Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 204
AÑO LXVI
JULIO-DICIEMBRE 1998
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

20 SET. 2000

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LAS REFORMAS AL DERECHO SUCESORAL DE LA LEY 19.585

RAMON DOMINGUEZ AGUILA
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA

1. Hace casi un año que terminó la larga tramitación de lo que hoy es la ley 19.585 (*D.O.* 26 de octubre de 1998) y que está pronta a entrar en vigencia, unificando el sistema de filiación y eliminando la distinción entre categorías de hijos, lo que, desde luego, acarrea como consecuencias efectos de la mayor trascendencia en el régimen sucesoral chileno. Por otra parte y con independencia del propósito central de la nueva ley, ésta mejora notoriamente la situación del cónyuge sobreviviente en la sucesión hereditaria.

El propósito central de la ley, como acabamos de señalar, es eliminar las diferencias existentes en el derecho chileno, entre las filiaciones legítimas e ilegítimas que hasta ahora han existido. Se trataba de una real obligación que pesaba sobre el Gobierno, desde que se aprobara la Constitución de 1980 y que contiene no solamente la garantía constitucional de igualdad ante la ley (art. 19 Nº 2), con la consecuencia de no poder establecerse diferencias arbitrarias, sino también el principio de la legalidad constitucional que obliga a que toda norma de rango inferior haya de conformarse a las reglas y principios constitucionales (arts. 6º y 7º). Además, el art. 5º inc. 2º, luego de la modificación que le hiciera la ley 18.825, ha introducido como norma interna y con rango superior los derechos contenidos en diversos tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada comúnmente Pacto de San José de Costa Rica, que contienen la necesidad de adecuar el derecho interno a las garantías allí consignadas, entre las que, precisamente, se encuentra aquella que impide discriminaciones fundadas en razones de filiación. El art. 17.5 de esta última convención prescribe que "la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo" y el art. 2º obliga a los estados contratantes a "adoptar, con arreglo a sus preceptos consti-

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"[1].

2. Al eliminar entonces las diferencias de régimen jurídico entre hijos legítimos, naturales e ilegítimos, se producen consecuencias en el régimen sucesoral y de tal naturaleza que bien puede afirmarse que algunos de los principios del derecho sucesoral hasta ahora existente desaparecen y otros quedan profundamente alterados. Algunas de ellas las habíamos anunciado en varios pasajes de la última edición de nuestro *Derecho Sucesorio* y han sido ahora legalmente confirmadas[2].

3. Pero, además, la nueva ley introduce dos grandes reformas que son independientes del sistema igualitario de la filiación: la modificación de los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente con la eliminación de la porción conyugal como asignación forzosa a cambio de conferirle el carácter de legitimario. La situación sucesoral del cónyuge sobreviviente resulta de tal modo mejorada que, sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que a partir de la vigencia de la nueva ley, el Derecho chileno contendrá el más favorable sistema de sucesión del cónyuge sobreviviente que se conozca en países occidentales de tradición latina y en especial cuando se trata del casado en régimen de sociedad conyugal.

Con la eliminación de la porción conyugal –modificación sugerida desde hace tiempo por variados autores– el sistema sucesoral chileno resulta notoriamente simplificado. Desaparecen así las innumerables dificultades de interpretación y de cálculo de otras asignaciones forzosas a que daba lugar esa porción. Ya no habrá lugar a debatir sobre conceptos como los de deducciones a la porción conyugal. Contribuye a ello la incorporación del cónyuge sobreviviente como legitimario y la de los ascendientes como posibles asignatarios de cuarta de mejoras.

4. Los órdenes sucesorales de la sucesión intestada quedan, por influencia de la reforma, reducidos a cinco, y como ellos se aplican también a la atribución de la legítima, en cuanto corresponde a legitimarios, en ésta existirán sólo dos.

Pero habrá de tenerse en cuenta que el deseo de plena igualdad entre las filiaciones encuentra siempre un obstáculo insalvable y que es el de la realidad impuesta por hijos que tienen filiación establecida, matrimonial o no, e hijos

[1] Bien podía sostenerse, antes de la dictación de la ley 19.585, que todo el sistema chileno de filiación, fundado en la distinción entre hijos legítimos, naturales y simplemente ilegítimos, con sus consecuencias sucesorales, era inconstitucional, porque derechamente se oponía a las reglas citadas en el texto. Incluso bien pudo sostenerse su derogación tácita. Sobre ello, véase nuestro trabajo Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno, en *Rev. de Der. y Jurisp.* t. 93 (1996), primera parte, pp. 107 y sgts., esp. pp. 11 a 119. En USA la Corte Suprema declaró contraria a la Catorceava Enmienda de la Constitución que asegura la igual protección ante la ley y la no discriminación, el antiguo art. 2404 del Código Civil de Louisiana que otorgaba al marido, como administrador de la sociedad conyugal, el derecho exclusivo a disponer de los bienes sociales (Kirchberg v. Feenstra, 101 S. Ct. 1195 (1981); 450 US 455, 67 L. Ed. 2 d. 428).

[2] Véase, R. Domínguez B. y R. Domínguez A., *Derecho Sucesorio*, t. 1, Nº 81 y sgts., Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, sobre el debate en torno a la igualdad entre los hijos respecto del derecho sucesoral; t. 2 Nº 708.1; Nº 896 a 897.2 respecto de la porción conyugal, etc.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sin filiación determinada. Como se ha encargado de recordarlo la doctrina, las diferencias entre las filiaciones, aun no requeridas por el legislador, son irreductibles porque resultan "de la naturaleza misma de la filiación extramatrimonial, de su inevitable divisibilidad"[3]. Ello motivará que, respecto de éstos, los órdenes sucesorales no puedan construirse del mismo modo que para aquéllos. Y es que no basta atribuir un derecho en abstracto, es preciso que esté determinado el sujeto respecto de quien ellos se pueden ejercitar y el hijo sin filiación determinada, porque no es matrimonial y porque no ha sido ni reconocido ni ha podido o logrado ejercitar con resultado satisfactorio una acción de filiación, no tendrá en definitiva un círculo de parientes igual al de aquel que sabe quiénes son sus padres. Y aun el hijo no matrimonial con filiación establecida puede no tener tampoco la misma situación que el matrimonial, si esa filiación es sólo paterna o materna y no paterna y materna a la vez. Es que, como lo ha precisado la doctrina[4]: "La filiación no crea, evidentemente, derechos sucesorales sino en la medida en que está legalmente establecida" de forma que "el parentesco de que se trate debe constar legalmente, es decir, no basta que se conozca de hecho"[5].

5. No participamos de las críticas de fondo de quienes ven en la reforma una destrucción de la actual familia legítima. La familia es una institución social que cambia a medida que se alteran las formas de vida. Los cambios que se operan en la sociedad y que influyen en la organización familiar no se pueden detener por el solo hecho de mantenerse incólume las reglas legales sucesorales. Estas han de adaptarse a las nuevas realidades y no es posible siquiera imaginar que los principios que organizaban el derecho sucesoral en torno a la familia en otras épocas, cuando los promedios de vida no superaban los treinta años puedan permanecer inmutables cuando éstos superan ya los setenta y cinco. Esa sola circunstancia, y no hemos escogido sino una, debería traducirse en cambios en la concepción sucesoral fundada en la familia, como ya se ha insinuado por algunos autores[6]. Por otra parte, las hipótesis de conflicto entre hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales no son tan numerosas como se quiere señalar cuando se critica la igualdad de derechos sucesorales. Además, la pretensión que la sociedad chilena tenga fundamentos morales más sólidos que las de otros países, por mantenerse aquí las distinciones entre tipos de filiación y derechos sucesorales, es el producto, según pensamos, de un común espíritu que impide vernos con objetividad, incluso frente a sociedades vecinas.

6. Cabe recordar, sin embargo, que la igualdad de derechos para los hijos matrimoniales o no matrimoniales no es concebida del mismo modo en todas las legislaciones. La ley 19.585 es, a este respecto, mucho más terminante

[3]J. Hauser y D. Huet-Weiller, "La famille. Fondation et vie de la famille", en *Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de J. Ghestin, Nº 448, 2ª edic., París, 1993; G. Cornu, "La filiation", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 20, "Réformes du droit de la famille", pág. 32.

[4]M. Grimaldi, *Droit Civil. Successions*, Nº 114, 4ª. edic. Litec, París, 1996.

[5]M. Albaladejo, *Curso de Derecho Civil*, t. V, Sucesiones, pág. 402, 5ª. edic., Bosh. Edit. Barcelona, 1994.

