

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XXIII

ABRIL - JUNIO DE 1955

N.º 92

**DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ**

**CONSEJO CONSULTIVO:**

ROLANDO MERINO REYES

ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA

JUAN BIANCHI BIANCHI

QUINTILIANO MONSALVE JARA

MARIO CERDA MEDINA

EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ

\* \*  
\*

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

**CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION**

**EXPEDIENTE DE POSESION EFECTIVA DE  
ROSA ELENA MUÑOZ ZUÑIGA**

(Oposición de heredero ab-intestato)

**Apelación de incidente**

**JURISDICCION – JURISDICCION CONTENCIOSA – ASUNTOS CONTEN-  
CIOSOS – JUICIOS – ASUNTOS DE JURISDICCION NO CONTENCIOSA  
– ASUNTOS NO CONTENCIOSOS – ASUNTOS DE JURISDICCION VO-  
LUNTARIA – GESTIONÈS NO CONTENCIOSAS – PROCEDIMIENTO –  
TRAMITACION – PRUEBAS – MEDIOS PROBATORIOS – RESOLUCION  
JUDICIAL – SENTENCIA – RESOLUCIONES FAVORABLES – SENTEN-  
CIAS NEGATIVAS – REVOCACION DE LAS RESOLUCIONES – EJECU-  
CION DE LA SENTENCIA – CUMPLIMIENTO DEL FALLO – EJECUCION  
PENDIENTE DE LA SENTENCIA – MODIFICACION DE LAS CIRCUN-  
STANCIAS – OPOSICION – LEGITIMO CONTRADICTOR – INCIDENTE –  
TRANSFORMACION DE ASUNTO NO CONTENCIOSO EN CONTENCIOSO  
– SUCESION POR CAUSA DE MUERTE – HERENCIA – POSESION  
EFECTIVA – DACION DE LA POSESION EFECTIVA – HERENCIA TES-  
TADA – HEREDERO – HEREDERO TESTAMENTARIO – TESTAMEN-  
TO – TESTAMENTO APARENTEMENTE VALIDO – HERENCIA INTES-  
TADA – HERENCIA AB-INTESTATO – HEREDERO AB-INTESTATO –  
ESTADO CIVIL – PRUEBA DEL ESTADO CIVIL – HEREDEROS CON  
MEJOR DERECHO – HEREDERO TESTAMENTARIO UNIVERSAL – CO-  
EXISTENCIA DE HEREDEROS TESTAMENTARIOS Y AB-INTESTATOS –  
NULIDAD DE TESTAMENTO – REFORMA DE TESTAMENTO – ACCION  
DE REFORMA DE TESTAMENTO – ASIGNACIONES FORZOSAS – RE-  
VOCACION DE TESTAMENTO – INDIGNIDAD PARA SUCEDER – CAU-  
SALES DE INDIGNIDAD – HIJO NATURAL – RECONOCIMIENTO DE  
HIJO NATURAL – LEGITIMARIO – CESION DE DERECHOS HEREDITA-  
RIOS – DELACION DE LA HERENCIA – ACEPTACION DE LA HERENCIA  
– REPUDIACION DE LA HERENCIA – DERECHOS ADQUIRIDOS –  
MERAS EXPECTATIVAS – INTERES ACTUAL – PERJUICIO – PERJUI-**

CIO IRREPARABLE — EXCLUSION DE HEREDERO — SENTENCIA EJECUTORIADA — ACCION DE PETICION DE HERENCIA — JACTANCIA — IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL — LEGITIMACION — IMPUGNACION DE LEGITIMACION — RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL POST-MORTEM — LEGITIMACION POST-MORTEM.

**DOCTRINA.** — De acuerdo con los preceptos normativos del procedimiento en los asuntos de jurisdicción no contenciosa, cuya jurisdicción emana de los artículos 819, 821 y 823 del Código de Procedimiento Civil, tales cuestiones deben resolverse apreciando las justificaciones y pruebas de cualquiera clase que se produzcan. Además, a solicitud de los interesados podrán revocarse las resoluciones afirmativas, sin sujeción a los términos y formas establecidos para los asuntos contenciosos, siempre que hayan variado las circunstancias y esté pendiente su ejecución. Por otra parte, si en estos asuntos se formula oposición por legítimo contradictor, ellos se hacen contenciosos y se sujetan a los trámites del juicio que corresponda, o bien, si la oposición se formula por quien no tiene derecho para ello, debe desestimarse de plano y dictarse resolución en el negocio principal.

