mantener el patrimonio del difunto, y nada más que ese patrimonio, afecto al pago de la acreencia.

Nada hay que justifique el aumento del derecho de prenda general. Y también parece de lógica que los acreedores originarios del heredero no puedan pretender que ese derecho de prenda general se vea acrecentado con el as hereditario que recibe el deudor.

Desde otro punto de vista, el sistema tradicional se presta a situaciones perjudiciales para los acreedores mismos.

Un heredero solvente puede, al aceptar una herencia cargada de deudas, perjudicar a sus propios acreedores, que ven de improviso disminuir el activo del patrimonio del deudor y aumentar su pasivo. A esa situación ellos no pueden oponerse, pues no están habilitados para impetrar el beneficio de separación (infra N° 116). Y el legislador debe también proteger a dichos acreedores. Igualmente, si los acreedores hereditarios y testamentarios no ponen oportunamente en movimiento el beneficio de separación, pueden verse perjudicados en el pago de sus acreencias, ya que los acreedores originarios del heredero estarán presos para embargar los bienes recibidos a título de herencia por el deudor común.

Y en cuanto a la responsabilidad "ultra vires" impuesta para el pago de los legados, la situación del heredero resulta también injustificada, pues tales cargas no eran propiamente deudas del de cuius, siendo típicamente una obligación que éste impone a sus herederos. De esta manera puede resultar que el testamento no sea, en cierta medida, un acto por el cual se dispone por su autor del "todo o de una parte de sus bienes" (art. 999), sino que en cierto sentido bienes del heredero, obligado como se encuentra éste al pago de los legados de una manera ilimitada.

114°.—**Legislación comparada.**—Predomina todavía el principio de la responsabilidad "ultra vires". Pero en los Códigos modernos la responsabilidad "intra vires" ha sido adoptado por el Brasil (art. 1587), México (art. 1678), Costa Rica (art. 535), Perú (art. 658) y Rusia (art. 434).

En Argentina hay una fuerte corriente doctrinaria en favor de la responsabilidad "intra vires". En dos sucesivos Congresos de Derecho Civil —Córdoba, 1927 y 1937— se aprobaron resoluciones o "despachos" en favor del establecimiento de la sucesión en los bienes. El Proyecto de 1936, sin embargo, mantiene la responsabilidad "ultra vires", que surge claramente del artículo 1867 de ese Proyecto (véase Fassi, Santiago, "La Sucesión Hereditaria", pág. 48 N° 46).

En Alemania, ante el sistema romano, que establecía la responsabilidad ilimitada, y el germánico, que la limitaba al acervo hereditario, se ha establecido un sistema que no ha logrado poner de acuerdo a sus doctrinadores, (véase Josserand, obra citada, t. III V 11, pág. 78 N° 921. Véase la exposición que hace Binder, obra citada, págs. 206 y siguientes N° 27). En Francia ha suscitado el problema una viva discusión, particularmente después del trabajo de Saleilles ("La Responsabilité de l'héritier dans le Code Civil Suisse", en Bulletin de la Société de Etudes Legislatifs", año 1911, pág. 476"; y "De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du Droit français", mismo Boletín, años 1910 y 1911).

— VIII —

DEL BENEFICIO DE SEPARACION

SUMARIO: 115°—Concepto. 116°—Concepción en el Código Civil. 117°—El beneficio es individual. 118°—Es individual, además, respecto de cada coheredero. 119°—Situación de los no separatistas. 120°—Puede ser demandado cualquiera que sea la forma de aceptación de la herencia. 121°—A quienes les corresponde el beneficio. 122°—El heredero beneficiario. 123°—Legatarios de especie o cuerpo cierto. 124°—El coheredero respecto de los acreedores de los otros coherederos. 125°—Naturaleza del crédito contra la sucesión. 126°—Acreedor de obligación natural. 127°—Desde qué momento puede invocarse la separación. 128°—Hasta cuando se conserva el derecho. 129°—El heredero puede atajar la separación. 130°—Los acreedores originarios no pueden atajar el beneficio. 131°—Causas que se oponen al beneficio. 132°—El beneficio debe ser declarado. 133°—Contra quien se propone la gestión. 134°—Procedimiento. 135°—Tribunal competente. 136°—Publicidad del decreto judicial. 137°—Beneficio de pleno derecho.

DE LAS ASIGNACIONES

95

138°—Bienes que comprende la separación. 139°—Efectos de la separación. Enumeración. 140°—1.o) Respecto del heredero mismo. 141°—Naturaleza de la acción. 142°—Prueba de la no existencia de otros bienes. 143°—2.o) Respecto de los separatistas entre sí. 144°—3.o) Efectos entre los separatistas y los originarios.

115°.—**Concepto.**—Aceptada la herencia pura y simplemente, la confusión de patrimonios que ella implica puede ser perjudicial para el heredero, al poner de su cargo las obligaciones hereditarias y testamentarias (art. 1097). Cuando se trata de una sucesión cargada de deudas, puede llegar a lesionar su propio patrimonio. La ley sale en su defensa mediante la limitación de su responsabilidad, estableciendo a favor suyo el beneficio de inventario (art. 1247).

Puede ocurrir, de otra parte, que la aceptación pura y simple ponga en peligro no el patrimonio del heredero sino los derechos de los acreedores del difunto y de los legatarios, desde que la confusión de patrimonios da a los acreedores originarios del heredero la posibilidad de perseguir el pago de sus acreencias en los bienes que recibe por sucesión por causa de muerte. El derecho de prenda general (art. 2465) que la ley le acordaba a los acreedores hereditarios sobre los bienes del de cuius puede verse disminuido y menguada, también, la posibilidad de los legatarios de obtener el pago de sus asignaciones, al tener que soportar a los acreedores originarios del heredero, quienes pueden poner igualmente en movimiento el referido derecho de prenda general, que comprende los bienes heredados por el deudor común (art. 2465).

En ayuda de los acreedores hereditarios y de los legatarios, el Código Civil ha reglamentado el beneficio de separación, instituto según el cual "los acreedores hereditarios y testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero; y en virtud de este beneficio de separación tendrán derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias con preferencia a las deudas propias del heredero" (art. 1378).

Este beneficio entronca sus raíces en el Derecho Romano, mediante la *separatio bonorum*, y tal como fue introducido por

la equidad del pretor, obraba de tal manera que los acreedores que tenía el causante sólo ellos se pagaban con los bienes dejados por el de cuius y nada podían pretender sobre el patrimonio originario del heredero. Pagados los acreedores hereditarios sobre los bienes dejados por su deudor, no podían pretender, caso de ser insuficientes los bienes hereditarios, perseguir la parte insoluble en los bienes propios del heredero. El beneficio operaba, de esta manera, una verdadera separación de patrimonios, de suerte que los separatistas no podían buscar, en caso alguno, la solución de sus créditos en los bienes adquiridos por el heredero a otro título que el de sucesión por causa de muerte. Como lo expresa Bonnecase, "En el Derecho Romano existía una separación absoluta entre ambos patrimonios: los acreedores del heredero no podían concurrir sobre los bienes hereditarios e inversamente" (Derecho Civil, t. III, pág. 488 N° 662).