[6]En efecto, la concepción familiar del derecho sucesorio y que determina la existencia de asignaciones forzosas y en especial de la legítima, corresponde, según se afirma, a una época

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que la presente legislación francesa, por citar un ejemplo. Desde luego, ésta sigue manteniendo los calificativos de "filiación legítima" (Cap. II, tít. VII, Libro I, Cod. Napoleón) y "filiación natural" (Cap. III, tít. VII, Libro I) y por lo mismo, los de "hijos legítimos" e "hijos naturales" y ello no obstante la importante reforma de la ley de 3 de enero de 1972. Más aún, en materia sucesoral se mantienen diferencias en contra de los hijos incestuosos (arts. 915 y 760)[7]. Nada de ello ocurrirá entre nosotros a partir de la reforma.

7. Una última observación general: la redacción de la ley no ha sido cuidadosa. Aunque, en general, se ha pretendido mantener las formas y redacciones primitivas, no siempre ello ha sido posible y cuando se introducen innovaciones, no se han hecho con el cuidado debido. Podemos sólo señalar algunos ejemplos y limitados a materias sucesorales, pues largo sería extender esas mismas observaciones al resto de la ley. Así, el nuevo artículo 206 trata de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, la que debe intentarse, en caso de hijos póstumos o cuyo padre o madre fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto y dentro de los tres años contados desde la muerte o desde que el hijo haya alcanzado la plena capacidad, "si el hijo es incapaz". En realidad no se observa cómo podría ser el hijo capaz en tal situación, de forma que el plazo deberá siempre contarse desde que el hijo alcance la plena capacidad. En el art. 1184 inc. 2º se dice ahora que "no habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio". Pero lo cierto es que, en tal supuesto, es de toda la herencia que el *de cujus* puede disponer a su arbitrio pues allí ya no existen legitimarios. El defecto de redacción se debe a que se intercaló simplemente la mención al cónyuge y a los ascendientes en la redacción antigua, en la que si no había descendientes legítimos que pudieran suceder, efectivamente la mitad de la herencia pasaba a ser de libre disposición pues desaparecía la cuarta de mejoras y sólo quedaban como legitimarios los ascendientes. Como ahora los ascendientes y el cónyuge sobreviviente son asignatarios de mejora y junto a los descendientes son los legitimarios, si no existe ninguno de ellos, pues toda la herencia es de libre disposición. En el art. 988 la expresión "que, por regla general" se contiene está evidentemente de más. Allí se contiene la determinación de la porción del cónyuge sobreviviente en el primer orden sucesoral y ella parte de la base, claro está, de lo que será el caso más común; pero luego se indica lo que sucede si sólo hay un hijo y se señala el míni-

en que el principio de la mantención del patrimonio en la familia era fundamental para la subsistencia de las nuevas generaciones, desde que la esperanza de vida era poca, de forma que los hijos quedan sin padre a temprana edad. Pero la situación demográfica se ha alterado profundamente y en la generalidad de los casos, en nuestro tiempo, la herencia llega a los hijos cuando éstos ya tienen su situación económica formada, de modo que aquélla no altera profundamente la realidad que ya tienen. En Francia, estudios hechos hacia 1977 determinaban que la edad promedio en que se recibe la herencia es a los cuarenta y cuatro años. Sobre ello, L. Roussel. "La famille aprés le meriage des enfants. Etude des relations entre le générations". Institut National d'Etudes Démographiques, Cahier Nº 8, 1976, pp. 213 y sgts.

[7]M. Grimaldi, *Droit Civil, Successions*, Nº 300.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mo a que puede ascender el derecho de dicho cónyuge. No se ve para qué se agregó entonces aquella expresión. En el art. 994 haya también un defecto de redacción pues se extiende la inhabilidad sucesoral a "los padres" del causante, cuando ella dice relación en realidad con "aquel" de los padre o madre que haya litigado con el hijo en el juicio de determinación de paternidad o maternidad. Y en el art. 1182 inc. 2º la imprecisión es aún más grave, pues se excluye de la calidad de legitimarios del causante a todos los ascendientes en caso de determinación judicial de la paternidad o maternidad. Lo lógico debió ser excluir al respectivo padre o madre.

8. Pero aún con esos defectos, entendemos que el sistema sucesorio ha quedado bien modificado, en cuanto se simplifica, eliminándose todas las difíciles cuestiones a que daba lugar la existencia de la porción conyugal, según ya dijimos.

ANALISIS DE LAS MODIFICACIONES AL REGIMEN SUCESORAL

9. Al analizar las reformas introducidas por la ley 19.585, debemos distinguir dos tipos de modificaciones: las que llamaremos formales y las que calificaremos de fondo.

I. *Las modificaciones de forma*

10. Las primeras son aquellas que se limitan a eliminar de diversas disposiciones, los calificativos de "legítimo" o de "naturales". Claro está que ellas son impuestas por la supresión de las distinciones entre tipos de filiación y son una consecuencia directa de ella: eran pues obvias. Por ello las calificamos de formales, aunque en realidad implican extender a todos lo hijos o parientes por consanguinidad, según los casos, los derechos o mandatos que se contenían en la disposición modificada. Pero tal extensión no requiere de mayor explicación y por ello adoptamos ese calificativo. Los casos son variados y nos limitamos aquí a señalar algunos: el art. 968 Nº 2 respecto de la indignidad que afecta a los descendientes o ascendientes del que cometió atentado grave contra la vida, el honor o bienes del *de cujus*; el art. 986 que extiende la representación a todos los descendientes del difunto y a todos los descendientes de sus hermanos; el art. 1107 referido al legado de cosa ajena a un descendiente o ascendiente del testador; etc.

11. También han de comprenderse en esa categoría de reformas aquellas que significan conciliar con la supresión de la porción conyugal, aquellas reglas que eliminan la mención a esa antigua asignación forzosa o al cónyuge sobreviviente en razón de ella, tal como ocurre en el art. 1193 en que se hacía mención al cónyuge sobreviviente en la imputación de las donaciones a título de legítima justamente porque había que respetarle la porción conyugal; o en el art. 998, en que para asegurar el respeto de la porción conyugal se extendía respecto de ésta la ley chilena al extranjero, sea que falleciera dentro o fuera de Chile; o en el art. 959 en que se elimina, naturalmente, el número quinto de en-

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tre la lista de bajas generales de la herencia, pues en él se contenía la porción conyugal, salvo en el caso del primer orden de sucesión intestada.

II. *Las modificaciones de fondo*

12. Las reformas de fondo implican modificaciones al sistema sucesoral que no son impuestas por la mera extensión de los derechos sucesorales a todos los hijos sin distinción o por la necesaria adecuación en el texto de las normas al suprimirse la porción conyugal. Se trata entonces de reformas que no eran estrictamente necesarias; pero que se consideraron imprescindibles por consideraciones distintas o del alcance que la igualdad sucesoral implica a principios generales del sistema hereditario chileno. Es a ellas que nos referiremos a continuación y que entendemos son, técnicamente, las más importantes.

a. *La reforma y los principios generales del derecho sucesorio*

13. Como se sabe, el derecho sucesoral chileno está construido en base a algunos principios generales que informan todas las instituciones hereditarias. No es éste el lugar para repetir las ideas en torno a ellos[8]; pero sí es importante señalar que la reforma de la ley 19.585 importa una notable alteración en dos de ellos y la supresión de otro: los principios de la unidad de patrimonio y de la igualdad resultan sensiblemente alterados y el principio de la protección de la familia legítima de hecho desaparece.

14. En cuanto al principio de la unidad, recordaremos que, en la sucesión intestada, es una misma ley la que regula todos los bienes de la sucesión y no existen pluralidades de masas sujetas a reglas jurídicas distintas. Los arts. 955 y 981 lo consagran. En lo que concierne al de la igualdad[9], se trata de conferir a los asignatarios una cuota igual, si son del mismo grado de parentesco y una misma naturaleza de bienes para enterarles sus derechos: es la igualdad en valor y en especies que se consagra en diversas reglas, como los arts. 982, 985, 1337, 1345, 1347, etc.

La legislación previsional y alguna ley especial ya habían horadado el principio, alteraciones que ahora dejan de tener relevancia, al igualarse todas las filiaciones o mejor dicho, al no hacerse distinción entre ellas; pero la ley 19.585 introduce el derecho del cónyuge sobreviviente a la atribución preferencial del hogar común, sea en propiedad, sea en forma de derecho de habitación y uso (art. 1337 N° 10 en la nueva redacción), al que destinaremos especial atención más abajo. Se trata de la principal excepción a esos dos principios y respecto del

[8] Sobre tales principios, véase nuestro *Derecho Sucesorio*, t. 1, Nos. 11 a 82, 2ª. edic. y la bibliografía allí citada.

[9] Sobre el cual, véase también D. Peñailillo Arévalo, "El principio de la igualdad en el derecho sucesorio", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 143 (1968), pp. 59 y sgts. y Nos 146-147 (1969), pp. 45 y sgts.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bien que, en la mayoría de las situaciones fácticas, es el principal, sino el único importante que deja el causante: para ese bien se establece un estatuto jurídico especial que favorece al cónyuge sobreviviente, el que podrá exigir que le sea asignado con cargo a sus derechos hereditarios y con exclusión de cualquier otro heredero.