De conformidad con lo que previenen los artículos 877 y 878 del Código de Procedimiento Civil, la posesión efectiva de la herencia debe darse al que la pida ex-

hibiendo un testamento aparentemente válido en que se le instituya heredero; y debe otorgarse también al heredero ab-intestato que acredite el estado civil que le da derecho a la herencia, siempre que no conste la existencia de heredero testamentario, ni que se presenten otros herederos ab-intestatos de mejor derecho, lo que equivale a establecer una verdadera preferencia en favor de los herederos testamentarios, quienes excluyen a todo otro heredero.

El heredero testamentario universal no puede coexistir con el heredero ab-intestato, mientras subsista un testamento aparentemente válido que le confiera la calidad de tal.

El derecho de heredero testamentario universal, al impetrar para sí la posesión efectiva de la herencia, no puede ser interferido, a menos de existir una sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del testamento o su reforma por la causal que señala el artículo 1167 del Código Civil —omisión en el testamento de una asignación forzosa—, o bien, cuando su presenta un nuevo testamento.

## POSESION EFECTIVA

323

Las gestiones sobre posesión efectiva de la herencia no pueden paralizarse por la oposición de un tercero, aun cuando constare la iniciación de un juicio de nulidad o de reforma del testamento o sobre indignidad del heredero testamentario, ya que la ritualidad procesal de la posesión efectiva, cuando se otorga por acto testamentario, no puede ser afectada por la interposición de acciones tendientes a atacar dicho acto.

La nulidad o reforma del testamento o la alegación de indignidad del heredero, sólo pueden ser materia de acciones separadas cuyo ejercicio no autoriza una oposición impeditiva en los procedimientos a que da lugar la sucesión por causa de muerte, como quiera que una oposición precisa la existencia de un legítimo contradictor, vale decir, de un tercero con derechos comprometidos y coexistentes con los del que se presenta como heredero único y universal.

La ley exige que para que la oposición convierta un procedimiento voluntario en contencioso, es preciso que el opositor sea un legítimo contradictor, calidad de que carece quien funda su oposición en base a una sucesión intestada y a una pretendida calidad de heredero ab-intestato que

había adquirido por cesión de derechos de parte de quien, a objeto de hacerse legítimo, habría reconocido como hijo natural al causante con posterioridad a su deceso, esto es, después de deferirse la herencia y producirse el llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla.

Aun cuando el presunto heredero ab-intestato hubiere entablado o entablare posteriormente acciones dirigidas a atacar el testamento, carece de derecho para impetrar para sí la posesión efectiva de la herencia del testador y, por lo mismo, no es ni puede ser, en las gestiones sobre posesión efectiva, un legítimo contradictor del heredero testamentario, porque esta calidad supone necesariamente un interés actual representado por un derecho comprometido y no por una mera expectativa.

No puede ser legítimo contradictor, quien no está en aptitud de demostrar su carácter de heredero que lo habilite para pedir la posesión efectiva de la herencia de que se trate y para que ésta le pueda ser otorgada en derecho.

Al decir la ley —inciso segundo del artículo 823 del Código de Procedimiento Civil— que se desestimará de plano la oposición que se hace por quien no tiene

derecho, consagra como legítimo contradictor sólo al que tiene derecho para oponerse y, en tal evento, reviste especial interés establecer cuáles son las condiciones exigidas para que un opositor sea considerado con derecho a oponerse.

Tratándose del opositor que tiene la calidad de presunto heredero ab-intestato frente a un heredero testamentario universal, debe acudirse más que a las reglas generales de los asuntos de jurisdicción voluntaria, a las normas específicas que contempla el párrafo de la dación de la posesión efectiva de herencia. Según ellas, el derecho del opositor debe ser tal que le permita obtener en forma exclusiva o, por lo menos, en igualdad de condiciones con el solicitante, la posesión efectiva de la herencia que pretende. Y ese derecho debe derivar de un testamento aparentemente válido o, a falta de éste, de un estado civil que le abra las puertas a la herencia como heredero ab-intestato. De otro modo no se daría cumplimiento a las disposiciones de los artículos 877 y 878 del Código de Procedimiento Civil, puesto que la calidad de heredero ab-intestato, según esos preceptos, no confiere derecho alguno si consta la existencia de heredero testamentario, y bastaría el

hecho de que se dudare de la validez de un testamento o de la calidad sucesoria del solicitante, o la sola iniciación de un juicio sobre nulidad o reforma del testamento o sobre indignidad del heredero testamentario, para disputar una herencia y paralizar las gestiones sobre posesión efectiva, con los consiguientes perjuicios irreparables para el heredero.