En las legislaciones modernas, el beneficio de separación origina arduas cuestiones de doctrina y de jurisprudencia, muchas de las cuales venían ya planteadas desde el Derecho Romano. Así, bajo la sola vigencia del derogado Código Civil de Italia, que entró a regir el 1° de Enero de 1866, los tribunales italianos, a propósito de ciertos aspectos del beneficio de separación, se pronunciaron en reiteradas ocasiones de muy diversa manera, lo que también se anota en la doctrina, tal como lo hace constar Gabba (Cuestiones Prácticas de Derecho Civil Moderno, volumen II, págs. 100 y siguientes). En Francia ha ocurrido otro tanto, como lo apunta el mismo Gabba en la obra referida.

116°.—Concepción en el Código Civil.—El instituto del beneficio de separación en el Código Civil no es tanto una separación de patrimonios sino que tiende a establecer en favor de los separatistas solamente una preferencia sobre los bienes dejados por el causante, frente a los acreedores originarios del heredero. El artículo 1378 lo dice de una manera explícita, al expresar que los separatistas "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".

Una vez satisfechos los separatistas el excedente de los bienes transmitidos por el difunto servirá de prenda general a los acreedores originarios del heredero. A su vez, el patrimonio pro-

DE LAS ASIGNACIONES

97

pio del heredero, de otro origen no sucesorio, servirá para pagar **preferentemente** a sus acreedores; pero el sobrante servirá también para el pago de los separatistas. Por consiguiente, cada patrimonio, si es posible así expresarse por comodidad, responde preferentemente —no en forma excluyente— a los respectivos acreedores del deudor común de todos ellos: el heredero.

El Código ha dejado, por tanto, intacta la calidad jurídica del heredero, de suerte que aun cuando los acreedores hereditarios hagan uso del beneficio de separación, aquél continúa siendo sucesor en la persona del de cuius y continuador de la misma; propietario del patrimonio que ha adquirido por sucesión por causa de muerte; y deudor de las obligaciones que fueron del causante o que éste instituyó en su testamento. Es tan sólo una preferencia en favor de los separatistas la que establece este beneficio; pero una separación de patrimonios, en el sentido en que esta expresión debe ser considerada, no existe, como se enseña con suma frecuencia y que ha formado escuela entre nosotros (1).

Los artículos 1382 inc. 2 y 1383 ponen de manifiesto cuanto hemos expresado sobre el concepto del beneficio de separación, de una manera que no admite réplica. El primero dice: "El sobrante, si lo hubiere, se agregará a los bienes del heredero, para satisfacer a sus acreedores propios, con los cuales concurrirán los acreedores de la sucesión que no gocen del beneficio". Y el segundo, por su parte, agrega: "Los acreedores hereditarios o testamentarios que hayan obtenido la separación, o aprovechándose de ella en conformidad al inc. 1º del art. precedente, no tendrán acción contra los bienes del heredero, sino después que se hayan agotado los bienes a que dicho beneficio les dio un derecho preferente; mas, aun entonces podrán oponerse a esta acción los otros acreedores del heredero hasta que se les satisfaga en el total de sus créditos".

(1) Somarriva, Manuel: "Derecho Sucesorio", t. 11, pág. 304, Nº 938, enseña lo siguiente: "El beneficio de separación, a diferencia del de inventario, produce la separación de los patrimonios del causante y de los herederos. Esto que, como vimos, se discute en el inventario, es incontrovertible en el beneficio de separación. Es precisamente el objeto de este último evitar que se confundan los patrimonios del causante y de los herederos".

Inspirado el Código en las enseñanzas de Delvincourt, como puede verse en las notas al Proyecto de 1853 (arts. 1557, 1558 y 1560 de ese Proyecto), sólo da a los acreedores separatistas una preferencia para pagarse sobre el patrimonio recibido por el deudor en virtud de la trasmisión hereditaria; pero satisfechos esos créditos, los acreedores personales del heredero van sobre el sobrante a buscar en él la satisfacción de sus acreencias. Y recíprocamente, el excedente del patrimonio propio del heredero sirve a los separatistas para obtener la satisfacción de sus créditos, en los términos que menciona el sobredicho artículo 1383.

Creemos que pueden aplicarse, al sistema del Código, las explicaciones que se han dado para el sistema del Código Civil de Argentina sobre este mismo instituto, en cuanto se ha dicho que no es tanto una separación de patrimonios, cuanto un procedimiento a "conferir a los acreedores del difunto y a los legatarios un derecho de preferencia sobre los acreedores personales del heredero quien, por su aceptación pura y simplemente, deviene también deudor de ellos" (De Gásperi, Derecho Hereditario", t. II, pág. 5 N° 170). Como decía Velez Sarfield, "La separación de los patrimonios no tiene por fin afectar especialmente a cada uno de los dos patrimonios, a cada una de las dos clases de acreedores: el patrimonio del difunto a los acreedores del difunto, el patrimonio del heredero a los acreedores del heredero. Esta reciprocidad sería contra el derecho, pues que el heredero, aceptando la herencia simplemente, es deudor personal de los acreedores del difunto" (nota al artículo 3437 del C. Civil de Argentina).

Habría una separación de patrimonios si el concepto romano se mantuviera intacto en el Código, como quiera que, debido a la *separatio bonorum*, se entendía que el deudor de los separatistas era el difunto y no el sucesor; y hasta se aceptaba, como ya se ha dejado constancia, de que no podía hacerse pagar sobre los bienes del heredero. Pero en el Código no ocurren las cosas de esa manera, pues el heredero, si no ha aceptado a beneficio de inventario, mantiene siempre una responsabilidad *ultra vires* respecto de las obligaciones del causante. Fuera de que, en otros aspectos y como se irá anotando, el beneficio de separación es hoy en día muy diverso del establecido por la legislación romana.

DE LAS ASIGNACIONES

99

117º.—**El beneficio es individual.**—En Roma se trataba, con el beneficio de separación, de una medida colectiva de defensa de los acreedores hereditarios. Hoy en día se trata de una opción individual. Los acreedores que lo soliciten u obtengan son los únicos que pueden invocarlo. La separación se presenta, pues, como un derecho de opción para los acreedores hereditarios y testamentarios, en cuanto unos pueden aceptar al heredero como deudor puro y simplemente, y otros hacer valer el instituto de la separación.

