



Universidad de los Andes
Facultad de Derecho

Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar

LAS REFORMAS DE LA
LEY N° 19.585 DE 1998

JORGE BARAONA GONZÁLEZ
HERNÁN CORRAL TALCIANI
EDUARDO COURT MURASSO
RAMÓN DURÁN RIVACOBA
FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
JORGE ADOLFO MAZZINGHI
MARCELO NASSER OLEA
ALVARO PIZARRO BORGÑO
FELIPE VIAL CLARO

Hernán Corral Talciani
EDITOR



2000

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 4



Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar

**LAS REFORMAS DE LA
LEY N° 19.585 DE 1998**

Jorge Baraona González

Hernán Corral Talciani

Eduardo Court Murasso

Ramón Durán Rivacoba

Fabián Elorriaga de Bonis

Jorge Adolfo Mazzinghi

Marcelo Nasser Olea

Alvaro Pizarro Borgoño

Felipe Vial Claro

Hernán Corral Talciani

EDITOR

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 4

JORGE BARAONA GONZÁLEZ, HERNÁN CORRAL TALCIANI
EDUARDO COURT MURASSO, RAMÓN DURÁN RIVACOBRA
FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS, JORGE ADOLFO MAZZINGHI
MÁRCELO NASSER OLEA, ALVARO PIZARRO BORGONO, FELIPE VIAL CLARO

Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar. Las Reformas de la Ley N° 19.585 de 1998. / Hernán Corral Talciani ed. --Santiago: Ediciones Universidad de los Andes, 2000.
251 p.: 23 x 15,5 cm. --(Cuadernos de Extensión Jurídica. ISSN 0717-6449: N° 4)

ISBN: 956-7160-18-X

1. Derecho Sucesorio 2. Bienes raíces I. Título II. Serie III. Hernán Corral Talciani ed.

346.052 - Dewey 20ed. (español)

Esta obra ha sido editada gracias al aporte de don Aníbal Correa Barros al
Fondo de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

No está permitida la reproducción parcial o total de este libro, o de alguna de sus partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo del titular del Copyright.

© 2000 Universidad de los Andes

© 2000 Hernán Corral Talciani

Ediciones Universidad de los Andes

Av. San Carlos de Apoquindo 2200, Las Condes, Santiago de Chile.

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° 119.591

Santiago de Chile.

Diseño:

Carolina Varela V.

Impresión:

Andros Impresores

Impreso en Chile - Printed in Chile

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

Doctor en Derecho

*Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad
Católica de Chile*

HERNÁN CORRAL TALCIANI

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes

EDUARDO COURT MURASSO

Abogado

Profesor de Derecho Civil en la Universidad Adolfo Ibáñez

RAMÓN DURÁN RIVACOBA

Doctor en Derecho

Catedrático de Derecho Civil

*Director del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa
de la Universidad de Oviedo*

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Civil en la Universidad Adolfo Ibáñez

JORGE ADOLFO MAZZINGHI

Profesor de Derecho Civil

*Director Emerito del Instituto de Derecho de Familia de la
Universidad Católica Argentina*

MARCELO NASSER OLEA

Abogado

Asistente de Investigación en la Universidad de los Andes

ALVARO PIZARRO BORGÑO

Abogado

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes

FELIPE VIAL CLARO

Abogado

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de los Andes

PRESENTACIÓN	11
--------------------	----

PANORAMA GENERAL SOBRE EL ACTUAL RÉGIMEN
SUCESORIO CHILENO DESPUÉS DE LAS REFORMAS DE LAS
LEYES 18.802, 19.585 Y 19.620

Alvaro Pizarro Borgoño

I. Estructura básica del sistema sucesorio chilenos y sus modificaciones	17
II. La última reforma al sistema sucesorio: La Ley N° 19.585	21
III. La nueva ley de adopción	28
IV. Panorama general del actual sistema sucesorio chileno	30

LOS NUEVOS ÓRDENES DE SUCESIÓN ABINTESTATO.
EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN. LA SITUACIÓN
DEL ADOPTADO

Hernán Corral Talciani

I. Cuestiones generales sobre los órdenes de sucesión	33
II. El derecho de representación	37
III. Los órdenes de sucesión del causante con filiación determinada	39
IV. Los órdenes de sucesión del hijo de filiación no determinada	41
V. Sucesión en parte testada e intestada	42
VI. La situación sucesoria del adoptado	44

LAS ASIGNACIONES FORZOSAS
EN EL ACTUAL DERECHO SUCESORIO

Felipe Vial Claro

I.	Asignaciones forzosas y libertad restringida de testar	49
II.	Asignaciones alimenticias que se deben por ley	50
III.	Porción conyugal	51
IV.	Legítimas y mejoras	52
V.	Pago de legítimas y mejoras	59
VI.	El desheredamiento	60
VII.	Reforma del testamento	61
VIII.	La teoría de los acervos y sus modificaciones	61

EL RÉGIMEN SUCESORIO COMÚN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Ramón Durán Rivacoba

I.	Presupuestos básicos	65
II.	La sucesión voluntaria	67
III.	La sucesión forzosa	71
IV.	La sucesión intestada	75
V.	Adquisición efectiva del haz hereditario	76
VI.	Juicio crítico general	81

HISTORIA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA REGLA 10ª

DEL ARTÍCULO 1337 DEL CÓDIGO CIVIL

Marcelo Nasser Olea / Hernán Corral Talciani

I.	Antecedentes generales	83
II.	Surgimiento inicial de la norma y fundamentos	89
III.	La configuración general de la norma	92
IV.	Las normas complementarias	102
V.	Epílogo	103

EL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR EN LOS

ARTÍCULOS 141 Y 1337, REGLA 10ª,

DEL CÓDIGO CIVIL

Fabián Elorriaga de Bonis

I.	El concepto de vivienda familiar en el Código Civil	105
II.	Requisitos de la residencia familiar	107

PARTICIÓN HEREDITARIA Y DERECHO DE ADJUDICACIÓN
PREFERENTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Jorge Baraona González

I.	Introducción	123
II.	Funciones y fines de la norma	127
III.	Presupuestos de aplicación de la norma	128
IV.	Derechos a que puede optar el cónyuge	132
V.	Ámbito de aplicación	137
VI.	Los terceros acreedores	139
VII.	Conclusión	140

EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE EN LA NUEVA
REGLA 10ª DEL ARTÍCULO 1337 DEL CÓDIGO CIVIL

Eduardo Court Murasso

I.	Antecedentes	141
II.	El derecho de adjudicación preferente (incisos primero y final de la regla 10ª)	146
III.	Los derechos de uso y de habitación (incisos segundo y tercero de la regla 10ª) ..	152
IV.	Ubicación de la norma. Posible aplicación en la liquidación de la sociedad conyugal ..	158

ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR:
POSIBLES OBJECIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

Jorge Baraona González

I.	Cuestiones de constitucionalidad	161
II.	La atribución preferente y el derecho de propiedad	162
III.	La igualdad ante la ley	168
IV.	Conclusión	173

EL DERECHO DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE SOBRE LA
VIVIENDA FAMILIAR EN EL SISTEMA SUCESORIO ARGENTINO

Jorge Adolfo Mazzinghi

I.	Palabras iniciales	175
II.	La idea en la Argentina y en otros países ...	176
III.	La impostación teórica del problema	177
IV.	Análisis dogmático de la figura	181
V.	Conclusión	186

VIVIENDA FAMILIAR Y SUCESIÓN EN EL DERECHO CHILENO.
SU PERSPECTIVA COMPARADA CON EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL

Ramón Durán Rivacoba

I.	Introducción	189
II.	Precisiones lingüísticas	191
III.	Alcance objetivo	195
IV.	El derecho de adjudicación preferente de la propiedad	199
V.	El uso y habitación gratuitos	205
VI.	Conclusión. Juicio crítico conjunto	223

LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN
FAVOR DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE.
PANORAMA DE DERECHO COMPARADO

Hernán Corral Talciani

I.	El origen de la institución y su expansión ..	227
II.	Fundamentos de las previsiones legales	232
III.	Fórmulas técnicas y ubicación sistemática ..	235
IV.	Objeto de los derechos	241
V.	Naturaleza jurídica de los derechos	244
VI.	Funcionamiento y extinción de los derechos	248
VII.	Consideraciones finales	250

Los Cuadernos de Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes llegan ya a su cuarta entrega. Este volumen viene a unirse a los tres anteriores que abordaron la Responsabilidad Civil del Empresario (1996), los Regímenes Matrimoniales en Chile (1998) y el Derecho del Consumo y Protección al Consumidor (1999). De alguna manera, sin habernos propuesto deliberadamente ese objetivo, esta publicación ha ido adquiriendo ciertas características: regularidad en su aparición, oportunidad para presentar trabajos de diversos profesores e investigadores nacionales y extranjeros, y tratamiento monográfico de temas de interés académico y profesional.

Nuestra Facultad no ha querido hasta ahora editar una Revista de Derecho propiamente tal. Nos ha parecido que nuestros investigadores bien podían colaborar—como de hecho lo hacen— con las múltiples publicaciones jurídicas universitarias que ya existen en Chile, y que con tanto esfuerzo salen adelante. Por otra parte, dada la pluralidad de revistas jurídicas misceláneas, no parece conveniente agregar una más con ese mismo carácter.

Sin embargo, la evolución de los Cuadernos de Extensión los ha llevado a perfilarse como una publicación periódica que viene a compatibilizar nuestra reticencia a dar vida a una nueva revista jurídica del estilo de las ya existentes (todas valiosas y meritorias), con la necesidad de contribuir de un modo innovador a nuestra cultura jurídica, mediante la edición periódica de una publicación focalizada en temas monográficos, tratados

por una pluralidad de académicos desde distintos ángulos y perspectivas.

Es por ello que, con especial satisfacción, ofrecemos al público este cuarto número, que aparece ya con el título de Cuadernos de Extensión Jurídica, y que asume plenamente su condición de publicación de periodicidad mínima anual, y que se editará cada vez sobre un tema monográfico de interés común.

Este volumen, en concreto, se ha dedicado a las reformas realizadas al régimen sucesorio del Código Civil por la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, y en especial al análisis de la nueva regla 10ª que la ley incorporó al texto del art. 1337 de dicho Código, para establecer un mecanismo que hace excepción al principio de igualdad de las particiones y favorecer así la aspiración del cónyuge sobreviviente de seguir viviendo en la casa habitación, en la que la familia tenía su residencia principal.

Los cuatro primeros trabajos del volumen abordan el sistema sucesorio, sus modificaciones y tendencias. Se refieren al régimen sucesorio en general, a los nuevos órdenes de la sucesión abintestato, a las nuevas reglas de sucesión forzosa, y a las tendencias de un régimen sucesorio afín al nuestro como el español, cuya exposición está a cargo del Catedrático de Derecho Civil hispano Dr. Ramón Durán Rivacoba.

La segunda parte de la obra se centra en la protección de la vivienda familiar en la sucesión mortis causa, materia que por su novedad merece un tratamiento doctrinal acabado que prepare su aplicación judicial.

Después de una exposición de los antecedentes legislativos sobre la nueva regla del art. 1337 del Código Civil, se ofrece un análisis del concepto de vivienda familiar, en relación con la institución de los bienes familiares, contemplada en los arts. 141 y siguientes del Có-

digo Civil (a su vez, agregados por la Ley Nº 19.335). A continuación el lector encontrará estudios que contienen un análisis dogmático de la nueva norma, en el que se desglosan sus presupuestos, requisitos y mecanismos de funcionamiento, y un análisis de las cuestiones de constitucionalidad que podrían plantearse en relación con los derechos fundamentales de propiedad y de igualdad ante la ley.

Posteriormente, dos juristas extranjeros de reconocido prestigio comentan la norma chilena tomando como referencia las reglas similares existentes en sus propias legislaciones. Se trata del reconocido tratadista en Derecho de Familia argentino y Director Emérito del Instituto de Derecho de Familia de la P. Universidad Católica Argentina, Dr. Jorge Adolfo Mazzinghi, y del Catedrático de Derecho Civil español, Director del Departamento de Derecho privado y de la Empresa de la Universidad de Oviedo, Dr. Ramón Durán Rivacoba. Cierra el volumen una revisión del panorama de Derecho comparado sobre la protección de la vivienda familiar en favor del cónyuge sobreviviente en las legislaciones europeas y latinoamericanas, que comprueba que estamos ante una institución que ha sido recogida por una gran variedad de regulaciones, revistiendo así los caracteres de una figura común en el sistema sucesorio latino-continental.

Debemos dejar constancia de que algunos de los estudios aquí contenidos traen su origen en las exposiciones realizadas por sus autores en el "Seminario de Actualización en Derecho Sucesorio" que realizara nuestra Facultad, con el patrocinio y apoyo del Colegio de Abogados, los días 12 y 13 de septiembre de 2000, y que han sido editadas en un folleto que el Colegio distribuye a sus asociados. Es el caso de los artículos de los profesores Alvaro Pizarro, Felipe Vial, Jorge A. Mazzinghi y Jorge Baraona, y de los estudios de derecho sucesorio del pro-

profesor Durán Rivacoba y del suscrito. Otros trabajos fueron presentados en el Seminario de Profesores de Derecho Civil sobre el "Derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente" que tuvo lugar en la Universidad de los Andes el día 16 de septiembre de 2000, en el que participaron tanto profesores como ayudantes de Derecho Civil de distintas Universidades, y que también contó con la presencia y participación del profesor español Durán Rivacoba. Los trabajos de los profesores de la Universidad Adolfo Ibáñez, Fabián Elorriaga y Eduardo Court, el estudio de las cuestiones de constitucionalidad del profesor de la P. Universidad Católica de Chile, Jorge Baraona, el análisis de los antecedentes legislativos y de derecho comparado del joven investigador Marcelo Nasser y del suscrito, fueron sometidos a discusión en esa misma oportunidad.

Finalmente, es un grato deber agradecer el apoyo que ha significado para llevar adelante estas actividades académicas y de investigación, el Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología (FONDECYT), a través del Proyecto N° 1000480, de 2000, en el que el suscrito obra como investigador responsable, el profesor Baraona González como Coinvestigador, y el abogado Marcelo Nasser Olea como Ayudante de investigación. A este proyecto debe agregarse otro de Incentivo a la Cooperación Internacional (N° 7000480, de 2000), que nos ha permitido trabajar en Chile con el civilista español Ramón Durán Rivacoba. Los estudios que se enmarcan dentro de estos proyectos tienen la referencia pertinente en nota de pie de página.

Nada más queda por decir, sino que esperamos que este Cuaderno de Extensión Jurídica tenga la acogida de los anteriores y preste valiosos servicios, tanto a los estudiantes y académicos que quieran aproximarse a, o profundizar en, las nuevas líneas de nuestro sistema

sucesorio, como a los abogados, jueces y demás profesionales jurídicos que necesiten una orientación sobre cómo aplicar los nuevos textos legales de un modo no sólo eficiente, sino pacífico y justo.

HERNÁN CORRAL TALCIANI

En Santiago, a 15 de diciembre de 2000



**PANORAMA GENERAL SOBRE EL
ACTUAL RÉGIMEN SUCESORIO CHILENO
DESPUÉS DE LAS REFORMAS DE LAS
LEYES 18.802, 19.585 Y 19.620**

ALVARO PIZARRO BORGÑO
Abogado
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. ESTRUCTURA BÁSICA DEL SISTEMA
SUCESORIO CHILENO Y SUS MODIFICACIONES

1. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA

Como se sabe; en el libro III "De la Sucesión por Causa de Muerte, y de las Donaciones entre Vivos", nuestro Código Civil regula el régimen sucesorio.

A modo de introducción, es necesario recordar los elementos que conforman el esquema general, propio de este sistema o régimen:

a) La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio.

b) Se sucede en todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante, sea a título universal o singular.

c) El heredero es considerado como el continuador de la persona del difunto, y la transmisión de los derechos y obligaciones del causante se produce al momento de su fallecimiento.

d) La sucesión puede ser testamentaria (causante) o intestada (ley). No se puede suceder en virtud de un contrato, porque se prohíben los pactos sobre sucesión futura, salvo excepciones.

e) En la sucesión testamentaria deben respetarse las legítimas, por lo que la libertad de testar es limitada.

f) En la sucesión intestada, la ley privilegia el parentesco, excluyendo los más cercanos a los demás.

g) Lo que se adquiere o distribuye entre los herederos, de acuerdo con las disposiciones del testador o de la ley, es el acervo líquido o partible, que corresponde a los bienes del causante (acervo íllíquido), una vez deducidas las bajas generales de la herencia. Ello, sin perjuicio de considerar los acervos imaginarios, cuando corresponde.

h) Para aplicar las reglas de la sucesión, en general, será necesario dividir este acervo líquido o partible en cuatro partes, dos de ellas (la mitad) corresponden a la mitad legitimaria, una a la cuarta de mejoras y la otra a la cuarta de libre disposición.

Lo anterior constituye lo que puede denominarse la estructura central o básica de nuestro sistema sucesorio que, no obstante las últimas reformas, se mantiene vigente. Ello, sin perjuicio de la relevancia que tienen los derechos de transmisión, representación y acrecimiento, las asignaciones forzosas y los acervos imaginarios.

En este esquema general, que no ha variado, deben ser analizadas las distintas reformas legales desde la ley 10.271 de 1952. Las leyes N°s. 18.802 de 1989, que otorgó "plena capacidad" a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal; 19.585 de 1998 que sustituyó el estatuto de la filiación, y 19.620 de 1999, sobre adopción, constituyen las últimas reformas relevantes al régimen sucesorio.

En general, estas modificaciones obedecen al propósito del legislador de mejorar la situación del cónyuge sobreviviente y disminuir las diferencias fundadas en la filiación (natural y adoptiva versus la legítima).

2. MODIFICACIONES DE LA LEY 10.271, DE 1952

2.1. Los derechos del cónyuge sobreviviente

Cabe recordar que la porción conyugal en el texto original del Código Civil fue concebida con un marcado carácter alimenticio,

porque se concedía al cónyuge sobreviviente que carecía de lo necesario para su congrua sustentación (art. 1172 CC).

Por ello, si el cónyuge poseía bienes pero de menor valor que la porción conyugal, sólo tenía derecho al complemento. Además, a ella se imputaba todo lo que el cónyuge sobreviviente tuviera derecho a percibir como heredero abintestato en la sucesión del difunto, incluso su mitad de gananciales, si no la renunciaba (art. 1176).

Con las importantes modificaciones introducidas por la Ley N° 10.271 de 1952 queda manifiesta la intención del legislador de mejorar la situación del cónyuge sobreviviente. En efecto:

a) Define la porción conyugal como “aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente en conformidad a las disposiciones de este párrafo” (la ley modificó el art. 1172) y, de acuerdo con la presentación y difusión de esta ley, se debilita su carácter alimenticio.

b) Si bien mantiene la “porción conyugal complementaria” y el principio de imputación de todos los bienes del cónyuge sobreviviente, ahora ésta es una regla relativa y no absoluta, porque se la hace compatible con las donaciones y asignaciones testamentarias que el cónyuge sobreviviente percibe en la sucesión del difunto (art. 1176).

c) Eleva el monto de la porción conyugal en el orden de los descendientes legítimos, en el caso de pluralidad de hijos, al doble de la legítima rigurosa de cada hijo (art. 1178).

d) Dispone que el cónyuge sobreviviente, por su porción conyugal, fuera “considerado como heredero”, pero atenúa su responsabilidad limitándola a la de los legatarios. De acuerdo con la historia fidedigna de su establecimiento, esta modificación tuvo por objeto permitir al cónyuge sobreviviente adjudicarse bienes hereditarios en entero de su porción conyugal (art. 1180).

e) Aclara que al cónyuge sobreviviente aprovecha la formación del primer acervo imaginario, no obstante no ser heredero, haciendo expresa referencia a la porción conyugal (art. 1199).

f) En el segundo orden de sucesión regular, concurriendo todos los llamados en este orden, aumenta la porción que le corresponde al cónyuge sobreviviente (de un quinto a un tercio), a costa de los ascendientes legítimos.

2.2. Los derechos de los hijos naturales y adoptados

La ley 10.271 también dio un primer paso hacia la igualación en el trato del hijo natural, al incorporarlo en el primer orden de sucesión regular (descendientes legítimos) y asignarle la mitad de lo que corresponde a un hijo legítimo, con la limitación de que en conjunto los hijos naturales no pueden llevar más de la cuarta parte de los bienes a los que se aplican las reglas de la sucesión intestada. Antes quedaban totalmente excluidos de dicho orden.

Asimismo, en el segundo orden de sucesión regular, concurriendo todos los llamados, esta ley aumenta la porción que le corresponde a los hijos naturales (de un quinto a un tercio), en perjuicio de los ascendientes legítimos; en el tercer orden, aumenta la porción del hijo natural de un tercio a la mitad, en perjuicio de los hermanos legítimos, etc.

La ley N° 10.271 también hizo aplicable al adoptado, en general, lo que señala respecto del hijo natural.

3. MODIFICACIONES DE LA LEY N° 18.802, DE 1989

La ley N° 18.802 de 1989 (D. Of. 9 de junio de 1989) realizó varias modificaciones al régimen sucesorio. Ellas pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a) Incluyó al cónyuge sobreviviente entre los asignatarios de la cuarta de mejoras (art. 1195 y 1184 inciso final).

b) En el orden de los descendientes legítimos, permitió al cónyuge sobreviviente, por su porción conyugal, aprovechar del acrecimiento que hayan experimentado las legítimas rigurosas de los hijos legítimos, por no haberse dispuesto de la cuarta de mejoras o de libre disposición o por haber quedado sin efecto la disposición, agregando a las legítimas rigurosas la expresión "legítimas efectivas" (art. 1191).

c) Asimismo, permitió al cónyuge sobreviviente aprovechar, del acrecimiento respecto de aquella parte que un legitimario no lleve

de su legítima, sea por incapacidad, indignidad, exheredación o repudio, si no tiene descendencia con derecho a representación (art. 1190).

En suma, hasta aquí la evolución legislativa sucintamente reseñada confirma el intento de legislador de ir mejorando, en el tiempo, la situación del cónyuge sobreviviente.

Por mandato del artículo 5° de la ley N° 18.802, las modificaciones que introduce al Código Civil en materia sucesoria rigen desde el 9 de junio de 1989, fecha de su publicación en el Diario Oficial.

II. LA ÚLTIMA REFORMA AL SISTEMA SUCESORIO: LA LEY N° 19.585

1. INTRODUCCIÓN

Por mandato de su artículo 9°, la ley 19.585 (D. Of. 26 de octubre de 1998) entró en vigencia el 27 de octubre de 1999 (un año después de su publicación).

Las innovaciones más relevantes se introducen al Libro I del Código Civil, en lo relativo a la filiación. La ley establece la filiación matrimonial y no matrimonial, derogando la filiación ilegítima, tanto la natural como la simplemente ilegítima. Asimismo, innova respecto de la investigación de la paternidad y la maternidad y modifica las normas que regulan los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, la patria potestad, la representación legal de los hijos, los alimentos, y las guardas y curadurías. Modifica, también, diversas disposiciones del Título Preliminar del Código Civil y diversas leyes especiales.

Por último, y en lo que ahora interesa, introduce adecuaciones e importantes modificaciones e innovaciones al sistema sucesorio.

2. PRINCIPAL OBJETIVO DE LA LEY EN MATERIA SUCESORIA

En materia sucesoria, el principal objetivo perseguido por esta ley fue mejorar la situación del cónyuge sobreviviente, sin perjuicio de la adecuación que efectúa a esta normativa con motivo de los cambios que introduce en materia de filiación (igualdad).

Así se pueden distinguir, por una parte, las modificaciones e innovaciones que esta ley efectúa al sistema sucesorio en sí mismo y, por otra, las demás adecuaciones que son consecuenciales de las

introducidas a la filiación. Muchas de ellas obedecen a una y otra situación.

3. MODIFICACIONES RELATIVAS A LA SUCESIÓN FORZOSA

3.1. Derogación de la porción conyugal

La ley eliminó la porción conyugal que desapareció absolutamente (derogó el párrafo 2º del Título V del Libro III del Código Civil. Arts. 1172 a 1180).

Consecuencialmente, la porción conyugal dejó de ser una asignación forzosa (se eliminó el N° 2 del art. 1167) y también dejó de ser una baja general de la herencia, como lo era antes en todos los órdenes de sucesión, salvo en el de los descendientes legítimos (art. 959).

3.2. Calidad de legitimario del cónyuge

El cónyuge sobreviviente pasó a tener la calidad de legitimario (nuevo N° 3 del art. 1182). Y es asignatario forzoso, no ya por porción conyugal, sino como legitimario. Como tal, ahora le resulta aplicable todo lo relativo a las legítimas y mejoras (párrafo tercero del Título V (arts. 1181 al 1206, con sus modificaciones).

Por tanto, ahora es indiscutible que aprovecha, también, del segundo acervo imaginario.

3.3. Calidad de heredero del cónyuge sobreviviente

Como consecuencia de su calidad de legitimario, de acuerdo con el artículo 1181 inciso 2º, cuyo texto se mantuvo, el cónyuge sobreviviente ahora es heredero, y tiene los derechos y responsabilidades propias de tal calidad. Así, por derecho propio, puede: pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios; efectuar los trámites propios de la posesión efectiva; pedir la partición y adjudicación de los bienes que integran la sucesión. Además responde de las deudas hereditarias.

Recuérdese que antes de esta modificación sólo "en cuanto asignatario de porción conyugal" el cónyuge era "considerado como heredero". Sin embargo, en lo que percibiére a ese título, tenía la responsabilidad subsidiaria de los legatarios (artículo 1180).

Ahora el cónyuge sobreviviente es, derechamente, heredero. Ya no se le considerará “como si fuere heredero”, por lo que no será necesario un esfuerzo hermenéutico para determinar el alcance de su situación derivada de tal calidad.

3.4. Nuevos asignatarios de mejoras

La ley incorporó a los ascendientes como nuevos titulares de la cuarta de mejoras (art. 1184).

3.5. Distribución de la herencia y libertad de testar

Como consecuencia de lo señalado se incorporó al cónyuge sobreviviente en la mitad legitimaria. La ley también incorporó a los ascendientes en la cuarta de mejoras.

Así, el testador sólo podrá disponer libremente de todos sus bienes –no sólo de la mitad de sus bienes– (previas las deducciones y agregaciones del art. 959), si no existen legitimarios: descendientes con derecho a suceder, ni cónyuge sobreviviente ni ascendientes (nuevo inciso 2º del art. 1184).

Habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la herencia (previas dichas deducciones y agregaciones), se divide en cuatro partes:

- dos de ellas (1/2), que conforman la mitad legitimaria, para las legítimas rigurosas;
- una (1/4), para las mejoras, con las que se puede favorecer al cónyuge o a uno o más descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y
- una (1/4), de libre disposición (nuevo inciso 3º del art. 1184).

3.6. Cómputo de la cuarta de mejoras y de libre disposición (acervos imaginarios)

En armonía con lo anterior, para el cómputo de estas cuartas la ley eliminó la referencia a las deducciones que se hacían a la porción conyugal (derogó el art. 1176 y substituyó el inciso 1º del art. 1.185).

Además, estableció que la acumulación imaginaria al acervo líquido de todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o mejoras, se hace según el estado en que se

hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega (no según el valor que hayan tenido), y agregó, “cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión” (norma similar al art. 1734 referente a la actualización de las recompensas).

3.7. Desheredamiento

En la causal quinta del artículo 1208, la ley reemplazó la referencia a las penas designadas en el número 7° del artículo 267 relativa a la emancipación judicial, por las expresiones “haber cometido un delito que merezca pena aflictiva”, e incluyó como sujetos posibles de desheredamiento al cónyuge y los ascendientes, por cuanto son herederos y legitimarios, pero sólo por las causales de injuria grave, falta de socorro y haber obtenido el testamento con fuerza o dolo.

Asimismo, respecto de los efectos del desheredamiento, el nuevo artículo 1210 mantuvo la exclusión de los alimentos, pero eliminó el calificativo de “necesarios”, que ahora desaparece. Estos corresponden a los denominados “congruos”.

4. MODIFICACIONES A LA SUCESIÓN INTESTADA. NUEVOS ÓRDENES

La ley eliminó todo lo relativo a los órdenes de la denominada sucesión irregular, como consecuencia de la abolición de la filiación ilegítima (derogó el art. 993).

En todos los órdenes de sucesión se eliminó la referencia a hijos “naturales”, hermanos “legítimos”, ascendientes “legítimos” y colaterales “legítimos”.

1°) Primer orden de sucesión

Corresponde a los hijos, sin distinción (no a los descendientes “legítimos”), que excluyen a todos los otros herederos, a menos que haya cónyuge sobreviviente, caso en el que concurre con ellos (nuevo art. 988). Sigue siendo el orden de los descendientes, ahora sin apellido, por la procedencia del derecho de representación. El derecho de representación pasa a tener cabida en la descendencia del difunto, sin apellido y en la descendencia de sus hermanos, sin distinguir si tienen filiación matrimonial o no matrimonial con la persona a quien representarán (art. 986).

La porción del cónyuge sobreviviente, por regla general, equivale al doble de la legítima rigurosa o efectiva que corresponde a cada hijo, salvo que existiere sólo uno, situación en la que será igual a la de éste (art. 988). Así, la ley mantuvo la distribución que hacía el art. 1178 inc. 2° —ahora derogado— para el cálculo de la porción conyugal, cuando había descendientes legítimos.

Sin embargo, contempló una porción mínima para el cónyuge sobreviviente, equivalente a una cuarta parte (1/4) de la herencia o de la mitad legitimaria, en su caso. Esta cuarta parte se calcula teniendo presente lo dispuesto en el artículo 996 del C. Civil (que se modificó). De esta forma, si el cónyuge sobreviviente sucede por testamento y abintestato, a lo que le corresponda abintestato se imputará lo que reciba por testamento para completar esta cuota mínima, previo entero de las legítimas y mejoras de la herencia respecto de quienes tengan derecho a ellas (art. 996).

Tratándose de una sucesión testamentaria, si lo asignado al cónyuge no fuere suficiente para completar su cuota mínima (1/4), la diferencia faltante también debe pagarse con cargo a la cuarta de mejoras (art. 1193).

2º) Segundo orden de sucesión

El segundo orden de sucesión tiene lugar si faltan los descendientes. Corresponde al cónyuge sobreviviente y a los ascendientes de grado más próximo.

La herencia se divide en tres partes: dos para el cónyuge y una para los ascendientes.

Si no hay ascendientes, corresponde íntegramente al cónyuge y, a falta de éste, a los ascendientes. Habiendo uno solo de grado más próximo, sólo él sucede en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes (art. 989).

3º) Tercer orden de sucesión

El tercer orden de sucesión corresponde a los hermanos, y tiene lugar a falta de descendientes, ascendientes y cónyuge. Comprende a los de doble y de simple conjunción, pero estos últimos reciben la mitad (art. 990).

4º) Cuarto orden de sucesión

Corresponde a los colaterales de grado más próximo, sean de simple o doble conjunción, hasta el sexto grado inclusive. Los de simple conjunción reciben la mitad de los de doble conjunción (art. 992).

5º) Quinto orden de sucesión: El Fisco (art. 995, no modificado)

En suma, los órdenes de sucesión intestada son los siguientes:

1º) De los descendientes (personalmente o por derecho de representación), que concurren con el cónyuge;

2º) Del cónyuge y los ascendientes de grado más próximo;

3º) De los hermanos;

4º) De los colaterales, y

5º) Del Fisco.

5. ADJUDICACIÓN DEL INMUEBLE Y SU MOBILIARIO

Otra manifestación relevante del mejoramiento del cónyuge sobreviviente, que constituye una importante innovación de la ley, es el derecho preferente que otorga al cónyuge sobreviviente a que su cuota hereditaria se le entere mediante la adjudicación de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, incluido el mobiliario que la garantiza, regla que debe observar el partidor (art. 1337 N° 10, nuevo).

Si el valor de tales bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente, éste puede pedir que se constituya en su favor un derecho de habitación y de uso, según corresponda, gratuitos y vitalicios.

Dichos derechos son intransferibles e intransmisibles y el de habitación es oponible a terceros de buena fe desde que se inscribe en el Conservador de Bienes Raíces competente.

La partición hecha por el difunto, por acto entre vivos o por testamento, es eficaz siempre que no sea contraria a derecho, y lo es si no respeta la citada nueva regla 10ª del artículo 1337 (art. 1318).

6. PÉRDIDA DE LA HERENCIA INTESADA DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE Y DE LOS PADRES DEL CAUSANTE

La ley contempla como causal de pérdida de la herencia, haber dado motivo al divorcio, sea perpetuo o temporal, por culpa del cónyuge sobreviviente (art. 994).

Tampoco pueden suceder abintestato los padres del causante, si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, a menos que el hijo por escritura pública o testamento exprese su voluntad de restablecerlos (arts. 203 y 994).

7. OTROS AJUSTES DERIVADOS DE LAS MODIFICACIONES A LA FILIACIÓN

La ley efectuó, además, diversos otros ajustes derivados de la reforma que introdujo a la filiación, entre ellos, los siguientes:

- Substituyó el N° 4 del artículo 1167, que pasó a ser el actual N° 3, relativo a la cuarta de mejoras como asignación forzosa, que ahora tiene lugar "en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge".
- En el artículo 1182, que señala los legitimarios, además de incluir al cónyuge sobreviviente, suprimió toda referencia a la ascendencia y descendencia "legítima" o "natural".
- Asimismo, en igual artículo, agregó que: "No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo en el caso del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal".
- Modificó el inciso 2° del artículo 1184, eliminando la calificación de "legítimos", en cada caso.
- Eliminó en la primera causal de desheredamiento (artículo 1208 N° 1), la referencia a la calificación de ascendientes o descendientes "legítimos".

8. VIGENCIA DE ESTAS MODIFICACIONES Y SUBSISTENCIA DE LAS NORMAS ANTERIORES

Como se dijo, las modificaciones introducidas al sistema sucesorio por la ley en análisis rigen a partir del 27 de octubre de 1999, es decir, un año después de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

A falta de norma expresa en la nueva ley, las "disposiciones" contenidas en testamentos otorgados con anterioridad a la citada fecha deben subordinarse a la ley vigente a la época de fallecimiento del testador, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 18 a 21 de la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

Por otra parte, las normas anteriores a esta última ley 19.585 deben continuar aplicándose tratándose de causantes fallecidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

III. LA NUEVA LEY DE ADOPCIÓN

1. NOCIONES GENERALES SOBRE EL NUEVO RÉGIMEN ADOPTIVO

La ley N° 19.620 (D. Of. de 5 de agosto de 1999) regula un sistema único de adopción, derogando la adopción común prevista en la ley N° 7.613, de 1943, y las formas de adopción simple y plena contempladas en la ley N° 18.703, de 1988.

Por mandato de su artículo 47, entró en vigencia el 27 de octubre de 1999, conjuntamente con la recién analizada ley N° 19.585, de 1998, sobre filiación.

La nueva filiación adoptiva regulada por esta ley se constituye por sentencia judicial y produce sus efectos desde la inscripción del nacimiento ordenada por dicha sentencia.

Atribuye al adoptado el estado civil de hijo del o los adoptantes. Así, el adoptado tendrá la calidad de hijo de filiación matrimonial, si los adoptantes son casados, o no matrimonial, en caso contrario.

Además, atribuye al adoptado el grado y la relación de parentesco que le corresponda con los demás parientes consanguíneos del o los adoptantes y, para todos los efectos civiles, extingue los vínculos de filiación de origen del adoptado.

2. DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO

En vista de lo anterior, los adoptados conforme con las disposiciones de la Ley N° 19.620 en materia sucesoria tienen los mismos derechos que un hijo, hoy sin distinciones.

Sin embargo, los adoptantes y adoptados conforme con las leyes anteriores, que se derogan, continúan sujetos a los efectos previstos en esas leyes, por lo que en materia sucesoria se producen las siguientes situaciones:

a) Los adoptados según la forma de adopción plena prevista en la Ley N° 18.703 mantienen la calidad de hijos legítimos que tenían conforme con esa ley, y ahora pasan a ser hijos de filiación matrimonial. Así, sus derechos no se ven afectados.

b) Los adoptados según la forma de adopción simple contemplada en la Ley N° 18.703 tampoco cambian su situación anterior, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación. Recuérdese que esta forma de adopción no genera vocación hereditaria.

c) Por último, los adoptados de acuerdo con la Ley N° 7.613 (adopción común) continúan teniendo los mismos derechos que tenían. De esta forma, no tienen la calidad de legitimarios y les corresponden los mismos derechos sucesorios que tenía un hijo natural, es decir, la mitad de un hijo legítimo, sin perjuicio de lo que se dirá a continuación. Así se infiere de la historia del establecimiento de esta nueva ley. Lo anterior, hace revivir las clases de órdenes de sucesión regular e irregular, existentes antes de la vigencia de la Ley N° 19.585.

d) Sin perjuicio de lo señalado, tanto los adoptantes y adoptados según la forma de adopción simple contemplada en la Ley N° 18.703 como de acuerdo con la Ley N° 7.613 (adopción común) pueden acordar que los efectos de esas adopciones sean los previstos en la nueva Ley N° 19.620. Este pacto debe perfeccionarse mediante escritura pública, ser aprobado judicialmente y subinscribirse al margen de la partida de nacimiento del adoptado.

IV. PANORAMA GENERAL DEL ACTUAL SISTEMA SUCESORIO CHILENO

En síntesis el panorama general del derecho sucesorio luego de las últimas reformas respecto de causantes que hayan fallecido a partir del 27.10.99 es el siguiente:

1. IGUALDAD DE DERECHOS DE LOS HIJOS

Los hijos, sean de filiación matrimonial o no matrimonial, tienen iguales derechos hereditarios. Sólo se excluyen a los de filiación no determinada.

2. NUEVOS DERECHOS DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE

Estos nuevos derechos son:

a) El cónyuge sobreviviente es legitimario, heredero y asignatario de la cuarta de mejoras (aprovecha de los acervos imaginarios, responde de las deudas hereditarias, etc.);

b) La ley le garantiza una porción mínima, equivalente a un cuarto de la herencia o de la mitad legitimaria, en su caso, y

c) En la partición y con cargo a su cuota hereditaria, tiene derecho a adjudicarse en propiedad, con preferencia, el inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, incluido el mobiliario que la guarnece. Si el valor de esos bienes excede su cuota hereditaria, tiene derecho a pedir que en su favor se constituya un derecho de habitación y de uso sobre dichos bienes, gratuito y vitalicio.

3. ASCENDIENTES

Los ascendientes son asignatarios de cuarta de mejoras, junto con los descendientes y el cónyuge sobreviviente.

4. DERECHO DE REPRESENTACIÓN

El derecho de representación opera en la descendencia del causante y en la descendencia de sus hermanos, sean de filiación matrimonial o no matrimonial.

5. DISTRIBUCIÓN DE LA HERENCIA

5.1. Sucesión intestada

a) Si existen legitimarios: descendientes, ascendientes o cónyuge sobreviviente, el total de la herencia lo distribuye la ley conforme con los dos primeros órdenes de sucesión previstos en ella:

– Primer orden: Descendientes, personalmente o representados, que concurren con el cónyuge sobreviviente.

Concurriendo ambos, el cónyuge sobreviviente lleva una cuota igual a la del descendiente o el doble, sin son más de uno, con un mínimo equivalente a la cuarta parte de la herencia. Existiendo sólo descendientes, éstos llevan el total, por partes iguales. Entre los descendientes se encuentran los adoptados según la Ley N° 19.620, o con adopción plena conforme la Ley N° 18.703, y los adoptados según leyes anteriores que opten por los efectos de la nueva ley, y

– Segundo orden: Cónyuge sobreviviente y ascendientes de grado más próximo.

Si concurren ambos, el cónyuge sobreviviente lleva dos tercios y los ascendientes de grado más próximo un tercio. En caso contrario, el que existe lleva el total.

b) Si no existen legitimarios, el total de la herencia abintestato lo distribuye la ley conforme con los tres últimos órdenes de sucesión previstos en ella.

– Tercer orden: Hermanos de doble y simple conjunción. Los de simple conjunción llevan la mitad que los de doble conjunción.

– Cuarto orden: Colaterales de grado más próximo hasta el sexto grado de consanguinidad inclusive, de doble y simple conjunción. Los de simple conjunción llevan la mitad que los de doble conjunción.

– Quinto orden: Fisco.

5.2. Sucesión testada

a) Si existen legitimarios: descendientes, ascendientes o cónyuge sobreviviente, el testador sólo puede disponer de la mitad de la herencia, porque la mitad legitimaria la asigna la ley a dichos legitimarios, conforme con los dos primeros órdenes de sucesión, ya vistos. Concurriendo cónyuge sobreviviente, la ley le asigna, como mínimo, la cuarta parte de la mitad legitimaria (o de la herencia en su caso).

De la mitad que puede disponer el testador, tiene absoluta libertad respecto de un cuarto de la herencia: la cuarta de libre disposición. Respecto del otro cuarto, cuarta de mejoras, sólo puede favorecer al cónyuge sobreviviente, o alguno de sus descendientes o ascendientes.

b) Si no existen legitimarios, el testador distribuye el total de la herencia con absoluta libertad.

5.3. Sucesión mixta

Si el testador sólo asigna parte del total (si no hay legitimarios) o sólo parte de la mitad de la herencia (por existir legitimarios), lo no asignado se rige por las normas de la sucesión abintestato.

LOS NUEVOS ÓRDENES DE SUCESIÓN ABINTESTATO. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN. LA SITUACIÓN DEL ADOPTADO

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. CUESTIONES GENERALES SOBRE LOS ÓRDENES DE SUCESIÓN

1. CONCEPTO

La sucesión abintestato o legítima es aquella que se produce a falta de testamento, y en la que la ley suple la ausencia de disposición expresa del causante. La ley no puede ser arbitraria y lo que hace es llamar a aquellas personas que presumiblemente hubiere llamado el causante si hubiera hecho testamento, es decir, aquellas personas que teniendo vínculos familiares reconocidos legalmente estarían probablemente más cerca de su afecto. Para ello establece círculos de familiares que en razón de su cercanía van prefiriendo a otros más lejanos.

La estructuración de estos grupos familiares para efectos sucesorios se realiza mediante el mecanismo de la conformación de los llamados "órdenes sucesorios". ABELIUK define los órdenes sucesorios en términos similares: "aquel grupo de parientes que excluye a otro conjunto de parientes de la sucesión, pero que, a su vez, puede ser excluido por otro conjunto de parientes"¹. La definición nos parece imprecisa por dos motivos: al hablarse de parientes se

¹ ABELIUK MANASEVICH, René, *La filiación y sus efectos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t. II, N° 408, p. 568.

excluye al cónyuge que en nuestro sistema no es pariente; además no siempre los órdenes lo conforman parientes del difunto, a menos que se considere tal al Fisco.

Por eso, preferimos definir en forma más abierta los órdenes de sucesión como grupos de personas llamadas a suceder a un difunto que excluyen a un grupo distinto y que a su vez pueden ser excluidos por otro, de acuerdo a la prelación entre ellos establecida en la ley.

Algunos de los integrantes dan el nombre al orden. Son las personas que lo fijan. Los otros son los asignatarios concurrentes. Esta distinción tenía mucha importancia en los órdenes de sucesión anteriores a la reforma de 1998, pero después de la Ley N° 19.585 la diferencia sólo se aplica en el primer orden. Sólo en éste hay parientes que fijan el orden e impiden que se pase al siguiente (descendientes) y personas que concurren con éstos, pero cuya presencia no evita el que la sucesión se desplace al orden posterior (cónyuge sobreviviente).

2. LA ELIMINACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE ÓRDENES DE SUCESIÓN REGULAR E IRREGULAR

Como consecuencia del principio general de la Ley N° 19.585, y que se expresa en el nuevo art. 33 del Código Civil, ya no se hace diferencia entre órdenes de sucesión regular (si el causante es hijo legítimo) o irregular (si el causante es hijo natural).

Ahora hay sólo una forma de órdenes de sucesión sin importar si el causante es hijo matrimonial o no matrimonial. No hay distinción entre si el causante es hijo de filiación matrimonial o hijo de filiación no matrimonial. Al hijo no matrimonial lo suceden ahora no sólo sus padres sino todos sus ascendientes.

Una diferencia se mantiene: cuando la filiación ha sido determinada contra la oposición del padre o madre, éste pierde el derecho de suceder (causal especial de indignidad) (art. 994.2 CC). La ley lo dice en forma general, pero en la práctica se aplicará a los hijos no matrimoniales. En todo caso, el hijo no matrimonial puede restablecer al padre afectado en sus derechos, y este acto de restablecimiento puede constar en su testamento (art. 203 CC).

Por otra parte, el principio de igualdad de derechos entre las filiaciones explica la modificación del art. 968 N° 2 CC, ampliando la causal de indignidad de atentado contra la vida, honor o bienes

a los ascendientes y descendientes no matrimoniales, y no sólo a los legítimos.

No obstante, todo lo anterior supone que el difunto tenía su filiación determinada al menos respecto de un progenitor. De lo contrario, habrá que aplicar una nueva sucesión irregular (aunque la ley no la llame así) y se conformarán órdenes propios para este causante de filiación no determinada (cfr. art. 37 CC)².

3. AUMENTO DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE

Una modificación de importancia es el incremento de los derechos sucesorios del cónyuge. Esto se traduce en:

- 1º) Se elimina la porción conyugal. De esto se sigue que
 - i) Se la suprime en las bajas generales de la herencia del art. 959 CC
 - ii) Se la elimina en el primer orden de sucesión intestada
 - iii) Se la suprime como asignación forzosa
 - iv) Pierde sentido la tradicional frase "sin perjuicio de los derechos del cónyuge sobreviviente" con que se otorgaban los autos de posesión efectiva y se practicaban las inscripciones en el Conservador de Bienes Raíces.

2º) Se le otorga al cónyuge calidad de heredero abintestato.

3º) Los bienes gananciales o el crédito de participación y demás bienes propios pasan a ser compatibles con la asignación *mortis causa*.

4º) Se le garantiza una porción mínima, para evitar que un número importante de hijos (sobre todo si son extramatrimoniales del causante) mengüen sus derechos.

5º) En el segundo orden de sucesión, se aumenta la cuantía de los derechos del cónyuge que concurre con ascendientes del causante (de la mitad pasa a tener los dos tercios).

² DOMÍNGUEZ B., R. Y DOMÍNGUEZ A., R., *Derecho Sucesorio*, Edit. Jurídica de Chile, 2º Edic., Apéndice "Modificación al contenido de la obra", p. 15, sostienen que los órdenes de sucesión irregular subsistirán tratándose del causante de filiación no determinada.

6ª) Se elimina el antiguo 4º orden de sucesión regular “del cónyuge y de los hermanos”, de modo que el cónyuge fija ahora el tercer orden, y en caso de no concurrir descendientes o ascendientes lleva toda la herencia.

7º) Se le otorga un derecho de adjudicación preferente sobre la vivienda familiar (art. 1337 regla 10ª CC).

No se considera la separación de hecho como causal de indignidad, pero sí el divorcio perpetuo o temporal siempre que haya culpa por parte del cónyuge heredero (art. 994.1 CC). La norma zanja la antigua disputa sobre cuál divorcio producía la indignidad acogiendo la teoría de la no distinción que era la que predominaba en doctrina. Por cierto, para que ella opere la apertura de la sucesión debe producirse vigente el divorcio. Si éste ha terminado por reconciliación o por vencimiento del plazo en el caso de divorcio temporal, y la muerte se produce con posterioridad, el cónyuge podrá suceder, pues no se aplicará la norma del art. 994 CC.

Se ha criticado este subido incremento de los derechos del cónyuge. En verdad, no es más que un reconocimiento a la realidad sociológica de que en Chile la familia está erigida en torno al matrimonio. La reforma a la sucesión, al otorgar derechos iguales entre los hijos de filiación determinada, no pudo ignorar esta realidad, y, aunque sin explicitarlo, establece una protección al patrimonio familiar y a los mismos hijos matrimoniales, que sucederán a la vez al padre y a la madre³.

Por cierto que en casos puntuales la norma puede producir resultados poco deseables, como si el causante había vivido en convivencia no matrimonial con una mujer diversa de su cónyuge,

³ Así, lo constata ABELIUK, R., ob. cit., t. II, N° 425, p. 582, señalando que la norma de la porción mínima conyugal “constituye en el fondo una forma de restablecer de manera indirecta el privilegio de los hijos de filiación matrimonial sobre los extramatrimoniales”. Para él esto es motivo de crítica. En mi opinión, es la mera constatación de que la única forma de igualar totalmente a los hijos es suprimiendo el matrimonio. Mientras haya matrimonio habrá hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales y ello influirá en la distribución de los bienes que conforman el patrimonio familiar. Como señala PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, “Sobre la situación del cónyuge sobreviviente en la ley 19.585”, en *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno*, Facultad de Derecho U. de Chile, Santiago, s. d., p. 78, el legislador intentó introducir en esta reforma un elemento que incentivará el matrimonio y su estabilidad, opción perfectamente legítima. Nosotros agregaríamos y consistente con el mandato constitucional de dar protección y propender al fortalecimiento de la familia (art. 1º Const.).

y no se ha preocupado de testar, o que el que tenga hijos extramatrimoniales no sea el causante sino el cónyuge sobreviviente⁴.

Pero no parece justo evaluar la reforma por casos de ocurrencia excepcional. Ninguna norma asegura que en todas sus formas de aplicación será equitativa. La necesaria generalidad de la regla de Derecho conlleva la tolerancia de ciertas aplicaciones desafortunadas en casos extraordinarios.

Por otra parte, la situación del cónyuge separado debiera ser más matizada. En efecto, no parece justo que la simple separación de hecho produzca la extinción de la vocación hereditaria entre los cónyuges sin atender para nada a la imputabilidad de dicha separación. En estos casos, lo más sensato, para evitar litigios interminables acerca de si el causante vivía o estaba separado de su cónyuge legal, y también impedir que un cónyuge que sufre el abandono, maltrato y adulterio por parte del difunto sea castigado además con la pérdida de su porción hereditaria, es establecer, como hizo el legislador, que la indignidad sucesoria la produce la separación constatada judicialmente (divorcio no vincular, o la figura que en el futuro lo reemplace), en la medida en que el cónyuge que pretende suceder haya dado motivo a esa separación por culpa. Es el antiguo adagio del "divorcio por culpa, herencia perdida". Si se aduce que la figura del divorcio no vincular está en desuso, corresponde replicar que lo que debe modificarse no son las reglas sucesorias sino el régimen de acceso de la separación de cuerpos decretada judicialmente.

Todos los beneficios que se otorgan al cónyuge sobreviviente, no son, sin embargo, sin costo. Después de la reforma el cónyuge perdió el privilegio que tenía en virtud del anterior art. 1180 CC, en cuanto a responder por las deudas hereditarias con la responsabilidad subsidiaria de los legatarios. Ahora, la regla general de la responsabilidad *ultra vires* se aplica sin distinciones al cónyuge y al resto de los herederos (art. 1354 CC). De este modo, recobra utilidad y se hace interesante para el cónyuge el beneficio de inventario.

II. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

El derecho de representación es una ficción legal en virtud de la cual se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente

⁴ Así, PEÑA, C., ob. cit., pp. 77-78.

el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre o ascendiente, si éste no quiere o no puede suceder (art. 985 CC). La representación tiene lugar en caso de que el representado repudie la sucesión o no pueda heredar por incapacidad, indignidad o desheredamiento (art. 987 CC).

El derecho de representación se permite únicamente en la descendencia. En la ascendencia el pariente de grado más próximo excluye siempre a los de grado posterior.

La reforma de filiación determinó que el hijo no matrimonial extendiera sus vínculos no sólo a su padre o madre, sino a todos sus ascendientes.

Se discutió, entonces, si procedía que se ampliara el derecho de representación, de manera de no exigir que el representante fuera descendiente legítimo (o matrimonial) del representado. El anterior art. 986 CC exigía que el representante fuera siempre descendiente legítimo del representante.

Varios, entre los que me cuento, sostuvimos la tesis de que el abuelo no podía cargar con las consecuencias de los actos propios de un hijo irresponsable y que ha concebido o engendrado un descendiente fuera del matrimonio, con la excepción de que el abuelo hubiera acogido a ese nieto dentro del seno familiar. Lo contrario significaba herir el principio de que nadie puede ser sancionado por hechos en los que no ha participado y además haría posible demandas extorsivas contra adolescentes irreflexivos con padres pudientes.

Se opuso a esta argumentación el principio de igualdad, que era un principio esencial de la reforma, y que suponía que el nieto extramatrimonial pasara a ser pariente del ascendiente. Esta fue la tesis que finalmente primó⁵.

De allí que se reformara el art. 986 CC para, por una parte, equiparar la denominación de hermanos naturales y legítimos (que pasan a ser ahora sólo hermanos) y, por otra, para abrir el derecho de representación a todos los descendientes matrimoniales o no matrimoniales del causante o de sus hermanos. El derecho de representar a su ascendiente.

⁵ Una defensa de este criterio puede verse en MUÑOZ SÁNCHEZ, Andrea, "Aspectos sucesorios de la reforma", en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al Derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la ley N° 19.585*, Sernam-Facultad de Derecho U. de Chile, Santiago, 1999, pp. 136-137.

III. LOS ÓRDENES DE SUCESIÓN DEL CAUSANTE CON FILIACIÓN DETERMINADA

Se aplican estos órdenes cuando el *de cuius* es hijo de filiación determinada, sea de ambos padres, o sea paterna o materna.

1º Orden: De los descendientes

Fijan el primer orden los descendientes. Dice el art. 988 CC: "Los hijos excluyen a todos los otros herederos...". Aunque la norma se refiera sólo a los hijos, se entiende aplicable a los descendientes matrimoniales o no matrimoniales, ya que opera en su favor el derecho de representación.

Aquí se comprenden también los hijos adoptados conforme a la nueva Ley Nº 19.620, ya que ésta crea el estado civil de hijo (art. 37 Ley Nº 19.620).

Concurre con los descendientes el cónyuge sobreviviente si es capaz y digno de suceder. Su porción depende del número de hijos que concurren, personalmente o representados: si concurre con un hijo su porción es equivalente a lo que corresponda al hijo por legítima rigurosa o efectiva. Si concurre con dos o más hijos la porción del cónyuge es equivalente al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo. Es decir, el cónyuge se cuenta como si fueran dos hijos. Para evitar que esta porción resulte menguada por la existencia de un número importante de hijos, se dispone que "en ningún caso la porción que corresponda al cónyuge sobreviviente bajará de la cuarta parte de la herencia o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso" (art. 988.3 CC). En este caso, el resto se divide entre los hijos por partes iguales (art. 988.4 CC). La norma tiene importancia cuando el número de hijos (que concurren personalmente o representados) es igual o superior a 7. En efecto, si el cónyuge concurre hasta con seis hijos recibe al menos la cuarta parte de la mitad legitimaria o de la herencia (los hijos concurren con $1/8$ y el cónyuge con $2/8$, es decir, justo con $1/4$).

El cónyuge no concurre en este orden como lo hacía antes de la reforma a título de asignatario de porción conyugal, sino como heredero.

2º Orden: De los ascendientes y del cónyuge

Este orden es fijado por los dos asignatarios que pueden concurrir: ascendientes y cónyuges.

Son llamados los ascendientes de grado más próximo; si en el grado sólo existe un ascendiente, ese lleva toda la porción respectiva (art. 989.3 CC). No procede el derecho de representación en la ascendencia.

Si concurren cónyuge y ascendientes la herencia se divide en tres partes: dos para el cónyuge y una para los ascendientes (art. 989.2 CC).

Si concurre sólo cónyuge o sólo uno o más ascendientes, el cónyuge o el o los ascendientes llevan toda la herencia.

Como se ve, si el causante deja cónyuge y hermanos, el cónyuge al determinar el 2º orden, excluye totalmente a los hermanos.

3º Orden de sucesión: De los hermanos

Si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes ni cónyuge, entonces son llamados a sucederle sus hermanos (art. 990 CC).

Puede tratarse de hermanos de filiación matrimonial como no matrimonial.

La ley distingue si son hermanos de doble o de simple conjunción: "pero la porción del hermano paterno o materno será la mitad de la porción del hermano carnal" (art. 990.2 CC). Se ha criticado la mantención de este favor a la doble conjunción, ya que constituiría una nueva discriminación contraria al espíritu del legislador de la Ley Nº 19.585. Pero, en verdad, existen razones poderosas para sostener que los hermanos de doble conjunción, por regla general, habrán estado más cerca del causante que los hermanos meramente paternos o meramente maternos.

Hay que recordar que en este orden es posible la representación, por lo que los sobrinos del causante (hijos de un hermano premuerto) son llamados a recibir, por derecho de representación, la porción del hermano incapaz.

Si el causante sólo tiene sobrinos, éstos son llamados a suceder por representación, y se aplica el orden de los hermanos y no el de los colaterales.

4º Orden: De los colaterales:

A falta de hermanos, suceden los parientes colaterales, sean de simple o de doble conjunción (art. 992 CC).

Las reglas de concurrencia son las siguientes:

– El de grado más próximo excluye al más remoto (lo repite dos veces el art. 992). La representación no se admite en este orden.

– Los parientes son llamados hasta el sexto grado de la línea colateral. No se hacen diferencias entre parentesco matrimonial o no matrimonial. Pero debe seguir afirmándose, como lo hacía la doctrina anterior a la reforma, que ha de tratarse de parientes por consanguinidad.

– Los colaterales de doble conjunción (parientes del difunto, tanto por parte de padre como de madre) reciben el doble de los de simple conjunción si concurren conjuntamente. En esto el legislador de la Ley N° 19.585 innovó ya que el anterior art. 992 decía que no se haría distinción. La razón debe encontrarse en la necesidad de armonizar esta norma con la regla que se aplica a los hermanos, aunque es cierto que tratándose de parientes tan lejanos la justificación de la voluntad presunta del causante pierde fuerza⁶.

5° Orden: Del Fisco

“A falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco” (art. 995 CC). Este artículo no sufrió modificaciones.

IV. LOS ÓRDENES DE SUCESIÓN DEL HIJO DE FILIACIÓN NO DETERMINADA

Si el causante es de aquellas personas que carecen de filiación paterna o materna determinada legalmente, sea por reconocimiento, hecho del parto o sentencia judicial, por aplicación de las reglas de los arts. 988, 989 y 995 CC, se aplicarán los siguientes órdenes sucesorios⁷:

1° Orden: De los descendientes

Se aplica íntegramente el art. 988 CC, es decir, concurren descendientes y cónyuge.

⁶ Cfr. DOMÍNGUEZ B., R. y DOMÍNGUEZ A., R., ob. cit., p. 19.

⁷ Una construcción semejante se hacía con las normas anteriores para el hijo simplemente ilegítimo. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, t. I, p. 259, propiciaba una solución distinta considerando que debían aplicarse las reglas de la sucesión forzosa. Después de la reforma de la Ley N° 19.585 no parece que haya diferencias en la práctica, salvo en el caso demasiado puntual del adoptado conforme a la Ley N° 7.613 que, siendo heredero abintestato, no es legítimo.

2° Orden: Del cónyuge

No teniendo el causante ascendientes legalmente determinados, el cónyuge llevará la totalidad de la herencia (art. 989 CC).

