

LA TRADICIÓN DEL DERECHO REAL DE HERENCIA EN CHILE

Marco Antonio Sepúlveda Larroucau

Socio de Sepúlveda, Escudero & Cía. Ltda. - Abogados,
máster en economía y gestión para abogados de la Universidad Gabriela Mistral,
profesor de Derecho Civil de las universidades Central de Chile y Gabriela Mistral,
profesor del Diplomado en Derecho Inmobiliario de la Universidad Austral de Chile,
director y profesor del Diplomado en Derecho Registral Inmobiliario (2012) de la
Universidad Gabriela Mistral y director ejecutivo de la Academia de Derecho Registral
de esta última universidad

Para nosotros constituye un gran honor que don Juan José Rivas Martínez, personalmente, nos haya invitado a participar en esta publicación tan oportuna y merecida; y a quien tuvimos el agrado de conocer en el curso CADRI* 2009, pudiendo de inmediato apreciar su cariño por la docencia y sus innegables atributos intelectuales y personales.

Dedicamos a él con gran afecto el presente trabajo y le agradecemos sinceramente su amistad, la cual sigue muy vigente a pesar de las distancias geográficas.

RESUMEN

I.- El derecho real de herencia. II.- Forma de efectuarse su tradición. III.- Jurisprudencia de la Corte Suprema acerca de la tradición del derecho de herencia. IV.- ¿Qué se adquiere mediante la cesión del derecho de herencia?

* Curso Anual de Derecho Registral Iberoamericano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España y de la Universidad Autónoma de Madrid

I.- EL DERECHO REAL DE HERENCIA.

Desde un punto de vista subjetivo, Manuel Somarriva Undurraga nos dice que “la herencia es un derecho subjetivo, un derecho real que consiste en la facultad o aptitud de una persona para suceder en el patrimonio del causante o en una cuota de él”¹.

Nuestra doctrina suele destacar las siguientes características del derecho de herencia:

1.- Es un derecho real.

El artículo 577 del Código Civil², luego de señalar que “derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto de persona determinada”, agrega, en su inciso 2°, que “son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”³.

Este derecho real se puede adquirir por sucesión por causa de muerte⁴, prescripción adquisitiva y tradición (cesión de derechos hereditarios⁵).

¹ Somarriva Undurraga, Manuel; Derecho Sucesorio. Versión de René Abeliuk; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1981; 3ª edición; p. 36. René Ramos Pazos define en términos similares el derecho de herencia: “derecho subjetivo que consiste en la facultad o aptitud de una persona para suceder en todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante o en una cuota de los mismos” (Ramos Pazos, René; Sucesión por causa de muerte; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2008; 1ª edición; p. 25)

² La redacción de este artículo es idéntica a la del artículo 681 del Proyecto de Código Civil de 1853. Cabe recordar que este proyecto es obra exclusiva de don Andrés Bello López y fruto de largos y meditados años de trabajo. A este respecto el profesor Alejandro Guzmán Brito comenta que, “como consecuencia de su trabajo precedente, hacia octubre de 1852, Bello estuvo en condiciones de ofrecer un proyecto completo de código al gobierno, que éste mandó publicar por decreto de 26 de ese mes. El codificador obtuvo, empero, que se retrasara la impresión por razones que transmitió verbalmente al presidente Montt, y que, por ende, desconocemos; así que la impresión solo comenzó a principios de diciembre de 1853, y quedó consumada por libros entre enero y marzo de 1853, en cuatro tomos” (Guzmán, A.; Historia literaria del Código Civil de la República de Chile; Producciones Gráficas Ltda.; Santiago – Chile; 2005; 1ª edición; p. 50).

³ La acción real que nace del derecho de herencia es la de petición de herencia (artículos 1264 y siguientes del Código Civil). En virtud de esta acción el verdadero heredero puede reclamar su derecho de herencia, invocando su calidad de tal, en contra de cualquiera que esté en posesión de la herencia. “La petición de herencia se refiere a la universalidad, al derecho real que se tiene sobre ella. De este modo, la acción que defiende el derecho pretende reclamar el as hereditario, fundándose en el título de heredero. No es pues esta cualidad la que se reclama, sino la adjudicación misma de la herencia. Es lo que dice el art. 1264” (Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón; Derecho Sucesorio; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1990; 1ª edición; tomo I; p. 114).

⁴ En ciertos países como el nuestro, la inscripción es el medio jurídico a través del cual se perfecciona inter vivos la adquisición de los derechos reales inmuebles, es decir, la mutación jurídico real se produce en el Registro mismo (de esta circunstancia deriva la clásica distinción entre inscripción declarativa e inscripción constitutiva). Tratándose de los cambios reales mortis causa, éstos se producen sin necesidad de inscripción; sin embargo, en Chile, conforme al artículo 688 del Código Civil, la inscripción constituye un presupuesto para que los herederos puedan disponer de los inmuebles hereditarios.

Ramón Domínguez Benavente y Ramón Domínguez Águila destacan que “en lo que nuestro Código se aparta de otros es en la creación de un derecho autónomo, cual es el derecho de herencia y al que se le atribuye el carácter de real”⁶. Según estos autores, “la utilidad pues de la existencia, entre nosotros, de este derecho real está más en la aptitud que en sus consecuencias, que tiene, como medio técnico para explicar la sucesión en el todo, y la mantención de especies que, en vida del causante eran elementos disgregados, sin que pudieran transferirse como un todo, unidos en la idea de universalidad. Eso es lo que justifica la petición de herencia de manera más clara, pues bastará la calidad de heredero para que vuelva todo a su titular. Esto permite explicar, de mejor manera, la idea de posesión de la herencia, para no confundirse con la posesión de cada especie que compone el todo. Pensamos, pues, que el derecho real de herencia es nada más que un medio técnico para simplificar la situación del heredero y de los bienes del causante como universalidad”⁷. “Se trata de una creación técnica del legislador para facilitar la intervención del mecanismo de sustitución de una persona por otra”⁸.

Para Fabián Elorriaga De Bonis, “con todo, y a pesar de la claridad legal de esta cuestión, no puede dejar de mencionarse que desde ya hace algún tiempo algunos autores vienen criticando, no sin razón, la verdadera utilidad y justificación de este derecho real entre nosotros. En este sentido, no habría ninguna justificación para que los herederos, en lugar de hacerse directamente dueños de los bienes que componen la herencia, adquieran previamente un derecho real de herencia sobre la universalidad, solución que carecería de justificación y utilidad técnica”⁹.

En este último sentido, a María de los Ángeles Soza Ried “le parece más correcto pensar que la herencia, una vez aceptada, constituye al heredero único en dueño de las cosas de la herencia, o codueño en el caso de que existan varios herederos, los cuales, en el momento de la adjudicación, pasan a ser dueños absolutos de cada cosa singular. Por lo demás, esta afirmación concuerda plenamente con los arts. 2304 y ss.

