

UNDECIMA PARTE: DE LA DEFENSA DE LAS ASIGNACIONES¹

Sumario:

- 1.- Aspectos generales.
- 2.- Acción de reforma de testamento.
 - a) Naturaleza de la acción de reforma de testamento.
 - b) Concepto y elementos de la acción de reforma de testamento.
 - c) Características de la acción de reforma de testamento.
 - d) Objeto de la acción de reforma de testamento.
 - e) Legitimación activa y pasiva en la acción de reforma de testamento.
 - f) Acción de reforma de testamento y preterición.
 - g) Acción de reforma de testamento y acción de petición de herencia.
- 3.- Acción de petición de herencia.
 - a) Naturaleza de la acción de petición de herencia.
 - b) Concepto y elementos de la acción de petición de herencia.
 - c) Características de la acción de petición de herencia.
 - d) Objeto de la acción de petición de herencia.
 - e) Legitimación activa y pasiva en la acción de petición de herencia.
 - f) Efectos de la acción de petición de herencia.
- 4.- Paralelo entre la acción de reforma de testamento y la acción de petición de herencia.
- 5.- Acción reivindicatoria.
- 6.- Acciones posesorias.

1.- Aspectos generales.

Las asignaciones, en general, y las legítimas, en especial, están protegidas por acciones que permiten que el titular pueda reclamarlas cuando le son negadas o indebidamente menoscabadas.

Siete son estas acciones:

- a) *La acción de reforma de testamento*: establecida en función de los intereses de los legitimarios.
- b) *La acción de petición de herencia*: que pueden hacer valer todos los asignatarios, cualesquiera que sean la calidad y la fuente de sus derechos.
- c) *La acción reivindicatoria*: sujeta a las normas generales y que también puede deducir un asignatario para perseguir las cosas que componen su asignación cuando no se halla en posesión de ellas.
- d) *Las acciones posesorias*.²
- e) *La acción restitutoria del primer acervo imaginario* (arts. 1185 y 1206).
- f) *La acción de inoficiosa donación del segundo acervo imaginario* (art. 1187).
- g) *La acción de nulidad del testamento*.

En esta parte, revisaremos las cuatro primeras. Las otras tres, se han revisado en los capítulos que se refieren a ellas.

2.- Acción de reforma de testamento.

¹ Fecha de última modificación: 11 de enero de 2024.

² Rodríguez Grez, Pablo, "*Instituciones de Derecho Sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición*", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1994, Volumen 2, pp. 71 y 72.

a) Naturaleza de la acción de reforma de testamento.

Hemos hecho presente que el legislador ampara las asignaciones forzosas, y en especial las legítimas, por medios directos e indirectos; el principal medio indirecto de amparar las legítimas y mejoras está constituido por los acervos imaginarios. La acción de reforma del testamento es el medio directo y eficaz que otorga el legislador a los asignatarios forzosos para amparar y defender sus legítimas y mejoras.

La acción de reforma de testamento no es una acción de nulidad. Su objetivo, como explicaremos, es modificar las disposiciones testamentarias del causante, para hacer prevalecer las disposiciones de la ley en materia de asignaciones forzosas, pero sólo respecto de las legítimas y las mejoras.

Se trata en consecuencia de una acción de inoponibilidad, puesto que el testamento no empece, en la parte que sobrepasa las asignaciones protegidas, a los herederos preteridos.

De aquí que el testamento del causante produzca todos los efectos que corresponden, con la salvedad de aquellas disposiciones que, de llevarse a cabo, lesionarían las asignaciones amparadas en la ley.

Por consiguiente, el juez, al acoger la acción de reforma de testamento, debe establecer claramente qué asignaciones voluntarias se modifican o no tendrán efecto.³

b) Elementos y concepto de la acción de reforma de testamento.

Del art. 1216, pueden extraerse los elementos de esta acción. Dispone el precepto: "Los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma (ellos o las personas a quienes se hubieren transmitido sus derechos), dentro de los cuatro años contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios. / Si el legitimario, a la apertura de la sucesión, no tenía la administración de sus bienes, no prescribirá en él la acción de reforma antes de la expiración de cuatro años contados desde el día en que tomare esa administración".

Los elementos son los siguientes:

b.1) La acción sólo ampara a los legitimarios.

b.2) El supuesto básico de la acción consiste en que al asignatario no se le haya dejado lo que por ley le corresponde. Esta característica confirma que, en verdad, las asignaciones forzosas no las hace el testador sino la ley y que esta disposición prevalece por sobre la voluntad expresa del causante.

b.3) La acción tiene por finalidad que se "reforme" el testamento en favor de los asignatarios forzosos. Ello implica que, mediante esta acción, se armonizan las asignaciones voluntarias con las asignaciones forzosas, prevaleciendo siempre las establecidas por la ley, sobre las instituidas por el causante en su testamento.⁴

Teniendo presente estos elementos, Rodríguez Grez define la acción de reforma de testamento como una acción de inoponibilidad concedida a los legitimarios, en defensa de la legítima rigurosa o efectiva en su caso, para hacer prevalecer estas asignaciones por sobre las asignaciones voluntarias hechas por el causante en su testamento, a fin de que sólo subsistan éstas en cuanto no afecten a aquellas.⁵

Somarriva, por su parte, señala que es aquella que corresponde a los legitimarios o a sus herederos, en caso de que el testador en su testamento no les

³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 72 y 73.

⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 73 y 74.

⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 73 y 74.

haya respetado las legítimas o mejoras, según los casos, para pedir que se modifique el testamento en todo lo que perjudique dichas asignaciones forzosas.⁶

c) Características de la acción de reforma de testamento.

c.1) Es una acción de inoponibilidad, cuyo objeto es hacer prevalecer las asignaciones forzosas por sobre las asignaciones voluntarias hechas por el causante en su testamento. La acción ataca la eficacia de las asignaciones voluntarias, en cuanto éstas afectan las asignaciones forzosas. Los asignatarios voluntarios, en consecuencia, sólo llevarán aquella parte de su asignación que no lesione las asignaciones forzosas.⁷

c.2) Es una acción personal. La acción corresponde al legitimario lesionado en todo o parte de su asignación por efecto de la voluntad expresa del causante, expresada en su testamento. Esta acción, por lo mismo, deberá intentarse en contra de los asignatarios voluntarios cuyas asignaciones sobrepasen aquellas protegidas por la ley. Así, por ejemplo, si el causante asigna expresamente toda la mitad legitimaria a uno de sus hijos, teniendo tres, la acción debe interponerse contra aquel hijo asignatario de toda la mitad legitimaria, con el objeto que su asignación se reduzca a un tercio de la mitad legitimaria.

Para Somarriva, la acción también procedería si el testador, teniendo uno o más hijos, por ejemplo, otorga testamento en el cual instituye como heredero universal a su amigo Juan. El legitimario o legitimarios (hijos, en el ejemplo), deberán dirigir su acción de reforma en contra de Juan, que fue instituido heredero universal en el testamento en perjuicio de sus legítimas.⁸ Pero a juicio de Rodríguez Grez, en el caso anterior, si el causante en su testamento, teniendo hijos, instituye heredero universal a un tercero con quien no tiene vínculo de parentesco alguno, no sería necesario que los legitimarios deban deducir acción de reforma de testamento, ya que en tal evento, se entiende que el heredero universal ha sido llamado a la parte de que el causante ha podido disponer libremente, existiendo perfecta compatibilidad y concordancia entre la disposición testamentaria voluntaria y las asignaciones forzosas.⁹

La acción de reforma de testamento difiere de la acción de petición de herencia, que corresponde a los herederos desprovistos de la posesión de la herencia. La acción de petición de herencia es una acción típicamente real que puede dirigirse en contra de cualquier persona que esté poseyendo la herencia a título de heredero. En cambio, la acción de reforma de testamento es personal, pues debe intentarse en contra de los asignatarios instituidos en perjuicio de las asignaciones forzosas.

c.3) Es una acción patrimonial, esto es, dados sus fines, es susceptible de evaluación pecuniaria. Persigue la acción un fin de carácter económico, un beneficio apreciable en dinero. Esta característica trae consigo ciertas consecuencias: la acción es renunciable, transferible, transmisible y prescriptible.¹⁰

Analizaremos estas consecuencias en las siguientes características.

c.4) Es una acción renunciable. Tratándose de una acción personal que mira el solo interés del asignatario forzoso, y no estando su renuncia prohibida por la ley, es aplicable el art. 12. Advierte sin embargo Rodríguez Grez, que la renuncia de la acción sólo podría provenir de un asignatario plenamente capaz. Ello, conforme al art. 1216,

⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, "Derecho Sucesorio", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2009, séptima edición actualizada, Tomo II, p. 448.

⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 74 y 75.

⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 449.

⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 75.

¹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 449.

según el cual el plazo de prescripción (o de caducidad, en opinión de Rodríguez Grez) establecido en la ley se cuenta desde el día en que el asignatario tome personalmente la administración de sus bienes. Esta norma es claramente indicativa de que el amparo legal que se brinda al asignatario se extiende especialmente a los que están privados de administrar sus bienes. De allí que esta acción sólo pueda renunciarla el titular, personalmente y siendo capaz. Si la ley ha consignado en forma expresa que el plazo de prescripción (o de caducidad) de 4 años sólo corre contra el legitimario capaz de administrar sus bienes, es obvio que también sólo éste puede renunciar la acción.