3° Orden: Del Fisco

Como el causante no tiene padre ni madre determinada, también carecerá de hermanos y de parientes colaterales consanguíneos. Por ello, a falta de cónyuge se aplicará el orden del fisco, conforme al art. 995 CC.

V. SUCESIÓN EN PARTE TESTADA E INTESADA

En nuestro sistema sucesorio se admite la sucesión parcialmente testada: "La sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada" (art. 952.2 CC).

Esta sucesión está sujeta a las siguientes reglas:

a) Se cumplen las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudica a los herederos abintestato, según las reglas generales (art. 996.1 CC). La Ley N° 19.585 agregó que, en todo caso, esta regla se aplica sólo una vez enteradas las legítimas y mejoras de la herencia; pero esta regla sólo se explica por el íter legislativo y no tiene mayor alcance práctico⁸.

⁸ La modificación fue sugerida por el profesor René Abeliuk a la Comisión de Constitución del Senado (Segundo Informe, Boletín N° 1060-07), con el objeto de corregir el juego de las disposiciones de los arts. 1191 y 996. La Ley N° 10.271 había intentado solucionar la contradicción que se daba entre ambos artículos en caso de que el testador, teniendo legitimarios y a la vez herederos abintestato, no hubiera dispuesto de la cuarta de mejoras o de la de libre disposición. Según el art. 1191 original la parte no dispuesta acrecía a las legítimas, en cambio según el art. 996, en lo no testado debían suceder los herederos abintestato. La Ley N° 10.271, zanjó la discusión en favor de la aplicación del art. 996. Agregó al art. 1191 la regla siguiente: "Si concurren, como herederos, legitimarios con quienes no lo sean, sobre lo preceptuado en este artículo prevalecerán las reglas contenidas en el Título II de este Libro", es decir, prima el art. 996 y la parte no testada se distribuye de acuerdo con las reglas de la sucesión abintestato. Esta regla, sin embargo, siguió siendo criticada porque permitía al testador mermar la asignación de la cuarta de mejoras tratándose de hijos naturales y de otros asignatarios de mejoras que no eran legitimarios y que por sucesión abintestato recibirían menos que por la asignación semiforzosa. Por eso, en la discusión de la Ley N° 19.585 se quiso evitar esta consecuencia disponiendo en el art. 996 que las reglas de la sucesión intestada se aplican "una vez enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia". Pero, al agregarse al final de la discusión de la ley a los ascendientes como asignatarios de mejora, el caso hipotético que da origen al inciso tercero del art. 1191 no podrá producirse: nunca pueden ser llamados

b) Los que suceden a la vez por testamento y abintestato, imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieren por testamento (art. 996.2 CC). Se ha discutido cómo se calcula la porción abintestato: sobre el remanente excluida la asignación testamentaria o sobre el total del caudal hereditario. Parece razonable optar por la segunda alternativa, ya que, de lo contrario, se perjudica al asignatario testamentario que se supone es quien el causante ha querido favorecer.

c) Los herederos testamentarios pueden retener toda la porción testamentaria, si excediere a la porción por la que son llamados abintestato (art. 996.2 CC).

d) Sobre lo anterior, prevalece la voluntad expresa del testador (art. 996.3 CC), es decir, el testador puede ordenar que ambas porciones se acumulen.

e) Pero la voluntad del testador se respetará sólo en lo que de derecho corresponda (art. 996.3), es decir, sin atentar contra las asignaciones forzosas.

Surge una pregunta a este respecto: ¿cuál es la situación del cónyuge en esta sucesión mixta?

En el primer orden sucesorio se señala que la cuarta parte de porción mínima sobre la herencia o la mitad legitimaria "se calculará teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 996" (art. 988 CC). En consecuencia, si el cónyuge concurre en una herencia en parte testada y en parte intestada, la asignación testamentaria se imputará a esa porción mínima, a menos que haya declaración expresa en contrario del testador. Entonces, para el cónyuge la asignación testamentaria se imputa a la porción abintestato que le corresponde en los órdenes primero y segundo; pero si se trata del primer orden y se forma porción mínima (por concurrencia de siete o más hijos), la asignación testamentaria se imputa a dicha porción mínima.

legitimarios con herederos abintestato que no lo sean: los hijos no matrimoniales, el cónyuge y los ascendientes son ahora legitimarios y excluyen a otros herederos. Luego, la advertencia que la Ley N° 19.585 agregó en el inciso final del art. 996 no parece tener ninguna aplicación práctica (con la excepción muy limitada y de efecto transitorio de concurrencia de un adoptado en conformidad con la antigua Ley N° 7.613 que, no siendo legitimario, es llamado a la sucesión abintestato).

Pero surge aquí una nueva interrogante: ¿sobre qué universo de bienes debe medirse la porción mínima si el causante hace asignaciones por testamento imputables a la cuarta de mejoras o a la de libre disposición? En tal caso, las posibilidades son dos: la primera es que nos atengamos al texto de la ley que señala que si se forma mitad legitimaria, la cuarta parte mínima del cónyuge debe computarse sobre la mitad legitimaria (es decir, es $1/8$ del total de la herencia). Una posición menos ceñida al texto legal dirá que la cuarta mínima conyugal se calculará sobre todo el patrimonio no testado y, así, si el testador dispuso sólo de la cuarta parte de libre disposición, la cuarta conyugal se calculará sobre los restantes $3/4$ de la herencia.

La cuestión es discutible e incluso se vuelve más problemática si el asignatario favorecido es el mismo cónyuge. En tal caso, el testador al asignar, por ejemplo, la cuarta de mejoras al cónyuge y no decir nada sobre el resto, estaría perjudicando al mismo cónyuge, ya que de no haber testado la cuarta mínima se hubiera calculado sobre todo el haz hereditario y, en cambio, al haber asignado al cónyuge y haberse formado así mitad legitimaria, la cuarta obligatoria quedaría reducida a la mitad de ésta, es decir, a $1/8$ de la herencia.

A pesar de estos inconvenientes, nos parece que el texto de la ley es demasiado claro para que pueda ser obviado o rectificado por el intérprete. Además, tratándose de una restricción al derecho de los demás herederos concurrentes (hijos o descendientes) es procedente, a nuestro juicio, una interpretación estricta. Recuérdese que el art. 23 del Código Civil nos obliga a no tener en cuenta lo favorable o lo odioso de una disposición (en algunos casos concretos como los referidos) para ampliar o restringir su sentido.

VI. LA SITUACIÓN SUCESORIA DEL ADOPTADO

Según el art. 983 CC, "los derechos hereditarios del adoptado se rigen por la ley respectiva". Cuando se discutió este texto estaba en trámite una reforma a las leyes de adopción (N^{os.} 7.613 y 18.703). Después de publicada la Ley N^o 19.585, el Ejecutivo presentó una indicación sustitutiva del proyecto en trámite que tenía por objeto fundamental suprimir el modelo dual de adopción simple y adopción plena, y pasar a un sistema de adopción única siempre filiativa.

Finalmente, se dictó la Ley N^o 19.620, de 5 de agosto de 1999, (que derogó las leyes anteriores a contar del 27 de octubre de

1999) y que ha contemplado una sola forma de adopción que confiere el estado civil de hijo y rompe los lazos biológicos anteriores. Cuando los adoptantes son casados, el adoptado adquirirá la posición de hijo matrimonial de ambos. Cuando el adoptante es soltero, el adoptado se asimilará a un hijo de filiación no matrimonial determinada respecto del padre o madre adoptivo. Respecto del otro progenitor quedará como hijo de filiación no determinada,

En ambos casos, los derechos hereditarios del adoptado y del adoptante son los que corresponden a descendientes y ascendientes de acuerdo con las normas generales. Aunque la ley habla de que sólo se confiere el estado civil de hijo, como el estado civil es indivisible, también se confiere el estado civil de padre o madre a los adoptantes, y las relaciones de parentesco que de ese estado civil se originan: ascendientes y descendientes.

Sin embargo, quedó por solucionar el problema de las personas ya adoptadas en conformidad a la legislación anterior, pero que concurren en sucesiones abiertas con posterioridad a la Ley N° 19.585 que igualó los derechos hereditarios de los hijos.

Respecto a los adoptados de la Ley N° 18.703 no se configuran dificultades, ya que o bien la adopción es simple (y no genera derechos sucesorios), o bien es plena, y entonces el adoptado ha adquirido el estado civil de hijo legítimo (ahora matrimonial) de los adoptantes.

Mayores dificultades ocasiona la situación del adoptado conforme a la Ley N° 7.603 que, aunque no adquiría el estado civil de hijo ni la calidad de legitimario, tenía derechos sucesorios regulados por el art. 24 de dicha ley. La nueva ley de adopción se limitó a disponer que los que tengan la calidad de adoptantes o adoptado de acuerdo con estas normas, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en la Ley N° 7.613 y en las reglas de la adopción simple de la Ley N° 18.703, "incluso en materia sucesoria" (art. 45.2 Ley N° 19.620). La referencia a la materia sucesoria es sólo aplicable a la Ley N° 7.613 y, en particular, a su art. 24.

Nos parece que hubiera sido deseable que el legislador de la Ley N° 19.620 se hubiera hecho cargo de la forma en que se computan los derechos hereditarios del adoptado y no se contentara con una remisión general al art. 24. En efecto, esta disposición está redactada sobre la base de los anteriores órdenes sucesorios del Código Civil que resultaron alterados sustancialmente con la reforma de la Ley N° 19.585, y no resulta fácil entonces dilucidar cómo aplicar un texto que se refiere a normas derogadas.

A nuestro juicio, la interpretación debe decidirse teniendo en cuenta la mente del legislador que fue la de no alterar el *statu quo* entre adoptante y adoptado y sus respectivas familias. Es decir, es necesario, hasta donde sea posible, aplicar la misma situación que se hubiera dado de no haberse modificado los órdenes sucesorios de la Ley N° 19.585.

Por ello, hay que concluir que debe mantenerse la distinción entre sucesión regular (si el causante es hijo matrimonial) o irregular (si el causante es hijo no matrimonial).

En la sucesión regular, en el primer orden el adoptado será considerado como el antiguo hijo natural, es decir, recibirá la mitad de lo que corresponde a un hijo matrimonial (o no matrimonial, ahora igualados) y con un máximo de una cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, en su caso⁹.

En el segundo orden, que se abrirá ante la ausencia de descendientes biológicos, el adoptado concurrirá con los ascendientes matrimoniales del causante y su cónyuge. Se aplicará entonces el inc. 2° del art. 24 y la herencia se dividirá en seis partes: tres para los ascendientes, dos para el cónyuge y una para el adoptado. En caso de faltar el cónyuge, la herencia se repartirá por mitades entre el adoptado y los ascendientes por aplicación ahora del antiguo art. 989 CC (vigente para estos efectos por virtud del art. 45 de la Ley N° 19.620).

En el tercer orden sucesorio, que se abrirá al faltar los ascendientes, concurrirá el adoptado con el cónyuge. La herencia se dividirá como lo dispone el anterior art. 990 CC, es decir, por mitades.

⁹ Se ha sostenido en su contra que, de acuerdo al espíritu general de la Ley de filiación, debería el adoptado aprovecharse de la equiparación de derechos sucesorios que se le otorgó a los hijos naturales en relación con los legítimos y ser considerado como un hijo que concurre y fija el primer orden de sucesión (así, DOMÍNGUEZ B., R. y DOMÍNGUEZ A., R., ob. cit., p. 17; ABELIUK, R., ob. cit., t. II, p. 578; FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, "Aspectos sustantivos de la nueva ley", en Folleto Ciclo de Charlas Nueva Ley de Adopción N° 19.620, Colegio de Abogados de Chile, p. 18; y con dudas, RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, Edit. Jurídica de Chile, 3ª edic., Santiago, 2000, t. II, pp. 460-461). El razonamiento no nos resulta fundado. La Ley de filiación claramente dejó marginado el tema de los derechos sucesorios de los diversos tipos de adoptados; la ley de adopción unificó la adopción, pero para lo futuro, y no quiso cambiar la situación sucesoria del adoptado de la Ley N° 7.613, tal como la establecían las reglas bajo las cuales se otorgó la adopción, salvo que hubiera acuerdo expreso de conferirle a ese adoptado la nueva condición de hijo. El adoptado de la Ley N° 7.613 no tiene el estado civil de hijo, por lo que no puede dársele esa calidad para efectos sucesorios (en similar sentido, COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva ley de filiación*, ConoSur, 2ª edic., Santiago, 2000, p. 231).

A falta de cónyuge, debe abrirse un nuevo orden sucesorio que surge de complementar los derechos del adoptado con los nuevos artículos de los órdenes sucesorios. Así, concurrirá el adoptado con los hermanos del causante. La herencia se divide en cuartos: tres cuartos para el adoptado y uno para los hermanos, todo según lo dispuesto en el art. 990 CC, aplicable en su antiguo tenor por mandato del art. 45.2 de la Ley N° 19.620.

Si no concurren hermanos, toda la herencia será para el adoptado (art. 990.3 CC antiguo).

Veamos ahora la sucesión irregular. En el primer orden de sucesión, se aplica lo ya señalado.

En el segundo orden sucesorio, parecería que habría que distinguir si los ascendientes que son llamados son los padres no matrimoniales u otros ascendientes del causante. Si se trata de otros ascendientes (abuelos), se aplicará la misma regla que para la sucesión regular. En cambio, si se trata de los padres no matrimoniales debiera aplicarse lo dispuesto en el inc. 3° del art. 24 de la Ley N° 7.613; pero la regla resulta coincidente con la del orden de la sucesión regular, es decir, la herencia se divide en sextos: tres para los padres, dos para el cónyuge y uno para el adoptado. Si falta el cónyuge y concurren sólo padres y adoptado, la herencia se distribuye por mitades.

Si faltan ascendientes y concurre sólo adoptante y cónyuge, la herencia se dividirá en mitades por disposición del antiguo art. 993.7 CC.

Si sólo concurre el adoptado, éste se llevará toda la herencia con exclusión de los hermanos. En efecto, así lo sostenía la doctrina anterior al señalar que, en este caso, debía respetarse la regla general del art. 24 de la Ley N° 7.613 de que el adoptado se equipara a un hijo natural, y en razón de que, según el antiguo art. 993 CC, los hijos naturales excluyen a los hermanos. Con mayor razón esta conclusión debe afirmarse ahora que, después de la Ley N° 19.585, los hijos no matrimoniales (ex-naturales) excluyen no sólo a los hermanos sino a los ascendientes.

Finalmente, hay que decir que el adoptado no adquiere la calidad de legitimario de conformidad con el inciso final del art. 24 de la Ley N° 7.613.

Por último, cabe agregar que en caso de fallecimiento del adoptado según la Ley N° 7.613, el adoptante no es llamado a la sucesión abintestato, ya que el art. 24 de dicha ley sólo confiere derechos al adoptado en la sucesión del adoptante. El art. 45 de la

Ley N° 19.620, al conservar las normas anteriores "incluso en materia sucesoria", obliga a seguir aplicando el mismo criterio.

Por cierto, si adoptante y adoptado otorgan el pacto al que se refiere el inciso 3° del art. 45 de la Ley N° 19.620 podrá constituirse entre ellos la relación adoptiva filiativa que regula dicha ley y el adoptado pasará a adquirir el estado civil de hijo del adoptante, y éste el de padre del adoptado, aplicándose las reglas generales de la sucesión como padres e hijos, respectivamente.

LAS ASIGNACIONES FORZOSAS EN EL ACTUAL DERECHO SUCESORIO

FELIPE VIAL CLARO

Abogado

Profesor de Derecho Civil

Universidad de los Andes

I. ASIGNACIONES FORZOSAS Y LIBERTAD RESTRINGIDA DE TESTAR

De las disposiciones de los arts. 1167, 1184, 1191, 996, 1195, 1204, 1201, 1203, 1220 CC, se desprende que nuestro sistema sucesorio sigue manteniendo las asignaciones forzosas que determinan una libertad de testar no absoluta sino restringida.

Las modificaciones al Código Civil introducidas por las leyes N° 18.802 y N° 19.585, mantienen el sistema de libertad restringida de testar.

La ley, en general, limita la libertad de testar de las personas, en consideración a los deberes que las mismas tienen respecto de otras por su estrecha relación familiar.

La facultad de disponer está limitada por las llamadas asignaciones forzosas, que son aquellas que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias (art. 1167).

Las disposiciones testamentarias que vulneran las asignaciones forzosas no son nulas, pero dan lugar a la acción de reforma del testamento para dejarlas sin efecto hasta donde sea necesario (art. 1216 y siguientes).

Las asignaciones forzosas son actualmente:

1. Alimentos que se deben por ley a ciertas personas.
2. Las legítimas.

3. La cuarta de mejoras, en la sucesión de descendientes, de los ascendientes y del cónyuge (art. 1167).

Las recientes modificaciones al Código Civil han introducido cambios en el sistema de asignaciones forzosas, a fin de adaptarlo a los cambios introducidos en relación a la filiación, que consagran el principio de igualdad de los hijos, eliminando toda discriminación entre filiación matrimonial y no matrimonial.

Además, se ha puesto fin a la porción conyugal, se han incorporado nuevos asignatarios de legítima y mejoras (cónyuge y ascendientes) y se ha modificado la forma en que son llamados los asignatarios forzosos.

Las modificaciones anteriores tienen como resultado global el que se limita la libertad de testar más allá de lo que estaba.

II. ASIGNACIONES ALIMENTICIAS QUE SE DEBEN POR LEY

La ley obliga a las personas en ciertos casos a dar alimentos a otras en consideración a su estrecha relación de familia y, por la misma razón, obliga a que después de su muerte se asigne una cantidad de bienes para continuar cumpliendo con su obligación alimenticia.

Sobre esto deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

a) Sólo constituyen asignación forzosa los alimentos que se deben por ley. Las pensiones voluntarias no constituyen asignación forzosa.

b) Algunos autores exigen que alimentos se hayan reclamado o pagado voluntariamente en vida del causante, otros sostienen que simplemente basta la concurrencia de los requisitos legales para que ellos procedan.

c) Las asignaciones alimenticias son verdaderas deudas hereditarias, de ahí que constituyan bajas generales de la herencia y deban deducirse del acervo ilíquido para formar el acervo líquido sobre el que se calculan las demás asignaciones, con dos excepciones muy calificadas:

- (i) cuando las asignaciones alimenticias se han impuesto a determinados herederos o legatarios; y
- (ii) cuando las asignaciones alimenticias son excesivas, atendidas las fuerzas del patrimonio hereditario; considerándose en lo excesivo con cargo a la parte de la herencia de libre disposición.

No se han introducido en esta materia otros cambios que los referidos a la obligación alimenticia en los artículos 321 y siguientes.

III. PORCIÓN CONYUGAL

La porción conyugal era aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asignaba al cónyuge sobreviviente.

Tuvo originalmente un carácter alimenticio y derivó posteriormente en el de una asignación forzosa de naturaleza híbrida (reforma de la Ley N° 10.271). Además de exigir que el cónyuge fuera capaz, digno de suceder y que no hubiere dado motivo a divorcio por su culpa, la ley exigía que el cónyuge fuera pobre y de ahí derivaba, como consecuencia, el que se distinguiera una porción conyugal teórica y una efectiva o complementaria que constituía verdaderamente la asignación forzosa.

La porción conyugal era considerada en general una baja general de la herencia, salvo en el orden de sucesión de los descendientes legítimos, donde concurría conjuntamente con éstos en las proporciones previstas en la ley.

Las modificaciones introducidas al Código Civil han puesto término a la porción conyugal como asignación forzosa y desde luego como baja general en la herencia. En su lugar, le ha sido reconocido al cónyuge sobreviviente plenamente la condición de heredero y, precisamente, la condición de asignatario de legítima y de mejoras.

Se terminó de suprimir, además, el carácter alimenticio que todavía conservaba de algún modo la asignación a favor del cónyuge sobreviviente y por lo cual se exigía la condición de cónyuge pobre (concepto de pobreza bastante *sui generis*).

Al respecto, puede verse la derogación de los artículos 1172 al 1180 y, asimismo, los nuevos artículos 1167, 1182, 1184 y 1195.

IV. LEGÍTIMAS Y MEJORAS

Las legítimas y mejoras son hoy más que nunca las verdaderas asignaciones forzosas que consagra la ley, y en ellas se concentra la nueva regulación que hace la ley de las mismas.

A fin de entender cabalmente los cambios introducidos en las legítimas y mejoras, es necesario tener presente los antecedentes que le sirven de base:

1. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN MATERIA DE FILIACIÓN

La ley eliminó la distinción entre parentesco legítimo e ilegítimo y consagró la igualdad de los hijos, exigiendo únicamente que la filiación se encuentre determinada de conformidad a la ley (art. 27, 28, 31, 33, 37 y 41). Así, se distingue hoy una "filiación determinada legalmente", cuya determinación tiene lugar de distinta manera según la filiación sea matrimonial o no matrimonial (art. 179 y siguientes).

En consideración al principio de igualdad de los hijos consagrado en el art. 33, la filiación matrimonial y no matrimonial no puede servir de base para discriminar en cuanto a los efectos de una y otra filiación. La "filiación no determinada legalmente", naturalmente, no produce efecto alguno.

En el orden de las legítimas y mejoras, lo anterior tiene por consecuencia el que se elimina de estas asignaciones forzosas el concepto de parentesco legítimo e ilegítimo, para eliminar de esa manera toda forma de discriminación entre los hijos de filiación matrimonial y los de filiación no matrimonial.

En este mismo orden de cosas, se elimina el concepto de hijos naturales, padres naturales y hermanos naturales, que se tratan simplemente como hijos o descendientes y ascendientes, sin discriminación; y sólo se mantiene en el parentesco colateral el concepto de hermanos carnales (o de doble conjunción) y hermanos de padre o de madre (o de simple conjunción); (art. 41, 1167, 1182, 1184 y 1195).

2. TÉRMINO DE PORCIÓN CONYUGAL

La ley pone término a la porción conyugal y, como hemos mencionado anteriormente, como contrapartida se reconoce al cónyuge sobreviviente plenamente la condición de heredero y, precisa-

mente, la condición de asignatario de legítima y de mejoras (arts. 1167, 1182, 1184 y 1195).

La igualdad de derechos reconocida en favor de los hijos de filiación no matrimonial, por otra parte, se compensó con un notable mejoramiento de la situación hereditaria del cónyuge sobreviviente, cuya principal manifestación es la consagración de una legítima mínima en el primer orden de sucesión (art. 1183 en relación al art. 988) y el incremento de su participación en el segundo orden de sucesión (art. 1183 en relación al art. 989).

3. INCORPORACIÓN PLENA DE ASCENDIENTES COMO ASIGNATARIOS DE LEGÍTIMA Y CUARTA DE MEJORAS

Aparte de la eliminación de toda discriminación en cuanto a la filiación matrimonial y no matrimonial que beneficia básicamente a los abuelos, bisabuelos y tatarabuelos no matrimoniales (art. 1182), los ascendientes también fueron incorporados como asignatarios de cuarta de mejoras (art. 1167, 1184 y 1195).

4. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS

4.1. Concepto

La legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios (por consiguiente, son herederos) (art. 1181).

4.2. Asignatarios de legítima

Los legitimarios son actualmente (art. 1182):

1. Hijos, personalmente o representados por su descendencia.
2. Ascendientes, siempre que la paternidad o maternidad que constituye o de la que derive el parentesco no haya sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, ni haya tenido lugar en este caso el restablecimiento de los derechos del padre o madre previsto en el artículo 203.
3. El cónyuge sobreviviente, siempre que no hubiere dado motivo por su culpa al divorcio perpetuo o temporal.

Las modificaciones introducidas al Código Civil a este respecto tienen, básicamente, por objeto eliminar toda discriminación entre descendientes y ascendientes fundada en su filiación matrimonial o no matrimonial y, además, incorporar como legitimario al cónyuge sobreviviente.

Se contempla también una suerte de indignidad especial respecto de ascendientes en general y respecto del cónyuge se mantiene la que de algún modo se consagraba respecto de la porción conyugal.

4.3. Concurrencia de los legitimarios

Los legitimarios concurren, son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada, que a estos efectos ha sufrido algunas modificaciones (arts. 1183 en relación a art. 984 y siguientes, 988 y 989).

La referencia debe entenderse hecha al primer y segundo orden de sucesión intestada:

1º Orden: Hijos (art. 988): El primer orden llama a los hijos, personalmente o representados por su descendencia (art. 1182 y art. 984 y siguientes), excluyendo a todos los demás herederos salvo al cónyuge sobreviviente que también concurre en este orden.

- (i) Si los hijos son varios: el cónyuge sobreviviente recibe el doble de la legítima rigorosa o efectiva que corresponda a hijos.
- (ii) Si sólo es un hijo: el cónyuge sobreviviente recibe una porción igual a la legítima rigorosa o efectiva del hijo.

En cualquiera de los casos anteriores, el cónyuge sobreviviente es beneficiado con un mínimo: la porción que le corresponda en ningún caso podrá ser inferior a una cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso (si acaso el causante ha dispuesto de todo o parte de sus bienes). En tal evento, cuando tiene aplicación esta legítima mínima, el art. 988 dispone que el resto se dividirá entre los hijos por partes iguales. De esta disposición se deduce que el propósito del legislador fue limitar el acrecimiento de la legítima del cónyuge, cuando el testador ha dispuesto de todo o parte de la herencia, con lo cual en realidad perjudica al cónyuge sobreviviente que trata de beneficiar con la legítima mínima, preci-

samente cuando hay más asignatarios con derecho a participar en la herencia.

Finalmente, el art. 988 se remite a la disposición del art. 966, que se refiere a la sucesión parte testada y parte intestada, y que obliga a imputar a la asignación abintestato (en este caso, a la legítima), lo que el respectivo asignatario hubiere recibido por testamento, salvo disposición del testador en contrario, en lo que fuere de derecho. La imputación aplicable en este caso también puede producir un efecto anómalo respecto del cónyuge sobreviviente, en cuanto la disposición del testador en su favor, para beneficiarlo, tiene por efecto disminuir su legítima mínima a una cuarta parte de la mitad legitimaria.

La redacción del art. 988 es poco feliz. Si debe buscarse algún sentido lógico a esta disposición y eso es ya tarea de interpretación, habría que entender que la legítima mínima se reduce a la cuarta de la mitad legitimaria sólo cuando los legitimarios no pueden acceder a más que a la mitad legitimaria por haber el causante dispuesto del total de aquella parte de la herencia de la que puede disponer libremente o en beneficio de los asignatarios de mejoras. Cuando puede acceder a más de la mitad legitimaria, la legítima debería entenderse referida a un cuarto de la herencia, entendida como el saldo del que no dispuso el causante.

2º Orden: Cónyuge sobreviviente y ascendientes de grado más próximo (art. 989)

El segundo orden llama al cónyuge sobreviviente y a los ascendientes de grado más próximo, cualquiera de ellos, y excluye a todos los demás herederos. La mitad legitimaria se distribuye del modo siguiente:

- (i) Si concurren ambos: el cónyuge sobreviviente recibe dos tercios y los ascendientes un tercio.
- (ii) Si concurre sólo el cónyuge sobreviviente: recibe el total.
- (iii) Si sólo concurren ascendientes: reciben el total y si sólo hay un ascendiente sucede en toda la porción de los ascendientes.

Si por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación falta un legitimario personalmente y por representación, su parte contribuirá a incrementar la legítima rigurosa de los demás legitimarios (art. 1190).

La legítima rigorosa no admite modalidades (art. 1192) y se paga en preferencia sobre toda otra asignación (art. 1189).

En general, las modificaciones introducidas en el Código Civil a este respecto eliminan la distinción entre sucesión regular e irregular, la discriminación entre filiación matrimonial y no matrimonial, e incorporan al cónyuge como pariente que fija el segundo orden de sucesión, incrementando además su participación a dos tercios.

Finalmente, cabe recordar que el llamado que hace la ley a los legitimarios considera siempre su condición de herederos, aunque pueden ser llamados además por el testador tanto como herederos como legatarios.

4.4. Base de cálculo. Los acervos imaginarios

Las asignaciones antes mencionadas son calculadas sobre la parte de la herencia que la ley reserva a los legitimarios y que recibe el nombre de mitad legitimaria (art. 1184). Lo que recibe cada legitimario en esta mitad es denominado legítima rigorosa.

La mitad legitimaria y en definitiva las legítimas rigorosas, son calculadas sobre el acervo líquido más las acumulaciones del primero y segundo acervo imaginarios (reconstitución ideal de patrimonio del causante).

a) Primer acervo imaginario (art. 1185)

Para formar este acervo se acumulan todas las donaciones revocables y las donaciones irrevocables hechas en razón de legítimas y de mejoras.

Las donaciones se acumulan sólo en valor y según el estado de cosas al tiempo de donación, valor que el nuevo texto del art. 1185 obliga a actualizar prudencialmente a la fecha de apertura de la sucesión.

Se eliminan las acumulaciones por deducciones a la porción conyugal, a la que se pone término.

b) Segundo acervo imaginario (art. 1186)

Para formar este acervo se acumula el exceso de lo donado irrevocablemente a extraños, por quien a la sazón tenía legitimarios.

El exceso se determina como todo aquello que exceda de un cuarto del valor de la suma del primer acervo imaginario y tales de

donaciones. Este exceso se imputa a la cuarta de libre disposición y si la excede procede la acción de inoficiosa donación para la restitución real (ya no imaginaria) de dicho exceso a la masa hereditaria en protección de las legítimas y mejoras (art. 1187).

4.5. Acrecimiento de legítima rigorosa y formación de la legítima efectiva

Si el testador no dispuso del todo o parte de la 1/4 de mejoras y de la 1/4 de libre disposición, la legítima rigorosa de cada legitimario se incrementa proporcionalmente para constituir lo que se denomina la legítima efectiva (art. 1191).

Pero si concurren herederos legitimarios y herederos no legitimarios (designados testamentariamente), se da aplicación al artículo 996 referido a la sucesión parte testada y parte intestada. Esto significa que:

- i) Se cumplen disposiciones testamentarias (legados y otros)
- ii) Remanente se distribuye entre herederos abintestato, imputando a la asignación abintestato lo que hubieran recibido por testamento, salvo disposición del testador en contrario en lo que de derecho corresponda (en este mismo sentido art. 1198 y 1203).

5. LA REGULACIÓN DE LAS MEJORAS

5.1. Concepto

Es aquella cuota o parte de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas que son llamadas asignatarios de la cuarta de mejoras, en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge.

Los asignatarios de la cuarta de mejoras son actualmente:

- i) Descendientes
- ii) Ascendientes
- iii) Cónyuge sobreviviente (art. 1167, 1184 y 1195)

Los asignatarios de mejoras pueden ser o no legitimarios (art. 1184).

Las modificaciones introducidas al Código Civil a este respecto tienen por objeto básicamente eliminar toda discriminación en razón de la filiación matrimonial y no matrimonial. Ya se había

incorporado como asignatario al cónyuge sobreviviente por la Ley N° 18.802 y ahora se suman los ascendientes.

De acuerdo con estas modificaciones, los asignatarios de cuarta de mejoras son llamados no sólo en la sucesión de los descendientes legítimos, como era antes, sino en la sucesión de los descendientes, ascendientes y cónyuge sobreviviente, siendo el cónyuge sobreviviente y los ascendientes los grandes beneficiados con estos cambios.

5.2. Distribución de las mejoras

El donante o testador puede hacer respecto de la cuarta de mejoras la distribución que quiera, pudiendo incluso asignar todo a unos y excluir a otros (art. 1195).

El asignatario de cuarta de mejoras puede ser llamado como heredero o como legatario.

5.3. Base de cálculo

Las asignaciones de cuarta de mejoras son calculadas sobre la parte de la herencia que la ley reserva a tales asignatarios, que es una cuarta parte de la herencia y recibe precisamente el nombre de cuarta de mejoras (art. 1184).

La cuarta de mejoras es calculada sobre el acervo líquido, más las acumulaciones del primer y segundo acervo imaginario que ya fueron reseñados.

Las asignaciones de cuarta de mejoras admiten modalidades, pero ellas deben ceder siempre en beneficio de un asignatario de cuarta de mejoras (art. 1195)

5.4. Pactos sobre sucesión futura

Aunque el Código Civil prohíbe en general los pactos sobre sucesión futura, admite expresamente la promesa de no disponer de la cuarta de mejoras (art. 1204).

Los elementos de este pacto de no mejorar son los siguientes:

- i) Solemnidad: se exige escritura pública.
- ii) Objeto: el objeto del pacto es la promesa del testador de no disponer de la cuarta de mejoras.

iii) Beneficiarios: son posibles beneficiarios del pacto los descendientes, cónyuge y ascendientes que tengan a la sazón la calidad de legitimarios (se incorporó a cónyuge y ascendientes).

El efecto del pacto en caso de transgresión del testador es una acción de los beneficiarios en contra de asignatarios de la cuarta de mejoras para que le enteren lo que les habría significado el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara.

V. PAGO DE LEGÍTIMAS Y MEJORAS

En general, se mantiene el derecho de pago preferente de las legítimas sobre toda otra disposición testamentaria y de las mejoras sobre toda otra disposición del testador con cargo a la cuarta de libre disposición.

1. PAGO DE LAS LEGÍTIMAS

Las legítimas gozan de pago preferente. Las asignaciones que el testador hace a legitimarios se presumen hechas a título de legítima.

El exceso de lo asignado a título de legítima, se imputa con preferencia a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de la igual distribución entre legitimarios en la proporción que corresponda (art. 1193).

Si no hubiere como completar las legítimas y mejoras, se rebajan todas a prorrata (art. 1196).

2. PAGO DE LAS MEJORAS

Las asignaciones a título de cuarta de mejoras requieren de mención expresa en tal sentido o que aparezca que se han otorgado a título de mejora (arts. 1198 y 1203).

El exceso de lo asignado a título de mejoras, se imputa con preferencia a la cuarta de libre disposición (art. 1194). Si no hubiere para completar las legítimas y mejoras, se rebajan todas a prorrata (art. 1196).

3. BENEFICIO DE ACUMULACIONES
DEL PRIMER Y SEGUNDO ACERVO IMAGINARIO

Hay que distinguir si se trata de la acumulación de donaciones revocables o de donaciones irrevocables hechas a título de legítima o mejora:

- i) Acumulación de donaciones revocables: aprovecha a legitimarios, asignatarios de cuarta de mejoras y a otros asignatarios de cuarta de libre disposición (incluso aprovecha a los acreedores hereditarios).
- ii) Acumulación de donaciones irrevocables dadas en razón de legítimas y mejoras: aprovecha a legitimarios y asignatarios de cuarta de mejoras. No aprovecha a otros asignatarios, aunque indirectamente éstos aprovechan por el beneficio del cómputo.

4. RESOLUCIÓN DE DONACIONES
A TÍTULO DE LEGÍTIMA O DE MEJORA

Las donaciones pueden ser resueltas. La resolución procede cuando el asignatario que se creía tenía la calidad de legitimario o asignatario de mejoras, en verdad no la tenía o llegó a faltar por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación o presencia de otro legitimario con mejor derecho (arts. 1200 y 1201).

Las donaciones imputables a la legítima del donatario que llegó a faltar, se imputarán a la legítima de sus descendientes.

VI. EL DESHEREDAMIENTO

1. CONCEPTO

El desheredamiento es una disposición testamentaria por medio de la cual el causante ordena que un legitimario sea privado de todo o parte de su legítima y procede cuando este incurre en alguna de las causas que contempla la ley (art. 1207).

Los efectos del desheredamiento se extienden, si el testador no los limita, a todas las asignaciones y donaciones que haya hecho el testador (art. 1210).

2. CAUSAS

Se trata en general de falta a deberes y deferencias del legitimario con el causante (art. 1208).

Las modificaciones introducidas al art. 1208 tienen por objeto eliminar referencias a parentesco legítimo, incorporan al cónyuge entre los sujetos de desheredamiento e introducen el concepto de delito que merezca pena aflictiva en la causal del número 5.

VII. REFORMA DEL TESTAMENTO

1. LA ACCIÓN DE REFORMA

Las disposiciones testamentarias que violan las asignaciones forzosas no son nulas, pero dan lugar a la acción de reforma del testamento para dejarlas sin efecto hasta donde sea necesario (art. 1216 y siguientes).

Esta acción permite a los asignatarios forzosos reclamar la modificación del testamento para obtener lo que por ley les corresponde, cuando el testador ha desconocido sus derechos.

2. TITULARES

Los sujetos activos de la acción de reforma son:

- i) Los legitimarios por su legítima vulnerada (art. 1216)
- ii) Los legitimarios si el testador, teniendo asignatarios de mejoras (descendientes, ascendientes o cónyuge), ha dispuesto de la cuarta de mejoras en beneficio de otras personas (art. 1220).

Se eliminó la titularidad de la cónyuge sobreviviente por su porción conyugal, pero la retiene como legitimario.

VIII. LA TEORÍA DE LOS ACERVOS Y SUS MODIFICACIONES

1. NOCIONES GENERALES

La herencia designa a un conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles, que se encuentran afectos a una serie de

derechos y obligaciones respecto de herederos, legatarios y otros acreedores.

A fin de determinar tales derechos y obligaciones de herederos, legatarios y otros acreedores, sabemos que es necesario determinar los acervos a los que unos y otros derechos y obligaciones se refieren.

En razón de la eliminación de la denominada porción conyugal y de la consideración del cónyuge sobreviviente como heredero y, precisamente, como legitimario y asignatario de cuarta de mejoras, la forma de determinar los acervos de la herencia ha variado ligeramente.

2. EL ACERVO BRUTO

El acervo bruto es la masa de bienes, derechos y obligaciones del causante al momento de su muerte, comprendidos bienes, derechos y obligaciones de terceros mezclados o confundidos con los del causante por diversas causas: gananciales, comunidades, usufructos, comodatos, etc.

A fin de determinar el verdadero patrimonio del causante, debe procederse a separar dicho patrimonio de otros bienes, derechos y obligaciones a través de liquidaciones, particiones o separaciones físicas: de ello resulta el acervo ilíquido.

3. EL ACERVO ILÍQUIDO

Este acervo está conformado por la masa de bienes, derechos y obligaciones que resulta de la separación de los bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a personas distintas del causante.

A fin de determinar el acervo del que dispone el testador o la ley, deben deducirse las bajas generales de la herencia que afectan a todos los asignatarios, y que son:

- 1° Gastos de apertura de sucesión: deben incluirse gastos de enfermedad y entierro (Ley N° 16.271).
- 2° Deudas hereditarias.
- 3° Impuestos que graven toda la masa (hoy no existen).
- 4° Asignaciones alimenticias forzosas (art. 959).

La porción conyugal ya no es más baja general de la herencia en ninguno de los órdenes sucesorios.

El resultado de la deducción de las bajas de la herencia es el acervo líquido.

4. EL ACERVO LÍQUIDO

El acervo líquido, deducidas las bajas generales de la herencia ya mencionadas, es la masa de bienes, derechos y obligaciones sobre la que dispone el testador o en un defecto la ley (art. 959).

5. LOS LLAMADOS "ACERVOS IMAGINARIOS"

Por razones de justicia, de eficacia de las normas legales que regulan los derechos sucesorios y, concretamente, para proteger a los asignatarios de legítimas y mejoras, la ley ha dispuesto la necesidad de efectuar algunos ajustes de orden contable al acervo líquido, a fin de acumular bienes que por ciertas razones salieron gratuitamente del patrimonio del causante en vida del mismo.

La ley en definitiva ordena reconstituir idealmente el patrimonio del causante a partir del acervo líquido, a través de la formación de acervos imaginarios que contemplen la asignación de los siguientes bienes:

5.1. Primer acervo imaginario

Se acumulan al acervo líquido todas las donaciones revocables y las irrevocables hechas en razón de legítimas y mejoras.

Se han eliminado las acumulaciones correspondientes a la deducción a la porción conyugal, que se practicaba en razón de que sólo se pagaba la denominada porción conyugal efectiva cuando el cónyuge tenía bienes.

En otras palabras, hoy el primer acervo imaginario considera el cien por ciento de la primitiva porción conyugal, aunque por otra parte se incorpora al cónyuge sobreviviente como legitimario de la herencia (art. 1185).

En cuanto a su acumulación que es en valor, el nuevo texto del art. 1185 dispone que debe ser actualizado prudencialmente a la época de la apertura de la sucesión.

5.2. Segundo acervo imaginario

Se acumula al primer acervo imaginario el exceso de lo donado irrevocablemente a extraños, determinado dicho exceso como todo aquello que exceda de la cuarta parte del valor de la suma del primer acervo imaginario y tales donaciones (art. 1186).

EL RÉGIMEN SUCESORIO COMÚN EN EL DERECHO ESPAÑOL

RAMÓN DURÁN RIVACOBIA

Doctor en Derecho

Catedrático de Derecho Civil

Director del Departamento de

Derecho Privado y de la Empresa

Universidad de Oviedo

I. PRESUPUESTOS BÁSICOS

En los párrafos que siguen, intentaremos efectuar una síntesis esquemática del vigente régimen sucesorio en el Derecho civil común español, que permita ofrecer una visión de conjunto de sus principales instituciones, conceptos y mecanismos operativos. Intencionalmente se han omitido las discusiones doctrinales e incluso las citas de los textos legales donde se hallan las reglas descritas, si bien el contenido constituye un adecuado esquema de las normas jurídicas contempladas del Código civil español, incluso salvaguardando mientras haya sido posible su propia terminología, tantas veces insuperable, y, sobre todo, más útil en su vertiente práctica. Lo que pueda el trabajo perder en erudición, lo gana, sin embargo, en accesibilidad para lectores no familiarizados con el ordenamiento jurídico citado. Por último, se ofrecerán algunos juicios críticos sobre la situación del sistema sucesorio español en los presentes momentos.

Antes de iniciar el análisis jurídico-positivo, conviene aclarar algunos presupuestos que sirven de base a las instituciones examinadas.

En primer lugar, debe decirse que conserva España un sistema de ordenamientos civiles plurales. Junto al Derecho común, representado por el Código civil, y de alcance general y suplementario

de las leyes civiles especiales, existen los regímenes forales, propios de determinadas Comunidades Autónomas territoriales con incidencia histórica en la materia. Sin embargo, el criterio de atribución de uno u otro Cuerpo normativo responde a un elemento de la capacidad de las personas que se llama vecindad civil, una especie de nacionalidad interna, cuyos criterios de atribución parten del *ius sanguinis* —modalizado mediante determinadas opciones y el criterio residual de Derecho común— con el *ius solii*, para permitir, por último, su adquisición por residencia, ya sea opcional o automática. En cada supuesto, además, existen variantes locales; y así, por ejemplo, el País Vasco aúna la completa libertad testamentaria (exento de legítimas, en el Fuero de Ayala), con la legítima más amplia de cuantas se conocen para el supuesto de Vizcaya (4/5 del total de la herencia a favor de los descendientes). Luego hay que determinar, en primer término, la vecindad civil de los sujetos a la hora de distribuir la sucesión que causan.

Como pauta en la materia, cabe afirmar que las normas que rigen la sucesión en España —y, sobre todo, en Derecho común— se guían por el claro fin del destino de los bienes con arreglo al patrimonio familiar que lo provoca. En efecto, los bienes allegados al patrimonio de las personas de ordinario responden a una premisa básica en aparejar bienes no sólo para el protagonista, sino asimismo en beneficio de su familia. Este dato, en gran medida, prefigura el destino del caudal a la muerte de su propietario, cuyo designio favorece a sus familiares más próximos, con independencia de otros factores que acaso se hubieran podido tener en cuenta. En dicho panorama encuentran fundamento y sentido las legítimas, las reservas, la reversión de bienes y otras limitaciones a la libertad de testar de los causantes.

Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten a partir del momento de su muerte. La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. Llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular. En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia.

La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley.

II. LA SUCESIÓN VOLUNTARIA

1. LOS TESTAMENTOS EN GENERAL

El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos o parte de sus bienes, se llama testamento.

Están incapacitados para testar en el momento de otorgarlo:

1º Los menores de catorce años

2º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor de sus palabras.

El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado. Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo, y el hecho en país extranjero. Se llama ológrafo cuando el testador, mayor de edad, lo escribe por sí mismo en la forma prescrita y es protocolizado más tarde. Es abierto el testamento siempre que se manifiesta la última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone. El testamento es cerrado cuando, sin revelar su contenido, se declara que éste se halla incluido en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto. Estos dos últimos se realizan ante Notario y testigos.

2. INSTITUCIÓN DE HEREDERO

El testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas

con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes seguirá su destino legal.

Los herederos instituidos sin designación de partes sucederán por partes iguales. Cuando el testador llame a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente. Los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueran individualmente. Si el testador instituye a sus hermanos, y los tiene carnales y de padre o madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado.

El testador designará al heredero por su nombre y apellidos, o por circunstancia que no permita dudar de su voluntad. Cuando haya dos del mismo nombre y apellidos e igualdad de circunstancias, ninguno será heredero.

3. LEGADOS

El testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo a su heredero, sino también a los legatarios, pero estos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado. Cuando el testador no grave con un legado a uno solo de los herederos, quedarán obligados todos en la misma proporción de su nombramiento.

El legado de cosa ajena que lo sepa o luego adquiera el testador es válido. El heredero estará obligado en su caso a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación. No producirá efecto el legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento fuera ya propia del legatario. El legado genérico de liberación o perdón de las deudas comprende las existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores.

El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos. Cuando el legado sea de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes desde entonces, instante en que el riesgo de la cosa se asume por el legatario. El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega al heredero o al albacea.

Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

4. OTRAS CLÁUSULAS:

LAS SUSTITUCIONES, CONDICIÓN, TÉRMINO Y MODO

Puede el testador sustituir con una o más personas al heredero o legatario instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia.

El ascendiente podrá nombrar sustituto a sus descendientes menores de catorce años, para el caso de que mueran antes de dicha edad; o al mayor de catorce años incapacitado por sentencia, salvo que teste en intervalo lúcido.

Las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de otros descendientes.

Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición. Las condiciones imposibles y las ilícitas o inmorales se tendrán por no puestas.

Será válida la designación de día o de tiempo en que haya de comenzar o cesar el efecto de la institución de heredero o del legado.

La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad. Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación. Cuando el interesado en que se cumpla o no, impidiere su cumplimiento sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida la condición y el modo.

5. CAPACIDAD PARA SUCEDER

Son incapaces de suceder, al tiempo de la muerte del causante:

1º Las criaturas abortivas.

- 2° Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley.
- 3° El sacerdote que le hubiese confesado en su última enfermedad, sus parientes y el instituto de pertenencia.
- 4° El tutor o curador del testador antes de la rendición de cuentas, salvo que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador.
- 5° El Notario que autorice su testamento, los testigos y sus respectivos parientes hasta cuarto grado.
- 6° No surtirá efecto el nombramiento de un indigno para suceder, según las normas del Código civil.

No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado.

6. LOS ALBACEAS

Albacea es la persona encargada de administrar y ejecutar la herencia, haciendo cumplir la voluntad del causante. En su defecto, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador. No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse.

El testador podrá nombrar uno o más albaceas. Si el testador no fija el orden y forma en que deben desempeñar su encargo, se entenderán nombrados mancomunadamente, pero en los casos de suma urgencia podrá cada uno practicar, bajo su responsabilidad, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás.

El albaceazgo es un cargo voluntario, y se entenderá aceptado si no hay excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que se tenga noticia de su nombramiento, o de la muerte del testador. El albacea que no acepte el cargo, o lo renuncie sin justa causa, perderá lo que le hubiese dejado el testador, salvo la legítima.

El albacea a quien el testador no haya fijado plazo deberá cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez del testamento. Si el testador quisiere ampliar el plazo legal,

deberá señalar expresamente el de la prórroga. Si no lo hubiese señalado, se entenderá prorrogado el plazo por un año. Si transcurrida esta prórroga no se hubiese todavía cumplido la voluntad del testador, podrá el Juez conceder otra por el tiempo que fuere necesario, atendidas las circunstancias del caso. Los herederos y legatarios podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo de la prórroga durante otro año.

Los albaceas deberán dar cuenta de su encargo a los herederos, o, en su caso, al juez. El albaceazgo es gratuito, mas podrá el testador señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente: todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por su trabajo.

Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea, y por el lapso del término señalado para su tarea.

7. REVOCACIÓN E INEFICACIA DEL TESTAMENTO

Todas las disposiciones testamentarias, salvo el reconocimiento de la filiación, son esencialmente revocables con las solemnidades necesarias para testar. El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto. Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador manipulado.

Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades previstas; y el otorgado con violencia, dolo o fraude.

No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento. El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

III. LA SUCESIÓN FORZOSA

1. LAS LEGÍTIMAS Y MEJORAS

Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a los herederos forzosos. Se puede conferir por cualquier título y es irrenunciable de antemano. Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los

herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas. Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables.

Son herederos forzosos:

1° Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. Constituyen su legítima las dos terceras partes del haber hereditario. Sin embargo, se puede disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora. La tercera parte restante será de libre disposición.

2° A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. Constituye su legítima la mitad del haber hereditario, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

3° El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia. Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte, concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición. Sin concurrencia, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia.

El testador no podrá privar a los herederos de su legítima, sino mediante la desheredación hecha en testamento y con arreglo a las causas establecidas en el Código civil, siempre y cuando no concurre reconciliación. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.

La preterición, omisión de un legitimario en el testamento, no perjudica su legítima. Para su pago, se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones

testamentarias. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítima. La mejora será siempre expresa. La promesa de mejorar o no, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida.

La facultad de mejorar no cabe encomendarse a otro, pero podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones que, muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes. Si no se hubiere señalado plazo, será de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

2. LA COLACIÓN

El heredero forzoso que concurra con otros que también lo sean a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre. No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor, sea cual fuere, al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios. El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.

3. LAS RESERVAS

El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere recibido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, su precio o sustitutivo.

El viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos y descendientes anteriores la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte o de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio por cualquier título lucrativo, y podrá mejorarles con ellos. Cabe renuncia por los reservatarios mayores de edad. Cesa la reserva cuando se trate de cosas dadas o dejadas por los hijos a su padre o a su madre, sabiendo que estaban por segunda vez casados o si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes del primero.

Los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva, conforme a las reglas prescritas para la sucesión legal, aunque en virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen repudiado su herencia. El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva, pero si tuviere hijos o descendientes, habrá representación.

El viudo o la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y tasar los muebles. Estará, además, obligado el viudo o viuda, al repetir matrimonio, a asegurar con hipoteca:

1º La restitución de los bienes muebles no enajenados en el estado que tuvieren al tiempo de su muerte.

2º El abono de los deterioros ocasionados o que se ocasionaren por su culpa o negligencia.

3º La devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito.

4º El valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados.

Cuando la viuda crea haber quedado encinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo, quienes podrán instar las medidas oportunas para garantizarse de su realidad.

IV. LA SUCESIÓN INTESTADA

La sucesión legal se produce cuando por cualquier causa no existe voluntad jurídicamente relevante del fallecido en el destino del todo o parte de la herencia.

A falta de herederos testamentarios, la ley defiende la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado. Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento es aplicable igualmente a la sucesión intestada.

La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado. La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral. Se llama directa la constituida entre personas que descienden una de otra, y colateral cuando, sin descender unas de otras, proceden de un tronco común. Se distingue la línea recta en descendente y ascendente. En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o personas, descontando la del progenitor. En la colateral se sube hasta el tronco común, y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación (el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, etc.). Llámase doble vínculo al parentesco por parte del padre y de la madre conjuntamente.

En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación. Los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales, con excepción de lo que se dispone sobre el doble vínculo.

La sucesión abintestato corresponde en primer lugar a la línea recta descendente. Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y ascendientes. Si quedaren hijos y también descendientes

de otros hijos fallecidos, los primeros heredarán por derecho propio y los segundos por representación.

A falta de descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes. El padre y la madre heredarán por partes iguales. En su defecto, sucederán los ascendientes más próximos. Si hubiere varios ascendientes de igual grado pertenecientes a la misma línea, dividirán la herencia por cabezas; si fueren de líneas diferentes, la mitad corresponderá a cada línea.

En defecto de ascendientes y descendientes, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente no separado por sentencia firme o de hecho por mutuo acuerdo.

Los hermanos y sobrinos suceden con preferencia a los demás colaterales. Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquellos tomarán doble porción que éstos en la herencia. En el caso de no existir sino medio hermanos heredarán todos por partes iguales. Los hijos de los medio hermanos sucederán por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo.

A falta de los anteriores, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado. Esta sucesión se verificará sin distinción de líneas ni preferencia por razón del doble vínculo.

En último lugar heredará el Estado que aceptará siempre a beneficio de inventario y quien asignará una tercera parte de la herencia a instituciones benéficas municipales del domicilio del difunto; y otra tercera parte, a similares institutos provinciales.

V. ADQUISICIÓN EFECTIVA DEL HAZ HEREDITARIO

1. REPRESENTACIÓN Y ACRECIMIENTO

Llábase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos legales que tendría si viviera o hubiera podido o querido heredar. El derecho de representación tendrá sólo lugar en la línea recta descendente y en la colateral en favor de los hijos de hermanos. Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante no herede más de lo que correspondería a su representado. Quedando sólo sobrinos, heredarán por partes iguales.

Para que tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:

1º Que dos o más sean llamados a una misma herencia, o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes. Se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testador haya determinado expresamente una cuota distinta para cada heredero.

2º Que uno de los llamados muera antes que el testador, o que renuncie la herencia, o sea incapaz de recibirla.

El derecho de acrecer tendrá también lugar entre los legatarios y los usufructuarios en los términos establecidos para los herederos. Si no hay lugar al derecho de acrecer ni sustitución, la porción vacante del instituido pasará a los herederos intestados.

2. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente libres e irrevocables, no podrán hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente y se retrotraen siempre al momento de la muerte del causante. Por fallecimiento del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.

Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tengan la libre disposición de sus bienes. Si la sentencia de incapacitación no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia. Los legítimos representantes de las personas jurídicas podrán aceptar la herencia que a las mismas se dejare; mas, para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Fiscal. Los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencia sin la aprobación del Gobierno.

La aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, hace al heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios. Cuando la herencia sea aceptada puramente por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal.

La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita. Expresa es la que se hace en documento público o privado, y tácita es la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de

aceptar, o que no habría derecho a ejecutar, sino con la cualidad de heredero. Los actos de mera conservación o administración provisional no implican la aceptación de la herencia, si con ellos no se ha tomado el título o la cualidad de heredero.

Entiéndese aceptada la herencia:

1º Cuando el heredero vende, dona, cede o renuncia su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos. Si se renuncia a favor de todos los coherederos con derecho de acrecer no hay aceptación.

2º Cuando el heredero haya sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, sin perjuicio de las penas en que haya podido incurrir.

Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán estos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos, pero el exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante.

Hasta pasados nueve días después de la muerte del causante, no podrá interpelarse al heredero para que acepte o repudie. Instando, en juicio, un tercer interesado para que el heredero acepte o repudie, deberá el Juez señalar a éste un término, que no pase de treinta días, para que haga su declaración; apercibido de que, si no la hace, se tendrá la herencia por aceptada.

La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente. El que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos, pero no viceversa.

3. BENEFICIO DE INVENTARIO Y DEL DERECHO DE DELIBERAR

Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario. También podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto.

La aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante Notario o Agente consular, o por escrito ante el Juez competente, pidiendo un inventario de todos los bienes de la

herencia (el heredero perderá el beneficio de inventario si a sabiendas sustrae activos del inventario), hecho con las formalidades y dentro del plazo de diez o treinta días si tiene bienes de la herencia según resida o no en el lugar del fallecimiento del causante; en otro caso puede hacerlo mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia. Durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia, los bienes hereditarios se pondrán en administración.

El heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al Juzgado, dentro de los treinta días al inventario, si acepta o repudia; su silencio implica que la acepta pura y simplemente.

El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes:

1º El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen su activo. Pagados primero los acreedores y luego los legatarios, quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia. Los acreedores particulares del heredero no podrán mezclarse en las operaciones de la herencia hasta que sean aquéllos pagados, pero podrán pedir el embargo del remanente

2º No se confunden los patrimonios del causante y del heredero.

4. LA PARTICIÓN

Ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia. Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia; por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos.

Quando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a las legítimas. El padre que quiera conservar indivisa una explotación agrícola o industrial podrá disponer que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.

El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* la facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. En otro caso, el Juez, a petición de sucesores que representen, al menos, el 50 por ciento del haber

hereditario, y con citación de los demás interesados, podrá nombrar un contador-partidor dativo. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente.

En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie. Cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, que deberá abonar a los otros su parte en dinero. Pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta, para que así se haga.

Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber.

La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados. Hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados. Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios, las impensas útiles y necesarias hechas en los mismos, y los daños ocasionados por malicia o negligencia.

Las particiones pueden rescindir por las mismas causas que las obligaciones. Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, salvo la realizada por el difunto. La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición.

El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. Si se procede a nueva partición, no alcanzará ésta a los que no hayan sido perjudicados ni percibido más de lo justo. No podrá ejercitar la acción rescisoria por lesión el heredero que hubiese enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieren sido adjudicados. La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la

herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición. Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos. El demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos. El coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponda a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional. El coheredero acreedor del difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero.

VI. JUICIO CRÍTICO GENERAL

Pese a las modificaciones que ha sufrido el Código civil en materia sucesoria (la última del año 1991, en materia de formalidades testamentarias), cabe afirmar que adolece todavía, sin duda, de una falta del debido acompasamiento histórico a las modernas circunstancias de la sociedad española.

La disciplina sucesoria constituyó en el pasado un alivio en el que dar cauce a las rigideces del Derecho de familia. Con el sistema divorcista de carácter abstracto que se instaura en España en 1981, pierde gran parte de su antigua vigencia, que se traslada de sede, a la matrimonial en este caso, como ámbito de la crisis familiar.

Como consecuencia, estimo el actual régimen muy complejo, al unir, por un lado, el retorno de los bienes a su fuente, con muy amplios estrechamientos en la libertad del causante.

Luego a las limitaciones en los poderes del testador —subjetivas— se unen los que comprometen a determinados bienes, cifradas en destinos específicos de parte del caudal con arreglo a su origen. Junto a esta innecesaria y acaso anacrónica complicación, perviven preferencias en cuanto a los beneficiarios forzosos de parte del haz hereditario claramente desfasados, como escoger a los ascendientes por encima del cónyuge supérstite. Además éste recibe un beneficio sucesorio realmente muy exiguo, máxime cuando las nuevas tendencias sociales y el acceso de la mujer al trabajo ponen en

riesgo la pervivencia práctica —y hasta deseable, si se me apura—, del régimen económico matrimonial de gananciales. Eliminada paulatinamente la liquidación previa del régimen de comunidad, se hace necesario atribuir al sobreviviente mayores grados en el beneficio forzoso y *abintestato*. Por todo ello, parece favorecer la coyuntura una mayor libertad del *de cuius* en el destino *mortis causa* de su patrimonio.

Las reformas profundas sufridas por el Código civil español en el año 1981 introdujeron favorables medidas para flexibilizar en algún extremo las limitaciones a la soberanía del causante. Así se reconocen facultades para delegar la mejora y también su carácter tácito. Estas modificaciones traen consigo la relativa pérdida de valores clásicos en el ordenamiento de Castilla que dio lugar a la codificación española y que ahora se foraliza en algunos puntos, sin que le quepa la posibilidad de recuperarlos por haber perdido su ámbito propio en beneficio del Derecho común con el que se fusionó en su día.