15. En cuanto al principio de la protección de la familia legítima, bien puede decirse que ha desaparecido. Si existe igualdad de derechos sucesorales entre los hijos, sean o no matrimoniales, no subsisten las ventajas que a los antiguos hijos legítimos y por sobre los naturales, confería la legislación hasta ahora vigente, a pesar incluso de las mejoras que se habían ido introduciendo históricamente en favor de éstos y en especial por la ley 10.271. Esta cuestión fue, justamente, una de las que más problemas causó en la tramitación de la ley pues hay quienes, reconociendo la necesidad de igualar los derechos de los hijos con independencia de si son o no matrimoniales, niegan la posibilidad de mantener la igualdad en materia sucesoral, bajo el argumento que el patrimonio hereditario es el producto de una colaboración familiar, en que no ha sido parte el hijo extramatrimonial. Se impuso finalmente el principio de la igualdad de derechos; pero a cambio, se mejoró notoriamente la situación del cónyuge sobreviviente, como se verá. De este modo, dicho cónyuge adquiere, al menos, derechos hereditarios superiores a los de cualquier otro sucesor y así pudiera afirmarse que el principio de la protección a la familia matrimonial -ya que no es posible seguir calificándola de legítima- subsiste en alguna proporción y a ello debe agregarse el derecho de dicho cónyuge de exigir la atribución preferencial del hogar común y al que nos referiremos separadamente al final.

16. Aunque no se trata propiamente de un principio general, trataremos aquí de la reforma introducida al art. 1225, respecto de la aceptación y repudiación de las asignaciones, ya que se refiere a una cuestión relativa a la transmisión sucesoral y, por lo mismo, de carácter general aplicable a toda sucesión. Se ha agregado un inciso final a esa disposición, de acuerdo al cual "el marido requerirá el consentimiento de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal para aceptar o repudiar una asignación deferida a ella. Esta autorización se sujetará a lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 1749".

Si bien, ni el marido, ni la mujer casados bajo el régimen de sociedad conyugal son incapaces por esa circunstancia, como aquél administra los bienes de su mujer (art. 1749), la nueva regla viene a completar las limitaciones que los arts. 1754 y sgts. le imponen en esa administración. La limitación consiste en que el marido no puede aceptar o repudiar libremente una asignación, es decir, herencia o legado, deferida la de su mujer, sin consentimiento de ésta, si entre ellos existe régimen de sociedad conyugal. Bajo el primitivo texto de los arts. 137, 1225 y 1411, el marido podía aceptar por sí solo, sin necesidad del consentimiento de la mujer e incluso contra su voluntad, las asignaciones que se hicieran a ésta, aunque tratándose de herencias debía hacerlo con beneficio de inventario. La mujer por su parte no podía aceptar ella, sin previa autorización del marido. Para repudiar debía hacerlo con la autorización de la mujer (art. 1236). Luego de la reforma de la ley 18.802 la mujer puede aceptar libremente y el mari-

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

do a su vez, no requiere de la autorización de su mujer para repudiar. La reforma de la ley 19.585 implica exigir que el marido para la aceptación y la repudiación de asignaciones deferidas a su mujer deba obtener el previo consentimiento de ésta, en las formas dispuestas por el art. 1749. Si para la repudiación ello parece lógico, ya que implica disponer de bienes de la mujer, para la aceptación la exigencia no parece tan lógica, pues se trata de incorporar bienes que con sus frutos tendrán incidencia en la masa común. Bastaba pues mantener en favor de la mujer el beneficio de inventario sin exigir esa autorización. La ley no soluciona, con todo, la cuestión de saber si la mujer puede por sí sola repudiar una asignación que se le ha hecho, la que es aún discutible[10].

b. *Los órdenes sucesorales en la sucesión intestada*

17. La actual conformación de los órdenes sucesorales queda profundamente alterada en la ley 19.585 porque al eliminarse la distinción entre categorías de hijos, desaparecen, al menos como denominación, los llamados órdenes de sucesión irregular. En lo sucesivo sólo habrá un tipo de órdenes de sucesión intestada, sea el causante un hijo de filiación matrimonial o no y tenga su paternidad o maternidad establecida o no establecida. Claro está que si el causante es hijo sin filiación establecida, es inútil que se hable de una igualdad de régimen, porque será evidente que, desde el punto de vista jurídico, carecerá de ascendientes, hermanos y demás colaterales conocidos y, por lo mismo, la existencia de una cierta irregularidad en los órdenes sucesorales subsistirá, desde que para que llegaran a heredar los padres o los abuelos o los hermanos o colaterales de un hijo no matrimonial sería imprescindible que la filiación paterna o materna estuviere establecida, sea por reconocimiento voluntario conforme al art. 187, sea por medio de una acción de filiación conforme a los arts. 195 y sgts., y siempre que no haya habido en ésta oposición del padre o madre demandado (art. 994 inc. 2º). De este modo, un causante sin filiación paterna o materna establecida no tendrá, por razones de hecho, los mismos órdenes sucesorales que el hijo matrimonial o de filiación no matrimonial establecida. Más concretamente, sólo tendrá el orden de los hijos (art. 988) y el del cónyuge sobreviviente (art. 989). Así entonces, quiéralo o no la ley, los órdenes irregulares subsistirán en ese caso, pues sólo habrá orden de los hijos, orden del cónyuge sobreviviente y orden del Fisco. O, si se prefiere, lo que sucederá es que, por falta de ciertos parientes, no se le podrán aplicar todos los órdenes de la sucesión intestada[11].

Los órdenes sucesorales quedan ahora más bien semejantes a los antiguos órdenes regulares, aunque suprimiéndose, naturalmente, el de los hijos naturales.

[10]Sobre ello, René Ramos P., *Derecho de Familia*, 288, 2ª. edic., Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

[11]Siendo nuestra legislación ahora muy semejante a la española, de donde se han tomado muchas de las reglas de la ley 19.585, viene a cuento entonces recordar que los autores hispanos se ven obligados a tratar en especial la sucesión del causante sin filiación determinada. Así, por ej., M. Albaladejo, ob. cit. p. 409.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

18. Del orden de los hijos. Bajo el nuevo texto impuesto por la ley 19.585 el primer orden sucesoral, habiéndose eliminado la distinción entre órdenes regulares e irregulares, está compuesto por los hijos y el cónyuge sobreviviente. Por el art. 988 "los hijos excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere también cónyuge sobreviviente, caso en el cual éste concurrirá con aquéllos" (inc. 1º).

Habrá que tener en cuenta que los hijos pueden ser representados (art. 986), de modo que, en definitiva, este orden termina siendo el de los descendientes.

En cuanto al cónyuge sobreviviente, éste pasa a ser heredero del causante, habiéndose eliminado la porción conyugal.

Si sólo hay hijos, la herencia se divide por igual entre ellos. Si los hijos concurren con el cónyuge sobreviviente, éste lleva una porción igual al doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo; pero si sólo hay un solo hijo, la porción del cónyuge es igual a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo. Pero jamás el cónyuge llevará una porción inferior a la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso. Si por ejemplo, hubiere dos hijos y cónyuge sobreviviente, sin que el causante hubiere dispuesto de parte alguna de su herencia por testamento, el cónyuge lleva dos cuartos de la herencia y cada hijo un cuarto. Pero si llegare a existir siete hijos, el cónyuge llevará un cuarto de la herencia y el resto se divide entre los hijos por partes iguales. Todo ello porque el art. 988 inc. 2º, aunque a nuestro parecer inútilmente pues ello es obvio, precisa que "correspondiendo al cónyuge sobreviviente la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, el resto se dividirá entre los hijos por iguales partes".

Llama la atención que habiéndose incorporado al cónyuge como heredero abintestato, su porción quede fijada, en esa sucesión de acuerdo a lo que los hijos lleven por legítima rigorosa o efectiva, instituciones propias de la sucesión testada. Si el causante no otorga testamento, no hay legítima de ninguna especie y cuando más lo que puede afirmarse es que al dividir la herencia la ley respeta las legítimas pues entonces la legítima queda integrada en la porción que la ley asigna a cada hijo. Con esa redacción queda más en evidencia que las legítimas existen en toda sucesión, pues en la intestada la porción de los hijos a falta de testamento, cubre la legítima que llevarían de existir el negocio *mortis causa*.

Pero el cónyuge sobreviviente que, por su culpa hubiere dado causa al divorcio, no tendrá parte en la herencia intestada, como se señala en el art. 994 inc. 1º y tanto vale al efecto el divorcio temporal como el perpetuo, porque así lo precisa esa disposición, terminándose expresamente con cualquier debate que surgía con anterioridad[12]. Pero para la aplicación de la regla han de observarse los mismos principios ya expuestos en el Nº 900 de esta obra, pues a pesar de haberse suprimido la porción conyugal, lo que allí se dijo sobre el divorcio mantiene vigencia.