⁵ “En realidad, hablar de tradición del derecho de herencia y de su cesión, es la misma cosa” (Somarriva Undurraga, Manuel; op. cit.; p. 61). En este mismo sentido Ramos, refiriéndose a los artículos 1909 y 1910 del Código Civil, señala que “estas disposiciones, bajo la denominación de cesión del derecho de herencia, lo que están regulando es la tradición del derecho de herencia. Así lo prueba el artículo 1909, al hacer referencia al título oneroso, que no es otra cosa que el título traslativo que el artículo 675 exige para la validez de la tradición” (Ramos Pazos, René; op. cit.; p. 26). Por nuestra parte, compartimos estas opiniones.

⁶ Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón; op. cit.; p. 111.

⁷ *Ibidem*; p. 113.

⁸ *Ibidem*; p. 115.

⁹ Elorriaga De Bonis, Fabián; Derecho Sucesorio; LexisNexis; Santiago - Chile, 2005; 1ª edición; p. 90.

del Código, donde se reglamenta la comunidad sobre una cosa universal o singular, siendo típicamente comunidad universal la que se genera con ocasión de la muerte del de cuius. Así lo afirma también el art. 2306: ‘Si la cosa es universal, como una herencia, cada uno de los comuneros ...’. Refuerza este razonamiento el hecho de que en la regulación de la partición de bienes, se trate especialmente de la que se produce para poner fin a una indivisión o comunidad de origen hereditario”¹⁰. En definitiva, para esta autora, “el llamado ‘derecho de herencia’ es una abstracción innecesaria en nuestra legislación civil. Ciertamente, antes de la aceptación de la herencia, existe una universalidad jurídica, pero después de ella, la herencia pierde cohesión. Podría perfectamente entenderse la herencia sin el recurso a la noción de derecho real”¹¹.

2.- Recae sobre una universalidad jurídica.

Esta universalidad comprende todos los derechos (activo) y obligaciones (pasivo) transmisibles del causante (artículo 951 del Código Civil¹²). Se repite habitualmente entre nosotros que es un todo distinto de los bienes que la componen. “A este respecto se ha fallado que ‘la cesión de derechos hereditarios no transfiere otros derechos que los que tenía el cedente, esto es, derechos cuotativos en la universalidad jurídica, que no pueden radicarse anticipadamente en un bien determinado, lo que solo ocurrirá una vez que se efectúe la partición de bienes”¹³.

El derecho de herencia es distinto al de dominio, se trata de dos derechos reales que no deben confundirse. Según Somarriva, “aun en doctrina, quienes así lo pretenden, incurren en una confusión, ya que el objeto del derecho de herencia es la universalidad del patrimonio o una cuota de él, y no bienes determinados que forman la universalidad jurídica”¹⁴. En este mismo sentido David Stitchkin Branover explica que el heredero puede “enajenar la herencia, en cuyo caso el objeto de la enajenación es el derecho real

¹⁰ Soza Ried, María de los Ángeles; “Derecho real de herencia, ¿existe en realidad? Reflexiones relativas a la cesión de los derechos hereditarios; en Gaceta Jurídica; Santiago – Chile; N° 291/2004; p. 22.

¹¹ *Ibídem*; p. 31.

¹² Artículo 951 del Código Civil: “Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular” (inciso 1°). “El título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto” (inciso 2°). “El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo” (inciso 3°).

¹³ “C. Suprema, 7 de septiembre de 1988, Rev. Der. y Jur., t. 85, sec. 1ª, págs. 74 - 89” (jurisprudencia citada por Ramos Pazos, René; op. cit.; p. 25).

¹⁴ Somarriva Undurraga, Manuel; op. cit.; p. 37.

que tiene sobre el patrimonio del difunto, de manera que el tradente no entiende transferir el derecho de propiedad sobre las cosas singulares de que el causante está en posesión a la fecha de su muerte, ni el adquirente entiende adquirir la propiedad de esas cosas, sino en el evento de que efectivamente hubieren sido de dominio del causante; o bien, puede enajenar una cosa determinada de la masa hereditaria (o todas especificándolas), en cuyo caso no invoca su calidad de heredero, sino de dueño y el adquirente entiende incorporar a su patrimonio el derecho real de dominio en la cosa”¹⁵.

De todo lo expuesto Somarriva “deriva una consecuencia de gran aplicación práctica. La herencia en sí misma como universalidad no puede ser considerada como un derecho inmueble, aunque en la masa hereditaria existan bienes raíces, ya que el derecho se tiene sobre la universalidad en sí misma y no sobre bienes determinados. Así lo ha reconocido la Corte Suprema. Hay quienes van incluso más lejos, y así, don Leopoldo Urrutia afirma que la herencia es un derecho mueble”¹⁶.

3.- Tiene una duración limitada.

En palabras de Somarriva “tiene una vida efímera”¹⁷. “Producido el fallecimiento del causante nace el derecho real de herencia, y con él, si hay varios herederos, la indivisión hereditaria, a la que se pone término mediante la partición, es decir, la liquidación de la comunidad y las adjudicaciones correspondientes. Una vez practicadas éstas, sí que es indiscutible que el derecho de herencia pasa a confundirse con el derecho de dominio. Por eso decimos que el derecho de herencia tiene una vida transitoria, para dar paso al dominio”¹⁸.

En este mismo sentido, Domínguez Benavente y Domínguez Águila señalan que “si son varios los sucesores universales, cada cual tendrá un derecho propio, el de herencia, y un derecho cuotativo sobre la universalidad. Será tan solo con la adjudicación que su derecho sobre la universalidad se radicará en bienes determinados y se podrá decir que el heredero es dueño de los bienes que le han cabido (art. 1344)”¹⁹ Estos mismos autores agregan que “si existe un solo heredero, adquirirá éste el derecho

¹⁵ Citado por Ramos Pazos, René; op. cit.; p. 26.

¹⁶ Somarriva Undurraga, Manuel; op. cit. p. 37.

¹⁷ Para María de los Ángeles Ried “esta afirmación resulta sorprendente ya que, a contrario sensu, significa que, cuando hay único heredero, caso en que la partición está de más, no hay derecho real de herencia. En otras palabras, o el derecho real de herencia es efímero en todo caso, esto es, habiendo uno o más herederos, o es permanente” (Soza Ried, María de los Ángeles; op. cit.; p. 24).

¹⁸ Somarriva Undurraga, Manuel; op. cit.; p. 38.

¹⁹ Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón; p. 112.

de herencia y también, al mismo tiempo, el dominio de las especies que eran del causante”²⁰.

II.- FORMA DE EFECTUARSE LA TRADICIÓN DEL DERECHO DE HERENCIA.