Por último, la coexistencia de regímenes diversos con arreglo al Derecho común o el foral llena de incertidumbre la disciplina sucesoria en España, que se agrava por el hecho de su enorme diferencia sustantiva, con arreglo a las instituciones, formalidades y valores que cada uno incorpora.

HISTORIA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA REGLA 10ª DEL ARTÍCULO 1337 DEL CÓDIGO CIVIL*

MARCELO NASSER OLEA

*Abogado
Asistente de Investigación
Universidad de los Andes*

HERNÁN CORRAL TALCIANI

*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

I. ANTECEDENTES GENERALES

1. OBJETO DE NUESTRO ESTUDIO

La norma de la nueva regla 10ª que la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, introdujera en el artículo 1337 del Código Civil consagrando una especie de derecho de adjudicación preferente en propiedad o la constitución de habitación y uso sobre la vivienda familiar, es una de las innovaciones de la reforma al estatuto de la filiación y al régimen sucesorio que, a nuestro juicio, mayor interés tiene. Y no sólo desde el punto de vista dogmático civil (como una figura que no tiene precedentes directos en nuestra legislación y que reclama una construcción doctrinal que la inserte adecuadamente en el sistema sucesorio y familiar chileno), sino también desde el punto de vista práctico u operativo. Es de presumir que en una gran proporción de las sucesiones que se abren en nuestro país, la cuestión del destino del hogar conyugal, a veces el único bien de valor en la herencia, será una materia determinante y decisiva.

Este artículo es parte del Proyecto de Investigación financiado por el Concurso Regular de Fondecyt (N° 1000480, de 2000) titulado "El derecho de adjudicación preferente en favor del cónyuge sobreviviente en los bienes del causante".

El estudio dogmático de la figura legal ya ha comenzado y se augura un trabajo dilatado y arduo para armonizar criterios y resolver problemas que no aparecen a primera vista de una lectura desaprensiva del texto legal.

En ese trabajo interpretativo habrá que utilizar todas las herramientas que requiere la labor hermenéutica. Es cierto que ya nadie acepta la teoría de la interpretación que identifica el sentido de la ley con la *mens legislatori*, ni menos con las expresiones surgidas en el seno de los órganos parlamentarios que tramitaron y aprobaron la norma. Pero una cosa es que las noticias de la tramitación legislativa de un precepto no sean el único elemento a tener en vista para desentrañar la significación de la ley frente a los diferentes casos en los que se plantea su aplicación, y otra bien distinta es considerar que se trata una información absolutamente inútil y superflua para la labor interpretativa. Afirmar esto caería en la presunción y la temeridad. Los motivos declarados, las modificaciones que un texto va sufriendo, las explicaciones que dan los parlamentarios en Comisión o en Sala, son elementos valiosos que, aunque tomados en el contexto en el que surgen y ponderados con prudencia y discreción, ayudan al intérprete a llegar a conclusiones más sólidamente construidas y fundadas. Es lo que nos señala el viejo art. 19 inciso 2º del Código Civil al indicar que la "historia fidedigna del establecimiento de la ley", junto con otras herramientas hermenéuticas, debe servir para hacer emerger el sentido de la norma interpretada.

Por ello, nos ha parecido útil efectuar en esta ocasión una revisión, lo más pormenorizada posible, del origen y de la evolución legislativa de la norma, que abarca un período de cinco años: desde su discusión en la Cámara de Diputados que comienza en 1993, hasta su aprobación por ambas Cámaras en 1998. Uno de los autores de este trabajo tuvo participación personal, como académico consultado por las instancias parlamentarias, en la tramitación de la norma. Consideramos conveniente exponer lo más impersonalmente que nos sea posible dicha participación, dejando al lector la labor de juzgar el mérito o demérito de esa intervención.

2. HISTORIA LEGISLATIVA GENERAL DE LA LEY N° 19.585

El lector deberá tener en cuenta que la historia que pretendemos reseñar es la de uno de los múltiples preceptos de una reforma que, con razón, ha sido calificada como la de mayor envergadura

que ha sufrido nuestro Código Civil en toda su larga trayectoria. El objetivo del proyecto no decía relación directa con los problemas sucesorios, ni menos con el tratamiento hereditario de la vivienda familiar. El objeto fundamental del proyecto era sustituir el estatuto filiativo adaptando el modelo legal que se ha venido instaurado en los países de sistema latino-continental en las últimas décadas del siglo XX, y que básicamente se compone de dos grandes principios: 1º) la equiparación de los derechos de los hijos que siguen siendo calificados de matrimoniales o no matrimoniales pero sólo a efectos de determinar quiénes son sus padres, y 2º) La ampliación de la posibilidad de investigar la paternidad o maternidad regulando la práctica de las nuevas pruebas biológicas, y en especial la de A.D.N.

Sin embargo, en el proyecto original ya venía una señal de que la merma de importancia jurídica del matrimonio en lo referido a la concurrencia de los hijos en el patrimonio familiar, debía ser compensado, de alguna manera, incrementando los derechos del cónyuge sobreviviente. El proyecto intuía ya que las controversias sobre la equiparación de los hijos se iban a centrar en la minusvaloración de la unión conyugal y de la familia fundada en ella. De esta forma, incrementaba los derechos sucesorios del cónyuge al otorgarle la calidad de legitimario y al derogar la porción conyugal. Se le permitía entonces llevar siempre su porción hereditaria con prescindencia de los bienes propios o gananciales que tuviere. Los acuerdos políticos que permitieron la aprobación de la reforma al estatuto de la filiación determinaron que la situación del cónyuge fuera aún más potenciada, con figuras como la cuarta mínima en el primer orden sucesoral y con el derecho de adjudicación preferente de que trata este trabajo. Pensamos que es necesario recordar entonces que la regla 10ª del art. 1337 es una norma que se inserta en este contexto global de la reforma y que tiende a contrarrestar los efectos que la igualdad de derechos entre hijos matrimoniales y no matrimoniales podría generar.

El proyecto original fue presentado por el entonces Presidente de la República don Patricio Aylwin Azócar a la Cámara de Diputados con fecha 10 de agosto de 1993 (Boletín 1060-07). En esta Cámara el proyecto fue estudiado primeramente por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, la que, luego de escuchar los planteamientos de algunos profesores de Derecho Civil (Ramón Domínguez, Enrique Barros, Raúl Lecaros, Inés Pardo de Carvallo) y otras personalidades públicas, emite su primer informe con fecha

9 de agosto de 1994¹. El proyecto es informado también por la Comisión de Familia, con fecha 12 de septiembre de 1994². El proyecto fue aprobado en general en Sala con fecha 15 de septiembre de 1994³. La Comisión de Constitución de la Cámara estudia las indicaciones presentadas y aprueba su segundo informe con fecha 11 de octubre de 1994⁴. El proyecto es votado en particular con fecha 24 de noviembre de 1994, y es despachado al Senado para el segundo trámite constitucional.

En el Senado el proyecto es estudiado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. La Comisión consultó a diversos profesores de Derecho Civil y contó con la asesoría constante de los abogados del Sernam y de la profesora de la Universidad Católica de Valparaíso, doña Inés Pardo de Carvallo. Antes de emitir su primer informe, pidió a los profesores Enrique Barros y Hernán Corral que revisaran el texto aprobado para perfeccionar desde el punto de vista técnico los preceptos⁵. Esta labor se efectuó sobre la base de un borrador presentado por Hernán Corral⁶ y que fue analizado en unas primeras reuniones junto con el profesor Barros y en su totalidad con la profesora Paulina Veloso Valenzuela, entonces subsecretaria del SERNAM, y la profesora Andrea Muñoz Sánchez, por entonces asesora legal de dicho servicio. Se tuvo en cuenta también un informe preparado por los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción⁷. Finalmente, la Comisión aprobó su primer informe con fecha 20 de noviembre de 1996⁸. El Senado

¹ Primer Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados de 9 de agosto de 1993, C. de Diputados, Sesión 33ª, L. 329ª ord., pp. 3692 y ss.

² Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados de 12 de septiembre de 1994, C. de Diputados, Sesión 39ª, L. 329ª ord., pp. 4316 y ss.

³ Cámara de Diputados, Sesión 41ª, L. 329ª Ordinaria, 15 de septiembre de 1994, p. 4433.

⁴ Segundo Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados de 11 de octubre de 1994, C. de Diputados, Sesión 7ª, L. 330ª extraord., pp. 87 y ss.

⁵ Oficios N° 719/96 de 1° de julio y N° 816/96 de 17 de julio de 1996 del Sr. Presidente de la Comisión, Senador Miguel Otero L.

⁶ CORRAL, Hernán, "Informe sobre el proyecto de reforma al régimen de la filiación aprobado en principio por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (texto en estudio)" de 9 de agosto de 1996.

⁷ Informe de los profesores del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción de 2 de septiembre de 1996.

⁸ Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado de 20 de noviembre de 1996, Diario de Sesiones, Sesión 12ª (Anexo de documentos), L. 334ª extraord., de 3 de diciembre de 1996, pp. 1585 y ss. Se lee en dicho informe que el texto propuesto "fue revisado, desde el punto de vista técnico, por los profesores de Derecho Civil de la Universidad de Chile, señora Paulina Veloso, y de la Universidad Diego Portales, señora Andrea Muñoz, Subdirectora y asesora del Servicio Nacional de la Mujer, como

aprobó la idea de legislar⁹, pero las indicaciones sobre preceptos particulares fueron abundantes (más de trescientas). Entre ellas el Ejecutivo pidió reformular los artículos que se referían al parentesco y a las categorías de hijos (arts. 28 y ss.) y que, en la propuesta de la Comisión, distinguían entre parientes e hijos matrimoniales y no matrimoniales, para efectos de denominación. El Ejecutivo se oponía que el texto del proyecto mantuviera la distinción incluso para estos efectos técnicos. En el segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado se estudiaron las indicaciones y algunas fueron aceptadas, otras retiradas por los mismos que las habían presentado y otras simplemente rechazadas. Entre las rechazadas estaban las indicaciones del Ejecutivo que pedían que no se hablara directamente en la ley de hijos o parientes matrimoniales o no matrimoniales¹⁰.

El proyecto propuesto por el Segundo Informe de la Comisión de Constitución fue llevado a Sala, donde fueron renovadas varias de las indicaciones que la Comisión había rechazado. El Ejecutivo insistió en sus indicaciones referidas a la nomenclatura de los parientes e hijos y tales artículos (los primeros del proyecto) fueron sometidos a votación. La indicación del Ejecutivo fue aprobada por 19 contra 10 y 2 pareos. Como el Ejecutivo no había formulado indicación alguna a los numerosos artículos del proyecto que se referían a hijos matrimoniales y a hijos no matrimoniales, en rigor procedía que se votara sobre ellos tal como estaban formulados. Sin embargo, algunos senadores se inquietaron por la desarmonía que ello introduciría en el Código Civil y propiciaron volver el texto a Comisión para ajustar los preceptos a la nueva nomenclatura. No obstante, finalmente se propuso que la Comisión de Constitución revisara nuevamente el texto y que se dieran por aprobados los artículos sobre los que hubiera unanimidad, y en aquellos en los que se presentaran diferencias, que se llevaran a la Sala dos propuestas, ambas compatibles con el texto del Código Civil¹¹.

ya se ha indicado, y de la Universidad de los Andes, don Hernán Corral, teniendo en vista diversas sugerencias formuladas por este último profesor, el profesor Enrique Barros, y por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción" (pp. 1585-1586).

⁹ Diario de Sesiones, sesión 30ª, L. 334ª extraord., de 5 de marzo de 1997, p. 3277.

¹⁰ Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado de 4 de noviembre de 1997, Diario de sesiones, sesión 12ª (Anexo de Documentos), L. 336ª extraord., pp. 1793 y ss.

¹¹ El encargo efectuado a la Comisión no del fue del todo claro, pero parece que la posibilidad de ir más allá de los ajustes técnicos de nomenclatura se deriva de la intervención del senador Sergio Díez, aceptada por la Ministra del Sernam, Josefina Bilbao. Cfr. Diario de Sesiones, Sesión 3ª. L. 338ª ord., de 9 de junio de 1998, pp. 251-253.

En los hechos, la Comisión no se limitó a cumplir la mera tarea de armonizar los preceptos con la idea aprobada por la sala de no eludir denominaciones tratándose de hijos y parientes, y entró en la modificación de varias normas sustantivas, después de llegar a acuerdos políticos, cuyo articulador principal fue el Sernam y los senadores Hernán Larraín y Sergio Díez. Este informe, que originariamente era exclusivamente formal, va a ser el origen de normas tales como la que regula la procreación artificial (art. 182 CC), la que sanciona la negativa injustificada de someterse a pruebas biológicas (art. 199 CC), la creación de una cuarta conyugal mínima en materia sucesoria (art. 988 CC) y la inclusión de los ascendientes como asignatarios de mejoras (art. 1167 CC).

El tercer informe de la Comisión de Constitución fue llamado "Informe complementario" y se emitió con fecha de 9 de julio de 1998¹². Contiene, por tanto, un tercer proyecto, distinto de los anteriores. Como veremos, también la regla 10ª del art. 1337 fue modificada en este informe, a pesar de que nada incidía en la cuestión de las denominaciones de los hijos. Este informe fue aprobado en Sala en sesión de 5 de agosto de 1998. Algunos preceptos, como los de los arts. 182, 199, 204, 988 y la posibilidad de mantener el derecho de alimentos para los hijos sin filiación determinada, fueron objeto de votación separada.

El proyecto aprobado finalmente en el Senado pasó nuevamente a la Cámara, la que aprobó ese mismo texto sin variaciones en sesión de 8 de septiembre de 1998¹³.

El Presidente Eduardo Frei lo promulgó con fecha 13 de octubre de 1998, y su texto se publicó en el Diario Oficial el día 26 de octubre de 1998. La Ley N° 19.585 entró en vigor un año después, es decir, el día 27 de octubre de 1999.

Finalmente, por medio del D.F.L. N° 1, Ministerio de Justicia, de 16 de mayo del 2000, publicado en el Diario Oficial de 30 de mayo del mismo año, se fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, cumpliendo el encargo efectuado por el art. 8 de la Ley N° 19.585.

¹² Informe complementario de la Comisión de Constitución del Senado, Diario de Sesiones, sesión 16ª (Anexo de documentos), L. 338ª ord., de 22 de julio de 1998, pp. 1521 y ss.

¹³ C. de Diputados, sesión 32ª, L. 338ª ord., de 8 de septiembre de 1998, pp. 48 a 51. También la Cámara discutió y votó algunos artículos en particular: arts. 182, 197 a 201, 206, 244 y 6º transitorio.

II. SURGIMIENTO INICIAL DE LA NORMA Y FUNDAMENTOS

La actual regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil no se contenía en el Proyecto del Ejecutivo. El objetivo, sin embargo, de mejorar la situación sucesoria del cónyuge se manifestaba en el Mensaje: "en lo que respecta a los órdenes de sucesión el proyecto introduce... una modificación que tiende a mejorar la situación del cónyuge sobreviviente". Pero esa mejoría se concebía sólo como una mejoría del cónyuge en concurrencia con ascendientes y con hermanos en la sucesión abintestato.

La propuesta de incluir un derecho del cónyuge sobreviviente sobre el hogar familiar surgió durante la discusión del proyecto en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. En el seno de la Comisión el Profesor Ramón Domínguez parece referirse a este problema al abogar por un texto que "mejorara, aún más, los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente para que mantuviera, al menos, el goce de los mismos bienes que existían a la muerte del otro"¹⁴. Sin embargo, un informe preparado por los profesores Carlos Peña González y Andrea Muñoz Sánchez sobre la posibilidad de conferirle al cónyuge la calidad de legitimario plantea directamente el problema de la vivienda familiar auspiciando su adjudicación preferente en propiedad o, en caso de que la porción hereditaria sea menor, la constitución de un usufructo vitalicio¹⁵. Al parecer este informe se tradujo en una especie de indicación del Ejecutivo al proyecto original, que fue acogida por la Comisión de Constitución de la Cámara¹⁶.

¹⁴ Primer Informe C. Constitución C. de Diputados... cit., p. 3700.

¹⁵ Hemos tenido acceso a un borrador de este informe gracias a la gentileza del profesor Carlos Peña González. En él puede leerse lo que sigue respecto a nuestro tema: "...pensamos que debe resolverse la situación de la vivienda familiar. Esa situación debiera ser resuelta como sigue: a. Debe darse el usufructo al sobreviviente en tanto no haya partición y en ésta tendrá derecho preferente para adjudicárselo, salvo que su porción hereditaria sea menor en cuyo caso lo tendrá en usufructo hasta su muerte".

¹⁶ Así se desprende de la exposición que hiciera la Sra. Subdirectora del SERNAM, Paulina VELOSO, quien señaló en el seno de la Comisión de Familia que "producto de cierta preocupación al respecto [la situación del cónyuge sobreviviente] en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se presentó una indicación para introducir algunas modificaciones con el objeto de mejorar la situación de estas personas que se encuentran bastante desprotegidas, incluso en comparación con los hijos naturales". Se refiere a la calidad de legitimario que se concede al cónyuge y a "la posibilidad de que a este cónyuge sobreviviente se le pague su legítima, preferentemente con el patrimonio familiar, si existe". Cfr. Informe C. Familia C. Diputados... cit., pp. 4318-439. El subrayado es nuestro.

La Comisión optó por ubicar la norma en materia de partición hereditaria, y concretamente, como un nuevo numeral 11° del art. 1337 que señala las reglas a las que debe someterse el partidor para liquidar y distribuir los bienes de la masa partible.

La finalidad perseguida quedó registrada, aunque en escuetas palabras, en el informe de la Comisión al expresar que el nuevo numeral estaba "destinado a salvaguardar los derechos del cónyuge sobreviviente e impedir que se vea privado de su hogar..."¹⁷. La norma, pues, quería evitar que el cónyuge sobreviviente (y con más frecuencia la cónyuge sobreviviente) sufriera la pérdida de su hogar por efecto de la partición y adjudicación del inmueble en el que vivía. La observación de que muchas veces la viuda era erradicada de la casa-habitación donde había vivido con el causante, por obra de hijos mayores que en pro de sus propias familias instaban a la venta del único bien valioso de la sucesión (el inmueble), ha sido tenida en vista para permitir el surgimiento de una norma que se propone evitar tal efecto pernicioso. De esto hay varias constancias a lo largo de la tramitación del proyecto¹⁸.

La norma aprobada por la Comisión de Constitución fue del siguiente tenor:

"96) Agrégase en el artículo 1337, la siguiente regla:

11^a. Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o una u otra, se enteren o solucionen, con preferencia, atribuyéndole el usufructo del patrimonio familiar, aunque no haya sido determinado judicialmente, conforme con el artículo 147, incluso, en el caso de que sus derechos hereditarios sean inferiores a su valor"¹⁹.

¹⁷ Primer Informe C. Constitución C. de Diputados... cit., p. 3748.

¹⁸ El Diputado Ignacio Walker, al presentar el proyecto para su votación particular en la Cámara de Diputados, dirá: "Se aprobó, por unanimidad, una indicación sustitutiva, que, básicamente, tiene por objeto beneficiar al cónyuge sobreviviente e impedir que se vea privado de su hogar" (C. Diputados, sesión 10ª, L. 330ª extraord., de 3 de noviembre de 1994, p. 32). La Sra. Ministra del SERNAM, Josefina Bilbao, al comentar el Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado abundará sobre el punto: "La verdad es que esta modificación se encuentra en perfecta armonía con las recientes reformas introducidas al Código Civil, mediante las cuales se creó la institución de los bienes familiares, lo que refuerza la idea de dar una mayor protección a la familia —en caso de que el viudo o la viuda se hagan cargo de los hijos menores— y al cónyuge que ha aportado su esfuerzo en la construcción del patrimonio familiar. En la actualidad, resulta tremendamente injusto y, a veces hasta penoso, ver cómo, en ocasiones, hijos, nueras y yernos despojan al cónyuge sobreviviente de los bienes en que residió durante años en compañía del causante, para efectos de distribuirlos en la partición. La figura consagrada en el proyecto contribuirá a protegerlo en esos avatares, favoreciendo su tranquilidad futura" (Diario de sesiones, sesión 24ª, L. 334ª ord., de 14 de enero de 1997, p. 2758).

¹⁹ Primer Informe C. Constitución C. de Diputados... cit., p. 3773.

Como se ve, la Comisión pensó en otorgar el derecho a enterar tanto la cuota hereditaria del viudo o viuda o la de sus gananciales, por medio de la adjudicación de un derecho de usufructo sobre el "patrimonio familiar". Esta expresión quería aludir a los bienes familiares incorporados por la Ley N° 19.535, de 1994 en los arts. 141 y siguientes del Código Civil. Respecto de estos bienes familiares, la ley concedía al cónyuge no propietario el derecho a solicitar la constitución de derechos reales de usufructo, uso o habitación, incluso después de disuelto el matrimonio por muerte del propietario (art. 147).

De que la expresión "patrimonio familiar" quería aludir a la vivienda familiar hay claros indicios en el trámite legislativo. Así la Subdirectora del SERNAM, explicando las modificaciones introducidas por la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, señaló: "Se establece, asimismo, la posibilidad de que a este cónyuge sobreviviente se pague su legítima con el patrimonio familiar, esto es, el inmueble habitado por la pareja y sus hijos y los muebles que lo guarnecen"²⁰. Al presentar a la Sala el informe de la Comisión de Constitución, el Diputado Ignacio Walker dirá: "En tercer lugar, el cónyuge tiene preferencia para el pago de lo que le corresponde por gananciales o su legítima en los bienes familiares"²¹.

Finalmente, la norma que se propuso señalaba que el cónyuge tendría derecho a la adjudicación en usufructo, aunque el valor de éste excediera la cuota hereditaria o de gananciales que correspondía al cónyuge.

La regla tenía defectos técnicos importantes, entre los que destacan la mención de un patrimonio familiar que, como tal, no existe en la legislación chilena, y que no se hiciera cargo correctamente de la posibilidad de que la vivienda de la familia no hubiere sido afectada formalmente como bien familiar antes de la muerte del cónyuge causante. La alusión al art. 147 parece querer corregir este inconveniente, pero en verdad no lo hacía, ya que la norma no se refería a la afectación del bien familiar, sino únicamente a la constitución de un derecho real de goce en un bien que se suponía ya estaba declarado judicialmente como familiar. La norma, además, era contradictoria, puesto que parecía admitir que se "entere" una cuota con bienes que superan su valor, lo que lógicamente no es sostenible.

²⁰ Informe C. de Familia C. de Diputados... cit., p. 4319.

²¹ Cámara de Diputados, sesión 39ª, L. 329ª ord., 13 de septiembre de 1994, p. 4261.

III. LA CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA NORMA

1. LA FÓRMULA PROPUESTA POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS

El texto aprobado por el Primer Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara fue objeto de una indicación sustitutiva, cuyo autor no consta en dicho Informe. El nuevo texto del artículo 1337 regla 11ª resultará mejor perfilado, tanto en la redacción como en el contenido. La Comisión de Constitución acogió la indicación por unanimidad de sus miembros²². De esta manera, la norma fue redactada de la siguiente forma:

"97) Agrégase en el artículo 1337, la siguiente regla:

11ª . Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o una u otra, se enteren o solucionen, con preferencia, atribuyéndole la propiedad u otro derecho real sobre el inmueble que es o fue residencia principal de la familia y sobre los bienes que lo guarnecen

Si el valor de dichos bienes excede el valor de los derechos a los que se imputa, el cónyuge sobreviviente dispondrá de un usufructo gratuito y vitalicio por el saldo, mientras permanezca en estado de viudez"²³.

El informe y el texto propuesto por el segundo Informe de la Comisión de Constitución, fue aprobado en Sala por 51 votos contra cero²⁴. Una leve pero significativa variación contiene el proyecto que el Senado recibe como texto aprobado por la Cámara. En dicho texto se lee: "Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, *o la una y la otra*, se enteren o solucionen, con preferencia, atribuyéndole la propiedad u otro derecho real sobre el inmueble que es o fue residencia principal de la familia y sobre los bienes que lo guarnecen"²⁵. El cambio de la expresión "o una u otra" por "la una y la otra" puede haber obedecido a una depuración técnica del texto aprobado por la Comisión.

En este texto, aparece por primera vez la voz "Con todo" que viene a denotar que la norma se plantea como una excepción a las

²² Segundo Informe C. Constitución C. de Diputados... cit., p. 95.

²³ Segundo Informe C. Constitución C. de Diputados... cit., p. 116.

²⁴ Cámara de Diputados, Sesión 21ª, L. 330ª Extraordinaria, de jueves 24 de noviembre de 1994, p. 55.

²⁵ Diario de Sesiones, Sesión 23ª, L. 330ª extraord., de 6 de diciembre de 1994 (Anexo de documentos), p. 2590.

reglas que el art. 1337 da para la partición de la herencia y que se fundamentan en el principio de igualdad entre los partícipes. Se aclara ahora que el cónyuge tendrá este derecho de adjudicación preferente para el entero de la cuota hereditaria, la de sus gananciales, "o una u otra". El objeto de la adjudicación es el derecho de propiedad u otro derecho real, ya no sobre el "patrimonio familiar", sino sobre "el inmueble que es o fue residencia principal de la familia" y "los bienes que lo guarnecen". Se compagina entonces el concepto de vivienda familiar con la contenida en el art. 141 del Código Civil, pero sin aludir al concepto técnico de bien familiar para ampliar la norma a la vivienda que de hecho cumpla esos requisitos, aunque no haya sido declarada judicialmente como bien familiar. La norma habla de "bienes que la guarnecen" sin indicar que se trata de muebles, aunque la conclusión parece obvia a este respecto, pues no es fácil imaginar que un inmueble sea guarnecido por un inmueble por naturaleza.

Finalmente, la norma difiere de la anterior al separar lo que es adjudicación preferente para enterar una cuota indivisa del derecho a la constitución de un usufructo sobre dichos bienes si el valor de los bienes excede la cuota. Aquí la norma es también precisada en tres aspectos: se aclara que el usufructo a constituir lo será sin contraprestación, es decir gratuito, con lo que el proyecto se aparta del criterio del art. 147 que otorga facultades al juez en este sentido. En segundo lugar, la duración tampoco será limitada por un plazo, como sucede respecto de los bienes familiares, sino que se le concede al cónyuge mientras viva. En tercer término, el derecho caduca si el cónyuge contrae nuevo matrimonio.

La disposición es un tanto enigmática en cuanto a la posibilidad de constituir un usufructo sobre "el saldo" de los bienes que no pueden ser enterados con cargo a la cuota hereditaria o de gananciales. La expresión era oscura y podía prestarse para diferentes interpretaciones, incluida la que permitiría al cónyuge ser copropietario de la vivienda familiar al mismo tiempo gozar de un usufructo sobre ella.

2. EL AFINAMIENTO DE LA REGLA EN EL SENADO

Un análisis diverso necesita el estudio de la norma en el Senado. Así pues, la entonces regla 11ª del artículo 1337 sufrirá en el Senado de la República, concretamente en la Comisión de Legislación, Justicia y Reglamento, un estudio bastante detallado. La Comisión aceptó

la idea de legislar en esta materia, pero introduciendo cambios importantes en la formulación de la norma²⁶. La intervención de profesores de Derecho invitados a exponer su opinión sobre el proyecto fue aprovechada por los miembros de la Comisión, que en ese momento presidía el senador Hernán Larraín. En especial, la norma fue objeto de observaciones por el informe que el profesor Hernán Corral presentara en atención al encargo formulado por la Comisión de revisar el texto aprobado en principio en lo referido a los aspectos técnicos²⁷. Este documento sirvió de base para un nuevo examen de la norma en conjunto con las profesoras Paulina Veloso y Andrea Muñoz Sánchez, y cuyas propuestas consensuadas fueron acogidas finalmente por la unanimidad de la Comisión.

La idea que trasuntaba la norma de proteger la vivienda familiar impidiendo el desalojo del cónyuge sobreviviente se conserva, pero la formulación técnica varía. Las principales objeciones que recibió la norma aprobada por la Cámara de Diputados fueron las siguientes:

a) La conmixtión de la partición de gananciales y de comunidad hereditaria: Le pareció a la Comisión que los gananciales y su liquidación, de la cual hablaba el proyecto elevado por la Cámara de Diputados, nada tenían que ver con la materia que se trataba de legislar, pues se trataba en ambos casos de juicios diversos. "Entre ellas —dice el informe— reparó el trato conjunto de la partición de la herencia y la partición de los gananciales de la sociedad conyugal o la liquidación y pago de los gananciales del régimen de participación en los gananciales"²⁸.

b) Contradicción entre un derecho vitalicio con expiración condicionada: Le parece a la Comisión que hay "...desarmonía entre el carácter vitalicio que se asigna al usufructo, y su limitación al tiempo que el cónyuge permanezca en estado de viudez"²⁹.

²⁶ Así se lee en el Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1694: "La Comisión estuvo de acuerdo con la idea que se tiene en vista, pero la disposición le mereció diversas observaciones."

²⁷ CORRAL, Hernán, "Informe sobre el proyecto de reforma al régimen de la filiación aprobado en principio por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (texto en estudio)" de 9 de agosto de 1996, pp. 41-42.

²⁸ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1694.

²⁹ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1694.

c) Gratuidad del derecho perjudica las legítimas: se considera “el perjuicio que podrían recibir las legítimas de los descendientes al otorgarse gratuitamente el usufructo”³⁰.

d) Omisión del requisito de que el cónyuge viva efectivamente en el inmueble: A la Comisión le parece objetable que el proyecto elevado no exija que el cónyuge sobreviviente *viva* en el inmueble como condición de ejercicio del derecho³¹.

e) No se resguarda debidamente la situación de los terceros: a la Comisión le parece que el texto no soluciona el asunto de la “falta de claridad” de la situación jurídica que crea, especialmente frente a terceros³².

Se proponen a la luz de las diversas objeciones soluciones destinadas a superarlas. La norma aparece ahora como el N° 10 del artículo 1337. Se pensó que era conveniente mantener como final la norma que se refiere a la aprobación judicial de la partición por ser general a todas las demás reglas, incluida la de la adjudicación preferente. El informe de la Comisión deja constancia de que es mejor dejar como N° 11 anterior regla 10ª, “...porque ésta contiene una norma común a todas las demás, cual es que no se precisa autorización judicial para llevarlas a efecto, cumpliéndose las circunstancias a que alude”³³.

Las soluciones o proposiciones que se dan en el primer informe del Senado son las siguientes:

a) La comisión resuelve eliminar toda referencia a los gananciales, “...toda vez que los derechos del cónyuge derivados de su régimen matrimonial habrán sido determinados en su momento”³⁴. Por esta misma razón, se precisa que la preferencia consiste en “...la *adjudicación de la propiedad* del inmueble, que sea o haya sido la residencia principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece *siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto*”³⁵.

³⁰ Primer Informe C. Constitución Senado... cit, p. 1694.

³¹ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1694.

³² Primer Informe C. Constitución Senado... cit., pp. 1964-1695.

³³ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1695.

³⁴ Primer Informe C. Constitución Senado... cit, p. 1694.

³⁵ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1694.

b) Se exige que el cónyuge beneficiario "resida" en la vivienda cuya adjudicación preferente pretende.

c) Se cambia la institución del *usufructo vitalicio* por un *derecho de habitación* para el inmueble y *de uso* sobre los muebles que lo guarnecen. La razón de este cambio obedeció a que se estimó que los derechos de habitación y de uso se avenían mejor con la finalidad asistencial de la norma y evitaban que ella se prestara para fines de lucro por medio de la obtención de frutos civiles de la propiedad. Así lo habían señalado los profesores consultados para perfeccionar los aspectos técnicos de la reforma³⁶. La Comisión dejó expresa constancia de esta razón en su informe: "...y le pareció inapropiado conceder usufructo si se prohíbe al cónyuge dejar de habitar el inmueble y obtener rentas o frutos civiles por él, por lo que prefirió otorgar un derecho de habitación para el inmueble y de uso para los muebles, que por sus características de ser derechos gratuitos, personalísimos e inembargables, se ajustan mejor a la finalidad que se persigue"³⁷.

d) Se elimina la referencia al carácter vitalicio del derecho real, y se limita a señalar que caducará el derecho en caso de segundas nupcias³⁸.

e) Se propone que cuando la adjudicación preferente o el uso o habitación excedan de la cuota hereditaria del supérstite, *éste deba pagar en numerario la diferencia a sus coherederos*³⁹. Fueron nuevamente los académicos consultados los que advirtieron sobre las consecuencias gravosas para los legitimarios e inconsistente con las porciones fijadas por la misma ley, el que se permitiera que los

³⁶ CORRAL, H., Informe de 9 de agosto de 1996...cit., p. 41, proponía sustituir el usufructo por habitación y uso: "Debería tratarse de un derecho de habitación para el inmueble y de uso para los muebles, que son derechos gratuitos, personalísimos, inembargables, etc., y se ajustan mejor a lo que parece ser la intención del legislador".

³⁷ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1694.

³⁸ No se acogió en este punto lo que sugería el Informe de los profesores del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción, que hacía ver que existía el peligro de que el cónyuge conviva sin casarse para evitar la pérdida del derecho real.

³⁹ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1694. Dice la historia de la ley: "Por otro lado, se permitió que las adjudicaciones, sean en propiedad o en uso y habitación, excedan el valor de la cuota hereditaria, pero siempre que el cónyuge pague la diferencia en dinero a los demás partícipes de la sucesión".

derechos reales pudieran exceder el valor de la cuota hereditaria del cónyuge, sin que éste fuera obligado a compensar la diferencia⁴⁰.

f) Se establece la obligación de inscribir la resolución que constituye el derecho de habitación en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, como condición de oponibilidad frente a terceros de buena fe⁴¹.

g) Además, se explicita que a los derechos de habitación y uso se aplicarán supletoriamente las normas del Título X del Libro II del Código Civil.

h) Le parece conveniente a la Comisión establecer de modo expreso la intransmisibilidad e intransferibilidad del derecho a la adjudicación preferente. Señala el informe de la Comisión que debía establecerse "...de forma expresa una limitación, en orden a que este derecho de adjudicación preferente no puede transferirse ni transmitirse"⁴².

Fue objeto de discusión también si la regla debía encabezarse con la expresión "Con todo", pero en esto la Comisión estuvo de acuerdo con la redacción de la Cámara de Diputados: "Desde el punto de vista de la ubicación de este precepto en el artículo 1337, convino la Comisión que es una regla que hace excepción a varias disposiciones precedentes, que consagran, entre otros aspectos, el

⁴⁰ CORRAL, H., Informe de 9 de agosto de 1996...cit., p. 41, sugirió esta modificación: "También debería precisarse que la adjudicación preferente en ningún caso excederá el valor de la cuota del cónyuge, salvo que éste quiera pagar la diferencia en dinero", y propuso inicialmente la siguiente redacción: "El partidor velará por que la adjudicación preferente no exceda en ningún caso el valor de la cuota hereditaria que corresponde al cónyuge, a menos que éste se avenga a pagar en numerario la diferencia a los demás partícipes de la sucesión." Los profesores del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción eran partidarios, de mantenerse el carácter gratuito y vitalicio del usufructo, de exigir que el viudo tenga más de sesenta años de edad o haya estado casado por más de treinta. De lo contrario, advertían, se corre el riesgo de "que en el caso de cónyuges sobrevivientes jóvenes, el derecho hereditario de los hijos puede hacerse ilusorio al tener que esperar largos años para tener la propiedad plena de los bienes que les corresponda".

⁴¹ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1694. CORRAL, H., Informe de 9 de agosto de 1996...cit., p. 42, propuso incorporar la norma en los siguientes términos: "El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe, mientras no se inscriba en el Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II".

⁴² Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1694.

principio de igualdad de los herederos ante la partición, lo que explica que se inicie con la conjunción adversativa 'con todo'⁴³.

El texto aprobado por unanimidad en la Comisión y que forma parte de su Primer Informe, es el que a continuación transcribimos:

"108 (105). Agrégase en el artículo 1337 la siguiente regla 10ª, nueva, pasando la actual 10ª a ser 11ª.

10ª. Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.

Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad se constituyan en su favor derechos de habitación y de uso, según sea la naturaleza de las cosas. Estos derechos durarán mientras permanezca en estado de viudez.

Las adjudicaciones preferentes, sea en propiedad o en derechos de uso y de habitación, podrán exceder el valor de la cuota hereditaria que corresponda al cónyuge cuando éste se avenga a pagar en numerario la diferencia a los demás partícipes de la sucesión.

El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe, mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X el Libro II.

El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse."

Las modificaciones sustanciales de la norma son varias: en primer lugar, aunque se mantiene la separación entre derecho de adjudicación en propiedad y constitución de derechos reales en cosa ajena, estos derechos son más limitados: habitación y uso. En segundo lugar, se afinan la finalidad tuitiva de la norma a exigir que el cónyuge resida en la vivienda familiar. Finalmente, se restablece la igualdad en valor con los coherederos y se armoniza la norma con las asignaciones legales que la ley otorga al cónyuge y a sus herederos concurrentes, exigiendo que éste reembolse en dinero a los demás partícipes cuando los derechos reales en los bienes tengan un valor que supere a la cuota que la misma ley ha otorgado al cónyuge sobreviviente.

⁴³ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1695.

En el estudio del articulado en particular del Proyecto se presentaron dos indicaciones a la norma en estudio. Los senadores Larraín y Diez plantearon una indicación para "imputar el valor que derive de la adjudicación preferente que se reconoce al cónyuge a la cuota de gananciales que le corresponda, y no a su cuota hereditaria" (N° 266). Por su parte, los senadores Carmen Frei, Hamilton, Núñez, Ominami y Sule, propusieron volver a la norma aprobada por la Cámara de Diputados en el sentido de asignar al cónyuge un usufructo gratuito y vitalicio (indicación N° 267). La primera indicación fue retirada por el Senador Larraín, y la segunda fue rechazada por la unanimidad de la Comisión⁴⁴.

La regla 10^a del art. 1337 no sufrió, por tanto, modificaciones en el Segundo Informe emitido por la Comisión de Constitución del Senado.

Podemos decir que la disposición había adquirido en esta etapa su estructura esencial que no sería variada. Pero en el curso posterior de la tramitación legislativa sufriría cambios que no son menores.

Como señalamos al comienzo, la Comisión de Constitución volvió a recibir el proyecto para ajustarlo a la voluntad de no efectuar denominaciones de hijos y parientes que había surgido de la votación de los primeros artículos del Proyecto. El nuevo informe, que la Comisión denominará "complementario", sin embargo, no se detuvo en ese cometido y, sobre la base de acuerdos políticos, se originaron modificaciones a otros preceptos. Entre ellas la regla 10^a del art. 1337 del Código Civil. Es de advertir que también por encargo del entonces Presidente de la Comisión, entonces el senador Hernán Larraín, el profesor Hernán Corral intervino entregando por escrito su opinión sobre las modificaciones que estaban sufriendo las normas contenidas en el Segundo Informe⁴⁵.

En esta etapa vuelve a resurgir la idea de que el derecho real en cosa ajena sea gratuito, es decir, que el cónyuge no resulte gravado con un alcance aun cuando el valor del derecho constituido supere el valor de la cuota que le corresponde en la sucesión del causante. Se elimina entonces el inciso tercero que disponía la obligación del cónyuge de pagar en dinero la diferencia en tal caso, y se afirma que los derechos reales de habitación y de uso se constituirán "con

⁴⁴ Segundo Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1872.

⁴⁵ CORRAL, Hernán, Informe al Presidente de la H. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 14 de julio de 1998.

carácter de gratuitos". La razón del cambio en esta materia aparece expresada en el informe sobre la base de que muchas veces el cónyuge no podrá pagar el alcance: "...en la inmensa mayoría de las sucesiones son comuneras personas de escasos recursos económicos, y el cónyuge sobreviviente no tendrá generalmente los medios para pagar a los demás herederos la diferencia"⁴⁶. Se desechó la idea de que darle esa extensión al derecho del cónyuge podía ser una carga de tal entidad que afectara el derecho de propiedad de los demás herederos. Según la Comisión los demás herederos sólo tienen meras expectativas y la ley puede establecer que la adquisición hereditaria lleve consigo cargas transitorias como las señaladas: "... mientras no se produzca la delación de la herencia, los eventuales herederos sólo tienen meras expectativas y la ley puede poner condiciones para el ejercicio de los derechos que le corresponden; en la especie, establecer que sobre los bienes que por la diferencia se adjudiquen al cónyuge en uso ó habitación, el ejercicio de los derechos derivados de su cuota hereditaria quede transitoriamente limitado a la nuda propiedad. Existiendo tal posibilidad jurídica, concordó en entregar tales derechos en forma gratuita al cónyuge sobreviviente..."⁴⁷. Esta vez, la Comisión no consideró plausible los argumentos ofrecidos en contra por Corral y rechazó la solución que ella misma había acogido y defendido en los dos informes anteriores⁴⁸.

En segundo lugar, se presenta la discusión sobre la conveniencia de disponer la caducidad de dichos derechos frente a las nuevas nupcias del cónyuge supérstite. En este punto, las opiniones doctrinales externas a la Comisión difirieron. Mientras un informe presentado a la Comisión por el asesor del Senador Juan Hamilton, don

⁴⁶ Informe complementario C. Constitución Senado... cit., p. 1542.

⁴⁷ Informe complementario C. Constitución Senado... cit., p. 1541-1542.

⁴⁸ CORRAL, H., Informe de 14 de julio de 1998... cit., p. 5: "En cualquier caso, me parece que debiera restablecerse la norma ya aprobada por la Comisión (en su primer y segundo informe) en el sentido de que si se estima que el valor económico de esos derechos excede la cuota que la ley le asigna al cónyuge (ya bastante sobredimensionada por el intento de compensar la concurrencia de los hijos no matrimoniales), éste debiera abonar la diferencia a los demás partícipes de la sucesión." Para enfrentar el problema del cónyuge con pocos medios, postula que puedan otorgársele facilidades a semejanza de lo que sucede con el pago del crédito de participación en los gananciales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1792-21 CC. "En caso contrario, -prosiguese daría el absurdo de que la ley fija las cuotas de la herencia, tanto en la sucesión abintestato como en la forzosa, para después saltárselas en beneficio del cónyuge, el que podría llegar a heredar una cuota indeterminada del patrimonio, que variará según el valor de la casa habitación (y sus muebles) y del resto de los bienes del difunto".

Jorge Precht y que reflejaría la opinión de profesores de Derecho de Familia, académicos de universidades de la Región Metropolitana que no se individualizan en el texto del informe, abogaba en favor de la supresión de la regla de las nuevas nupcias sobre la base de dos argumentos: que la norma vulneraría la libertad de contraer matrimonio e incentivaría uniones extraconyugales⁴⁹; Corral opinó que ambas opciones eran legítimas y que correspondía a una valoración prudencial el elegir entre una u otra⁵⁰. La Comisión finalmente se decantó por los argumentos esgrimidos en contra de la mantención de la causal de caducidad y determinó que los derechos serían vitalicios. El informe complementario lo expresa del modo siguiente: "En cuanto a la condición de permanecer en estado de viudez, que también se contemplaba en el segundo informe, la Comisión concluyó que era inconveniente, porque vulnera la libertad de las personas y podría inducir las a formar solamente relaciones de convivencia para no perder los derechos que contempla este artículo de modo que resolvió suprimirla"⁵¹.

La redacción final que se propuso en el informe complementario fue la siguiente:

"108) Agrégase en el artículo 1337 la siguiente regla 10ª nueva, pasando la actual 10ª a ser 11ª.

10ª Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.

Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propie-

⁴⁹ Memorándum del Asesor Jurídico-Legislativo al H. Senador don Juan Hamilton, de fecha 3 de julio de 1998, señala que la disposición que preveía la expiración de los derechos por nuevas nupcias: "vulnera la libertad en términos graves. Además induce al viudo o a la viuda a vincularse a través de relaciones extramatrimoniales -concubinato- para no perder el derecho de habitación. Es bien sabido que por conservar asignaciones previsionales hay muchas parejas que viven en concubinato". A título personal, el profesor Precht expresó su opinión de que la norma podía ser tachada de inconstitucional.

⁵⁰ CORRAL, H., Informe de 14 de julio de 1998... cit.p. 5: "...me parece que tanto la opción por el carácter vitalicio o limitado al estado de viudez son perfectamente legítimas. Se trata de una decisión claramente prudencial. Por analogía, por lo dispuesto en el art. 1075 CC, quizás deba preferirse la solución que establece la duración mientras dure el estado de viudez, si existen hijos del anterior matrimonio del causante".

⁵¹ Informe complementario C. Constitución Senado... cit., p. 1541. Cfr. también la presentación que el senador LARRAÍN hiciera en Sala de dicho informe: Diario de Sesiones, Sesión 17ª, L. 338 ord., de 4 de agosto de 1998, pp. 1600-1601.

dad, se constituyan en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios.

El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe, mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro de Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II.

El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse.”

En el tercer trámite constitucional en la Cámara de Diputados la norma no fue objetada y, por tanto, completó su trámite legislativo, y con este texto pasaría a ser ley de la República al publicarse como Ley N° 19.585 y entrar en vigencia un año después de su publicación. El Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Ministerio de Justicia, de 16 de mayo de 2000 (D. Of. 30 de mayo de 2000), que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, mantuvo idéntico el texto publicado.

IV. LAS NORMAS COMPLEMENTARIAS

La introducción de la regla 10ª al art. 1337, supuso la modificación de dos normas relacionadas. La del art. 1318 y la del art. 147 del Código Civil.

Los cambios surgieron en el análisis técnico-formal que precedió al Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado⁵². Fueron acogidas ambas modificaciones.

La del art. 147 consistió en sustituir la frase “Durante el matrimonio o disuelto éste”, por “Durante el matrimonio o después de la declaración de su nulidad”. La razón del cambio fue el tratar de evitar la duplicidad de normas, ya que el art. 147 preveía la posibilidad de constituir un usufructo, uso o habitación sobre los bienes declarados judicialmente como familiares incluso cuando el matrimonio hubiera sido disuelto por la muerte de uno de los cónyuges, cuyo caso pretendía normar la nueva regla 10ª del art. 1337. Otorgando ésta un derecho sobre cualquier vivienda familiar, debía tener prioridad. Se reservó entonces la aplicación del art. 147 a los casos de disolución del matrimonio por declaración de nulidad⁵³.

⁵² Cfr. CORRAL, H., Informe de 9 de agosto de 1996... cit., p. 42.

⁵³ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1695.

La norma del art. 1318 fue modificada para aclarar que la regla 10^a del art. 1337 no era sólo aplicable a la partición judicial, sino también a la partición que pudiera efectuar el mismo causante por testamento o acto entre vivos. De esta manera, se agregó un inciso segundo a la norma para reputar contraria a derecho ajeno la partición del causante que no respete el derecho que el art. 1337 regla 10^a otorga al cónyuge sobreviviente⁵⁴.

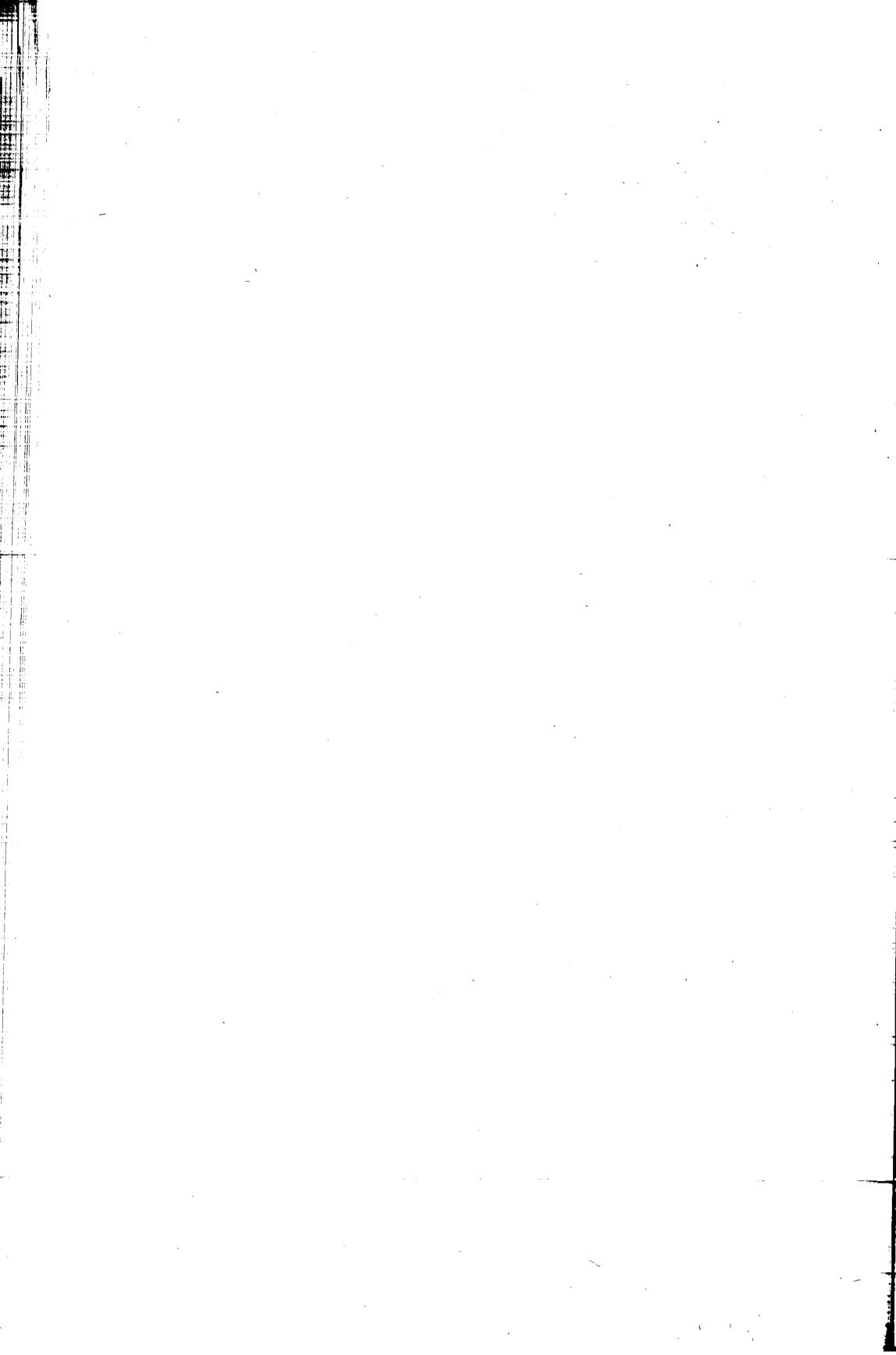
V. EPÍLOGO

Del recorrido anterior, podemos observar que la norma fue objeto de un abundante estudio durante la tramitación legislativa, por lo que los defectos que en ella se detecten no pueden achacarse a irresponsabilidad o improvisación por parte de los legisladores.

Puede concluirse que en esta parte la reforma de la Ley N° 19.585 tuvo por finalidad evitar el desalojo forzado del cónyuge sobreviviente de la casa en la que vivía y que era o fue en algún momento la vivienda principal de la familia. El carácter asistencial de la norma fue progresivamente reafirmado, primero al cambiarse el derecho de usufructo por un derecho de habitación y uso, y segundo al considerarse que esos derechos debían constituirse gratuitamente.

Es de destacar que la norma plantea dos figuras complementarias que en la legislación comparada no siempre aparecen juntas: la preferencia en la adjudicación en propiedad de la vivienda familiar y su mobiliario, y la constitución de derechos reales de habitación o de uso cuándo dicha atribución no sea posible. Esta es una innovación de la ley chilena que probablemente planteará problemas para determinar cuándo juega una u otra figura, y cuál es su naturaleza jurídica y presupuestos de aplicación. La historia de la ley que hemos intentado describir nos da elementos para efectuar ese trabajo de construcción dogmática que está todavía en ciernes.

⁵⁴ Primer Informe C. Constitución Senado... cit., p. 1695.



EL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR EN LOS ARTÍCULOS 141 Y 1337, REGLA 10ª, DEL CÓDIGO CIVIL

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Civil

Universidad Adolfo Ibáñez

I. EL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL

1. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS TEXTOS DEL ART. 141 Y LA REGLA 10ª DEL ART. 1337

Como es sabido, a partir de la Ley N° 19.335 del año 1994, dice el inciso primero del artículo 141 del Código Civil que “el *inmueble* de propiedad de ambos cónyuges o de alguno de ellos, que sirva de *residencia principal a la familia*, y los muebles que guarnecen el hogar, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán, entonces, por las normas de este párrafo, cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio”.

Por su parte, con la Ley N° 19.585, de 1999, el inciso primero de la regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil, señala que “con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del *inmueble en que resida* y que sea o haya sido la *vivienda principal de la familia*, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto”.

Si se examinan ambos preceptos, nadie dudará en afirmar que el propósito buscado es esencialmente el mismo: proteger la permanencia de la familia o del cónyuge sobreviviente en la que es o ha

sido su vivienda habitual. El problema es que la terminología empleada por ambos preceptos para referirse al objeto de la protección legal, si bien es muy semejante, no es exactamente la misma, lo que podría generar la idea de que se trata de nociones distintas y, por lo tanto, de regulaciones diferentes.

En el artículo 141 del Código Civil, se requieren cuatro cosas: que se trate de un *inmueble*, que sea un lugar de *residencia*, que sea el lugar de *residencia principal* y que en él *resida la familia*. Por su lado, las condiciones impuestas por la regla 10ª del artículo 1337, son que se trae de un *inmueble*, que en él *resida el cónyuge sobreviviente*, que sea o haya sido la *vivienda principal de la familia*, y que *sea parte del patrimonio del difunto*.

En el plano conceptual que es el que ahora interesa, se observa que el artículo 141 (y también el 146) se refiere al objeto de protección como la *residencia principal de la familia*, en tanto el artículo 1337 se refiere a él como la *vivienda principal de la familia*. Luego el primero habla de residencia y el segundo de vivienda.

Ambas cosas no son exactamente lo mismo. Residencia, es un concepto legal, que designa el lugar en el que habitualmente se encuentra una persona, y que puede no ser una vivienda. Viene de residir, que supone el establecimiento en algún lugar. En cambio, la vivienda, tiene una connotación más bien arquitectónica, es el edificio en que se mora o habita.

2. UNIDAD DEL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

Sin perjuicio de las diferencias de texto anotadas, me parece firmemente que no ha sido el propósito del legislador efectuar alguna distinción especializada en la terminología. Me parece a mí que no cabe a estos efectos efectuar una diferencia legal entre ambas nociones, de la que puedan derivarse efectos jurídicos. En lo personal, creo que se trató de utilizar la misma terminología y la misma idea en ambos preceptos, y que si el artículo 1337 dijo vivienda en lugar de residencia, fue porque ya antes se había utilizado en el mismo precepto la expresión "resida", y para no repetirla se recurrió a la expresión vivienda.

Por lo demás, parece que este criterio se ajusta más a lo acontecido en el Derecho comparado, en el que la terminología ha sido sumamente rica. El Código español, por ejemplo, en ocasiones habla de vivienda habitual (artículos 90, 91, 96, 103, 1320 y 1357 y también el artículo 91.2 de la Ley Hipotecaria), otras de residencia

habitual (artículo 1406, N° 4) y en otras de hogar familiar (artículos 82 N°s. 1 y 2 y 1362). Lo propio ocurre en Francia, en donde se habla de residencia de la familia y alojamiento familiar. Más lejos ha ido la jurisprudencia española que ha hablado de hogar, hogar familiar, hogar conyugal, residencia habitual, vivienda conyugal, vivienda habitual, vivienda familiar, vivienda común, casa común, domicilio conyugal, domicilio habitual y domicilio común.

En este orden de cosas, parece que lo que se ha querido proteger y regular, tanto en el artículo 141 como en el 1337 N° 10, es lo mismo, la vivienda en que principalmente reside la familia. Con lo que el objeto de protección, para ser tal, requiere ser una vivienda, servir de residencia habitual, ser principal y ocupada por la familia.

II. REQUISITOS DE LA RESIDENCIA FAMILIAR

Cuando se alude a los requisitos de la residencia familiar, se trata de determinar aquellos elementos que deben concurrir en un bien para que sea objeto de la tutela que brinda el Código Civil al hogar de la familia; no en abstracto, es decir, no se trata de los que hipotéticamente debería reunir para llegar a constituir una vivienda ideal, sino de aquellos que desde la perspectiva legal no pueden faltar para calificarla de familiar y protegible. Aunque las situaciones particulares pueden ser muchísimas y cambiantes, es posible trazar los requisitos generales básicos cuya ausencia impediría la calificación de vivienda de la familia, lo que acarrearía su consiguiente desprotección jurídica.

1. VIVIENDA

El espíritu que anima estas normas fue precisamente proteger el bien con el que se satisface la necesidad de alojamiento de la familia, y con el que se da cumplimiento a la aspiración de todo individuo a la vivienda personal y familiar. No se trata, en consecuencia, de una orientación pecuniaria o económica, en la que se salvaguarde un bien que forma parte del patrimonio familiar, y que dada su entidad, desde un punto de vista monetario, sea digno de tutela, sino que la finalidad última es marcadamente social y humanitaria, como es el impedir la privación del espacio físico donde se vive.

En esta línea es fácil comprender que la protección no se extiende a todos los bienes de uso familiar cualquiera sea su naturaleza, sino que se restringe a la vivienda en la que habitualmente reside la familia, y a los bienes muebles de uso ordinario en la medida que también sean de uso familiar. Pero en lo que interesa, lo tutelado es concretamente la vivienda, y en la medida que sea utilizado con ese fin, aunque su estructura permita otorgarle un uso diferente.

En principio, el concepto de vivienda se presenta con una gran sencillez; es el lugar que sirve de morada o habitación a la familia; en otras palabras, el piso, la casa o el departamento donde se desarrolla la vida cotidiana de los individuos. Sin embargo, esta noción puede ser ampliada o restringida según las condiciones de habitabilidad que puedan concurrir en el local, pues lamentablemente lo que para algunos pueda ser una vivienda para otros puede constituir un lugar inhabitable.

En un sentido amplio, parte de la doctrina ha entendido por vivienda no sólo una casa o un departamento, sino que todo espacio delimitado con techo y paredes susceptible de brindar alojamiento a un grupo de personas, siempre y cuando tengan este preciso destino. En esta percepción serían vivienda tanto aquella mansión con todas las comodidades necesarias como una chabola que pobremente permite un incómodo alojamiento. No obstante, en un sentido inverso, otros, han destacado que la noción de vivienda envuelve la idea de habitabilidad; en palabras de CÁRCABA debe "albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus diversas facetas de una manera honrosa". Así, no ingresarían a la categoría de vivienda, las chozas, cabañas, casas en ruinas, solares, garajes, establos, etc., todos los que no reunirían las condiciones de habitabilidad imprescindibles. Sin embargo, no parece que esta última concepción restringida sea jurídica y socialmente correcta, no correspondiéndose, por lo demás, con el objetivo social de la reforma en este aspecto. No se desprende, ni del artículo 141 ni de ningún otro del Código Civil, que la vivienda deba reunir condiciones de habitabilidad determinadas, por el contrario, la sola exigencia de la norma es que el lugar esté destinado a vivienda sin calificativo o distinción de ninguna especie. Por último, esta interpretación, comprensible en el ámbito de lo que debería ser una vivienda para la familia, desprotege a los más necesitados, es decir, aquellos ocupantes de la vivien-

da humilde que no pueden acceder a una de mayor entidad, lo que acumularía dos males, la desprotección jurídica y la insuficiencia de la vivienda. Luego, no parece que una vivienda, por incompleta que pueda parecer a los ojos de los observadores, deba ser excluida de la protección, lo que no significa que un hogar en tales condiciones pueda hacer que la Administración permanezca indiferente, debiendo arbitrar los mecanismos para superar dicho estado de cosas.