El derecho del opositor debe ser suficiente para solicitar la posesión efectiva de la herencia; no puede consistir en un mero interés de excluir al heredero en base a la expectativa de anular o reformar el testamento o de obtener una declaración de indignidad de dicho heredero. No puede bastar una simple aspiración de excluir el solicitante y de ocupar su lugar, sin mostrar un testamento aparentemente válido, como lo exige la ley.

Sólo podrá ser legítimo contradictor de un heredero ab-intestato, otro de mejor derecho o quien exhiba un testamento aparentemente válido; y sólo podrá ser legítimo contradictor de un heredero testamentario, quien presente un testamento que revoque o modifique el anterior, o el heredero ab-intestato que hubiere obtenido, por sentencia ejecutoriada, en los juicios sobre impugnación del testamento o indig-

## POSESION EFECTIVA

325

nidad del heredero. Si no ha recaído sentencia firme en aquella clase de juicios, no podría estimarse que han variado las circunstancias por las que se concedió la posesión efectiva al heredero testamentario, que permitan revocar o alterar el auto que se ataca o la coexistencia de ambos herederos. No puede considerarse legítimo contradictor al que se dice heredero ab-intestato y no pruebe un derecho exclusivo y coexistente para advenir a la herencia.

No corresponde al heredero testamentario investigar la posible existencia de herederos ab-intestatos, ni menos tomar la iniciativa para abrir debate judicial con quienes hagan jactancia de ser legitimarios lesionados con las disposiciones testamentarias. Tampoco corresponde a quien favorece un testamento aparentemente válido, ejercer la acción de petición de herencia respecto de la que no está ocupada por otro a título de heredero, ni anticiparse a impugnar reconocimiento de hijos naturales o legitimaciones post-mortem o la calidad de presuntos legitimarios con derecho a la herencia.

### **Sentencia de Primera Instancia**

Concepción, veinticuatro de Septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Vistos:

Habiéndose hecho contencioso el negocio, ejercítese por quien corresponda la acción que haga a sus derechos.

Enrique Broghamer A.

Proveyó el señor Juez titular del Primer Juzgado, don Enrique Broghamer Albornoz. — Ana Espinoza Daroch, Secretaria.

---

### **Sentencia de Segunda Instancia**

Concepción, treinta y uno de Marzo de mil novecientos cincuenta y cinco.

Vistos y teniendo presente:

1.º) Que de los antecedentes constan los siguientes hechos:

A) Que el 9 de Septiembre del año pasado se presentó ante el Primer Juzgado de Letras de esta ciudad con José Raúl Mariángel, quien, exhibiendo la partida de defunción de Rosa Elena Muñoz

Zúñiga y el testamento nuncupativo de 2 de Septiembre de 1952 por el que lo instituyó heredero universal de todos sus bienes, solicitó a su favor la posesión efectiva de la herencia de ésta; y

B) Que cuando dicha posesión le hubo sido otorgada, se presentó don Juan Ramón Muñoz haciendo oposición y articulando **primero:** la revocación del auto sobre dación de la posesión efectiva en virtud de habersele concedido anteriormente a él por el Tercer Juzgado de Letras de esta ciudad en su carácter de cesionario de doña Mercedes Muñoz, quien habría reconocido a la causante de la herencia como su hija natural después de haber aquélla fallecido, pasando a ser legitimaria; y **segundo:** la declaración de que se haga contencioso el asunto para ante Tribunal competente y de que se sujete a los trámites del juicio que corresponda. Pidió, además, el archivo del proceso.