En definitiva, la acción de reforma de testamento será renunciada si el legitimario perjudicado con el testamento otorgado por el testador acepta éste lisa y llanamente. De acuerdo con las reglas generales, la renuncia podrá ser expresa o tácita.¹¹

Como subraya Elorriaga, la acción sólo podrá ser renunciada una vez que se haya abierto la sucesión y se conozca el testamento. Una renuncia efectuada en vida del causante importa un acto que trata sobre el derecho a suceder a una persona viva y, por lo mismo, contiene objeto ilícito conforme al artículo 1463. Ello sería tanto como que el legitimario renunciara anticipadamente a su asignación.¹²

c.5) Es una acción transferible y transmitible. El asignatario forzoso, a partir del fallecimiento del causante, puede transferir sus derechos en la sucesión (art. 1910).

En tal evento, se transfieren con estos derechos las acciones que le competen al legitimario.

Se entiende que, para entablar la acción, no basta con transferir la acción, sino que la calidad de legitimario. La acción es también transmisible, como queda en evidencia con el tenor del art. 1216. De tal forma, al fallecimiento del asignatario forzoso, éste transmite sus derechos, y entre ellos, la acción de reforma de testamento que podrá intentar el sucesor del legitimario.

La Corte Suprema tuvo ocasión de fallar el siguiente caso: un hijo fue desheredado en forma ilegal por su madre. Falleció el hijo sin haber intentado la acción de reforma, dejando como heredero a su padre. Este, como heredero del hijo, entabló la acción de reforma en contra del testamento de la madre. La Corte, aplicando el art. 1216, reconoció que la acción estaba bien intentada.¹³

c.6) La acción es prescriptible, al decir de Somarriva. Su prescripción, contemplada en el art. 1216, presenta algunas particularidades.

Dos son las circunstancias exigidas por la ley para que empiece a correr el plazo de prescripción:

- i.- Que los legitimarios tengan conocimiento del testamento en el cual se les desconoce sus legítimas;
- ii.- Que tengan conocimiento de su calidad de legitimarios.

Se plantea al respecto la duda de saber a quién corresponderá probar el momento en que ha comenzado a correr el plazo de prescripción: si a los legitimarios o a los asignatarios establecidos en perjuicio de sus asignaciones forzosas. El problema se presenta porque al actor (en este caso, al legitimario) le corresponde probar los presupuestos de su acción, o sea, los hechos en que funda ésta, y entre ellos, podría considerarse incluido el plazo concedido por la ley para intentar la acción de reforma. En efecto, el art. 1216 utiliza la expresión "*dentro de*", que caracteriza los plazos fatales. Correspondería entonces a los legitimarios probar que se halla vigente el plazo

¹¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 76.

¹² Elorriaga De Bonis, Fabián, "*Derecho Sucesorio*", Santiago de Chile, LexisNexis, año 2005, p. 486.

¹³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 76 y 77.

para intentar su acción, o sea, el momento en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios.

No le parece ésta la interpretación correcta a Somarriva. Señala que debe aplicarse el art. 1698, regla fundamental del "*Onus probandi*". Entonces, si el asignatario demandado por los legitimarios opone la excepción de prescripción, a él le corresponderá probar que realmente ha existido prescripción y para ello deberá acreditar el momento en el cual los legitimarios tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de tales.

Estamos entonces, prosigue Somarriva, dado el plazo de 4 años, ante una prescripción especial, de aquellas a que se refiere el art. 2524. Y siendo una prescripción especial, no debería suspenderse en favor de los incapaces, pues el precepto citado dispone que estas acciones corren en contra de toda persona.

Sin embargo, la acción de reforma hace excepción a este principio, atendido el tenor del art. 1216. Dicho de otra manera, en este caso, a pesar de ser ésta una prescripción de corto plazo, se suspende en favor de los incapaces, y no comienza a correr sino desde que cesa la incapacidad.¹⁴ Se pregunta Elorriaga hasta cuándo podría estar pendiente este plazo. Ante la eventualidad de que pasen muchos años antes de que el legitimario adquiera plena capacidad, ¿existe un plazo máximo de espera al estilo de la regla establecida en los artículos 1692, inciso 3º, 1754, inciso 4º o 2520, inciso 2º, según la cual el plazo no puede pasar de diez años? Los autores –agrega Elorriaga–, no establecen este plazo máximo, de lo cual debiera colegirse que podría estar permanentemente suspendido. Sin embargo, atendidos los criterios de certeza y seguridad jurídica, no le parece una conclusión aceptable, resultando mucho más lógico estimar que el plazo de prescripción no puede pasar de diez años.¹⁵

Finalmente, consigna Somarriva, en los plazos de prescripción del art. 1216 tenemos la explicación del art. 1209, en cuya virtud los hechos constitutivos de las causales de desheredamiento si bien deben ser siempre acreditados en vida del testador o después de su fallecimiento, ello no es necesario si el desheredado no reclama de su desheredamiento en el plazo de 4 años contados desde la apertura de la sucesión o desde que cesa la incapacidad. Los dos preceptos están en perfecta armonía, porque la acción propia que tienen los legitimarios para reclamar de un desheredamiento ilegal es la reforma del testamento. Pasado el plazo de 4 años, ya no hay necesidad de acreditar las causales de desheredamiento, pues el afectado ya no puede reclamar contra tal desheredamiento.¹⁶

Rodríguez Grez estima, a diferencia de Somarriva, que se trata de una acción sujeta a caducidad. Recuerda que la razón para darle este carácter es la expresión de la ley en cuanto a que la acción podrá intentarse "*dentro de los cuatro años contados desde el día...*" (art. 1216). Tiene presente que la acción de reforma de testamento no puede intentarse después de 4 años a partir del día en que se tuvo conocimiento del testamento y de la calidad de legitimario. Por consiguiente, el juez podría, sin necesidad de oponerse la prescripción, negar lugar a dicha acción si en los autos respectivos existe constancia evidente de que han transcurrido más de 4 años contados en la forma que la ley establece. Si lo que decimos es efectivo –señala Rodríguez Grez–, y el tribunal está facultado para rechazar la demanda sin que se haya opuesto la excepción de prescripción, ciertamente que la acción caduca y no prescribe.

La cuestión tiene importancia, pues la excepción de prescripción debe ser opuesta por quien tiene interés en ello (el demandado, en este caso). La caducidad puede ser alegada por el interesado o declarada de oficio por el juez cuando constan los elementos en que ella se funda. A criterio del autor citado, es esta la situación en

¹⁴ Lo mismo ocurre en el caso de la acción para demandar la nulidad relativa: artículo 1692 del Código Civil.

¹⁵ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 487.

¹⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 449 a 452.

que se encuentra la acción de reforma de testamento, transcurridos que sean los 4 años.

En relación al art. 1209, inciso 2º, agrega Rodríguez Grez, si la ley ha señalado que en este caso "*no será necesaria la prueba*" para acreditar la causal de desheredamiento, es porque, respecto del legitimario desheredado, caducó la acción mediante la cual podía reclamar su legítima. Si el plazo consignado en el art. 1216 fuere de prescripción y no de caducidad, la situación de este legitimario quedaría sin explicación, ya que para privarlo de su derecho de reforma de testamento debería oponerse y declararse la prescripción, todo lo cual no se concilia con lo dispuesto en el art. 1209, inciso 2º.¹⁷

La cuestión acerca de determinar si estamos ante una acción de prescripción o de caducidad *tiene también importancia, en lo concerniente al peso de la prueba*. Tal como consignamos, Somarriva estima, invocando el art. 1698, que es al asignatario demandado por los legitimarios a quien le corresponderá probar que realmente ha existido prescripción.¹⁸ Rodríguez Grez, por el contrario, postula que quien deduce la acción de reforma está obligado a acreditar los presupuestos de esta; entre éstos, que ella se encuentra vigente y no ha caducado. Señala que será quien interponga la acción aquél que -en el evento de que hayan transcurrido más de 4 años contados desde la apertura de la sucesión- deba probar que la acción está vigente (no caducada); por ende, deberá acreditar que el testamento llegó posteriormente a su conocimiento o que tuvo conocimiento de su condición de legitimario después de la apertura de la sucesión (este último caso no es extraño, ya que puede una persona ser reconocida como hijo en el testamento e ignorar su apertura y publicidad, en cuyo evento no estará en situación de ejercer sus derechos por desconocer los presupuestos en que se funda). Concluye que la terminología del art. 1216 no deja duda alguna de que, aceptando de que se trata de un plazo de caducidad, habrá de ser el actor quien deberá acreditar los hechos en que se funda la vigencia de la acción.¹⁹

Por consiguiente, el peso de la prueba se invierte según el plazo consignado en el art. 1216 sea de prescripción o de caducidad.