Sin perjuicio de la claridad que pueda tenerse respecto de la función de habitación de la vivienda, es de suponer que puedan surgir dudas en torno a la calificación concreta de determinados bienes, utilizados no sólo con una finalidad de convivencia, sino que también con objetivos comerciales, profesionales, agrarios o incluso económicos, no siempre de fácil solución, los que se analizan a continuación y por separado.

a) Consultas profesionales, negocios y establecimientos

Las oficinas o despachos destinados exclusivamente al ejercicio de una profesión, indudablemente están excluidos de la protección legal, por cuanto no constituyen vivienda. Sin embargo, la duda se puede presentar respecto de aquellos bienes mixtos, destinados a una doble función de despacho y vivienda, es el caso del dentista o del abogado que alguna parte de su hogar la tiene habilitada especialmente para el ejercicio de su profesión, y en el bien entendido que constituya un local inseparable de la vivienda. Una solución, como lo propone CHARTIER en Francia, consiste en aplicar el criterio de accesoriedad, en el sentido de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que si en la vivienda hay además un despacho, dicha circunstancia no haría perder a la primera tal carácter, pues el segundo no tiene una entidad suficiente para desnaturalizar a la vivienda, lo que determinaría *mutatis mutandi*, que esa misma solución podría aplicarse en el caso de los artículos 141 y 1337. Por el contrario, si en el local profesional funciona además la vivienda de la familia, por ejemplo, porque se ocupan las dependencias traseras para tal efecto, dicha circunstancia no dar lugar a que ese local pierda su naturaleza profesional, por lo que aplicado al caso que interesa, el cónyuge propietario, por ejemplo, podría disponer libremente de sus derechos, pues lo accesorio, en este caso la vivienda, no puede afectar lo principal.

La lógica de este razonamiento es incuestionable, mas no así sus conclusiones que se apartan del real espíritu de los preceptos. Desde luego, no efectúan las normas distinción alguna en la materia, por lo que cualquier precisión que se pretenda en este sentido excede el contenido de los artículos. Por otra parte, lo protegido es la vivienda de la familia, sin importar si es grande o pequeña, si es o no utilizada con fines comerciales; como anotan DESCHENAUX y STEINAUER, lo que se quiere evitar es dejar al resto de la familia sin donde vivir, y dicho objetivo naturalmente no se cumple si se permite que se enajene o disponga del estudio, despacho o negocio en el que vive la familia, aunque dicha habitación sea accesoria a una actividad principal. Para los efectos prácticos, que son los que obviamente interesan, la familia resulta privada de su hogar, por lo que esta interpretación conduce necesariamente a lo que se quiso evitar con la introducción de la nueva normativa.

b) Fincas y fundos

Cabe preguntarse si las heredades rústicas están o no sujetas a esta protección. En España algún autor, como GARCÍA CANTERO, ha opinado que no, y otros, como LACRUZ, han opinado exactamente lo contrario. Entre nosotros no se ve mayor inconveniente en ampliar la protección a las viviendas rústicas; por el contrario, el inconveniente resulta de pretender reducirlo a los bienes urbanos, puesto que el texto de las normas, al igual que en los casos anteriores, no efectúa distinción de ningún tipo. Cosa muy diferente es la que plantea BELDA en orden a si el terreno rústico en el que se levanta la construcción que sirve de vivienda, está sujeto o no a la restricción que deriva de esta normativa. Desde el momento que lo protegido es el lugar donde se habita, es claro que los terrenos que no sean imprescindibles para el uso, conservación y disfrute de la vivienda, no están sujetos a estas restricciones, pues en último término no constituyen vivienda. Por consiguiente, el propietario de los territorios aledaños a la vivienda podría disponer libremente de ellos, en la medida que no perjudique con ello el uso de la vivienda por parte de la familia. Tampoco el cónyuge sobreviviente podría invocar un derecho de adjudicación preferente respecto de ellos.

c) Terrenos y sitios eriazos

Me refiero a aquellos espacios físicos urbanos o rústicos que no tienen construcción habitacional alguna o, teniéndola, su fin no es

servir de vivienda. Todos ellos, evidentemente, no constituyen vivienda, por lo que a pesar de que puedan tener un uso familiar intenso a fines de esparcimiento, de diversión y ocio están excluidos de cualquier protección en esta materia.

d) Utilizaciones parciales

Podría cuestionarse si esta concepción alcanza o no a los espacios o habitaciones que formando parte de la vivienda familiar no reciben un uso de alojamiento, piénsese, por ejemplo, en habitaciones desocupadas, trasteros, garajes, galpones o incluso habitaciones anexas dotadas de cierta individualidad. ¿Podría considerarse que son vivienda? En principio podría pensarse que en virtud de lo ya mencionado en orden a que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, no pudiendo disponerse de la vivienda tampoco cabría disponer de aquellas partes que la integran directamente o que le dan su configuración al estar incorporadas a ella. Así lo han entendido, por ejemplo, BELDA, ALBALADEJO, RAUCENT y VERWILGHEN. No obstante, las situaciones imaginables son muchas y su solución va a depender del grado de individualidad de estas construcciones respecto de la vivienda principal, pues en muchos casos pueden llegar a constituir unidades habitacionales con bastante independencia, caso en el cual, estando deshabitadas parecería que deben restringirse los poderes dispositivos sobre ellas, y naturalmente no están limitados cuando registralmente constituyen unidades diferentes, a pesar de su penetración, o cuando físicamente constituyen pisos separados. Pero, por otra parte, no puede ser esa la solución cuando los espacios desocupados de la vivienda son dependientes del resto, como sus habitaciones o dependencias, ya que en estos casos una eventual disposición por parte del titular importaría el ingreso de extraños al hogar, resultado, obviamente, contrario al espíritu de estas normas, que siempre tienen presente el interés familiar; nada puede ser más contrario a éste que el ingreso de extraños a la vivienda que rompen la necesaria convivencia y la más profunda intimidad de la familia.

2. RESIDENCIA HABITUAL

La vivienda protegida por la ley es la que habitualmente está destinada a servir como residencia del hogar familiar. La habitualidad viene impuesta por la noción misma de residencia, aquel lugar

en que habitualmente está una persona. A pesar de la sencillez de la noción de habitual, la doctrina complica, creo en exceso, su comprensión cabal, tal vez por su misma claridad es de difícil explicación. Por definición habitual es aquello que se hace o posee por continuación o hábito, es decir, el modo especial de proceder adquirido por la repetición de un acto igual o semejante. El alojamiento constituye un hecho continuado, ni siquiera repetido, sino que permanente y, en gran medida estable; para que la vivienda adquiera tal carácter deben realizarse en ella las diversas funciones que le son inherentes, como la habitación, la convivencia, la comida y el ocio de la familia en su conjunto. Creo que en España va muy lejos MUÑOZ cuando sostiene que la habitualidad supone del *corpus* y del *animus*, es decir, el uso material de vivienda junto con la intención de permanecer en ese sitio, pues, dejando de lado desde luego la exigencia de un tiempo mínimo de utilización de la vivienda para que llegue a ser habitual, la aplicación de esta idea puede llevar a desprotecciones no deseadas. Así, por ejemplo, cuando el matrimonio ocupa una vivienda en forma transitoria, a la espera de cambiarse a otra ya construida pero no desocupada o no terminada, tiene el *corpus* pero no el *animus*, con lo que el propietario, por ejemplo, podría disponer de ella libremente, ya que el piso no se ocupa con la intención de permanecer en él. Con ello es posible que la familia sea privada del lugar donde vive, aunque sea en forma transitoria, pues concurre el grave peligro de que lo que en principio fue transitorio se prolongue por mucho más tiempo del esperado. En este sentido, creo que la vivienda transitoria ha sido mal entendida, puesto que una familia puede vivir habitualmente en un lugar aunque lo haga en forma transitoria o provisional, o con la esperanza de trasladarse a otro lugar, y ello no autoriza a que uno de los cónyuges pueda disponer unilateralmente de la que en ese momento se ocupa.

Lo anterior lleva necesariamente a considerar que la vivienda habitual sólo se explica bien en el evento de que la familia disponga de varias viviendas, o al menos más de una, puesto que si se tiene una sola vivienda, como es la regla general, esa siempre será habitual de la familia, careciendo de todo sentido saber si viven en ella hace mucho o poco tiempo, o si piensan o no cambiarse de piso, ya que mientras vivan en aquella, y no cuenten con otra, constituye su vivienda habitual. En la hipótesis de que existan varias viviendas, la doctrina comparada no descarta la coexistencia de más de una vivienda habitual, siempre que el grupo familiar

ocupe indistinta y alternativamente aquellas viviendas, como cuando los padres viven en una por razón de trabajo, y los hijos en otra por motivos de estudios. Sin embargo, si bien comparto la idea de que puedan existir varias viviendas habituales, creo que no todas ellas están cubiertas por la protección, pues para que ello ocurra, la vivienda debe ser habitual, familiar y principal, cosa que es imposible que se dé en varias construcciones, ya que la vivienda contemplada en la ley es una y sólo una, y no cabe ampliar su protección particular a una pluralidad de viviendas.

a) Casa o piso que se proyecta ocupar

Evidentemente el piso o la casa que ya ha sido adquirida pero que no ha sido ocupada materialmente por los cónyuges y la familia, no es vivienda habitual, puesto que si no han sido habitados, malamente podría pretenderse que constituyan hogar habitual. Así, los novios que escogen vivir luego del matrimonio en el departamento que uno de ellos posee de soltero, y a tal efecto lo habilitan y lo amueblan, pero luego de la celebración de la boda no residen en él, no adquiere el carácter de habitual ni familiar.

b) Casas de temporada

Se incluye aquí todas aquellas viviendas de veraneo, recreo o de fines de semana, la finca de esparcimiento y, en general, todas aquellas que coexistiendo con el hogar familiar, representan menos permanencia y estabilidad y más ocio, distracción o cambio de ambiente. Todas ellas naturalmente no son habituales, ya que reconocen a otra vivienda que representa el centro de los intereses cotidianos de la familia y que sí ostenta el carácter de habitual, por lo que el propietario podría disponer con entera libertad de estas construcciones por muy frecuente que sea el uso que se les dé.

3. USO FAMILIAR

La calificación de familiar que pueda darse a una vivienda, es en función del uso que a ella se le asigne por parte del titular del bien. Se protege precisamente aquella que es ocupada por la familia en su conjunto; esto es, por los cónyuges y sus hijos, lo que no implica que todas las personas que componen la familia deban habitar en aquel lugar, aun cuando el número de miembros que

permanezcan en ella pueda ser un indicador de si el local es o no vivienda familiar. La ocupada sólo por el padre, la madre o por uno de los hijos, mientras el grueso de la familia permanece habitando en otro lugar —sea que la falta de convivencia se imponga por razones voluntarias o derivadas de circunstancias laborales— no es objeto de protección, pues, en tales casos, el bien ocupado carecería de la familiaridad necesaria que es en definitiva lo que lo hace digno de tutela.

Lo relevante es que la vivienda sea o haya sido el centro de la vida de la familia en su contexto general, como núcleo familiar y no como frías habitaciones diseminadas en diferentes zonas geográficas que acogen por separado a los miembros de la familia que por distintos motivos se ven compelidos a una residencia separada. A pesar de la claridad con que puede predicarse esta idea, no son desconocibles los variados casos en que aquélla se puede hacer difusa o compleja, básicamente por la sobrevivencia de situaciones que hacen flaquear el contorno humano del grupo familiar, al producirse alteraciones en sus miembros, o crisis familiares.

a) Vivienda ocupada sólo por cónyuges

El matrimonio sin hijos que ocupa un inmueble en carácter de vivienda, naturalmente está sujeto a estas prescripciones, pues, a pesar de que aún no tiene su realización plena en la filiación, constituye una familia desde la perspectiva jurídica y sociológica. Más aun, como observa LACRUZ, hoy en día la noción de familiaridad se aproxima sobre todo a la de conyugalidad, pues el matrimonio, aunque sin hijos, es la base de la familia. En esta misma perspectiva, no cabe prescindir en la presente hipótesis del doble consentimiento para la disposición de la vivienda ocupada sólo por los cónyuges, por cuanto el mecanismo previsto por el artículo 141 C.C. impide tal conclusión al dar precisamente participación en la gestión del hogar común a ambos cónyuges. Por otro lado, existe algún consenso en orden a que estas normas de protección de la vivienda familiar, son de aquellas que integran el régimen matrimonial primario, aplicable a todo matrimonio con independencia del régimen de bienes que se adopte. Este régimen primario, nace con el matrimonio y no con la descendencia que de él se derive. Por lo demás, la circunstancia de que la pareja, en un momento, no tenga hijos, no implica que jamás los vaya a tener, y en este sentido el espíritu de las normas vela tanto por los hijos nacidos, que viven

en el hogar, como por los que nazcan en el futuro y vayan a habitar en él. Dice GARCÍA CANTERO que “la protección legal de la vivienda y mobiliario familiares es una consecuencia del matrimonio y no del nacimiento de los hijos, por lo que no podría condicionarse a que haya descendencia, ni suprimirse en el caso de que los hijos se hayan independizado de sus padres y ya no residan en el hogar familiar”. A la misma conclusión lleva el Derecho comparado. Así la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra habla expresamente de vivienda habitual del matrimonio, y la legislación inglesa, escocesa e irlandesa sobre este extremo está contenida en las llamadas “*matrimonial homes act*”, que, como su nombre lo indica, se estructuran sobre la base de la existencia de un matrimonio, no siendo necesario que de él hayan nacido hijos.

En este sentido, resulta criticable la sentencia dictada con fecha 24 de marzo de 1998 por la Corte de Apelaciones de Santiago, que resolvió que para declarar un bien como familiar es necesario que él cobije a la familia, y “debe estar destinado a servir de residencia principal de la familia, servir de resguardo a los hijos que conviven con los padres o con alguno de ellos, de lo que se desprende que la demanda que se intenta para obtener la declaración judicial de bien familiar de un inmueble, debe llevar la acción deducida implícita la condición que con tal declaración se beneficiará no sólo al cónyuge, sino que también a los hijos que viven en el inmueble y que están conviviendo con su padre o madre” (GJ, N° 213, p. 108). En la especie, los hijos de la mujer eran mayores, y vivían en un departamento que les había arrendado su padre. Por su parte, el marido demandado tampoco se encontraba viviendo en el inmueble. Lo que resulta cuestionable es que se asocie de manera tan directa la familiaridad a la existencia de hijos, puesto que, como ha quedado antes dicho, no es una solución que se considere como la técnicamente correcta; de lo contrario, habría que concluir que un matrimonio sin hijos o un matrimonio con hijos mayores no es una familia.

b) Vivienda ocupada sólo por ciertos familiares

Se trata de aquella vivienda que es ocupada por un grupo familiar que teniendo base en el matrimonio ha derivado, por muerte de uno o ambos cónyuges, en una familia, formada por el cónyuge viudo y sus hijos, o sólo por los hijos, o éstos y sus abuelos, o cualquier grupo análogo que responda a este carácter.

En estos casos, la vivienda no está afecta a las limitaciones de los artículos 141 y siguientes del Código Civil, puesto que para que opere esta normativa se requiere la existencia de un matrimonio que permita articular el mecanismo protector en ella contemplado; esto es, la declaración de familiaridad y la posterior autorización para todo acto de enajenación o gravamen. La regla 10^a del artículo 1337 tampoco será aplicable, ya que ella se reduce al caso en que el matrimonio se disuelva por la muerte de uno de los cónyuges; si el cónyuge ya viudo que vive con sus hijos fallece, su derecho de adjudicación preferente, si es que lo tenía, no se transmite, y al no haber contraído nuevo matrimonio nadie podrá reclamarlo respecto de la partición de su herencia.

c) Cónyuges separados, divorciados o que han anulado su matrimonio

La protección del hogar familiar comienza con la ocupación efectiva de la vivienda y se extiende durante toda la vigencia del matrimonio, como expresan DESCHENAUX y STEINAUER, una vez adquirido, su carácter subsiste tanto como dura el matrimonio, incluso si los cónyuges se separan de hecho o si están en instancia de divorcio.

No obstante, la situación problemática deviene en el caso de la simple separación de hecho, que no es una etapa de normalidad matrimonial, ni, en sentido estrictamente jurídico, una crisis matrimonial como las mencionadas anteriormente. ¿Deja de ser familiar una vivienda cuando los cónyuges se separan de hecho?, ¿da lo mismo que el abandono del hogar se produzca de común acuerdo o en forma forzada?, ¿las nuevas viviendas ocupadas por los cónyuges tienen el carácter de familiar?

El principio en la materia es que la separación de hecho no produce una alteración directa en los efectos del matrimonio, y, por lo mismo, la vivienda que era ocupada por los cónyuges mantiene el carácter de familiar. No hay duda de ello tanto en la doctrina como en la jurisprudencia francesa, donde existe uniformidad en orden a entender que la separación de hecho no priva a la vivienda matrimonial del carácter de familiar. Ante los ojos del legislador la simple separación de hecho no produce ni la extinción ni la mutación del matrimonio, y entre los efectos que hoy se le pueden atribuir a esta situación de facto, no parece que pueda contarse, en general, el decaimiento del régimen de autorización

conyugal contemplado en la ley para la disposición de los derechos sobre el hogar habitual de la familia, o la inaplicabilidad inmediata de la regla de atribución preferente, en favor del cónyuge sobreviviente.

Con todo, no es menos cierto que se trata de un principio general, cuya aplicación no matizada a cualquier separación puede provocar francos sinsentidos o desequilibrios en los derechos y poderes de los cónyuges. Por ello, parte de la doctrina se ve tentada en este extremo de diferenciar varias situaciones, tales como si la separación de hecho se produjo por abandono voluntario o por abandono forzado debido a los maltratos o presiones físicas o sociológicas, o bien si la separación de hecho tuvo lugar por acuerdo bilateral de los cónyuges; distinciones que, a mi entender, no revisten de base y utilidad.

En efecto, no tienen base, porque es irrelevante para determinar si la vivienda en la que permanece uno de los cónyuges es o no familiar. Poco importa que el abandono del hogar haya sido voluntario, forzado o libremente consentido por ambos esposos, aun cuando, como se verá más adelante, ello podría otorgar al Juez alguna orientación al respecto. Si el marido abandona el hogar sin la oposición de su mujer, y ésta permanece en la vivienda con los hijos habidos en el matrimonio, no se comprende cómo es posible que el hogar pierda la connotación de familiar. Por otra parte, la distinción no es muy eficaz, pues en casi todos los casos conduce al mismo resultado. Si el cónyuge propietario de la vivienda la abandona voluntariamente, y en ella permanece el otro, con o sin hijos, el hogar no deja de ser familiar, no sólo porque en él continúe viviendo el resto de la familia, sino porque el artículo 141 CC podría ser muy fácilmente eludible, bastaría para ello que el propietario hiciera abandono de la casa conyugal para destruir la familiaridad que afecta al bien. Ahora, si el cónyuge propietario abandona la sede familiar forzado por presiones sociológicas o físicas, la cuestión parece no cambiar radicalmente, puesto que el hecho cierto es que la familia, o al menos el otro cónyuge, permanece en la habitación y el abandono, aunque forzado, tampoco le priva del carácter familiar. Si el cónyuge que abandona no es propietario del hogar, y lo hace forzado por el otro, es de perogrullo que esta vivienda no pierde el carácter de familiar, pues la situación es muy semejante a la del primer supuesto. Por último, el caso más delicado es el del cónyuge no propietario que abandona voluntariamente el hogar de la familia, dejando en ella al dueño de

la vivienda solo o en compañía de sus hijos, pues no sería posible atribuir una doble intención al que continúa en el hogar, lo que obligaría a entrar en un sinnúmero de situaciones posibles, y en muchos casos a desembocar en el carácter familiar de dicha vivienda, con lo que el titular de los derechos requeriría del consentimiento del otro cónyuge para su disposición. ¿Qué criterio debe seguirse entonces?, ¿cómo saber si en la separación de hecho subsiste o no la vivienda familiar? El principio ya está sentado, la mera separación de hecho no impone la pérdida del carácter familiar de la vivienda que permanece ocupada por parte de la familia, pues siempre conserva la esperanza de una vocación familiar, y envuelve la posibilidad de una reunificación de aquel grupo humano, de lo que deriva que por norma general, el disponente deber contar con el acuerdo del cónyuge no titular para cualquier acto de disposición. Sin embargo, ello podría hacerse innecesario cuando ciertas circunstancias hagan pensar objetivamente en el cese del carácter familiar de la vivienda, como, por ejemplo, la no permanencia en ella de los hijos comunes, el abandono de los hijos por parte de uno de los cónyuges, agravado por hechos como el transcurso de un largo período de tiempo, o si no era propietario de los derechos sobre el inmueble y lo abandonó voluntariamente, es decir, todo hecho que pueda demostrar ante los jueces de fondo, que el alojamiento perdió su carácter familiar, pero siempre teniendo presente que el simple abandono unilateral no puede privar a la vivienda elegida por ambos cónyuges del adjetivo de familiar.

Si en la generalidad de los casos la vivienda que constituye el domicilio conyugal conserva el apelativo de familiar en la fase de separación de hecho, no ocurre lo mismo con la nueva vivienda ocupada, tras la separación por el cónyuge saliente de la antigua. Si el marido o la mujer deja a su cónyuge y pasa a domiciliarse individualmente en un lugar diferente, dicha vivienda no adquiere el carácter de familiar, aun cuando lo acompañen en ese desplazamiento los hijos. Para que la vivienda tenga la connotación de familiar es necesario que haya servido efectivamente de habitación a los cónyuges en alguna época del matrimonio, y en estas hipótesis resulta más que claro que la nueva vivienda no goza de tal característica, puesto que sólo es ocupada por uno de los consortes. En consecuencia, el cónyuge ocupante podría disponer de los derechos que sobre esta nueva habitación pueda tener, prescindiendo del consentimiento del otro o de la autorización judicial subsidiaria, y, por lo mismo, resultaría inaplicable la regla 10ª del artículo 1337.

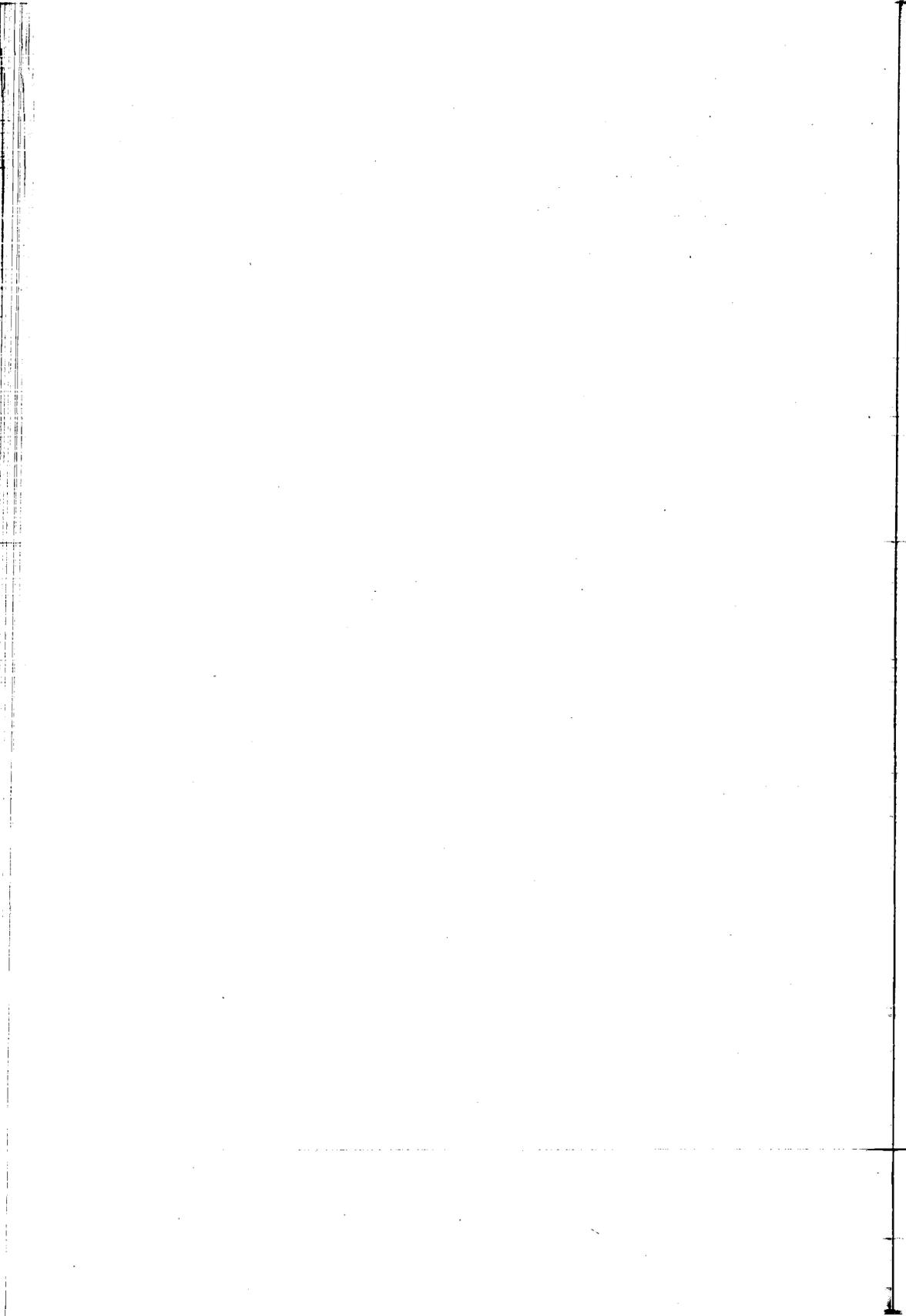
4. VIVIENDA PRINCIPAL

Desde el momento que la protección del alojamiento constituye una excepción en el sistema patrimonial del matrimonio, e incluso a las facultades que se derivan del dominio, hay que concluir necesariamente que la protección se reduce únicamente a la vivienda principal de la familia. Como ya se ha adelantado, no existe una confusión entre la habitualidad y la principalidad; una vivienda puede ser habitual sin ser principal, e incluso pueden coexistir varias viviendas habituales, mas sólo una de ellas debe considerarse como principal. Una vivienda en la montaña puede ser habitualmente ocupada por los miembros de la familia, pero ello no la transforma verdaderamente en objeto de protección, puesto que no constituye el centro de los intereses de los cónyuges y de la familia. En este sentido, la expresión "vivienda habitual" que utiliza frecuentemente la legislación española, por ejemplo, es sin duda criticable, puesto que no ilustra el verdadero objeto de la protección, siendo preferible la denominación "residencia principal de la familia" que usa el artículo 141 CC, o incluso la de "vivienda principal de la familia", tal como la llama el artículo 215 Código Civil belga. La convergencia de más de una vivienda habitual es posible. Piénsese, por ejemplo, en aquel caso en que el padre o la madre vive en un lugar y el otro cónyuge vive con los hijos en uno diferente, situación impuesta por razones laborales, comerciales o estudiantiles; o en la hipótesis ya mencionada en que los padres viven en un lugar y los hijos en otra vivienda; o por fin la situación es que uno de los cónyuges convive con alguno de los hijos en una casa, y el resto de los hijos en otra. Cree ALBIEZ que en estos supuestos la protección se extiende a ambas viviendas, pues las dos tendrían el carácter de habituales. Centra el autor su argumentación en que el interés familiar tutelado impide que se identifique la protección de éste con el solo interés de los hijos o de los cónyuges, sino que debe asociarse con el interés de todos los que forman parte de la familia conyugal. Esta *ratio* no tendría que variar cuando existen dos o más viviendas habituales, porque tanto una como otra pueden servir de morada a la familia que por distintas razones elige dos viviendas.

Las razones no parecen convenientes. El espíritu de las normas es proteger el alojamiento de la familia, espíritu que queda a muy buen recaudo con el aseguramiento sólo de la vivienda principal; no parece correcto centrar la argumentación en un particular y

abstracto interés familiar, pues lo que está en juego, entre otras cosas, es la facultad dispositiva que otorga el dominio. Parece excesivo, y un tanto simplificador que, por ejemplo, el propietario exclusivo de tres viviendas no pueda disponer de ninguna de ellas individualmente, por estar ocupadas por miembros de la familia, sea por las razones que fuere. Finalmente, debe tenerse muy en cuenta que la protección del hogar familiar no es un fin en sí mismo, sino que el objetivo último es el aseguramiento de la integridad y estabilidad familiar. Como muy finamente observan D'ANJOU, BRADLEY y CAMPEAU, si se protegen también otras residencias, se deja la puerta abierta a las divisiones en el interior del clan familiar, creando un efecto contrario al que se quiso obtener con la protección de la residencia familiar. En Chile, por lo demás, debe tenerse presente que el artículo 141 se refiere a "el" inmueble que sirva de residencia principal a la familia, lo que excluye la posibilidad que puedan ser declarados familiares varios de ellos. Así, la protección de la vivienda queda reducida a aquélla que principalmente sirve de hogar al grupo familiar, cuestión que no me merece duda, mas sí lo hace el criterio que debe seguirse para su determinación. En el raro supuesto de que existan dos viviendas que son utilizadas familiarmente, con la misma frecuencia, intensidad y habitualidad, siempre alguna debe ser secundaria en relación a la otra que es la principal. Opina MUÑOZ que pueden darse cuatro criterios excluyentes entre sí. El criterio económico de acuerdo al cual será principal la vivienda de mayor valor; el de antigüedad, según el cual tendrá este carácter la que primeramente fue ocupada por la familia; el mayoritario, en cuya virtud será vivienda principal la ocupada por el mayor número de familiares; y el laboral, que indica como vivienda principal a aquella en que viva el cónyuge que aporta los ingresos a la familia. A estos criterios podríamos agregar otros no de menor relevancia, como el de la conyugalidad, donde será vivienda habitual principal aquella en que convivan marido y mujer, o el de la domiciliación, que desembocaría en que la vivienda principal es la que coincida con el domicilio familiar o conyugal. Sin embargo, y a pesar de que a mi juicio el criterio de conyugalidad debe primar en la mayoría de los casos, lo cierto es que ninguno de ellos puede imponerse sobre los otros en forma exclusiva y excluyente, pues conforme a las circunstancias podría ser uno u otro el determinante de la cuestión. No siempre podrá ser vivienda familiar principal la ocupada por aquel cónyuge que produce los ingresos del grupo, cuando en otra conviva el resto de

la familia desde siempre y cuyo valor pecuniario sea mayor; tampoco lo será aquella que tradicionalmente fue ocupada por la familia, pero en la que ahora sólo vive un hijo por razones de estudio; ni tampoco aquella en la que solamente se ha fijado el domicilio conyugal, pero que jamás ha sido ocupada por el grueso de la familia. En fin, la casuística es compleja y abundante, por lo que solamente cabe esbozar estos principios, y alinearlos siempre sobre la base de que en la gran cantidad de los casos el concepto de vivienda familiar principal viene identificado con el lugar que sirve de hogar al matrimonio, cuestión que siempre debe ser la más ilustrativa para el intérprete de la norma.



PARTICIÓN HEREDITARIA Y DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR*

JORGE BARAONA GONZÁLEZ
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica
de Chile

I. INTRODUCCIÓN

1. REFORMA A LA FILIACIÓN Y DERECHOS DEL CÓNYUGE EN LA PARTICIÓN

Como se ha dicho, la Reforma al estatuto de la filiación incluyó, sin que inicialmente se lo hubiera propuesto el Ejecutivo¹, una serie de modificaciones a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente, de tal magnitud, que el profesor DOMÍNGUEZ ÁGUILA ha dicho que, con esta reforma, el Derecho chileno contiene uno de los más favorables sistemas de los que se conocen en los países occidentales de tradición latina².

Se me ha solicitado que me refiera a un aspecto en concreto de dicha modificación, cual es el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar y del mobiliario que la guarnece, que la ley

* Este artículo es parte del Proyecto de Investigación financiado por el Concurso Regular de Fondecyt (N° 1000480, de 2000), titulado "El derecho de adjudicación preferente en favor del cónyuge sobreviviente en los bienes del causante".

¹ Véase el Mensaje con que el Ejecutivo envió el proyecto de Ley, Of. N° 198-326, de 9 de agosto de 1993.

² Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Las Reformas al Derecho Sucesoral de la Ley 19.595", en *Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte Ley N° 19.585*, Universidad de Concepción, Lex, 1999, p. 78.

consagra en favor del cónyuge supérstite, en virtud de lo dispuesto en el art. 1337 N° 10 del Código Civil.

2. ORIGEN DE LA NORMA

Ciertamente, normas que protegen el derecho del cónyuge sobreviviente a seguir viviendo en la vivienda familiar, existen en muchos países: Francia (Art. 832 *Code*), Italia (Art. 540 *Codice*), Portugal (Art. 2103-A Código Civil), en cierta medida España³, pueden indicarse como ejemplos del viejo continente. En nuestra región Perú (Arts. 731 y 732 Código Civil), Uruguay (Art. 881 Código Civil) y Argentina (Art. 3573 bis Código Civil) son países que tienen normas similares.

En lo que al derecho chileno se refiere, tampoco la norma es de una originalidad total, porque ya se han conocido instituciones parecidas en legislaciones especiales⁴. Pero la configuración y generalidad con que está recogido el derecho en estudio es, sin duda, inédita y el verdadero sentido de la norma recién comienza a desbrozarse.

3. BREVE HISTORIA LEGISLATIVA

Ya he señalado que modificaciones al estatuto de la sucesión de los cónyuges no existían en el Mensaje, y su inclusión fue efecto de indicaciones que se introdujeron en la tramitación del respectivo proyecto de ley, en la Cámara de Diputados. Según se ha explicado, la unificación en los derechos sucesorios de los hijos causaba, en ciertas situaciones, un desmedro en los derechos del cónyuge⁵, por lo que se vio la necesidad de intervenir en la materia⁶.

³ El Código Civil español plantea la atribución preferente de la vivienda familiar en la liquidación de la sociedad de gananciales (Arts. 1406 y 1.407 del Código Civil).

⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los Bienes, La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1990, pp. 82-86, explica los casos en Chile de propiedad familiar, en donde indica que la Ley de Reforma Agraria N° 16.640, de 1967, crea la denominada "unidad agrícola familiar", que suponía el derecho de atribución preferencial en favor de un solo heredero.

⁵ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, "Sobre la Situación del Cónyuge Sobreviviente en la Ley 19.585", en *El Nuevo estatuto de Filiación en el Código Civil Chileno*, Facultad de Derecho U. de Chile, Santiago, 1999, pp. 72.

⁶ Tal parece que en el Sernam se había avanzado en un estudio específico de un proyecto de Ley que pretendía presentar el Ejecutivo, referido a la situación sucesoral del cónyuge sobreviviente, y que se adelantó por la vía de hacerle indicaciones al proyecto de filiación; Cfr. MUÑOZ, Andrea "Aspectos Sucesorios de la Reforma", en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesoral a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585*, Universidad de Chile, Sernam, Santiago de Chile, 1999, p. 146.

Inicialmente se propuso una norma de deficiente construcción técnica, que regulaba la protección de la vivienda familiar, tanto en materia de partición de la sociedad conyugal, como para una comunidad hereditaria.

El siguiente fue el texto aprobado:

“Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o una y otra, se enteren o solucionen, con preferencia, atribuyéndole el usufructo del patrimonio familiar, aunque no haya sido determinado judicialmente, conforme con el art. 147, incluso, en el caso de que los derechos hereditarios sean inferiores a su valor”⁷.

En el Segundo Informe se modificó la norma, para perfeccionarla, apareciendo por vez primera la idea de gratuidad. Se concordó en el siguiente tenor:

“Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o la una y la otra, se enteren o solucionen, con preferencia, atribuyéndole la propiedad u otro derecho real sobre el inmueble que es o fue residencia principal de la familia y sobre los bienes que lo guarnece.

Si el valor de dichos bienes excede el valor de los derechos a los que se imputa, el cónyuge sobreviviente dispondrá de un usufructo gratuito y vitalicio por el saldo, mientras permanezca en estado de viudez”⁸.

En el Senado la norma cobró mejor perfil técnico, gracias probablemente a la intervención de algunos profesores. Así se propuso eliminar la gratuidad en la constitución de los derechos de uso o habitación subsidiarios, exigiendo que en caso de diferencia entre el valor de la cuota y la adjudicación, esta se pague en numerario. El texto quedaba de la siguiente manera:

“Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad de inmueble 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.

⁷ Cfr. Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados Legislatura Ordinaria, Sesión 33°, en martes 30 de agosto de 1994, p. 3773

⁸ Cfr. Oficio N° 400 de la Cámara de Diputados, con que traspasó el Proyecto aprobado al Senado con fecha 24 de noviembre de 1994.

Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas. Estos derechos durarán mientras permanezca en estado de viudez.

Las adjudicaciones preferentes, sea en propiedad o derechos de uso y habitación, podrán exceder el valor de la cuota hereditaria que corresponda al cónyuge cuando éste se avenga a pagar en numerario la diferencia a los demás partícipes en la sucesión.

El derecho de habitación no será oponible a los terceros de buena fe, mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el registro del conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II.

*El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse*⁹.

Pero, en el Informe Complementario al Segundo Informe, aprobado por la Sala del Senado, la norma sufrió una regresión, al modificarse el inciso segundo y tercero antes transcrito, por el inciso segundo en vigor¹⁰.

4. TEXTO APROBADO

La norma que en definitiva se aprobó y está vigente es del tenor siguiente:

“Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad de inmueble 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.

Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad se constituya en su favor derechos de

⁹ Véase Primer Informe del Senado, Boletín N° 1096.

¹⁰ Cfr. Boletín N° 1060-07. Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 22 de julio de 1998. Se explica en el Informe lo siguiente: “...en la inmensa mayoría de las sucesiones son comuneras personas de escasos recursos económicos, y el cónyuge sobreviviente generalmente no tendrá los medios para pagar a los demás herederos la diferencia”.

habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios.

El derecho de habitación no será oponible a los terceros de buena fe, mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el registro del conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II.

El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse” (art. 1337 N° 10 CC).

Esta norma debe ser complementada con la modificación que se hizo al art. 1.318, agregándosele un segundo inciso, del siguiente tenor:

“En especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla 10ª, otorga al cónyuge sobreviviente”.

Con esta disposición se aseguró que también las particiones hechas por el propio causante, quedaren afectas a este derecho.

II. FUNCIONES Y FINES DE LA NORMA

Como parece evidente, en continuidad con la línea de protección a la vivienda familiar que tuvo la Ley N° 19.335, esta norma pretende asegurar al cónyuge sobreviviente el uso y disfrute material o físico de la vivienda familiar y de los bienes muebles que la guarnecen, aún después de terminado el matrimonio por muerte del cónyuge. Las modificaciones a las normas sucesorias, desde el momento que unificaban la concurrencia de los hijos en la herencia de su padre, podrían arriesgar la posibilidad del cónyuge de mantenerse viviendo en la casa familiar, más aún si en la herencia concurren hijos con iguales derechos, de filiación no matrimonial.

Se advierte una nítida finalidad de asistencia —resolver el problema de la vivienda— en favor del cónyuge sobreviviente, y una función protectora de la familia matrimonial, cuya justificación debe buscarse en el art. 1° inciso 5° de la Constitución Política, que ordena al Estado dar protección a la familia, y propender a fortalecerla.

Estimo que la interpretación de la norma en estudio debe tener presente esta función asistencial y fin de protección familiar buscado: asegurarle al cónyuge que siga viviendo donde residía a la muerte del causante, en la medida que se trate de la vivienda familiar. La plasmación jurídica que permita esa finalidad práctica

podrá variar, lo importante es satisfacer este propósito que se estima superior.

La función y finalidad descritas son tan potentes que suponen una alteración al principio de igualdad en la partición, es decir, al similar tratamiento que deben recibir los coasignatarios que tienen interés en la partición, como el de la unidad patrimonial, esto es, al igual tratamiento que deben recibir los bienes que forman la masa partible¹¹. Ello, porque por un lado confiere beneficios peculiares a uno de los coasignatarios en desmedro de los otros interesados, y porque sustrae a ciertos bienes de las reglas generales, para darle un tratamiento particular.

III. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA NORMA

1. EL BENEFICIARIO ES EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE

El derecho se concede en favor del cónyuge sobreviviente, marido o mujer, sin distinción. Sólo esta persona es la que puede acogerse a la Regla 10 del art. 1.337 CC. No interesa el régimen económico matrimonial que hayan tenido los cónyuges, ni tampoco es necesario que se haya formulado declaración de bienes familiares, durante el matrimonio.

2. LA CUOTA A ENTERAR ES LA CUOTA HEREDITARIA

Esto supone que el cónyuge debe tener vocación sucesoria, es decir, debe tener derecho en la partición como heredero¹², sea *testamentario* (a título de legitimario, asignatario de cuarta de mejo-

¹¹ Cfr. DOMÍNGUEZ, "Las reformas...", cit. p. 82 El principio de unidad e igualdad sucesoral se desprende del propio artículo 1.337. Para la profundización del principio de la unidad del patrimonio y de igualdad sucesoral puede consultarse la obra del propio DOMÍNGUEZ ÁGUILA junto con DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón *Derecho Sucesorio*, Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Santiago de Chile, 1998, pp. 95 y ss, y 106 y ss, respectivamente. Sobre el tema, con mayor acopio de aparato crítico CAPRILE BIERMANN, Bruno, "El Derecho de Adjudicación Preferente: Comentario del Artículo 1337 N° 10 del Código Civil", *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Vol. III, N° 7 (pp. 37-62), p. 41-55.

¹² Como explica DOMÍNGUEZ, "Las reformas...", cit., p. 95, se excluye el cónyuge que pretenda bienes como legatario, aunque sea con cargo a la cuota de libre disposición o a la cuarta de mejoras; en el mismo sentido COURT MURASSO, Eduardo, *Nueva Ley de Filiación*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1999, p. 230.

ras o de libre disposición), o *abintestato*. Por lo mismo, no tendrá este derecho el cónyuge que no concurre a la herencia de su marido o mujer, porque es incapaz o indigno de sucederle. Operan aquí, también, las causas generales de exclusión; por repudiación o exheredación. De hecho, la ley se encargó de modificar las normas de desheredación contenidas en el art. 1.208 CC, con el propósito de incluir al cónyuge. Dice la nueva disposición: "*el cónyuge puede ser desheredado por cualquiera de las tres primeras causales*".

Por último, no tendrá derecho a optar por esta adjudicación preferente, el cónyuge que haya dado motivo al divorcio perpetuo o temporal por su culpa, conforme con los arts. 994 y 1182, inciso segundo, del CC.

3. BIENES SOBRE LOS QUE RECAE

Los bienes sobre los cuales puede recaer la adjudicación preferente son el *inmueble* en que *resida* y que *sea o haya sido la vivienda principal de la familia*, así como el *mobiliario que lo garantiza*, siempre que ellos formen parte del *patrimonio del difunto*

Son tres los requisitos que de aquí se desprenden:

- a) Que se trate de bienes que formen parte del patrimonio del difunto

Esta exigencia parece innecesaria, porque es obvio que sólo sobre los bienes del difunto recae la comunidad hereditaria y en ellos se materializa la partición.

Se ha discutido sobre la posibilidad de ejercer este derecho respecto de bienes que formen parte de la comunidad de gananciales. Recuérdese que en un primer momento se intentó que la norma operara tanto en materia de comunidad hereditaria como de liquidación de sociedad conyugal, pero en el curso de la tramitación de la reforma se eliminó esto último¹³.

Para el profesor COURT, la exigencia de que los bienes formen parte del patrimonio del difunto, permite excluir de este beneficio a

¹³ La profesora MUÑOZ, "Aspectos...", pp. 147 y 148, afirma lo siguiente: "se estimó que en la partición de la herencia no debía referirse a los derechos que pudieran corresponder al cónyuge sobreviviente a la disolución de la sociedad conyugal, ya que eran juicios diversos, por lo que se eliminó la referencia que se hacía a los gananciales". Sin embargo, nada hubiera importado introducir una norma en las reglas sobre liquidación de la sociedad conyugal.

los bienes que a la disolución de la sociedad conyugal pasen a formar parte de los gananciales¹⁴.

Sin embargo, el art. 1.776 del Código Civil hace aplicable las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios, a la división de los bienes sociales, lo que permitiría sostener que por esta vía de remisión indirecta, la regla analizada sí es aplicable. Pero no creo que esa conclusión sea correcta, porque la regla del art. 1.337 N° 10, claramente vincula el derecho de adjudicación preferente con el cónyuge sobreviviente que concurre para enterar su *cuota hereditaria*, y no como partícipe en los gananciales¹⁵. Además la historia de la ley permite claramente concluir otra cosa.

Con todo, parece injusto que el cónyuge resuelva no adjudicarse el bien en la liquidación de la sociedad conyugal, para luego ir por él en la partición de la herencia, con el plus de beneficio económico que le puede derivar, si termina sólo adjudicándose el derecho de uso o habitación sobre los bienes, atendida su gratuidad. Al cónyuge que actúa de esta manera, puede invocársele su renuncia tácita al beneficio. Al menos se trata de un acto abusivo, que debe ser controlado, y la mejor manera parece ser negándole el derecho que pretenda invocar al amparo del art. 1.337 N° 10 CC¹⁶.

La desigualdad que puede producir una situación como la descrita, debe ser atendida por el partidor de los gananciales, a fin de proponer la adjudicación al cónyuge en esta etapa. Aunque se trate de juicios distintos, la funcionalidad de la norma contenida en el art. 1.337 N° 10, y la remisión general que hace el art. 1.776 a las reglas sobre partición, le deben llevar a intentar una adjudicación *voluntaria* de tales bienes en favor del cónyuge

¹⁴ COURT, cit., p. 233

¹⁵ CAPRILE, "El Derecho de...", cit. p. 57 y ss. Plantea -reconociendo que el tema es opinable- que sí es posible que el cónyuge invoque el derecho en la participación de los gananciales, contra la oposición de los herederos. Lo propone como un derecho que podría ser objetado por los otros copartícipes, pero la realidad indica que los primeros interesados en que el derecho se plantee en esa etapa serán los otros coasignatarios, porque corren el riesgo de quedar desmejorados si la adjudicación preferente se ejerce al liquidarse la comunidad hereditaria.

¹⁶ La profesora MUÑOZ, "Aspectos...", cit., p. 147, expone que "esta modificación -la eliminación de la referencia a los gananciales- no altera el sentido de lo que se pretendía con la iniciativa original, ya que en los hechos, si la residencia principal de la familia era un bien perteneciente a la sociedad conyugal, a la muerte del causante, el cónyuge sobreviviente se hará dueño de la mitad del mismo, por lo que si con cargo a su cuota hereditaria tienen este derecho de adjudicación preferente, lo cierto es que con ello le permitirá completar, si no la propiedad total del bien, al menos una parte importante del mismo, quedando el saldo en calidad de derecho de habitación".

sobreviviente, cuando de no hacerlo la operación de la norma en la partición de la herencia cause un desmedro en los derechos de los otros asignatarios.

b) Que el cónyuge resida...

Este es un hecho esencial. Lo que la ley quiere es proteger al cónyuge sobreviviente asegurándole que, como efecto de la muerte de su marido o mujer, no se vea expuesto a perder la vivienda en donde residía en ese instante, y que, a su vez, había sido o era la vivienda familiar.

Hasta la entrada en vigencia de estas reformas, la ley permitía al juez, a solicitud de parte, constituir derechos de usufructo, uso o habitación en favor del cónyuge no propietario, una vez terminado el matrimonio por nulidad o muerte de alguno de los cónyuges. La reforma suprimió la referencia que en el art. 147 CC se hacía a la terminación del matrimonio por muerte, porque se sustituyó por este privilegio general que quedó establecido en la ley.

Esta exigencia permite rechazar el extremo en el que el derecho lo intente ejercer un cónyuge que hubiera abandonado el hogar común antes de la muerte del causante, por ejemplo, porque existió separación de hecho.

Si fuere al revés, y es el propietario el que abandona la vivienda familiar, continuando el sobreviviente en ella, quiere decir que había voluntad del cónyuge propietario de mantenerlo allí, por lo que parece justo que pueda continuar. Para la ley, la muerte del primero no es un factor de por sí suficiente para exigir el abandono del inmueble al cónyuge sobreviviente. Se manifiesta en este caso, con nitidez, la nueva valoración legal.

Parece claro que el momento a que debe atenderse para determinar el hecho de la residencia del cónyuge que intenta ejercer el derecho, es el de la muerte del causante.

c) Que se trate de un inmueble vivienda principal de la familia y del mobiliario que lo guarnece

El concepto mismo de vivienda familiar lo debemos tomar de lo que, hasta ahora, se ha entendido por la doctrina y jurisprudencia como bien familiar. Es obvia la vinculación de este derecho con la institución de los bienes familiares (cfr. art. 141 y ss.), pues, el legislador tipifica en ambas sedes a los mismos bienes como prote-

gibles¹⁷. Estos son, la vivienda donde reside la familia; es decir, el matrimonio y los hijos, o al menos uno de ellos, si es que se ha producido una separación de hecho. No podría exigirse este beneficio respecto de un bien raíz que no se usa como vivienda o que nunca ha sido la residencia principal del grupo familiar, o en el que el cónyuge reclamante había dejado de residir antes de la muerte del causante¹⁸.

Determinar la vivienda principal de la familia y el lugar de residencia del cónyuge, son elementos de hecho, que resuelve el partidor, si no hay acuerdo entre los partícipes. Debe tenerse presente que la vivienda principal excluye de la aplicación de esta norma a las viviendas secundarias o de veraneo¹⁹.

Además, aunque parezca obvio decirlo, no se puede ejercer el derecho más que sobre una sola vivienda²⁰.

Respecto del mobiliario, se trata de bienes muebles que están vinculados funcionalmente al bien raíz que hace de residencia principal y, por lo mismo, existe un aspecto fáctico que también debe apreciarse.

Establecer lo que conforma el mobiliario tiene importancia, porque la protección que la ley otorga a estos bienes en favor del cónyuge debe estar referida a lo necesario para *habitar*. No tiene por qué ser coincidente el mobiliario que la guarnece con todos los bienes muebles que de hecho existan al momento del fallecimiento. Exigir coincidencia exacta en este punto, me parece una solución exagerada para un derecho con función asistencial y fin de protección familiar, que altera, como se ha dicho, a los principios de unidad e igualdad sucesorias.

IV. DERECHOS A QUE PUEDE OPTAR EL CÓNYUGE

1. ADJUDICACIÓN EN DOMINIO

○ EN DERECHO REAL DE HABITACIÓN O USO

El cónyuge puede solicitar la adjudicación en dominio de los bienes, o que se le constituyan derechos de uso o habitación —según

¹⁷ Excepto el caso de los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia, contemplado en el art. 146 del Código Civil, respecto de los cuales el cónyuge no goza del derecho de adjudicación preferente.

¹⁸ MUÑOZ, "Aspectos...", cit., p. 148.

¹⁹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Las reformas...", cit. p. 95.

²⁰ *Ibíd.*

la naturaleza de los mismos—, dependiendo del valor de los bienes protegidos y de la cuota hereditaria.

Esta parte de la norma se ha prestado para cierta confusión, porque se ha sugerido que es posible una interpretación en el sentido de que ella sólo ofrece dos opciones. Si la cuota que le corresponde al cónyuge fallecido es igual o superior al valor de los bienes a adjudicarse por esta vía, corresponde la adjudicación en dominio. Pero si la cuota es menor, deben constituirse los derechos de uso o habitación²¹.

Con razón la profesora MUÑOZ —una de las asesoras del Gobierno que intervino desde el inicio de la tramitación del proyecto— ha advertido que éste no es el sentido de la norma²². La disposición ofrece una mayor flexibilidad, siempre comparando dos aspectos: por una parte, el valor total de los bienes respecto de los cuales puede ejercerse el derecho de adjudicación y, por otra, el valor de la cuota hereditaria a enterar. Aquí la ley no parece oscura: *“si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste 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...”*. Por ello, parece claro que es posible combinar atribución en dominio y constitución de derechos de uso y habitación. Siempre debe tenerse presente en todo momento la función y finalidad de la norma: asegurar al cónyuge sobreviviente el goce material de la vivienda familiar y el mobiliario que la guarnece. Si esta finalidad puede satisfacerse adjudicando los bienes en dominio, porque la cuota hereditaria del cónyuge permite hacerlo, así deberá actuarse. En este caso el cónyuge recibe los bienes sin limitaciones de ninguna especie.

En cambio, si la cuota es económicamente insuficiente, pueden buscarse otras vías jurídicas, combinando la adjudicación (o constitución) de los distintos derechos. Sea entregando en dominio el inmueble y en uso los muebles, o viceversa; o también, dando todos los bienes en goce, etc.²³

²¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Las reformas...”, cit., p. 93. Aunque la plantea sólo como una alternativa, que declara no compartir.

²² MUÑOZ, “Aspectos...”, cit. p. 150.

²³ Cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Las reformas...”, cit., p. 93; MUÑOZ, “Aspectos...”, cit., pp. 150-151. Explica esta autora que la historia fidedigna de la norma, en su primera redacción, señalaba *“...si el valor de dichos bienes excede el valor de los derechos a los que se imputan, el cónyuge sobreviviente dispondrá de un usufructo gratuito y vitalicio por el saldo”*. La palabra “saldo” se eliminó por no parecer técnica.

Analicemos con más detención la naturaleza jurídica de cada uno de los derechos que pueden resultar de estas operaciones.

2. ADJUDICACIÓN EN DOMINIO DE LOS BIENES

Como se ha dicho, este extremo exige como presupuesto especial, que la cuota hereditaria del cónyuge le permita recibir con cargo a ella, en dominio, tanto el inmueble en que residía como el mobiliario que lo guarnece. En este caso, no se produciría ninguna desigualdad económica o de valor, entre los coasignatarios, sino únicamente de especie²⁴. Por ello, estimo que se trata de una adjudicación a título de herencia, y la adjudicación preferente que se practique no alterará en nada el modo de adquirir de dichos bienes: la sucesión por causa de muerte, aplicándose las reglas comunes sobre la materia²⁵.

Se trata de una facultad plenamente renunciabile por parte del cónyuge²⁶. Pero si éste no quisiera recibir la atribución en dominio de los bienes, para recibirlos gratuitamente en uso o habitación, en carácter de vitalicio, es indispensable el asentimiento de los demás copartícipes.

3. CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE USO DE LOS BIENES MUEBLES O HABITACIÓN DE LA VIVIENDA

a) Constitución

El presupuesto para optar por esta alternativa es que la cuota hereditaria sea insuficiente, porque es inferior al total de los bienes protegidos, por lo que, para asegurarle al cónyuge el disfrute de estos bienes de por vida, se hace necesario constituir, sobre todos o algunos de ellos, derechos de uso o habitación.

²⁴ Sobre el concepto de igualdad de especie y de valor, puede verse a CAPRILE, "El Derecho de...", cit. pp. 41 y ss.

²⁵ CAPRILE, "El Derecho de ...", p. 61, lo dice de una manera distinta. "Pese a la titularidad del derecho de adjudicación preferente, el cónyuge sólo adquiere el dominio de la cosa objeto de la atribución preferencial a partir de la adjudicación correspondiente". Aunque entiendo el sentido de lo que afirma, pienso que podría prestarse a confusión la frase, porque puede llevar a pensar que esta es una situación especial y no lo es. La oportunidad de la adjudicación no elimina el modo de adquirir: sucesión por causa de muerte.

²⁶ Cfr. CAPRILE, "El Derecho de...", cit., p. 61 dice que es renunciabile sólo después de la apertura de la sucesión.

Esta adjudicación tiene causa legal y no hereditaria, y es a título gratuito. Sin embargo, entiendo que la constitución misma opera como una adjudicación particional (judicial), pedida por el cónyuge. La frase, referida al cónyuge, "*podrá pedir*" nos hace fuerza para concluir en este último sentido.

Queda la duda respecto a la necesidad de exigir la inscripción conservatoria, la que puede ser necesaria atendido a lo dispuesto en el art. 812 del Código en relación con lo dispuesto en el art. 766. De cualquier manera, ella sí es necesaria, para producir efectos respecto de terceros de buena fe. Dice la norma: "*El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe, mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el registro del Conservador de Bienes Raíces*".

b) Características de los derechos de uso o habitación

1° De finalidad asistencial

La versión modificada del art. 147 CC, permitía al juez constituir derechos de usufructo en favor del cónyuge sobreviviente, y había sido criticada por estimarse que el usufructo sobrepasaba la finalidad de la institución de los bienes familiares: asegurar la casa y los muebles familiares al cónyuge. El usufructo concede, además, el goce civil, por lo que la institución se desvirtúa.

Reducido el derecho a uso y habitación, se satisface la función y finalidad de la norma, y permite que la nuda propiedad pueda ser adjudicada a los demás copartícipes.

2° Gratuito

Sin duda, es el carácter más polémico. Con buen criterio, para velar por la igualdad de los coasignatarios, en el Senado se había aprobado una indicación que imponía al cónyuge beneficiado el deber de pagar en numerario la diferencia de valor, pero no prosperó.

3° Subsidiario

El derecho de adjudicación preferente en principio supone la atribución dominical, porque no rompe la igualdad de valor que siempre debe buscarse. Sólo alternativamente, cuando dicho tipo de adjudicación no pueda prosperar, podrá optarse por estos derechos.

4° Vitalicio

Inicialmente, se quiso dejar establecido que el derecho duraba hasta que el cónyuge no contrajera nuevas nupcias, fortaleciendo la función asistencial de la disposición, que por lo demás era coincidente con la forma como está resuelta en otras legislaciones. Pero, sin embargo, no se aprobó así²⁷, y se prefirió establecer un derecho de por vida, lo que desmedra con más intensidad el derecho de los otros coasignatarios.

5° Personalísimo

Por regulación legal, estos derechos no son transferibles ni transmisibles. (Cfr. art. 819 CC).

6° En no lo regulado se rigen por las normas comunes

Así se concluye de la parte final del inciso 3° de la norma en estudio, que dispone: "*En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II*".

4. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE

a) Derecho personal

El derecho de adjudicación preferente que concede la norma que estudiamos, es un derecho personal que el cónyuge superviviente ejercerá en el juicio particional, y mientras no se traduzca en adjudicaciones en dominio o en constitución de derechos de uso o habitación, mantiene tal carácter.

b) Intransferible e intransmisible

Lo dice expresamente el inciso final de la disposición en estudio. Lo que pretende es asegurar la función y fin de la norma, que

²⁷ Cfr. Boletín N° 1060-07. Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 22 de julio de 1998, p. 30, en donde se consigna: "En cuanto a la condición de permanecer en estado de viudez, que también se contemplaba en el segundo informe, la comisión concluyó que era inconveniente y podría inducir a formar solamente relaciones de convivencia para no perder los derechos que contempla ese artículo, de modo que resolvió suprimirla".

quedarían enteramente desvirtuadas, en el caso de que el cónyuge pudiera, antes de recibir los derechos reales, transferir el derecho. Por lo mismo, se extingue en caso de su fallecimiento.

c) Renunciable

No puede existir duda sobre la renunciabilidad de este derecho después de que él nace, es decir, con la delación de la asignación al heredero²⁸, pero menos clara parece la posibilidad de ser renunciado con anterioridad a la muerte del causante. Lo niega CAPRILE, fundado en el art. 1.226 CC²⁹. Concuero, porque si no puede aceptarse la herencia antes de ser deferida, y el derecho de adjudicación preferente aparece como accesorio al derecho a la asignación, no debe admitirse acto de renuncia, mientras no nazca el derecho a dicha asignación.

d) ¿Absoluto?

Se ha dicho que el derecho de adjudicación preferente tendría carácter absoluto³⁰, es decir, que su invocación por el cónyuge no estaría controlado por el principio del abuso del derecho. No comparto esta doctrina. Como se trata de una norma con una finalidad y función precisa, el juez debe aplicarla atendiendo a ellas y a la necesidad de causar la menor desigualdad en la partición. Por eso me parece que la teoría del abuso del Derecho sí debe ser aplicada³¹.

V. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Desde el punto de vista temporal, la norma en estudio sólo se aplica a las sucesiones abiertas a partir del 27 de octubre de 1999.

²⁸ Cfr. CAPRILE, "El Derecho de...", cit., p. 61.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ COURT, "Nueva ley...", cit, p. 234; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Las reformas...", cit, p. 95.

³¹ CAPRILE, "El Derecho de...", cit., p. 61, estima que el juez "no está investido de un poder discrecional para evaluar la conveniencia del derecho de adjudicación preferente: invocado por el beneficiario y cumpliéndose los presupuestos legales está obligado a reconocerlo y efectuar las adjudicaciones correspondientes", lo que en principio, como afirmación, me parece correcto. Pero ello no puede soslayar la idea de que, siendo flexible la forma de implementar jurídicamente el derecho, no basta con que se acrediten los presupuestos legales y la voluntad del cónyuge, para que deba aplicarse, porque al mismo tiempo debe evaluarse el comportamiento del cónyuge y la consistencia entre el resultado práctico que se logrará en relación con la función y finalidad de la norma. Aquí, me parece, sí hay un campo de apreciación para el juez partidor.

Respecto del tipo de particiones que deben respetarla, aparte de las hechas ante juez partididor, conviene preguntarse respecto de las particiones que hace el causante y las propiamente voluntarias.

En cuanto a estas últimas, si se ha predicado su renunciabilidad, pienso que satisfechas las exigencias de capacidad, no parece tener importancia práctica la norma. Con todo, sugiero que en las escrituras de partición voluntaria en que no se respeten los derechos que al cónyuge superviviente le confiere el art. 1137 N° 10, se formule una expresa renuncia a tales derechos, a fin de evitar toda discusión sobre la voluntad de renuncia.

Para la partición que hace el causante, la reforma agregó un inciso segundo al art. 1318, que dispone: "*en especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno, si no ha respetado el derecho que el art. 1337, regla 10ª, otorga al cónyuge sobreviviente*". Queda nítida la voluntad del legislador de imponer el valor de protección familiar, por sobre la voluntad del testador. La protección de la vivienda familiar y de los muebles que las guarnecen viene a constituirse en una limitación a la facultad de disposición testamentaria del cónyuge propietario, que hasta ahora sólo la ley reconocía respecto de ciertas asignaciones —las forzosas—, referidas a cuotas hereditarias o a créditos, pero no a bienes corporales determinados. Podrían surgir de aquí dudas de constitucionalidad, dada la amplia protección del dominio que nuestra constitución establece (Cfr. art. 19 N° 24), respecto de los propietarios que no habían fallecido al 27 de octubre de 1999.

Me parece claro que el *de cuius* no puede ejercer la opción por su cónyuge que lo sobrevive³², como tampoco podría disponer de los bienes sobre los que en el futuro se puedan ejercer estos derechos, de una manera que pueda imponerse a la voluntad del sobreviviente. Una disposición en tal sentido es claramente inoponible³³ a este último, quien podrá impugnarla ante la justicia ordinaria.

Una práctica que puede servir para evitar la operación de la norma, es dejar testamentariamente el inmueble que sirve de residencia familiar al cónyuge sobreviviente, con lo cual, si éste acepta la asignación, opera una renuncia al derecho de adjudicación preferente³⁴.

³² DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "Las reformas...", cit., p. 96.

³³ Sigo en este punto a COURT, "La nueva ley...", cit., p. 229.

³⁴ Le debo al abogado don FRANCISCO RUIZ TAGLE DECOMBE esta sugerencia.

VI. LOS TERCEROS ACREEDORES

Para que los acreedores, sean estos hereditarios o testamentarios, pudieran verse afectados con la aplicación de la disposición en estudio, sería preciso que, como efecto de la norma, vieran disminuidos los bienes en los cuales pueden hacer valer sus créditos.

1. LOS ACREEDORES HEREDITARIOS

Si no hay testamento, no parece que la asignación en dominio de estos bienes a favor del cónyuge supérstite pueda afectar a los acreedores hereditarios, porque su condición de heredero les hace responder por las deudas hereditarias, según las reglas generales y, por lo mismo, el bien que reciba estará afecto a ellas.

La dificultad se presenta, en este mismo caso, si por ser insuficiente la cuota del cónyuge, deban constituirse derechos reales de habitación o de uso. Porque al no tener estos derechos carácter hereditario, sino origen legal, y dado el privilegio que la ley ha dado al cónyuge de continuar viviendo en lo que era o había sido la vivienda familiar, pudiera pensarse que los acreedores hereditarios no podrán perseguir los bienes en la parte que se adjudique el cónyuge como usuario o habitador, porque tales adjudicaciones las recibe por una situación distinta a la mera calidad de sucesor y, por tanto, continuador de la persona del causante. Se quebraría así un principio básico de responsabilidad patrimonial.

La alternativa es entender que la adjudicación de estos derechos reales de uso o habitación sólo son una especial forma de repartir los bienes entre los partícipes en la sucesión, y que no comprometen para nada el derecho de los acreedores hereditarios, quienes podrán perseguir la responsabilidad de los herederos por deudas hereditarias, conforme con las reglas generales. Incluso sobre los bienes que tenga en calidad de usuario o habitador. Más aún, dado que el cónyuge ha recibido un *plus* por sobre lo que a su cuota le correspondía, en esa misma proporción debe entenderse aumentada su responsabilidad patrimonial. Me inclino por esta alternativa, si no queremos debilitar el crédito de las familias más modestas.

2. LOS ACREEDORES TESTAMENTARIOS

Ya se ha dicho que el art. 1.318, inciso segundo, del CC, limitó la facultad de disposición del causante, para exigirle respeto por la

regla del art. 1.337 N° 10, por lo que, de hacer legados en favor de otras personas —que pueden ser herederos— y que recaigan sobre los bienes que el cónyuge puede adjudicarse por esta vía, ellos le serán inoponibles. Por ello, el legatario se verá expuesto a perder la asignación, si el cónyuge sobreviviente la impugna para reclamar su derecho de adjudicación preferente.

VII. CONCLUSIÓN

Estamos frente a una norma que, pese a constituir una evidente manifestación de sensibilidad del legislador por la situación del cónyuge viudo, dado que sobrepasa principios básicos de igualdad en la partición, y considerando las características socioeconómicas de nuestro país, será profundamente impactante.

Pienso que la igualdad de los hijos buscada con la reforma, al menos en materia sucesoria, parece algo teórica, dado el mejoramiento que respecto de ellos experimentó el cónyuge que sobrevive.

EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE EN LA NUEVA REGLA 10^a DEL ARTÍCULO 1337 DEL CÓDIGO CIVIL

EDUARDO COURT MURASSO
Abogado
Profesor de Derecho Civil
Universidad Adolfo Ibáñez

I. ANTECEDENTES

1. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE

En las legislaciones de la gran mayoría de los países existe la tendencia a proteger al cónyuge sobreviviente de los sobresaltos económicos que puede llegar a significarle la muerte de su marido o mujer¹.

Esta protección tiende, en especial, a asegurarle la vivienda conyugal y ciertos bienes muebles que forman parte de ella y a resguardarlo frente a los hijos u otros eventuales herederos².

Esta necesidad de protección se fundamenta en que las mismas legislaciones suelen establecer *el principio de la partición forzosa*, en términos tales que, fallecido el causante, asiste a cada heredero el derecho de pedir la partición de los bienes hereditarios, no

¹ Así ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos de España, Italia, Francia, Argentina y Perú, entre muchos otros.

² "En el derecho sucesorio siempre ha existido la intención y la tendencia de evitar que una vez que el matrimonio se ha disuelto por la muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente se vea enfrentado a la penuria de tratar de subsistir con lo que buena-mente pueda, situación grave si carece de fortuna personal, o la edad o una enfermedad, le impiden el trabajo". (ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Régimen Jurídico de la Vivienda Familiar*, Aranzadi, 1995, p. 584).

obstante la oposición de otro heredero³. Así, el cónyuge que en vida de su marido o mujer vivía en el hogar conyugal, a veces desde hace muchos años y, comúnmente también, a una edad avanzada que no le permite producir los ingresos necesarios para tener una vivienda equivalente a aquella en que residía con el causante, se ve obligado a concurrir a la partición del hogar común pedida por otro comunero.

Atendida la injusticia que puede resultar de situaciones como la descrita, las distintas legislaciones, junto con atenuar el rigor del principio de la partición forzosa⁴, han adoptado algunas medidas que, en mayor o menor grado, vienen en protección del cónyuge supérstite.

2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Desde luego, podemos señalar que estas medidas son de diversa índole y dicen relación, en general, con el inmueble familiar y con ciertos bienes muebles que equipan dicha vivienda⁵.

³ En Argentina, el artículo 3452 del Código Civil establece este principio que, al decir de Borda, si bien es bueno como regla general, es dañoso si se lo aplica indiscriminadamente y resulta especialmente injusto cuando se trata de bienes familiares y particularmente de la vivienda. Por ello, manteniendo el principio de la partición forzosa, la ley 14.394 reformó el régimen del Código Civil, admitiendo la prolongación del estado de indivisión en ciertos casos: a) cuando así lo dispone el causante; b) cuando lo acuerdan los coherederos, y c) a petición del cónyuge supérstite cuando en el acervo hereditario exista un establecimiento que constituya una unidad económica y tratándose de la casa habitación construida o adquirida con los fondos de la sociedad conyugal formada con el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos (artículo 53, inciso final de la ley 14.394). La indivisión no puede exceder de 10 años. Los acreedores de los herederos no pueden ejecutar el bien, pero sí los acreedores del causante. Además, la ley 14.394 dispuso la indivisibilidad del bien familiar, mientras subsista el último de los beneficiarios (artículo 49 inciso d), pudiendo ser acordada la división por la mayoría de los herederos, siempre que no medie oposición del cónyuge supérstite o existan incapaces, en cuyo caso debe resolver el juez lo que sea más conveniente para el interés familiar (artículo 49 inciso b) (BORDA, GUILLERMO, *Tratado de Derecho Civil, Sucesiones*, sexta edición actualizada, I, Editorial Perrot, Buenos Aires, pp. 422-429). En Chile, el principio de la división forzosa se encuentra establecido en el artículo 1317 del Código Civil.

⁴ Así el Código alemán (artículos 2044, 2042 y 749); español (artículo 1056); italiano (artículos 716 y 717); francés (artículo 815); mexicano (artículos 1769 y ss.); peruano (artículos 846 y 847 y 845, en relación con los artículos 984 y 993).

⁵ Pero a veces la protección de los bienes muebles se establece en normas distintas de las destinadas a proteger los inmuebles. Así, en España, de acuerdo con el artículo 1406 número 4: "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 4. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese su residencia habitual". Pero ello es independiente de que, según dispone el artículo 1321, son para el cónyuge sobreviviente las ropas y el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos en caso de muerte de uno de ellos, excluyéndose ciertos bienes de extraordinario valor. Así lo señala ALBALA-DEJO, Manuel, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 7ª edic., 1996, p. 191.

Las medidas más comunes son las siguientes:

a) Algunas legislaciones, como la de Francia y Argentina, establecen la *indivisión forzosa de estos bienes*, atenuando de esta manera el principio de la partición forzosa⁶.

b) Otras otorgan al cónyuge sobreviviente un *derecho de atribución o de adjudicación preferente*⁷, estableciéndolo ya sea en la partición de los bienes sucesorales⁸, o en la liquidación de la sociedad conyugal⁹, cuando ésta se ha disuelto por fallecimiento de uno de los cónyuges o, al menos, uno de ellos ha fallecido antes de la liquidación del régimen¹⁰. Por último, no faltan algunas, como la del Perú, que contienen sendas normas en cada una de estas materias¹¹.

c) Otras buscan proteger al cónyuge supérstite concediéndole derechos de *usufructo, uso ó habitación* sobre los indicados bienes¹².

d) Existen legislaciones que otorgan un derecho de atribución o de adjudicación preferente y, además, un derecho real de usufruc-

⁶ Cf. BORDA, ob. cit., pp. 422-429 y pp. 439-441.

⁷ Acerca de la denominación de esta figura, véase CAPRILE, Bruno, "El Derecho de Adjudicación Preferente: Comentario del Artículo 1337 N° 10 del Código Civil", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, vol. VII, N° 7, 1999, p. 38, nota 2.

⁸ Como ocurre en Chile, en que el legislador de la ley N° 19.585 lo estableció en la regla 10ª del artículo 1337, ubicado en el Título X del Libro III, "De la Partición de los Bienes".

⁹ El caso del Código Civil español (artículos 1406 y 1407).

¹⁰ Cuestión que en España es discutida. Puede consultarse al respecto a ELORRIAGA, ob. cit., pp. 569-577.

¹¹ En efecto, el artículo 323 del Código peruano, de 1984, establece que cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con la obligación de reintegrar el exceso de valor, si lo hubiera. Por su parte, el artículo 731, relativo a la sucesión por causa de muerte, prescribe que cuando el cónyuge sobreviviente concorra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa.

¹² Es el caso de Argentina, en que por ley 20.798 se introdujo un artículo 3573 bis al Código Civil, que otorga al cónyuge supérstite un derecho de habitación sobre el inmueble en que estaba constituido el hogar familiar, extendiendo la protección a toda la vida del cónyuge supérstite.

to, uso o habitación, ya sea otorgándole estos últimos cuando sus derechos no son suficientes como para adjudicarle los bienes en dominio exclusivo¹³ o, incluso, concediéndole *la posibilidad de elegir* entre la adjudicación de los bienes en dominio y la constitución de los derechos mencionados¹⁴.

e) Por último, podemos mencionar dentro de las medidas de protección del cónyuge sobreviviente las instituciones del *patrimonio familiar y de los bienes familiares*, consagradas en diversas legislaciones¹⁵.

3. MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

Sólo en los últimos años el legislador patrio se ha ocupado de proteger al cónyuge sobreviviente de las vicisitudes que puede llegar a acarrearle la muerte de su marido o mujer.

Desde luego, el Código Civil, al igual que la mayoría de las legislaciones, estableció el principio general de la partición forzosa en el artículo 1317, inciso primero, sin perjuicio de las pocas excepciones que el mismo precepto indica, entre ellas, el pacto de indivisión, que deja entregado al cónyuge a la voluntad de los demás comuneros.

Por otra parte, debemos tener presente que bajo el solo Código Civil, el cónyuge sobreviviente no era heredero intestado del difunto cuando concurría con los hijos, es decir, en el primer orden de sucesión regular e irregular. En efecto, concurría en esos órdenes por su porción conyugal, a la cual sólo tenía derecho el cónyuge que carecía de lo necesario para su congrua sustentación o cónyuge "pobre". Vale decir, si no tenía bienes imputables a dicha porción conyugal (artículo 1176, inciso primero), siendo la regla que todos los bienes del cónyuge eran imputables a ella (artículo 1176, inciso segundo).

El año 1952, la ley N° 10.271 atenuó un poco el rigor de la disposición al hacer compatible con la porción conyugal las donaciones o asignaciones testamentarias que el cónyuge sobreviviente hubiera de percibir en la sucesión del difunto (artículo 1176, inciso

¹³ Artículo 1337 regla 10ª del Código Civil de Chile y artículo 731 del Código Civil del Perú.

¹⁴ Artículo 1407 del Código español.

¹⁵ Sobre estas instituciones, véase ELORRIAGA, ob. cit.

tercero). A esa época, las asignaciones testamentarias a favor del cónyuge sólo podían hacerse con cargo a la parte de libre disposición. En 1989, en virtud de la reforma de la ley N° 18.802, se incluyó al cónyuge entre los posibles asignatarios de la cuarta de mejoras, posibilitando, de esta manera, que se le hicieran donaciones o asignaciones testamentarias con cargo a ella y no sólo con cargo a la parte de libre disponibilidad.

Es evidente que, frente al principio de partición forzosa, la situación del cónyuge sobreviviente era bastante precaria. Ella recién mejoró radicalmente con la introducción en nuestra legislación de los bienes familiares, mediante ley N° 19.335, de 1994¹⁶.

Esta ley permitió pedir la declaración de bien familiar del inmueble que sirva de residencia principal de la familia y de los muebles que guarnecen el hogar, cualquiera que sea el régimen de bienes del matrimonio. Además, en lo que interesa ahora, permitió constituir a favor del cónyuge no propietario, durante el matrimonio e, incluso, *disuelto éste*, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares (artículo 147), en las condiciones que este precepto indica, consagrando una importante medida de protección a favor del cónyuge supérstite¹⁷.

Por último, la ley N° 19.585, de 1998, eliminó la porción conyugal otorgando al cónyuge sobreviviente *la calidad de legitimario*, mejoró sus derechos como heredero *ab intestato* y estableció la nueva regla 10ª del artículo 1337, que vamos a analizar¹⁸.

4. LA NUEVA REGLA 10ª DEL ARTICULO 1337 DEL CÓDIGO CIVIL

La nueva regla introducida por la ley N° 19.585, de 1998, prescribe:

“Artículo 1337. El partidador liquidará lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen:

¹⁶ Artículos 141 a 148 del Código Civil.

¹⁷ En relación con los bienes familiares y los efectos que produce su constitución, puede verse COURT MURASSO, Eduardo, “Los bienes familiares en el Código Civil (ley N° 19.335)”, en *Cuadernos Jurídicos* (Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez) N° 2, Viña del Mar, 1995.

¹⁸ Acerca de las reformas de la ley N° 19.585, puede consultarse COURT MURASSO, EDUARDO, *La Nueva Ley de Filiación*, 2ª edición actualizada y ampliada, ConoSur, Santiago, 2000.

10ª Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.

Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios.

El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II.

El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse”.

Como puede apreciarse, la regla 10ª establece dos clases de derechos: el de adjudicación preferente (en el inciso primero y final) y los derechos de habitación y de uso (en el inciso segundo y tercero).

Veremos, en primer lugar, el derecho de adjudicación preferente, para luego referirnos a los derechos de uso y de habitación y cómo operan estos dos tipos de derechos.

II. EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE (INCISOS PRIMERO Y FINAL DE LA REGLA 10ª)

1. EL TEXTO LEGAL

El inciso primero establece el derecho señalando: “Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto”.

El inciso final de la regla 10ª agrega un par de características: “El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse”.

2. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE ADJUDICACIÓN

a) Es un derecho *de preferencia*, que rompe el principio de igualdad sucesoria¹⁹. Como toda preferencia debe considerarse excepcional (artículo 2470) y de derecho estricto. Por lo tanto, *no puede extenderse su aplicación por analogía* a otros casos que los señalados por la ley. La preferencia consiste en que los bienes hereditarios no se adjudiquen a otro comunero (o se vendan a un tercero), sino que al cónyuge sobreviviente, con cargo a su cuota hereditaria.

b) El derecho de preferencia se hace valer ante el partidor y ante los demás herederos, *pero también ante el propio testador*, quien también debe respetarlo si hace la partición por acto entre vivos o por testamento, según lo autoriza el artículo 1318, inciso primero, con tal que no sea “contraria a derecho ajeno”. Además, debemos tener presente a este respecto, especialmente, el nuevo inciso segundo que la Ley N° 19.585 introdujo al mismo precepto. De conformidad con éste: “En especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla 10ª, otorga al cónyuge sobreviviente”. Por último, consignemos que este derecho de adjudicación preferente constituye, respecto del testador, *una limitación* a la facultad que le acuerda el artículo 1197 para señalar las especies en que haya de hacerse el pago de una legítima.

c) El cónyuge tiene derecho a que se le adjudique en propiedad “*el inmueble en que resida...*”. Con esta expresión se pretendió evitar que el cónyuge separado del causante invoque este derecho en su favor²⁰. Sin embargo, la ley no se hizo cargo de la posibilidad, bastante frecuente por lo demás, de que el hogar común haya sido abandonado por el cónyuge “inocente”, quien no podrá invocar este derecho, porque al fallecimiento del causante no residía en el hogar. Y lo mismo vale en caso de divorcio.

¹⁹ Cf. en este sentido DOMÍNGUEZ A., Ramón, “Las Reformas al Derecho Sucesoral de la Ley N° 19.585”, en *Actualidad Jurídica*, año I, N° 1, Enero 2000, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, p. 252.

²⁰ MUÑOZ S., Andrea, “Aspectos Sucesorios de la Reforma”, en *El Nuevo Estatuto Filiativo y las Modificaciones al Derecho Sucesorio, a la Luz de las Normas y Principios de la Ley N° 19.585*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 148.

d) La ley exige, además, que el inmueble “*sea o haya sido la vivienda principal de la familia*”. Respecto de esta exigencia cabe preguntarse si tiene este derecho de adjudicación preferente, en caso de separación de hecho, el cónyuge que siguió viviendo en el que fue hogar familiar. La pregunta es, ¿puede considerarse en esas circunstancias que se trata de la vivienda principal de la “familia”? DOMÍNGUEZ ÁGUILA, en opinión que compartimos, estima que sí, porque la ley no exige que el inmueble sea *actualmente* vivienda principal de la familia, sino que basta con que lo haya sido, más aun si hubiera permanecido en ella con los hijos²¹. Pero la ley no exige que el cónyuge a quien se le adjudicó el inmueble siga viviendo en él.

e) Para tener este derecho de adjudicación preferente, es necesario que los bienes cuya adjudicación preferente se solicita, *formen parte del patrimonio del difunto*. ¿Cuándo los bienes forman parte del patrimonio del difunto? Evidentemente al establecer este requisito la ley ha querido señalar que este derecho se tiene respecto de bienes del difunto y no de bienes ajenos respecto de los cuales el difunto era nada más que mero tenedor. Pero este requisito puede generar problemas.

Si el cónyuge difunto era comunero del bien con otras personas, por ejemplo, con sus hermanos, ¿puede adjudicarse su cuota al cónyuge sobreviviente, o constituir sobre dicha cuota un derecho de uso o habitación?, ¿o se requiere que tenga la propiedad exclusiva sobre dicho bien? Por la naturaleza y finalidades de estos derechos (de adjudicación preferente y de los derechos de uso y de habitación), pensamos que el causante debe haber tenido *la propiedad exclusiva* de los bienes sobre los cuales ellos pueden recaer: *el inmueble* en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, y los *muebles* que lo guarnecen.

Si los cónyuges estaban casados bajo régimen de sociedad conyugal es evidente que si la vivienda familiar y su mobiliario son bienes propios del marido o de la mujer al momento de su fallecimiento, forman parte del patrimonio del cónyuge difunto. Pero eso no será lo usual. Lo normal será que esos bienes sean sociales o, en el caso de la mujer, que sean bienes reservados del artículo 150. ¿Los bienes sociales forman parte del patrimonio del marido difun-

²¹ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, ob. cit., p. 254.

to, como exige la ley? Disuelta la sociedad conyugal por muerte del marido, se forma una comunidad de bienes entre la mujer y los herederos de éste, que habrá que liquidar conforme a las reglas de los artículos 1765 y siguientes, sin que pueda afirmarse, en nuestra opinión, que los que eran bienes sociales durante la vigencia de la sociedad conyugal, formen parte del patrimonio del difunto. Otro tanto ocurre con los bienes reservados de la mujer, si ella o sus herederos "aceptan" los gananciales: los bienes del activo del patrimonio reservado entran en la partición de los gananciales sin que pueda afirmarse que forman parte del patrimonio de la mujer difunta. Ello sin perjuicio de que en la liquidación de la sociedad conyugal estos bienes se adjudiquen a los herederos del cónyuge difunto.

f) El cónyuge sobreviviente tiene derecho a que su *cuota hereditaria* se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad de los bienes que la ley indica. Es decir, tiene este derecho *a título de heredero* y no de legatario. A este respecto, recordemos que al cónyuge sobreviviente puede corresponderle una cuota hereditaria como heredero abintestato; en calidad de legitimario; de posible asignatario de cuarta de mejoras; y, por supuesto, puede ser beneficiado también con la parte de libre disposición.

g) La ley no exige que el cónyuge permanezca viudo²².

h) Es un derecho de adjudicación preferente, respecto de los bienes indicados, frente a los demás coasignatarios de la comunidad hereditaria, y *no proporciona al cónyuge preferencia ni ventaja alguna frente a terceros acreedores*. Así, no transforma los bienes en inembargables, ni goza el cónyuge reconvenido del beneficio de excusión.

i) Es un derecho personalísimo, que no puede transferirse ni transmitirse por causa de muerte (inciso final regla 10ª).

²² DOMÍNGUEZ ÁGUILA, ob. cit., pp. 255 y 256, critica esta circunstancia, porque el nuevo cónyuge puede pasar a vivir en el inmueble y, en caso de muerte, llegar a sucederlo y ser titular de los derechos de la regla 10ª frente a los hijos del anterior matrimonio. Por su parte, Andrea MUNOZ señala que la exigencia se eliminó por ser fácil de burlar y operar como un castigo para el cónyuge que contrae nuevo matrimonio (ob. cit., p. 149).

j) Entendemos que es un *derecho renunciabile por el cónyuge*, puesto que mira al interés individual del renunciante y no está prohibida su renuncia (artículo 12). El cónyuge no está obligado a hacer uso de este derecho, de manera que puede renunciar *a partir de la muerte del causante*. Sin embargo, ¿puede renunciar anticipadamente a él, esto es, en vida del causante, o incluso antes del matrimonio? Aunque la ley no ha prohibido expresamente la renuncia anticipada²³, nos pronunciamos negativamente, sobre la base de la regla general del artículo 1717 que, en lo que aquí interesa, prohíbe que las capitulaciones matrimoniales contengan estipulaciones que sean en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro.

Además, si se considera que éste es un *derecho hereditario*²⁴, podría estimarse que la renuncia en vida importa un pacto sobre sucesión futura que la ley, por regla general, rechaza²⁵.

k) En cuanto a su ejercicio, se trata de un *derecho absoluto* del cónyuge sobreviviente, respecto del cual no puede existir *abuso del derecho*.

3. ¿CUÁNDO SE PIERDE EL DERECHO A LA ADJUDICACIÓN PREFERENTE?

La ley no indica en que casos se pierde el derecho a la preferencia en la adjudicación. Pero estimamos ello ocurre en los siguientes casos:

a) El derecho se pierde en caso de divorcio por culpa: En efecto, conocido es el adagio "*divorcio por culpa herencia perdida*", de que hacen aplicación los artículos 994 y 1182²⁶. De manera que entendemos que el cónyuge que dio lugar al divorcio por su culpa no puede ejercer este derecho, porque la adjudicación es para

²³ Como sí lo ha hecho en otras ocasiones (artículos 153, 150, 1721, 1317, 1469, 1465, 2494, etc.).

²⁴ En verdad, éste es un derecho del cónyuge que no forma parte de la herencia, pero que se le confiere en cuanto heredero.

²⁵ Artículos 1226, 1463 y 1682 del Código Civil.

²⁶ De conformidad con el primero, "El cónyuge divorciado temporal o perpetuamente no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido, si hubiere dado motivo al divorcio por su culpa". En tanto, el segundo precepto señala, en su inciso final, que no será legitimario el cónyuge que "por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal".

enterar su cuota hereditaria y si no tiene derechos en la sucesión del causante, no habrá cuota hereditaria que enterar.

b) El derecho se pierde en caso de desheredamiento: También creemos que se pierde por esta causa, porque en virtud del mismo, el testador ordena que el legitimario sea privado del todo o parte de su legítima (artículo 1207), de manera que tampoco habrá cuota hereditaria que enterar por concepto de legítima y no es lógico pensar que si causante desheredó a su cónyuge, paralelamente le haya dejado asignaciones hereditarias con cargo a la 4ª de mejoras o a la parte de libre disposición.

c) El derecho también se pierde si el cónyuge repudia la herencia: Lo cual es obvio porque, como hemos dicho tantas veces, la adjudicación es con cargo a su *cuota hereditaria*. La adjudicación preferente es un derecho que concede la ley, pero que supone que el cónyuge sea heredero²⁷.

Por último, en estos casos en que el cónyuge no puede pedir la adjudicación preferente, estimamos que *tampoco puede solicitar la constitución de derechos de uso o de habitación sobre los mismos bienes*, porque, según veremos, estos derechos están subordinados en su ejercicio a aquél.

4. EJERCICIO DEL DERECHO. OPORTUNIDAD

Desde luego, el derecho de adjudicación preferente *debe ejercerse*, es decir, no opera de pleno derecho. Respecto de la *oportunidad* de su ejercicio debemos distinguir:

a) En cuanto al momento a partir del cual puede hacerse valer el derecho, estimamos que únicamente puede ejercerse *desde la apertura de la sucesión*, es decir, desde el fallecimiento del causante y no en vida del mismo. En efecto, se trata de un derecho que la ley concede al cónyuge "*sobreviviente*". Además, es en el momento de la apertura cuando deben concurrir todos los supuestos de hecho exigidos por la ley para ejercitar la preferencia.

²⁷ O que tenga derecho y acepte los gananciales, si se admite la existencia de la preferencia en la liquidación de la sociedad conyugal.

b) El momento final para ejercer el derecho es, obviamente, hasta antes de que los bienes sobre los cuales puede recaer la preferencia sean adjudicados a otro comunero o vendidos a terceros.

III. LOS DERECHOS DE USO Y DE HABITACIÓN

(INCISOS SEGUNDO Y TERCERO DE LA REGLA 10^a)

1. EL TEXTO LEGAL

Estos incisos prescriben: "Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios".

"El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II."

2. ¿CÓMO OPERAN ESTOS DERECHOS EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE?

Al igual que el Código Civil español (artículos 1406 y 1407) y el peruano (artículo 731), la regla 10^a establece a favor del cónyuge sobreviviente dos clases derechos: el de adjudicación preferente y el de habitación o uso. Pero a diferencia de aquel Código y al igual que éste, la regla 10^a *no otorga al cónyuge sobreviviente la posibilidad de optar libremente por uno u otro derecho*, pagando en su caso la diferencia en dinero. Según ella, el derecho de uso y habitación sólo puede pedirlo sobre "*las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad*", en ejercicio de su derecho de preferencia, si el valor total de los bienes sobre los que puede ejercitar la preferencia "*excede su cuota hereditaria*".

Este inciso ha dado y puede dar lugar a variadas interpretaciones²⁸.

²⁸ Cf. en este sentido DOMÍNGUEZ, quien estima que la ley no es clara y su texto admite varias posibilidades (ob. cit. pp. 256-257).

Por nuestra parte, identificamos los siguientes problemas:

a) Si el valor del inmueble familiar excede la cuota hereditaria del cónyuge, ¿puede pedir que se le adjudique la propiedad sobre parte de la vivienda familiar, hasta completar dicha cuota, y *que sobre el saldo en que el valor del inmueble exceda sus derechos, se le otorgue parcialmente un derecho de habitación?*²⁹. El Código peruano parece admitir esta posibilidad en el artículo 731, inciso primero parte final, cuando señala que el derecho de habitación *"recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales"*.

No compartimos la tesis de la constitución de un derecho de habitación sobre parte del inmueble familiar³⁰. La constitución del referido derecho sólo procede, en nuestro concepto, respecto *de la totalidad del inmueble familiar*.

Pensamos que ello debe ser así, por varias razones: Desde luego, porque el inciso segundo de la regla 10ª permite constituir estos derechos sobre las *"cosas"* que no le sean adjudicadas en propiedad, y no sobre una parte de ellas. Además, si se admitiera esta constitución parcial del derecho de habitación, cabría preguntarse: ¿sobre qué parte de la vivienda recaería el derecho?; ¿cómo operaría esta atribución mixta de derechos?; ¿cómo se inscribiría este derecho parcial sobre la vivienda?³¹

b) Un segundo problema, muy relacionado con el anterior, consiste en que la regla 10ª no exige que el cónyuge adjudicatario, en caso de que el valor de los bienes exceda su cuota hereditaria, *pague la diferencia en dinero*³²⁻³³. Por el contrario, faculta al cónyu-

²⁹ La misma duda puede plantearse respecto de la constitución parcial de un derecho de uso sobre un bien mueble.

³⁰ O de un derecho de uso sobre parte de un mueble.

³¹ En sentido contrario opina MUÑOZ, quien, sin responder estas preguntas, expresa que si el valor de la cuota hereditaria es inferior al valor de los bienes, el cónyuge puede pedir que, en el saldo, se le constituya un derecho de uso o habitación, según la naturaleza del bien. Agrega que no hay un derecho disyuntivo en cuanto a que si la cuota hereditaria es igual o superior al valor de los bienes, se puede pedir la adjudicación en propiedad y en caso contrario, sólo en uso o habitación (ob. cit., pp. 147 y 149-150).

³² Como ocurre en España, de conformidad con el artículo 1407 del Código Civil: "En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero".

³³ MUÑOZ, explica las razones que se tuvo en vista para ello (ob. cit., p. 148).

ge para pedir, en ese caso, que “se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, *con carácter de gratuitos y vitalicios*.” Esto implica que si no existen otros bienes suficientes como para enterar las asignaciones del resto de los asignatarios, entre ellos, otros posibles legitimarios³⁴, éstos resultarán seriamente perjudicados.

En efecto, imaginemos que el causante fallece intestado y le sobreviven hijos y cónyuge y que, como es muy frecuente, los únicos bienes que deja son el inmueble familiar y su mobiliario. Si con cargo a su cuota hereditaria se adjudica al cónyuge parte de estos bienes, y se le otorga sobre los restantes derechos de uso o de habitación, en su caso, los demás legitimarios³⁵ sólo se quedarán con la nuda propiedad de los bienes dados en uso o habitación, sin que puedan exigir contraprestación alguna al cónyuge, porque los referidos derechos son *gratuitos*, y sin que puedan tampoco ponerles término en vida de éste, porque son *vitalicios*.

Con esto se impone un severo gravamen a la legítima de los demás legitimarios y se vulnera el principio establecido en el inciso primero del artículo 1192, de conformidad con el cual “La legítima rigurosa no es susceptible de condición, *plazo*, modo o *gravamen* alguno”.

c) ¿Puede el cónyuge sobreviviente repudiar la herencia y pedir la constitución del derecho de uso o de habitación, alegando que el valor de los bienes “excede” de su cuota hereditaria? Nos parece claramente que ello no es posible, porque estos derechos están ligados, en su ejercicio, al de adjudicación preferente, derecho este último que se tiene en cuanto heredero y hasta enterar la “*cuota hereditaria*”, a la que no tendría derecho el cónyuge si repudia la herencia.

3. ¿DESDE CUÁNDO PUEDE PEDIRSE LA CONSTITUCIÓN DE ESTOS DERECHOS?

A este respecto debemos recordar que la ley N° 19.585 modificó el encabezado del inciso primero del artículo 147, que permitía al juez constituir derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares a favor del cónyuge no propietario, durante el matrimonio o *disuelto éste*.

³⁴ Como los hijos o, en su caso, los ascendientes (artículo 1182).

³⁵ En este caso los hijos (artículo 988 y 1182). Lo mismo ocurriría si no habiendo hijos lo sobreviven los padres (artículos 989 y 1182).

La modificación consistió en que la constitución de tales derechos reales, en adelante, sólo puede ser ordenada por el juez durante el matrimonio o, en caso de disolución del mismo, por declaración de nulidad, pero ya no en el evento de disolución por muerte real o presunta del cónyuge propietario, porque en este evento, el cónyuge sobreviviente tiene los derechos que le acuerda la nueva regla 10ª del artículo 1337.

¿Puede pedirse la constitución de estos derechos de uso y habitación una vez disuelto el matrimonio y antes de que se inicie la partición, es decir, en el período que media entre el fallecimiento del cónyuge, que produjo la disolución del matrimonio y la partición de los bienes hereditarios? Nos parece que no. La regla está concebida *para ser aplicada en la partición*. Además, estos derechos no pueden constituirse por la mera petición del cónyuge sobreviviente, sino que *es necesario que se cumpla una condición*, cual es, que el valor total de los bienes exceda la cuota hereditaria del cónyuge, lo cual sólo se determinará cuando la partición de los bienes hereditarios se efectúe³⁶.

4. ¿QUIÉN PUEDE CONSTITUIRLOS?

La constitución de los referidos derechos corresponde hacerla al partidor, porque es él quien debe tener en cuenta las reglas de faja del artículo 1337. Así se desprende, además, de la propia ley que alude a la inscripción en el Registro del Conservador de "*la resolución*" que constituye el derecho de habitación. Pero creemos que nada impide que lo hagan los comuneros si ellos efectúan la partición *de común acuerdo*.

El partidor sólo puede constituir derechos *de habitación y de uso*, pero no de usufructo. ANDREA MUÑOZ explica que el legislador optó por un derecho de uso y habitación porque se cumple el objetivo de proteger al cónyuge, sin que se transforme *en fuente de lucro para él*, ya que estos derechos, además de personalísimos, no pueden prestarse ni arrendarse (artículo 819)³⁷.

³⁶ De manera que, quizás, no debió haberse modificado el artículo 147 en la forma señalada.

³⁷ MUÑOZ, A., ob. cit., p. 148. El Código Civil del Perú permite el arrendamiento en su artículo 732, inciso primero: "Si en el caso del artículo 731 el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731".

5. CARACTERÍSTICAS DE ESTOS DERECHOS

Las características de estos derechos surgen de la propia regla 10ª y, por mandato de ésta, de la aplicación subsidiaria de las normas del Título X del Libro II, a saber:

a) Su nacimiento está sujeto a una *condición*: que el valor total de los bienes *exceda* la cuota hereditaria del cónyuge.

b) Estos derechos tienen el carácter *de gratuitos*, es decir, el partidor no puede imponer al cónyuge contraprestaciones de carácter económico por su constitución. Pero eso no significa que no tengan las obligaciones de todo usuario y habitador, como contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo (artículo 818); soportar los tributos que afecten la vivienda, como el impuesto territorial, etc. Es gratuito frente a los demás herederos.

c) Estos derechos son también *vitalicios*, es decir, no están sujetos a plazo extintivo ni a condición resolutoria y duran por toda la vida del cónyuge. Sin embargo, *ello no significa que no puedan terminar en vida del cónyuge*³⁸. Aunque la regla 10ª nada dice al respecto; creemos que pueden terminar por renuncia del cónyuge; por destrucción total del bien³⁹; por prescripción⁴⁰; e incluso por no uso del derecho. En efecto, tratándose de los derechos de uso y habitación, éstos se limitan a las necesidades del usuario o habitador, de modo que si éste deja de habitar el inmueble debemos entender que no lo necesita, extinguiéndose el derecho⁴¹.

d) Son personalísimos y no pueden prestarse ni arrendarse (artículo 819).

e) No pueden embargarse (art. 2466 inciso final).

³⁸ Así, por ejemplo, en Perú, según el artículo 732, inciso final, estos derechos terminan si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.

³⁹ Con distintas consecuencias según quién y cómo se destruye.

⁴⁰ Por aplicación de las reglas generales contenidas en los artículos 812 y 806, en relación con los artículos 2517 y 2515 del Código Civil.

⁴¹ Cf. en este sentido, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., ob. cit., p. 256.

f) El cónyuge no está obligado a rendir caución, *pero sí a hacer inventario* (artículo 813), porque los bienes gravados con los derechos de uso y habitación deben ser restituidos cuando se consoliden con la nuda propiedad.

g) La ley *no limita el monto del valor del inmueble*, circunstancia que algunos critican porque la ley no desea proteger el lujo, sino asegurar un techo razonable⁴².

6. INSCRIPCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE CONSTITUYE EL DERECHO DE HABITACIÓN

Con el propósito de que la constitución del derecho de habitación sobre la vivienda *no perjudique a terceros*, la regla 10ª establece, en su inciso tercero, que para que el derecho de habitación sea oponible a terceros de buena fe, es necesario que se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

La inscripción debe efectuarse en el correspondiente Registro de Hipotecas y Gravámenes y *servirá de título la resolución o la escritura pública* que los constituye. La inscripción se exige como *formalidad de publicidad*, es decir, para que la constitución del referido derecho sea oponible a terceros.

7. INOPONIBILIDAD DE ESTE DERECHO A TERCEROS

Según la regla 10ª, inciso tercero, "El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces".

En consecuencia, para determinar cuándo es oponible este derecho a terceros hay que distinguir dos situaciones:

⁴² Cf. en este sentido, BORDA, ob. cit., p. 434. En Perú no existe límite, lo que Ferrero critica. Estima inicu que este derecho pueda ejercerse sin limitación alguna, porque si el valor del inmueble es excesivo y la casa habitación del hogar conyugal constituye toda la herencia los demás herederos resultarán perjudicados. Más justo sería autorizar la partición, y de efectuarse una venta, el cónyuge sobreviviente pudiera adquirir un inmueble de menor valor con la parte que le corresponda (FERRERO, Augusto, *Tratado de Derecho Civil*, t. V, vol. II, Derecho de Sucesiones, Universidad de Lima, p. 598).

a) Antes de que se inscriba la resolución que lo constituye, en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, *es oponible sólo a terceros de mala fe*; y

b) Una vez inscrita la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, es oponible *a todo tercero*, independientemente de su buena o mala fe.

No nos parece conveniente que la ley —mientras no esté inscrito el derecho— permita probar la mala fe del tercero para así hacerle oponible el derecho de habitación, por la cuota de incerteza que ello involucra.

Lo razonable sería *presumir de derecho la buena fe del tercero* por la sola circunstancia de no encontrarse inscrito el derecho de habitación en el respectivo Registro de Hipotecas y Gravámenes y, por el contrario, presumir de igual manera su mala fe, si el derecho se encuentra debidamente inscrito.

Finalmente, la ley no precisa a qué terceros se refiere pero, como expresa DOMÍNGUEZ, debe tenerse presente que hay acreedores hereditarios y de los herederos que pueden tener hipotecas constituidas sobre el inmueble *con anterioridad a la inscripción del derecho de habitación*. Los acreedores hipotecarios anteriores no pueden verse afectados por este derecho de habitación, aplicándose el carácter restrictivo que la jurisprudencia ha dado al artículo 2415⁴³.

En todo caso, los acreedores del cónyuge *no pueden embargar* este derecho (artículo 2466).

IV. UBICACIÓN DE LA NORMA.

POSIBLE APLICACIÓN EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

A diferencia del Código Civil español que establece estos derechos a propósito de la liquidación de la sociedad conyugal (artículos 1406 N° 4 y 1407), y del Código Civil del Perú, que contiene sendas normas con ocasión de la liquidación de la sociedad de gananciales y de la división de los bienes hereditarios (artículos 323 y 731 a 732), el legislador de la Ley N° 19.585 ubicó la regla 10ª en el artículo 1337, *en el título de la partición de bienes*.

⁴³ Ob. cit., p. 258.

¿Se aplica esta regla a la liquidación de la sociedad conyugal? Es decir, en caso de disolución de la sociedad conyugal por muerte de un cónyuge, ¿tiene el cónyuge sobreviviente derecho de adjudicación preferente sobre estos bienes, con cargo a su mitad de gananciales o, en su defecto, derechos de uso y habitación?⁴⁴

Desde luego, no hay duda de que, en caso de disolución de la sociedad conyugal por muerte de un cónyuge, el inmueble que haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, *pueden ser adjudicados al cónyuge sobreviviente*. El punto es si el cónyuge *es titular* de los derechos que establece la regla 10^a *en la liquidación de la sociedad conyugal*, con cargo a su mitad de gananciales, porque si no tiene estos derechos en el proceso liquidatorio del régimen matrimonial, perfectamente los referidos bienes podrían ser vendidos al liquidarse la sociedad conyugal, *en forma previa a la partición de los bienes del causante* (artículo 1341), haciendo ilusorios los derechos que la regla 10^a otorga al cónyuge supérstite en dicha partición.

En nuestra opinión, el cónyuge sobreviviente, *en la liquidación de la sociedad conyugal*, tiene los derechos que establece la regla 10^a del artículo 1337, *por disposición expresa* del artículo 1776, de conformidad con el cual “la división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios”⁴⁵.

De acuerdo con lo expresado, y aplicando la regla 10^a, el cónyuge tiene derecho a que *su mitad de gananciales* se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo del inmueble familiar y su mobiliario. Y si el valor total de dichos bienes excede la cuota del cónyuge por concepto de gananciales, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios.

⁴⁴ El punto ha sido discutido. DOMÍNGUEZ opina que no. En su opinión el cónyuge debe concurrir como heredero, porque se trata de una modalidad de la división del haber común (ob. cit., p. 255). En cambio, MUÑOZ se pronuncia en sentido favorable expresando que en el proyecto original se contemplaba la imputación a gananciales, referencia que se eliminó por tratarse de juicios diversos, pero ello —expresa— no altera el sentido original de la propuesta “ya que en los hechos, si la residencia principal de la familia era un bien perteneciente a la sociedad conyugal, a la muerte del causante, el cónyuge sobreviviente se haría dueño de la mitad del mismo, por lo que si con cargo a su cuota hereditaria tiene este derecho de adjudicación preferente, lo cierto es que ello le permitirá completar, si no la propiedad total del bien, al menos una parte importante del mismo, quedando el saldo en calidad de derecho de habitación.” (ob. cit., p. 147).

⁴⁵ Véanse también los artículos 2115 y 2313.

Esto será así, por regla general, salvo en dos casos:

a) Que el cónyuge *renuncie o haya renunciado* antes del matrimonio los gananciales⁴⁶; y

b) Cuando, por cualquier causa, el cónyuge *no tenga derecho* a ellos⁴⁷.

Estimamos, además, que para que opere la regla 10ª no es preciso que la sociedad conyugal se haya disuelto necesariamente *por muerte de uno de los cónyuges*. Puede perfectamente haberse disuelto por cualquier otra causa de las indicadas en el artículo 1764, con tal que el cónyuge haya fallecido *antes* de efectuarse *la liquidación de la sociedad conyugal*⁴⁸.

Por otra parte, hagamos presente que los bienes que se adjudiquen al cónyuge en la liquidación de la sociedad conyugal, con cargo a su mitad de gananciales, *no son imputables* a los *derechos hereditarios* que puedan corresponderle en la sucesión del difunto, en virtud de la reforma de la Ley N° 19.585, que eliminó tal incompatibilidad. Antes de esta reforma, en cambio, los bienes adjudicados en la liquidación del régimen matrimonial *habrían sido imputables a la porción conyugal*, de conformidad con el derogado artículo 1176.

Finalmente, si en la liquidación de la sociedad conyugal se otorga al cónyuge derechos de uso o de habitación sobre bienes que no le fueron adjudicados en propiedad, por exceder su mitad de gananciales, tales bienes pasarán a los legitimarios con el gravamen respectivo, configurándose una excepción a la regla del artículo 1192, inciso primero.

⁴⁶ Artículos 1719 y 1781, en relación con el artículo 150.

⁴⁷ Como podría ocurrir en el caso del artículo 1768; y como ocurría con el antiguo artículo 171, derogado por Ley N° 18.802.

⁴⁸ Cf. en este sentido, ELORRIAGA, F., ob. cit., pp. 574-577.

ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR: POSIBLES OBJECIONES DE CONSTITUCIONALIDAD*

JORGE BARAONA GONZÁLEZ

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Civil

*Pontificia Universidad Católica
de Chile*

I. CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

Dado el impacto que sobre la partición de una comunidad hereditaria, originada por la muerte de uno de los cónyuges, puede producir la norma contenida en el art. 1.337 N° 10 del Código Civil, es que ha parecido interesante analizarla a la luz de las normas constitucionales, a fin de detectar eventuales vicios de constitucionalidad.

Aunque en la tramitación de la norma en el Congreso Nacional no hay constancia de que la disposición en estudio hubiera sido impugnada por inconstitucionalidad, pensamos que más de alguien pudiera plantearse el punto. Particularmente si se tiene presente que se trata de una norma que altera las reglas de la partición de bienes, y por lo mismo, desde el momento que en algún extremo la norma reserva la habitación del inmueble y el uso de los bienes muebles que la guarnecen, en calidad de gratuitos, en favor del cónyuge supérstite, se podría ver aquí vulnerado el derecho de propiedad sobre las cuotas de los otros partícipes, o al menos el principio de igualdad entre los comuneros.

Este artículo es parte del Proyecto de Investigación financiado por el Concurso Regular Fondecyt (N° 1000480, de 2000) titulado "El derecho de adjudicación preferente en favor del cónyuge sobreviviente en los bienes del causante".

Por las razones expuestas, se estudiará la incidencia de la norma a la luz de la garantía del derecho de propiedad, art. 19 N° 24 de la Constitución Política de la República¹, y del derecho a la igualdad ante la ley, art. 19 N° 3° de la CPR.

II. LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y EL DERECHO DE PROPIEDAD

La norma en cuestión establece, en principio, el derecho de atribución preferente en dominio respecto de determinados bienes: el inmueble en que se reside y que es o ha sido vivienda principal de la familia, y los bienes muebles que lo guarnecen, a favor de una persona determinada: el cónyuge supérstite. En caso que la cuota del cónyuge no sea suficiente, la ley confiere el derecho para adjudicarse en carácter de gratuito, el derecho real de habitación sobre la vivienda, y los derechos de uso sobre los muebles, por toda la vida del cónyuge beneficiario.

1. DERECHO DE PROPIEDAD DEL RESTO DE LOS HEREDEROS

La norma podría ser cuestionada desde el punto de vista del derecho de propiedad del resto de los herederos, en cuanto les supondría ver vulnerado el valor de sus cuotas, por efecto de la insuficiencia económica de la cuota del cónyuge para recibir tales bienes en dominio con cargo a dicha cuota. Esto supone que el resto de los copartícipes no podrán adjudicarse respecto de dichos bienes más que su nuda propiedad, en circunstancias que, conforme con las reglas hereditarias, tendrían derecho, en principio, a enterar con los bienes de la herencia, el valor total de sus cuotas, las que se verán afectadas proporcionalmente, en una suma igual al valor del uso y habitación gratuitos constituidos a favor del cónyuge.

Esta regla, aunque excepcional, hace que las cuotas teóricas del resto de los partícipes se vean afectadas, y por lo tanto se comprometan sus respectivos derechos de propiedad sobre tales bienes.

Una cuestión parecida, que nos puede ayudar a resolver la cuestión aquí planteada, se discutió en el Senado con ocasión de la tramitación de la Ley N° 19.335, sobre Bienes Familiares. En dicha

¹ En adelante CPR.

oportunidad surgieron dudas de constitucionalidad de la ley, en razón que se advertía que sus disposiciones, desde el momento que significaban una limitación a la facultad de disposición sobre los bienes que podían ser declarados como familiares².

Debe recordarse que el art. 19 N° 24 de la CPR, sólo permite al legislador establecer limitaciones al derecho de propiedad derivadas de su función social, y siempre que ellas no afecten el derecho en su esencia, conforme lo indica el art. 19 N° 26 CPR³.

La objeción fue aclarada por la misma Comisión. En la oportunidad se tuvo especialmente presente un informe que para el caso elaborara el profesor de Derecho Civil don Carlos Peña González, en el cual concluía que no había tal vicio de constitucionalidad. El profesor Peña advertía que si bien es cierto que el proyecto de ley de entonces podía constituir una limitación efectiva al derecho de propiedad sobre los bienes susceptibles de ser declarados como familiares, no podía dejarse de notar que la limitación encontraba una clara justificación en la necesidad de proteger a la familia matrimonial, conforme con el nítido valor constitucional que se desprende del art. 1° de la CPR. Estimaba el profesor Peña, que si tal era el mandato constitucional que ordena al Estado dar protección a la familia y propender a su fortalecimiento, es obvio que puede decirse que proteger la familia constituye un interés general de la nación, y por lo mismo, encuadraba perfectamente en aquellas limitaciones que la Constitución autoriza, por estar comprendido dentro de la función social de la propiedad, conforme con el art. 19 N° 24 inciso 2°, el dictar un estatuto sobre bienes familiares de las características que reunía el proyecto en tramitación⁴.

² Cfr. Boletín N° 432-07 Senado. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Primer Informe recaído en el proyecto de ley que modifica el Código Civil en materia de Régimen patrimonial del matrimonio, de 5 de octubre de 1993. Un extracto puede leerse en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 21 N° 2, 1994, pp. 409-416.

³ Sobre el estatuto del derecho de propiedad en la Constitución y sus limitaciones me parece particularmente importante el trabajo de RAJEVIC MOSLER, Enrique Petar, "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1, 1996, pp. 23-97.

⁴ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos, "La protección de la vivienda familiar y el ordenamiento jurídico chileno", en *Estudios de Derecho Civil*, Cuadernos de Análisis Jurídico, U. Diego Portales, Santiago, 1994, pp. 191 y ss.. Cabe advertir que los bienes familiares sólo constituyen un sistema de restricción para personas unidas en matrimonio y, por lo tanto, la apelación que en su momento hace Carlos Peña al art. 1° de la Constitución, ~~para extraer el principio legitimador de promoción y protección de la familia, lleva a concluir que es la familia matrimonial la que está protegida en el Capítulo Primero de nuestra Carta Fundamental.~~

Me parece que esta argumentación es perfectamente aplicable a la norma que estamos estudiando. Con todo, advierto que podría levantarse una objeción, sosteniendo que si bien podría justificarse una norma como la contenida en el art. 1.337 N° 10 CC, en razón de la necesidad de dar protección a la familia, este criterio Constitucional, sólo serviría para privilegiar al cónyuge superviviente respecto de partícipes que no formen parte de la familia del causante, pero no en relación con aquellos que sí deben ser considerados como miembros de la familia, como sería el caso de los hijos. Por ello, aunque la norma serviría para justificar un criterio en este sentido, sin embargo, en abstracto, no permitiría escoger entre cónyuges e hijos. Me haré cargo más adelante de esta objeción.

Un segundo argumento para justificar la norma, y admitir que no existe conflicto de constitucionalidad por compromiso del derecho de propiedad, se basa en determinar la naturaleza del derecho a suceder a otro. Como se sabe, conforme con los principios que imperan en el Código, el derecho de suceder a otra persona que no ha fallecido, no puede ser objeto de actos jurídicos válidos. Un negocio que verse sobre este extremo debe sancionarse con objeto ilícito (cfr. art. 1.463 CC).

Adicionalmente, si se revisan las normas contenidas en la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, de redacción de Andrés Bello, se concluye que el derecho para suceder a otro no constituye lo que en la época que se dictó el Código Civil se denominaba "derecho adquirido", sino que "meras expectativas". De otra manera no se justifica que el art. 18 de la ley comentada disponga que prevalecerán sobre las anteriores las leyes que "*reglan la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones*".

Así, es posible afirmar que el derecho de suceder a otro no está amparado por el derecho de propiedad, conforme con la garantía Constitucional contenida en el art. 19 N° 24, inciso 1°, de la CPR. Por amplia que sea la proposición constitucional: "*El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*", el derecho de suceder a una persona viva, no goza de protección en este nivel, pues, no se trata de un bien.

Sólo muerta una persona se desencadena el proceso sucesorio, y surge el *ius delationis*, que permite a los llamados a la sucesión concurrir a hacer valer sus derechos, y ni siquiera forzosamente, porque están facultados para renunciar a ellos, conforme con las normas del Código Civil (cfr. art. 1.225 CC).

De acuerdo con este criterio —que por lo demás fue expresamente admitido en la misma Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado⁵—, la ley modificatoria al Código Civil, N° 19.595, que contiene el nuevo art. 1.337 N°10 CC, no tiene efecto retroactivo y, por lo tanto, sólo está llamada a regular las sucesiones abiertas a partir del día de su entrada en vigencia, es decir, el 27 de octubre de 1.999.

Por lo mismo, la modificación que a partir de dicha fecha se introduce a las reglas sobre partición de bienes, y que tiene incidencia en comunidades hereditarias en que concurren cónyuges sobrevivientes que estén amparados por la regla 10ª del art. 1.337 CC, no ha afectado ningún derecho de propiedad preestablecido, sino únicamente a las cuotas de los otros partícipes que en definitiva resulten reducidas en el caso que opere la proposición subsidiaria que he explicado.

Dicha norma actúa excepcionalmente, y ha tenido una vigencia temporal similar al conjunto de las otras normas, y resulta de la combinación de dos factores: las normas vigentes y el momento de la apertura de la sucesión. No existe criterio legal para darle prioridad a una u otra cuota hereditaria.

Para confirmar que la reflexión que hago es correcta, basta con advertir que bien pudo ser modificado más radicalmente el conjunto de las normas sobre sucesión por causa de muerte contenidas en el Código Civil, para darle mayores derechos al cónyuge, pero no sólo en el sentido de mejorar su participación abstracta en la herencia —dejó de ser un asignatario, eventual, de porción conyugal, cuya calidad de heredero estaba oscurecida—, sino que para asignarle determinados bienes al heredero.

Podrán hacerse otras objeciones a esta norma, pero me parece que impugnarla por ser expropiatoria a la luz de nuestra Constitución Política, es errado. No diviso normas en las que se podrían fundar los partícipes “perjudicados” con la aplicación del art. 1.337 N° 10 CC, para sostener que se le ha afectado su derecho de propiedad.

⁵ Boletín N° 1060-97 Senado. Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 22 de julio de 1998, p. 30 donde se dice “...la Comisión tuvo en vista que, mientras no se produzca la delación de la herencia, los eventuales herederos sólo tienen meras expectativas y la ley puede poner condiciones para el ejercicio de los derechos que le correspondan; en la especie, establecer que sobre los bienes que por la diferencia se adjudiquen al cónyuge en uso o habitación, el ejercicio de los derechos derivados de su cuota hereditaria quede transitoriamente limitada a la nuda propiedad”.

2. LESIÓN PATRIMONIAL A LOS ACREEDORES DEL CAUSANTE

Un segundo grupo de eventuales perjudicados con la aplicación de la norma, en el supuesto que opere la constitución de los derechos reales de habitación y de uso, podrían ser los acreedores de causante.

Para que la norma en estudio resulte perjudicial a los acreedores del causante, debería suponer que por efecto de la muerte del causante, los acreedores vean disminuidos los bienes que tenía el causante en vida, y respecto de los cuales los acreedores podían hacer valer sus créditos, recurriendo a la responsabilidad patrimonial universal o derecho de prenda general de los acreedores, como se le denomina en Chile por muchos autores.