El Juez **a-quo** resolvió de plano que, por haberse hecho contencioso el negocio, debía ejercitarse por quien corresponda, la acción que haga a sus derechos. Y en contra de esta resolución se han alzado ambos contendientes:

2.º) Que en un caso como el que se plantea, corresponde pri-

meramente acudir a los preceptos normativos del procedimiento en los asuntos de jurisdicción no contenciosa cuya juridicidad emana de los artículos 819, 821 y 823 del Código de Procedimiento Civil, cánones que pueden agruparse como sigue: A) La cuestión debe resolverse apreciando las justificaciones y pruebas de cualquiera clase que se produzcan; B) A solicitud de los interesados podrá revocarse la resolución afirmativa —en el presente caso el auto que concedió la posesión efectiva—, sin sujeción a los términos y formas establecidos para los asuntos contenciosos, siempre que hayan variado las circunstancias y esté pendiente la ejecución —no se haya inscrito el auto—; y C) Si hay oposición formulada por legítimo contradictor, se hace contencioso el negocio y se sujeta a los trámites del juicio que corresponda, o bien, si la oposición se formula por quien **no tiene derecho**, debe desestimarse de plano y dictarse resolución en el negocio principal;

3.º) Que, en la especie, las justificaciones sumariales exhibidas por el actor José Raúl Mariángel, se reducen a la partida de defunción de la causante, de la que consta que falleció el 24 de Abril de 1953 y que determina la fecha

## POSESION EFECTIVA

327

de la delación de la herencia, y al testamento público por el que aquélla instituyó al mencionado peticionario como heredero universal de todos sus bienes y que tipificó la herencia como testamentaria.

Y las justificaciones exhibidas por el articulista Juan Ramón Muñoz están constituidas como sigue: copia del auto del Tercer Juzgado de Letras de esta ciudad de 17 de Mayo del año pasado que le concedió la posesión efectiva de la misma herencia; la inscripción especial de herencia de Armando Mariángel en favor de Elena Muñoz; la escritura pública por la cual doña Mercedes Muñoz le cedió a él sus derechos en la herencia de su presunta hija; protocolización de inventario y boletín de pago de contribuciones; escritura de reconocimiento de hijo natural hecho por Armando Mariángel en favor del actor José Raúl que indica como madre a María Villegas; partidas de nacimiento y bautismo que indican la misma madre; y factura por el servicio funerario de la causante extendida a nombre de Mercedes Muñoz, la cedente.

Según estas justificaciones sumariales, el actor José Raúl Mariángel reviste la calidad de heredero testamentario en cuyo favor se defirió la herencia el 24

de Abril de 1953, y el incidentista Juan Ramón Muñoz el carácter de presunto heredero ab-intestato, como cesionario de la persona que pretende tener la calidad de madre natural de la de cujus, Rosa Elena Muñoz.

Se deja constancia de que la mayor parte de la documentación agregada por Muñoz, no dice relación con su calidad de ab-intestato, sino que con materias diversas y, en especial, con la validez o nulidad del reconocimiento de hijo natural del solicitante Mariángel contenido en el mencionado testamento, lo que es materia que no puede ventilarse en estas gestiones y que no empece a la calidad de testamentario que inviste dicha persona;

4.º) Que en conformidad con lo que previenen los artículos 877 y 878 del Código de Procedimiento Civil, la posesión efectiva de la herencia debe darse al que la pida exhibiendo un testamento aparentemente válido en que se le instituya heredero; y debe otorgarse también al heredero ab-intestato que acredite el estado civil que le da derecho a la herencia, siempre que no conste la existencia de heredero testamentario, ni que se presenten otros ab-intestatos de mejor derecho. Lo que equivale a establecer una yerda-

dera preferencia en favor de los herederos testamentarios;

5.º) Que, de consiguiente, el derecho del actor José Raúl Mariángel, por ser heredero testamentario, es preferencial y excluyente y, por lo mismo, no debió concederse la posesión efectiva de la herencia a un heredero ab-intestato presuntivo como el señor Muñoz. Por manera que, al concederla el Tercer Juzgado de Letras de esta ciudad, sufrió un error de hecho que se explica por ignorarse entonces la existencia del heredero testamentario, situación que debe subsanarse, porque tal concesión no puede producir efectos legales en contra del titular de la herencia.