Es natural que exista disparidad de criterio entre los acreedores del de cuius. Unos pueden aceptar al heredero como su deudor, haciendo valer el beneficio de separación; otros, por el contrario, sin valerse de él. De aquí que el artículo 1380, inc. 1, disponga que se trata de un derecho de "cada acreedor". Es ésta una notable modificación histórica del beneficio de separación, aceptado por las legislaciones modernas (Véase a propósito del origen histórico a Colin y Capitant, Derecho Civil, t. VII, pág. 377; Planiol y Ripert, Derecho Civil Francés, t. IV, pág. 519 N° 453). Así, por el artículo 512 del Código Civil de Italia, el beneficio de separación aprovecha a los acreedores del difunto y a los legatarios que lo han realizado.

La consecuencia del principio anterior es que el derecho de pagarse preferentemente, con los bienes transmitidos por el causante, aprovechará sólo a los que hayan obtenido la separación. Por el artículo 1382, "obtenida la separación de patrimonios por alguno de los acreedores de la sucesión, aprovechará a los demás acreedores de la misma que la invoquen y cuyos títulos no hayan prescrito, o que se hallen en el caso del N° 1 del art. 1380 (inc. 1º). Obtenida la separación, no quedan por ello de derecho los otros acreedores sujetos a sus consecuencias, sino a condición de que lo hagan valer también en su apoyo (Claro Solar, Derecho Civil, t. XVII, pág. 357 N° 2792). Es ésta, también, la solución que aceptan los doctrinadores del Código de Francia, en el sentido de que "se aprovechan de dichos beneficio aquéllos que la invocan; la vigilancia de los unos no aprovecha a los otros" (Josserand, Derecho Civil, t. III V/II, pág. 223 N° 985; Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 519 N° 453).

118º.—**Es individual, además, respecto de cada coheredero.**— Pero no solamente el beneficio de separación se afirma en cada acreedor en forma individual sino que, además, lo es respecto de cada uno de los coherederos. Pueden los acreedores hereditarios y los legatarios pedir la separación respecto de uno de ellos y no respecto de los otros, que por su solvencia puede ofrecerles suficiente garantía de obtener el pago, en la cuota correspondiente a cada heredero (art. 1354), aun soportando en el as hereditario a los acreedores originarios del heredero. Resulta así que el beneficio de separación es individual: a) Desde el punto de vista de cada acreedor hereditario y testamentario, que lo solicita y obtiene; y b) Lo es, también respecto de cada coheredero (Josserand, obra citada, t. III V. II, pág. 223 N° 986).

Esto prueba, una vez más, que el instituto de la separación no impide que el patrimonio del difunto se divida entre los diversos herederos, ni permite a cada acreedor separatista exigir a cada sucesor más de lo que a éste le corresponde en el pasivo de la sucesión (art. 1354). Por tanto, no hay realmente, ni puede haberlo, separación propiamente tal del patrimonio del difunto del de los herederos (en este sentido Colin y Capitant, obra citada, t. VII, pág. 379).

119º.—**Situación de los no separatistas.**—Los acreedores hereditarios y testamentarios no separatistas, bien por no haber demandado el beneficio o por no invocarlo, como lo autoriza el art. 1383, se enrolan entre los originarios del heredero, manteniendo los separatistas preferencia para el pago sobre el patrimonio dejado por el de cuius, tanto respecto de los originarios como respecto de aquellos no separatistas. Según el artículo 1382, “el sobrante (del as hereditario), si lo hubiere, se agregará a los bienes del heredero, para satisfacer a sus acreedores propios, con los cuales concurrirán los acreedores de la sucesión que no gocen del beneficio” (inc. 2).

No era este el sistema propuesto en los Proyectos. En el del año 1853 (art. 1560), se establecía una prelación, en el sentido de que primero se pagaban los acreedores hereditarios separatistas; después, los hereditarios que no hayan obtenido el beneficio; y, por último, los testamentarios que lo hayan obtenido. El sobrante se agregaba a los bienes del heredero, para pagar

DE LAS ASIGNACIONES

101

a los originarios suyos y a los testamentarios que no hayan obtenido el beneficio.

Por el Código no existe prelación alguna entre los acreedores hereditarios y testamentarios, pues todos son tratados en un pie de igualdad, según hayan obtenido o no la separación.

120°.—Puede ser demandado cualquiera que sea la forma de aceptación de la herencia.—La separación puede ser obtenida cada vez que la herencia ha sido aceptada, bien pura y simplemente, bien con beneficio de inventario. No produciendo este último beneficio separación de patrimonios, sino una simple limitación de la responsabilidad del heredero al monto de los bienes heredados (art. 1247), es obvio que la separación es también procedente en esta última forma de aceptación de la herencia.

Resulta de lo dicho que puede darse a un mismo tiempo una herencia aceptada con beneficio de inventario y funcionando, igualmente, el beneficio de separación, desde que una y otra institución desempeñan un rol jurídico completamente diverso: el primero, establecido en provecho o ventaja del heredero; el segundo, en beneficio de los acreedores hereditarios y testamentarios. Por lo tanto, el beneficio de inventario se hace valer por el heredero; el de separación, por los acreedores de la sucesión.

No así por el sistema francés, en que los comentaristas enseñan que, cuando la herencia es aceptada con beneficio de inventario, que produce para ellos una separación de patrimonios, la separación es innecesaria, desde que de derecho queda ella implícita (En este sentido Colin y Capitant, obra citada, t. VII, pág. 381; Josserand, obra citada, t. III V. II, pág. 225 N° 989). Como lo expresa Claro Solar, "importa poco, por lo tanto, que la herencia haya sido aceptada pura y simplemente o a beneficio de inventario, porque esta circunstancia solamente afecta a la responsabilidad del heredero" (obra citada, t. XVII, pág. 346 N° 2780). Así también lo sostenía Gabba, para el derogado Código Civil de Italia (obra citada, V. II, pág. 113 in fine).

Igualmente, pensamos que el beneficio de separación es procedente sea que el heredero tenga o no acreedores propios u originarios. Si no los hay, nada impide que posteriormente puedan

existir y, por tanto, siempre la separación será favorable a los acreedores de la sucesión. Es cierto que la ley no ha partido de este supuesto; pero no hay inconveniente para que se admita el instituto, por el hecho de que si no fuera así estarían los acreedores de la sucesión expuestos a que los futuros acreedores del heredero pusieran en peligro el pago de sus acreencias. El heredero no podrá impedir que los acreedores de la sucesión, en estas condiciones, hagan uso del derecho de separación, alegando que no tiene acreedores por otra causa que los de la sucesión.