[12]Sobre ello, nuestro *Derecho Sucesorio*, t. 2, Nº 702 y 702.1. y Pablo Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, pp. 292, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si el causante hubiere dispuesto por testamento de todo o parte de la cuarta de mejoras o de la de libre disposición, la regla del art. 988 se aplicará entonces a la parte restante, es decir a la mitad legitimaria propiamente tal o aumentada con el acrecimiento del art. 1191.

El art. 988 inc. final prescribe que la cuarta parte que se asegura al cónyuge sobreviviente "se calculará teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 996". A ello nos referiremos más abajo. Cuestión especial es la que presenta ahora el hijo adoptivo; pero no trataremos aquí de ella, desde que es materia de otra exposición.

19. Del orden del cónyuge y ascendientes. Si no hubiere hijos personalmente o representados, el art. 989 manda que la sucesión se divida entre el cónyuge sobreviviente y sus ascendientes de grado más próximo. En este caso la herencia se divide en tres partes, dos para el cónyuge y una para los ascendientes. Es evidente que existiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, éste lleva toda la porción destinada a tales parientes, respetándose el principio de la prioridad del grado (art. 989 inc. final). Si hay sólo cónyuge sobreviviente, toda la herencia es para él y si sólo hay ascendientes, toda la herencia es para éstos y por ello ambos son cabeza de orden (art. 989 inc. 2º). Recordemos que no hay representación de los ascendientes.

Se aplica al cónyuge sobreviviente la regla del art. 994 inc. 1º que ya hemos comentado: si ha dado causa al divorcio por su culpa, ningún derecho tiene en la sucesión intestada. Y en cuanto a los padres, si la paternidad o maternidad ha sido determinada luego de ejercitarse por el hijo una acción de filiación en la que el demandado sostuvo oposición, aquéllos no podrán suceder al causante, a menos de mediar restablecimiento en los términos del art. 203 (art. 994 inc. final). Pero atendidos los términos de la ley, la regla sólo es aplicable al respectivo padre o madre que sostuvo oposición y no a los otros posibles ascendientes, aunque lo fueren del padre o madre que hizo esa oposición, solución que puede ser discutible, aunque desde otro ángulo, si la cuestión pudiere presentarse prácticamente, los abuelos no tienen por qué cargar con las culpas de los padres. Como ya lo dijimos al inicio, en las observaciones generales, la regla no está bien concebida porque habla en términos genéricos de "los padres" y entendemos que ha de referirse a aquel padre o madre que sostuvo la oposición, pues bien podría darse el caso y que no va a ser infrecuente, que el hijo haya sido reconocido voluntariamente por su madre y forzadamente por su padre, siendo entonces lógico que la falta de aptitud sucesoral rija sólo para el que hizo oposición.

20. Del orden de los hermanos. Por el art. 990, si no hay ni descendientes ni ascendientes ni cónyuge sobreviviente, suceden en toda la herencia, o en la parte de ella que sea intestada, los hermanos, sean ellos de simple o de doble conjunción; pero la porción de aquéllos será igual al doble que la de éstos (art. 990 inc. 2º). Se recordará que la representación se aplica a los hermanos, de modo que los sobrinos, en ausencia del hermano, quedan en este orden.

Si el propósito de la ley ha sido el de establecer la igualdad de filiaciones, no se comprende la razón de distinguir entre hermanos de simple o doble conjunción. Si un causante quiere hacer esa distinción, pues para ello dispone

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del testamento, en el cual, no siendo sus hermanos legitimarios, él puede disponer como lo desee entre ellos, si es que sus afectos le ordenan hacer distingos. Pero no es lógico que la distinción la haga la ley y precisamente aquella que se dicta para igualar los derechos de las personas en atención a su filiación.

21. Del orden de los colaterales. Si no hubiere descendientes, ascendientes, cónyuge sobreviviente ni hermanos, suceden los demás colaterales del *de cujus*, observándose el principio de la prioridad del grado, es decir, refiriéndose a los de grado más próximo. Pero el derecho de sucesión no se extiende más allá del sexto grado (art. 992). Los colaterales de doble conjunción llevan el doble de la porción que los de simple conjunción, alterándose así la igualdad que entre colaterales establecía el antiguo art. 992 Nº 3 y no se entiende por qué la reforma en este punto, ya que si la diferencia de porción pudiere eventualmente tener alguna justificación entre hermanos, siguiendo una supuesta voluntad presunta del causante, no sucede lo mismo con otros colaterales. Por lo demás la regla no tiene gran trascendencia desde que los colaterales de doble conjunción que pueden llegar a existir son los sobrinos, hijos de hermanos carnales y éstos por la representación, como se señala más abajo, heredan, generalmente, en el orden precedente y las otras hipótesis de colaterales de doble conjunción son de difícil ocurrencia.

El art. 992 inc. 2º precisa que el o los colaterales de grado más próximo excluirán siempre a los otros, regla que era innecesaria, desde que el inc. 1º ya dice que los que suceden son los de grado más próximo, lo que revela la falta de cuidado con que se han redactado algunas disposiciones de la ley. Los sobrinos no quedan en este orden, sino en el de los hermanos, como se dijo recién. Si está vivo su padre, no heredan, porque tiene entonces aplicación el orden de los hermanos y por ende prevalece el grado más próximo. Si ha fallecido, toman su lugar y grado. Los demás colaterales suceden por cabeza, desde que para ellos no hay representación. Se mantienen así, salvo en cuanto a la distinción entre colaterales de simple y doble conjunción, los principios del régimen hasta ahora existente.

Tal vez porque el propósito de los legisladores no fue alterar el sistema sucesoral sino en cuanto era necesario como efecto de la igualdad de filiaciones, no se aprovechó la reforma para limitar el alcance de la sucesión familiar. Ya nadie conoce a sus posibles colaterales del sexto grado y si los conoce, no existe con ellos relaciones de afecto que justifique se les llame a heredar.

22. Del orden del Fisco. Es el último orden sucesoral y a su respecto no hay modificaciones en la nueva ley.

23. De los órdenes sucesorales del causante que es hijo de filiación no matrimonial. Ya se ha dicho que para los hijos de filiación no matrimonial la aplicación de los órdenes sucesorales dependerá de si tienen filiación establecida o no y respecto de quién la tienen. Si el hijo tiene establecida la filiación respecto de su padre y madre, no hay diferencia con el causante que es hijo de filiación matrimonial. Si tiene establecida su filiación sólo respecto de uno de sus padre o madre, los órdenes sucesorales serán los comunes respecto de sus sucesores paternos o maternos respectivamente; pero respecto de los que debería tener por

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

parte de quien no ha existido reconocimiento, su situación será semejante a la del hijo sin filiación establecida. Este no tiene, jurídicamente, ascendientes y por ende, no tiene colaterales. Así, para él sólo existirá el orden de los hijos, en el cual concurren los que tenga, personalmente o representados por su descendencia y su cónyuge, en la forma dispuesta por el art. 988 y si no tiene descendientes con derecho a sucederle, pues concurrirá a toda la herencia su cónyuge y a falta de éste, el Fisco.

24. De la sucesión mixta. Como se sabe, el art. 996 regula la denominada sucesión mixta, es decir aquella en que parte de la herencia es testada y parte intestada. Conforme a ella se aplican las normas testamentarias, en cuanto con ellas no se vulneren las asignaciones forzosas y al resto se aplican las normas de la sucesión intestada. Pero quienes sucedan a la vez por testamento y abintestato deberán imputar a lo que les corresponda en la sucesión intestada lo que perciban por testamento; pero conservando lo que les quepa por testamento si excede lo que les corresponde por ley, a menos que el testador disponga otra cosa, como sería si mandare que el cónyuge, por ejemplo, perciba lo que le asigna por testamento y además lo que le corresponda sin testamento y sin que con ello vulnere las asignaciones forzosas de los demás. Pero el art. 996 contiene ahora un nuevo inciso, de acuerdo al cual "en todo caso la regla del inciso primero se aplicará una vez enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia". Nos parece que la regla viene a reforzar la idea que las legítimas y mejoras existen en toda sucesión y tal vez ni siquiera era necesaria, desde que ya el inc. 3º señala que prevalece la voluntad del testador "en lo que de derecho corresponda", lo que determina la necesidad de enterar primero las legítimas y mejoras para luego poder aplicar las disposiciones testamentarias. Pero ello no significa impedir que la voluntad del testador intervenga en las legítimas y mejoras, pues éstas son asignaciones propias de la sucesión testada y por ende, el testador puede, como se sabe, asignarlas de los modos más variados[13].

c. *De las asignaciones forzosas*

25. La nueva ley también impone reformas importantes a las asignaciones forzosas. Las principales son, como ya se ha anunciado más arriba, la supresión de la porción conyugal, la incorporación del cónyuge sobreviviente como legitimario y la incorporación de los ascendientes como posibles asignatarios de mejora. Pero además, se aclara esta última asignación forzosa, como se verá.