Mariángel, al oponerse a la gestión iniciada por Muñoz como heredero éste ab-intestato y mostrar un testamento que lo instituye heredero, hizo variar las circunstancias en que fue primeramente otorgada la posesión efectiva de la herencia por el Tercer Juzgado en favor de Muñoz, pues demostró ser heredero testamentario, que es una calidad que excluye a la del ab-intestato.

Por lo tanto, la condición de heredero aparente que hizo valer Muñoz al impetrar la posesión efectiva, cambió sustancialmente al

probar Mariángel su condición de testamentario.

Muy distinto, en cambio, es el caso de la oposición de Muñoz a las gestiones de Mariángel, puesto que aquél pretende discutir la posesión efectiva a un heredero testamentario que goza de preferencia, haciendo valer solamente una presuntiva calidad de ab-intestato;

6.º) Que consta del proceso civil tenido a la vista, rol N.º 7546 del Tercer Juzgado de Letras de esta ciudad, que, hallándose pendiente la ejecución de la resolución que concedió a Juan Ramón Muñoz la posesión efectiva de la herencia de Rosa Elena Muñoz Zúñiga como heredero ab-intestato, se presentó el heredero testamentario José Raúl Mariángel pidiendo la revocación del respectivo auto y la dación para él de dicha posesión efectiva. Subsidiariamente pidió la ampliación del auto en su favor y el reconocimiento de su calidad de legítimo contradictor. También solicitó que, por su oposición, se hiciera contencioso el asunto, debiendo las partes entablar las acciones procedentes ante tribunal competente y con sujeción a los trámites del juicio que correspondía. Pidió, por último, la paralización del curso de los autos y el

## POSESION EFECTIVA

329

archivo del expediente. Consta, finalmente, que, por resolución ejecutoriada, el Juzgado sólo accedió a las peticiones subsidiarias;

7.º) Que, en tal emergencia, el heredero testamentario señor Mariángel consideró que la acción que le correspondía, al no accederse a la revocación lisa y llana del auto pronunciado en favor del ab-intestato presuntivo, era sólo la de impetrar por separado la dación de la posesión efectiva.

Y para determinar si podría oponerse a ello la resolución ejecutoriada de que se ha hecho mérito, cabe dejar constancia de lo siguiente: **Primero:** de que se habría producido una situación irregular y un status de facto contrario a derecho, pues el heredero testamentario no puede coexistir con el ab-intestato mientras subsista un testamento aparentemente válido que lo instituye heredero; y **Segundo:** de que el derecho del heredero testamentario, al impetrar para sí la posesión efectiva de la herencia, no puede ser interferido, a menos de existir una sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del testamento o su reforma por la causal que señala el artículo 1167 del Código Civil —cuando el testamento ha omitido una asignación forzo-

sa—; o bien, cuando se presenta un nuevo testamento;

8.º) Que exhibiendo el actor señor Mariángel un testamento aparentemente válido en que se le instituye heredero universal —testamento que debe tenerse por válido mientras no exista una sentencia firme que lo declare nulo—, sólo a él debe otorgársele la posesión efectiva de la herencia de acuerdo con el derecho preferencial y excluyente que le asigna la ley.

Las gestiones sobre posesión efectiva de la herencia no pueden paralizarse por la oposición de un tercero, aun cuando constatare la iniciación de un juicio de nulidad o de reforma del testamento o sobre indignidad del heredero testamentario, ya que la ritualidad procesal de la posesión efectiva, cuando se otorga por acto testamentario, no puede ser afectada por la interposición de acciones tendientes a atacar dicho acto.

Y, por otra parte, la nulidad o reforma del testamento o la alegación de indignidad del heredero, sólo pueden ser materia de acciones separadas cuyo ejercicio no autoriza una oposición impositiva en los procedimientos a que da lugar la sucesión por causa de muerte, como quiera que una

oposición requiere la existencia de un legítimo contradictor, vale decir, de un tercero con derechos comprometidos y coexistentes con los del que se presenta como heredero único y universal;

9.º) Que conviene recordar que el artículo 823 del Código de Procedimiento Civil exige que, para que la oposición convierta un procedimiento voluntario en contencioso, es preciso que el opositor sea un legítimo contradictor. Pues bien, el incidentista Juan Ramón Muñoz funda su oposición en base a una sucesión intestada y a una pretendida calidad de heredero ab-intestato que habría adquirido por cesión de derechos de parte de quien, a objeto de hacerse legitimaria, habría reconocido como hija natural a la causante con posterioridad a su deceso, esto es, después de deferirse la herencia y producirse el llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla, llamamiento al que, poco después, respondió un heredero que demostró que la extinta había hecho en vida ordenación de sus disposiciones para después de sus días.