121º.—A quienes les corresponde el beneficio.—La separación la reserva el Código solamente para los acreedores de la sucesión, hereditarios y testamentarios, esto es, a los derecho-habientes del finado. No gozan de ella los originarios del heredero, pues la separación funciona "contra ellos, no para ellos" (Josserand, obra citada, t. III V. II, pág. 222 N° 984). Por el artículo 1381, "los acreedores del heredero no tendrán derecho a pedir, a beneficio de sus créditos, la separación de bienes". Si bien los acreedores originarios del heredero se encuentran expuestos a ver disminuído el derecho de prenda general que tienen sobre el patrimonio del heredero, al aceptar éste pura y simplemente la herencia, la verdad es que la ley no les acuerda ningún recurso.

Esta carencia de protección se justifica si se tiene presente que ellos aceptaron desde un principio como su deudor al heredero, con quien entraron en relaciones jurídicas, de manera que nada pueden reprocharle si acepta pura y simplemente una herencia, disminuyendo así la posibilidad del pago de sus acreencias, por el hecho de tener que soportar a los acreedores de la sucesión que le llegan al deudor común de todos, por la herencia que acepta. Ellos, los originarios, pudieron en su tiempo ponerse a cubierto del posible riesgo solicitando alguna caución o garantía para sus créditos. Si no lo hicieron y les bastó la palabra empeñada por el deudor, deben correr con el riesgo (En este sentido Polacco, Sucesiones, t. II, pág. 209).

Los acreedores hereditarios y testamentarios no se encuentran en igual situación. Ellos no entraron en relaciones con el heredero, por lo que no es justo que tengan de sufrir, por la muerte del deudor, la concurrencia sin más de los acreedores de

DE LAS ASIGNACIONES

103

aquél, fuera de las dificultades que esa muerte les acarrea para la cobranza de sus acreencias.

122°.—El heredero beneficiario.—Como el heredero que acepta con beneficio de inventario mantiene, para la liquidación de la herencia, su carácter de acreedor y de deudor respecto de la sucesión (art. 1259), puede también valerse del beneficio de separación, en el supuesto que sea acreedor la sucesión, ahora su causante de la herencia (En este sentido de Gásperi, Derecho Hereditario, t. II, pág. 9 N° 170).

123°.—Legatarios de especie o cuerpo cierto.—Ellos adquieren el dominio de la especie legada recta vía del de cuius, desde la delación, y siempre que acepten, (arts. 588, 951 y 956). No tienen que soportar en caso alguno la concurrencia de los acreedores del heredero. Deben, por lo mismo, considerarse excluidos del beneficio de separación, mejor dicho, no lo necesitan para defensa de su derecho de dominio sobre la especie legada. En el hecho, la separación queda reducida en provecho de los acreedores hereditarios y de los legatarios de género (En este sentido Jossierand, obra citada, t. III V. II, pág. 222 N° 984; Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 524 N° 456).

124°.—El coheredero respecto de los acreedores de los otros coherederos.—Siendo varios los herederos, si uno de ellos era acreedor del causante, la confusión que se produce, por la aceptación pura y simple, extingue el crédito que tenía contra el causante, ahora su sucesión, sólo en la parte proporcional a la cuota que lleve en la herencia (art. 1667). Como el resto el crédito que tiene un heredero contra la sucesión se mantiene, es indudable que en la parte no extinguida de la deuda sigue siendo acreedor y, por tanto, está autorizado para solicitar el beneficio de separación que lo ponga a cubierto de los acreedores de sus coherederos (En este sentido Delvincourt, "Cours du Droit Civil", t. II, p. 175 N° 2).

125°.—Naturaleza del crédito contra la sucesión.—Para que los acreedores puedan hacer uso de la separación "no es nece-

sario que lo que se deba sea inmediatamente exigible; basta que se deba a día cierto o bajo condición" (art. 1379).

Si se trata de una obligación a plazo, la relación jurídica nace en el momento en que se contrae el vínculo obligatorio: figura desde ese momento en el activo del patrimonio del acreedor y pesa en el pasivo del deudor, de manera que es solamente su exigibilidad la que se encuentra postergada hasta que se cumpla el plazo (art. 1496). Es natural y obvio que el beneficio de la separación sea acordado a estos acreedores, para la seguridad de su derecho. Si la obligación es condicional, también existe desde que ella se contrae, aunque según lo convenido los efectos se producirán sólo cuando el evento puesto como condición se realice si se trata de una condición suspensiva; si es resolutoria, la obligación nace como pura y simple, y es sólo su existencia la que se encuentra sometida a una incertidumbre (arts. 1473 y 1479). De aquí que el acreedor condicional que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición se trasmite a sus herederos y lo mismo sucede con la obligación del deudor (art. 1492).

Como una consecuencia de lo que comporta la situación jurídica del acreedor condicional, el artículo 1379 le acuerda el beneficio de separación, desde que se trata de una medida conservativa (Delvincourt, obra citada, t. II, p.;. 175 N° 3), de resguardo de su creencia. Por tanto, trátase de un acreedor puro y simple o condicional; de un acreedor quirografario o con garantía especial; sea que el crédito conste de un instrumento público o privado; etc., el beneficio le es reconocido. La ley no hace distinción en esta materia (De Gásperi, obra citada, t. II, pág. 9 N° 171; Claro Solar, obra citada, t. XVII, pág. 350 N° 2782).

Se ha colocado a los acreedores hipotecarios y privilegiados como teniendo interés en la separación. Si bien pudiera argumentarse que la preferencia de que gozan los pone a cubierto de todo riesgo frente a la acción de los originarios del heredero, la verdad es que deben cuidarse, pues éstos pueden disponer de un privilegio superior al suyo. Además, si los bienes que se le han dado como garantía no son suficientes para el pago de sus créditos, tratándose de los hipotecarios y prendarios, por el déficit gozan de preferencia sobre el resto de los bienes separados, fren-

DE LAS ASIGNACIONES

105

te a los acreedores originarios del heredero (arts. 2397, 2425 y 2490) (en este sentido De Gásperi, obra citada, t. II pág. 10 N° 171).

126°.—Acreedor de obligación natural.—El acreedor de obligación natural, de aquellas que no confieren acción para exigir su cumplimiento; pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas (art. 1470 inc. 2), no esté facultado para demandar la separación. Desde que el acreedor está privado de acción para demandar el cumplimiento, ningún derecho valedero pueden exhibir para impetrar esta medida conservativa (en este sentido Polacco, obra citada, t. II, pág. 238).

127°.—Desde qué momento puede invocarse la separación.—Se puede solicitar desde la apertura de la sucesión. Se trata de una medida conservativa, de manera que aunque el crédito sea condicional, sujeto a una condición suspensiva —como el del asignatario bajo esa condición—, no por eso debe esperar que le sea deferida la asignación para impetrar el beneficio de separación (en este sentido Josserand, obra citada, t. III V. II, pág. 226 N° 991).