26. Se elimina el art. 1167 Nº 2, de forma que en adelante las asignaciones forzosas en el nuevo art. 1167 son:

1º. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;
2º. Las legítimas;
3º. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge".

[13]Sobre ello, véase nuestro *Derecho Sucesorio*, t. 2, Nº 923 y sgts.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Queda así suprimida la porción conyugal. Además, el número tercero precisa que la cuarta de mejoras se forma si existen descendientes, ascendientes o cónyuge sobreviviente, salvándose así los problemas a que daba lugar la impropia redacción precedente, luego de las reformas de las leyes 10.271 y 18.882 y la falta de armonía que existía entre esas reglas, según se recordará. Ello llevaba a entenderse, por algunos comentaristas, que la formación de la cuarta de mejoras requería necesariamente de la presencia de hijos legítimos. No era esa la tesis prevaleciente; pero la doctrina en tal sentido existía, de forma que los hijos naturales no podrían llevar parte de ella, sino en concurrencia con hijos legítimos, es decir sólo en el evento de formarse el primer orden de sucesión regular. Para el cónyuge sobreviviente, luego de incorporársele como asignatario posible de mejora con la ley 18.802, la situación era aún más discutible[14]. Ahora la cuestión queda esclarecida: tanto los descendientes, como el cónyuge sobreviviente y aun los ascendientes son posibles asignatarios forzosos de cuarta de mejoras. Con ello se quiere decir que ella se forma si concurren a la sucesión descendientes y cónyuge; pero también si sólo concurren cónyuge y ascendientes, o sólo cónyuge o sólo ascendientes. Claro está que entre ellos el causante puede disponer de la cuarta de mejoras como mejor le parezca. Volveremos más abajo sobre la cuarta de mejoras.

27. La supresión de la porción conyugal era una reforma necesaria, pues no tenía sentido mantener una institución que sólo causaba problemas interpretativos y de escasa aplicación práctica. Un buen sector de nuestra doctrina así lo había sostenido a cambio de atribuir al cónyuge sobreviviente el carácter de legitimario[15]. Las famosas doctrinas de Fabres, de Aguirre Vargas y otros, sobre el cálculo de la porción conyugal que hicieron padecer a generaciones de estudiantes de derecho, se perderán en la historia.

28. Precisamente, respecto de la legítima, el nuevo texto del art. 1182 señala que "son legitimarios:

1° Los hijos, personalmente o representados por su descendencia;
2° Los ascendientes; y
3° El cónyuge sobreviviente".

La reforma implica eliminar las referencias a los hijos naturales, a los padres naturales y a los hijos legitimados e incorporar como legitimario al cónyuge sobreviviente. Pero en cuanto a la filiación no matrimonial, la ley mantiene el mismo principio que regía para los padres naturales, en que sólo tenían el carác-

[14]Uno de los principales redactores de la ley 18.802 sostenía que sólo en presencia de hijos legítimos el cónyuge llevaba cuarta de mejoras. Así, F. Rozas V. *Análisis de las reformas que introdujo la ley 18.802*, p. 70, Santiago, 1990. Por nuestra parte, esa solución nos parecía absurda y que estaba en contra de la evolución en el sentido de mejorar la situación del cónyuge sobreviviente. Véase nuestro *Derecho Sucesorio*, t. 2 N°s 944 y 944.1.

[15]Por ejemplo, M. Somarriva U. *Derecho Sucesorio*, t. 2, N° 449, 5ª. edic. por R. Abeliuk, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996; P. Rodríguez Grez, *Instituciones de derecho sucesorio*, p. 324. Véase, nuestro *Derecho Sucesorio*, t. 2, N° 897.2.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ter de legitimarios los que habían reconocido voluntariamente al hijo. Siguiendo ese mismo criterio, el art. 1182 inc. 2º ordena que "no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o maternidad que constituye o de la que deriva el parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal".

La regla no deja de tener una impropiedad de redacción. Si la determinación de la filiación no matrimonial se ha hecho contra la voluntad del padre o madre, no se ve por qué necesariamente queden privados de su carácter de legitimarios todos los demás ascendientes del causante. Habrá que entenderla que los que quedan privados de tal calidad son los ascendientes de la línea del padre o madre que se opuso a la acción del hijo, lo que puede parecer obvio; pero entonces bueno habría sido redactar el inciso con mayor cuidado para señalar que los privados de tal carácter son los "respectivos ascendientes", que es más clara que aquélla de la "paternidad o maternidad que constituye o de que deriva su parentesco". Por lo demás incluso así hay una cierta impropiedad, porque el hecho que el padre o la madre se hayan opuesto a la determinación de su filiación no tiene por qué acarrear, como verdadera sanción, que se excluya a los demás ascendientes que, a lo mejor, deseaban el reconocimiento. La negativa del padre a reconocer no significa que el abuelo o la abuela no quieran tener a su nieto como tal descendiente. Pero además la nueva regla precisa que el cónyuge que ha dado motivo al divorcio por su culpa no será legitimario y sea tal divorcio perpetuo o temporal. Se aclara así expresamente el efecto patrimonial que tiene el divorcio temporal y se aplica a la calidad de legitimario la misma regla que se contiene en el art. 994 inc. 1º para la sucesión intestada. Además, son aplicables al cónyuge las tres primeras causales de desheredamiento del art. 1208 (inc. final), lo que es lógico, pues adquirir la calidad de legitimario implica tomarla en lo favorable y en lo odioso. Y en lo favorable adquiere el derecho de accionar de reforma del testamento (art. 1220) como tal legitimario o asignatario de mejora y ya no por porción conyugal, lo que implicó derogar el art. 1221.

29. La distribución de la legítima, como se sabe, se hace aplicándole las reglas de la sucesión intestada (art. 1183). Así, de acuerdo al art. 988, si hay descendientes y cónyuge, la legítima se distribuye de modo que el cónyuge lleva la misma porción que el hijo si hay uno solo. Si hay varios el cónyuge lleva el doble de lo que corresponda a cada hijo con un mínimo de una cuarta parte de la porción de legítima. Si no hay descendientes, se aplica a la legítima las reglas del segundo orden de sucesión intestada del art. 989.

30. Con la nueva ley, como se ha dicho, son beneficiarios de mejora los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente (arts. 1167 Nº 3, 1184 inc. 3º y 1195). El art. 1184, al extender la cuarta de mejoras a los ascendientes, les hace también aplicables la regla de acuerdo a la cual el causante puede asignarles el todo o parte de dicha cuarta "sean o no legitimarios". De este modo el causante podrá hacer una asignación con cargo a la dicha cuarta a su abuelo o abuela, aunque esté vivo su respectivo padre o madre, del mismo mo-

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

do como puede hacerla a un nieto, aunque esté vivo su hijo, padre de aquél. Sin embargo, en este aspecto nos parece que la ley 19.585 va en contra de lo que debería ser, a nuestro juicio, un nuevo derecho sucesoral, porque en lugar de ampliar la libertad testamentaria refuerza las asignaciones forzosas, introduciendo por ejemplo al cónyuge sobreviviente y a los ascendientes como asignatarios forzosos de cuarta de mejora. Es verdad que la situación del cónyuge sobreviviente requiere de especial consideración; pero dentro de un nuevo sistema sucesoral que tenga en cuenta las enormes variaciones que han ocurrido en la sociología y realidad familiar desde el Código Civil a la época. Tal como se dijo más arriba, las limitaciones a la libertad testamentaria para favorecer al interés familiar se justificaban en tiempos en que la esperanza de vida de los padres era reducida y por lo mismo, los hijos quedaban privados de auxilio paterno a temprana edad. Pero en las nuevas realidades sociales, en innumerables casos, la apertura de la sucesión se produce cuando los hijos están ya en edades tales que están plenamente formados, con su vida trazada, sin que las necesidades que fundaron la imposición de la legítima -la principal de las asignaciones forzosas- subsistan. De allí que lo propio sería pensar en un nuevo sistema sucesoral que dé mayor cabida a la libertad testamentaria y reduzca las asignaciones forzosas a situaciones en que realmente son necesarias. Los autores de la ley 19.585 parecen haber ido en sentido contrario a esas ideas. Tal vez porque su preocupación central no era la de modificar esencialmente el régimen sucesoral. Una futura reforma debería dar mayor cabida al testamento para imponerlo como práctica común dentro de una acrecentada libertad de disponer.

31. El nuevo texto del art. 1185 manda que "para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o mejoras, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión".

Desaparecen así las acumulaciones de las deducciones a la porción conyugal, ya que esa asignación no subsiste. Luego la acumulación queda limitada a las donaciones revocables o irrevocables y se mejora el sistema de cálculo de dichas agregaciones. Con ello, además, desaparecen las dificultades interpretativas respecto del art. 1185 porque, como ya se ha dicho, la cuarta de mejoras se forma hayan o no descendientes, siempre que haya cónyuge sobreviviente o ascendientes. Es evidente entonces que las acumulaciones del art. 1185 proceden en todos los órdenes de sucesión en que hay legitimarios, es decir, en el primero y segundo de los arts. 988 y 989.