El Código Civil, si bien es cierto, se refirió a la tradición del derecho real de herencia en sus artículos 1909²¹ y 1910²² (estos artículos, al igual que el 1320²³, señalan algunos efectos de la cesión del derecho de herencia), no señaló expresamente la forma en que debía efectuarse, lo que ha generado dudas e inconvenientes. Además, el inciso 2° de su artículo 1801, estableció que la venta (título traslativo de dominio) de una sucesión hereditaria no se reputa perfecta mientras no se otorgue por escritura pública²⁴. Lo mismo prescribe su artículo 1898 a propósito de la permuta.

Conocidas son las posiciones que en esta materia fijaron a principios del siglo XX dos ilustres civilistas: Leopoldo Urrutia y José Ramón Gutiérrez. Por lo tanto, cualquier tratamiento que se pretenda hacer de la tradición del derecho de herencia obliga a efectuar alguna referencia a estas doctrinas. A continuación de ellas

²⁰ *Ibidem*; p. 117.

²¹ Artículo 1909 del Código Civil: “El que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o legatario”.

²² Artículo 1910 del Código Civil: “Si el heredero se hubiere aprovechado de los frutos o percibido créditos o vendido efectos hereditarios, será obligado a reembolsar su valor al cesionario” (inciso 1°). “El cesionario por su parte será obligado a indemnizar al cedente de los costos necesarios o prudenciales que haya hecho el cedente en razón de la herencia” (inciso 2°). “Cediéndose una cuota hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa” (inciso 3°). “Se aplicarán las mismas reglas al legatario” (inciso 4°).

²³ Artículo 1320 del Código Civil: “Si un coasignatario vende o cede su cuota a un extraño, tendrá éste igual derecho que el vendedor o cedente para pedir la partición e intervenir en ella”.

²⁴ “La sucesión hereditaria tiene entre nosotros, como en todas las legislaciones, una importancia muy considerable y es evidente que un hecho de esta naturaleza no puede dejarse sometido a las reglas generales, por razones fáciles de comprender. Es de advertir que la ley no requiere escritura pública en este caso porque en la sucesión hereditaria pueda haber inmuebles, desde que no se sabe si el heredero que vende su cuota recibirá o no bienes raíces en la partición. Él vende solamente el derecho de tomar parte en la sucesión del difunto y el derecho de recibir, una vez liquidada ésta, una parte de los bienes, pero no vende una cuota determinada de los mismos. A esto se debe que la tradición de un derecho hereditario no requiera la inscripción en el Registro Conservatorio; para que se efectúe basta únicamente la ejecución de actos de heredero, tales como pedir la partición, intervenir en ella, etc.” (Alessandri Rodríguez, Arturo; *De la compraventa. De la promesa de venta*; Soc. Imprenta Litografía Barcelona; Santiago – Chile; 1917; tomo primero; p. 55).

señalaremos las conclusiones de María de los Ángeles Soza Ried y, finalmente, fijaremos nuestra posición²⁵.

1.- Teoría de Leopoldo Urrutia²⁶.

La herencia no es otra cosa que el patrimonio de una persona difunta que, por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte, pasa en todo o partes alcuotas al dominio de sus herederos, continuadores de su causa y se sus obligaciones transmisibles. “La sucesión o herencia, dice Zacharie (párrafo 349 de su ‘Derecho Civil Francés’) ‘es el patrimonio dejado por una persona a causa de su muerte natural o civil’. Este mismo concepto, con iguales vocablos, se halla establecido en los artículos 951, 980, 1172, 1341, 1382 y otros del Código Civil”²⁷.

Este autor continúa con el carácter de universalidad jurídica de la herencia, indivisible durante la comunidad, no obstante la liquidación de bienes que ha verificarse para incorporarlos en otros patrimonios. “Durante la indivisibilidad solo admite división intelectual o de cuotas que como consecuencia forzada, fijan el derecho de los comuneros en una acción, en un valor, o, usando los términos propios y jurídicos, determina el dominio de éstos en la totalidad de los bienes a prorrata de sus cuotas. Nada hay de singular hasta que llega la partición. Por eso se les permite poner término a la indivisión, y, en cuanto al ejercicio de sus derechos, pueden interponer toda clase de acciones que conduzcan a la conservación e incremento de los bienes, en y para la comunidad”²⁸. Pendiente la universalidad, ningún coheredero es dueño de cosa singular, sino de una cuota o valor intelectual.

Urrutia cita los dos sistemas que dividían en aquella época a la jurisprudencia de los tribunales franceses, resultando claro que él se inclina por el segundo: “si se considera que la venta o cesión comprende una cuota en cada objeto hereditario, es cierto que el derecho cedido materia de la convención, tiene el carácter de mueble o inmueble, según los bienes de que se compone la herencia; y, a la inversa, si por dicho contrato se dispone de una cuota o fracción intelectual sin atender a la singularización

²⁵ A este respecto algo ya habíamos dicho en nuestra obra Estudio de títulos de inmuebles; Editorial Metropolitana; Santiago - Chile; 2002; p.p. 156 a 160.

²⁶ Urrutia, Leopoldo; “Cesión de derechos hereditarios” (fuente: RDJ Doctrina, Tomo VI, Nro. 9, 222 a 230); en Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Bienes; Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición bicentenario; Editorial Thomson Reuters PUNTOLEX - Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2010; p.p. 379 a 428.

²⁷ *Ibidem*; p. 385.

²⁸ *Ibidem*; p. 386.

de los objetos, sino en cuanto representan en conjunto un valor en la universalidad, es también claro que dicho contrato se refiere a objeto mueble, ya que dicho objeto no representa otra cosa que un mero valor indeterminado (Repertorio de jurisprudencia francesa. Año 1904)²⁹.

“El derecho hereditario, aunque es real, no importa esencialmente otra cosa que un crédito contra la comunidad, representada por todos los comuneros, para reclamar el valor cuotativo que en el montón o conjunto de bienes corresponda a cada cual. El derecho hereditario aunque es sui generis, semeja al derecho de cualquier acreedor para reclamar el valor de su crédito contra los bienes del patrimonio del deudor”³⁰.

En virtud de lo expresado, no resulta extraño que Urrutia concluya que “la cesión no necesita ser inscrita y que el Código no repugna, a este respecto, la notificación del deudor o comuneros, como medio de efectuar la tradición necesaria a fin de transferir el dominio cuotativo; ni repugna tampoco los otros modos reales o virtuales que autoriza para verificar la tradición de las cosas corporales muebles, aunque se trate de este derecho incorporal mueble”³¹.

2.- Teoría de José Ramón Gutiérrez³².

“La herencia es un bloque y los elementos que lo forman son los distintos derechos que hemos adquirido del autor. Por consiguiente, cuando vendemos el todo o una cuota de un derecho de herencia, vendemos el todo o una cuota indivisa de cada una de las cosas que la componen. Si en la herencia que se cede o vende hay inmuebles, la venta o cesión es de inmuebles; si hay muebles, la venta o cesión es de muebles; y en cada caso, la venta, se hará con los requisitos que la ley exige para la enajenación de esa clase de bienes.