128°.—Hasta cuándo se conserva el derecho.—No se ha señalado por el Código un plazo hasta el cual pueda hacerse valer la separación. Abandonó Bello la idea de fijar un plazo, como lo hacía por el artículo 1558 N° 3 del Proyecto de 1853, que señalaba un lapso de cinco años, contados desde la aceptación de la herencia. Algunos Códigos fijan un plazo. Así, por el artículo 516 del Código Civil de Italia "el derecho a la separación debe ejercitarse dentro del término de tres meses a contar desde la apertura de la sucesión". El Código de Francia, según el artículo 880, señala el plazo de tres años para los muebles; pero respecto de los inmuebles, la acción está expedita mientras éstos existan en poder del heredero.

Pero la carencia de un plazo no significa que pueda, por nuestro Derecho, obtener la separación en cualquier tiempo posterior a la apertura de la sucesión. Según el artículo 1380 inc. 1°, el derecho "subsiste mientras no haya prescrito el crédito

del que lo hace valer". Prescrito el crédito se está frente a una obligación natural, (art. 1470 N° 2), que no autoriza al acreedor para impetrar la separación (supra N° 127).

129°.—El heredero puede atajar la separación.—Enderezado el beneficio de separación a obtener para los acreedores que lo solicitan una preferencia en el pago de sus créditos sobre el patrimonio que se trasmite al heredero, éste puede oponerse pagando su acreencia al que lo ponga en movimiento. La ley no ha contemplado esta solución; pero viene admitida implícitamente, pues con el pago se desinteresa al acreedor que pretendía la separación (en este sentido Polacco, obra citada, t. II pág. 239). Hay legislaciones que así lo resuelven, como la italiana, pues el artículo 515 dice a la letra: "El heredero puede impedir o hacer cesar la separación pagando a los acreedores y a los legatarios, y dando caución para el pago de aquéllos cuyo derecho pende de una condición o está sometido a término, o bien es objeto de controversia".

130°.—Los acreedores originarios no pueden atajar el beneficio.—La ley no ha dado recurso alguno a los acreedores originarios del heredero para oponerse a la separación. No podrían hacerlo, ni aún prestando una caución o garantía de hacer devolución, si llega el caso, de lo recibido de los bienes dejados por el de cuius, para ejercer así su derecho de prenda general sobre los bienes transmitidos al heredero.

No se niega este derecho expresamente por el Código a los acreedores originarios; pero debe ser admitida, desde que la separación es una medida conservativa. Además, se trata de un derecho absoluto, que ponen en movimiento los acreedores de la sucesión por el hecho de ser tales, sin tener que dar justificación alguna. Otras legislaciones contemplan un recurso a los acreedores del heredero, como ocurre por el artículo 2434 del Código Civil de Argentina, según el cual "Los acreedores de la sucesión pueden demandar la separación de los patrimonios, aunque sus créditos no sean actualmente exigibles, o aunque sean eventuales o sometidos a condiciones inciertas; pero los acreedores personales de los herederos pueden ser pagados de los bienes

DE LAS ASIGNACIONES

107

hereditarios, dando fianza de devolver lo recibido, si la condición se cumple a favor del acreedor de la herencia”.

Entre nosotros, como se ha dicho, no hay recurso alguno para los acreedores del heredero que se oponga a la separación, aunque se haya sostenido equivocadamente lo contrario por De Gásperi (obra citada, t. II, pág. 20 N° 172). Es entendido que si los acreedores originarios pagan al separatista lo desinteresan de la separación, único recurso de evitar o poner término al beneficio (art. 1572).

131°.—Causas que se oponen al beneficio.—Dispone el artículo 1380 lo siguiente: “El derecho de cada acreedor a pedir el beneficio de separación subsiste mientras no haya prescrito su crédito; pero no tiene lugar en dos casos: 1° Cuando el acreedor ha reconocido al heredero por deudor, aceptando un pagaré, prenda, hipoteca o fianza del dicho heredero, o un pago parcial de la deuda; 2° Cuando los bienes de la sucesión han salido ya de manos del heredero, o se han confundido con los bienes de éste, de manera que no sea posible reconocerlos”. Por consiguiente, el beneficio de separación no tiene lugar en las situaciones siguientes:

A) “Cuando el acreedor ha reconocido al heredero por deudor, aceptando un pagaré, prenda, hipoteca o fianza del dicho heredero o un pago parcial de la deuda”. En otros términos, cuando el acreedor de la sucesión ha aceptado al heredero como su deudor, lo que importa una renuncia al referido beneficio; renuncia que resultará así de una manera tácita, como bien pudo también haberse hecho expresamente, desde que la separación es un beneficio que mira en interés individual del acreedor (en este sentido Jossierand, obra citada, t. III V. II, pág. 227 N° 991).

Algunos doctrinadores han querido ver en la situación precedente una novación por cambio de deudor, o séase, que el acreedor de la sucesión consiente en que venga a reemplazar al de cuius el heredero. Así lo enseña Polacco (obra citada, t. II, pág. 223). Ello proviene de la circunstancia de que algunas legislaciones, como el derogado Código Civil de Italia (art. 2056) y el de Francia (art. 879), estiman que hay en estos casos una verdadera novación. En efecto, por el Código de Francia “No puede,

sin embargo, ejercitarse ese derecho cuando hay novación en el crédito contra el difunto, por haber aceptado el acreedor al heredero como deudor suyo”.

La idea de ver en la renuncia del beneficio de separación una forma de novar la antigua obligación, responde a la idea de lo que era el beneficio según el sistema romano. Hoy en día, en que el antiguo sistema ha desaparecido, hay que reconocer que no se está frente a una verdadera y propia novación por cambio de deudor. Planiol y Ripert, en relación con el art. 879 del Código de Francia, dicen lo siguiente: “Hallamos aquí el concepto y la fórmula romanos, según los cuales la rescisión ficticia de la aceptación convertía en extraños entre sí a los acreedores amparados por la separación y al heredero; por tanto, todo convenio personal entre un acreedor y el heredero producía una novación por cambio de deudor, implicando una nueva relación personal de obligación. Hoy subsisten los términos, pero las cosas en sí han variado: como quiera que los acreedores amparados por la separación tienen de pleno derecho al heredero como deudor personal, no cabe ya la posibilidad de que lo acepten como tal. Por tanto, la novación del art. 879 no es ya una novación en el sentido jurídico de la palabra; el precepto solamente quiere expresar que ciertos actos, ciertas relaciones entre los amparados por la separación y los herederos, pueden traer como consecuencia la pérdida de la separación de patrimonios” (obra citada, t. IV, pág. 535 N° 464. En igual sentido Josserand, obra citada, t. III V. II, pág. 227 N° 991).