Pero además haría falta sostener que la Constitución protege la titularidad que tiene el acreedor respecto de su crédito, no sólo en el sentido de tener derecho a mantenerlo como deudor, sino también a hacer subsistir la vinculación patrimonial que inició con su deudor, desde que nació la obligación, hasta que se extinga por alguna causa legal. Sobre este punto, puede existir duda, pese a la amplitud de la norma constitucional. Con todo, me parece que la titularidad sobre el derecho de crédito, incluye la responsabilidad patrimonial que le es aneja, y debe ser encuadrada dentro de los "bienes" protegibles por la garantía de la propiedad. Por ello, si la ley reduce el ámbito patrimonial en que se ejerce el derecho de responsabilidad universal, puede estimarse afectada la esencia del derecho, conforme con el art. 19 N° 26 de la CPR⁶.

El punto que podría suscitar mayor polémica, dice relación con el efecto que puede tener con respecto a los acreedores hereditarios, el hecho de que se constituyan gratuitamente derechos reales de uso y habitación sobre el inmueble que ha servido de residencia principal de la familia y los bienes que guarnecen el hogar.

En tal caso, surge la duda de si por efecto de tal situación jurídica se han limitado sus derechos a perseguir la responsabilidad patrimonial, pese a la sucesión que ha operado. Es decir, si ya no podrán perseguir los bienes que se han adjudicado gratuitamente: habitación y uso.

⁶ Sobre la esencia de un derecho, el Tribunal Constitucional ha dicho que "un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consubstancial, de manera tal que deja de ser reconocible" (Sentencia Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1987, Rol N° 43).

Un tercer aspecto que debe esclarecerse, es determinar si el mayor valor por sobre el monto de la cuota hereditaria, que se adjudica el cónyuge, le supone también una mayor participación en la responsabilidad por el pago de las deudas, en este caso, hereditarias.

Como se sabe, a diferencia de la partición de los bienes que el Código organiza luego del paso por la comunidad hereditaria, la partición de las deudas se hace por vía legal, quedando todos los herederos responsables de las mismas, en proporción a su interés en la herencia (cfr. arts. 1.354, incisos 1° y 2°).

No existe norma alguna en el art. 1.337 N° 10 CC que permita concluir que se han modificado las reglas sobre responsabilidad por las deudas hereditarias y, por lo mismo, entiendo que los acreedores hereditarios no deberían verse perjudicados por la operación de la norma. Por lo mismo, estimo que ellos tienen pleno derecho a perseguir los bienes que fueron de su causante, aunque efectivamente opere la adjudicación especial de los derechos reales de uso y goce.

Sin embargo, lo que puede merecer dudas es el efecto cuantitativo de la responsabilidad, que se deriva de aplicar los arts. 1.357 en combinación con el nuevo art. 1.337 N° 10, desde el momento en que sólo a partir de la adjudicación de tales bienes, en carácter de gratuito, surgirá un plus de beneficio, que antes no existía, y que debiera traducirse en una aumento de responsabilidad en la misma proporción. Sólo una interpretación en este sentido, creo, no afectaría a los derechos de los acreedores hereditarios, al menos los que existían antes de la entrada en vigencia de la ley.

3. LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL CAUSANTE

La norma, en la práctica supone que durante la partición el cónyuge supérstite puede ejercer el derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar y los bienes muebles. Este derecho, incluso, deber ser respetado por el causante cuando hace la partición directamente, conforme con el art. 1.318 CC.

Aparece nítida aquí una restricción a la facultad del causante a disponer por causa de muerte. Pero me parece que es una simple limitación y no una privación de ella, porque por un lado sólo está referida a la disposición por causa de muerte, y por otro, únicamente reducida a determinados bienes.

Debe decirse que el Código Civil contempla limitaciones a la facultad de disposición por causa de muerte, toda vez que estable-

ce un sistema de asignaciones forzosas que constituyen una limitación objetiva a la facultad de testar⁷. Lo que sí se presenta como novedosa, es la limitación a la facultad de disposición referida a bienes determinados.

Advierto, además, que no me parece que estemos frente a una norma prohibitiva cuya infracción suponga la nulidad del acto, por aplicación del art. 10 del CC. Creo que si de hecho el causante infringe la norma, ella será inoponible al cónyuge que, teniendo derecho al bien dispuesto conforme con el art. 1.337 N° 10 CC, la impugna.

No veo aquí conflicto de constitucionalidad, porque estimo que la justificación de la norma debe encontrarse, también, en la facultad que tiene el legislador de darle a la propiedad su función social, imponiéndole limitaciones, en ese caso derivadas el interés general de la Nación, en relación con la necesidad de protección familiar.

III. LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Una segunda garantía constitucional que podría verse comprometida con esta norma, es la igualdad ante la ley, contenida en el art. 19 N° 3 de la CPR.

1. LA IGUALDAD ENTRE LOS COASIGNATARIOS

El profesor CAPRILE⁸ ha advertido que la norma en estudio rompería el principio de igualdad en la partición, tanto en cuanto permite una adjudicación preferente en dominio a favor del cónyuge supérstite, respecto de la vivienda familiar y de los bienes que guarnecen el hogar y que formaban parte del patrimonio del difunto, como del derecho a la constitución gratuita de los derechos reales de uso y habitación, porque en ambos casos se rompe o vulnera el principio de igualdad de los partícipes. Aunque el princi-

⁷ Por todos DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Tomo II, 2ª edición actualizada, Santiago, 1998, pp. 897 y ss.

⁸ CAPRILE BIERMANN, Bruno, "El derecho de adjudicación preferente: Comentario del art. 1.337 N° 10 del Código Civil", *Revista de Derecho*, Vol. VII, N° 7, pp. 37-62.

pio de igualdad de los coasignatarios no está expresamente consagrado en el Código, existen normas de las cuales uno puede extraerlo (cfr. arts. 1.337 N° 7, 1.354 CC).

Qué duda puede haber que a partir de la vigencia de la norma que estudiamos, el cónyuge sobreviviente que tiene derecho a concurrir a la herencia de su marido o mujer, recibe un tratamiento privilegiado. No sólo en cuanto le permite adjudicarse bienes de la herencia con preferencia a los otros copartícipes –habría aquí una desigualdad en los bienes o en especie–, sino también por cuanto le permite mejorar la posición económica que en principio le reconoce la ley en la herencia, en el evento que se le constituyan gratuitamente derechos de uso y habitación. En este último caso, la desigualdad es de tipo económico o de valor y, por lo mismo, parece aún más fuerte.

La reflexión que surge es natural ¿se compadece una norma de este tipo con el valor constitucional de la igualdad ante la ley?

Como se ha advertido, la igualdad ante la ley, es un principio que busca mantener un equilibrio, una proporción entre dos sujetos de derechos, que les asegure un similar trato ante la ley. Por ello, lo que verdaderamente se prohíbe es que la ley establezca diferencias (discriminaciones) que tengan el carácter de arbitrarias, o que generen una desproporción no razonable⁹.

En el caso que se analiza, no existe duda de la diferencia de trato, y lo que habría que preguntarse es si ese trato distinto entre el cónyuge supérstite y los demás copartícipes, está autorizado por la Constitución o con ella se vulnera el principio constitucional que analizamos.

2. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Me parece que la reflexión que en su momento hizo el profesor PEÑA para justificar la introducción del estatuto de los bienes familiares, también tiene aplicación en este caso, porque el valor constitucional de protección y fortalecimiento de la familia, es un mandato que se orienta no sólo al ejecutivo, sino también al legislativo y debe ser incluso un canon interpretativo para los jueces.

⁹ Cfr. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 125.

Por lo mismo, me parece perfectamente consistente con el sistema constitucional chileno que el legislador resuelva establecer ciertas diferencias en el estatuto sucesorio, con la finalidad de proteger a la familia matrimonial. Por lo mismo, no puede considerarse odioso ni arbitrario un tratamiento desigual, cuando ello está basado en la necesidad de favorecer a la familia. La finalidad protectora de la familia no puede ser objetada, toda vez que el privilegiado es el cónyuge sobreviviente, miembro del grupo familiar conforme con el art. 815 del CC.

3. DESIGUALDAD DENTRO DE LA MISMA FAMILIA

La objeción puede volver a plantearse, en el sentido que en la norma que estudio no resulta favorecida la familia como conjunto, respecto de los demás partícipes que no califiquen en tal descripción, pues, únicamente resulta beneficiado el cónyuge supérstite, y claramente desmedrados los otros integrantes del grupo familiar, en particular los hijos.

Por lo tanto, la cuestión que se plantea es la siguiente: ¿se justifica constitucionalmente que el legislador, fundado en el principio de fortalecimiento y protección de la familia, establezca diferencias en favor del marido o la mujer, en perjuicio de los otros integrantes de la familia, en particular de los hijos?

Debo advertir que nuestro Código Civil, desde que entró en vigencia, ha mantenido un trato desigual en la regulación del orden familiar. No sólo entre padre o madre, o el cónyuge supérstite y los hijos, sino que también entre los cónyuges y entre los hijos; y no sólo en materia sucesoria, sino que también en el estatuto de la familia en general. La situación del cónyuge sobreviviente y los hijos con vocación hereditaria, sólo se vino a equiparar, y no del todo, con la entrada en vigor de la Ley N° 19.595, que unifica la filiación. Y digo parcialmente, porque, por ejemplo, aún el cónyuge sobreviviente, en caso de que hayan más de un hijo, tiene derecho a llevarse el doble de lo que se llevan los hijos (cfr. art. 988 CC).

En materia de igualdad entre marido y mujer, son obvias las diferencias de trato que recibe la mujer y el marido en el régimen de sociedad conyugal. También existen notorias diferencias entre el padre y la madre en materia de filiación, particularmente en lo relativo al cuidado personal de los hijos (cfr. art. 225 CC).

De manera que no puede decirse que estemos frente a una novedad en la legislación civil; al contrario, constituye una constante el que en ellas se establezcan desigualdades de trato, entre los diferentes integrantes de una familia.

Con todo, podría sostenerse que bajo los criterios constitucionales modernos tales diferencias se han ido haciendo menos razonables, tanto así que la unificación del régimen de filiación en Chile, se justificó por aparecer como contraria al principio de igualdad ante la ley. Pero esta argumentación no sirve en abstracto, sino en concreto, porque se mantiene firme el principio que permite fortalecer la familia, y quien dice fortalecer la familia, naturalmente supone privilegiarla. Por ello, se justificaría una diferencia si se demuestra que ella favorece a la familia, o al menos a algunos miembros de ella.

Efectivamente, entiendo que es posible hacer diferencias en el trato legal que reciban los integrantes de una misma familia, en la medida que el legislador, fundado en el principio de protección familiar, estime razonable hacerlas.

En el caso en estudio, quien resulta favorecido es el cónyuge —marido o mujer— sobreviviente, y ello por una razón de tipo asistencial, que se ha detectado como la función básica de la norma¹⁰. El legislador ha resuelto asegurarle al cónyuge que se mantenga viviendo en el inmueble que habitaba y haciendo uso de los muebles que guarnecen el hogar. Existen en Chile razones sociológicas que comprueban que son los cónyuges los que resultan perjudicados con las particiones, porque comúnmente deben dejar la residencia familiar, por efecto de la comunidad que se genera a la muerte de su consorte.

Además, dentro de la familia, no pueden existir dudas sobre la preeminencia que tiene el cónyuge respecto de los hijos, no sólo por la edad, que en principio debe separarlos, lo que justifica una mayor protección, sino porque además, en el orden de la realidad afectiva, mantiene un vínculo más estrecho y de mayor compromiso, en cuanto ha sido voluntario, con el causante.

Estas razones justifican, en mi opinión, una diferencia de trato entre el cónyuge y los demás miembros de la familia, y hacen

¹⁰ Véase mi trabajo en esta misma obra, pp. 123 y ss.

razonable y no arbitraria la distinción que ha hecho el art. 1.337 N° 10 CC.

4. LA DESIGUALDAD RESPECTO DE OTRAS UNIONES NO MATRIMONIALES

Por último puede notarse que el privilegio que la norma concede sólo está limitado al cónyuge sobreviviente, es decir, a aquel que estaba unido por matrimonio con el causante y, por lo mismo, quedan excluidas del beneficio las personas que vivían establemente con el causante, bajo formas que pueden calificarse como simples uniones de hechos.

Pese a que una corriente doctrinal en nuestro país estima que la familia matrimonial no es la única que está reconocida y reciben amparo en el art. 1° de la Constitución, criterio que no comparto¹¹. Lo cierto es que tanto esta norma contenida en el art. 1.337 N° 10 del CC, como el estatuto de bienes familiares está claramente protegiendo a la familia matrimonial. No existe la posibilidad de acogerse al estatuto de los bienes familiares para otras personas que no sean cónyuges¹² (cfr. arts. 141 y ss. CC), y el art. 1.337 N° 10 CC, y únicamente se reserva el derecho de atribución preferente al cónyuge sobreviviente¹³.

Si hemos señalado que son admisibles las diferencias legales incluso dentro del grupo familiar, me parece innecesario razonar para demostrar que no existe razón constitucional para estimar contraria a la Carta una norma como la que se estudia, que confiere un privilegio al cónyuge y no a otras personas que pudieran calificarse como unidas bajo convivencia de hecho con el causante. Desde luego piénsese que en todo el sistema sucesorio, no se confiere vocación sucesoria en la sucesión intestada del causante, en ninguno de los órdenes, a la pareja de hecho, ni tampoco está incluida en el grupo de los legitimarios, ni en las otras asignaciones forzosas. Mal podría, entonces haberse dado un derecho de este tipo, en las reglas sobre partición de bienes a una persona que de tener vocación sucesoria, sería de origen testamentario.

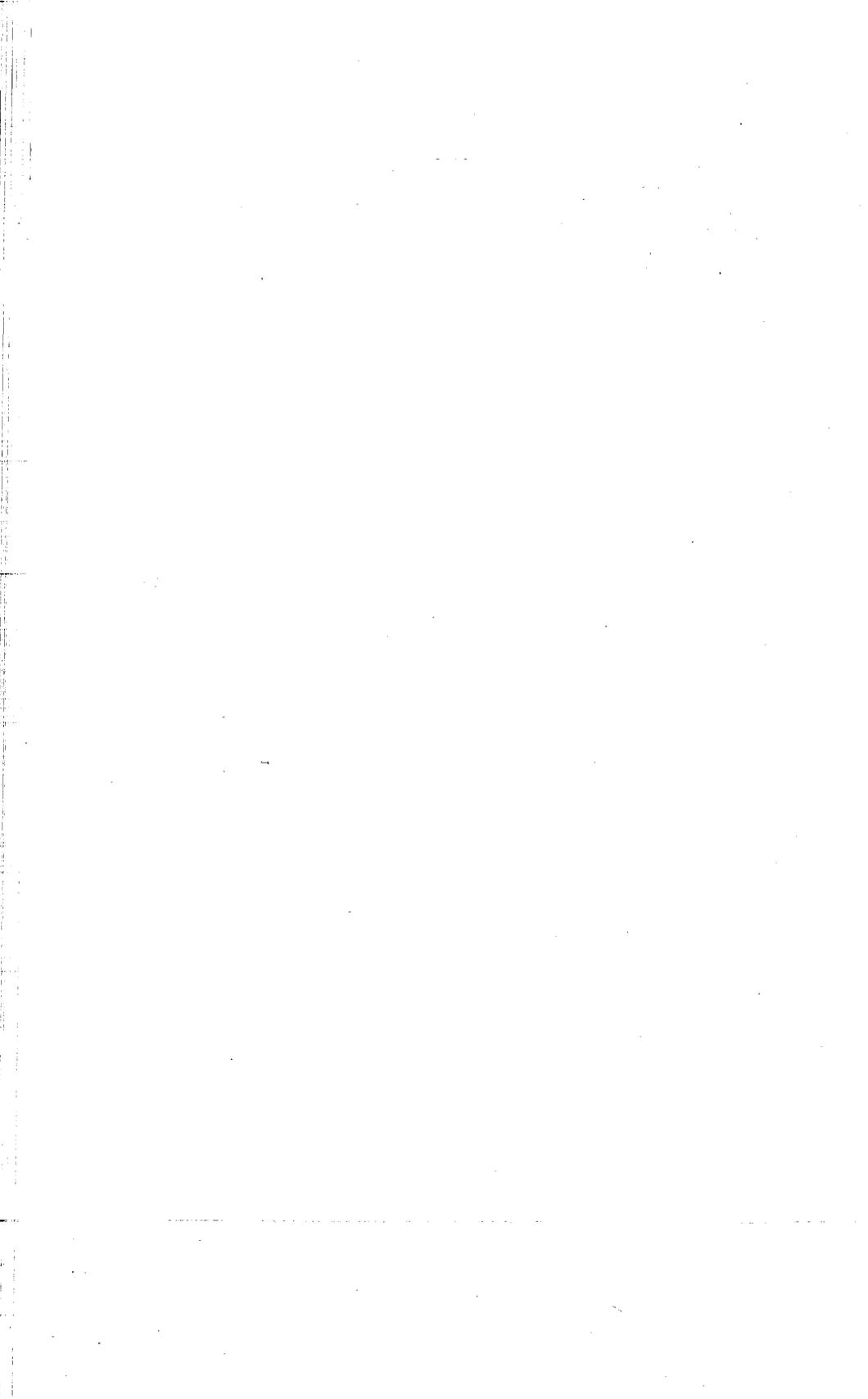
¹¹ No comparto este criterio, pues, estimo que la constitución sólo favorece la familia matrimonial. Sobre el punto puede verse a SOTO KLOSS, Eduardo, "La familia en la Constitución Chilena", *Revista Chilena de Derecho*, Vol 21 N° 2, 1994, pp. 217-225.

¹² Cfr. Por todos CORRAL TALCIANI, Hernán, *Bienes familiares y participación en los gananciales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 47 y ss.

¹³ Cfr. CAPRILE, ob. cit., pp. 55 y ss.

IV. CONCLUSIÓN

Me parece que a los derechos conferidos al cónyuge sobreviviente, conforme con el art. 1.337 N° 10 CC, no pueden reprochárseles conflicto de constitucionalidad, por apartarse del principio de igualdad ante la ley o del estatuto del derecho de propiedad, dado la fuerza del valor constitucional que llama a dar protección a la familia fundada en el matrimonio.



**EL DERECHO DEL CÓNYUGE
SOBREVIVIENTE SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR
EN EL SISTEMA SUCESORIO ARGENTINO**

JORGE ADOLFO MAZZINGHI
*Profesor de Derecho Civil
Director Emérito del Instituto
de Derecho de Familia
Universidad Católica Argentina*

I. PALABRAS INICIALES

Solamente dos palabras, primero de agradecimiento por esta invitación que la Universidad de los Andes ha querido cursarme, demostrando que no escarmientan frente a experiencias anteriores. En segundo lugar, algunas confidencias de orden personal: me alegro enormemente de haber venido a Chile solo y no acompañado por mi mujer, que acaso hubiera vuelto ensoberbecida por este fortalecimiento de los derechos hereditarios de la cónyuge en la reforma chilena, y esto quien sabe qué influencia hubiera podido tener en el orden de sus propios deseos. Agrego a ello que el profesor Pizarro en su exposición, me hizo sentir fuera de juego, casi como si estuviera aquí violando una ley natural, cuando dijo que el límite de edad hoy día era de 75 años, cifra que por mi parte he excedido, con lo cual se puede concluir que no debería estar aquí hablando, sino descansando, en este mundo o en el otro.

Yo voy a traer solamente unas pocas reflexiones sobre una institución particular en la materia sucesoria, cual es esta asignación del hogar conyugal al cónyuge supérstite, a cualquiera de los dos que tenga la desdichada situación de sobrevivir al otro. Y voy a traer, por supuesto, lo que puedo conocer de la experiencia argentina ~~en orden a esta institución, ya que la norma chilena es muy nueva y de todos modos no tendría, aunque no fuera tan nueva,~~

fundamentos para referirme a los efectos de su aplicación en el Derecho chileno.

II. LA IDEA EN LA ARGENTINA Y EN OTROS PAÍSES

La idea tiene en la Argentina bastantes años, bastante más años que la ley que modificó el Código Civil, introduciendo en él un artículo nuevo, el 3573 bis. En 1954, un decreto del Poder Ejecutivo Nacional estableció, reglamentando el funcionamiento del Departamento Nacional de la Vivienda, un sistema según el cual aquellas personas que compraran un inmueble a través de este organismo estatal, tenían el privilegio de que el cónyuge sobreviviente pudiese seguir ocupando el inmueble en cuestión hasta la extinción de su propia vida, es decir les reconocía el derecho vitalicio a ocupar ese inmueble.

Esta era una norma de una aplicación limitada, porque no se aplicaba fuera de los casos en que la compra del inmueble se hubiese hecho fuera del ámbito de la institución mencionada.

Bastante más tarde, 20 años después, en 1974, el Parlamento, sin una discusión demasiado fundada ni extensa, resolvió introducir al Código Civil esta norma que tiene un clarísimo carácter asistencial: ella procura impedir que se produzca en la sucesión de los cónyuges, en general se trata de la sucesión del marido, (yo no sé lo que ocurre en Chile, pero en la Argentina, los maridos solemos tener la cortesía —o el egoísmo— de morirnos antes que nuestras mujeres), una cuestión entre la viuda y los hijos del matrimonio.

El Código Civil autoriza, —autorizaba entonces y sigue autorizando ahora—, a los herederos a exigir en forma inmediata la partición de la herencia. En el caso de las herencias típicas, que no suelen ser aquellas en que aparece un patrimonio cuajado de inmuebles, de inversiones mobiliarias, sino en que sólo figura el hogar familiar, un auto, a lo mejor alguna modesta casita de fin de semana, la partición entre la cónyuge y los hijos, sobre todo si los hijos son un número más o menos considerable, significaba prácticamente el desalojo, el desamparo de la viuda, en una edad en que, por lo general, no está en condiciones de acometer grandes aventuras económicas, para “rehacer su fortuna”, si alguna vez existió.

Entonces la fórmula argentina, tiende clarísimamente a conjurar esta situación, en una ley que tiene un destinatario claramente individualizable. La idea ha funcionado, debo decir, aceptablemente bien.

Hemos tenido, además, el privilegio, si así puede llamárselo, de que, contrariamente a lo que ocurre por lo general, —nuestros legisladores suelen inspirarse en modelos extranjeros—, la norma argentina sirvió en este caso de ejemplo a la legislación italiana, cuyo art. 540 del Código Civil introduce un concepto bastante semejante al argentino.

También el Código Civil uruguayo contempla esta situación del cónyuge supérstite y ahora se viene a sumar la ley chilena. No sé si hay algún otro antecedente que yo no conozca, pues no tengo una información tan amplia como para afirmar que en Australia o en Japón no hay una ley parecida. Conozco, pues, estos tres modelos, aparte del argentino, es decir, el italiano, el uruguayo y el chileno que resuelven el problema con criterios básicamente iguales en cuanto a la finalidad perseguida, pero distintos en cuanto al camino a través del cual se han propuesto alcanzar ese objetivo.

El artículo agregado al Código Civil argentino dice: "Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajera nuevas nupcias" (art. 3573 bis).

III. LA IMPOSTACIÓN TEÓRICA DEL PROBLEMA

1. LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA EN ARGENTINA SOBRE LA NATURALEZA DEL DERECHO

La formulación legal del art. 3573 bis Código Civil argentino, que no es, desde luego, un modelo de prosa, dio lugar a una serie de discusiones que, a los que estamos habituados a movernos en el mundo jurídico, no nos pueden llamar la atención.

Apareció Borda, —un ilustre tratadista argentino, el único que ha escrito el derecho civil desde la primera hasta la última parte—, diciendo que se trataba de un derecho personal reconocido al cónyuge sobreviviente. Molinario salió al cruce de la opinión de Borda, y dijo que se trataba de un derecho hereditario, basándose en que si no había muerte del causante este derecho no nacía, lo

cual me parece una afirmación bastante obvia. El tema se debatió entre estas dos posiciones, y luego apareció una tercera que, en definitiva, es la que ha prevalecido en la doctrina y en la jurisprudencia, más cercana a la posición de Borda que a la de Molinario. Tal posición es la que dice que no tiene sentido discutir si se trata de un derecho personal o de un derecho hereditario, porque obviamente la apertura de la herencia es una condición sin la cual el sistema no entra en funcionamiento, y lo que interesa es determinar si este derecho, reconocido al cónyuge supérstite, forma parte de la herencia o forma parte de los bienes relictos, si es, para decir una palabra en latín que siempre da algún realce a la exposición, si es *pars bonorum* o *pars hereditatis*.

La tendencia aceptada es la primera, es decir que el derecho real de habitación reconocido a la cónyuge supérstite con carácter vitalicio, no forma parte de la herencia sino que forma parte de los bienes que constituyeron el patrimonio del causante.

El fundamento de esta afirmación de principio es que el derecho de habitación del cónyuge supérstite es una carga de la herencia, es decir, es un bien que no se transmite a los herederos, sino que pesa sobre la herencia como un deber que todos los herederos deben soportar, como ocurre por ejemplo con los gastos de fallecimiento, con los honorarios de los abogados que tramitan el juicio sucesorio.

Vale decir que el valor del derecho de habitación se resta del patrimonio y el cálculo de la porción legítima que corresponde a los herederos forzosos se hace eliminando de la masa el valor del derecho de habitación del inmueble. O sea, en la masa hereditaria, se incluye solamente la nuda propiedad sobre el inmueble afectado al derecho real de habitación en favor del cónyuge supérstite. Sobre esa base se hacen los cálculos de la porción disponible, y por consiguiente de la porción legítima de los herederos forzosos, o legitimarios como es habitual llamarlos en Chile.

2. LA CUESTIÓN EN LA LEY ITALIANA

Vamos a ver, aunque sea rápidamente, cómo resuelve el problema la norma italiana, que, como dije, fue sancionada en 1975, o sea, siguiendo nuestro ejemplo, al año siguiente. Dice el art. 540: "Al cónyuge, aun cuando concurren otros herederos se le reservan el derecho de habitación sobre la casa afectada a residencia familiar y de uso sobre los muebles que constituyen su ajuar, si son propie-

dad del difunto o comunes. Tales derechos gravan la porción disponible y cuando ésta no sea suficiente, se aplicarán por el remanente sobre la legítima del cónyuge y eventualmente sobre la reservada a los hijos”.

La solución de la ley italiana es distinta a la que ha prevalecido en la interpretación del texto argentino. No consideran al derecho de habitación como una carga de la herencia, sino que lo consideran como una afectación tácita no dispuesta por el testador, a la porción disponible. En esa parte incluyen el derecho real de habitación, con el propósito, seguramente, de no desarticular la porción legítima de los herederos forzosos, y sólo en el caso de que el valor del derecho real de habitación exceda el valor de la porción disponible, entonces se lo resta de la legítima de la cónyuge y, eventualmente, de la legítima de los demás herederos forzosos. Ese parece ser el sistema italiano.

3. LA REFORMA CHILENA

Vamos a ver ahora cuál es, a mi criterio, el sistema introducido por la modificación al art. 1337 del Código Civil chileno, que se refiere a la partición de los bienes.

Diría que tal solución no se parece ni a la argentina ni a la italiana, porque lo que resuelve es una manera de partir la herencia; básicamente, resuelve que en la parte que le corresponda al cónyuge supérstite, se incluya el inmueble que fue sede del hogar conyugal, como parte de los bienes que, en su condición de heredero forzoso, le corresponde recibir.

Se trata fundamentalmente de la adjudicación de un bien, de un derecho de preferencia en la partición, vale decir, es una disposición que no altera básicamente, (aunque puede llegar, excepcionalmente, a alterarla), la porción hereditaria del cónyuge, porque se incluye este bien en la parte que a él le corresponde recibir como heredero.

Es claro que este sistema es muy fácil que funcione sin inconvenientes en un acervo hereditario bastante nutrido. En efecto, si el inmueble en el cual vive el cónyuge supérstite y que hubiese sido el hogar conyugal, tiene un valor equivalente a la porción hereditaria que le corresponda recibir, se resuelve la cuestión simplemente adjudicándole en su hijuela el inmueble en cuestión.

Pero, lo que probablemente ocurra, en Chile como en la Argentina, es que la mayor parte de las sucesiones no tienen un margen como para aplicar un inmueble a la cuota de uno y otros a las

cuotas de los otros herederos. Entonces veremos qué es lo que puede ocurrir. Vamos a leer el texto chileno, que así dice: *“con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere, —la expresión es local, en la Argentina se hubiera dicho se integre, pero se entere quiere decir se integre, supongo— con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia”*.

No estamos hablando, pues, de un derecho real de habitación, sino de la propiedad plena del inmueble, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que forme parte del patrimonio del difunto.

Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, hipótesis que como digo, me parece que debe ser bastante habitual, *“éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios”*.

No me parece que esta disposición legal sea un modelo de claridad, porque lleva a la conclusión, leyendo el texto al pie de la letra, de que el cónyuge supérstite podrá pedir que se constituyan derechos de habitación y uso sobre distintas cosas que no son su vivienda y que no le son adjudicadas en propiedad. En realidad esto no parece razonable, porque el derecho de habitación y uso hay que constituirlo sobre el inmueble, aun cuando exceda la porción legítima, pero no sobre otras cosas. Creo que no tendría mucho sentido constituir este derecho real de habitación sobre cosas que no sean el inmueble, cuyo uso se le quiere seguir atribuyendo.

Por lo menos, yo lo interpreto así. Uno se da cuenta de donde se ha querido llegar, pero creo que la formulación no es demasiado inspirada. Vuelvo a leer: *“este podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor...”*. Estimo que hubiera sido más claro que dijera *“este podrá pedir, si el inmueble no pudiese serle adjudicado en propiedad, que se constituya sobre él un derecho de habitación y de uso sobre los bienes muebles”*.

Este es el aspecto central de la norma, que, me parece, tendrá que ser objeto de una interpretación correctora por parte de los tribunales porque, entendida al pie de la letra, no tendría demasiado sentido.

Lo importante es que se está, ya sea a partir de la ley argentina vigente, del Código Civil italiano y de la nueva ley chilena, y también de la ley uruguaya, satisfaciendo una necesidad clara, una necesidad de equidad, una necesidad piadosa, si se quiere, de impedir la partición de la herencia en perjuicio del cónyuge superviviente. Este es, por lo menos en la Argentina, el alcance más típico de la norma del 3573 bis que acabo de leerles, porque el Código Civil tiene un artículo, que es el 3452, que dice: "los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes, pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador o convenciones en contrario". El principio general es, pues, que cualquier heredero puede pedir la partición inmediata de la herencia, apenas abierta la sucesión. Y la norma del 3573 bis es una excepción a ese principio como lo fue ya también, en el año 54, la norma de la Ley N° 14.394 que establece el bien de familia, y que permite al testador introducir un plazo de indivisión de los bienes hasta un máximo de diez años, lo cual también, desde luego, es un escollo a la aplicación del art. 3452.

IV. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA FIGURA

1. EL INMUEBLE Y LOS MUEBLES

En el sistema argentino, ya he dicho cual es el encuadre que la jurisprudencia le ha dado a esta ley, al establecer que se trata de una carga de la herencia, pero ha de tenerse presente que desde la letra de la norma hasta su aplicación a la realidad, suele mediar una distancia bastante importante. En este caso se han planteado distintos aspectos. Por ejemplo, tanto la ley chilena como el Código Civil italiano, como la ley uruguaya, hacen referencia no solamente al inmueble donde funciona el hogar conyugal, sino a los muebles que lo guarnecen —esa es la expresión que usa la ley chilena—, complemento verdaderamente importante. En efecto, detener la partición, el remate, la venta de la casa, es lo fundamental, pero despojarla por entero de todo su contenido es, por un lado, un acto bastante despiadado y, por otro, menos justificable en cuanto el valor de los bienes muebles —salvo casos excepcionales, como el de un gran coleccionista de obras de arte—, es bastante inferior en general a los inmuebles. Entonces, dejar a la viuda en la casa, pero llevarle la heladera, la mesa del comedor, me parece un exceso que la ley debe

impedir. Así lo han sostenido, entre nosotros, las opiniones que se han vertido sobre el tema, en cuanto a que el beneficio que el artículo atribuye a los cónyuges supérstites no se limita al inmueble donde estaba el hogar conyugal, sino también a los muebles que lo adornan. O sea que la protección del inmueble se extiende a los muebles que lo guarnecen, y la indivisión dura lo que la vida del cónyuge supérstite, es decir, se posterga por un plazo incierto.

¿Esto quiere decir que la ley impide efectuar la partición? No, la partición se puede hacer, y de hecho los herederos podrán realizarla atribuyéndose la nuda propiedad sobre el inmueble afectado al derecho real de habitación. Vale decir, que la ley lo que hace es desintegrar el derecho real de dominio, dejando que la nuda propiedad siga la suerte de la masa hereditaria, en la cual dicho derecho está integrado, con los efectos que a ello correspondan: la partición, la ejecución por parte de los terceros acreedores o lo que fuere. Pero, lo que no se puede incluir en la partición es el derecho real de habitación. La partición de la herencia hay que hacerla de todo el acervo, menos este derecho real de habitación del cual es titular el cónyuge supérstite.

2. EL RESTO DEL PATRIMONIO RELICTO

La ley argentina habla de un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario. Esto ha dado también lugar a distintas interpretaciones que han enfrentado, como suele ocurrir, a los tribunales y a los autores. Por ejemplo, un fallo dictado por la Cámara Civil de La Plata en el año 1989 dice que la existencia de otros bienes que conformen el acervo hereditario no impide el reconocimiento del derecho real de habitación en favor del cónyuge supérstite, porque si ese es el único inmueble habitable, el hecho de que el causante tuviera una fortuna importante en otros bienes, en inversiones mobiliarias, en campos, en alhajas, en obras de arte, en lo que fuere, no impediría que la letra de la ley funcionara y se reconociera el derecho real de habitación a favor del cónyuge supérstite. Me parece que el problema es más aparente que real, porque, si en el acervo hereditario hubiera tantos bienes, nada impediría proceder como lo prescribe la ley chilena: hacer una partición y que se le adjudique al cónyuge ese inmueble, y disponer de los demás. Pero la Cámara de La Plata resolvió que la existencia de un patrimonio importante, que permitiera a la cónyuge supérstite adquirir un inmueble equivalente para seguir

viviendo en él, no es motivo suficiente para desconocerle el derecho real de habitación que el art. 3573 bis del Código Civil establece. Bidart Campos, al comentar este fallo lo aplaude, diciendo que se trata de una garantía de orden constitucional, en cuanto la Constitución Nacional dice que favorece la protección de la familia. Se apoya, pues, en una de esas declaraciones genéricas, como suelen ser las de los textos constitucionales, a las cuales él adjudica un efecto directamente operativo.

La verdad es que la opinión de otros tribunales se ha inclinado en el sentido opuesto. Tengo acá tres o cuatro fallos anotados, pero la verdad es que los he anotado un poco por reflejo condicionado, porque decirles a ustedes que es un fallo de la Sala tal o cual de la Cámara Civil, y que está publicado en La Ley o en El Derecho, no es una información útil.

En definitiva, me parece que lo único útil es saber que la interpretación de la ley argentina que ha prevalecido, es la de que, habiendo un patrimonio más o menos cuantioso, en el cual esté incluido el bien que fue sede del hogar conyugal, el privilegio es necesario que funcione, ya que el propósito asistencial que inspira la ley es innecesario en este caso. La situación del cónyuge supérstite está resuelta de otro modo, y no hay porqué cercenar derechos hereditarios para resolver un problema inexistente. Podrá haber razones de orden sentimental, afectivo, lo que fuere, que el supérstite pudiera esgrimir, pero no parece que el legislador se haya querido asomar a ese tipo de motivos al consagrar la norma de que estamos hablando.

3. SEDE DEL HOGAR CONYUGAL. SU ALCANCE

Un requisito que la ley impone —en esto coinciden las leyes que tratan el tema—, es que el inmueble en cuestión haya sido, o sea hasta el momento del fallecimiento del causante, la sede del hogar conyugal. ¿Quiere decir que los dos cónyuges debían vivir en él hasta el momento en que se produce el deceso de uno de ellos? No se ha interpretado así. Los tribunales dicen que si el marido, por ejemplo, ha desertado de sus deberes matrimoniales yéndose de su casa, y dejó a la mujer viviendo en ella, esa casa sigue siendo el hogar conyugal y el derecho real de habitación debe serle reconocido a la cónyuge como si la convivencia se hubiese atendido a lo que prescriben las normas del matrimonio, que establecen la obligación de cohabitar por parte de ambos cónyuges.

4. EL VALOR DEL INMUEBLE

Uno de los requisitos del art. 3573 bis es que el valor del inmueble —y esto me parece que sirve para demostrar el espíritu asistencial que inspira la norma— no deberá superar el valor máximo que la ley establece para constituir un inmueble en bien de familia. Efectivamente, la ley que recordamos hace un momento, la 14394, que incluyó en la legislación argentina la regulación del bien de familia, dispuso que esta calificación de bien de familia e inscripción en el registro pertinente, sólo podía cubrir a inmuebles que tuviesen un valor tope, porque la preservación del inmueble ante la acción de los acreedores, no se justificaba cuando se tratara de un bien que excediera notablemente las necesidades básicas de una vivienda familiar. Hoy día esta previsión del art. 3573 bis se ha tornado inaplicable, porque las leyes locales han suprimido el tope para constituir el bien de familia, con lo cual, al no existir dicho valor máximo en la institución a la cual la norma se remite, tampoco es exigible esa condición respecto del derecho real de habitación de la cónyuge. Ustedes saben que en la Argentina tenemos un sistema federal, por lo cual hay un plexo de normas nacionales vigentes en todo el país, cuya reglamentación es local, cada provincia tiene libertad para reglamentar las leyes nacionales a su arbitrio.

5. ARTICULACIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN

El derecho real que la ley establece, no funciona de manera automática, sino que solamente se pone en marcha frente al reclamo del cónyuge supérstite.

Abierta la sucesión, éste tiene que manifestar de manera expresa que está amparado por la norma del 3573 bis y que pide que se reconozca en su favor el derecho real de habitación respecto del inmueble sede del hogar conyugal. El tema ha sido también motivo de alguna controversia, porque algunas interpretaciones se han inclinado por el hecho de que si la cónyuge o el cónyuge hubiesen realizado algún acto en la tramitación de la sucesión que fuese inmediatamente preparatorio para una partición (no olvidemos que el principio de la partición inmediata es el principio general al cual esta ley hace excepción), es decir, si hubiese consentido o hubiera acompañado el proceso de partición, perdería automáticamente el derecho a reclamar el derecho real de habitación. Una interpretación bastante excesiva, bastante rigurosa, no demasiado acorde con el espíritu de la ley, basada

en la teoría de los actos propios. ¿Cómo esta señora pudo pedir que se tasara el inmueble para ver como lo incluía en la partición, y luego ejerce el derecho real de habitación? Es la pregunta que se formulan los sostenedores de la postura rigurosa. Pero parece demasiado severo el criterio, y poco acorde con el espíritu asistencial que informa la norma que comentamos.

6. ¿A QUIÉN ES OPONIBLE?

El derecho real de habitación es oponible a herederos y legatarios; todos ellos tienen que cederle la preferencia al cónyuge superviviente para evitar que la partición se consume afectando el derecho real de habitación que la ley ha reconocido a su favor. Otro tanto ocurre con los acreedores: los acreedores de los herederos no pueden solicitar la ejecución del inmueble que perteneció al causante, porque esto implicaría ignorar el derecho del cónyuge superviviente. En realidad, sólo podrían intentar la ejecución del único bien que los herederos han recibido, que es la nuda propiedad sobre el inmueble. Como he dicho al principio, la ley introduce una escisión en el derecho real de dominio, deja en cabeza del cónyuge superviviente el derecho real de habitación e incorpora a la masa la nuda propiedad.

Un acreedor teóricamente podría ejecutar el crédito contra el heredero, yendo contra la nuda propiedad de ese inmueble, cuya adjudicación podría pedir, solución que es más teórica que práctica, porque el atractivo de la ejecución de la nuda propiedad de un inmueble sujeto a un derecho real de habitación de por vida, no es un camino demasiado práctico para cobrar los créditos. Pero, en todo caso, lo que importa dejar establecido es que el derecho real de habitación es oponible a los acreedores de los herederos, no así a los acreedores del causante, en la medida en que hubiesen realizado alguna gestión para ejecutar el inmueble, antes que la sucesión se abriera, porque la opción de la cónyuge o del cónyuge de constituir el derecho real de habitación sería sobreviniente a la existencia del crédito.

7. PROPIEDAD EXCLUSIVA DEL INMUEBLE POR PARTE DEL CAUSANTE

Otra cosa que debe tenerse en cuenta para que el derecho real de habitación pueda funcionar, es que el inmueble ha de ser

exclusivamente propiedad del causante. Se ha presentado en los tribunales el caso de que el inmueble fuese propiedad del causante y de otros condóminos, ya sean herederos o sean extraños. Evidentemente, en tales casos, el derecho real del cónyuge supérstite no podría oponerse a esos condóminos y no podría tampoco reconocerse el derecho real de habitación sobre parte indivisa del inmueble, porque esto sería primero absurdo en sí mismo, y segundo causaría un perjuicio absolutamente injusto para los copropietarios del inmueble en cuestión.

8. EFECTOS DEL MATRIMONIO POSTERIOR DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE

El art. 3573 bis prevé una causa de extinción que ha sido sumamente criticada por la doctrina. La norma dice que este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias. Se ha dicho que esto es absolutamente injusto porque el contraer nuevas nupcias no siempre implica una mejora de fortuna, y porque además el hacer de la celebración de nuevas nupcias la causa de la pérdida de un derecho ya incorporado en una forma firme al patrimonio de la heredera, es una manera de estimular el mantenimiento de relaciones concubinarias. Esto ocurre en distintos campos, por lo menos en la Argentina: a veces una viuda que goza de una pensión que perdería en el caso de contraer nuevas nupcias, en lugar de hacerlo tiene una situación paramatrimonial, llamémosla así, que le permite seguir cobrando este beneficio y no privarse de los halagos que le puede reportar una vida muy semejante, en sus aspectos materiales, a la unión conyugal. Por nuestra parte pensamos que la previsión legal es congruente con el espíritu tuitivo de la ley.

V. CONCLUSIÓN

En resumen la experiencia argentina sobre la aplicación de esta norma, diría, para pronunciarme en términos muy generales, que ha sido más bien positiva; ha puesto a veces en evidencia esas miserias humanas que es difícil que el derecho pueda mantener ocultas: ha habido algunos planteos de hijos contra la madre heredera, para privarla de este derecho real de habitación; pero en esos casos me parece que, aun cuando el problema es lamentable que

se plantee, la ley ha dado a los jueces una herramienta eficaz para evitar un desenlace inicuo. No hace falta pensar en una viuda desalojada de su hogar, privada de un techo que la cobije, afectada por quién sabe qué dolencias. Lo cierto es que una persona que ha llevado una vida matrimonial con otra, o que ha sido víctima del alejamiento de la otra, y que al cabo de la vida no tiene otra expectativa que la de un relativo sosiego que le permita vivir decorosamente, es justo reconocerle un derecho con una visión piadosa para esos últimos tramos de la vida, en los cuales se plantean, por lo general, situaciones como la analizada, que, creo, merecen una consideración que proviene del orden justo que el derecho debe procurar establecer.

He oído hablar de tantos temas interesantes esta tarde que confieso que el haberme ceñido, como me habían pedido, a esta reflexión sobre la experiencia argentina del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, me ha hecho sentir un poco "acorrallado" —y no por culpa del profesor Corral—, sino porque, mientras hablaban los otros expositores, me venía a la cabeza cuál era la respuesta argentina a las situaciones por ellos planteadas. Quiero felicitar a la Universidad de los Andes, por el nivel, la jerarquía de este seminario que realmente resulta una experiencia muy alentadora, para quienes desde el otro lado de la cordillera hemos tenido la suerte de poder asomarnos a él.



**VIVIENDA FAMILIAR Y SUCESIÓN EN
EL DERECHO CHILENO. SU PERSPECTIVA
COMPARADA CON EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL***

RAMÓN DURÁN RIVACOBA

*Doctor en Derecho
Catedrático de Derecho Civil
Director del Departamento de
Derecho Privado y de la Empresa
Universidad de Oviedo*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente comentario es analizar la norma introducida en el número 10 del artículo 1337 del Código civil chileno, con arreglo al número 108 del artículo 1 de la Ley 19585, de 26 de octubre de 1998, cuya entrada en vigor se cifra por la más segura doctrina el 27 de octubre de 1999. Asimismo, se trata de realizar un examen comparado con la legislación española, para poder inducir de su puesta en práctica pautas adecuadas para la mejor interpretación jurídica del presente precepto.

En el citado inciso se contempla un derecho de adjudicación preferente de la vivienda y los muebles familiares en el fenómeno liquidatorio de la herencia y a favor del cónyuge supérstite, conforme a los siguientes términos:

Artículo 1337: "El partidor liquidará lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen:
(...)"

* Este artículo es resultado del Programa de Incentivo a la Cooperación Internacional de Fondecyt (N° 7000480, de 2000), que es complementario al Proyecto del Concurso Regular titulado "El derecho de adjudicación preferente en favor del cónyuge sobreviviente en los bienes del causante".

10.- *Con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.*

Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituyan en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios.

El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se registrarán por lo dispuesto en el Título X del Libro II.

"El derecho de adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse".

Como puede comprenderse, mi sucinto comentario no busca ofrecer fatuas lecciones acerca del Derecho chileno ni tampoco criticar su contenido desde la perspectiva de la opción legislativa que implican, por cuanto responde a la prudencia de sus autores dentro de la respetable política que se han marcado. Este ordenamiento alcanza un reconocido prestigio técnico, que comenzó con su propio Código civil de Andrés Bello, y se ha ido consolidando a lo largo del tiempo. Sin embargo, ello no es óbice para que, a la vista de la presente norma sobre adjudicación de la vivienda familiar y los muebles, me surjan dudas; y, en todo caso, un gran interés jurídico en su efectivo despliegue práctico. En ello han abundado las reuniones científicas en que tuve la fortuna de haber intervenido, sobre todo en calidad oyente curioso y ávido.

He de advertir que mi cercanía con el tema propuesto proviene de la primera tesis doctoral que me cupo el honor de dirigir en España. Se trataba de un joven y valioso jurista chileno, que publicó en mi país la mejor monografía con que cuenta la doctrina sobre la materia (cfr. Elorriaga de Bonis, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1995). En su desarrollo aprendí cuanto sé del asunto, cuyo poso ahora vuelco en la medida de mis posibilidades —presentando de antemano mis excusas por el atrevimiento— en el terreno propuesto.

II. PRECISIONES LINGÜÍSTICAS

1. ASPECTOS FORMALES

Teniendo en cuenta que, con arreglo al Código civil chileno, la primera pauta hermenéutica de las normas jurídicas es prioritariamente textual (cfr. arts. 19 y ss. CC), considero de interés, y en el fondo inevitable, comenzar mi glosa por los aspectos más externos y acaso superficiales de la regla.

El precepto citado hace gala de una dicción en principio curiosa, pero de ningún modo errónea. Para los lectores hispanohablantes de otras latitudes extraña el empleo de "*se entere*" referido a la cuota hereditaria. Sin embargo, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española reconoce que la palabra "enterar" como "integrar" es típica en Chile y Argentina. Igualmente sucede con "*el mobiliario que lo guarnece*", pues "guarnecer" resulta un término correcto en cuanto "dotar" de modo adecuado¹.

Ahora bien, por el contrario, acaso la norma no comience de la manera más afortunada. "*Con todo*" puede significar "en todo caso", pero también conferir un talante adversativo. En esta última hipótesis, considero criticable su tardía inclusión, pues muy extemporáneamente parece desconocer en la práctica el entero contenido del artículo 1337 del Código civil; si fuera, según creo, su sentido el primero, tampoco constituye la más exacta de las expresiones para el significado que se le desea otorgar. Asimismo, estimo que la distribución de comas hubiera podido mejorarse, evitando frases continuas tan excesivas como la primera.

En esta misma línea de la composición literal de la regla, tal vez podría señalarse que incurre, a mi juicio, en algunas reiteraciones, explícitas o tácitas, perturbadoras. Así, el uso y habitación se señala *expressis verbis* que han de ser vitalicios. Pertenece a la naturaleza de tales derechos su carácter de por vida del titular, con arreglo a los artículos 806, párrafo 2, y 812 del Código civil chileno, por lo que reiterarlo ahora resulta superfluo. No obstante, como en otros preceptos —así en el artículo 147 del mismo Cuerpo legal— se reconocen derechos de dicha especie sometidos a plazo específico,

¹ Confío en que disculpen los lectores hispanoamericanos la utilización en estas páginas de algunos giros que, siendo comunes en mi lenguaje, les puedan sonar equívocos por la lejanía geográfica que nos separa en el origen.

quizás tampoco sobre la precisión, por mucho que quede implícita en la remisión del párrafo 3 *in fine* del artículo 1337.10 del Código civil chileno a las disposiciones de su Título X, Libro II, que contiene aquella disciplina.

2. LOS BIENES COMO PARTE DEL HABER HEREDITARIO. EL USO Y HABITACIÓN SOBRE CUOTA

Mas hay otras reiteraciones que quizás no lo sean tanto, y que darán pábulo a su examen a lo largo de las presentes páginas. Destaco entre todas ellas que pertenezca la vivienda familiar y los muebles al patrimonio del difunto. El hecho aporta determinadas incertidumbres y conviene ocuparse de su interpretación.

Así es, mientras el objeto de adjudicación prioritaria no forme parte del patrimonio del difunto, tampoco habría lugar alguno a posibles particiones hereditarias cuya muerte provoca. Supone, pues, una repetición inútil. Con todo, plantea, de otra parte, ciertos extremos de duda. ¿Cuál es el significado de que integre la vivienda y su mobiliario la herencia del causante? Una primera equivalencia comporta que sean exclusivamente del fallecido los bienes contemplados en la medida, porque, sin este requisito, sería difícil que pudiera constituirse un uso y habitación sobre una simple cuota en este caso.

En efecto, cuando la vivienda y el ajuar pertenezcan a varios titulares, sólo la proporción del causante puede pertenecer a su herencia, y, en tales condiciones, de hacerse imposible adjudicarlos en propiedad plena, se ofrecería un uso y habitación sobre la cuota. Sin embargo, si ya estos derechos suponen *a priori* un uso limitado de las cosas sobre las que recaen, su nueva restricción a una parte ideal del objeto le hace perder en buena lógica su sentido.

En su virtud, se ha debatido por extenso el problema de la comunidad. Se ofrecen dos distintas perspectivas, según se trate de la derivada del régimen económico matrimonial prioritario —es decir, el de gananciales— o de otra distinta, de naturaleza romana.

En el primer caso, tampoco veo demasiados inconvenientes jurídicos en nuestra materia, por cuanto a la muerte del *de cuius* ha de procederse con carácter previo a liquidar su régimen económico del matrimonio, de gananciales en la hipótesis que planteo. Luego la operación antecede a posibles adjudicaciones en el haber hereditario y no cabe imaginarse, de ordinario, comunidad continuada en

este punto. Es decir, ya se habrá individuado el dominio del bien, que cuando recaiga en el cónyuge superviviente pone fin al problema, subsistiendo si son los demás herederos del causante beneficiarios. En el supuesto de que se vendan a terceros los bienes para disolver el derecho conjunto también escapamos de la eficacia del artículo 1337.10 del Código civil chileno. Con este panorama, parece casi evidente que intentará la viuda o el viudo evitar que se le adjudiquen los bienes sometidos a las futuras y muy beneficiosas expectativas a su favor, sobre todo en lo referente al posible uso y habitación gratuito que le puede caer en gracia. Por tanto, según en adelante se observará, debe atenderse meticulosamente a posible fraudes urdidos al respecto por quien esquivo su adjudicación en dominio pleno —primero al liquidar los gananciales y después la herencia—, para conseguir a la postre, y sin contraprestación alguna, el uso y habitación sobre los mismos bienes, pero a costa de disminuir a los demás herederos en prácticamente la totalidad del patrimonio relicto.

Más dificultosa sería una previa comunidad de bienes ordinaria sobre la vivienda y los muebles familiares. En este caso, el fallecimiento del copropietario sólo daría pie a una nueva configuración subjetiva, en la que los sucesores reemplazan al comunero desaparecido. *Ergo*, la parte del objeto que pertenece al causante integra la herencia y si debe ser liquidado, pudiendo adjudicarse sin problemas en propiedad al cónyuge supérstite. Sin embargo, en vista de la excepción si excede su cuota hereditaria, extraña mucho proceder a constituir un derecho de uso y habitación gratuito acerca de bienes en parte ajenos, salvo en el caso de que se admita sobre cuota, lo que rechazo en el plano de las ideas por la naturaleza de las facultades de ocupación que otorga, imposible de traducir sobre una simple parte abstracta. En suma, el mismo presupuesto jurídico de la norma comentada requiere que la vivienda y los muebles familiares pertenezcan en su absoluto al *de cuius* cuya herencia se abre. Acaso quepa, con todo, admitir la salvedad de uso y habitación sobre cuota en orden a conceder su ajuste menos expoliatorio frente los derechos de los demás llamados a la herencia, como en adelante se argüirá.

Al margen de la citada dispensa, son de advertirse las interrogantes que suscita el derecho de uso y habitación sobre cuota. Figura teórica muy contraproducente, cuyo dudoso reconocimiento responde a causas mayores, por mor de la justicia en el caso de que las atribuciones en propiedad de muebles sean escasas, pero

tampoco no lleguen los beneficios hereditarios del cónyuge sobreviviente para colmarlos con el dominio de la vivienda, supuesto en el que concederle derecho de habitación gratuita y vitalicia en ella sería muy gravoso e injusto para los demás sucesores, punto que analizaremos en su momento y queda por ahora sólo apuntado.

Por todo ello, estimo que la precisión acerca de que "*siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto*", parece redundante y superflua.

3. EL CÓNYPGE VIUDO EN CUANTO LEGITIMARIO Y OCUPANTE DE LA VIVIENDA

En el terreno de que vengo tratando —el análisis literal de la norma—, junto a extremos que resaltan negro sobre blanco, concurren algunos silencios que deberían dilucidarse. A causa de una omisión concreta cabe incidir en lo relativo al beneficiario de los privilegios que se contemplan. En principio se habla de "*cónyuge sobreviviente*" de forma confusa, si no incorrecta. Según este simple dictado, toda viuda o viudo tendría derecho a exigir su contenido, pero esto no responde, según creo, a la realidad jurídica, salvo en una lectura precipitada.

El artículo asocia inequívocamente la "*cuota hereditaria*" con el supérstite, mas a esta categoría se circunscriben sólo los herederos forzosos, por cuya causa existe la excepción a las reglas generales liquidatorias del patrimonio del causante. Luego, por ejemplo, si existe separación matrimonial previa y motivada en el comportamiento del cónyuge sobreviviente, deja en su virtud de ser legitimario (cfr. art. 1184.3, pfo. 2 CC) y sucesor *ab intestato* (cfr. art. 994, pfo. 1 CC), por lo que tampoco puede optar por las alternativas que se le ofrecen con la presente disposición, al no tener cuota hereditaria reconocida.

Por el contrario, se requiere de forma expresa que resida el cónyuge en la vivienda familiar —y, por consiguiente, que ocupe los muebles— que pretenda; ya sea como adjudicación preferente o por medio del derecho de uso y habitación que se instituya. El fundamento de la condición previa radica, con arreglo a la mejor doctrina científica, en el carácter asistencial de la medida. Sólo por esta causa cabe comprender semejante añadido impuesto, que no debería constar en otro caso y que además parece implícito al constituir "*la vivienda principal de la familia*", bien porque ambos cónyuges convivían antes del deceso en ella; o, en otro caso, porque la

separación no responde a la culpa del residente. Sin embargo, esta misma razón parece destruir el argumento, pues la necesidad del cónyuge supérstite, aunque no resida en el domicilio, sobre todo cuando esté separado de forma inocente —luego sigue siendo legítimo—, justificaría de suyo el derecho citado. Si se me apura, con mayor *ratio*, porque no ha podido permanecer en la vivienda por causas ajenas a su voluntad, de las que resulta el *de cuius* responsable, quien incluso conserva la residencia por ser de su propiedad la vivienda ocupada. Es lo cierto que, conforme al artículo 147 del Código civil chileno, esto se hace difícil, pero acaso en la práctica no lo sea tanto, así en el supuesto de que no exista declaración previa del juez como bien familiar, o hasta si se trata de una situación anterior a la reforma de dicho precepto en el ordenamiento chileno, sin excluir el caso de que no se haya solicitado el uso y habitación temporal que aquella regla dispone.

En suma, el cónyuge sobreviviente que pretenda el amparo del artículo 1337.10 del Código civil chileno ha de ser a también legítimo y el requisito de que deba residir en la vivienda objeto del privilegio que se instaura pierde su fundamento en algunas hipótesis concretas. Por todo ello, esta exigencia podría revisarse o, al menos, encontrar adecuadas fórmulas flexibilizadoras a través de su sabia puesta en práctica por los tribunales, en atención a las circunstancias que concurran, como la separación sin culpa u otra coyuntura semejante, que aconsejarían mantener la medida en casos excepcionales al margen de la interpretación literal estricta, mas por imperativo de la justicia.

III. ALCANCE OBJETIVO

1. LA VIVIENDA QUE HAYA DEJADO DE SER PRINCIPAL DE LA FAMILIA

Las anteriores apreciaciones, sean o no formales, sin embargo, se quedan en la superficie comparadas con otras que nacen de la simple lectura del precepto. Con motivo de la residencia impuesta como requisito al supérstite, ya he aludido a la posible separación previa entre los cónyuges, antes del fallecimiento que provoca la entrada en vigor de la norma que contemplo. Ahora parece renacer la hipótesis por obra de "*que sea o haya sido la vivienda principal de la familia*" el objeto de adjudicación prioritaria. En efecto, el

inciso suena inexorablemente a crisis conyugal precedente, razón por la cual conviene advertir en este nuevo punto de comentario.

La primera de las cuestiones que deberían someterse a debate sería la concerniente a la determinación jurídica de la vivienda en cuanto familiar, sobre todo por lo que se refiere al espacio habitable, a su alcance práctico como prioritaria en el caso de haber varias sedes de un hogar, y las circunstancias de la familia que pueden incidir en su estatuto. La casuística se ha puesto de relieve, pienso que de suficiente manera, por los autores chilenos, a cuyos argumentos me remito para no hacer premioso en demasía el presente trabajo. En cualquier hipótesis, constituyendo lo anterior un mero hecho, queda sometido a la prueba del beneficiario de las medidas que aquí se discuten. Luego, dado todo este problema, por supuesto, resulta oportuno ahora ocuparse de lo relativo a la pérdida de su carácter familiar anterior a la muerte del causante, sin perjuicio de su posible adjudicación prioritaria en favor del cónyuge sobreviviente.