Pero, además, el art. 1185 ha modificado las reglas de cálculo de la colación en valor. No tenemos la pretensión de pensar que los legisladores hayan recogido en el nuevo texto las ideas que señalamos en tiempo en nuestro *Derecho Sucesorio*, en cuanto a la necesidad de establecer un sistema de cálculo que tome en consideración la depreciación monetaria[16]. Pero es el caso que, tal cual se

[16]Véase t.2, nº 964.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

señala en la obra, en adelante, la acumulación de donaciones se hará actualizando prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión y tomando como base el estado de las cosas donadas al tiempo de la entrega. La acumulación adquiere así efectivo valor práctico, porque en caso de haberlas, tendrán incidencia importante en la masa de cálculo. El primer acervo *imaginario* o colación, ya no debería ser entonces una institución meramente teórica, puesto que, con el nuevo sistema de cálculo tiene interés el considerar las donaciones que se hayan hecho a un legitimario en vida del causante, en especial si se tiene en cuenta el alcance amplio que ha de darse al concepto de donación, como lo entiende la doctrina.

d. *El derecho de atribución preferencial a favor del cónyuge sobreviviente*

32. Ya hemos dicho que en el nuevo sistema sucesoral, el cónyuge sobreviviente pasa a tener una situación particularmente mejorada con respecto a la legislación precedente; pero no sólo por el *quantum* de los derechos que se le atribuyen, ni porque adquiere la calidad de legitimario y de asignatario forzoso de cuarta de mejora, sino, además, porque se ha establecido en su favor un novedoso derecho del que ahora carecía: el de atribución preferencial del hogar común. Trata de ello el nuevo N° 10 que se agrega al art. 1337.

33. Consiste este derecho en permitir al cónyuge sobreviviente exigir, al tiempo de la división de haber común, que su cuota hereditaria, a cualquier título que la tenga, es decir sea como legitimario, como asignatario de mejora o de libre disposición, se le entere con preferencia, mediante la adjudicación en propiedad individual del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, incluyendo en dicho inmueble el mobiliario que lo guarnece si era parte del patrimonio del causante, es decir, siempre que ese mobiliario sea parte del haber relicto que forma la comunidad hereditaria.

Como podría suceder que el valor del inmueble y su mobiliario supere el monto de los derechos que como heredero corresponden al cónyuge sobreviviente, éste puede optar a que, sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya a su favor derechos de habitación sobre el inmueble o de uso sobre el mobiliario, con carácter de gratuitos y vitalicios.

34. La institución de la atribución preferencial es conocida desde hace ya tiempo por diversas legislaciones extranjeras y en variadas modalidades[17]; pero la forma en que la recoge la nueva ley es, en ciertos sentidos más amplia y favorable al cónyuge sobreviviente que la que ella adopta en otros derechos. Por ejemplo, el Código Civil argentino establece la atribución preferencial si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiere constituido el hogar conyugal; pero además siempre que su valor no sobrepase al indicado como máximo a las viviendas para ser declaradas bien familiar y sólo en forma de derecho real de habitación en

[17]Sobre la atribución preferencial en el derecho francés, M. Grimaldi, *Successions*, N° 885 y sgts. y la bibliografía allí citada.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

forma vitalicia y gratuita (art. 3573 bis., introducido por la ley 20.798). El Código portugués de 1966 dispone la atribución preferencial del derecho de habitación de la casa que sirve de morada a la familia y de uso de sus muebles; pero esos derechos caducan si el cónyuge deja de vivir allí por más de un año (art. 2103). El Código de Francia es más amplio en cuanto la atribución preferencial ha sido concebida como un procedimiento particional más general y aplicable a empresas comerciales, artesanales, industriales, pequeñas propiedades agrícolas y al hogar común (art. 832 que agrupa diversas reformas al respecto) y con variados propósitos, pues desborda el solo interés del cónyuge sobreviviente y tiene incluso fines económicos; pero cuando se trata del hogar común, el cónyuge sobreviviente o todo heredero copropietario puede pedir la atribución preferencial de la propiedad o del derecho de arrendamiento del inmueble que le sirva efectivamente de habitación, si allí tenía su residencia al tiempo del fallecimiento y, como el *quantum* de esa atribución preferencial no puede superar los derechos hereditarios del partícipe, si el valor del bien atribuido de ese modo fuere mayor a aquellos derechos, existirá alcance en contra del beneficiado.

35. Tampoco es desconocida por nuestro derecho anterior a la ley 19.585. La hoy derogada ley de reforma agraria 16.640 de 1967 contenía la atribución preferencial de la unidad agraria en el art. 80 inc. 3º.

36. Pero lo que distingue la atribución preferencial del hogar común ahora prevista es por una parte su finalidad y por otra, sus modalidades. En cuanto a lo primero, las formas de atribución preferencial de la ley de reforma agraria, como algunas de las previstas en legislaciones extranjeras, tal cual el caso del derecho francés para las explotaciones agrarias, empresas industriales, comerciales o artesanales, la finalidad es de carácter económico, evitando la división que haría imposible la explotación eficiente del bien respectivo. Hay allí una finalidad social como también un interés individual. Por lo primero, en cuanto se trata de asegurar la correcta explotación del bien y por lo segundo, de entregarlo a quien lo ha tenido efectivamente, haciéndole producir. Tales eran, entre nosotros, los propósitos del referido art. 80 inc. 3º de la ley 16.640.

Pero en la atribución preferencial de la ley 19.585 se trata de asegurar al cónyuge sobreviviente y sólo a él, el mantenimiento de las condiciones de vida que, hasta el fallecimiento de su marido o mujer, tenía. Si se tiene presente la realidad en que hoy se desenvuelve mayoritariamente el fenómeno sucesoral, esa finalidad está plenamente justificada. El promedio de vida existente determina que cuando fallece el causante su cónyuge sobreviviente es ya una persona de avanzada edad, que no está en condiciones de alterar sus formas de vida y para quien abandonar la casa donde ha vivido y alterar sus costumbres es un modo de comenzar a morir a su vez. Por otra parte, se ve enfrentado a las presiones de los otros sucesores, aunque sean sus hijos, para dividir el as hereditario. Conferirle el derecho a exigir que la casa donde vivía con su familia no se divida, o al menos que no se le obligue a abandonarlo, es pues una forma adecuada de respetar su integridad psíquica que el art. 19 Nº 1 de la Constitución reconoce como la principal garantía del ser humano, junto al derecho a la vida. En suma, como dice un autor, este derecho "es la manifestación del derecho a la habitación, más precisamente del derecho a conservarla, que la le-

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

gislación contemporánea consagra de múltiples formas"[18]. Por último, con este derecho se protege también al cónyuge sobreviviente de las posibles consecuencias que podrían acarrearle la igualdad de filiación, en cuanto con él puede impedir que un hijo adulterino o extramatrimonial pretenda concurrir a la división de lo que fue el hogar de la familia matrimonial.

37. Este derecho implica, como ya se ha dicho, la más importante alteración dentro del Código Civil al principio de la unidad sucesoral, porque mediante la facultad conferida al cónyuge sobreviviente se sustrae un bien a las reglas generales de la partición que ordenan un mismo sistema legal para todos los bienes, imponiendo la división de ellos de acuerdo a un criterio de igualdad no sólo en valor, sino también y en cuanto sea posible, en cuanto a la naturaleza de los bienes que han de componer cada lote. Debe recordarse que el art. 1337 Nº 7 en particular contiene ese principio en materia de partición y que aquí se ha alterado[19], puesto que en lugar de adjudicar al cónyuge sobreviviente, comunero en la indivisión, bienes de la misma naturaleza que a los demás, se le entrega, para singularizar sus derechos de heredero, un bien específico, como es el hogar común, sea en propiedad, sea en uso y habitación vitalicios, impidiéndose que los demás comuneros tengan parte alguna en él y excluyendo a ese bien de la formación de los lotes que se adjudican a los demás, o de la división y aún enajenación a terceros que era su suerte normal antes de la reforma. Y se hace también excepción al principio de la unidad en cuanto para ese bien se constituye un tratamiento legislativo particular y diverso del que rige para el resto del haber común.

38. Pero los contornos de este derecho no están perfectamente definidos en el nuevo texto que carece de precisión y presentará dificultades en su práctica. Las modalidades de su aplicación no pueden sino ser sugeridas en esta oportunidad, señalándose al mismo tiempo algunos de los problemas que vemos en ellas, mientras no exista una experiencia jurisprudencial.