Un último aspecto de esta controversia dice relación a que el plazo, si es de caducidad, sólo corre contra persona capaz. Recordemos que Somarriva concluye que la suspensión que establece el art. 1216, es una excepción a las normas generales, en cuanto a que la prescripción de corto plazo no se suspende.²⁰ Por su parte, Rodríguez Grez consigna que siendo el plazo del art. 1216 de caducidad, forzoso es inferir que éste sólo corre contra personas capaces. Ello es perfectamente concordante con lo dispuesto en el art. 1209.

A propósito del caso anterior, se pregunta Rodríguez Grez hasta qué momento puede deducirse útilmente la acción de reforma de testamento. Cree este autor que la suspensión del plazo (sea de caducidad o de prescripción) sólo puede alegarse hasta que opere la prescripción adquisitiva de la asignación, lo cual ocurrirá cuando ella está siendo poseída por un tercero (sea asignatario forzoso, voluntario o un tercero ajeno a la sucesión). Recordemos que si el poseedor ha obtenido un reconocimiento judicial (art. 704), la prescripción operará en el plazo de 5 años; en caso contrario, la prescripción adquisitiva operará en el plazo de 10 años (arts. 1269 y 2512). Piensa Rodríguez Grez que la solución no puede ser otra, ya que una cosa es la acción de reforma de testamento y otra muy distinta es la prescripción adquisitiva de la herencia, la que, al culminar, como es lógico, deja sin efecto práctico la acción de reforma de testamento. En tal hipótesis, el legitimario, puede invocar la acción de reforma de

¹⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 77 u 78.

¹⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 451.

¹⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 78 y 79.

²⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 451.

testamento -la cual estaría vigente-, pero perderá la asignación y los bienes que la componen por obra de la prescripción adquisitiva que invocará un tercero poseedor.²¹

Para Domínguez Águila y Domínguez Benavente, la acción es prescriptible. Expresan al efecto: "*Acción prescriptible*. El art. 1216 limita a los legitimarios el derecho a ejercer la acción de reforma al plazo de cuatro años 'contados desde que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios'. Pudiera entenderse que la ley, más que establecer un plazo de prescripción de la acción de reforma, ha fijado para ella una caducidad, de modo que ella se concederá al legitimario sólo por cuatro años, pasados los cuales decaería. No otra explicación podría darse al hecho de establecer el art. 1216 un plazo atal, pues es 'dentro de los cuatro años' que la acción ha de ejercitarse (art. 49). Pero es claro que la ley ha entendido establecer allí una prescripción, sujeta por lo tanto a la respectiva alegación por el demandado. El inciso 2º dice que 'Si el legitimario, a la apertura de la sucesión, no tenía la administración de sus bienes, no *prescribirá* la acción en él la acción de reforma antes de la expiración de cuatro años contados desde el día en que tomare esa administración'. La ley califica al plazo como una prescripción, lo que está de acuerdo con las demás características de la acción, que la ley entrega a las normas generales de las acciones patrimoniales. No se observa cuál podría ser la razón de establecer para ella una caducidad".²²

Elorriaga adhiere también a la tesis de Somarriva -y que postula el resto de la doctrina, con exclusión de Rodríguez Grez-, en cuanto a que se trata de una acción prescriptible.²³

c.7) Se trata de una acción de lato conocimiento. No tiene un procedimiento especial señalado en la ley. No se encuentra tampoco en ninguno de los casos a que se refiere el art. 680 del Código de Procedimiento Civil, ni requiere de una tramitación breve y sumaria.²⁴

c.8) La acción es de competencia de la justicia ordinaria. El juicio a que da lugar la acción de reforma de testamento es de competencia exclusiva de la justicia ordinaria y se encuentra entre aquellas materias de que trata el art. 1330. Cabe indicar que, para intentar la acción, no es necesario que previamente se entable un juicio para acreditar la calidad de legitimario, para, enseguida, dilucidado este punto, entablar la acción de reforma de testamento. En el mismo pleito, si se niega por el demandado la calidad de legitimario, se discute este punto fundamental para que prospere la acción de reforma. Y ésta será acogida o no, según si se logra acreditar la calidad de legitimario. Así lo ha reconocido la jurisprudencia.

Tampoco es necesario que se efectúe previamente la partición de bienes para acreditar la violación de las legítimas.²⁵

c.9) La acción puede deducirse conjuntamente con la acción de petición de herencia. Ella puede -y debe- oponerse conjuntamente con la de petición de herencia (acción real para recuperar la herencia ocupada por otro en calidad de poseedor), a fin de que quien la intenta pueda recuperar los bienes que componen la asignación. De otro modo, la sentencia sólo habilitará al ganancioso para reclamar tales bienes mediante la interposición de otra acción. La acción de reforma es declarativa, al limitarse a reconocer que el demandante es legitimario y que el testamento del causante debe

²¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 79.

²² Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Tomo II, 3ª edición actualizada, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, N° 1.050, pp. 1117 y 1118.

²³ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 487.

²⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 79.

²⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 80.

modificarse reconociendo los derechos que le asisten en la sucesión. Por lo tanto, esta acción no permite recuperar los bienes que componen la asignación si ellos están en poder de otros asignatarios o de terceros.²⁶

d) Objeto de la acción de reforma de testamento.

Mediante el ejercicio de la acción, se puede solicitar la modificación del testamento del causante, para el pleno y cabal reconocimiento del derecho que corresponde:

d.1) En la legítima rigorosa o efectiva; y

d.2) En la cuarta de mejoras.

Analizaremos estos distintos objetivos de la acción:

d.1) La acción de reforma puede perseguir la legítima rigorosa o efectiva, según los casos. Así está indicado en el art. 1217. El legitimario reclamará su legítima rigorosa, siempre si es ascendiente, y si es descendiente o cónyuge o conviviente civil sobreviviente del causante, cuando sus derechos han sido desconocidos en favor de otros legitimarios de igual derecho, y la efectiva, cuando han sido violados en favor de terceros extraños que no son legitimarios.

Por ejemplo (siguiendo a Somarriva), el testador tenía dos hijos, B y C, y en el testamento instituye heredero universal a B y deja un legado de un automóvil a C. Este puede intentar la acción de reforma del testamento, pues se ha violado su legítima, pero mediante ella reclamará la legítima rigorosa, pero no la efectiva. Y ello porque B está mal instituido como heredero universal en la mitad legitimaria, pues de ella sólo le corresponde la mitad, pero no en el resto de la herencia, ya que el testador podía dejarle íntegra la parte de mejoras y de libre disposición; en esta parte, no se reforma el testamento, y por ello es que C sólo puede reclamar su legítima rigorosa.

En cambio, si en el mismo ejemplo, el testador instituye heredero universal a su amigo D, dejando sendos legados a sus hijos B y C, éstos pueden reclamar mediante la acción de reforma la legítima efectiva, pues les han sido desconocidas tanto su mitad legitimaria como la cuarta de mejoras. Pero no pueden reclamar toda la herencia, por cuanto en la parte de libre disposición D está bien instituido como heredero. En efecto, mediante la acción de reforma de testamento jamás podrá reclamarse la parte de libre disposición, porque el testador puede destinarla a quien quiera. La acción de reforma sólo procede cuando el testador no respeta las asignaciones forzosas.

A su vez, en conformidad al art. 1217, inciso 2º, el legitimario indebidamente desheredado tendrá derecho para que subsistan las donaciones entre vivos comprendidas en la desheredación. Ello, porque en conformidad al art. 1210 el desheredamiento deja sin efecto las donaciones hechas por el causante al desheredado. En consecuencia, el último, al reclamar de su desheredamiento mediante la acción de reforma, podrá exigir dichas donaciones.²⁷

Rodríguez Grez discrepa de la conclusión de Somarriva, en orden a la interposición de la acción de reforma de testamento por parte del desheredado, como lo veremos.²⁸ Elorriaga se pliega a la opinión de Somarriva. Haciéndose cargo del planteamiento de Rodríguez Grez, señala que, de aceptarlo, ello implicaría suponer que la desheredación no produce efectos sino hasta que se termine el juicio en que se acredita la causal invocada para ello. Sin embargo, Elorriaga considera que el desheredado, por el solo hecho del desheredamiento, queda excluido de la sucesión, y

²⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 81.

²⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 452 a 455.

²⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 82.

si él lo estima, podrá impugnar ese desheredamiento, precisamente a través de la acción de reforma de testamento.²⁹

d.2) La acción de reforma puede perseguir la cuarta de mejoras: art. 1220.

Si el que tiene descendientes, ascendientes o cónyuge o conviviente civil sobreviviente deja todo o parte de la cuarta de mejoras a otras personas, procede la acción de reforma del testamento. De tal forma, esta acción también sirve para amparar la cuarta de mejoras cuando el testador la distribuye entre otras personas que aquellas a quienes por ley les corresponde.

Pero es necesario tener presente que en este caso la acción de reforma corresponde sólo a los legitimarios y no a todas las personas que pueden ser beneficiadas con las mejoras. Dicho de otro modo, no pueden intentar la acción de reforma de testamento los descendientes que pudieron ser favorecidos con la cuarta de mejoras y no lo fueron, si no son legitimarios. La razón de lo anterior es muy sencilla: sin interés no hay acción, y si queda sin efecto la disposición ilegal de la cuarta de mejoras hecha por el testador, se aplicarán en esta parte las reglas de la sucesión intestada, y la cuarta de mejoras beneficiará exclusivamente a los legitimarios.³⁰

e) Legitimación activa y pasiva en la acción de reforma de testamento.

e.1) Legitimación activa: sólo la tienen los legitimarios.