Los ordenamientos jurídicos que cuentan con un sistema de reconocimiento amplio de las crisis matrimoniales, emplean de ordinario esta expresión como indicio de su presencia previa en el marco del supuesto de que se trata. El que hubiera sido en el pasado vivienda familiar implica que acaso haya dejado de constituirla por estar incurso el matrimonio en una separación. El divorcio vincular no rige, por cuanto elimina el matrimonio, e impide la secuela de viudez alguna en este supuesto. Sucede que la patología conyugal en su vertiente de separación provoca con frecuencia el vestigio jurídico de atribuciones del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, en concreto el más desprotegido, ya sea por mantener la convivencia con la prole habida, o incluso a causa de imperiosas necesidades tenidas en cuenta por el Derecho. Con tales supuestos, la vivienda familiar recibe un destino diferente al marcado por obra de las titularidades reales que la definen jurídicamente, siguiendo un itinerario marcado por otros valores en juego. Entonces es cuando se habla de vivienda que haya sido familiar y ahora no lo constituya en el pleno sentido de la palabra, en virtud de la crisis conyugal que ha marcado su atribución distinta. En esta línea, destaca el artículo 96 del Código civil español —dentro del Capítulo IX (*“De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”*), Título IV (*“Del matrimonio”*), del Libro I (*“De las personas”*)—, a cuyo tenor:

"En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

Esta primera impresión, *contrario sensu*, se ve descartada para el Derecho chileno, por cuanto el artículo 147 de su Código civil contempla en semejante supuesto un uso y habitación, pero a término, de la vivienda, siempre y cuando exista una previa declaración judicial como bien familiar. Ahora bien, dicha medida decaea a la muerte de alguno de los cónyuges, junto con el matrimonio que la define. Por tanto, no cabe discutir en este supuesto la vigencia concurrente de ambas normas. *De lege ferenda*, cabría pensar en que, si este óbice no existiera, se hubiese dispuesto que las atribuciones temporales derivadas del artículo 147 se convirtieran en vitalicias por la vía del artículo 1337.10, ambos del Código civil chileno. Mas, insisto en que los estrictos términos de ambas disposiciones las hace incompatibles, máxime cuando en el primer caso se requiere una declaración previa de bien familiar y en la segunda supone un dato fáctico de automática eficacia.

El hecho de que "*haya sido la vivienda principal de la familia*", tal vez signifique que por la muerte del causante deje de serlo, pero esta interpretación resulta del todo superflua, porque siempre correrá dicha suerte tratándose de una norma sobre partición del haber hereditario, que requiere *a fortiori* el deceso del *de cuius*. Además, las advertencias acerca de "*que sea o haya sido*" señalan, sin lugar a dudas, que piensa la regla en el instante en que se abre la sucesión del causante o, en otros términos, el momento de su muerte.

Por tanto, la vivienda cabe que haya dejado de ser principal de la familia, porque se dispersa ésta, o incluso por haberse sustituido por otra más frecuentada. Esto conduce al examen de si la vivienda continuaría siendo familiar cuando los posibles hijos no convivan en ella, *verbi gratia* por haber alcanzado la emancipación efectiva.

Los mejores estudiosos del asunto sostienen que dicho fenómeno no empece la naturaleza del bien y no hay óbice jurídico para su permanencia como vivienda familiar, por lo que permanece incólume su *status* en virtud de dicha circunstancia, máxime cuando el cónyuge supérstite habita en ella, según el precepto contempla. En el supuesto de que se haya cambiado su categoría principal, debería explicarse antes cómo es posible que no convivan los esposos, pues el superviviente debe residir en la vivienda que haya dejado de ser familiar al fallecimiento del *de cuius*. Todo ello apunta en la interpretación que yo considero más oportuna: cabe admitir adjudicación preferente de vivienda que haya dejado de ser principal a la viuda o viudo cuya separación venga impuesta por culpa del causante, mientras aquel cónyuge resida en la vivienda que a causa de la crisis matrimonial haya perdido antes este carácter.

2. LOS MUEBLES QUE LA GUARNECEN

Por el contrario a cuanto sucede con la vivienda familiar y su estatuto, considero que no se han puesto de relieve con la necesaria certidumbre diversos extremos que afectan sobre los muebles que la guarnecen. El hecho creo que tiene una extraordinaria relevancia, porque de su exégesis en gran medida depende la eficacia práctica de la constitución legal del derecho de uso y habitación en el caso subsidiario de que las atribuciones en dominio excedan la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente.

Las expresiones vertidas al respecto indican un dato meramente fáctico: "*el mobiliario que lo guarnece*". Esta simple verificación resulta, sin embargo, bastante abstracta y falta del necesario significado jurídico. En una exégesis lineal y descomprometida, el mobiliario sería el que conste dentro de la vivienda en el instante del fallecimiento del cónyuge, cuando se abre la sucesión. Constituiría entonces un nudo hecho, desprovisto de valoraciones jurídicas complementarias. Estimo que no satisface dicho planteamiento y por dos vías distintas. La primera, que los muebles descritos son aquéllos aptos para el fin previsto. Con ello quiere decirse que sólo los necesarios para la deseable habitabilidad deberían incluirse dentro de las excepcionales facultades que se otorgan al cónyuge supérstite. Varias razones abonan el argumento, de suerte que, con la tesis opuesta, la injusticia que se perpetraría sobre los demás legitimarios en el supuesto del uso y habitación gratuitos resultaría exorbitante. Junto a ello, concurre la naturaleza pretendidamente

asistencial de tan extremosa medida, que impediría exceder su estricta *ratio* fundante. Volveré más tarde a este particular y quede por ahora reseñado.

En la línea que me parece más ajustada, también apuntan los argumentos del Derecho comparado. En las legislaciones más análogas a la chilena, no todos los muebles pertenecen al ajuar de la familia protegido. La paralela regla del artículo 1320 del Código civil español se refiere a "*muebles de uso ordinario de la familia*", pero "*no se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor*" (art. 1321 del mismo Cuerpo legal). Luego se induce que sólo los muebles que guarnecen de manera ordinaria el hogar pueden tenerse presentes para su especial protección.

Por tanto, estimo que debería desplegarse la especial preferencia del cónyuge sobreviviente de manera exclusiva sobre los muebles que guarnecen de forma común la vivienda familiar. El efectivo, pero que fuera ordinario con arreglo al nivel de vida económico de la familia, excluyendo los bienes identificables por su extraordinario valor, como alhajas, colecciones de pintura, joyas, etc., que desdigan de la condición asistencial del derecho concedido en el artículo 1337.10 del Código civil chileno y causen un grave perjuicio en los demás partícipes de la herencia, máxime cuando su elevada valía provocará sin duda el uso y habitación gratuitos por exceder la cuota de su beneficiario. Nuevamente se pone de relieve la necesidad de una interpretación correctora que aproxime la relevancia jurídica del precepto a su auténtico sentido y alcance, bien lejana de posibles exageraciones que lo desborden en la práctica, dando lugar a perniciosos e indeseables abusos.

IV. EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE DE LA PROPIEDAD

Vistos los elementos materiales y subjetivos de la preferencia sobre la vivienda familiar y los muebles que lo guarnecen en el Derecho chileno a la muerte de uno de los cónyuges y en favor del supérstite, conviene ahora ocuparse acerca del específico régimen jurídico en que se vertebra.

La primera de las alternativas en que se articulan los derechos de la viuda o viudo sobre tales bienes en las condiciones descritas, es su adjudicación preferente del dominio pleno dentro de la compleja fase liquidatoria de la herencia. Con independencia de otras

materias tratadas por extenso por los autores chilenos, cifraré mi comentario en algunos aspectos de interés que, a mi juicio, han recibido atención escasa.

1. EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA LAS ADJUDICACIONES: ¿LIQUIDACIÓN HEREDITARIA O DE GANANCIALES?

El problema que inicialmente se suscita versa sobre la forma de constituirse tal derecho que otorga preferencia en el dominio al cónyuge supérstite. *Prima facie*, la fórmula determina un modo específico de satisfacer la cuota hereditaria que pudiera corresponderle a su titular. En este punto es de advertir que, a mi juicio, y en claro contraste con el ordenamiento español, el cónyuge viudo recibe unos beneficios *mortis causa* muy amplios en Chile, circunstancia que se ve incrementada considerando la liquidación previa de la posible, y en la práctica frecuente, comunidad legal de gananciales. Esta es una de las discrepancias más fuertes que presentan ambos ordenamientos sucesorios, pero no el único, en especial en la materia de que trato.

En el Derecho español la posible adjudicación preferente de la propiedad de la vivienda de la familia concurre a la hora de dividir el patrimonio conyugal común. Con arreglo al régimen descrito en el artículo 1406 de su Código civil, en el momento de liquidar los gananciales, *"cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance (...) 4. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual"*. El precepto que le sigue reafirma: *"en tal caso podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero"* (art. 1407 CC).

Traigo a colación el asunto, porque, a tenor de las primeras versiones de la norma chilena, cosa semejante se contemplaba en sus inicios. El Proyecto de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados proponía un nuevo número 11 del artículo 1337 en los siguientes términos "con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o una u otra, se enteren o solucionen con preferencia, atribuyéndole el usufructo del patrimonio familiar, aunque no haya sido determinado judicialmente, conforme con el artículo 147, in-

cluso en el caso de que sus derechos hereditarios sean inferiores a su valor". Este propósito se mantuvo hasta el Proyecto del primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. A mi juicio, además, hacía gala de un contenido adecuado, y hubiera eludido múltiples inconvenientes que ahora surgen. En efecto, pienso que la primera instancia de la liquidación del régimen económico del matrimonio constituye un hito muy oportuno para la posible adjudicación preferente del hogar de la familia. Sólo en el supuesto de no existir gananciales cabe plantearse la coyuntura dentro del reparto del haber hereditario. Todo ello sin perjuicio de la debida compensación económica frente a otros afectados cuando las atribuciones excedan la cuota de su beneficiario, pues entonces habrá una verdadera y real alternativa, con sus ventajas e inconvenientes, por la que pueda elegir el cónyuge viudo.

Preferir un sistema en el que tras la liquidación de los gananciales, en que detrae la mitad del patrimonio conjunto el cónyuge superviviente, luego se le permite al cónyuge sobreviviente recibir su cuota hereditaria, y todavía un *plus* gratuito en forma de uso y habitación vitalicios sobre los bienes —en forma de vivienda familiar y muebles que la guarnezcan— excedentes de su derecho, no parece la mejor de las opciones posibles desde la perspectiva de la justicia y la equidad. Supone, a mi criterio, una verdadera exageración, casi expropiatoria de los derechos de los demás herederos y sin justiprecio posible. Esta desmesura se reducía en el primer proyecto mencionado, que conjugaba la dualidad de momentos hábiles para el ejercicio de su derecho de preferencia: la liquidación de gananciales y del haber hereditario. El hecho incluso quedaba reducido a su mínimo grado con la segunda lectura de la regla, tras la indicación aprobada por unanimidad en la Comisión de la Cámara de los Diputados, en que se hacía constar que "si el valor de dichos bienes excede el valor de los derechos a los que se imputa, el cónyuge sobreviviente dispondrá de un usufructo vitalicio por el saldo, mientras permanezca en estado de viudez". En esta línea de progresiva mejora, que imprevisible y lamentablemente quedó truncada en su texto definitivo, los flecos pendientes quedaban resueltos en el primer informe de la Comisión del Senado, que consideraba el exceso de adjudicación en el sobreviviente, mientras "éste se avenga a pagar la diferencia a los demás partícipes en la sucesión". En suma, muy afortunadamente se circunscribía el derecho a una mera preferencia, sin ventaja económica de ninguna especie, como sostengo que debería ser, y a ello apunta la legislación española.

Al margen de la cuestión de la gratuidad en el exceso, después analizada con su debido detenimiento, ahora me centraré sobre qué instante se considera más oportuno para conceder el derecho de que hablo en cualquiera de sus posibilidades. Según creo, en un sistema económico matrimonial caracterizado por los gananciales sería preferible y más equitativo elegir el momento de la liquidación del régimen de comunidad y, subsidiariamente, cuando no existiera éste, admitirlo en la partición hereditaria. Con ello combino las tesis mantenidas en los Derechos español y chileno, pero concediendo un cierto predominio al primero, pues queda el segundo como residual, en defecto de la disciplina marcada por aquél. Considero, además, que se hace del todo imprescindible introducir un mecanismo de compensación económica de los demás partícipes si el derecho concedido al supérstite afecta sobre sus legítimas expectativas, que no deben verse menguadas en monto, sino, en cualquier caso, en especie. Luego las compensaciones de los respectivos derechos me parece uno de los arcos de clave del sistema, que, por desgracia, el ordenamiento chileno rechazó a lo largo de la tramitación de la reforma legal comentada.

Cuando no hubiera un régimen de gananciales, u otro género de comunidad económica en el matrimonio, quedaría expedito el camino a este derecho en la partición de la herencia. Creo que así se ordenan en óptima jerarquía los episodios claves para el conveniente tratamiento jurídico de la institución y, de paso, queda eliminada una hipótesis a mi juicio lesiva, como que rehúya el cónyuge viudo adjudicarse la vivienda en la liquidación de gananciales, en la que consigue la mitad de los bienes, pero luego lo pretenda en el momento de partirse la herencia, con amplísimas posibilidades de que puedan entonces exceder dichos bienes su cuota, por lo que accedería gratuitamente al uso y habitación. Estimo que semejante actitud, bien imaginable por otra parte, repudia los axiomas de lógica y justicia que deben imperar en las soluciones jurídicas. El supuesto constituye un verdadero fraude de ley o, en términos reconocidos por el Código civil español, un abuso del derecho no tolerable². La paz de la familia, tantas veces

² Como reza el artículo 7 del citado Código:

*"1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".*

amenazada por el fallecimiento de uno de los padres, no permite nuevas tensiones, a las ya de por sí comunes al reparto del patrimonio entre los hijos y la viuda o el viudo, que se puedan ver recrudecidas de manera frívola con medidas como ésta. La prudencia también hubiera sido buena consejera en este sentido, pero por desgracia no prosperó la propuesta más templada. En efecto, una de las opciones que hubiera disminuido el daño sería elegir de manera más oportuna el instante para plantear la pretensión reconocida, pero fue ignorada, en contra de los precedentes de la regla que comento.

2. FORMULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO Y SU RENUNCIA

La facultad de adjudicación preferente del dominio de la vivienda y los muebles familiares constituye un mecanismo jurídico establecido para satisfacer la cuota hereditaria del cónyuge viudo. Resulta un pago en propiedad con bienes de la herencia y hasta donde alcance su beneficio. Esta premisa se induce de la excepción introducida por si "*el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge*" (art. 1337.10, pfo. 2 *in initio* CC) y, a mi juicio, comporta un relevante interés en su examen.

En algunos ordenamientos, a la muerte de uno de los cónyuges, se contempla un derecho llamado de *predetracción* de ciertos bienes familiares, que le son conferidos de manera legal y sin cómputo alguno en su haber hereditario al supérstite. Un buen ejemplo se ofrece por el artículo 1321 del Código civil español: "*fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber.— No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor*". No resulta ésta la hipótesis que ahora estudio, que constituye una modalidad de pago de la cuota sucesoria en bienes específicos escogidos por el beneficiario. En cambio, todo apunta en el sentido de que sí es un derecho de predetracción o asimilado —acaso de *postdetracción*— el uso y habitación gratuitos que se contemplan en el segundo párrafo del precepto que ahora comento.

La preferencia en las dichas adjudicaciones del dominio sobre la vivienda y los muebles familiares se ve amparada por el Código civil chileno a solicitud del cónyuge y heredero. Esta iniciativa

cuenta con los plazos comunes a la liquidación del caudal relicto, pues se circunscribe a este momento y se reclama frente al partidor de la herencia. Como es lógico, esta especie de privilegio es renunciabile por el beneficiario, entre otras formas de manera tácita, dejando pasar la opción en el tiempo marcado para ello. Sin embargo, considero que la renuncia sólo puede admitirse de presente, sin que, *analogo modo* a cuanto sucede con la legítima, quepa renunciarse con carácter previo. A mi juicio, tampoco es admisible a cambio de precio, pues constituiría un pacto sucesorio prohibido.

Se ha discutido si esto es así, sosteniendo incluso cualquier disponibilidad del derecho de adjudicación prioritaria y no sólo las realizadas frente a terceros recipiendarios (cfr. art. 1337.10 *in fine* CC). Mas oponerse a la simple renuncia, siempre abdicativa, implicaría que no hay preferencia, sino la obligación de asumir una vivienda que puede permanecer lejos, por ejemplo, de los recursos económicos del titular designado para mantenerla de manera digna. No sería un beneficio, sino en ocasiones una verdadera carga, lo que de ningún modo se comparece con el talante asistencial de la medida, según se pretende.

La forma como se articula el derecho de adjudicación prioritaria resulta bastante abstracta. ¿Esta facultad es absoluta o no en relación a posibles disposiciones contrarias del causante? Se habla de derecho de adjudicación preferente, pero no se relata *expressis verbis* su alcance al respecto. Yo creo que sí es absoluta de modo efectivo y, por tanto, elige con libertad el beneficiario. En otro caso, sería una preferencia que operaría sólo en defecto de la voluntad del *de cuius*, lo que arruinaría una prerrogativa de proporciones tan inviolables como el presente. Luego es una potestad concedida incondicionalmente por el ordenamiento y que se impone por encima del opuesto deseo del testador, hasta el punto de que conforme al artículo 1318 del Código civil chileno, "*si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno.— En especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla 10, otorga al cónyuge sobreviviente*". Por tanto, el cónyuge superviviente puede imponer su posición jurídica predominante. Con tales presupuestos, en el caso de disposiciones de última voluntad contrarias a este derecho, sean o no particionales, deben corregirse buscando equivalentes económicos sobre otros elementos del caudal relicto que satisfagan los beneficios incorrectamente conferidos a terceros en el

modo, e incluso no descartando reducciones para dejar vacantes dichos bienes reservados a disposición del cónyuge viudo, si el error alcanza el *quantum*. En este sentido, si existieran atribuciones específicas a favor del sobreviviente que sustitúan a su derecho sobre la vivienda y mobiliario familiar, deben ceder por subrogación ante su preferencia, pero sin abusivas acumulaciones que lesionen los derechos de los demás llamados.

Por el contrario a cuanto sucede con la simple renuncia, con arreglo al último inciso del artículo 1337.10 del Código chileno, "*el derecho de adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse*". Con esta precisión queda confirmada que las renunciaciones deben ser meramente abdicativas y que no cabe ningún tipo de negocio sobre su contenido específico, salvo la mera vacancia, por tratarse de una facultad personalísima. Su fundamento vuelve a revestir tintes asistenciales, que impiden su comunicación a terceros ajenos.

V. EL USO Y HABITACIÓN GRATUITOS

Como alternativa de la posible adjudicación en propiedad de la vivienda y mobiliario de la familia en pago de la cuota del cónyuge viudo, la reforma operada en el artículo 1137.10 del Código civil chileno establece un posible derecho de uso y habitación gratuito y subsidiario sobre tales bienes. Su misma existencia, las condiciones para su establecimiento y la fórmula jurídica que lo acompaña superan con creces las incertidumbres puestas de relieve hasta el momento y a su comentario sucinto dedicaré las siguientes ideas.

1. EL PROBLEMA DEL USO Y LOS BIENES FRUCTÍFEROS

Como primer reclamo de atención acerca de la materia, son de advertir algunas dudas teóricas en la configuración jurídica del derecho de uso en dichas condiciones. El uso, en su concepción clásica, no sería posible de mantener en la presente hipótesis, por cuanto, según la estructura histórica de la figura, se predica de los bienes fructíferos y tiende a su explotación económica para subvenir a las necesidades de mantenimiento del titular y su familia.

Este concepto arcaico se ha mantenido a lo largo del tiempo en el Derecho español, que sigue concibiéndolo así en el primer párrafo del artículo 524 de su Código civil, pues el uso en su sede

“da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente”. Sin embargo, ello no es óbice para encontrar una excepción en el juego combinado de los artículos 1406.4 y 1407 del mismo Cuerpo legal, que contempla un uso sobre bienes no siempre fructíferos en relación con la vivienda familiar y su adjudicación preferente, que ahora me ocupa. En todo caso, además, el uso sobre un inmueble habitable resulta chocante, por cuanto encaja mejor aquí, a causa de su objeto, el derecho de habitación, según contempla el párrafo segundo del artículo 524 del Código civil español: *“la habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”*. Por consiguiente, la vivienda daría pie al derecho de habitación, pero no al uso, máxime cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 1321 del texto citado, los muebles que componen el ajuar están sujetos a una predetracción que los excluye de la herencia. Se resuelve la cuestión a la vista del empleo vulgar y no técnico y estricto del derecho de uso en este punto.

Muy distinto sucede con el ordenamiento chileno, para el cual el uso no debe recaer por esencia sobre bienes fructíferos y alcanza también las utilidades propias de los muebles con arreglo al artículo 811, en su primer párrafo de su Código civil, a cuyo tenor *“el derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa”*. La duda podría entonces consistir en conocer a qué tipo de utilidades parciales se refiere, que serían las adecuadas al empleo común y ordinario —esto es, *salva rerum substantiae*— de los muebles que guarnecen la vivienda familiar.

2. CONDICIONES DE SU ESTABLECIMIENTO

a) El carácter jerarquizado de ambas opciones. La naturaleza gratuita del uso y habitación, y su fin asistencial

La más importante de las circunstancias que configuran el derecho en cuestión es su carácter subsidiario y residual, que lo hace gratuito. Acaso en este aspecto resida gran parte de las incorrecciones técnicas y sustantivas que arrastra la figura. En otros ordenamientos, así el español, el uso y habitación se ofrece como alternativa plena frente a la posible adjudicación en propiedad, por cuanto en sendos supuestos el beneficiario debe resarcir a los

coherederos en el caso de superar su cuota por esta vía. Digamos que resulta un privilegio en el *cómo*, pero no en el *cuánto*. Si ambas facetas se confunden, se llega, tal vez sin quererlo, a resultados como el presente, que consideraría calamitoso, y temo no exagerar.

En efecto, estos privilegios que se otorgan al cónyuge sobreviviente, que le permiten seguir ocupando por títulos diversos la vivienda familiar, no deben suponer un exceso en sus derechos hereditarios. Toda fórmula por la que se consiga el efecto deseado es aceptable, pero sin detrimento alguno para los demás sucesores a causa de muerte. Nada impide a que se constituya en propiedad o en uso y habitación, o incluso podría pensarse que también en usufructo³. No tiene mucho sentido que se contemple primero la propiedad y, en su defecto, el uso y habitación, pero con distinto régimen jurídico sustantivo en cada hipótesis, por cuanto esto supone una verdadera quiebra legal del mecanismo, con mengua de los legítimos derechos de los demás beneficiarios en la herencia en el segundo caso y sin razón aparente que lo justifique.

Podría incluso pensarse que la fórmula escalonada es aconsejable mantenerla, y estoy de acuerdo. Adjudicar en primera instancia el dominio facilita enormemente las cosas, al evitarse perniciosas comunicaciones jurídicas entre la nuda propiedad y el uso y habitación en distintos titulares. Ahora bien, muy distinto resulta que cambie casi en su esencia la sustantividad de cada opción, que deberían concurrir *ceteris paribus*. No establecer el equilibrio igualitario de condiciones crea una distorsión que vicia la lógica del sistema y, a mi juicio, le priva de sentido y justicia.

A pesar de tales presupuestos, *“si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturale-*

³ En el primer boceto de la regla que comento se introducía *expressis verbis* el usufructo, que se mantuvo en segundo informe de la Cámara de Diputados. Quedó ya proscrito en el Senado, en atención a que un usufructo daría pie a posibles facultades de rendimiento económico en manos del sobreviviente, que desbordaran el carácter asistencial de la medida. Según creo, en este punto resulta peor el remedio que la enfermedad, pues, para prevenir que pueda lucrarse por este medio la viuda o el viudo a su arbitrio, se le confiere dicho enriquecimiento de manera directa, pero en perjuicio de los otros coherederos. Se salvaguardan sus actividades crematísticas regalándole directamente un uso y habitación lesivo para los demás llamados a la herencia. Es de reconocer la ironía del destino encarnada en el despropósito legal.

za de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios" (art. 1337.10, pfo. 2, *in initio*, CC). Es decir, si las adjudicaciones en dominio de la vivienda y los muebles que la guarnecen desbordan la parte que correspondería, con arreglo a Derecho, al beneficiario, debe asimismo arbitrarse un remedio para evitar que inopinadamente graven la cuota de los demás partícipes, pues en una norma de liquidación no puede variarse la sustantividad sucesoria. Partición significa traducir en la práctica —en concretos bienes— el alcance intocable de los derechos hereditarios predefinidos, no rehacer el designio del causante o de la ley. Por eso los ordenamientos comparados contemplan fórmulas menos agresivas, que garanticen la presencia en la vivienda familiar, sin atropello a los derechos concurrentes.

Sin embargo, en la ley chilena tal axioma no parece haberse tenido en cuenta, lo que asombra verdaderamente. La regla 10 del artículo 1337 de su Código civil contempla una posible adjudicación parcial en dominio hasta donde alcance la efectiva cuota, pero autoriza después proseguir con el beneficio del supérstite a costa de despojar a los coherederos de una parte, sustanciosa o no, de su beneficio, a favor de quien ya ve satisfechos por entero sus derechos. Este modo de proceder resulta sorprendente, máxime porque se introdujo de manera tardía en el *iter* legislativo de la norma, por cuanto en la Cámara de Diputados y en el primer informe del Senado tal cosa se rechazaba ya fuera de manera tácita o expresa. En el penúltimo informe de la Cámara Alta se hablaba de los excesos de adjudicación del sobreviviente condicionándolos a un mecanismo compensatorio frente los demás afectados: "cuando éste se avenga a pagar en numerario la diferencia a los demás partícipes de la sucesión". Todo quedó en el vacío, aprobándose la disposición, a mi juicio sin la necesaria cláusula de reserva.

Establecer un derecho de uso y habitación de carácter gratuito —pues que se defina vitalicio huelga, tratándose, como sucede, de un aspecto concomitante a su propia naturaleza, si bien el artículo 147 del Código civil chileno introduce uno temporal en las crisis matrimoniales— rompe por completo los moldes de las medidas adoptadas para que conserve quien sobreviva de los cónyuges, la residencia y su mobiliario, si constituye vivienda familiar. Se alega la raíz de auxilio de la figura, pero eso supone la mezcla de dos elementos de dudosa combinación justa.

Las iniciativas asistenciales rigen en proporción a las necesidades de quien las impulsa y me cuesta mucho creer que sus atenciones estén previstas de manera exclusiva en nuestro caso. La viuda o

el viudo que residiera en el inmueble no tiene por qué demostrar ningún tipo de situación indigente para que se le reconozca su derecho, e incluso si se le adjudica el dominio de la vivienda nada obsta para que negocie con ella cuanto considere oportuno, al no contemplarse ninguna prohibición de disponer por el fin familiar a que se ocupó el bien en el pasado.

Junto con ello tenemos el destino de los bienes a la muerte de su titular, lo que implica el estudio de los patrimonios familiares. Cuando el Derecho asigna los bienes de manera forzosa, lo hace ya sea limitando la voluntad del *de cuius*, o supliendo su silencio —real o jurídico, por ineficacia de su designio— en la materia. Se manejan distintos criterios a este propósito, que, sobre todo, tienen presentes como beneficiarios a las personas ligadas al fallecido, cuya herencia se abre, por relaciones de parentesco, así los hijos y descendientes, los padres y ascendientes y el cónyuge viudo. La razón es que los incrementos económicos que consigue un sujeto no responden a su exclusiva intención de obtener un lucro individual —en la clave única del monto de sus recursos—, habida cuenta que la muerte supone un dato por completo inevitable. Su actividad resulta siempre a plazo, y la meta que la gobierna es reunir un patrimonio para su familia, en el sentido más amplio del término. Los hijos y descendientes acceden a estos medios materiales en la medida que aseguran su manutención, como luego harán ellos mismos con su propia prole. Mas, igualmente se comunican a su persona por el fin que se les marca tras la muerte de su titular. Las personas se afanan por su propio interés, pero también en este concepto queda incluido el de sus más allegados, hasta el extremo de que todos desembocan al unísono. En distinta perspectiva, se alega incluso que sólo deberían ser legitimarios los hijos menores, en atención a sus necesidades primarias en su primera edad, pero entonces se vuelve a confundir el destino del patrimonio familiar con las medidas asistenciales de los parientes, que corren de cuenta de los alimentos y las obligaciones específicas que genera. Por último, establecer semejante criterio supone de nuevo una presunción basada en la mera edad, pues en ningún caso se requieren comprobaciones complementarias acerca de las necesidades de los beneficiarios, como sucede con nuestro caso.

Luego los hijos, con independencia de su grado de madurez, son beneficiarios de los bienes de los padres fallecidos, porque permanecen de una u otra manera —y al menos en parte, como la cuota que reciben *a fortiori*—, presentes en el esfuerzo desplegado

para reunir el caudal. Esta implícita consideración en las actividades crematísticas de sus progenitores aflora cuando fallecen y dejan vacantes los bienes así obtenidos. Es ley de naturaleza que la progenie perpetúe a los padres en el sentido biológico y también en el jurídico. Asimismo, y de forma complementaria, los ascendientes en su día facilitaron los medios para el mantenimiento y educación de los hijos y conforman recíprocamente la familia en la que los bienes relictos están implicados; por eso, en ausencia de descendientes, aquéllos reciben al menos parte del haber hereditario. En concurrencia con la línea recta también aparece la figura del cónyuge que —aparte de conseguir su mitad de gananciales, en su caso, como cooperante necesario para la obtención de bienes—, a su vez, funda con el *de cuius* el núcleo familiar, a cuyo mejor mantenimiento y futuro se dirigen las actividades y rendimientos patrimoniales obtenidos en vida. Luego una cosa es el destino *mortis causa* de los bienes y otra la conveniente atención a las necesidades asistenciales de los parientes. Tienen distinta respuesta jurídica por su diferente naturaleza y de su incorrecta mezcolanza se derivan los inconvenientes que trato de poner de manifiesto.

Esto dicho, que pueda el cónyuge viudo recibir prioritariamente la vivienda familiar y los muebles no resulta de suyo una rebaja para los derechos de los demás llamados a la herencia, que permanecen incólumes en sus beneficios legales. Como he dicho, constituye un modo de pago en especie de su cuota. Sin embargo, las alternativas introducidas para cuando no quepa, por exceso, computar en su beneficio el dominio de los bienes que se señalan, traen consigo una injustificable violencia sobre los derechos de los demás coherederos, en la medida de su gratuita concesión. *Gratis*, pero no acaso *amore*. Semejante puesta en práctica de los fines marcados derrota en una notable injusticia, e incluso entraña una cierta tacha de inconstitucionalidad, por constituir una medida expropiatoria carente de la debida indemnización previa. En efecto, podría la norma, sin duda de ninguna especie, reducir los beneficios sucesorios de los concurrentes, cambiándolos con alcance general. Mas eso no sucede. No hay redistribución del haz hereditario con destino forzoso. Simplemente se idea una fórmula para el pago, mas, en su defecto y sin que intervenga ningún dato nuevo que permita introducir las necesarias modificaciones de fondo, se mengua inopinadamente la cuota de cada cual, expropiando sin motivo añadido, sin causa jurídica y sin pago del ineludible justiprecio. Una medida tan arbitraria como ésta instaure la injusticia y contraviene la igualdad sin respaldo aparente.

Así pues, considero mejorable por abundantes argumentos el hecho —rectificar es de sabios— y deposito mi confianza en que se sabrá poner remedio en el futuro a semejantes abusos.

b) El uso y habitación combinado con adjudicaciones parciales del dominio

En el sistema erigido en el artículo 1337.10 del Código Civil chileno, debe haberse satisfecho por completo la cuota del cónyuge supérstite, con la propiedad de los bienes reservados para conceder el uso y habitación gratuita en el resto. Mucho más justo hubiera sido combinar ambos tipos de derechos para cumplir su atribución sucesoria, sin detrimento en los demás coherederos, pero esta es la fórmula elegida y a ella me debo.

Para comprender en su verdadero alcance las consecuencias del régimen descrito conviene imaginarse diversas conjeturas, siempre desde una perspectiva práctica típica, en la que la vivienda tiene una mayor valía económica que los muebles que la guarnecen. Quedan eliminados, como es natural, los supuestos pacíficos en que la cuota no se llena con las atribuciones de dominio de los citados bienes, caso en el que se completa con arreglo a las normas generales de la partición; o si se corresponden de manera exacta el valor de ambos conceptos, cuyo equilibrio impediría nuevos reajustes complementarios. Me referiré, pues, a las hipótesis más conflictivas y, por desgracia, vaticinables en la realidad, en que la propiedad de la vivienda y los muebles familiares exceden del beneficio del cónyuge sobreviviente:

—La cuota da, por lo menos, para la vivienda en propiedad

En tal caso, además del dominio en exclusiva sobre la vivienda, se completa la cuota del cónyuge viudo con un derecho gratuito de uso sobre la parte de los muebles que haya sido alcanzada por el exceso.

El debate se producirá entonces sobre qué deba entenderse por mobiliario que guarnece, y si se engloban los muebles de un elevado valor por su singularidad artística o económica. Ya expuse a su tiempo que dichos bienes deberían ser excluidos, como hacen otros ordenamientos, máxime a la vista del carácter asistencial de la medida. Con todo, esta doctrina no es segura para el caso chileno y hay que permanecer a la espera del criterio judicial, en el que confío por el alto concepto de la lógica, la justicia y el sentido común de que hacen gala de ordinario.

-La cuota no alcanza ni tan siquiera para todos los muebles en propiedad

Con las apreciaciones antes vertidas, me parece una coyuntura que linda la ficción, teniendo en cuenta el amplio beneficio que recibe *mortis causa* quien ingresa en la viudez. Sin embargo, si concurre con abundante prole, acaso sea posible; o cuando, aún excluidos los bienes de naturaleza singular desde un punto de vista económico, su gran cuantía pueda permitir plantearnos este supuesto extraño. Más factible parece de no admitirse las restricciones sobre los muebles antes defendidas.

En estas condiciones, una vez colmado el estricto llamamiento sucesorio con la propiedad de parte de los muebles, habría un derecho de uso para los restos sobrantes y además habitación gratuita en la vivienda. En sendos casos gratuitos. Es de considerar el desmedido aumento que recibe, contra toda razón, el beneficio del sobreviviente para esta hipótesis, que dejaría muy posiblemente a los demás coherederos en espera de su muerte, sino, desde la herida del agravio, deseándola.

-La cuota cubre la totalidad de los muebles y parte de la vivienda en propiedad, pero no para la vivienda en dominio pleno

Constituye un caso intermedio entre los anteriores extremos. Según opino será el más característico de los imaginables, pero, por desgracia, muy complejo jurídicamente hablando, y, desde luego, en la óptica equitativa. Se pueden barajar varias opciones en la integración de los derechos afectados, siempre marcadas por el óptimo alcance de los intereses en juego y la implícita regla del menor daño.

Una primera elección, la más adecuada desde la perspectiva literal del precepto, es entender que se adjudican en dominio los muebles y la vivienda en la medida de la cuota del supérstite, cubriendo en cada caso el exceso por el derecho gratuito de uso y habitación, respectivamente. Por tanto, hay atribución en propiedad de una parte de los bienes familiares y se ofrece para el resto un derecho de uso y habitación, hasta cubrirlos por completo. En este caso, no daría problemas el antes debatido derecho de habitación sobre cuota, pues su disfrute sólo beneficia, en los hechos, al cónyuge ocupante, que lo hace poseer en su totalidad, aunque por títulos diversos. A ello apunta el contenido estricto de la norma, pero la lesión que se produce sobre los beneficios reconocidos de los demás llamados a la herencia es muy grave, pues, por lo común, se verán privados de los principales bienes vacantes -viven-

da y mobiliario— hasta el deceso del cónyuge viudo. Por tanto, su derecho corre riesgo de quedar en una mera expectativa de futuro, aplazado al hecho descrito y vacío por el momento.

Una segunda posibilidad, que cuenta también con respaldo en el texto de la norma, si bien menor, es aquella que apunta en la línea de permitir adjudicaciones del dominio pleno hasta el límite de los muebles y el resto en la vivienda, cuyo exceso quedaría en manos del cónyuge viudo por vía de su derecho de habitación gratuita. Es un modelo intermedio, pero tampoco impide un serio prejuicio para el resto de los llamados a la herencia. Sin duda constituye la más razonable tesitura con arreglo a la dicción de la regla y los requerimientos básicos de la justicia.

Ahora bien, por obra del respeto de las distintos beneficios reconocidos en la sucesión, creo que se hace necesario esgrimir otros posibles patrones, acaso más dificultosos jurídicamente, pero asumibles desde la vertiente de la justicia sustantiva que condiciona el esfuerzo del intérprete. A éste propósito, sería deseable adscribir el dominio sobre los bienes muebles —por lo común, menos costosos— y completarlo con un derecho de habitación en la vivienda, pero no gratuito en la medida en que pueda computarse a su haber hereditario. Como quiera que la capitalización del derecho puede realizarse con relativa sencillez, sobre la base del valor de la casa y las condiciones personales de quien la ocupa, no parece tan ardua su efectiva puesta en práctica. Con tales presupuestos, quedaría establecido el derecho de habitación a favor del cónyuge viudo, según el caso, en toda la vivienda (los muebles en dominio pleno y el derecho de habitación de la vivienda equivale a sus beneficios), en la parte no adjudicada en propiedad (los muebles y parte de la casa en propiedad, junto al derecho de habitación oneroso de lo que quede llena la cuota), o incluso en la medida en que colme sus beneficios dejando para el resto su forma gratuita. Así se salvaguardan las menores desproporciones conjuntas en la distribución de la herencia, y el acto particional se ajustaría mejor a su verdadera naturaleza. Además disminuyen los problemas del derecho de habitación sobre cuota que tantas dificultades teóricas suscita. En síntesis, cabe que se circunscriba el derecho de habitación, oneroso, a la parte de la casa cuya equivalencia coincida con el límite de su cuota, completándolo en el exceso de manera gratuita o en propiedad según las circunstancias, una vez se han adjudicado los muebles en dominio pleno.

El loable fin que guía semejante propósito tropieza con el obstáculo del tenor de la regla que analizo. El derecho de uso y

habitación contemplado es gratuito y, por consiguiente, apunta en la línea de su alcance completo. Existen dos principios en el fiel de la balanza —el texto de la ley frente a la justicia del caso— y yo me inclino por lo segundo, en la medida en que no repudie lo primero. En suma, me parece más factible lo que sostengo desde la posible conjugación de los intereses en juego. Por otra parte, asimismo resulta muy discutible que una operación particional acabe de nuevo en unos derechos disfrutados conjuntamente, aunque con distinto régimen, pero ello se impone merced a la operatividad práctica de la regla comentada. Si algo define la operación liquidatoria de la herencia es disolver una comunidad, que difícilmente se puede sustituir por otra, sin perjuicio de que sea de distinta especie. La lógica no acompaña el planteamiento y jurídicamente resulta poco menos que inaceptable.

Sin embargo, debo reconocer que la línea mayoritaria de las voces que se han alzado interpretan el inciso en la segunda de las alternativas señaladas, más hiriente que la última expuesta respecto de los derechos de los demás traídos en la herencia. En todo caso, como dije, conceder la propiedad hasta cubrir la cuota sobre la parte correspondiente de los muebles y la vivienda, reconociendo acto seguido el uso y la habitación sobre los restos, combina el mayor de los perjuicios e injusticias posibles, a la vez que choca también con la construcción técnica de habitación sobre cuota, mientras que sería más fácil establecer el mero uso parcial, por la naturaleza de los bienes sobre los que recae.

Aun con todo, según sostengo, cabría sostener las aludidas soluciones intermedias. Así, por ejemplo, escoger el bien de más valía y adjudicarlo en propiedad hasta el límite de la cuota, dejando para el exceso el uso y habitación, según el caso, de carácter gratuito (aunque yo prefiera su naturaleza onerosa). Acaso no sea ésta la medida óptima, pero sirva como un destino posible, un mal menor aceptable.

3. MODO DE CONSTITUCIÓN Y EFECTOS *ERGA OMNES*

Uno de los aspectos técnicos a que nos enfrenta la regla del artículo 1337.10 del Código civil chileno, en su alternativa segunda, es el modo de constituir el derecho de uso y habitación que contiene.

La norma permite al cónyuge sobreviviente pedir las facultades reconocidas, pero no dice a quién. En principio, tratándose de un

precepto dirigido al partidor —que “*liquidará lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen*” (art. 1337 *in initio* CC)—, a él debe dirigirse la solicitud en la fase de la distribución hereditaria.

Resta por preguntarse, acto seguido, cómo se constituye tal derecho: ¿por el cuaderno particional? ¿por el acuerdo de los herederos en la partición? En todo caso, es evidente que si no se satisface *motu proprio* a instancias del beneficiario, será éste muy libre de acudir a los tribunales, llegado cuyo supuesto quedaría erigido mediante la correspondiente sentencia judicial. Ahora bien, como las modalidades del origen de dichas figuras del uso y habitación se circunscriben a las propias del usufructo (cfr. art. 812 CC), entiendo que traen causa de “*la ley*”, con arreglo al artículo 766.1 del Código civil chileno, ya que se conceden de manera extraordinaria por este título, aunque se vertebre según los cauces antes descritos, pues no es automática su concesión sino a instancias del interesado.

Una vez establecidos el uso y habitación, estos determinan el estatuto jurídico del bien, al menos en su faceta práctica. Con todo, tratándose de derechos reales, la publicidad que debe reproducir el fenómeno se hace del todo necesaria. En esta materia, el ordenamiento chileno manifiesta peculiaridades muy acentuadas, por cuanto el correspondiente Registro no se organiza conforme al sistema de folio real —propio de la mayoría de los regímenes continentales europeos—, sino de actos, en los que la inscripción equivale a la *traditio*, con lo que los requerimientos del título y el modo en la transferencia de los derechos reales cobran especial auge. Sin embargo, analizadas detenidamente las cosas, si el cónyuge viudo ha de residir en la casa, ocupando asimismo los muebles, con carácter previo, y el título de la constitución es legal —aunque se manifieste por el legítimo vehículo de la partición (a cargo de liquidador o de los comuneros) o incluso por sentencia donde se reconozca—, parece que los elementos del título y el modo —el uno predeterminado; y el otro ficticio, a través del *constitutum possessorio*— coinciden antes de la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En su virtud, observa el precepto una especial regla sobre la eficacia frente a los extraños del uso y habitación así constituidos. El sistema de publicidad fundaría radica en el axioma de la garantía de terceros y, en el caso que me ocupa, ésta es precisamente la circunstancia que se contempla. Una vez originado el

derecho con arreglo a los mecanismos legales previstos, queda por definir el alcance que se le otorga, teniendo en cuenta su decidida vocación *erga omnes*.

Se ha debatido por extenso en otros ordenamientos, como el español, si se hace precisa en estas condiciones la publicidad que aporta el Registro. Es conocido que la manifestación frente a terceros en la fenomenología jurídico-real sigue un doble cauce. A la primera faceta publicitaria de las facultades reales responden los hechos físicos que *prima facie* exteriorizan la vinculación de un objeto al dominio de una persona, en los distintos grados que pueda éste recibir. En síntesis, la posesión supone la vertiente fáctica en que un concreto derecho real se traduce —*corpus*—, pero a ello va también unido el *animus* de quien lo ejerce, como elemento que define su efectiva relevancia.

Para el completo robustecimiento de la seguridad jurídica como criterio dominante de las relaciones entabladas en el campo del señorío reconocido sobre las cosas, y en contraste con la vertiente fáctica de la posesión, el Derecho ideó el llamado sistema registral hipotecario. El mecanismo de pública noticia de los derechos reales ofrece unas perspectivas de conocimiento abierto, que facilitan el despliegue jurídico de su eficacia propia frente a todos. Sin embargo, debe reconocerse que las normas jurídicas contienen de suyo un alcance publicitario que supera incluso el tabular. Por ello se ha discutido si se hace preciso añadir a la constancia predefinida de la ley otra externa mediante los registros, o si con la primera es suficiente. A mi juicio lo sería, pero no empece para que se reproduzcan otros instrumentos en beneficio de la certeza, como sucede con el caso que me ocupa.

A este propósito parece responder el inciso que se introduce, conforme al cual “*el derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe, mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces*” (art. 1337.10, pfo. 3, *in initio*, CC). La inscripción surte aquí el efecto más tenue de cuantos puedan arbitrarse, pues sirve para deshacer el posible alegato de buena fe por un tercero inadvertido. La verdad es que no entiendo cómo la ignorancia de las leyes no excuse de su cumplimiento —“*nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia*” (art. 8 CC)— y que alguien pueda esgrimir una presunta buena fe para salvarse de las consecuencias jurídicas directas de la regla que concede al cónyuge viudo los derechos sobre la vivienda familiar. Pudiera decirse que,

tratándose de una simple opción del sobreviviente, sólo cuando se inscriba existirá un medio seguro de conocer por los terceros de que tal cosa ya se ha consumado.

Como es evidente, la buena fe de un tercero, que le salvaguarda mientras el derecho no esté inscrito, significa el desconocimiento efectivo de que no se ha producido la novedad jurídica extraña. Es importante afirmarlo, porque resulta muy difícil alegarse por los parientes cercanos, y no digamos ya por los demás partícipes en la herencia. En cualquier caso, la misma hipótesis de trabajo hace difícil que un tercero ignore un derecho de tal especie, por cuanto el cónyuge viudo reside dentro de la casa y ocupa los muebles, luego quien adquiera uno u otros sin ni tan siquiera dignarse a observar su estado físico incurre, a mi juicio, en una conducta negligente y, por tanto, fuera de amparo posible.

Es curioso que la norma cite un título de inscripción que sólo de manera muy subsidiaria concurrirá. Se refiere a inscribir "*la resolución que lo constituye*". Mas ya sabemos que si se pide al partidor y éste lo concede, o hay aquiescencia de los demás partícipes, será el cuaderno particional, o el acuerdo de las partes, donde se constituya, y ese mismo documento público deberá inscribirse como título hábil. Sólo existirá resolución, me imagino que judicial, en caso de pleito, que, por los imperativos términos legales del precepto será extraño, a causa de lo inexorable de su fallo.

En cuanto a los efectos frente a terceros, se plantea el arduo problema de conocer el alcance de la preferencia sobre los posibles acreedores. Cabe distinguir, en este sentido, entre los de la herencia y los del asignatario. Es notorio, en virtud del principio *primero es pagar que heredar*, que los acreedores del *de cuius* pueden recibir en pago los aludidos bienes, siempre con el concurso y consentimiento del cónyuge sobreviviente, como uno más de los continuadores de la personalidad del fallecido a quien heredan. El supuesto impide que tenga lugar el derecho de la viuda o viudo, porque, aun cuando la casa está en el patrimonio del causante al abrirse la herencia, no permanece a su partición, una vez liquidadas las deudas. Incluso si el objeto hubiera ya sido adjudicado preferentemente pueden los acreedores hacerse con él para su ejecución pública en pago de sus créditos. Luego, como sucesor del fallecido, el cónyuge sobreviviente debe quedar a las resultas de las obligaciones que tuvo asumidas en vida. Hereda el líquido en bienes de la herencia, entre los cuales pueden contarse la vivienda y los muebles que la guarnecen, caso para el que opera el derecho de que vengo hablando, pero no en otro escenario.

Respecto de los acreedores del beneficiario cabe distinguir algunas variantes. Cuando la casa y los muebles se le adjudiquen en propiedad, sin duda entran en su patrimonio y permanecen a disposición de los acreedores, como un elemento más de sus bienes sometidos a las responsabilidades económicas que les sean propias. No existe una prohibición de disponer que pudiera impedir el fenómeno y, aun cuando sea su fin asistencial, ello no frena su compromiso frente a terceros en virtud de las deudas contraídas anteriormente. Incluso tratándose de un veto de transmitir la cosa —no del derecho de su adquisición, del que luego hablaré— muy dudosamente puede imponerse a los ajenos que acuden sin cortapisas al mercado, al menos así lo ha establecido para el caso español la Dirección General de los Registros y del Notariado recientemente, pues la garantía del tráfico jurídico significa un principio de orden público ante cuya presencia decaen los derechos privados.

Muy distinto sucede con la expectativa que otorga la regla comentada. Una vez que se realiza la facultad de recibir en dominio los bienes sujetos a reserva, estos quedan a expensas de los acreedores del ahora propietario. Sin embargo, mientras no se haya elegido, tampoco existe un atributo jurídico negociable. La propia norma que comento asegura en su postrer inciso que tal *"derecho de adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse"*. La expresión debe considerarse muy exacta, por cuanto el uso y habitación, no contemplada, ya por su naturaleza pertenecen a este capítulo [*"los derechos de uso y habitación son intransmisibles a los herederos, y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse. — Ni el usuario ni el habitador pueden arrendar, prestar o enajenar objeto alguno de aquellos a que se extiende el ejercicio de su derecho. — Pero bien pueden dar los frutos que les es lícito consumir en sus necesidades personales"* (art. 819 CC)], y hace bien excluyéndolo. El contenido del precepto es de gran interés, en la medida en que contempla el derecho de adjudicación no *in actu*, cuyo análisis ya he realizado y pertenece al régimen común de la propiedad, sino *in fieri*; o, en otros términos, como derecho potestativo que aumenta sin duda el patrimonio del cónyuge sobreviviente. A tal extremo responde la disposición asegurando su alcance asistencial e intransmisible, como no podía ser de otra manera en atención al fin que le define y sustenta.

Caso en parte opuesto resulta el derecho de uso y habitación, sobre todo *in actu*. Respecto a la mera facultad comparte la misma

esencia ya descrita para las simples prioridades acerca del dominio pleno, todavía no consolidadas mediante la elección efectiva. Mas, una vez constituido el derecho, su carácter gratuito y personalísimo le hace de suyo también inembargable y, por tanto, ajeno a las posibles agresiones patrimoniales de los acreedores del titular. Este derecho de postdetracción, lo es frente a los demás coherederos y también contra sus propios deudos. Admitir disponibilidades por su parte supondría introducir un trato netamente injusto respecto de los coherederos, que deben soportar el uso y habitación gratuito que vulnera de por sí sus intereses, e incluso que, por el juego de las deudas que tuviera contraídas, un tercero se subrogase sin estar presente talante asistencial alguno. En esos derechos sí que se mantiene incólume su absoluto alcance de auxilio, excluido del tráfico jurídico y sus consecuencias. El último inciso del artículo 147 del Código civil chileno en un supuesto semejante, lo expresa de manera muy afortunada: *“la constitución de los mencionados derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento”*. No cabe afirmarlo de manera más correcta.

4. RÉGIMEN JURÍDICO. REMISIÓN A LAS NORMAS GENERALES

a) Eficacia general de la medida

El aserto *in fine* del tercer párrafo del artículo 1337.10 del Código civil chileno, motivo de mi comentario, asegura que para *“todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II”*, que comparece bajo la rúbrica *“De los derechos de uso y habitación”*. Con ello quiere decirse que las normas generales de la figura resultan complementarias sobre su disciplina, en la medida que respete las especialidades previstas en el citado precepto, que, como se sabe, son abundantes.

Hechas las pertinentes aclaraciones acerca de las peculiaridades específicas de tales derechos, conviene ahora reparar en las consecuencias prácticas de la remisión normativa. En primer término, supone un dato de interés, siquiera sea por añadir algo de certeza en un terreno tan alambicado como éste que se diseña. Sin duda, se aminorarán las incógnitas al respecto con este auxilio reglado. En este sentido, abundan las dificultades puestas ya de manifiesto y a cuya solución pueden ayudar.

Es de advertir, de cualquier suerte, la escasa relevancia práctica de la medida. En efecto, el uso y habitación tiene un alcance restringido —*“parte limitada de una cosa”*, señala por objeto el artículo 811 del Código civil chileno—, que no se aprecia en el supuesto que me ocupa, según se ha señalado antes. Sin embargo, debe señalarse que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 814 del Código civil chileno, *“la extensión en que se concede el derecho de uso o de habitación se determina por el título que lo constituye”*; y en nuestro caso es de ámbito global. Aun así, parece fuera de discusión que su talante gratuito excede los límites naturales de los citados derechos.

b) La necesidad como fundamento de la figura.

La incógnita del estado de viudez

Con todo, la propia referencia normativa suscita interrogantes de muy alto relieve y que acaso sirvan para despejar algunos extremos sin resolver.

La primera faceta que concurre señala el problema de la extinción del derecho aludido. Según las disposiciones generales, su naturaleza es vitalicia en todo caso (cfr. arts. 806, pfo. 2 y 812 CC), pero ello parece oponerse al estado de necesidad que implica su mantenimiento. Con arreglo al artículo 812 del Código civil chileno, los derechos de uso y habitación se constituyen y pierden de la misma manera establecida para el usufructo; y el artículo 806 considera que tal cosa sucede *“por la muerte del usufructuario”*. Ahora bien, tampoco es menos cierto que *“el uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador”* (art. 815, pfo. 1 CC), teniendo presente que *“en las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia”* (art. 815, pfo. 2 CC). Este aspecto trae a colación el fundamento último de la figura que, ya se ha dicho, es asistencial, mas entonces cabe cuestionarse qué sucede si el presupuesto de la necesidad decae. Con ello aludo a posible nuevas nupcias del sobreviviente, o incluso la convivencia *more uxorio* inaugurada por él en la vivienda que se le atribuye a título de habitación, lo que resulta todavía más sangrante para quienes deben respetar este privilegio en forma de derechos gratuitos.

El *iter* parlamentario del precepto reparó en el asunto. Tras la indicación aprobada por unanimidad, el Proyecto de la Comisión

de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de los Diputados introdujo en el seno de la regla una condición legal de permanencia en viudez del asignatario. Este mismo requisito estaba en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sin prosperar más tarde. Sería una más de las amputaciones que lamentablemente hubo de sufrir el texto a lo largo de su elaboración.

El motivo que se adujo para omitir la exigencia de viudez fue la de no fomentar por esta vía la pareja estable del beneficiario frente a un posible matrimonio para permanecer en su derecho. Al margen de que personalmente vea una desmesura en esta sospecha —no merece la pena tanto esfuerzo para conservar la residencia—, de cualquier manera no se pueden prevenir las maniobras por el cauce de perjudicar a otros que son inocentes y para nada intervienen en el proceso; los demás llamados a la herencia. En todo caso, qué duda cabe que también se podía eludir el obstáculo introduciendo dicha circunstancia como causa para la extinción del derecho. Poco debate inspira que nadie pueda beneficiarse de sus omisiones jurídicas, y entonces con mayor motivo debe perder su privilegio quien decide unirse *marital modo*. Es muy libre su conducta, pero ha de asumir el autor sus responsabilidades frente a terceros no involucrados.

Considero poco menos que insostenible mantener en el uso y habitación de la vivienda y los muebles familiares a título gratuito para quien inaugura una nueva familia extraña de la previa que provoca su *status*. El carácter asistencial queda borrado del mapa y el abuso que sufren los demás herederos resulta insoportable. Imaginemos que quien ocupa el hogar gratuitamente contrae nuevo matrimonio y tiene hijos que conviven en él; o que inaugurada una relación sentimental siga residiendo dentro de la vivienda obtenida por medio de habitación⁴. Cualquier observador imparcial será consciente del enorme daño que se produce a los demás sucesores, por lo común hijos del matrimonio que produjo el derecho *ab origine*. No cabe ignorar este dato por imperativos mínimos de justicia, y debe procederse a corregir el error.

Creo que la forma de reconducir las cosas, a su necesario equilibrio estriba en tener en cuenta la necesidad del usuario y habitante

⁴ Mucho más dudoso se me antoja el supuesto de que, sin convivencia estable, mantenga consigo el habitador a los hijos extramatrimoniales sobrevenidos. Creo que debería en este caso respetarse las situación, tanto por no afectar a la esencia del derecho que se discute, como porque la necesidad se ve acuciada.

como fundamento del derecho establecido. En tales condiciones, el nuevo matrimonio, y *a fortiori* la convivencia *more uxorio*, resultan incompatibles con el sesgo asistencial de la medida cuyo sino decae, y junto a él debería la situación jurídica extinguirse, por cambio sobrevenido de circunstancias que afectan a su mismo devenir.

Aun cuando esta conclusión no se deriva de forma directa de la disciplina legal aplicable al caso de manera inmediata, creo que traen causa de la esencia del derecho. Estimo que los jueces tienen a su alcance los instrumentos jurídicos precisos para establecer esta causa, para la extinción de un de uso y habitación gratuitos a todas luces desorbitados, al transformarse los elementos que les hicieron nacer.

Es lo cierto que la regla observa un derecho de uso y habitación gratuito de carácter absoluto en su disfrute y total en cuanto a su objeto. Sin embargo, ya se ha puesto de relieve respecto a lo segundo ciertas dispensas que ofrece la propia norma en su segundo párrafo; y en cuanto a lo primero, igualmente opino que si las circunstancias dan un insospechado giro —así, por nuevo matrimonio del beneficiario, la inauguración de una convivencia marital en la misma casa, o incluso la compra o simple uso de una nueva vivienda— pierde por completo su sentido la medida, que debe ser revocada junto a su completa falta de menester. Los jueces tienen en sus manos reconducir por la conveniente interpretación correctora los excesos de la figura tal y como viene contemplada.

c) Las obligaciones accesorias de inventario y caución

Por último, queda por someter a examen una incertidumbre técnica sobre la necesidad del inventario y la caución a prestarse por quien resulte beneficiario de los derechos que se contemplan.

El artículo 813 del Código civil chileno, en su primer párrafo, exime a los titulares del uso y habitación de afianzar el correcto ejercicio de sus funciones. Con ello se distingue del usufructo, donde rige la cautela sobre la base del *salva rerum substantiae* (cfr. arts. 775 y ss. CC). Por el contrario, según el segundo inciso de la citada norma, “*el habitador es obligado a inventario; y la misma obligación se extenderá al usuario, si el uso se constituye sobre cosas que deban restituirse en especie*”. La duda radica en saber si esta medida precautoria puede aplicarse al uso y habitación legales establecidos en el artículo 1337.10 del Código civil chileno: A mi parecer nada impide a su vigencia, por no existir exención prevista en este orden de materias y estar amparada

por las remisiones normativas contenidas en nuestro precepto *in fine*.

Sería en todo caso discutible si la dispensa de la caución abarca también al juramento prevenido en el artículo 777, en su cuarto párrafo, del Código civil chileno. A su tenor, "*los muebles comprendidos en el usufructo, que fueren necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia, le serán entregados bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo*". Resulta muy oscura su aplicación analógica en nuestro caso; de una parte, se trata de la disciplina propia del usufructo en materia contemplada expresamente y de distinta manera para el uso y habitación, pero, de otra, es insoslayable la identidad de razón que guardan las hipótesis previstas. Quizás no sea la exigencia superflua ni tampoco negativa, sino todo lo contrario, pues de alguna forma debe garantizarse a los titulares que sufren verdadero despojo la reposición adecuada de sus bienes, máxime cuando los roces personales que tan alegremente se propician constituyen un caldo de cultivo para la suspicacia. Considero que precisamente su carácter gratuito debería traer consigo mayores mecanismos de seguridad a quienes deben soportarlo y en esta línea constituye una buena fórmula.