Pero, como se vio más arriba, aún en el supuesto de que el articularista hubiere entablado o entablare posteriormente acciones dirigidas a atacar el testamento,

carece de derecho para impetrar para sí la posesión efectiva de la herencia y, por lo mismo, no es, ni puede ser, en las gestiones sobre posesión efectiva, un legítimo contradictor del heredero testamentario.

Pese, entonces, al hecho de que el incidentista se anticipó al heredero testamentario en la solicitud de la posesión efectiva de la herencia y de que ésta le fue otorgada por un error de hecho motivado por falta de la debida información, y pese a la circunstancia de que el heredero testamentario se conformó tácitamente con la declaración de haberse tornado contencioso el negocio, el actual opositor no reviste ni con mucho el carácter de legítimo contradictor, porque esta calidad supone necesariamente, un interés actual representado por un derecho comprometido y no por una mera expectativa.

Y no constituye un derecho su pretendida calidad de ab-intestato, que sólo podrá hacer valer ejerciendo las acciones ordinarias correspondientes, para impugnar el testamento que hace del actor señor Mariángel sujeto de la herencia de que se trata y para que, consecuentemente, se declare la calidad de legitimario y heredero en el tercer orden de sucesión irregular de un hijo natural, cali-

## POSESION EFECTIVA

331

dad que le permita concurrir a la herencia con el heredero testamentario y siempre que no se acredite la existencia de otro legítimo de derecho preferente.

No puede ser legítimo contradictor quien no esté en aptitud de demostrar su carácter de heredero que lo habilite para pedir la posesión efectiva de la herencia y para que ésta le pueda ser otorgada en derecho;

10.º) Que al decir la ley —inciso 2.º del artículo 823 del Código de Procedimiento Civil— que se desestimarán de plano la oposición que se hace por quien no tiene derecho, consagra como legítimo contradictor sólo al que tiene derecho para oponerse. Procede, por tanto, determinar cuáles son las condiciones exigidas para que un opositor sea considerado con derecho a oponerse.

En este caso especial debe acudirse, más que a las reglas generales de los asuntos de jurisdicción voluntaria, a las normas específicas que contempla el párrafo de la dación de la posesión efectiva de herencia. Según ellas, el derecho del opositor debe ser tal que le permita obtener en forma exclusiva o, por lo menos, en igualdad de condiciones con el solicitante, la posesión efectiva de la herencia que pretende. Y

ese derecho debe derivar de un testamento aparentemente válido o, a falta de éste, de un estado civil que le abra las puertas a la herencia como ab-intestato.

De otro modo no se daría cumplimiento a las disposiciones de los artículos 877 y 878 del Código de Procedimiento Civil, puesto que la calidad de heredero ab-intestato, según esos preceptos, no confiere derecho alguno si consta la existencia de heredero testamentario.

En un caso como el que se supone, bastaría el hecho de que se dude de la validez de un testamento o de la calidad sucesoria del solicitante, o bien, bastaría la sola iniciación de un juicio sobre nulidad o reforma del testamento o sobre indignidad del heredero testamentario, para disputar una herencia y paralizar las gestiones de la posesión efectiva con los consiguientes perjuicios irreparables para el heredero.

El derecho del opositor debe ser suficiente para solicitar la posesión efectiva de la herencia. No puede consistir en un mero interés de excluir al heredero en base a la expectativa de anular o reformar el testamento o de obtener una declaración de indignidad del heredero. No puede bastar una simple aspiración de excluir al solicitante y de ocupar su

lugar, sin mostrar un testamento aparentemente válido, como lo exige la ley.

De lo dicho se infiere que sólo podrá ser legítimo contradictor de un ab-intestato, otro de mejor derecho o quien exhiba un testamento aparentemente válido. Y sólo podrá ser legítimo contradictor de un testamentario, quien presente un testamento que revoque o modifique el anterior, o el ab-intestato que hubiere obtenido, por sentencia ejecutoriada, en los juicios sobre impugnación del testamento o indignidad del heredero.