Interesante resulta definir -señala Rodríguez Grez- la situación del desheredado por cláusula testamentaria del causante. El desheredado, a juicio de este autor (y a diferencia de lo que opinan Somarriva y Elorriaga, como vimos) no necesita deducir acción de reforma de testamento. En efecto, no es ello necesario, puesto que:

- Al fallecimiento del causante, si no se ha probado y calificado en juicio ordinario la causal de desheredamiento, deberá reclamar su asignación y los interesados en excluirlo serán los llamados a entablar demanda en su contra, conforme al art. 1209, inciso 1º.
- Mientras no exista juicio entre los interesados en probar y calificar la causal, el asignatario desheredado no puede ser excluido de la sucesión.
- Deducida demanda, operará el art. 1330, debiendo el juez (en juicio ordinario) decidir su derecho a la sucesión.
- Si la causal de desheredamiento ha sido probada en vida del testador, quedará automáticamente excluido de la sucesión y no habrá llamamiento a suceder.
- Finalmente, si el desheredado no reclama su asignación y deja pasar 4 años, perderá su derecho a la asignación forzosa que le corresponda, sin que sea necesaria prueba de los hechos constitutivos de la causa ni su calificación por el tribunal competente.³¹

e.2) Legitimación pasiva: la acción de reforma se dirige contra los asignatarios forzosos o voluntarios que han sido favorecidos en el testamento, con violación de las asignaciones forzosas. En consecuencia, cualquier asignatario, sea éste forzoso o voluntario, favorecido por el testador con una asignación que sobrepase las asignaciones protegidas por la ley, puede ser sujeto pasivo de la acción.³²

f) Acción de reforma de testamento y preterición.

²⁹ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., pp. 488 y 489.

³⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 454 y 455.

³¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 82.

³² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 82 y 83.

La preterición, como se estudió en su oportunidad, puede ser lesiva y no lesiva. Es lesiva, cuando pasando en silencio al legitimario se dispone de los bienes de la herencia en perjuicio de su asignación forzosa, como ocurre cuando junto con ignorarse a un legitimario se instituye un heredero al cual se le asigna íntegramente la mitad legitimaria. En este caso, el preterido deberá interponer acción de reforma de testamento para que se le reconozca su calidad de legitimario y se repare la lesión y preterición de que ha sido objeto.

La preterición no es lesiva tanto cuando, no obstante el silencio del testador respecto de su legitimario, no se ha afectado su asignación forzosa con las otras disposiciones, como cuando el testador, omitiendo toda referencia al legitimario, sólo dispone de la parte que la ley califica de libre disposición.

En consecuencia, la preterición puede dar lugar a la acción de reforma de testamento si ella va acompañada de una lesión efectiva a la asignación legítima. De lo contrario, siguiendo lo previsto en el art. 1218, el legitimario se entenderá instituido como heredero en su legítima.³³

Así ocurre, por ejemplo, en el caso resuelto por sentencia del 28° Juzgado Civil de Santiago, autos Rol N° 14.324-2015. La viuda del testador dedujo acción de reforma de testamento, pues el causante instituyó como herederos en la mitad legitimaria a sus cinco hijos, omitiendo a su cónyuge (de quien se encontraba separado de hecho hacía más de treinta años). Adicionalmente, también se infringió la ley en la cláusula que distribuyó la mitad legitimaria entre los cinco hijos, pues el testador dispuso que le corresponderían 2/9 a cada hijo matrimonial y sólo 1/9 el hijo no matrimonial. La sentencia acogió la demanda, expresando: "DÉCIMO TERCERO: (...) Visto, además, lo dispuesto en los artículos 983, 1167, 1181, 1182, 1184 y siguientes del Código Civil, 254 y siguientes, 341 y siguientes, 356 y siguientes, del Código de Procedimiento Civil, se declara: I.- Que se acoge la demanda de fojas (...) y se reforma el testamento cerrado otorgado por don (...), con fecha 10 de octubre de 1996 ante el Notario Público de Santiago don (...), abierto en causa Rol V-44-2011 del 5° Juzgado Civil de Santiago, y se modifica la parte en que asigna la mitad legitimaria de sus bienes, la que debe quedar de la siguiente forma: 'La mitad legitimaria debe dividirse en 7 partes, correspondiendo un séptimo para cada uno de los hijos del causante (...) y dos séptimos para la cónyuge sobreviviente doña (...). II.- Que la presente sentencia deberá inscribirse al margen de la inscripción de la posesión efectiva de los bienes quedados al fallecimiento de don (...) y de la o las inscripciones especiales de herencia si las hubiere".

g) Acción de reforma de testamento y acción de petición de herencia.

Conviene señalar la relación que puede existir entre ambas acciones. Hemos visto que, mediante la acción de reforma de testamento, se persigue modificar éste para hacer prevalecer sobre sus disposiciones, las asignaciones forzosas, cuando éstas han sido lesionadas por el testador. Se trata, por lo tanto, de una acción personal y que busca la declaración de que el demandante es titular de su asignación forzosa y que ella debe pagarse íntegramente con desmedro de las disposiciones testamentarias del causante.

Ahora bien, si los bienes que componen la asignación forzosa están en poder de un tercero en carácter de poseedor, para recuperar dichos bienes deberá deducirse la acción de petición de herencia, destinada a sacar materialmente los bienes disputados de manos del poseedor.

³³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 84.

Por el contrario, si los bienes que integran la asignación forzosa no están siendo poseídos por un tercero, no será necesario deducir esta acción (por ejemplo, si están en poder de un albacea).

Observamos en consecuencia que la acción de reforma de testamento es una acción personal, mientras que la segunda es una acción real.

La primera se dirige contra los asignatarios favorecidos en desmedro de la legítima; la segunda, se dirige contra cualquiera que está en posesión de los bienes que componen la herencia.

Se ha fallado que ambas acciones pueden deducirse conjuntamente, siendo la de reforma de testamento el supuesto en que se basa la acción de petición de herencia (recordemos que igual cosa sucede entre la nulidad y la reivindicación: la primera, acción personal, será el supuesto de la segunda, acción real).

Además, la interposición de la acción de petición de herencia permitirá interrumpir la prescripción si la herencia está siendo poseída por un tercero.³⁴

3.- Acción de petición de herencia.

a) Naturaleza de la acción de petición de herencia.

Se trata de una acción de "restitución", es decir, se trata de una acción "reivindicatoria" que tiene por objeto una universalidad jurídica, la herencia.

Recordemos que la acción reivindicatoria sólo puede deducirse respecto de las cosas singulares y de cuotas determinadas de una cosa singular (arts. 890 y 892); la misma ley dispone que los derechos reales pueden reivindicarse, "excepto el derecho de herencia" (art. 891). De aquí arranca el establecimiento de una acción especial concedida al verdadero heredero para que pueda reivindicar su derecho de herencia.

b) Concepto y elementos de la acción de petición de herencia.

Trata de esta acción el párrafo IV del Título VII, arts. 1264 y siguientes. La doctrina proporciona diversas definiciones de dicha acción.

Somarriva señala que es aquella que compete al heredero para obtener la restitución de la universalidad de la herencia, contra el que está poseyendo, invocando también la calidad de heredero.³⁵

Domínguez Benavente y Domínguez Aguila la definen como aquella acción que se concede al dueño de una herencia para reclamar su calidad de tal, sea contra quien posee en su totalidad o en parte, como falso heredero; o parcialmente de quien siendo verdaderamente heredero, desconoce éste carácter al peticionario, a quien también le corresponde; o, en fin, contra el que posea o tenga cosas singulares que componen la herencia, a título de heredero.³⁶

Rodríguez Grez, por su parte, la define como aquella acción mediante la cual el dueño de una herencia reclama la posesión de la misma de un falso heredero, a fin de que reconociéndosele tal calidad, se le restituyan todos los bienes que componen la universalidad de su dominio. Lo que importa destacar, dice este autor, es el hecho que la acción la ejerce quien tiene derecho a una herencia de la cual no está en posesión, para que se le restituya la universalidad jurídica por parte de quien la detenta como poseedor.³⁷

Elorriaga, señala que es una acción real que la ley confiere al heredero que no está en posesión de la herencia, en contra del que la posee también a título de

³⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 85 a 87.

³⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 508.

³⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 90.

³⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 90.

heredero, para que al demandante se le reconozca su derecho a ella y en atención a dicha calidad le sean restituidos los bienes corporales e incorporeales que la componen.³⁸

La acción corresponde a todos los asignatarios a título universal o herederos, cualquiera que sea su calidad (testamentarios, intestados, forzosos, semiforzados). Se trata de un recurso instituido por la ley en favor de quienes están privados de su herencia, teniendo derecho a ella.

En el fondo, se trata de una verdadera acción reivindicatoria, pero referida a una universalidad jurídica: la herencia.

Los principales elementos de esta acción, pueden resumirse de la siguiente manera:

1º Se trata de una acción que se concede a quien tiene derecho sobre una herencia, cualquiera que sea el título de ella.