El artículo 580 del Código Civil dice: ‘Los derechos y acciones se reputan bienes, - nótese bien la palabra bienes - muebles o inmuebles según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe’. Por consiguiente, el derecho de herencia que ha de ejercerse sobre cosas muebles, se reputa bien mueble; y el derecho de herencia que ha

²⁹ *Ibíd*em; p. 393.

³⁰ *Ibíd*em; p. 414.

³¹ *Ibíd*em; p. 415.

³² Gutiérrez, José Ramón; “Cesión de derechos hereditarios. Renuncia de gananciales” (fuente: RDJ Doctrina, Tomo VII, Nro. 1, 8 a 24); en Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Bienes; Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición bicentenario; Editorial Thomson Reuters PUNTOLEX - Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2010; p.p. 429 a 467.

de ejercerse sobre cosas inmuebles, se reputa bien inmueble. Luego, cuando yo enajeno el todo o una cuota de un derecho de herencia que recae sobre inmuebles, enajeno el todo o una cuota de un bien inmueble. Mi enajenación es un título traslativo de dominio sobre inmuebles y como tal, requiere la inscripción como único medio de tradición, a virtud de lo dispuesto en el art. 686 del Código Civil, inciso 1^o³³. Lo mismo ocurriría si en la herencia coexisten bienes muebles e inmuebles.

3.- Conclusiones de María de los Ángeles Soza Ried.

“El objeto de la cesión es el contenido económico de la herencia toda o de una cuota de ella, de modo que la cesión no constituye sucesión, ni hace heredero al cesionario”.

“La cesión en nuestro derecho debe ser calificada como título y no como modo de efectuar la tradición de lo cedido³⁴. De esta forma, debe hacerse entrega de la herencia o de la cuota cedida”.

“La forma de entrega o tradición de lo cedido depende de si se cede la herencia o la cuota hereditaria. En el primer caso, deben cederse las cosas de acuerdo con la naturaleza de las mismas; en caso de cederse una cuota, la entrega es meramente simbólica”.

“En caso que la herencia contenga inmuebles, habría que hacer la misma distinción que se hace a propósito de la forma de entrega. Si se cede una cuota, la inscripción de la cesión no es necesaria como modo de efectuar la tradición, ya que no se enajena bien alguno. Las inscripciones especiales de herencia, que se exigen también al cesionario, solo se establecen para disponer de consuno de los inmuebles contenidos en la sucesión. Si se cede la herencia entera, en cambio, deberá entregarse el inmueble contenido en la cesión a través de la inscripción del título en el Registro del Conservatorio de Bienes Raíces”³⁵.

³³ *Ibíd*em; p. 433.

³⁴ En sentido contrario véase cita n° 5.

³⁵ Soza Ried, María de los Ángeles; *op. cit.*; p. 31.

4.- Nuestra opinión.

No obstante los inconvenientes prácticos y registrales que trae aparejados, especialmente cuando la herencia comprende inmuebles (se atenta gravemente contra la publicidad registral, ya que, a lo menos, por algún lapso de tiempo, se perderá la historia de los respectivos inmuebles), y que, incluso, puede estimular dobles ventas y fraudes a la ley; estimamos que hay sólidos argumentos para sostener que a la tradición del derecho real de herencia se le aplica el estatuto de los bienes muebles. Por lo tanto, la única solución para corregir tales inconvenientes es a través de una reforma legal.

Nuestra afirmación se basa en lo siguiente:

a.- La herencia, como universalidad jurídica que es, no puede ser calificada de inmueble, aunque comprenda bienes raíces, ni tampoco de mueble. El derecho de herencia es distinto al derecho de dominio sobre cada una de las especies que la componen. Según lo han afirmado autores nacionales, representa una verdadera abstracción jurídica, una intelectualidad³⁶.

b.- El artículo 1909 del Código Civil, al disponer que cediéndose a título oneroso un derecho de herencia el heredero no responde sino de su calidad de tal, confirma que se transfiere la universalidad de la herencia y no bienes determinados.

c.- Ante la ausencia de normas que resuelvan el problema, no cabe más que aplicar las reglas generales y ellas son, precisamente, las señaladas a propósito de los muebles. Ello resulta evidente al tenor de lo siguiente:

c.1.- Según la definición de tradición del artículo 670 del Código Civil³⁷, ubicado en las “Disposiciones generales” (párrafo primero) del título VI “De la tradición”, ella consiste “en la entrega que el dueño de ellas hace a otro”. Precisamente, es la tradición de los bienes corporales muebles la que se verifica mediante la entrega, la cual puede ser real, simbólica o ficta (artículo 684 del Código Civil).

c.2.- El artículo 679 del Código Civil, también ubicado entre las disposiciones generales, se encarga de señalar que “si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas”. Justamente, es lo que ocurre con la tradición de

³⁶ “La herencia constituye una universalidad jurídica, un continente distinto de su contenido; el objeto de este derecho es la universalidad del patrimonio en conjunto y no los bienes que lo forman prácticamente. Como universalidad jurídica que es, la herencia representa una verdadera abstracción jurídica, una intelectualidad” (Somarriva Undurraga, Manuel; op. cit.; p. 37).

³⁷ Artículo 670 del Código Civil: “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo” (inciso 1°). “Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales” (inciso 2°).

los derechos reales inmuebles, cuya tradición se verifica mediante una solemnidad, la respectiva inscripción en el “Registro del Conservador” (artículo 686 del Código Civil, ubicado en el párrafo tercero denominado “De las otras especies de tradición”). Se trata de una excepción a las reglas generales, se exige una solemnidad y las solemnidades son de derecho estricto.

El citado artículo 686 solo prescribe la inscripción conservatoria para los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, censo e hipoteca.

c.3.- El artículo 52 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces tampoco incluye el título traslativo del derecho de herencia entre los títulos que deben inscribirse.

c.4.- El artículo 829 del Proyecto de Código Civil de 1853³⁸ admitía la tradición simbólica del derecho de herencia por instrumento público inscrito, lo que desaparece a partir del Proyecto Inédito³⁹.

d.- Nuestra doctrina mayoritaria y jurisprudencia reiterada, incluso, ha ido más allá del problema en análisis, ya que se ha entendido que al derecho de herencia se le aplica en general el estatuto de los bienes muebles, lo que acarrea enormes consecuencias.