En efecto, por nuestro Derecho ninguna novación existe en este caso. No lo es por cambio de deudor, pues para ello sería menester que el acreedor de la sucesión diera por libre el antiguo deudor —el de cuius—, lo que no puede ocurrir por haber ya fallecido (art. 1635). Y tratándose de las deudas testamentarias, menos puede aceptarse la novación, desde que no hay ni ha existido otro deudor que el heredero, pues por deudas testamentarias se entienden las establecidas en el testamento (art. 1097 inc. 2). El heredero, pues, en este último caso no viene a reemplazar a ningún deudor anterior. La doctrina, entre nosotros, reconoce que el hecho de otorgar el deudor al acreedor una garantía —fianza, prenda, hipoteca—; o reducir a instrumento

DE LAS ASIGNACIONES

109

la obligación que antes carecía de él, no importa novación (Claro Solar, obra citada, t. XII, p. 402 letra h).

Es más exacto admitir que en estas situaciones caduca el derecho de pedir la separación, por la renuncia que hace el acreedor. Entre nosotros, por otra parte, el Código, a diferencia del de Francia, no habla de novación. En esta forma, por lo demás, se ampara mejor al acreedor hereditario, puesto que así mantiene el privilegio que su acreencia pueda tener, ya que si esos actos constituyeran una novación, perdería el privilegio (art. 1641).

Corresponde a los tribunales del fondo, sin que haya control de la Corte Suprema determinar qué actos constituyen o no renuncia del beneficio de separación;

B) "Cuando los bienes de la sucesión han salido ya de manos del heredero" (art. 1380 N° 2 primera parte).

Los bienes han salido ya de manos del heredero cuando los ha enajenado, sea a título oneroso o lucrativo; sea la enajenación voluntaria o forzada: La ley no distingue, ni hace referencia a la causa o título por el cual esos bienes han dejado de estar en el patrimonio del heredero y, por tanto, todo acto de desprendimiento de ellos será bastante para que la separación no pueda tener lugar.

Es preciso que todos los bienes de origen hereditario hayan salido del patrimonio del heredero, pues de lo contrario la separación será procedente respecto de los que resten en poder del sucesor. Resulta así, también la separación individual en cuanto a los bienes a los cuales se extiende, pues en el hecho puede comprender sólo algunos de los bienes heredados por el deudor (Claro Solar, obra citada, t. XVII, pág. 396 N° 2838); y

C) Cuando los bienes de origen hereditario "se han confundido con los bienes del heredero, de manera que no sea posible reconocerlos" (art. 1380 N° 2 segunda parte).

Si por definición el beneficio se endereza a que no se confundan los bienes que tenía el heredero con los que le vienen por sucesión, para ejercer sobre los últimos la preferencia que la ley acuerda a los separatistas, resulta que no podrá tener lugar la separación cuando se ha producido la confusión que se pretende evitar. Es evidente que esta caducidad del beneficio se aplica a los muebles, desde que los inmuebles no podrán confundirse

en forma alguna (en este sentido Planiol y Ripert, obra citada t. IV, pág. 538 N° 467).

Para evitar esta confusión de los muebles del heredero con los que eran del difunto, la ley acuerda a los acreedores hereditarios y testamentarios, y en general a quien tenga derecho en la sucesión, la facultad de pedir que "los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solamente de los bienes y efectos hereditarios" (art. 1222). Esta gestión tiene señalada en el Código de Procedimiento Civil (arts. 872-876) una tramitación especial, siendo un acto de jurisdicción no contenciosa.

De cuanto se lleva dicho resulta, pues, que en tres casos no puede tener lugar el beneficio de separación, por lo que hay que anotar al legislador un error en el artículo 1390, que señala solamente dos.

132°—**El beneficio debe ser declarado.**—Por nuestro Derecho, al tenor del Código Civil, el beneficio de separación debe ser pedido al tribunal competente. Los artículos 1378, 1380, 1381, 1382 y 1383 lo ponen de manifiesto, cuando se faculta a los acreedores de la sucesión para pedir o impetrar la separación. Pero es en el 1385, en cuanto dispone una medida de publicidad al decreto que concede la separación, cuando entre los bienes dejados por el difunto hay inmuebles, en donde queda mayormente de manifiesto la necesidad de una resolución judicial que les acuerde a los separatistas el beneficio.

Mientras esta cuestión no parece posible que suscite controversias entre nosotros, en Francia es una materia opinable. Hoy en día, sin embargo, la doctrina se inclina por la solución según la cual no es necesaria una resolución judicial que acuerde el beneficio. Se sostiene, conforme a este predicamento, que a los separatistas les bastará hacer observar al juez encargado de la liquidación que ellos no tienen que sufrir la concurrencia de los acreedores originarios del heredero; y debe dárseles satisfacción sin que el tribunal tenga que conferirles ninguna investidura (Josserand, obra citada, t. III V. II, pág. 224 N° 988; Planiol y Ripert, obra citada, t. IV, pág. 525 N° 458; Colin y Capitant, obra citada, t. VII, pág. 380).

DE LAS ASIGNACIONES

111

133.—Contra quién se propone la gestión.—Pensamos que el juicio se propone por los acreedores de la sucesión contra el heredero, aunque es opinión dominante aquella que sostiene que el juicio es entre los acreedores separatistas y los originarios del heredero, permaneciendo éste extraño a la contienda judicial. Se sostiene que la separación obra contra los acreedores personales del heredero (en este sentido Claro Solar, obra citada, t. XVII, pág. 373 N° 2811; Somarriva, obra citada, t. II, pág. 302 N° 936).

Apoyamos nuestro parecer, en primer lugar, en el hecho de que el beneficio procede aun cuando no haya acreedores del heredero a la apertura de la sucesión (supra N° 121). En esta situación no pueden los separatistas proponer un juicio contra los originarios que no existen. Aun en Francia, donde los autores ponen en tela de juicio la necesidad de una formal petición al juez del beneficio, Planiol y Ripert dicen: "Ciertos fallos autorizan, sin embargo, la interposición de una demanda directa de separación de patrimonios contra el heredero cuando no existen acreedores conocidos o cuando éstos no formulan petición alguna contra la sucesión" (obra citada, t. IV, pág. 526 N° 458).

En segundo lugar, el artículo 1384 faculta a los separatistas para solicitar la rescisión de las enajenaciones de bienes que eran del difunto y efectuadas por el heredero, dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de las deudas hereditarias y testamentarias. Pues bien, esta facultad va directamente contra el heredero, o sea que el beneficio le afecta directa e inmediatamente, puesto que limita la disponibilidad de los bienes de la sucesión, sin considerar el Código que el heredero tenga o no acreedores suyos y por otra causa que la herencia. De aquí, pues, que la separación es un derecho que tienen los separatistas directa y principalmente contra el heredero y no contra sus acreedores, lo que exige que aquél sea el demandado y no éstos.

En tercer lugar, el art. 520 N° 3 del Código de Procedimiento Civil faculta al heredero para interponer una tercería en la ejecución dirigida en su contra por los acreedores de la sucesión y en cuanto éstos pretendan embargar bienes adquiridos por el heredero a otro título que el de herencia, siempre que los sepa-

ratistas no traten de pagarse del saldo a que se refiere el artículo 1383 del Código Civil, por lo que no es de dudar el interés manifiesto del heredero en el instituto de la separación, lo que justifica que la acción sea dirigida en su contra más que en la de sus acreedores propios.