2º La acción de petición de herencia supone que la herencia está ocupada por otra persona en calidad de heredero. Hay un tercero que posee la herencia alegando su calidad de falso heredero. La acción enfrenta entonces un heredero verdadero con un falso heredero.

3º La acción tiene como objeto preponderante que, reconociéndose el derecho a la herencia, se restituya al verdadero heredero la totalidad de las cosas que componen la universalidad jurídica.³⁹

c) Características de la acción de petición de herencia.

c.1) Es una acción real.

c.2) Es una acción divisible.

c.3) Es una acción universal en cuanto a su objeto. Discrepancia doctrinaria acerca de si es una acción mueble o inmueble.

c.4) Es una acción patrimonial, con todas las consecuencias jurídicas que de ello derivan.

c.5) Es una acción originaria.

c.1) Es una acción real.

Estamos ante un típico caso de acción real, pues éstas, conforme al art. 577, son las que nacen de los derechos reales. Y la acción de petición de herencia emana de un derecho real, cual es precisamente el derecho real de herencia. La acción de petición de herencia se entablará respecto de la persona que está poseyendo la herencia, quienquiera que ella sea.⁴⁰

c.2) Es una acción divisible.

Es perfectamente divisible en el sentido que le corresponderá a cada heredero por separado. Si existe un solo heredero, él exigirá toda la masa hereditaria. Pero si existen varios herederos, cada uno de ellos, por su cuota en la herencia, podrá deducir la acción.⁴¹

Algunos autores sostienen que la acción es indivisible en cuanto es posible que un coheredero demande la totalidad del haz hereditario poseído por quien carece de derecho en él. En tal caso, se dice, no podría el tribunal rechazar la demanda aduciendo que se tiene una asignación hereditaria limitada a sólo una parte de la

³⁸ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., p. 499.

³⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 89 y 90.

⁴⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 509.

⁴¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 509.

sucesión, salvo que el demandado se exceptione probando que él tiene derecho a una parte de la misma. Así, los Domínguez, para quienes el demandado no puede pretender que la acción sea desestimada, a pretexto de que el actor no es el único heredero. Este no es argumento para que la demanda sea desestimada. Por eso es indivisible.⁴²

Rodríguez Grez no es de la misma opinión. Afirma que aquél que interpone la acción de petición de herencia debe acreditar "*su derecho a la herencia ocupada por otro*" (art. 1264). Si el actor demanda la totalidad de la herencia y sólo acredita derecho a una parte, el tribunal no puede acoger la demanda, ya que estaría concediendo la posesión de una cuota de la herencia que no corresponde al dominio invocado por el titular. En tal evento, cree este autor que la sentencia no debe extenderse más allá del derecho que pruebe el actor.⁴³

c.3) Es una acción universal en cuanto a su objeto. Discrepancia doctrinaria acerca de si es una acción mueble o inmueble.

La acción de petición de herencia recae en una universalidad jurídica. La existencia misma de la acción se justifica por el hecho de que no puede perseguirse una universalidad jurídica mediante la interposición de una acción reivindicatoria. A su vez, se ha fallado que el legatario no tiene derecho a la acción de petición de herencia, precisamente porque el legado comprende bienes determinados.⁴⁴

Para Somarriva, se trata de una acción mueble. Tiene presente que la acción tiene carácter universal, pues tiene por objeto recuperar el haz hereditario, la universalidad de la herencia. En consecuencia, dice este autor, debemos catalogar la acción como una acción mueble, porque el derecho de herencia en sí mismo no puede ser considerado como inmueble, aun cuando en la masa de bienes existan bienes raíces. Ello, porque la universalidad de la herencia constituye algo distinto de los bienes que la componen. Por lo tanto, aplicando el art. 580, debe reputarse la acción como mueble.⁴⁵

Rodríguez Grez por su parte, reconociendo que el tema es discutible, se inclina por una solución diversa. En su opinión, no existe razón alguna para sustraer la regulación de esta materia de lo previsto en el art. 580. Señala que la doctrina mayoritaria (Somarriva entre otros), para ser coherente, debiera concluir que siendo el estatuto de los bienes muebles la regla general, éste es el que debe aplicarse, cualquiera sea el contenido o los bienes que integran el derecho real de herencia. No debiera dicha doctrina recurrir al art. 580, pues en éste se distingue entre acciones muebles e inmuebles. Recuerda que el punto también se ha debatido a propósito de la tradición del derecho real de herencia. En esa materia, José Ramón Gutiérrez (a quien adhiere Rodríguez Grez) sostiene que a este derecho se le aplica el art. 580, pudiendo en consecuencia ser calificado de mueble o inmueble. Leopoldo Urrutia, por el contrario (en una tesis asimilable a la expuesta de Somarriva) afirma que se trata de un derecho "*sui generis*", ni mueble ni inmueble, debiendo hacerse la tradición del mismo conforme al art. 670, esto es, por cualquier medio que revele la intención del tradente de transferir el dominio y del adquirente de adquirirlo.⁴⁶

Para Rodríguez Grez, el derecho de herencia no hace excepción a la regla general del art. 580, que sirve para calificar de mueble o inmueble un derecho. De tal modo, si los bienes de la herencia son muebles, el derecho tendrá la misma naturaleza; pero si entre dichos bienes hay inmuebles, el derecho será inmueble. Esto

⁴² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 92 y 93.

⁴³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 92 a 94.

⁴⁴ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 94 y 95.

⁴⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 509 y 510.

⁴⁶ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 97 y 98.

último, porque prevalece la especialidad del estatuto jurídico de los bienes inmuebles.⁴⁷

Elorriaga destaca que la discusión precedente, importante para los efectos de la competencia de los tribunales (artículo 134 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales), carece en realidad de importancia en materia sucesoria, pues existe al efecto una regla especial, la del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, conforme a la cual será juez competente para conocer del juicio de petición de herencia el del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto con arreglo a lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil. Entonces, será tribunal competente el del último domicilio del causante. Dado lo anterior, carece de importancia, en esta materia, la discusión acerca de si se trata de una acción mueble o inmueble.⁴⁸

c.4) Es una acción patrimonial, con todas las consecuencias jurídicas que de ello derivan.

La acción es típicamente patrimonial, puesto que persigue un beneficio pecuniario: la masa hereditaria. Esta aseveración trae consigo las consecuencias conocidas:

- La acción es renunciable: es perfectamente renunciable, por aplicación del art. 12. En efecto, su renuncia no está prohibida por la ley y la acción está establecida en el solo interés del heredero despojado de la herencia. Por cierto, la renuncia sólo puede operar una vez fallecido el causante (art. 1463).
- La acción es transmisible: es perfectamente transmisible, porque el verdadero heredero que fallece transmite a sus herederos el conjunto del patrimonio, en el cual va incluida esta acción de carácter patrimonial.
- La acción es transferible: afirmarlo, es lo mismo que decir que el cesionario de los derechos hereditarios del verdadero heredero puede invocar la acción de petición de herencia. La transferencia de esta acción se hace siempre conjuntamente con la cesión de la asignación o herencia. Ha habido quienes han pretendido negar esta aseveración, basándose en que por la cesión de los derechos hereditarios no se cede la calidad de heredero en sí mismo, la cual continúa radicada en el cedente. Puede que así sea -dice Somarriva- pero es indudable que en la cesión de derechos hereditarios se cede todo el beneficio económico que ellos significan. Y dentro de este beneficio económico va incluida la acción de petición de herencia. Resulta lógico, entonces, que el cesionario de los derechos hereditarios pueda invocarla para proteger el beneficio pecuniario que significa la herencia. La propia letra de la ley abona esta interpretación, pues el art. 1264, aludiendo a quien puede interponer la acción, dice "*el que probare su derecho a una herencia...*". No se refiere el precepto al "*heredero*". Es evidente que el cesionario de los derechos hereditarios queda incluido en esta expresión utilizada por la ley, pues puede probar su derecho a la herencia acreditando el derecho del cedente y su calidad de cesionario.⁴⁹ Rodríguez Grez, reafirmando la opinión de Somarriva, agrega que parece inconcebible que pueda cederse el derecho a una herencia y no comprenderse en dicha cesión la acción, ya que si la herencia está siendo poseída por un tercero sin derecho alguno sobre ella, no existiría ninguna posibilidad de recuperarla. Lo propio ocurre con la acción reivindicatoria. Si se transfiere la propiedad, en dicha transferencia se incluye la acción reivindicatoria si la cosa está siendo poseída por un tercero sin derecho a ello.

⁴⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 97 y 98.

⁴⁸ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., pp. 502 y 503.

⁴⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 510 y 511.