39. En cuanto concierne al bien que puede ser objeto de la atribución preferente, el nuevo art. 1337 Nº 10 señala que debe tratarse "de la propiedad en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como el mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto". La última precisión está de más: si los bienes son de terceros, éstos los reclamarán y ni ahora, ni antes, el cónyuge sobreviviente u otro comunero ha

[18]G. Grimaldi, ob. cit. Nº 889. Sobre ello, *Travaux* de l'Association Henri Capitant, t. XXXII, "Le droit au logement" y especialmente allí, el trabajo de M. Grimaldi, "Le logement et la famille", pág. 421, Económica, París 1984.

[19]En cuanto a él, véase M. Somarriva U., *Indivisión y partición*, Nº 477, 3ª Edic. Bogotá 1981; Claro Solar L., *Derecho Civil*, t. 17, Nº 2499; O. Dávila, nota a sentencia en *Rev. de Der.* t. 40, sec. 2ª. p. 19, esp, Nº 5, p. 21. El principio está contenido en forma expresa en el art. 826 del Código francés y respecto de él, la Corte de Casación francesa ha resuelto que "en principio, la partición es siempre preferible a la licitación y sólo puede procederse a ésta si los inmuebles no admiten cómoda división", Civ. 1ª, 22 enero 1985, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1986, 618, obs. Patarin. En términos semejantes lo ha resuelto entre nosotros la Corte de Santiago, 12 diciembre 1941, *Rev. de Der.* t. 40, sec. 2ª p. 19, nota O. Dávila. También el principio venía ya en García Goyena, "Comentario al art. 908", en *Concordancias, motivos y comentarios del C. Civ. español*, t. 2, p. 267.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

podido pretender derecho sobre ellos. Si pertenecen al propio cónyuge sobreviviente, éste no puede pretender más derecho sobre lo que ya es suyo.

Pero se excluyen de ella residencias secundarias que haya tenido la familia del causante. Para quienes tienen otra casa familiar, como la de veraneo, ésta puede ser tan importante o querida para el cónyuge sobreviviente como la principal y tal vez, en caso de existir, bien pudo dársele un derecho a elección[20]; pero en el texto comentado, toda casa que no sea la principal queda excluida. Con todo, adviértase que para la inmensa mayoría de las familias chilenas el inmueble donde la familia vive es el principal bien que compone el haber sucesoral y en no pocos casos, el único, de forma que el derecho que la ley concede al cónyuge sobreviviente es de la máxima importancia, porque si los derechos hereditarios de éste son inferiores en *quantum* al valor de ese inmueble, la partición, de hecho, quedará diferida hasta el momento de la muerte del cónyuge, cuando se consolide el derecho de habitación o de uso con la nuda propiedad, o bien sólo podrá alcanzar a esa nuda propiedad con las dificultades consiguientes.

La ley exige, sin embargo, que el cónyuge sobreviviente resida en el inmueble cuya atribución solicita y si la ley emplea la forma verbal presente: "inmueble en que resida", habrá de entenderse que él ha de tener su efectiva residencia al tiempo en que ejercita el derecho. Menos claro es el requisito de que "sea o haya sido la residencia la vivienda principal de la familia". ¿Por qué se emplean alternativamente el tiempo verbal presente y uno pasado? Una explicación es que la ley hace referencia a dos situaciones posibles: residiendo el cónyuge sobreviviente en el inmueble cuya atribución preferencial solicita, vive allí junto a sus hijos y otros miembros que componen la familia; pero también puede ser que ya no viva allí sino el cónyuge sobreviviente, porque los hijos y otros familiares abandonaron el hogar común. Sin embargo, sea ahora, al tiempo en que se ejercita el derecho o lo haya sido antes, es preciso que allí haya vivido la familia.

La nueva norma, con la redacción que adopta, parece sólo referirse a inmuebles en que viva o haya vivido una familia en el sentido de un grupo social compuesto por padres e hijos. ¿Significaría entonces que un matrimonio que no tuvo hijos no fue hogar familiar sobre el cual pudiera pretenderse por el cónyuge sobreviviente la atribución exclusiva, concurriendo por ejemplo con los padres del causante? Nos parece evidente que tal no puede ser la idea de los legisladores y que también en ese caso rige el derecho en examen y a lo mejor con más fundamento; pero bueno es precisarlo, porque lo obvio que proviene de la finalidad perseguida, no lo es tanto de atenerse sólo a la redacción del texto.

Cuestión no resuelta en la ley es la situación de cónyuges separados de hecho. Es frecuente que, al producirse la separación, uno de ellos siga viviendo en lo que fue la casa familiar. Al fallecer el otro, ¿podrá subsistir el derecho con-

[20]Frente a regla semejante del Código Civil francés, la Corte de París ha resuelto que no bastaría un lazo sentimental que una a un comunero a una casa familiar, para que se encuentren reunidas las condiciones de la atribución preferencial (C. París, 25 abril 1980, JCP 1981, IV, 221 y Trib. Grd. Inst. Nevers, 16 de abril 1975, JCP 1975, II, 18192 y nota M. Dagot).

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ferido en la regla que se comenta, a favor del cónyuge sobreviviente que siguió viviendo en aquel inmueble? La expresión de la ley, referida tanto al inmueble que sea, como al que haya sido la vivienda principal de la familia, permite mantener el derecho de atribución preferencial a ese cónyuge que sigue viviendo en lo que fue la casa común y más aún, si permaneciera en ella con los hijos.

En todo caso y siempre respecto de la calidad del bien objeto de este derecho, es de anotar que es indiferente el valor o la dimensión del inmueble que constituya el hogar común. Pudiera estimarse incluso, en muchos casos, que él excede las necesidades del cónyuge sobreviviente; poco importa, pues es a él a quien se confiere el derecho de juzgar la conveniencia de exigir esa atribución con cargo a sus derechos y, según se verá, si el valor de tasación del bien y de sus muebles supera el de sus derechos sucesorales, lo que variará será la modalidad jurídica que adquirirá la atribución preferencial: en lugar de entregar el bien en propiedad plena, se constituirá un derecho de habitación o de uso según la naturaleza de aquél y con carácter de perpetuo y gratuito.

43. En lo que concierne a las calidades que debe tener el beneficiado con este derecho, la ley exige dos condiciones: debe tratarse sólo del cónyuge sobreviviente y, además, respecto de sus derechos como heredero del *de cujus*. Ningún otro comunero, aunque se trate de un hijo matrimonial, puede pretender a él. El derecho por lo demás es intransferible e intransmisible por parte del cónyuge titular (art. 1337 Nº 10, inc. final), lo que refuerza el carácter personalísimo del derecho.

44. Pero además ha de tratarse de un cónyuge que concurra a la partición hereditaria, es decir, que tenga vocación como heredero, desde que se trata aquí de una modalidad de la división del haber común. Por ello, no puede pretender a la atribución preferencial el cónyuge sobreviviente por sus derechos sobre los gananciales en la comunidad que sigue a la extinción de la sociedad conyugal, por mucho que ésta se deba a la disolución del matrimonio por muerte del otro cónyuge. Tampoco tiene derecho a él el cónyuge sobreviviente por los derechos que pudiere tener en la sucesión en tanto legatario. Así, en el caso en que el testador hubiere asignado a su cónyuge legados con cargo a la cuarta de libre disposición o a la de mejora, ellos no permiten, como es lógico, una atribución preferente, desde que el legado o se refiere a un bien determinado o atribuye un crédito al beneficiado y no confiere jamás la calidad de comunero en la partición.

Sin embargo, es indiferente que la calidad de heredero del cónyuge sobreviviente provenga de su calidad de heredero *ab intestato* o por designación testamentaria. La ley no distingue y sólo pide que el cónyuge sobreviviente ejerza el derecho con cargo a su "cuota hereditaria" y ya se sabe que esa cuota puede provenir de esas dos fuentes.

45. Pero si el cónyuge sobreviviente reúne tales condiciones, la ley le confiere la facultad de exigir la adjudicación preferente del hogar común, sin necesidad de tener que justificarla. Se trata de un derecho absoluto que, por lo mismo, no requiere de fundamentación ni está sujeto al control por la vía del abuso del derecho. Ninguno de los otros partícipes puede oponerse a él y bajo ningún respecto y el partidor, si lo hay, deberá hacer respetar el derecho. Es sólo a él a

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

quien corresponde juzgar sobre la conveniencia de solicitar la atribución preferencial del hogar común.

46. No exige la ley que el cónyuge sobreviviente permanezca en estado de viudedad, como ocurre en otras legislaciones, situación que tal vez debió considerarse en la reforma. En efecto, si la finalidad perseguida, como se ha dicho, es que no se altere la situación personal del cónyuge sobreviviente, resulta absurdo que, luego de fallecido el *de cujus* y entregado el inmueble que fue hogar común de la familia a aquél, el favorecido volviere a casarse y pasare a ocupar ese bien con su nuevo cónyuge que viene a beneficiarse indirectamente frente a los otros parientes del causante que quedaron sin derecho a recibir aquel bien por sus derechos, el que a lo mejor era el único de relevancia económica. Y no habrá de olvidarse que ese nuevo cónyuge podrá llegar a ser, a su vez, heredero del que recibió el bien en atribución preferencial y, por lo mismo, recoger por su parte o la propiedad o un derecho de habitación o uso, sobre el bien que fue de su cónyuge, excluyendo a lo mejor al o los hijos del primitivo causante.