En cuarto lugar, si se acepta la opinión que se propugna al principio, las dificultades serán, en muchos casos, insalvables, pues determinar quienes son esos acreedores es colocar a los separatistas, en la mayoría de los casos, en la imposibilidad de hacer valer esta medida conservativa de sus derechos.

En quinto lugar, el autor del Código se apoyó, en esta materia, principalmente en Delvincourt, como puede verse en las notas al Proyecto de 1853. Y precisamente, este autor es uno de aquellos que propugna por admitir la demanda directamente por los separatistas contra el heredero (obra citada, t. II, págs. 57 y 173 N° 8, ed. 1824).

Por último, como lo expresa Gabba "el beneficio de la separación se imagina equivocadamente por la generalidad de nuestros juristas y por todos los defensores de la opinión que combato, como un derecho adquirido, directa y principalmente, contra los acreedores propios del heredero... Creo más bien que es aquel un derecho adquirido, directa y principalmente, contra el heredero" (obra citada, V. II, pág. 105).

134°.—Procedimiento.—Ni el Código Civil ni el de Procedimiento han señalado el procedimiento a seguir para demandar la separación. Para algunos es el juicio ordinario (Claro Solar, obra citada, t. XVII, pág. 372 N° 2811). Para otros, el procedimiento sumario (Somarriva, obra citada, t. II, pág. 302 N° 936). Consideramos esta última opinión como la más adecuada a la naturaleza de la separación, que como medida conservativa requiere de una tramitación rápida para que sea eficaz (art. 680 inc. 1, C. de P. Civil).

135°.—Tribunal competente.—Creemos que el tribunal competente es el del último domicilio del causante (art. 148 del Código Orgánico de Tribunales). Algunas legislaciones lo han dicho expresamente. Así, según el artículo 517 del Código de Italia

DE LAS ASIGNACIONES

113

“La demanda se propone por escrito al pretor del lugar donde se abrió la sucesión, el cual ordena el inventario, si no se ha hecho todavía, y dicta las disposiciones necesarias para la conservación de dichos bienes”.

136°.—**Publicidad del decreto judicial.**—Los efectos de la separación se producen desde que queda ejecutoriada la resolución que lo acuerda. Si existen bienes raíces entre la herencia, para que sea oponible a terceros (Alessandri Besa, Arturo, De la Nulidad . . ., pág. 307 N° 336), debe ser inscrito en el Registro o Registros que por la situación de dichos bienes corresponda, con excepción de las fincas a que el beneficio se extienda (art. 1385). Por el artículo 52 N° 4 del Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces, de 24 de Junio de 1857, se trata de un título que debe inscribirse. La inscripción se realiza en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar (art. 32 del Reglamento).

Se llena con esta inscripción una medida de publicidad respecto de terceros, o sea de quienes entran en relaciones con el heredero. Quedan advertidos, con la inscripción, que si adquieren los bienes raíces de la sucesión, pueden esas enajenaciones ser rescindidas, en los términos del artículo 1384.

137°.—**Beneficio de pleno derecho.**—Cuando una sucesión es declarada en quiebra, bien a petición de los herederos o de cualquier acreedor, se produce de derecho el beneficio de separación a favor de los acreedores del difunto (art 45 inc. 2 de la ley de Quiebras). En Francia así también lo reconoce la doctrina, o sea, en que la separación opera de pleno derecho (Josserand, obra citada, t. III V II, pág. 225 N° 989).

La resolución que declara la quiebra se inscribe en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del Conservador de Bienes Raíces del departamento en que se hubiere declarado la quiebra y también en los Conservadores correspondientes a cada uno de los inmuebles pertenecientes al fallido (art. 47 N° 9 de la Ley de Quiebras).

138.—**Bienes que comprende la separación.**—Sólo comprende a los bienes dejados por el de cuius (art. 1378). Los

frutos, accesorios de los bienes que los producen, deben correr la misma suerte, puesto que ellos aumentan el caudal hereditario sobre el cual tienen los separatistas una preferencia (en este sentido Claro Solar, obra citada, t. XVII, pág. 364 N° 2800; Josserand, obra citada, t. III V. II, pág. 223 N° 987). La máxima romana *fructus augent hereditatem* tiene perfecta aplicación; máxima ésta que decidió a la doctrina francesa de los últimos años para admitir que los frutos se comprenden en la separación. Es lo que han adoptado ciertas legislaciones, como ocurre por el artículo 3499 del Código de Argentina, según el cual "La separación de patrimonios, se aplica a los frutos naturales y civiles que los bienes hereditario hubiesen producido después de la muerte del autor de la sucesión, con tal que su origen e identidad se encuentren debidamente comprobados". El autor del Código Argentino refuta, en la nota correspondiente a este precepto, la opinión contraria, sostenida en su tiempo por autores de Francia.

El beneficio no debe comprender los bienes que había hecho salir de su patrimonio el difunto, por mucho que para otros efectos se acumulen a los que efectivamente dejó a su muerte, siquiera sea en forma imaginaria. Así, los que había donado irrevocablemente al heredero, en razón de legítimas o de mejoras, aunque deben ser acumulados imaginariamente (art. 1185), no son alcanzados por el beneficio de separación. Tampoco los que hayan sido objeto de una donación entre vivos a extraños, aunque el exceso de lo donado se agregue en ciertos casos imaginariamente al as hereditario (art. 1186). Ni tampoco la restitución de lo excesivamente donado (art. 1187).

En los casos anteriores se trata de bienes que ya no eran del causante; que estaban fuera del derecho de prenda general que tenía sus acreedores, ahora los separatistas. Su condición no puede ser mejorada por el beneficio de separación. Además, es regla que "la acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en razón de legítimas o de mejoras, para el cómputo prevenido por el art. 1185 y siguientes, no aprovecha a los acreedores hereditarios ni a los asignatarios que lo sean a otro título que el de legítima o mejora (art. 1199), de manera que la cuestión no puede merecer dudas por nuestro Derecho.

DE LAS ASIGNACIONES

115

139º.—**Efectos de la separación. Enumeración.**—En sus efectos, la separación puede ser considerada desde tres puntos de vista, a saber: 1º Respecto del heredero mismo; 2º Respecto de los separatistas entre sí; y 3º La relación entre separatistas y originarios.

140º.—1º) **Respecto del heredero mismo.**—Las obligaciones del heredero por lo que atañe al pago de las deudas hereditarias y testamentarias, quedan determinadas por las reglas que gobiernan el efecto de la aceptación de la herencia, según que la haya realizado con o sin beneficio de inventario. Además, su responsabilidad queda sujeta a la división de las deudas de la sucesión en la forma que señala el artículo 1354.