- La acción es prescriptible: como todas las acciones patrimoniales, la de petición de herencia es perfectamente prescriptible. Reglamenta la materia el art. 1269, en relación al art. 704. Se desprende de tales disposiciones que la acción de petición de herencia tiene dos plazos de prescripción: el de 5 y el de 10 años.
- i) Prescripción de 5 años: la acción de petición de herencia prescribe en el plazo de 5 años, respecto del heredero a quien se ha concedido la posesión efectiva de la herencia: tal es lo que dice el art. 704, al cual se remite el art. 1269. En este caso, es indiscutible que la acción de petición de herencia se extingue porque el falso heredero ha adquirido la herencia por prescripción adquisitiva ordinaria de 5 años, pues le servirá de justo título el decreto judicial o la resolución administrativa de posesión efectiva. Consecuencia de que sea prescripción ordinaria, es el hecho que se suspenda en favor de las personas enumeradas en el art. 2509. Ahora bien, sabemos que la prescripción ordinaria exige, además de justo título, buena fe. Es evidente entonces, señala Somarriva, que en este caso también debe existir buena fe de parte del falso heredero. Así lo ha declarado la Corte Suprema. Como la buena fe se presume, quien entabla la acción de petición de herencia deberá acreditar que el heredero a quien se concedió la posesión efectiva, estaba de mala fe (lo que podría suceder por haber tenido conocimiento del testamento del causante en que se revoca su asignación; o si estaba en conocimiento de la existencia de herederos con derecho preferente al suyo, etc.). Íntimamente vinculado con este tema, se encuentra lo referente al art. 967, en el que se establece que el incapaz para suceder a una persona, no adquiere la herencia o legado, mientras no prescriban las acciones que contra él puedan intentarse por los que tengan interés en ello. Se pregunta la doctrina qué sucede si el incapaz obtiene un reconocimiento judicial que lo transforma en heredero putativo. En tal evento, ¿Puede llegar a adquirir por prescripción ordinaria de 5 años, extinguiéndose en el mismo plazo la acción de petición de herencia? Se ha sostenido que el incapaz no tiene buena fe y, por consiguiente, no obstante ser heredero putativo, no es poseedor regular, razón por la cual sólo puede alegar prescripción extraordinaria de 10 años.
 - ii) Prescripción de 10 años. En el caso de que al falso heredero no se le haya concedido la posesión efectiva de la herencia, la acción de petición de herencia prescribe en el plazo de 10 años. Respecto de esta prescripción, se ha presentado el problema de determinar si acaso se trata de una prescripción simplemente extintiva, o bien, de una prescripción adquisitiva. Dicho de otra manera, si basta que transcurran 10 años para la extinción de la acción de petición de herencia, o si será necesario además que un tercero haya adquirido esta herencia por prescripción adquisitiva de 10 años. La Corte Suprema ha fallado que esta prescripción es extintiva, apoyándose en el tenor literal del art. 1269 ("*el derecho expira...*"). La expresión "*expira*" estaría dando a entender que basta el transcurso del tiempo para que se extinga esta acción. Somarriva estima que el fallo es criticable, señalando que existen poderosos argumentos en contra de tal interpretación del precepto:
 - 1º Si la prescripción de 5 años es adquisitiva, no se ve por qué razón la de 10 años no va a ser de la misma naturaleza,
 - 2º El art. 2512 dispone que el derecho de herencia se adquiere por la prescripción extraordinaria de 10 años. Es muy fácil relacionar ambos preceptos: el art. 2512 nos dice que la herencia se adquiere por la prescripción extraordinaria y el art. 1269 que la acción de petición de herencia expira pasados 10 años. En ambos casos, el legislador consagra

este plazo de 10 años, lo cual, a pesar de la palabra "expira" utilizada por el art. 1269, indica que la ley exige la adquisición de la herencia por otra persona.

3º Es del caso aplicar el art. 2517, en conformidad al cual toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho. Es el caso preciso de la acción de petición de herencia, por medio de la cual se reclama un derecho -el de herencia- que se adquiere por prescripción.

4º Por otra parte, concluye Somarriva, si negamos que opere en este caso el art. 2517, resultaría que este precepto sería aplicable entonces solamente a la acción reivindicatoria, cosa inaceptable dada la redacción de la disposición y su ubicación entre las disposiciones generales sobre prescripción. En efecto, de limitarse la aplicación del precepto sólo a la acción reivindicatoria, el art. 2517 hubiera sido incluido en el párrafo que trata de ésta. Si el legislador lo ubicó en las reglas generales de la prescripción, es porque el precepto también se aplica a la acción de petición de herencia.

Por todas estas razones, concluye Somarriva que la prescripción de 10 años también es adquisitiva, y que la acción de petición de herencia sólo se extingue cuando otra persona adquiere la herencia por prescripción extraordinaria de 10 años. Así lo había dicho la propia Corte Suprema, en un fallo anterior al criticado.⁵⁰

La crítica de la doctrina a la tesis de la prescripción extintiva ha sido recogida en los últimos años por la jurisprudencia, siendo la tendencia actual la de admitir que se ha de tratar de una prescripción adquisitiva. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 24 de enero de 2008⁵¹; en una sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de mayo de 2010⁵²;

⁵⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 511 a 513.

⁵¹ "1. Que en cuanto a la prescripción adquisitiva alegada por el demandado, se ha de tener presente, en primer lugar, que la acción de petición de herencia deducida en estos autos, es una acción destinada a proteger el derecho real de herencia, derecho que es susceptible de adquirirse por prescripción, conforme a lo dispuesto en los artículos 2498 y 2512 del Código Civil. En consecuencia, la referida acción no termina por su no ejercicio, sino una vez que el derecho real de herencia ha sido adquirido por un tercero mediante la prescripción adquisitiva, modo de adquirir por el cual no sólo se adquiere el dominio, sino los demás derechos reales que no están especialmente exceptuados. Lo anterior se encuentra en armonía con lo previsto en el artículo 2517 del Código Civil, según el cual: toda acción por la cual se reclama un derecho (real) se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho, norma que diferencia, entonces, la forma en que prescriben las acciones que nacen de obligaciones, de las acciones propietarias, que son las que nacen de un derecho real y que consisten en la acción reivindicatoria y de petición de herencia. 2.- Que es en este contexto que ha de interpretarse, pues, lo dispuesto en el artículo 1269 del Código Civil, que establece que el derecho de petición de herencia expira en diez años, sin perjuicio del heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 704, que podrá oponer a esta acción la prescripción de 5 años. Se trata, en definitiva, de una prescripción adquisitiva, no liberatoria.": sentencia pronunciada en los autos Rol número 7.011-2003, redactada por abogado integrante Sra. Andrea Muñoz Sánchez.

⁵² "Que el artículo 1269 del Código Civil prevé que: 'El derecho de petición de herencia expira en diez años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 704, podrá oponer a esta acción la prescripción de cinco años'. Opuesta la excepción de prescripción en los términos que se explicitaron en la parte expositiva del fallo de casación que antecede, cabe no obstante recordar, que como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia de esta Corte Suprema, resulta impropio colegir del contenido de la norma recién transcrita una eventual 'prescripción extintiva' de la acción, toda vez que 'por tratarse de una acción propietaria, que no se pierde por el no uso, la norma a aplicar debe ser el artículo 2517, según la cual la acción de petición de herencia sólo se va a extinguir cuando el poseedor haya adquirido el derecho de herencia por prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria' (C. de Santiago, 5 de junio de 1990, Rev. Der. y Jur., t. LXXXVII, sec. 2ª, pág. 122; C. Suprema, 28 de octubre de 2003, Rev. Der. y Jur., t. 100, sec. 1ª, pág. 200).": Autos Rol número 7.852-2008. Redacción del fallo por Ministro Sr. Juan Araya E.

Que la prescripción sea adquisitiva y no extintiva, tiene consecuencias procesales, pues como lo ha sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema, la primera debe ser alegada por vía de acción. Por lo tanto, si es el demandado el interesado en alegarla, necesariamente debe interponer demanda reconvenzional.⁵³

En esta materia, problema interesante de resolver es desde cuándo se computa el plazo de prescripción de la acción de petición de herencia. Parece obvio -dice Rodríguez Grez- que siendo la prescripción adquisitiva del derecho real de herencia la que extingue la acción de petición de la misma, sin duda la prescripción debe computarse desde el momento mismo en que el falso heredero entre en posesión de la herencia.

A pesar de lo claro que pueda resultar esta cuestión, la jurisprudencia ha emitido fallos contradictorios. Se ha señalado que el plazo debe computarse desde la delación de la herencia (fallecimiento del causante, por regla general); otro fallo ha concluido que la prescripción debe computarse desde la fecha de concesión de la posesión efectiva a favor de los demandados⁵⁴; y otros opinan que dicho computo debe hacerse desde la fecha de la inscripción del auto o de la resolución administrativa.⁵⁵

Lo anterior, tratándose de la prescripción adquisitiva ordinaria, en la que existe resolución mediante la cual se confirió la posesión efectiva al heredero putativo.

¿Qué ocurre, en cambio, tratándose de la prescripción adquisitiva extraordinaria de diez años, en la que no ha mediado resolución que confirió la posesión efectiva?

En este caso, destaca Elorriaga, la prescripción debiera contarse desde que se reúnen en manos del falso heredero el corpus y el animus, pues es en ese momento en el que se dan las condiciones necesarias como para que el falso heredero pueda comenzar su posesión. La jurisprudencia, sin embargo, ha sido vacilante en este punto: algunas sentencias -las más antiguas-, han resuelto que este plazo de diez años se cuenta desde la muerte del causante; en cambio, sentencias posteriores, con mejor juicio en opinión de Elorriaga, han resuelto que el día inicial de este plazo no es el de la delación de la herencia, sino el del día en que el falso heredero ha entrado en la posesión hereditaria.⁵⁶ En otras palabras, el falso heredero debe detentar la *posesión real* de la herencia (art. 700).

c.5) Es una acción originaria.