Del mismo modo, no exige la ley que el cónyuge sobreviviente, una vez conseguida la atribución preferencial, siga viviendo en el bien que reclamó y si se le atribuye en propiedad, que lo conserve en su patrimonio, pues siendo dueño de él tendrá los atributos plenos del dominio. Es verdad que, si del derecho de habitación se trata, éste queda limitado a las necesidades del habitador, y lo mismo se aplica al uso (art. 815 C. Civ.), de modo que si deja de habitar en el inmueble, habrá de entenderse que sus necesidades han terminado y, por lo mismo, el derecho de habitación que, como se sabe, bajo múltiples aspectos tiene las mismas características que un derecho de alimentos.

47. Las situaciones que pueden presentarse para el ejercicio de este derecho son variadas. Si el monto de los derechos del cónyuge sobreviviente en cuanto heredero en la sucesión del causante es de valor superior o al menos igual al que tenga el inmueble que era el hogar familiar, incluyendo sus muebles, aquél podrá exigir que esos derechos le sean enterados parcial o totalmente con dicho bien. Este quedará así sustraído a la división del haber sucesoral y deberá entregarse directamente a dicho cónyuge. Por su parte, éste sólo seguirá actuando en la partición en cuanto sus derechos, siendo superiores al valor de ese bien, deban ser enterados, en el faltante, con otros bienes del as hereditario.

Pero si el valor de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente es inferior al del hogar común y su mobiliario, la ley señala que el cónyuge podrá pedir que "sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y uso, según la naturaleza de las cosas con carácter de gratuitos y vitalicios". Aquí la ley no es clara, porque su texto admite varias posibilidades. Así, podría entenderse que las alternativas ofrecidas son dos: o bien hay una atribución en propiedad plena en la hipótesis ya señalada precedentemente, o bien hay una en derechos de habitación y uso si el valor del hogar común y sus muebles es superior al de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente y así éstos se entenderían cubiertos en su valor por esos derechos reales, que tendrían igual dimensión cuantitativa que los referidos de-

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rechos hereditarios. Pero también es posible entender la regla de un modo más favorable al cónyuge beneficiario: si sus derechos hereditarios son de valor inferior al del inmueble que forma el hogar común y sus muebles, él podrá pedir que se le adjudiquen en propiedad plena, sea el inmueble, sean los muebles, según si el valor de sus hereditarios alcanza a uno u otros y que aquel de esos bienes que no se le adjudique en propiedad permanezca bajo su habitación o uso, según el caso. Habría así la posibilidad de una atribución preferencial mixta: parte en propiedad plena, parte en derecho de habitación o uso. Y ésta nos parece ser la interpretación más cercana al texto de la nueva norma, cuya redacción, según ha podido verse, supone que ha habido una adjudicación parcial en propiedad plena y que aún resta, sea el inmueble, sea los muebles que lo guarnecen que no ha sido adjudicado. Pero si éste es el sentido correcto de la regla, habrá que concluir que el derecho conferido al cónyuge sobreviviente es aún más favorable de lo que pudiera pensarse: no sólo permite que el cónyuge exija la atribución preferencial, sino que ésta puede llegar a darle más de lo que el valor de sus derechos permitiría. En efecto, cuando éstos son inferiores en valor al bien inmueble y a sus muebles, los derechos hereditarios ya quedan enterados con la parte que atribuya en propiedad y no obstante, además, se confiere al cónyuge sobreviviente un uso o habitación por el resto de sus días, manteniéndose así en su tenencia la integridad de esa unidad de hecho que es el hogar común.

La regla habría requerido, sin duda, mayor precisión, porque las dificultades que pueden presentarse en las diversas situaciones de hecho que pueden ocurrir no quedan resueltas con el solo recurso a su interpretación literal; pero habrá que esperar, sin duda, que la práctica vaya sugiriendo las correcciones necesarias, si es que este derecho realmente adquiere vigencia efectiva, por entrar a formar parte del conocimiento común. No han sido pocas las situaciones que en la historia de nuestra legislación se han dado, en que al formularse una regla en teoría se haya pensado ésta tendrá gran utilidad y, en los hechos, ha quedado sin aplicación.

48. Con todo, pensamos que es necesario insistir en que lo que se ha conferido al cónyuge sobreviviente es un derecho sometido a su soberana decisión. No es una exigencia que se le ha puesto y, por lo mismo, no está obligado a recibir el hogar común en atribución preferencial. Si él lo cree mejor para sus intereses, sean económicos, sean afectivos o aún prácticos, podrá someterse a las reglas comunes de la partición. Pero si lo ejercita, tal como ya hemos dicho, los demás comuneros deberán respetarlo y ello aun el caso que los derechos hereditarios de ese cónyuge sólo permitan una atribución parcial en las hipótesis que hemos previsto, precisión que es necesaria ya que el inc. 2º del nuevo Nº 10 del art. 1337 emplea la fórmula verbal "podrá pedir", lo que daría a entender que alguien, a quien se hace la petición –los otros comuneros o el partidor– podrán a su vez decidir si la aceptan o no. Aún en ese caso, entendemos que se trata de una facultad entregada al cónyuge que no puede ser discutida por los demás comuneros y que al emplear aquella fórmula verbal sólo se insiste en que se trata de una alternativa ofrecida al cónyuge sobreviviente y entregada a su soberana decisión.

Artículo: Las reformas al derecho sucesoral de la Ley 19.585
Revista: Nº204, año LXVI (Jul-Dic, 1998)
Autor: Ramón H. Domínguez Águila

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

49. Ya hemos señalado que la adjudicación preferente puede adoptar dos modalidades: o en propiedad o en derechos de uso o habitación, según la naturaleza de los bienes. Si adopta la segunda modalidad, aún parcialmente, se aplicarán a los derechos de uso y habitación las reglas del Título X del Libro III del Código Civil (art. 1337 Nº inc. 3º), es decir las de los arts. 811 y sgts. Como en tal caso, los bienes gravados por esos derechos reales habrán de conservarse en especie para ser restituidos una vez que se consoliden con la propiedad nuda, habrá de exigirse inventario, aunque no caución (art. 813). Además, en protección a los derechos de terceros, la ley precisa que la resolución que constituya el derecho de habitación habrá de inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del respectivo Conservatorio de Bienes Raíces y mientras ella no se practique, tal derecho es inoponible a terceros, de forma que los acreedores podrían perseguir la satisfacción de sus créditos sobre la propiedad plena del inmueble respectivo hasta que ella se verifique. Pero no ha precisado la ley a qué terceros se refiere y como éstos serán las más de las veces acreedores, es preciso recordar que pueden existir acreedores hereditarios o de los propios herederos que tengan constituidas las hipotecas sobre el inmueble referido y anterior a la inscripción del derecho de habitación. Por mucho que la atribución preferente en forma de derecho real tienda a favorecer al cónyuge sobreviviente, no podrá entenderse en desmedro de los derechos de esos acreedores anteriores a la constitución del derecho de habitación. El alcance restrictivo que se ha dado al art. 2415 en la jurisprudencia respecto a la constitución de derechos reales limitados posteriores a la hipoteca, debe aplicarse a este caso[21].

[21]Nos referimos a las soluciones ya constantes que entienden que esos derechos reales son inoponibles al acreedor hipotecario y que cuando el art. 2415 se refiere a la facultad del dueño del bien hipotecado de enajenarlo, se limita a establecer lo que obviamente no perjudica al acreedor hipotecario: dicho dueño puede transferir el dominio del bien, al que sigue gravando la hipoteca en manos del tercer poseedor; pero no a que pueda constituirse derechos como el de uso, habitación o usufructo que entorpezcan luego el ejercicio de la acción hipotecaria sobre la propiedad plena del inmueble. Se recordará que la cuestión estuvo de moda luego de la difícil situación económica de los años 80, en que proliferaron los usufructos sobre bienes hipotecados como modo de entorpecer al acreedor hipotecario. Sobre ello, A. Cuneo M. "El usufructo constituido con Posterioridad a una Hipoteca. Su eficacia frente al acreedor hipotecario", en *Rev. de Der.* t. 85, primera parte, pp. 113 y sgts. Aunque la cuestión dio lugar a un abundante debate doctrinario, la jurisprudencia nos parece ya definitiva en cuanto a sostener la inoponibilidad de tales gravámenes. Entre otras, C. Suprema, 21 de enero 1987, *Gaceta Jurídica* 1987, t. 79, Nº 1, p. 19; 10 junio 1986, *Fallos del Mes* 332, Nº 16, p. 443; 22 julio 1986, misma revista, número y página en nota; 17 diciembre 1985, *Rev. de Der.* t. 82, sec. 1ª, p. 71, etc.