Los bienes que el heredero posee a otro título que el de herencia, no quedan libres de la acción de los separatistas, pues el derecho de prenda general de aquéllos alcanza a tales bienes. Pero la acción de los acreedores de la sucesión, respecto de estos bienes, puede ser paralizada por el heredero, al tenor del artículo 520 N° 3 del Código de Procedimiento Civil (en este sentido Rodríguez Garcés, Sergio. *Tercerías*, p. 502 N° 208), mientras no se hayan agotado los bienes a que el beneficio les dio un derecho preferente (art. 1383).

Conserva la libre administración y disposición de los bienes que ha recibido por herencia. Sin embargo, los actos de disposición quedan sujetos a lo que dispone el artículo 1384, que dice así: "Las enajenaciones de bienes del difunto hechas por el heredero dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios, podrán rescindirse a instancia de cualquiera de los acreedores hereditarios o testamentarios que gocen del beneficio de separación. Lo mismo se extiende a la constitución de hipotecas o censos".

La primera reflexión que suscita este precepto es la de que consagra la plena facultad del heredero para enajenar los bienes hereditarios separados; pero si esas enajenaciones no han tenido por finalidad el pago de las obligaciones de la sucesión, pueden ser rescindidas a instancia de cualquiera de los separatistas, siempre que tales traslaciones de dominio se hayan

efectuado dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión.

La segunda reflexión, a propósito del artículo 1384, es la de que para el ejercicio de esta acción no se necesita que el acto sea fraudulento. Era así por el artículo 1562 del Proyecto de 1953. Al no exigirse el fraude de los separatistas, se ha querido dar a éstos una acción especial, distinta de la pauliana o revocatoria, la que, por lo demás, no les es negada a los acreedores de la sucesión; pero, en tal caso, deberán asilarse en el derecho común (art. 2468).

La cuestión que puede prestarse a dudas de interpretación es la de saber si el artículo 1384 requiere que los separatistas, que ponen en movimiento la acción, sean los mismos que lo eran a la fecha de la enajenación o sí, por el contrario, basta que lo sean a la fecha de la interposición de la demanda. Esta duda se presenta por el hecho de que, obtenida por algunos de los acreedores de la sucesión el beneficio, pueden aprovecharlo más adelante otros acreedores hereditarios y testamentarios (supra 118). Fabres, de cuya opinión participamos, dice lo siguiente: "Parece que puede pedirse la rescisión de la enajenación o gravamen efectuados por el heredero dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, aun cuando se haya impetrado y obtenido el beneficio de separación después de la enajenación o gravamen" (Instituciones de Derecho Civil, t. II, p. 366 nota 46).

Los actos que pueden ser atacados son los de enajenación dentro de los seis meses siguientes a la apertura, de manera que si bien no hay plazo para pedir la separación (supra 128), sólo esos actos pueden ser rescindidos. Los posteriores a los seis meses ya no pueden ser atacados, sino en cuanto sea posible poner en movimiento la acción pauliana (art. 2468).

141°.—Naturaleza de la acción.—Los términos del artículo 1384 podrían hacer creer que se está frente a una acción de nulidad relativa de los actos de que trata este precepto. Pero no es propiamente una acción rescisoria, desde que los actos de enajenación, por la sola circunstancia de que no hayan tenido por objeto el pago de las deudas de la sucesión, no pueden ser nulos.

Debe computarse a un error de lenguaje del Código el de que se pretende ver aquí una rescisión. Parece más adecuado ver en el artículo 1384 una acción revocatoria especial, en que los

DE LAS ASIGNACIONES

117

elementos del artículo 2468 no se exigen, especialmente el fraude pauliano (en este sentido Somarriva, obra citada, t. II, pág. 306 N° 941).

142°.—**Prueba de la no existencia de otros bienes.**—Para perseguir los bienes del heredero, que no sean de origen hereditario, deben haberse agotado los bienes separados (art. 1383). El heredero, por su parte, sostendrá, sin duda, que esos bienes no se han agotado, para que su tercería, en el juicio ejecutivo (art. 520 N° 3 del Código de Procedimiento Civil), pueda prosperar. ¿De quien es el peso de la prueba? Pensamos que esta prueba corresponde a los herederos, esto es, ellos deben acreditar que los bienes separados se han agotado, desde que ese hecho es un elemento del derecho que tienen para perseguir los otros bienes del heredero. Para estos efectos se podrán servir de todos los medios que la ley autoriza, no rezando la limitación de la prueba testimonial que contemplan los arts. 1708, 1709, 1710 y 1711, desde que se trata de probar un hecho.

143°.—2°) **Respecto de los separatistas entre sí.**—El beneficio es individual (supra N° 118). Goza de él quien lo haya solicitado o quien lo invoque (art. 1382). Son éstos los únicos que disponen de una preferencia para el pago de sus créditos, bien respecto de los no separatistas o de los originarios del heredero.

Los separatistas se pagan como si el deudor primitivo no hubiera fallecido, haciendo valer sus derechos sobre los bienes separados con exclusión de los no separatistas y de los originarios del heredero. Dentro de esos bienes se pagan con la preferencia que corresponda a sus acreencias, si es que alguna tienen. No hay entre ellos ninguna preferencia por el hecho de que unos hagan valer el beneficio antes que otros (en este sentido Colin y Capitant, obra citada, t. VII, pág. 385). Pasa lo mismo que en el juicio ejecutivo, en que no es causal de preferencia la circunstancia de haber trabado primero el embargo. Son las reglas de los artículos 1354 y siguientes las que determinan la forma y el orden del pago de los separatistas.

144°.—3°) **Efectos entre los separatistas y los originarios.**—Los separatistas son preferidos, a los originarios del heredero,

para el pago de sus créditos sobre los bienes separados. Los originarios, por su parte, disponen de una preferencia para la satisfacción de sus créditos sobre el resto de los bienes del heredero. Pagados los acreedores sobre los bienes en que tienen sus respectivas preferencias, el sobrante sirve de prenda general para todos los acreedores separatistas y originarios.

Puede ocurrir, en el hecho, que los separatistas persigan los bienes del heredero que la ley ha reservado preferentemente para sus acreedores originarios. En tal caso, junto con el derecho que la ley acuerda al propio heredero (supra N° 141) para la exclusión, el legislador reconoce igual derecho a los acreedores originarios, por un procedimiento análogo a la tercería de dominio (art. 1383 del C. Civil y 520 N° 3 del de Procedimiento Civil).

Si son los acreedores originarios lo que, por su parte, pretenden derecho a pagarse sobre los bienes separados, los separatistas no pagados sobre estos bienes pueden interponer la correspondiente tercería de prelación (art. 518 del C. de Procedimiento Civil).