Nos parece que así también lo ha entendido el legislador a partir de 1989, lo que se encuentra relacionado con una antigua discusión doctrinaria que la Corte Suprema había zanjado. En efecto, con anterioridad a la dictación de la Ley N° 18.802 de 1989 (“modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618”), se discutía si, bajo el régimen de sociedad conyugal, el marido requería consentimiento de su mujer para ceder los derechos hereditarios que pudieren corresponderle. “Don Arturo Alessandri Rodríguez sostenía, aplicando el artículo 1755, que el marido lo necesitaba, opinión compartida por otros autores, e incluso había quienes exigían la aplicación de todas las formalidades habilitantes, lo que implicaba incluso la autorización, además de

³⁸ Artículo 829 del Proyecto de 1853: “Los derechos de herencia, usufructo, uso, habitación; los de servidumbres prediales, i el de censo, admiten la tradición simbólica por instrumento público, registrado según el art. 826”.

³⁹ “El proyecto editado en 1853 fue sometido a no menos de dos análisis completos en el seno de la Comisión Revisora. Frutos de este examen fueron también al menos dos nuevos proyectos. Uno de ellos corresponde al que conocemos con el nombre de ‘Proyecto Inédito’. Alejandro Guzmán Brito agrega que “tal denominación le fue impuesta por Miguel Luis Amunátegui Reyes (1862 - 1949), sobrino del discípulo y biógrafo de Andrés Bello, Miguel Luis Amunátegui Aldunate (1828 - 1888), para editarlo en 1890 como tomo XIII de las Obras completas del codificador. Fue un nombre mal escogido, porque nunca estuvo destinado a la publicación, y porque al tiempo de ser editado dejaba de ser ‘inédito’. Aunque no sabemos cuándo se lo dio por terminado en el interior de la Comisión Revisora, podríamos convencionalmente fijar el año 1854, y así una denotación más correcta haría referencia a ese año, en correlación con los años 1853, en que fue editado el proyecto que se examinaba, y 1855, en que se hizo lo propio con el proyecto final” (Guzmán Brito, Alejandro; op. cit.; p. 54).

la mujer, de la justicia, de acuerdo al artículo 1754 anterior a la reforma. El profesor Somarriva sostenía la tesis contraria y la Corte Suprema había declarado que no se requería el consentimiento de la mujer” (“RDJ, t. 58, sec. 1ª, pág. 108”)⁴⁰.

La citada Ley N° 18.802 solucionó el problema, agregando en el inciso 3° del artículo 1749 del Código Civil (artículo referido exclusivamente a la administración de los bienes sociales, la que ordinariamente corresponde al marido) que el marido no podrá enajenar o gravar voluntariamente ni prometer enajenar o gravar los derechos hereditarios de la mujer, sin autorización de ésta.

Tal modificación viene a ser una confirmación del tratamiento de bien mueble que ha recibido entre nosotros el derecho de herencia, por cuanto el artículo 1749 del Código Civil se refiere a la administración de los bienes sociales (el artículo 1754 del mismo Código se refiere a la administración de los bienes raíces de la mujer). El legislador, sin considerar si la herencia comprende bienes raíces o no, ha estimado que se trata de un bien que ingresa al haber de la sociedad conyugal y específicamente, a su haber relativo (ingresa con cargo de recompensa al cónyuge asignatario). Solo los bienes muebles adquiridos a título gratuito ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal (artículos 1725 n° 4 y 1732 del Código Civil), ya que los bienes raíces adquiridos gratuitamente ingresan al haber propio de cada cónyuge (artículo 1726 del Código Civil)⁴¹.

De todo lo que hemos expuesto hasta aquí derivan consecuencias de gran trascendencia, tales como:

⁴⁰ Somarriva Undurraga, Manuel; Derecho Sucesorio. Versión de René Abeliuk M.; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 1996; 5ª edición; tomo I; p.p. 81 y 82.

⁴¹ Así lo señalamos por primera vez el 2002 en nuestra obra Estudio de títulos de inmuebles; op. cit.; p.p. 159 y 160. Elorriaga, quien llega a esta misma conclusión, agrega en una cita a pie de página que “si sobreviene la partición de la herencia y a la mujer se le adjudica un inmueble, la situación cambia totalmente. Por el efecto declarativo y retroactivo debe entenderse que la mujer jamás fue comunera y que siempre fue propietaria exclusiva del bien adjudicado (artículo 1344), dicho bien ingresa al patrimonio personal de la mujer. Se trata de un bien inmueble adquirido por ella a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal. Lo mismo ocurrirá cuando la mujer sea legataria de un bien inmueble. Ella no adquiere el derecho real de herencia, sino que el derecho de dominio sobre un bien raíz a título gratuito” (Elorriaga De Bonis, Fabián; op. cit.; p.p. 94 y 95). A nosotros se nos presentan algunas dudas, ya que lo anterior pugna con la estructura patrimonial del régimen de sociedad conyugal. En efecto, si no hay dudas en cuanto a que los derechos hereditarios inicialmente ingresan al haber de la sociedad conyugal con cargo de recompensa a favor del cónyuge asignatario, esto no guarda coherencia con que, posteriormente, en virtud de un acto de adjudicación el bien raíz adjudicado se radique en el haber propio del cónyuge. El continente forma parte del haber de la sociedad conyugal, pero el bien adjudicado con cargo a ese continente se radica en otro patrimonio. Se nos puede decir que el artículo 1726 del Código Civil no deja dudas en cuanto a que es así, pero la redacción de esta norma es anterior a la modificación del artículo 1749 del mismo código. En todo caso, si es efectivo que el bien raíz se radica en el patrimonio del cónyuge, ¿el modo de adquirir es la sucesión por causa de muerte o la ley? ¿Es una situación similar a la que ocurre con los frutos de los bienes propios de los cónyuges (artículo 1725 n° 2 del Código Civil)?

a.- La tradición del derecho de herencia no se efectúa mediante la inscripción conservatoria. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 13 de diciembre de 1999, ha dicho que “los artículos 1909 y 1910 del Código Civil, no señalan la forma como debe realizarse la cesión del derecho real de herencia, limitándose a señalar sus efectos una vez realizada. Siendo la concurrencia de formalidades legales, una exigencia jurídica de derecho estricto, forzoso resulta concluir que tal cesión puede materializarse de cualquier manera que signifique la enajenación del derecho por parte del cedente y su adquisición por el cesionario. En otras palabras, tratándose de la tradición de los derechos hereditarios, su forma se rige por la regla general contenida en el artículo 684 del mismo Código, en razón de la definición que de tal acto proporciona el artículo 670 del citado ordenamiento, siendo inaplicable, aunque entre los bienes de la herencia existan inmuebles, lo preceptuado en su artículo 686”⁴². A la misma conclusión ha llegado reiteradamente la Corte Suprema, según más adelante volveremos a comprobar.

b.- No es necesario que los herederos para su tradición, previamente, practiquen las inscripciones previstas en el artículo 688 del Código Civil, ya que éstas son necesarias para disponer de los inmuebles hereditarios.