Se trata de una acción que tiene el verdadero heredero y que no se adquiere por transmisión de su causante. De allí que la Corte Suprema haya entendido que es "*el derecho sucesorial en ejercicio*", puesto en movimiento, o hecho valer ante los tribunales de justicia.⁵⁷

d) Objeto de la acción de petición de herencia.

⁵³ Se expresa en la citada sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de mayo de 2010: "...interpuesta la acción de petición de herencia, el demandado -que se encuentra poseyendo la herencia- en el caso que desee alegar la prescripción, deberá demandar reconvenzionalmente solicitando que se declare que él ha adquirido la herencia por prescripción adquisitiva, que será ordinaria de cinco años, tratándose del heredero de buena fe a quien se otorgó la posesión efectiva, o de diez años en los demás casos. La reflexión que antecede bastaría para rechazar desde ya la defensa que se sustenta en una pretendida prescripción de la acción de petición de herencia, puesto que tal como se desprende del mérito de autos, aquélla no fue esgrimida como demanda reconvenzional, en los términos en que se señaló precedentemente." Autos Rol número 7.852-2008. Redacción del fallo por Ministro Sr. Juan Araya E.

⁵⁴ Así lo estima Elorriaga: Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., pp. 507 y 508.

⁵⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 101.

⁵⁶ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., pp. 509 y 510.

⁵⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 91 y 92.

El objeto es reclamar la universalidad de los bienes pertenecientes al causante (art. 1264). Este artículo dice que el heredero tiene acción para que se le "*adjudique*" la herencia. La expresión "*adjudique*" no está utilizada en su verdadero sentido jurídico. Está utilizada esta expresión, dice Rodríguez Grez, como equivalente a "*reconocimiento*", o declaración de que se tiene derecho a la herencia que se reclama.

La acción, subraya Rodríguez Grez, tiene por objeto dos cosas de distinta naturaleza:

- i) El reconocimiento de la calidad de heredero y el derecho a la herencia ocupada por otro; y
- ii) La restitución material de las cosas hereditarias que componen la asignación reclamada.

Lo primero, será el supuesto jurídico necesario de lo segundo.⁵⁸

Como destaca Elorriaga, la acción tiene por objeto el reconocimiento de la calidad de heredero y también reclamar bienes concretos que están siendo poseídos por terceros en calidad de herederos. No es necesario que se recurra en este caso a la acción reivindicatoria, pues ella sólo será procedente en contra de terceros en la medida que ellos retengan bienes no en calidad de herederos, sino que a otro título (por ejemplo, porque adquirieron la cosa de manos del falso heredero). La universalidad de la acción de petición de herencia no se opone a que por ella se puedan reclamar bienes individualmente considerados.⁵⁹

La acción es pues bastante amplia en sus objetivos; además, en conformidad al art. 1265, ella se extiende "*no sólo a las cosas que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto, sino a los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia*".

Cabe consignar que un fallo declara que no hay cosa juzgada para el juicio de petición de herencia en la resolución que rechaza la solicitud de que se deje sin efecto el auto de posesión efectiva (o la resolución administrativa, debemos agregar, si la sucesión fuere intestada).⁶⁰

e) Legitimación activa y pasiva en la acción de petición de herencia.

e.1) Quienes pueden ejercitar la acción de petición de herencia.

En conformidad al art. 1264, compete la acción al que probare su derecho en la herencia. Dentro de esta expresión, quedan comprendidos:

- Los herederos. En principio, la acción de petición de herencia es una acción propia de los asignatarios a título universal. Al respecto, es indiferente la calidad de heredero que se tenga. Pueden, por tanto, ejercer esta acción tanto los herederos universales como los de cuota o del remanente, los herederos abintestato o testamentarios, los herederos que suceden personalmente o lo hacen por representación o transmisión, acrecimiento o sustitución, los herederos voluntarios o forzosos, etc. Hay sin embargo una excepción: el heredero condicional, cuyos derechos están sujetos a condición suspensiva, no puede entablar la acción de petición de herencia, pues aun no es titular del derecho de herencia.
- Los donatarios de una donación revocable a título universal. También procede en las donaciones revocables de esta clase la acción de petición de herencia, porque en conformidad al art. 1142, tales donaciones se miran como una institución de heredero.

⁵⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 101 a 103.

⁵⁹ Elorriaga De Bonis, Fabián, ob. cit., pp. 500 y 501.

⁶⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 515 y 516.

- Finalmente, le corresponde esta acción al cesionario de un derecho de herencia, por las razones precedentemente expuestas.

La acción de petición de herencia no corresponde a los legatarios, porque éstos gozan de otras acciones para hacer valer sus derechos. El legatario de especie o cuerpo cierto adquiere la cosa legada por el solo fallecimiento del causante, y le corresponde la acción propia de los propietarios que carecen de la posesión, esto es, la acción reivindicatoria, sin perjuicio de que, si lo desean, puedan entablar la acción personal. Tratándose de un legatario de género, como no adquiere la cosa asignada por el solo fallecimiento del causante, sólo tiene una acción personal que dirigir en contra de los herederos en general, o en especial contra aquel que fue gravado con el legado.^{61 62}

Tampoco puede deducir la acción de petición de herencia aquella persona que haya adquirido de un heredero derechos sobre un inmueble hereditario determinado, pues en tal caso, dicho heredero no ha transferido la cuota que tiene sobre la universalidad de la herencia, sino que solamente la cuota probable que pudiera tener sobre un específico bien. Por tal razón, una sentencia de la Corte Suprema de 13 de julio de 2015, autos Rol N° 32.364-2014, desestimó el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante. Señala el fallo en su considerando 10°: "Que la conclusión a la que arribaron los jueces del fondo respecto a que lo cedido a las partes, fue la cuota en la comunidad de dominio del inmueble y no el derecho real de herencia, deriva precisamente de la interpretación que hacen de los términos de los títulos de autos, para establecer la intención de los contratantes en orden al objeto de los actos de que se trata. Tal determinación es compartida por esta Corte, pues el sentido y alcance que le dan los sentenciadores a las cláusulas de los respectivos contratos, aparece correcto al tenor de las mismas, cuyos términos aluden a la transferencia de un bien determinado o parte de él, es decir, lo vendido y comprado son derechos en un bien raíz específico del patrimonio del causante, pero no hay adquisición de derechos universales en el activo sucesorio, sino en el bien en particular. Al respecto, cabe destacar lo dicho por doña Adriana Palavecino Cáceres en su artículo 'Alcances de la Cesión de Derechos Hereditarios' (Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, Año 8, N° 2, 2012, página 202), en el que destaca la existencia de las denominadas cesiones patológicas, aludiendo así a las cesiones de derechos hereditarios en que se consigna que lo que se cede son las acciones y derechos en una herencia que recaen sobre un inmueble preciso, pues a pesar de los términos que hagan referencia a una herencia, lo cierto es que no se adquieren más que derechos específicos sobre el bien".

e.2) Contra quienes debe dirigirse la acción de petición de herencia.

La acción de petición de herencia se entabla en contra del que está ocupando una herencia, invocando la calidad de heredero, es decir, diciéndose heredero de ella. Dicho de otra manera, la demanda se dirige en contra del falso heredero. Cabe al respecto dos posibilidades: i) Que el falso heredero lo sea, porque detenta como tal una herencia totalmente ajena; o ii) Que el falso heredero tenga sólo una cuota en la herencia, pero la detenta como si toda ella le perteneciera. En este segundo caso, si bien será verdadero heredero de su cuota, será falso heredero respecto de la cuota que corresponda a otro heredero o a otros herederos.⁶³

⁶¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 513 y 514.

⁶² Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 103 y 104.

⁶³ La jurisprudencia ha dejado en claro que es procedente la acción de petición de herencia contra aquél que es heredero, pero se arroga el carácter de heredero exclusivo, desconociendo el derecho de otro heredero: "Respecto de (...) los sujetos pasivos de la acción, debe indicarse que la ley no deniega la acción de petición de herencia entre coherederos, sino que se limita a exigir que la persona contra quien se dirige ocupe la

Se presenta al respecto el problema de si puede entablarse la acción de petición de herencia en contra del cesionario de los derechos hereditarios del falso asignatario. Porque es perfectamente posible que el falso heredero haya cedido sus derechos hereditarios a un tercero, y que, en consecuencia, la herencia está siendo ocupada por el cesionario de aquél.

La letra del precepto parece rechazar la idea de que proceda en este caso la acción de petición de herencia en contra del cesionario, pues habla de personas que están ocupando la herencia en calidad de herederos, y el cesionario no la está poseyendo en calidad de heredero, sino de cesionario. Sin embargo, a pesar de la redacción del precepto, Somarriva estima que procede la acción de petición de herencia en contra del cesionario de los derechos del falso heredero. Porque si bien es cierto que el cesionario no ocupa la herencia en calidad de heredero, no lo es menos que en virtud de la cesión de derechos hereditarios, el cesionario entra a reemplazar jurídicamente al heredero cedente en todos sus derechos y obligaciones; pasa a ocupar su mismo lugar. En la cesión de derechos hereditarios existe una especie de subrogación personal.⁶⁴

f) Efectos de la acción de petición de herencia.