Si no ha recaído sentencia firme en aquella clase de juicios, no podría estimarse que han variado las circunstancias por las que se concedió la posesión efectiva al heredero testamentario, que permitan revocar o alterar el auto que se ataca o la coexistencia de ambos herederos.

No puede considerarse legítimo contradictor al que se dice ab-intestato y que no prueba un derecho exclusivo o coexistente para advenir a la herencia;

11.º) Que siendo excluyente el derecho del heredero testamentario para obtener la posesión efectiva de la herencia testada, no corresponde examinar, ni resolver en este segundo grado de jurisdicción,

acerca de la validez del reconocimiento de hija natural hecho por la cedente del opositor respecto de la causante después de haber ésta fallecido y, consiguientemente, de su posible calidad de legitimaria y heredera ab-intestato. Tampoco corresponde examinar lo atinente a la reforma del testamento o a la impugnación del reconocimiento que en ese instrumento se hace en favor del actor señor Mariángel como hijo natural. Aparte de que tales cuestiones corresponde ventilarlas en los juicios que deriven del ejercicio de las acciones pertinentes, existe el impedimento legal o presupuesto procesal de que no puede tenerse al articulista como legítimo contradictor;

12.º) Que, por último, procede recalcar que no corresponde al heredero testamentario investigar sobre la existencia de herederos ab-intestato, ni menos tomar la iniciativa para abrir debate judicial con quienes hagan jactancia de ser legitimarios lesionados con las disposiciones testamentarias. Tampoco corresponde a quien favorece un testamento aparentemente válido, ejercer la acción de petición de herencia respecto de la que no está ocupada por otro a título de heredero, ni anticiparse a impugnar

## POSESION EFECTIVA

333

reconocimientos o legitimaciones post-mortem o la calidad de presuntos legitimarios con derecho a la herencia.

Menos aún puede corresponderle el hacer justificaciones anticipándose al ejercicio de la posible acción de quienes, por ahora solamente en jactancia, dicen de nulidad o reforma del testamento o de quienes pretenden discutirle, no propiamente su calidad de testamentario —con que le fue deferida legalmente la herencia—, sino su probable calidad de legitimario, aparte de la de testamentario, y que emanaría del hecho de haber sido reconocido por la testadora como hijo natural en el mismo testamento.

Finalmente, cabe subrayar que la intervención incidental del opositor señor Muñoz, sin ejercer las acciones ordinarias, no puede establecer una relación procesal entre él y el heredero testamentario, ni puede producir el efecto de postergar el libre curso de las gestiones del heredero testamentario dirigidas a la disposición del acervo hereditario.

Por los fundamentos expuestos y en conformidad con lo prevenido en los artículos 819, 821, 823, 877 y 878 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la resolución apelada de veinticuatro

de Septiembre del año pasado, escrita a fojas 20 vuelta, y se declara: que no ha lugar, sin perjuicio de otros derechos, a lo pedido en lo principal y primer otrosí de la solicitud de fojas 18, sin costas por haber apelado ambas partes.

**VOTO DISIDENTE.**—Acordada contra el voto del señor Ministro Espejo, quien estuvo por confirmar la resolución apelada de que se ha hecho mérito, teniendo para ello presente:

1.º) Que encontrándose pendiente el cumplimiento de la resolución de once de Septiembre del año pasado, que se lee a fojas 5, por la cual se concede a don José Raúl Mariángel Villegas la posesión efectiva de la herencia testada —2 de Septiembre de 1952— quedada al fallecimiento de doña Elena Muñoz Zúñiga, viuda de don Armando Mariángel Villegas, ocurrido el 24 de Abril del año 1953, se presentó a fojas 18 don Juan Ramón Muñoz, solicitando se revoque la resolución aludida en primer término sin perjuicio de los derechos que pueda hacer valer el nombrado don José Raúl Mariángel Villegas y, además, hace formal oposición a la gestión que éste realiza para obtener la inscripción de la posesión efectiva que se le ha con-

cedido y "a las diligencias no contenciosas materia del proceso" y termina solicitando concretamente se declare que se hace contencioso el negocio debiendo sujetarse a los trámites del juicio que corresponda.