Confirmando esta idea, nuestra jurisprudencia ha dicho que “vendidos unos mismos derechos hereditarios separadamente a dos personas, la circunstancia de que

⁴² Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 96, sección 2ª, p. 121. Por su parte, Emilio Río seco Enríquez comenta la siguiente jurisprudencia: “Corte de Concepción, 4 de julio de 1958. Rev., t. 56, sec. 1ª, pág. 305.

Doctrina. Aunque en la universalidad denominada herencia existan bienes raíces, no cabe considerarla como un derecho inmueble. Se trata de un derecho mueble; en todo caso de un derecho sui generis que, como tal, está regido por las normas aplicables a los bienes muebles. De ahí que la cesión del derecho de herencia no requiera de la inscripción en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Comentario. Se trata de una jurisprudencia uniforme, sustentada también en el art. 52 del Reglamento del Registro Conservatorio, que no menciona la escritura de cesión de derechos hereditarios entre los títulos que deben inscribirse.

Esta tradición se sujeta a las reglas generales, es decir, su forma debe realizarse significando el traspaso del derecho mediante actos que denoten el consentimiento compartido entre cedente y cesionario (arts. 670 y 684 del Código Civil).

En relación con esta materia, se ha resuelto que los coasignatarios de una herencia no son dueños singulares de los bienes que la componen, sino de la universalidad del patrimonio transmitido, de modo que el heredero que cede su derecho de tal no transfiere propiedad alguna particular (Corte de Concepción, 15 de noviembre de 1928. Rev., t. 29, sec. 1ª, pág. 393); que el derecho de herencia se transfiere por escritura pública en que cedente y cesionario manifiestan, respectivamente, voluntad de transferirlo y adquirirlo (Casación, 3 de marzo de 1936. Rev., t. 33, sec. 1ª, pág. 219); y que los efectos de la cesión del derecho real de herencia se traducen en una verdadera subrogación personal, pasando el cesionario a ocupar la situación jurídica del cedente, asumiendo sus derechos y obligaciones. Efecto jurídico este último que ha sido criticado por la doctrina (Casación, 12 de diciembre de 1912. Rev., t. 11, sec. 1ª, pág. 140; Casación, 24 de enero de 1984. F. del M. N° 302, pág. 838; y Casación, 14 de septiembre de 1989. F. del M. N° 370, pág. 535); (Río seco Enríquez, Emilio; La posesión inscrita ante la jurisprudencia; Editorial Jurídica de Chile; Santiago 1992; 1ª edición; p.p. 94 y 95).

uno de los cesionarios haya inscrito la cesión no es óbice para dar preferencia al otro cesionario, cuyo título no está inscrito, si logró acreditar que, por haber realizado reiteradamente actos de heredero, entró en posesión de los bienes de la herencia con anterioridad a la inscripción”⁴³.

c.- Se presentan dudas en cuanto a la procedencia de la inscripción conservatoria de las cesiones de derechos hereditarios (como medida de publicidad y no como tradición), aún cuando la herencia comprenda inmuebles. En la práctica, hay conservadores de bienes raíces que niegan esta inscripción.

Emilio Ríoseco Enríquez, comentando una sentencia de la Corte Suprema de 29 de enero de 1971, expresa que “la cesión de derechos hereditarios no puede ser objeto de inscripción registral, porque no se refiere a un inmueble cierto y determinado, exigencia de los arts. 686, 687 y 688 del Código Civil para toda inscripción de dominio”⁴⁴.

Es posible que aquellos conservadores que aplican la tesis contraria se basen en los fines de la publicidad registral y en los artículos 88⁴⁵ y 89⁴⁶ del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. En todo caso, para ello es necesario que la escritura de cesión de derechos hereditarios haga referencia a las inscripciones de los inmuebles que pudieren resultar afectadas. Sin embargo, en virtud de los mismos argumentos, nos parece que, si la inscripción de posesión efectiva se encuentra practicada (artículo 688 n° 1 del Código Civil), no admite dudas que la escritura deberá inscribirse al tenor del inciso 1° del referido artículo 89.

La situación anterior no debe confundirse con la enajenación que pretenda efectuar un heredero a un tercero de un inmueble hereditario o de una cuota en el mismo, ya que, mientras no se practique la inscripción del acto particional prevista en el artículo

⁴³ “Corte de Concepción, 4 de julio de 1958. Rev., t. 56, sec. 1ª, pág. 305” (jurisprudencia citada por Ríoseco Enríquez, Emilio; op. cit.; p.p. 78 y 79).

⁴⁴ “Distinto es el caso de títulos traslativos que recaen sobre cuotas determinadas (acciones y derechos) que se refieren también a un inmueble cierto y determinado en ubicación, cabida y deslindes, las cuales sí que deben inscribirse en el Registro de Propiedad (Casación, 7 de octubre de 1090. Rev., t. 7, sec. 1ª, pág. 240; Casación, 2 de mayo de 1919. Rev., t. 17, sec. 1ª, pág. 100; y Casación, 3 de diciembre de 1926. Rev., t. 24, sec. 1ª, pág. 538). En este mismo sentido: Corte Suprema. Protección, 30 de agosto de 1985. F. del M. N° 321, pág. 505” (Ríoseco Enríquez, Emilio; op. cit.; p.p. 100 y 101).

⁴⁵ Artículo 88 del Reglamento: “La rectificación de errores, omisiones o cualquiera otra modificación equivalente que el conservador, de oficio o a petición de parte, tuviere que hacer conforme al título inscrito será objeto de una subinscripción; y se verificará en el margen de la derecha de la inscripción respectiva, al frente de la designación modificada”.

⁴⁶ Artículo 89 del Reglamento: “Pero si en la subinscripción se requiere una variación, en virtud de un título nuevo, se hará una nueva inscripción, en la cual se pondrá una nota de referencia a la que los interesados pretenden modificar, y en ésta, igual nota de referencia a aquélla” (inciso 1°). “Si el nuevo documento que se exhibe es una sentencia o decreto ejecutorios, cualquiera que sea la modificación que prescriban se hará al margen del Registro, como se ordena en el artículo anterior”.

688 n° 3 del Código Civil a nombre del heredero enajenante, es inadmisibles la inscripción del respectivo título traslativo de dominio. Una vez realizada la inscripción especial de herencia indicada en el artículo 688 n° 2 del mismo Código (inscripción del o los inmuebles hereditarios a nombre de todos los herederos), la única manera de disponer de todo o parte de los inmuebles hereditarios es actuando los herederos de consuno. El citado artículo 688 es una norma de carácter registral que los conservadores no pueden ignorar ni menos dejar de cumplir. Esta norma es clara al señalar que el heredero no queda habilitado “para disponer de manera alguna de un inmueble, mientras no” precedan las inscripciones de sus numerales 1 a 3⁴⁷.