El asunto entonces radica en conocer el alcance jurídico de su incumplimiento. Con arreglo a las normas relativas al usufructo, mientras no se inventaríen los bienes o se jure acerca del adecuado desarrollo de sus obligaciones de conservación, no debería procederse a constituir el derecho, en analogía con lo dispuesto en el artículo 776 del Código civil chileno: "*mientras el usufructuario no rinda la caución a que es obligado, y se termine el inventario, tendrá el propietario la administración con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario*". En nuestro caso, la sanción resulta mucho más grave, pues no se trata de administrar el objeto destinando sus frutos al destinatario, sino que no queda erigido el derecho mismo, en ausencia de rendimientos propios, pero su naturaleza gratuita no permite otras soluciones menos drásticas.

VI. CONCLUSIÓN. JUICIO CRÍTICO CONJUNTO

Hasta el momento se han descrito las condiciones jurídicas en que se vertebra la protección a la vivienda familiar y los muebles

que la guarnecen a favor del cónyuge supérstite. Sin perjuicio de las críticas lingüísticas precisas, se analizan sus circunstancias generales, entre las que destacan el objeto —además de su configuración en cuanto familiar y el alcance de los bienes protegidos— como parte del haber hereditario, con los problemas de comunidad de bienes que puedan surgir, el carácter de legitimario del instituido, que debe ocupar la vivienda y los muebles previamente, y otras materias conexas.

Asimismo, dentro de las alternativas que ofrece la norma del artículo 1337.10 del Código civil chileno, examino sendos supuestos. En cuanto a las adjudicaciones en propiedad, se parte del momento más adecuado para su posible formulación desde la perspectiva de *lege ferenda* y su alcance absoluto, junto al problema de la renuncia. Frente a esta hipótesis, se alza el derecho de uso y habitación, en cuyo estudio concurre la naturaleza de las cosas sobre las que recae, su alcance residual y conjunto con el dominio sólo en parte, además de gratuito, el modo de constitución y sus efectos frente a terceros a partir de su constancia en el Registro, y el régimen jurídico derivado de la remisión a las normas generales del Código civil en sede de derechos reales.

En cada uno de los puntos descritos se han manejado los distintos criterios de interpretación que aporta el Derecho chileno, con posibles mejoras en cada extremo de la metodología comparada con otros ordenamientos, como el español⁵. Igualmente, se han formulado propuestas para su aplicación adecuada y flexible por los jueces, que amolden a la concreta coyuntura los dilemas que muestra la regla en algunos aspectos concretos.

Queda por establecer mi criterio conclusivo sobre las preferen-

⁵ El simple recurso al análisis comparativo impide que haga una exposición más amplia de la disciplina en España. Por ello no profundizo en temas como la subrogación arrendaticia, que se permite a la muerte del arrendatario a favor del cónyuge conviviente [cfr. art. 16.1.a de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994], pero sin excluir a “*la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*”. Este reconocimiento de los convivientes estables, ya sean heterosexuales u homosexuales, se agudiza en el caso de las leyes autonómicas que sobre las parejas de hecho se han dictado en Cataluña (15 de julio de 1998), Aragón (26 de marzo de 1999) y Navarra (3 de julio de 2000), fenómeno en clara expansión (hay proyectos al día de hoy en las Comunidades de Madrid y del País Valenciano). Tales disposiciones contemplan una especie de derecho de uso y habitación limitado en el tiempo en casos como el que ahora expongo.

cias reseñadas. Con la esperanza puesta en los tribunales que han de aplicar la norma, el juicio que me merece debe ser necesariamente negativo. Al margen de las buenas intenciones que presidieron la tarea de los legisladores en este punto, creo que no han conseguido plasmar en la regla un sistema jurídico acorde a las circunstancias y, lo que resulta peor, a la justicia. *La ratio* del precepto fundada en su carácter asistencial se ve desmentida con frecuencia en su despliegue jurídico. Además, el hecho trae consigo la perniciosa mezcla del destino del patrimonio familiar, con las medidas de auxilio a los parientes necesitados, que deberían tener distinta sede y tratamiento legal. La concreta fórmula diseñada implica que no sea el instante de su establecimiento el más adecuado, con que favorece disputas en la misma valoración de los bienes entre los coherederos, que serán de ordinario parientes en línea recta. Mucho me temo que fomentar los conflictos, que la práctica demuestra para el terreno sucesorio tan proclive, resultó un error de proporciones graves. La posible convulsión jurídica no constituye la mejor alternativa en esta materia, máxime cuando el uso y habitación de alcance gratuito desmerecen los legítimos intereses de los demás llamados a la herencia.

Por último, cabe debatir el alcance de orden público de la norma que contemplo. En el Derecho español se ha discutido por extenso la cuestión, que la convertiría en de suyo aplicable con independencia del estatuto personal de los afectados. Esta doctrina se aplica en España para las legítimas⁶ y todo apunta en el sentido de su extensión al régimen de la vivienda familiar y los bienes que la guarnecen, por mucho que desde mi perspectiva personal no me convenza el asunto. Este debate nos ocupó al profesor Elorriaga y a mí, a lo largo de su tesis doctoral; por entonces le aconsejé que rechazara la idea. No sé si confundí los deseos con la realidad.

⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo español de 23 de octubre de 1992.



LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN FAVOR DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE. PANORAMA DE DERECHO COMPARADO*

HERNÁN CORRAL TALCIANI
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. EL ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN Y SU EXPANSIÓN

La primera figura legal que tiende a asegurar al cónyuge sobreviviente el derecho de seguir viviendo en el lugar donde tenía el hogar conyugal con el causante es la institución de origen francés de la "*attribution préférentielle*". La Ley N° 61-1378 de 19 de diciembre de 1961, incorporó al actual inciso 6° del Código Civil, y estableció este mecanismo incluyendo entre los bienes posibles de adjudicación preferente, en favor del cónyuge o todo heredero copropietario, el local de habitación donde haya tenido su residencia a la época del deceso¹.

La segunda forma que aparece como protección de la vivienda familiar en favor del cónyuge sobreviviente, es la de otorgarle un derecho real de habitación sobre dicho inmueble.

* Este artículo es parte del Proyecto de Investigación financiado por el Concurso Regular de Fondecyt (N° 1000480, de 2000), titulado "El derecho de adjudicación preferente en favor del cónyuge sobreviviente en los bienes del causante".

¹ En Francia la atribución preferencial se había establecido con anterioridad para las pequeñas propiedades (tierras de menos de una hectárea), habitaciones de arriendo moderado y los llamados bienes de familia. Respecto de estos últimos, la ley es de 12 de julio de 1909, y se la considera aún vigente pero sin utilización práctica. Por ella, la atribución correspondía a la persona que disponía el testador, y en su defecto, al cónyuge. Cfr. MAZEAUD, HENRI, Léon y Jean y CHABAS, François, *Leçons de Droit Civil*, Montchrétien, 5ª edic., París, 1999, T. IV, vol. 2, N° 1729, p. 853.

Por curiosa coincidencia, en pocos meses, de octubre de 1974 a mayo de 1975, tanto el legislador argentino como el italiano introdujeron en sus respectivos Códigos Civiles una norma que concedía al cónyuge supérstite un derecho de habitación sobre el inmueble que había servido de sede del hogar conyugal.

Por seis meses, debe darse el mérito de la prioridad al legislador argentino. La ley 20.798, que introdujo el art. 3573 bis al Código Civil de Vélez Sarsfield, fue sancionada el 27 de septiembre de 1974, promulgada el 11 de octubre del mismo año y publicada en el Boletín Oficial el día 16 de octubre. Su contenido era muy simple: su artículo 1º señala a la letra "Sanciónase como art. 3573 bis del Cód. Civil el siguiente....". El segundo artículo era destinado a las frases rituales de "Comuníquese... etc". La ley italiana introduce un inciso segundo al art. 540 del Código Civil de 1942, y lleva el Nº 151, de 19 de mayo de 1975, pero conlleva una novedad: además del derecho de habitación, se agrega el de uso sobre el mobiliario de la vivienda².

La tramitación de la iniciativa argentina es bastante extraña. No hay estudios académicos o recomendaciones de la doctrina que hayan abonado el terreno para incorporar una norma que no tenía precedentes. Los antecedentes de la ley argentina Nº 20.798 nos informan que el proyecto fue de iniciativa del diputado EDGARD COSSY ISASI, quien propuso un proyecto de ley para incorporar un nuevo art. 3573 bis al Código Civil para otorgar al cónyuge supérstite, con ciertos requisitos, "el usufructo vitalicio de la totalidad del inmueble", si éste era el único bien raíz integrante del haber hereditario³. En la Comisión de Legislación General de la Cámara se hicieron modificaciones a la propuesta inicial, entre ellas, exigir que el inmueble fuera la sede del hogar conyugal, que en vez de usufructo el cónyuge tenga el derecho de habitarlo en forma vitalicia y disponer su extinción en caso de nuevas nupcias⁴. El Senado despachó muy rápidamente el proyecto aprobado por la Cámara, sin pasarlo a examen de comisión, entre los días 27 a 28 de septiembre de 1974⁵.

² Cfr. GABRIELLI, Giovanni, "Riserva a favore del coniuge", en *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia* (G. Cian, G. Oppo y A. Trabucchi dir.), Cedam, Padova, 1992, t. V, pp. 55 y ss.

³ Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, 1973, p. 6073.

⁴ Dictamen de 19 de septiembre de 1974, D. ses. Dip., 1974, p. 3326.

⁵ D. Sesiones del Senado, 1974, p. 2602.

La doctrina argentina ha señalado que la norma tenía un precedente especial en el Decreto Ley N° 11.151, de 29 de mayo de 1945, que creó la Administración Nacional de la Vivienda y estableció un régimen especial para las viviendas económicas proporcionadas por el sistema. Entre sus normas se contiene la del art. 48, que otorgaba al cónyuge sobreviviente que habitaba la vivienda en el momento de la muerte del adquirente o propietario, el “derecho de uso y habitación de la vivienda hasta su propia muerte”, estableciendo además la indivisión forzosa del inmueble mientras no consintiere el cónyuge sobreviviente⁶.

De esta misma época es la ley austríaca de 1° de julio de 1975 sobre la propiedad de la vivienda familiar, que establece que en caso de que el inmueble forme parte de la indivisión hereditaria, la cuota del difunto acrece (*Akkreszenz*) a la del sobreviviente, adquiriendo así éste la propiedad completa sobre el bien (§ 10 WEG)⁷.

Aparecida esta figura por reformas casi simultáneas en las regulaciones argentina, italiana y austríaca entre 1974 y 1975. Posteriormente otras legislaciones la incorporan, aunque en diversas modalidades. En 1977 es el turno del legislador portugués: el Decreto Ley N° 496/77 de 25 de noviembre de ese año, que incorpora al Código Civil los preceptos de los arts. 2103-A, 2103-B y 2103-C, sigue la huella del legislador italiano y establece un derecho de habitación del inmueble “morada de familia” y de uso del “*recheito*” que la garantece.

Finalmente, hemos de mencionar al legislador uruguayo que, una vez establecido por reforma de la Ley N° 15.855 de 25 de marzo de 1987, el beneficio del cónyuge a que se constituya en su

⁶ La norma señala en su parte pertinente lo que sigue: “art. 48. En caso de muerte del adquirente o propietario de una vivienda comprendida en el régimen especial, o de su cónyuge o de ambos, se aplicarán las disposiciones del Código Civil con las siguientes modificaciones: a) Si el sobreviviente habitaba en la vivienda al momento del fallecimiento del premuerto y concurriesen herederos de éste sobre el bien, le corresponderá el derecho de uso y habitación de la vivienda hasta su propia muerte, sin perjuicio de los derechos del acreedor hipotecario y siempre que cumpla con las obligaciones emergentes del contrato. Sin consentimiento del sobreviviente la vivienda no podrá salir del estado de indivisión...”.

⁷ *Wohnungseigentumsgesetz* (WEG), de 1 de julio de 1975 (BGBl, 1975, 417), citado por LELEU, Yves-Henri, *La transmission de la succession en Droit Comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 155. Al parecer, existe también un sistema similar en el Derecho Inglés que establece una adquisición por acrecimiento de la parte del difunto en una indivisión (*joint tenancy*) en provecho del cónyuge sobreviviente del derecho a la ocupación de la vivienda familiar (*Gissing v. Gissing* (1971) AC 886; *Re Densham* (1975, 3 All Er 726 (cfr. LELEU, Y., ob. cit., pp. 238-239).

favor un derecho de habitación del inmueble que haya sido la sede del hogar conyugal, procura otorgar un pequeño estatuto a este derecho creando ocho nuevos números al art. 881 (Ley N° 16.081, de 18 de octubre de 1989). Tanto el legislador uruguayo de 1987 como el de 1989 parecen haber seguido de cerca al Código Civil argentino y a la abundante doctrina y jurisprudencia que generó el art. 3573 bis de este último cuerpo legal.

En 1981, el legislador belga introduce en el Código Civil, por ley de 14 de mayo de ese año, un art. 915 bis, que, entre otras reglas, determina que el cónyuge tiene derecho no ya al derecho real de habitación, sino al usufructo del inmueble afectado, al día de la apertura de la sucesión, al alojamiento principal de la familia y del mobiliario que lo guarnece.

Ese mismo año de 1981, el legislador español conjuga la "atribución preferente" del Derecho francés con la constitución de derechos reales de habitación y uso de las legislaciones argentina, italiana y portuguesa, pero a diferencia de esas normativas estatuye la figura no en materia de sucesión, sino en sede de liquidación de los gananciales por muerte de uno de los cónyuges. Los nuevos arts. 1406 N° 4 y 1407 del Código Civil español establecen el derecho optativo del cónyuge de solicitar la adjudicación en propiedad o la constitución de derechos reales sobre la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

Con el nuevo Código Civil peruano de 1984 se establece también una fórmula similar, pero ahora en materia de sucesiones. Los arts. 731 y 732 de dicho Código señalan que si en la partición no se le puede adjudicar al cónyuge la casa habitación que hubiere sido el hogar conyugal, tendrá derecho a que se constituya en su favor en forma gratuita y vitalicia un derecho de habitación. En el ámbito europeo el Código Civil suizo es reformado por la Ley federal de 5 de octubre de 1984, para introducir el art. 612.a) que otorga al cónyuge sobreviviente el derecho de adjudicación preferente de la casa o departamento que ocupaba el matrimonio o, si las circunstancias lo ameritan, a recibir en lugar de la propiedad, un derecho de usufructo o de habitación.

Al dictarse el Código Civil de Quebec de 1994 se plantea una duplicidad de normas que otorgan derechos de atribución preferencial. En materia sucesoria, se reconoce al cónyuge el derecho a la atribución preferente de la residencia familiar o de los derechos que le confieran el uso de ella y de los muebles que le sirven de menaje (art. 856). En caso de separación, divorcio o disolución por

muerte se concede al juez la facultad de atribuir al cónyuge sobreviviente la propiedad o el uso de los muebles de la residencia familiar o, en un caso especial, del uso del inmueble (art. 410). Finalmente, en el régimen de sociedad de ganancias (participación) se establece que, en caso de disolución por muerte, el cónyuge sobreviviente puede exigir que se le dé en pago la residencia familiar y los muebles que le sirven de menaje (art. 482). En el caso de prestación compensatoria exige una norma similar en el art. 429. Debe advertirse que este Código ha unificado la regulación de los derechos de uso y de habitación y le da la denominación de derecho de uso, tanto si recae sobre bienes muebles como inmuebles. La norma general parece ser la del art. 410; la del art. 856 (atribución en partición) supone la condición de heredero del cónyuge y puede ser contradicha por testamento, lo que no sucede con la norma del art. 410. En cambio, la del art. 482 sólo se aplica al régimen de participación y la del art. 429, cuando proceda la dicha prestación compensatoria para corregir un enriquecimiento de uno de los cónyuges a costa del otro⁸.

Finalmente, en 1998, el legislador chileno, al establecer un nuevo estatuto para la filiación y revisar el régimen sucesorio, buscó reforzar los derechos del cónyuge sobreviviente que podrían verse menoscabados por la mejoría de los derechos de los hijos no matrimoniales. Entre las normas que perseguían ese objetivo aparece la nueva regla 10^a que la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998 (en vigor desde el 27 de octubre de 1999), incorpora al art. 1337 del Código Civil. La regla se inserta en materia de partición, y nuevamente mezcla las figuras de la atribución preferencial con la de constitución de derechos reales. Se establece que el cónyuge sobreviviente tiene derecho a la adjudicación preferencial en propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia y del mobiliario que lo guarnece. Pero si el valor de dichos bienes supera la cuota del cónyuge, éste tiene entonces derecho a pedir la constitución de derechos reales de habitación y de uso.

⁸ Cfr. BRIÈRE, Germain, *Le nouveau droit des successions*, Wilson & Lafleur, Montreal, 1994, pp. 441-445.

II. FUNDAMENTOS DE LAS PREVISIONES LEGALES

Los fundamentos de estas figuras legales son múltiples y convergentes, y van desde una progresiva incidencia del cónyuge supérstite en la sucesión del *de cuius*, hasta el derecho a la vivienda por parte de quienes carecen de ella.

1. LA REVALORIZACIÓN

DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE

En la filosofía que inspiró el proceso codificador, los derechos hereditarios eran considerados formas de transmitir la propiedad, predominantemente inmueble de explotación agrícola, en el círculo de la familia consanguínea. Es preocupación prevalente de los Códigos de la época el evitar que el patrimonio de una línea de parientes pase a enriquecer a otro grupo familiar, a través del expediente del matrimonio. Por ello los derechos sucesorios del cónyuge fueron restringidos y considerados más bien como una forma de proveer a la sustentación del cónyuge que queda desprovisto del auxilio del difunto. Son derechos fundamentalmente alimenticios.

El derecho sucesorio actual, en cambio, atendidos los cambios producidos tanto en los bienes que conforman la sucesión como en la estructura que presentan las familias en la sociedad moderna, ha ido progresivamente extendiendo los derechos sucesorales del cónyuge sobreviviente, en desmedro de los descendientes, ascendientes o colaterales consanguíneos⁹.

En esta evolución se inserta la previsión legislativa que estudiamos. El cónyuge debe ser investido del derecho a mantener el hogar conyugal y no ser obligado a desalojarlo. El gravamen que se impone a los coherederos es considerado como de menor entidad que el beneficio que recibe el cónyuge, hasta hace poco mal mirado por las reglas sucesorias.

2. LA ATENCIÓN A LA FAMILIA

DE CLASE MEDIA Y SUS DIFICULTADES

Un factor ligado con el anterior es el de la atención de la sucesión en las familias de estratos bajos o medios. La sucesión ya

⁹ Cfr. GLENDON, Mary Ann, *The transformation of Family Law*, Chicago, 1989, pp. 238 y ss.

no opera frente a las grandes fortunas, y tal vez en ellas no se presenten problemas, porque de ordinario el causante habrá ordenado previamente la distribución de sus bienes, incluso con técnicas diferentes al derecho hereditario (sociedades, *holdings*, etc.). En cambio, la sucesión *mortis causa* en las familias de clase media, en las cuales los bienes dejados por el causante no son más que los que esa familia necesitaba para vivir y mantenerse: una casa habitación conseguida por créditos o subsidios, un mobiliario adecuado al *status* del inmueble y, quizás, algún vehículo motorizado. Es aquí donde las normas ordinarias de la partición hereditaria que supone una distribución igualitaria por lotes de bienes, o la adjudicación a terceros en pública subasta, se observan como poco adecuadas, porque significan desintegrar el pequeño patrimonio familiar. Esto se agudiza cuando los hijos del causante han formado ya otros grupos familiares, y son alentados por sus respectivos cónyuges a vender los bienes hereditarios y obtener unos pocos recursos para mantener su propia familia. Tales fuerzas incentivan a los coherederos concurrentes a convencer o a forzar de una u otra manera al cónyuge sobreviviente a abandonar la casa en la que ha vivido con el causante y a buscar alojamiento como allegado de alguno de sus hijos o arrendar un departamento pequeño, cuyas rentas pueda solventar también con el apoyo de sus hijos. Esto puede generar situaciones de clara injusticia, ya que el cónyuge —que normalmente será la viuda— se ve expelida de la morada en la que ha vivido, con la cual la unen sentimientos afectivos intensos, y expuesta al riesgo de quedarse sin un lugar para vivir¹⁰.

3. LA VALORIZACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Como otro factor concurrente puede considerarse el reconocimiento del rol social que la vivienda familiar juega para el desarro-

¹⁰ El diputado Cossy Isasi, autor del proyecto que introdujera la figura en el Código Civil argentino, señalaba en su fundamentación que el derecho del cónyuge supérstite tiende a impedir "la situación crítica y angustiada que se les presenta a los cónyuges supérstites, que luego de haber compartido años de vida con el causante, entregando sus energías en procura de formar ambos un pequeño patrimonio que les asegure en la vejez la habitación indispensable, se encuentra que al ocurrir la muerte de su compañero o compañera de luchas..., deben abrir el respectivo juicio sucesorio, compartiendo el único bien con los demás herederos o legatarios, los que en la mayoría de los casos exigen la venta del inmueble para percibir sus legítimas o legados, o bien para pagar las costas, quedando el cónyuge supérstite sin habitación, lo que sucede en la mayoría de los casos, cuando éste tiene edad avanzada, sin posibilidad biológica de reiniciar una vida productiva" (D. ses. Dip. 1973, p. 6074).

llo integral de las familias. Los ordenamientos jurídicos, también de diversas maneras, han tendido en las últimas décadas a otorgar un estatuto especial de protección al inmueble que sirve de residencia a la familia, sea imponiendo una cogestión conyugal en su administración o disposición, sea estableciendo formas de asignación del hogar conyugal en crisis matrimoniales, sea poniendo a resguardo dichos bienes de la acción de los acreedores de alguno de los cónyuges.

El derecho a la atribución sucesoral de la vivienda familiar viene a conectarse armónicamente con las previsiones relativas al patrimonio familiar o bien de familia, proyectando su protección en favor del cónyuge incluso más allá de la disolución del vínculo matrimonial por muerte de uno de los miembros del consorcio.

4. LA ASISTENCIALIDAD DEL DERECHO SUCESORIO

El Derecho sucesorio se preocupa fundamentalmente de asignar, sobre la base de criterios que parecen equitativos desde el punto de vista objetivo, los bienes y deudas dejados por alguien que muere. No es función de las reglas sucesorales el otorgar beneficios de carácter asistencial que parecen más propios del Derecho público (seguridad social, derecho fiscal, etc.). Sin embargo, es posible reconocer en el Derecho sucesorio algunas figuras que tienen un marcado acento asistencial. Así, sucede con los asignatarios de alimentos que pueden hacer valer sus derechos en la sucesión. El mismo cónyuge, en la regulación decimonónica, era objeto de un tratamiento más bien asistencial o alimenticio.

La protección de la vivienda familiar en favor del cónyuge tiene también una finalidad de carácter asistencial: evitar que el cónyuge quede en la calle. Podrá discutirse que ello se haga a expensas de los coherederos, pero la función de la norma es claramente esa, y allí deben reconocerse también sus límites y presupuestos.

La asistencialidad es más marcada, aun cuando la asignación al cónyuge de derechos reales de habitación o de uso tiene el carácter de gratuita, aun en el caso de exceder la cuota que el sobreviviente tenía en la sucesión del difunto.

5. EL DERECHO A LA VIVIENDA

Finalmente, dentro de las ideas que sirven de fundamento a la figura legal objeto de nuestro estudio está el desarrollo, dentro de los llamados derechos humanos de segunda generación, del dere-

cho a la vivienda o al alojamiento. Hay formulaciones de ese derecho en algunas Constituciones o instrumentos de carácter internacional. Se abre paso también en la doctrina¹¹.

El aseguramiento al cónyuge sobreviviente de mantener la vivienda en la que vive y que ha servido de hogar conyugal contribuye a que, en este caso particular, ese derecho a la vivienda que corresponde a toda persona tenga una efectiva realización práctica. Nuevamente hacemos la salvedad de que es discutible que ello ocurra imponiendo la ley un gravamen específico a los coherederos.

III. FÓRMULAS TÉCNICAS Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA

1. FÓRMULAS DE PROTECCIÓN

Las formulaciones técnicas que permiten la protección de la vivienda familiar en favor del cónyuge sobreviviente, son al menos de tres clases:

- a) Atribución preferencial en propiedad.
- b) Constitución de derecho real en cosa ajena: Esta modalidad puede a su vez reconocer diversas formulaciones, tales como:
 - b.1) Constitución de derecho real de habitación.
 - b.2) Constitución de derecho real de habitación y de uso.
 - b.3) Constitución de derecho real de usufructo.
- c) Atribución en propiedad o constitución de derecho real: Esta modalidad admite también subclasificación, a saber:
 - c.1) Atribución preferencial en propiedad o derecho de habitación como opción del cónyuge.
 - c.2) Atribución preferencial en propiedad y, en subsidio, derecho real de habitación.
 - c.3) Atribución preferencial en propiedad o derecho de habitación o uso según el criterio discrecional del juez.
 - c.4) Atribución preferencial en propiedad o en derecho de usufructo o habitación a solicitud de parte por causa justificada.

¹¹ Cfr. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline "La famille et le droit au logement", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1991 (2), pp. 245-261.

La primera fórmula de adjudicación preferente en propiedad (letra a) es la que ocupa el Código Civil francés; es más, el derecho se asigna al cónyuge pero también a otros herederos copropietarios si la casa habitación había sido su residencia a la época del fallecimiento del causante. La ley de vivienda familiar austríaca opta también por esta fórmula, aunque la establece no como un derecho a ejercerse en la partición, sino como un acrecimiento en beneficio del cónyuge sobreviviente de la cuota indivisa del inmueble que forma parte de la herencia del difunto, adquiriendo, en caso de ser gratuito, la faceta de un legado legal en parte alícuota¹². En la misma línea puede colocarse también la curiosa norma del art. 1006 del Código Civil boliviano que establece que es válido el contrato entre cónyuges que convienen en que muerto uno de ellos el sobreviviente tiene el derecho preferente a adquirir algunos bienes, entre los que se mencionan "el inmueble o su mobiliario, ocupado como vivienda por los esposos en el momento de la muerte del de *cujus*", pagando el valor apreciado el día en que se ejerce la facultad.

La protección de la vivienda familiar mediante la constitución de un derecho real en cosa ajena (letra b) es la opción que inaugura la legislación argentina. El derecho que se considera más adecuado a la asistencialidad que fundamenta la figura es el derecho de habitación (letra b.1).

Una modalidad similar a la anterior pero agregando un derecho real de uso sobre los bienes muebles que conforman el ajuar del hogar es la que predomina en la mayor parte de las legislaciones analizadas (letra b.2). El derecho real de uso como complemento al de habitación aparece en la reforma al Código Civil italiano, y luego es empleado también por el legislador portugués. La doctrina italiana, sin embargo, sostiene que los derechos de habitación y de uso pueden ser reclamados con independencia uno de otro¹³.

El legislador belga, sin embargo, prefiere otorgar usufructo tanto del inmueble que servía de alojamiento familiar como de los muebles que lo guarnecen (letra b.3)¹⁴.

¹² LELEU, Y., ob. cit., p. 155.

¹³ Cfr. GABRIELLI, G., ob. cit., pp. 57-58.

¹⁴ El legislador francés autoriza, en el caso de concurrencia del cónyuge con hijos del causante concebidos en adulterio, la atribución del local de la residencia principal o secundaria, no ya en propiedad, sino en usufructo (art. 761 CC):

Veamos ahora las legislaciones que tienden a conjugar la atribución preferencial en propiedad del Derecho francés con la constitución de derechos reales de goce (letra c).

En algunas ocasiones la aplicación de una u otra fórmula legal es una opción que debe ejercer libremente el cónyuge sobreviviente. El prototipo de este esquema es la norma española, según la cual el cónyuge supérstite tiene derecho a optar entre que se le atribuyan la vivienda y el mobiliario en propiedad o que se constituya sobre ellos un derecho de uso o de habitación (art. 1407 CC). Es el cónyuge el que debe optar y su voluntad deberá ser respetada. También da derecho a optar la norma del art. 856 del Código Civil de Quebec en materia de partición.

Hay regulaciones que también contemplan la posibilidad de atribución preferencial y derecho de habitación o uso, pero ya no a elección discrecional del cónyuge, sino como derechos que se ejercen supletoriamente uno en defecto del otro (letra c.2). Así el Código peruano implícitamente señala que primero el cónyuge tiene derecho a la adjudicación en propiedad, ya que le asigna el derecho de habitación cuando los derechos del cónyuge en razón de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa habitación en que existió el hogar conyugal. Pero el Código peruano autoriza, entonces, la constitución de un derecho de habitación que recaea "sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales" (art. 731 CC), de lo que cabe concluir que el Código permite que el cónyuge tenga sobre un bien la doble calidad de habitador y copropietario.

La legislación chilena (art. 1337 N° 10 CC) también concibe el derecho de habitación y de uso como subsidiarios al mecanismo de adjudicación preferente en propiedad, pero la letra del precepto, al contrario de la norma peruana, no parece aceptar la doble asignación en nuda propiedad y en derecho real de habitación o de uso.

La alternativa que atribuye al juez la facultad de decidir si la adjudicación es en propiedad o en constitución de derecho real (letra c.3) es ocupada por la disposición general sobre atribución de la vivienda familiar contenida en el art. 410 del Código Civil de Quebec y según la cual, en defecto de acuerdo entre las partes, corresponde decidir al juez (art. 411).

Por fin, tenemos la solución de la ley suiza que considera que la atribución debe ser en propiedad por regla general. Pero que, a petición del cónyuge sobreviviente o de otros herederos legales, el

cónyuge sobreviviente puede, "si las circunstancias lo justifican", gozar de la atribución, en lugar de la propiedad, de un usufructo o derecho de habitación sobre la casa o departamento que ocupaba el matrimonio (art. 612.a).

2. GENERACIÓN DE LOS DERECHOS: LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES O PARTICIÓN HEREDITARIA

Todas las legislaciones reseñadas asignan estos derechos en caso de muerte de uno de los cónyuges, pero no hay criterio uniforme sobre cuál es la etapa jurídica en el que deben hacerse efectivos cuando media entre los cónyuges un régimen de comunidad de gananciales.

En efecto, cuando existe ese régimen legal entre los cónyuges y uno de ellos fallece se producen dos masas partibles: en primer lugar, la masa de gananciales que debe ser liquidada para extraer de ellas la mitad de gananciales que le corresponde al cónyuge sobreviviente a título de consocio del difunto: en segundo lugar, la masa hereditaria que constituye el patrimonio del cónyuge causante que estará conformada por su mitad de gananciales más los bienes propios o personales.

La opción más clara es la del legislador español. Según los arts. 1406 N° 4 y 1407 del Código Civil, el cónyuge puede hacer uso de la adjudicación preferente o del derecho real de habitación y de uso, en el proceso de liquidación de los gananciales cuando la disolución de la comunidad se ha producido por muerte del otro cónyuge. Es decir, el inmueble que constituye la vivienda familiar debe necesariamente ser ganancial. Si el cónyuge no ejerce esta facultad en la liquidación de los gananciales y se adjudica el inmueble al cónyuge premuerto, luego no podrá concurrir en la partición de la herencia pidiendo la adjudicación preferente o el derecho de habitación, sin perjuicio de la asignación forzosa en usufructo que le corresponde de acuerdo al Código Civil.

Otras legislaciones ubican el derecho en sede de partición de los bienes hereditarios y no hay duda que se refieren sólo a la masa partible hereditaria, como por ejemplo, el Código Civil francés (art. 832, inc. 6°) y el Código Civil suizo (art. 612.a). La letra del art. 3573 bis del Código Civil argentino abona la misma solución, ya que se refiere un inmueble que sea "integrante del haber heredita-

rio". Del mismo modo, la letra y la historia legislativa de la modificación al art. 1337 del Código Civil chileno apoyan la tesis de que el derecho se solicita en la partición hereditaria y frente a bienes que "formen parte del patrimonio del difunto".

Por el contrario, otras legislaciones expresamente señalan que el cónyuge puede hacer uso de estos derechos tanto respecto de un inmueble que sea de propiedad del difunto o ganancial: así el art. 540.2 del Código Civil italiano ("*se di proprietà del defunto o comuní*"); el art. 731 del Código Peruano ("derechos por concepto de legítima o gananciales") y el art. 881-1 del Código Civil uruguayo ("ya fuere propiedad del causante, ganancial o común del matrimonio"). El Código portugués, aunque sólo habla de "casa morada de la familia" y del "momento de la partición" (art. 2103-A) ha sido leído por la doctrina como refiriéndose a bienes propios del causante, a gananciales o a un bien o derecho en copropiedad entre ambos cónyuges¹⁵.

En consecuencia, las posibilidades son varias: derecho activable en el proceso de liquidación de los gananciales y tratándose sólo de un inmueble común; derecho activable tanto en el proceso de partición de gananciales como del haber hereditario y tratándose de inmueble ganancial no asignado o propio del difunto; derecho activable sólo en la partición del haber hereditario y respecto de un inmueble ganancial que haya sido asignado al difunto en la liquidación previa de la comunidad o de un inmueble propio del mismo. Hace excepción a esto el Código Civil de Quebec que cubre las más diversas situaciones superponiendo normas y dejando al cónyuge que elija cuál es la que le conviene invocar: contempla la atribución preferencial o en derecho de uso en las normas generales relativas a la residencia familiar (art. 410), en las normas relativas a la prestación compensatoria aplicable a todos los regímenes (art. 429), en el régimen legal de participación (*société de acquêts*) (art. 482), y finalmente en la partición hereditaria (art. 856). En cambio, la legislación de Austria es sumamente restringida: sólo consiente el acrecimiento en propiedad cuando el inmueble era común entre el cónyuge difunto y el sobreviviente (§ 10 WEG de 1975).

¹⁵ Cfr. DE SALTER CID; Nuno, *A protecção da casa de morada da família no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 369-370.

5. IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS

La mayor parte de las legislaciones en estudio establecen la protección de la vivienda familiar de un modo imperativo, de modo que la voluntad del *de cuius* declarada en testamento no podría prevalecer sobre el derecho a la atribución preferente o a la constitución en derecho real.

Sin embargo, la doctrina francesa señala que la norma del art. 832 del Código Civil no se impone a la voluntad del testador que puede libremente disponer del bien dentro de su cuota de libre disposición¹⁶. Lo contrario se afirma para el Derecho austríaco puesto que la ley establece una especie de legado legal que deroga la voluntad de la sucesión testamentaria (§ 10 WEG de 1975). El legislador belga establece que el testador puede privar al cónyuge de su legítima y del derecho de usufructo de la residencia familiar si, estando separados por seis meses, ha reclamado judicialmente una residencia separada del otro cónyuge sin que haya mediado reconciliación.

Por cierto, no se impone al mismo cónyuge beneficiario, el que puede hacer uso o no de los derechos de atribución preferencial que las leyes le asignan.

4. UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Una parte de los legisladores ha preferido ubicar estas figuras legales al tratar de la partición de la comunidad hereditaria (así los Códigos Civiles de Francia, Suiza, Portugal y Chile).

Otros la contemplan al considerar las legítimas o la porción hereditaria del cónyuge. En este sentido, se orientan los Códigos Civiles argentino, italiano y uruguayo.

En cambio, el Código Civil español, al optar por otorgar estos derechos en la liquidación de gananciales por causa de la muerte de uno de los cónyuges, ubica los derechos al regular la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

Como ya hemos dicho, el Código de Quebec ubica sus normas en reglas propias de la residencia familiar, prestación compensatoria, régimen legal de participación y partición de comunidad hereditaria.

¹⁶ MAZEAUD, H., L. y J. y CHABAS, F., ob. cit., t. IV, vol. 2, N° 1731, pp. 854 y 855.

IV. OBJETO DE LOS DERECHOS

1. BIEN INMUEBLE

La caracterización del bien inmueble sobre el que puede recaer la atribución preferencial o en derecho real de habitación es común en cuanto a la función de vivienda familiar que debe haber tenido, pero las normas lo exigen de una manera diversa.

En primer lugar, algunas legislaciones apuntan explícitamente que se trate de un inmueble que pueda servir para habitarlo. Así, el Código Civil francés habla del local de habitación (art. 832 inc. 6°)¹⁷; el legislador argentino exige que se trate de un “inmueble habitable” (art. 3573 CC argentino); el uruguayo que sea un “inmueble.... destinado a vivienda” (art. 881-1 CC uruguayo) y el belga que se trata de inmueble destinado al “alojamiento”. Los Códigos Civiles italiano (art. 540.2 CC), portugués (art. 2103-A CC) y peruano (art. 731 CC) designan el inmueble como “casa”. El legislador español y el chileno utilizan la expresión “vivienda” (art. 1406 N° 4 CC español y art. 1337 regla 10ª CC chileno). El Código Civil suizo es el único que agrega a la “casa” (*maison*) el departamento en propiedad horizontal (*appartement*) (art. 612.a).

Precisado que debe tratarse de un inmueble que sirva para habitar, las legislaciones exigen algo más para justificar el beneficio del cónyuge. Algunas se contentan con requerir que el inmueble sea la residencia del cónyuge favorecido (así el Código Civil francés y el Código Civil español, el que agrega que debe ser la residencia “habitual”).

Más exigente han sido los legisladores que piden que en el inmueble haya existido el hogar conyugal: “inmueble habitable... que hubiera constituido el hogar conyugal” (art. 3573 bis CC argentino); “inmueble.... destinado a vivienda y que hubiere constituido el hogar conyugal” (art. 881-1 CC uruguayo); “casa habitación en que existió el hogar conyugal” (art. 731 CC peruano); “casa o departamento que ocupaban los cónyuges...” (art. 612.a CC suizo).

¹⁷ La doctrina señala que debe tratarse de la residencia principal y no de la secundaria. Cfr. GRIMALDI, Michel, *Droit Civil. Successions*, Litec, 5ª edic., Paris, 1998, N° 889, p. 837. Sin embargo, concurriendo hijos-adulterinos la atribución es concebida como un derecho susceptible de aplicarse a la residencia secundaria conforme lo previene en forma expresa el art. 761 CC.

En otros ordenamientos, finalmente, se exige más bien que el inmueble sirva de residencia familiar y no sólo conyugal. Así, se señala que el derecho puede hacerse efectivo sobre "la casa destinada a residencia familiar" (art. 540.2 CC italiano), sobre la "casa morada de la familia" (art. 2103-A CC portugués), o sobre la "residencia familiar" (art. 856 CC de Quebec).

El legislador chileno exige copulativamente dos requisitos: que el cónyuge resida en el inmueble y que constituya la "vivienda principal de la familia" (art. 1337 N° 10 CC chileno). En el mismo sentido, el Código Civil belga requiere que el inmueble esté afectado al destino de "alojamiento principal de la familia" (art. 915 bis CC).

Si uno se pregunta cuándo debe haber cumplido el requisito de ser la residencia, hogar conyugal o vivienda familiar, las legislaciones no son del todo explícitas. Salvo la legislación francesa, la española y la chilena que claramente manifiestan su propósito, las restantes pueden prestarse a interpretaciones diversas. Para el Código Civil francés, el cónyuge debe haber tenido la residencia en el inmueble "a la época del deceso" (art. 832 inc. 6°). De un modo menos explícito, pero concluyente, el Código Civil español señala que la atribución se concede en caso de muerte del otro cónyuge sobre la vivienda donde el otro "tuviese la residencia habitual" (art. 1406 N° 4). El legislador chileno distingue: la residencia debe operar al menos al momento de la muerte del causante ("inmueble en que resida"); en cambio el carácter de vivienda familiar puede ser actual o pasado ("y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia").

Las legislaciones italiana, argentina, portuguesa, peruana y uruguayana no hacen mayores precisiones, aunque parecen pensar en que el carácter de hogar conyugal o residencia familiar debe existir a la época del fallecimiento del causante. Original es la regulación belga que prevé expresamente el caso de separación de hecho estableciendo que el derecho se ejercita sobre el inmueble que fue la última residencia conyugal, pero bajo condición de que el sobreviviente haya mantenido allí su residencia o haya sido impedido de hacerlo y siempre que la atribución del usufructo "sea conforme a la equidad" (art. 915 bis CC).

Respecto del inmueble hay requisitos negativos que se exigen en ocasiones para poner de relieve el carácter asistencial del derecho. Así, el Código argentino requiere que el causante haya dejado "un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario" y que su valor ("estimación") no exceda el indicado como límite a

las viviendas para ser declaradas bien de familia (aunque este requisito actualmente es inoperante). El Código uruguayo establece que si el cónyuge supérstite tuviere otro inmueble propio apto para la vivienda, similar al que hubiera sido el hogar conyugal, no puede ejercer el derecho de habitación o de uso (art. 881-7 CC uruguayo). Este mismo Código innova al señalar que los herederos, en defecto del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, deben proporcionarle otro que reciba la conformidad del cónyuge, resolviendo, en caso de desacuerdo, el juez (art. 881-1 CC uruguayo).

2. BIENES MUEBLES

Las legislaciones de Argentina, Perú, Francia y España no mencionan expresamente los muebles como objeto del derecho de atribución preferente o de constitución de derechos de uso.

Sí lo hacen, en cambio, las normativas de Italia, Portugal, Bélgica, Uruguay, Quebec y Chile. Algunas usan expresiones comprensivas y sujetas a la prudencia judicial: se habla de “muebles que lo aprovisionan [*corredano*]” (art. 540.2 CC italiano), “muebles que sirven al uso de menaje” (art. 856 CC Quebec), “mobiliario de menaje” (art. 612.a CC suizo), “mobiliario que lo guarnece” (art. 915 CC belga: [*meubles meublants qui le garnissent*]) y art. 1337 N° 10 CC chileno).

El legislador portugués y el uruguayo han sido más precisos. Se dispone de este modo que para estos efectos se entiende por “*recheio*” (contenido), “el mobiliario y demás objetos o utensilios destinados al cómodo servicio y ornamentación de la casa” (art. 2103-C CC portugués). El Código Civil uruguayo señala que debe tratarse de los “muebles que equiparen dicho inmueble” de acuerdo con el inciso segundo del art. 469 (art. 881-2 CC)¹⁸.

La mayor parte de estas legislaciones establecen la adjudicación o derecho de uso de los muebles como accesoria a la del inmueble. No parece posible que los muebles sean objeto de uso si el inmueble no es objeto del derecho de habitación. Hace excepción a esto el Código Civil de Portugal que expresamente señala que si

¹⁸ El inciso 2° del art. 469 dispone que “cuando se use la expresión muebles sólo o ~~muebles de una casa no se comprenderán~~ el dinero, los documentos, las colecciones, los libros, las armas, las ropas, los carruajes ni en general otras cosas que las que corresponden al ajuar de la casa”.

la casa no forma parte de la herencia, el mobiliario puede ser asignado en derecho de uso.

V. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS

1. GRATUIDAD U ONEROSIDAD DE LA ATRIBUCIÓN

La cuestión no se presenta cuando se trata de adjudicación preferente, ya que en verdad el bien asignado queda cubierto por el valor de la cuota del cónyuge.

Pero cuando se trata de la constitución de derechos reales de habitación y de uso se supone que dichos derechos no caben en la porción de gananciales o hereditaria del cónyuge y la exceden. En tal caso, la pregunta es si el cónyuge debe pagar la diferencia a sus coherederos o si, por el contrario, la atribución será gratuita soportando el resto de los herederos la mengua de sus derechos en la sucesión.

La mayoría de las legislaciones que contemplan esta forma de protección consideran que ella debe ser una asignación gratuita. Afirman la constitución gratuita los Códigos de Argentina, Italia, Perú, Uruguay y Chile. El Código Civil belga no lo señala expresamente, pero se deduce de las reglas, que señalan que en principio el usufructo sobre la residencia familiar debe imputarse a la reserva que la ley asigna al cónyuge (el usufructo de la mitad de todos los bienes), pero si no cabe en ella puede afectar la cuota disponible y la cuota legal reservada a otros herederos forzosos.

En cambio, las legislaciones de Portugal (art. 2103-A CC), España (art. 1407 CC) y Quebec (art. 856 CC) señalan que si los derechos exceden la cuota, el cónyuge debe abonar la diferencia a los coherederos. El Código Civil español exige que se trate de pago "en dinero".

El Código Civil suizo, por su parte, establece que la atribución sea en propiedad o en derecho real de usufructo o habitación deben imputarse a la parte que le cabe en la herencia al cónyuge sobreviviente (art. 612.a), no admitiendo la posibilidad de que la supere ni aun cuando ofrezca pagar el importe de la diferencia.

Finalmente, la ley austríaca ocupa un criterio mixto. En principio, la atribución por acrecimiento de la cuota del cónyuge difunto no es gratuita, salvo que el cónyuge sobreviviente acredite una "necesidad imperiosa" de mantenerse en los muros que le son familiares ("*des dringenden Wohnbedürfnisses*"), en cuyo evento el acrecimiento se efectúa a título gratuito.

2. ORIGEN SUCESORIO, LEGAL O CONTRACTUAL DE LA ATRIBUCIÓN

Tratándose de la adjudicación en propiedad en partición no hay duda de que el dominio que consigue el cónyuge es adquirido por sucesión por causa de muerte a título universal, es decir, en cuanto heredero o legitimario. Pero también puede diseñarse un sistema de atribución automática que reemplaza el mecanismo de transmisión, como sucede en la ley austríaca, según la cual siendo el inmueble común a ambos cónyuges, el sobreviviente adquiere la cuota del difunto no por adición hereditaria, sino por acrecimiento gratuito (*Akkreszens*), que en la práctica viene a ser un legado legal de carácter particular que otorga el dominio al cónyuge legatario¹⁹.

Más compleja se vuelve la situación cuando las legislaciones conceden al cónyuge la constitución de derechos reales de habitación o de uso sobre los bienes del causante. Códigos Civiles como los de Argentina e Italia se limitan a señalar que "el cónyuge tendrá derecho real de habitación" (art. 3573 bis CC argentino), o que al cónyuge le "son reservados" los derechos de habitación y de uso (art. 540.2 CC italiano). Estos textos pueden generar lecturas diversas sobre la naturaleza hereditaria o no del derecho. En Argentina, existe una amplia literatura sobre la cuestión, en la que los autores aparecen divididos entre los que estiman que el cónyuge adquiere como heredero (*iure hereditatis*), y como beneficiario de un derecho constituido *ex lege* (*iure proprio*). Variaciones de estas posturas son las que lo conciben como un prelegado legal o como una carga sobre los bienes hereditarios²⁰. La jurisprudencia y la doctrina más reciente parecen decantarse por la teoría de la adquisición *ex lege*²¹. La doctrina italiana parece acoger la idea de un legado de origen legal²².

En otras legislaciones la naturaleza sucesoria o hereditaria parece deducirse de las normas que se prevén para la imputación de los derechos a las diversas porciones de la masa partible. Así, el Código Civil suizo señala expresamente que deben imputarse a la parte que le cabe al cónyuge en la sucesión. El Código Civil italiano dispone

¹⁹ Cfr. LELEU, Y., ob. cit., p. 155.

²⁰ Para una revisión de todas las teorías aducidas, cfr. BARBERO, Omar U., *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, Astrea, B. Aires, 1977, pp. 30 y ss.

²¹ Cfr. el artículo del profesor MAZZINGHI en este mismo volumen, quien se decanta por la idea de que el derecho está en los bienes del causante a manera de una carga legal que grava la masa partible. Véase p. 178.

²² Cfr. GABRIELLI, G., ob. cit., p. 62, nt. 16.

que los derechos "gravan sobre la porción disponible y, cuando esta no sea suficiente, para el remanente sobre la cuota de reserva del cónyuge y eventualmente sobre la cuota reservada a los hijos" (art. 540.2). En similares términos el Código peruano señala que la diferencia de valor sobre la que se permite constituir derecho de habitación afectará en primer lugar la cuota de libre disposición, y, luego, en caso necesario, la porción reservada a los demás herederos "en proporción a los derechos hereditarios de éstos" (art. 731). En este caso, el cónyuge queda excluido de la partición de los otros bienes que se dividen sólo entre los demás herederos.

El legislador uruguayo, al parecer muy al tanto de las teorías construidas por los juristas argentinos, ha zanjado expresamente la cuestión de la naturaleza de los derechos de habitación y de uso, y ha optado por la teoría que los concibe como un legado impuesto por la ley: "El cónyuge supérstite se considerará legatario legal de los derechos reales recibidos con la responsabilidad que les es propia a éstos" (art. 881-9). Además exige un requisito adicional para que dicho legado pueda afectar las legítimas de los demás herederos: se requiere una duración mínima al matrimonio de dos años (salvo que haya regularizado un concubinato anterior de igual duración). Si el cónyuge concurre con legitimarios, que no son descendientes comunes entre él y el causante, la imputación puede afectar sólo a la mitad de las legítimas rigurosas (art. 881-5).

El legislador de Quebec al establecer una atribución preferencial de la propiedad o del "uso" de la residencia familiar o de sus muebles, pero con cargo de pagar la diferencia a los coherederos, se enmarca en la naturaleza sucesoria. Pero si la atribución se ejercita invocando las normas de los arts. 410, 429 ó 482 del Código Civil, no se necesita invocar la calidad de heredero y el derecho se adquirirá *ex lege*.

Como régimen exótico debe mencionarse el Código Civil boliviano que establece una facultad de adquisición preferente del dominio de la vivienda conyugal y su mobiliario que es de origen contractual, convenido entre los cónyuges antes del deceso de uno de ellos (art. 1006).

3. REQUISITOS E INHABILIDADES DEL BENEFICIARIO

La legislación francesa atribuye el derecho adjudicación preferente al cónyuge y a los demás herederos, sin distinguir.

En cambio, las legislaciones de Argentina, España, Italia, Portu-

gal, Perú y Chile hacen referencia sólo a la calidad de cónyuge del beneficiario. Basta acreditar que a la muerte del causante el beneficiario mantenía un vínculo matrimonial válido con él para otorgarle el derecho. Lo mismo procederá si se trata de un matrimonio nulo pero putativo.

La ley austríaca dispone además que el cónyuge pruebe una necesidad real de mantener su cuadro de vida anterior al fallecimiento, y si acredita una "necesidad imperiosa" de mantenerse dentro de los muros familiares, la transferencia (acrecimiento) de la propiedad del inmueble toma la forma de un legado legal (§ 10 WEG de 1975)²³.

La única legislación, de las estudiadas aquí, que permite a otro coheredero oponerse a la atribución preferente, es la suiza. Según el art. 612.a, inciso 3º, del Código Civil, "el cónyuge sobreviviente no puede hacer valer los derechos sobre los locales en los cuales el difunto ejercía una profesión o explotaba una empresa si ellos son necesarios a un descendiente para continuar esta actividad...". En este caso, la continuidad de la empresa u ocupación fundada por el difunto tiene preferencia por sobre la protección de la vivienda.

Salvo en el caso de Uruguay, no se establece un plazo de duración mínima del matrimonio. El Código Civil uruguayo, en cambio, exige un matrimonio que haya durado al menos 30 días, salvo que se haya contraído para regularizar un concubinato anterior estable, singular y público que haya durado al menos 180 días (art. 881-6).

También el Código uruguayo introduce una causal de inhabilidad especial, consistente en que los cónyuges estuvieren separados legalmente o de hecho por culpa del supérstite. En caso de separación de hecho el problema de la culpabilidad debe resolverse en contienda judicial con los coherederos (art. 881-8). La ley austríaca exige, aparte de que el cónyuge haya compartido la vivienda con el difunto, que no haya estado separado ni legalmente ni de hecho (§ 10 WEG de 1975). El Código Civil belga permite al testador desconocer el derecho del cónyuge si, a la época de la apertura, vivían separados por al menos seis meses siempre que, por acto judicial, ya sea como demandante o demandado, el causante haya reclamado una residencia separada y no haya mediado una reanudación de la vida en común (art. 915 bis).

La posibilidad de aplicar otras inhabilidades como las derivadas

²³ LELEU, Y., ob. cit., p. 156.

de las indignidades sucesorias o causales de desheredamiento es más fácil cuando se sostiene la adquisición por sucesión *mortis causa*, ya que se le aplicarán al cónyuge las reglas generales de herederos o legatarios. Así, por ejemplo, respecto del art. 856 del Código Civil de Quebec y el § 10 de la ley austríaca (WEG). Pero se dificulta cuando se piensa que se trata de derechos especiales de origen legal, aunque nada impide efectuar interpretaciones finalistas y analógicas que impidan una conclusión asimétrica en que un cónyuge considerado indigno de suceder al causante se quede sin embargo, con el bien principal del haber hereditario.

También de la naturaleza sucesoria universal del derecho depende la necesidad de exigir la aceptación de la herencia como requisito para optar a la constitución de derechos reales de habitación y de uso.

VI. FUNCIONAMIENTO Y EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS

1. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Si se trata de atribución en propiedad, el cónyuge ejercerá libremente sus derechos de propietario de los bienes asignados.

Cuando se trata de derechos reales los Códigos hablan del derecho de habitación y de uso, correspondiendo entonces al cónyuge titular las obligaciones, cargas, limitaciones y atribuciones que contemplan dichos derechos. El Código chileno señala expresamente que, en lo no previsto, los derechos reales de uso y habitación se rigen por las reglas generales de dichos derechos. En otras legislaciones ello se da por supuesto, como en la italiana, argentina o española. Aunque a veces la doctrina señale la autonomía de la habitación viudal como sucede con parte de la dogmática argentina.

Los Códigos de Portugal, Perú y Uruguay son más explícitos para configurar cargas y derechos especiales al titular de estos derechos reales. El Código portugués dispone que a solicitud de los propietarios el cónyuge puede ser obligado a prestar caución cuando el juez lo considere justificado (art. 2103.3). El Código uruguayo señala que el cónyuge habitador tendrá la responsabilidad de los legatarios (art. 881-9).

El Código del Perú es mucho más generoso, desde que establece la posibilidad de que el cónyuge sea a la vez titular de derecho de habitación y copropietario de la nuda propiedad. Este derecho

de habitación puede convertirse en usufructo y, particularmente, dar derecho a percibir rentas de arrendamiento, previa autorización judicial y acreditando que el cónyuge no está en situación económica que le permita sostener los gastos de habitación. En tal caso, el cónyuge puede percibir la renta “y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario” (art. 732). En caso de extinción del arrendamiento el cónyuge puede readquirir por su sola voluntad el derecho de habitación. Otro beneficio adicional que la legislación peruana otorga al cónyuge sobreviviente habitador es la de considerar que la casa habitación objeto de los derechos goza del estatuto de patrimonio familiar, de modo que se vuelve inembargable e inalienable (art. 488).

2. SITUACIÓN DE ACREEDORES HEREDITARIOS Y TERCEROS

La mayoría de las normativas que estudiamos no contemplan reglas expresas sobre la situación de los acreedores hereditarios frente al derecho del cónyuge a la adjudicación o a la constitución de derechos reales de uso y habitación.

Sólo el Código Civil uruguayo expresamente establece que el derecho de habitación de la vivienda conyugal procede “si una vez pagadas las deudas de la sucesión, quedare en el patrimonio un inmueble... que hubiere constituido el hogar conyugal” (art. 881-1). Además, este Código dispone que el cónyuge sobreviviente tendrá la responsabilidad que es propia de los legatarios (art. 881-9).

De los Códigos italiano y peruano parece desprenderse que los derechos del cónyuge sólo pueden operar una vez determinado el haber líquido y descontadas previamente las deudas hereditarias, ya que establecen reglas de imputación a la cuota de libre disposición y a las legítimas, las que se pueden enterar una vez liquidadas las deudas pendientes de la sucesión.

El Código Civil chileno al establecer la norma dentro de las reglas de la partición también parece adoptar igual solución. Adicionalmente, señala que el derecho de habitación sólo será oponible desde que se inscriba en el Registro Conservatorio.

El Código Civil argentino no da indicios claros sobre la oponibilidad del derecho de habitación del viudo o viuda y la doctrina se esfuerza por llegar a conclusiones parecidas en protección de los acreedores del causante.

3. EXTINCIÓN

Por cierto, el derecho de propiedad adquirido mediante adjudicación preferente en favor del cónyuge, no tiene causales especiales de extinción.

En cambio, las diversas legislaciones suelen agregar a las causales comunes de expiración de los derechos reales de habitación y de uso, otras que son propias del derecho viudal.

La más frecuente de ellas es la de contraer el cónyuge sobreviviente nuevas nupcias. Así, lo determina el Código argentino al establecer que "ese derecho se perderá si el cónyuge contrajere nuevas nupcias" (art. 3573 bis). Las legislaciones peruana y uruguaya equiparan a las nuevas nupcias como causal de extinción el vivir en concubinato (art. 732 del CC peruano y art. 881-3 CC uruguayo). Aunque otros Códigos no la mencionan, la posibilidad de extinción del derecho de habitación por esta causa es a veces considerada precedente atendiendo al espíritu de la norma²⁴.

En otros ordenamientos se consideran causales que, en el fondo, revelan que la necesidad asistencial de alojar al cónyuge ya no está vigente. El Código portugués considera causal de terminación del derecho el que el cónyuge no habite la casa por el plazo de un año (art. 2103.2). El Código Civil uruguayo, por su parte, señala que se extingue el derecho si el cónyuge adquiere un inmueble apto para la vivienda, de similares condiciones al que hubiera sido su hogar conyugal (art. 881-3).

Otras causales que se mencionan son la renuncia y la muerte (art. 732 CC peruano).

El Código Civil chileno no establece causales especiales de expiración del derecho de habitación o de uso constituidos, pero aclara que el derecho a optar por la adjudicación preferente o la constitución de esos derechos no puede transferirse ni transmitirse (art. 1337 N° 10), es decir, se extingue si el cónyuge fallece sin haber operado este mecanismo de protección de la vivienda familiar.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Tras este recorrido hemos podido observar que la preocupación por la vivienda familiar y los derechos sobre ella del cónyuge que

²⁴ Para la legislación portuguesa, cfr. DE SALTER CID, N., ob. cit., pp. 375 y ss.

supervive al difunto es una constante bastante generalizada en las legislaciones civiles del sistema latino-continental, tanto en el ámbito europeo como en el americano. Se trata de una institución novedosa que ha tenido su expansión mayor en las décadas del setenta y del ochenta del siglo XX, y que parece seguirá en desarrollo, como lo muestra su incorporación a la legislación chilena.

Siendo el fundamento y el objetivo general común a las previsiones normativas, éstas no son homogéneas y las soluciones particulares varían de legislación en legislación. Pareciera que la fórmula comprensiva de derecho preferente de adjudicación en propiedad y como alternativa en derecho real de goce sobre la vivienda es la que tiende a prevalecer en las últimas legislaciones. Sin embargo, no hay uniformidad entre si la constitución de derechos reales debe ser enteramente gratuita, aunque supere la cuota del cónyuge e incluso lesione las legítimas de los descendientes, o si debe mantenerse la igualdad en valor de las particiones propiciando que éste compense a los demás partícipes la diferencia de valor entre el derecho asignado y la cuota en la masa hereditaria.

Las formulaciones son también diversas sobre los requisitos de los objetos en los que recae el derecho, las formas de constitución, los derechos y obligaciones que estos generan, así como sus formas de expiración. Es indudable, sin embargo, que, siendo la finalidad compartida, el análisis de las regulaciones comparadas puede servir para advertir vacíos en la regulación propia, así como para intentar interpretaciones integrativas que sigan las soluciones adoptadas por otras regulaciones cuando ellas parezcan razonables y se adecuen al espíritu de la institución.

Si este estudio representa una ayuda para ese posterior trabajo de análisis y reflexión sobre las normas propias, nos sentiremos satisfechos.