2.º) Que con la escritura pública otorgada ante el Notario Cruzat de esta ciudad, el 9 de Octubre de 1953, acompañada a fojas 8, consta que doña Mercedes Muñoz Zúñiga cedió al articulista don Juan Ramón Muñoz "la cuota hereditaria y acciones y derechos que le pertenecen por herencia de su hija natural Rosa Elena Muñoz, haciéndose, la cedente, responsable de su calidad de heredera", y en el propio instrumento se establece un usufructo por toda la vida de la nombrada Mercedes Muñoz Zúñiga, acreditando de esta manera el peticionario su personería.

3.º) Que, tal como lo asevera el aludido Muñoz, consta del expediente Rol N.º 7546 del Tercer Juzgado de esta ciudad, tenido a la vista, que con fecha 17 de Mayo de 1954, esto es, con anterioridad a la resolución que ahora impugna, le fue concedida a él la posesión efectiva de la herencia intestada quedada al fallecimiento de doña Rosa Elena Muñoz,

Zúñiga, en su carácter de cesionario de los derechos hereditarios que le corresponden a doña Mercedes Muñoz.

4.º) Que consta igualmente de dicho expediente que, encontrándose sin cumplir la resolución mencionada en la consideración precedente, José Raúl Mariángel Villegas, invocando la calidad de "único y universal heredero, según el testamento otorgado en la Notaría Silva de esta ciudad el 2 de Septiembre de 1952 por doña Rosa Elena Muñoz, pidió: a) que se revocara el auto de posesión efectiva de herencia concedida al precitado Juan Ramón Muñoz; b) que se le conceda a él la posesión efectiva de dicha herencia, con beneficio de inventario; c) en subsidio, se amplíe a su favor el mencionado auto por ser heredero testamentario y además, se le reconoció como hijo natural por la testadora, y d) en subsidio, siendo legítimo contradictor, se opone al otorgamiento de la posesión efectiva, declarándose que el negocio se hace contencioso, debiendo las partes entablar las acciones que estimen procedentes sujetándose a los trámites del juicio que corresponda".

5.º) Que consta de la resolución de 3 de Julio del año 1954,

## POSESION EFECTIVA

335

escrita a fojas 24 del expediente tenido a la vista, la cual se encuentra ejecutoriada, que se acogió únicamente la petición signada con la letra d) en el fundamento anterior, desestimándose, por lo tanto, las demás peticiones a que se ha hecho referencia precedentemente y, por consiguiente, el negocio se hizo contencioso y deberá sujetarse a los trámites del juicio que corresponda, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 823 del Código de Procedimiento Civil.

6.º) Que de los antecedentes que obran en esta causa no hay constancia que se haya deducido juicio alguno entre las partes para dilucidar los derechos hereditarios y demás hechos que por ellos se han hecho valer y la gestión voluntaria iniciada a fojas 4 por Mariángel carece absolutamente de este carácter, de donde debe concluirse que la situación procesal aludida en el fundamento precedente no se ha modificado.

7.º) Que no obstante lo dicho en los dos considerandos que preceden, como ya se ha manifestado, es lo cierto que a instancia de don José Raúl Mariángel Villegas se le concedió en estos autos la posesión efectiva de la herencia testada de Elena Muñoz Zú-

ñiga viuda de Mariángel y por consiguiente Juan Ramón Muñoz puede legalmente oponerse a la gestión voluntaria iniciada, por revestir el carácter de legítimo contradictor, toda vez que con ella se lesionan, en todo o parte, sus pretendidos derechos en la sucesión de que se trata, sin que en la especie, dada la situación que con anterioridad a estas gestiones se produjo, proceda entrar a analizar la justeza de esos derechos.

Publíquese en la Gaceta de los Tribunales. Anótese y devuélvase.

Agréguese el impuesto antes de notificar.

Redacción del señor Ministro don René López Vargas y del voto disidente, su autor.

Francisco Espejo C. — Marco A. Velásquez G. — René López Vargas.

Dictada por los señores Ministros en propiedad de la Ilustrísima Corte, don Francisco Espejo Cortés, don Marco A. Velásquez Gutiérrez y don René López Vargas. — Edilio Romero G., Secretario subrogante.