Por lo tanto, no resulta extraño que en un fallo de la Corte Suprema se haya dicho que “incurre en falta el conservador que, a nombre del comprador de derechos hereditarios de cinco de un total de seis herederos, inscribe tales cuotas respecto de un inmueble hereditario sin que haya mediado un acto legal de partición”⁴⁸.

d.- No es impedimento para la tradición del derecho de herencia la existencia de embargos sobre inmuebles hereditarios. Así lo confirma una sentencia de la Corte Suprema, de 14 de septiembre de 1999, según la cual, “la circunstancia que uno de los bienes raíces de la herencia esté gravado con una prohibición judicial de celebrar actos y contratos, de conformidad a lo expresado, no afecta la cesión de derechos hereditarios en cuya herencia se encuentra dicho bien y, por ende, no adolece de nulidad absoluta”⁴⁹.

e.- Tampoco es necesario cumplir con las formalidades habilitantes para disponer de los bienes raíces de los incapaces.

Sin embargo, tratándose del hijo sujeto a patria potestad, la Ley N° 19.585 de 1998 (“modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación”) agregó en el artículo 254 del Código Civil que no se pueden enajenar ni gravar en caso alguno sus derechos hereditarios, sin autorización del juez con conocimiento de causa.

f.- No procede la acción rescisoria por lesión enorme.

A este respecto la Corte Suprema, en sentencia de 9 de abril de 2001, señaló que “por el contrato de cesión, se cedió a los demandados el derecho real de herencia, sin perjuicio de la mitad de los gananciales a que la cedente hubiera tenido derecho en los bienes quedados al fallecimiento, razón por lo que, habiéndose enajenado una

⁴⁷ Véase “Revisión de la sanción por la omisión de las inscripciones hereditarias exigidas en el artículo 688 del Código Civil”, en nuestra obra Temas de Derecho inmobiliario; Editorial Metropolitana; Santiago – Chile; 2006; p.p. 159 a 206.

⁴⁸ “Corte Suprema. Queja, 29 de enero de 1971. Rev., t. 68, sec. 1ª, pág. 34” (jurisprudencia citada por Ríosco Enríquez, Emilio; op.cit.; p. 538).

⁴⁹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 96, sección 1ª, p. 153.

universalidad jurídica, la que es independiente de los bienes que la conforman, la tradición de esta cesión se verifica por el estatuto de los bienes muebles, es decir, por cualquier medio que importe el ejercicio del derecho de dominio por el cesionario, como la provocación del juicio de partición o la intervención en el, la petición de la posesión efectiva, así, no puede solicitarse su nulidad alegando lesión enorme, desde que el vicio del consentimiento se encuentra regulado en los artículos 1888 y siguientes del Código Civil, a propósito del contrato de compraventa de bienes raíces”⁵⁰.

g.- No rigen los impedimentos para enajenar tierras indígenas.

Según Mario César Olmos Lopomo y Antonio Collados Sariego, “tanto la jurisprudencia de los tribunales de justicia como la CONADI⁵¹ han sostenido su validez (cesión del derecho real de herencia), ya que por su naturaleza jurídica no importa enajenación de tierra, toda vez que se trata de una universalidad jurídica de naturaleza mueble, independientemente de los bienes que la componen. Esta es la doctrina y la jurisprudencia uniforme en la actualidad. El problema que se plantea es si cabe rechazar las posteriores adjudicaciones a los cesionarios no indígenas, toda vez que jurídicamente no constituyen enajenaciones, por el efecto declarativo de la partición. Los tribunales de justicia han declarado herederos a los cesionarios de derechos hereditarios y han ordenado las respectivas inscripciones”⁵².

III.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ACERCA DE LA TRADICIÓN DEL DERECHO DE HERENCIA.

Confirmando lo que hemos explicado, la Corte Suprema ha reiterado lo siguiente:

1.- Sentencia de 9 de noviembre de 2009.

“La doctrina mayoritaria y una sólida jurisprudencia coinciden en estimar que la tradición o cesión de una herencia o una cuota de ella ha de ejecutarse por cualquier forma simbólica de las indicadas en el artículo 684 del Código Civil y no requiere de inscripción conservatoria, aunque esté integrada por inmuebles. Se está en presencia de

⁵⁰ Gaceta Jurídica N° 250, p. 95. En el mismo sentido Corte Suprema, 14 de septiembre de 1999. Fallos del Mes N° 490, p. 1876.

⁵¹ Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.

⁵² Documento que nos ha proporcionado uno de sus autores, Mario César Olmos Lopomo, titulado “Breve análisis de la Ley 19.253”. Universidad Católica de Temuco. Diplomado en Derechos Humanos y Pueblos Indígenas; profesor guía: José Aylwin Oyarzún; Araucanía; marzo de 2007; p. 16.

una abstracción que no se rige por la clasificación de bienes muebles e inmuebles y, por lo tanto, para su tradición debe seguirse la regla general de la norma citada en materia de formas de tradición, es decir, por cualquier medio que revele la intención del tradente de transferir su derecho de herencia y la del adquirente de adquirirlo. Se aplican al respecto no el artículo 686 del Código Civil que omite la necesidad de inscribir el derecho real de herencia sino las reglas generales de los artículos 670 incisos 1º y 2º y 684, en especial la expresión ‘significando’ que utiliza esta última disposición”⁵³.

2.- Sentencia de 31 de agosto de 2010.

“La herencia es una universalidad jurídica distinta de los bienes específicos que la integran y, por ende, escapa a la clasificación de bienes muebles e inmuebles, lo que lleva, entre otras consecuencias, a que siendo la inscripción una manera especial de efectuar la tradición, establecida para los inmuebles, la tradición del derecho de herencia no requiere de inscripción y ella puede efectuarse por el estatuto establecido para los bienes muebles”⁵⁴.

3.- Sentencia de 11 de julio de 2011.

“La tradición de los derechos hereditarios no se efectúa por medio de la inscripción en el registro conservatorio pertinente. Pese a que el Título XXV del Libro Cuarto del Código Civil se ocupa de la cesión de créditos, nada dice respecto de la tradición de los derechos hereditarios por acto entre vivos. En suma, ha de entenderse que la tradición del derecho real de herencia, bien corporal mueble, se sujeta a las normas que sobre el particular rigen en el ámbito de los créditos personales, razón por la cual la jurisprudencia ha dicho que la tradición de los derechos hereditarios se entiende efectuada cuando los demás integrantes de la comunidad reconocen al cesionario en calidad de tal o cuando éste ejerce la administración de los bienes comunes o, también, a través de la notificación de la cesión a los comuneros restantes, por la entrega del título u otro medio real o virtual que sirva a la tradición de las cosas muebles”.

⁵³ Fallos del Mes N° 552, p. 45.

⁵⁴ Fallos del Mes N° 554, p. 185. En este mismo sentido Corte Suprema, 29 de septiembre de 1997. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 94, sección 1ª, p. 98: “Doctrina. El derecho real de herencia, constituido por la universalidad de bienes del causante es distinto, independiente de los diversos bienes individuales que lo componen y no puede clasificarse como inmueble aun cuando entre estos últimos exista alguno que revista esta calidad”.

“El cesionario, así como el comprador, no adquiere con la sola celebración del contrato la propiedad de la cosa cedida que, tratándose del derecho real de herencia no se refiere a bienes corporales, ciertos y determinados, sino al efecto que desencadena la mentada convención en su patrimonio que es el nacimiento de un crédito o derecho personal en orden a compeler al cedente al cumplimiento de lo estipulado o bien, impetrar la resolución del contrato. En consecuencia, ante un caso de cesiones o ventas sucesivas, válidamente celebradas, el cesionario o comprador tendrá salvaguardadas respecto de su cedente las acciones personales previstas en los artículos 1489 y 1826 del Código Civil, en lugar de la acción de nulidad de contrato”⁵⁵.

Nos parece que esta última sentencia comete un exceso al señalar que el derecho real de herencia es un bien corporal mueble. Distinto es, como ya lo hemos explicado, que se le aplique el estatuto de los bienes muebles.

IV.- ¿QUÉ SE ADQUIERE MEDIANTE LA CESIÓN DEL DERECHO DE HERENCIA?

Fallos de nuestros tribunales superiores de justicia han señalado que el cedente transfiere su calidad de heredero, que es un caso de verdadera subrogación personal⁵⁶, lo que ha sido criticado por la doctrina, la que entiende que la calidad de heredero y su responsabilidad subsisten frente a los acreedores hereditarios y testamentarios. “El cesionario adquiere la universalidad frente al cedente, pero frente a terceros, tan solo el aspecto activo, pues en cuanto al pasivo, depende de la calidad de heredero y no tienen ellos por qué perseguir necesariamente al cesionario”⁵⁷. Domínguez Benavente y Domínguez Águila agregan que “la doctrina, en su mayoría, entiende que la calidad de heredero no se transfiere por acto entre vivos, ‘semel heres semper heres’⁵⁸. La

⁵⁵ Gaceta Jurídica N° 373, p. 183.

⁵⁶ Corte Suprema, 14 de septiembre de 1989. Fallos del Mes N° 370, p. 535: “Doctrina. En la cesión de la herencia, el cesionario pasa a ocupar el lugar jurídico que tenía el cedente y adquiere el derecho de aprovechar todos los beneficios jurídicos y económicos que éste tuvo en la herencia; tiene derecho a todas las cosas que estaban comprendidas en la herencia a la época de la apertura de la sucesión. Es un caso de verdadera subrogación personal. Tal es el sentido de la cesión de derechos hereditarios sin especificación de bienes”.

⁵⁷ Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón; op. cit.; p. 118.

⁵⁸ El que es heredero continúa como heredero.

denominada cesión del derecho de herencia no pasa al cesionario el pasivo. Ello ocurrirá solo si los acreedores hereditarios y testamentarios lo quieren”⁵⁹.

En este mismo sentido, Elorriaga concluye que “aparentemente el acreedor hereditario o testamentario podría dirigirse a su arbitrio en contra del heredero o en contra del cesionario, puesto que si él no ha sido parte de la cesión no habría novación de la obligación⁶⁰, sino que una delegación imperfecta, lo que permite al acreedor dirigirse en contra del primitivo deudor o en contra del nuevo. Si el cedente pagó al acreedor, podría repetir en contra del cesionario, pues respecto de él le cedió el pasivo y el activo”⁶¹.

De lo expuesto parece concluirse que entre nosotros no hay sucesión universal de carácter convencional. Sin embargo, mueven a algunas dudas los artículos 1801 y 1898 del Código Civil que permiten, sin distinciones, respectivamente, la venta y la permuta de una sucesión hereditaria. Tampoco dan a entender algo distinto los artículos 1320, 1909 y 1910 del Código Civil⁶², en relación con el artículo 951 del mismo código.

Alessandri, refiriéndose a la venta de la herencia, y luego de señalar “que la ley exige escritura pública en atención a la importancia que tiene, puesto que ese contrato va a cambiar nada menos que las personas de los herederos de la sucesión a que se refiere”⁶³, agrega que, “cuando la ley habla de la venta de una sucesión hereditaria no se crea que lo que se vende es la calidad de heredero; ésta no puede cederse ni ser objeto de un contrato, ya que es una calidad meramente personal que depende de la situación legal en que esa persona se halla colocada para con el causahabiente. Lo que puede venderse y es a lo que la ley se refiere en este caso, es el derecho para que una persona reciba en una sucesión, cierta parte de los bienes que la forman; en otras palabras, la ley

⁵⁹ Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón; op. cit.; p. 119.

⁶⁰ Artículo 1635 del Código Civil: “La substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión, se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto”.

⁶¹ Elorriaga De Bonis, Fabián; op. cit.; p. 96.

⁶² Corte Suprema, 24 de enero de 1984. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 81, sección 1ª, p. 18: “Doctrina. Los cesionarios del derecho de herencia reemplazan a los herederos en todos sus derechos y obligaciones, y la cesión transfiere al cesionario la calidad de heredero que tenía el cedente pasando a ocupar la misma situación jurídica del cedente, según se desprende de los artículos 1320, 1909 y 1910 del Código Civil”.

⁶³ Alessandri Rodríguez, Arturo; op. cit.; p. 55. Lo mismo, mucho antes, fue dicho por Pothier: “Cuando se vende una herencia, no es el título y calidad de heredero lo que se vende: este último y esa calidad son inherentes a la persona del heredero, del que son inseparables, y por consiguiente invendibles porque como nadie puede obligarse a cosas imposibles, no puedo comprometerme para con otro a hacerlo adquirir una cosa que por su naturaleza no puede subsistir sino en mi persona” (citado por Ramos Pazos, René; op. cit. p. 28).

al hablar de la venta de una sucesión hereditaria, se refiere a la parte que pueda corresponderle a una persona en cierta y determinada herencia”⁶⁴.

Finalmente, resulta interesante citar la opinión de Somarriva, para quien la negación de que la cesión de derechos hereditarios traspase la calidad de heredero tiene un carácter más teórico que práctico, ya que en el hecho pasa a ocupar su misma situación jurídica y es exactamente igual que si fuera heredero. El cesionario pasa a tener los mismos derechos y obligaciones del heredero, y, en consecuencia puede solicitar la posesión efectiva de la herencia, la partición de bienes e intervenir en ella (artículo 1320 del Código Civil) y ejercer las acciones de petición de herencia y de reforma de testamento; y no puede alegar la nulidad absoluta si el heredero no podía hacerlo y tiene derecho al acrecimiento (artículo 1910 inciso 3º del Código Civil)⁶⁵.

⁶⁴ *Ibidem*; p. 56.

⁶⁵ Somarriva Undurraga, Manuel; op. cit. n.º 1; p.p. 62 y 63.