Ganada la acción, el primer efecto que se produce es dar cumplimiento al objeto mismo de la acción, o sea, el falso heredero vencido en el pleito debe restituir al verdadero heredero el haz hereditario. La ley no señaló en este caso, como sí lo hizo en la acción reivindicatoria, el plazo en el cual el poseedor vencido deberá restituir la herencia. En efecto, en la acción reivindicatoria el juez debe señalar al poseedor vencido el plazo que tiene para restituir (art. 904). Nada ha dicho la ley en este caso.

Mientras el falso heredero tuvo en su poder el haz hereditario pueden haber ocurrido, respecto de las cosas que lo componen, diversas transformaciones:

- Los bienes hereditarios pueden haber producido frutos.
- El falso heredero puede haber efectuado en ellos mejoras.
- Las cosas comprendidas en la herencia pueden haber experimentado deterioros.
- El falso heredero puede haber enajenado algún bien hereditario.⁶⁵

herencia en calidad de heredero, sea que revista o no tal calidad. En principio, la acción de petición de herencia es una acción propia de los asignatarios a título universal, esto es, de los herederos, pues sólo ellos suceden a ese título y sea que lo hagan en todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del difunto o en una cuota de ellos. Pues bien, si el que entabla la acción es heredero universal, puede demandar el reconocimiento de su calidad de heredero del total de la herencia y pedir la restitución de todas las cosas que la componen y que él o los demandados tengan en su poder; y si es sólo heredero de cuota, puede únicamente demandar el reconocimiento de su calidad de heredero de esa cuota y la restitución pro indiviso de los efectos de la sucesión solamente por la cuota que tiene en ésta. El heredero de cuota tiene el mismo derecho que el heredero universal o el heredero único para deducir la acción de petición de herencia, por cuanto uno y otro se comprenden en la expresión de que se sirve la ley: el que probare su derecho a una herencia. De lo anterior se desprende que si no hay motivo alguno para privar de la acción al heredero de la mitad, del tercio o del quinto de una herencia, cuyo derecho le desconoce el poseedor del patrimonio hereditario, es porque la ley también concede la acción cuando ésta se dirige contra un verdadero heredero que le niega al demandante su derecho a la cuota que le corresponde en la misma herencia": sentencia de la Corte Suprema de fecha 6 de enero de 2011, autos Rol 4.251-2009. Redacción de la sentencia por Ministro Sr. Juan Araya E. En otro fallo, también de la Corte Suprema, de fecha 24 de marzo de 2010, se expresa: "En efecto, la demandante ha probado su derecho a la herencia y, por otra parte, ha justificado que la cuota que a ella le correspondía en la misma, ha sido ocupada por los demandados que por tal circunstancia deben ser considerados falsos herederos en la cuota que ilegítimamente ocuparon y detentan hasta ahora. De lo razonado precedentemente, cabe concluir que no ha existido transgresión alguna a la disposición del artículo 1264 del Código Civil, pues la acción de petición de herencia puede dirigirse por quien tiene derecho a ella aún contra un verdadero heredero en la parte o asignación en que no tiene tal calidad". Autos Rol número 7.680-2008, redacción del abogado integrante Sr. Jorge Medina Cuevas.

⁶⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 515.

⁶⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 516 y 517.

Examinaremos estas situaciones:

f.1) Los bienes hereditarios pueden haber producido frutos.

Respecto de los frutos y mejoras, se aplican las reglas de las prestaciones mutuas: art. 1266. Estas disposiciones de las prestaciones mutuas, a pesar de su ubicación (a continuación de la reivindicación), resultan ser de aplicación general; tienen en realidad un vasto campo de aplicación:

- En la reivindicación, donde se reglamentan.
- En la nulidad judicialmente declarada: art. 1687, inciso 2º.
- En la accesión de mueble a inmueble: art. 669.
- En la condición resolutoria cumplida: artículos 1487.
- En las prestaciones mutuas de la acción de petición de herencia.

En cuanto a la restitución de los frutos, para determinar si el falso heredero vencido en el juicio de petición de herencia está obligado o no a restituir los frutos producidos por los bienes hereditarios, la ley atiende a si estaba de buena o mala fe. La buena fe consistirá, en este caso, en estar poseyendo la herencia con la creencia de ser el verdadero heredero. Tendrán aplicación aquí los artículos 907 y 913.^{66 67}

f.2) Abono de las mejoras.

El verdadero heredero estará obligado a abonar ciertas mejoras al poseedor vencido. Respecto de las mejoras necesarias, no se hace distinción alguna entre el poseedor vencido de buena o mala fe. Ambos tienen derecho a que se les abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, pues si no el verdadero heredero se estaría enriqueciendo injustamente a costa ajena, ya que él también hubiera debido efectuar dichas mejoras. En cuanto a la forma en que deben ser abonadas las mejoras necesarias, el art. 908 distingue entre las obras materiales e inmateriales de conservación.

Respecto de las mejoras útiles, sí que el Código Civil distingue entre el poseedor de buena o mala fe: art. 909; art. 912.

Finalmente, en conformidad al art. 911, el verdadero heredero no está obligado nunca a abonar las mejoras voluptuarias, ya sea que el falso heredero hubiere estado de buena o mala fe.^{68 69}

f.3) Indemnización de los deterioros.

Al respecto, no rigen las disposiciones de las prestaciones mutuas, pues existe en la petición de herencia una norma especial contenida en el art. 1267. Este precepto distingue entre el que buena fe hubiere ocupado la herencia y el que lo hubiere hecho de mala fe.

El que de buena fe ocupó la herencia no será responsable de los deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico. Es una norma muy semejante a la que da el art. 906 en las prestaciones mutuas, pues en conformidad a este precepto, el poseedor de buena fe no responde de los deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos.

Apunta Somarriva que el legislador no indica en el art. 1267 cuándo se entiende que el falso heredero se ha hecho más rico con los deterioros. Sí lo explicó, en cambio, en el art. 1688, en lo concerniente a la nulidad. Aplicando por analogía dicho precepto, puede afirmarse que el falso heredero se ha hecho más rico en dos situaciones:

- Cuando los deterioros le han sido útiles; y

⁶⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 517 y 518.

⁶⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 108 y 109.

⁶⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 518 a 520.

⁶⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 109.

- Cuando no habiéndolo sido, los conserva al momento de la demanda e insiste en retenerlos.

La norma especial del art. 1267 es respecto del que ha ocupado la herencia de mala fe, quien es responsable de todo el importe del deterioro. Como la ley no hace distinciones, quiere decir que el falso heredero responde de los deterioros tanto si se deben a dolo o culpa suyos, como si ocurren por caso fortuito o fuerza mayor. Y la conclusión se impone porque el art. 906, en las prestaciones mutuas, expresamente dispone que el poseedor de mala fe sólo responde de los deterioros debidos a hecho o culpa suyos. Si el art. 1267 no hizo distinciones al respecto, quiere decir que el falso heredero que ocupó la herencia de mala fe, responde de todos los deterioros, sean dolosos, culpables o fortuitos. La ley no hace el distinción efectuado claramente en las prestaciones mutuas, y si la ley no distingue, mal puede el intérprete hacerlo.^{70 71}

f.4) Situación de las enajenaciones realizadas por el falso heredero.

Puede suceder que el heredero falso o aparente haya enajenado algunos bienes comprendidos en la herencia. En esta situación, ¿qué ocurre con dichas enajenaciones?, ¿serán nulas o válidas?, ¿en qué situación quedan el heredero verdadero y el tercero adquirente?

La respuesta se encuentra en el art. 1268: el heredero podrá interponer la acción reivindicatoria.

De tal forma, en principio, la enajenación hecha por el falso heredero es válida, como una aplicación de que en nuestro derecho la venta de cosa ajena es válida, pero inoponible al verdadero dueño. Y como éste es el heredero petionario, el legislador le confiere la facultad de reivindicar en contra de los terceros a quienes el falso heredero enajenó bienes de la herencia.

Resulta entonces que el verdadero heredero tiene una doble acción: la acción que le es propia -la de petición de herencia-, dirigida contra el falso heredero, y la acción reivindicatoria, para obtener la restitución de los bienes que han salido de manos del falso heredero, por enajenaciones efectuadas por éste a terceros. Cada una de estas acciones, se rige por las reglas que le son propias. Por ello, la Corte Suprema ha declarado que es muy posible que al verdadero heredero le haya prescrito su acción de petición de herencia, pero en cambio, pueda ejercer la acción reivindicatoria en contra de los terceros adquirentes. Por lo demás, la ley dice esto último claramente en la parte final del art. 1268.^{72 73}

* Responsabilidad del falso heredero por las enajenaciones efectuadas.

La ley establece también en el art. 1267, responsabilidad para el falso heredero que ha enajenado cosas de la herencia. Asimismo, se formula un distinción según si el que ocupaba la herencia estaba de buena o mala fe.

El que estaba de buena fe no responde de las enajenaciones, a menos que ellas lo hayan hecho más rico. Si estaba de mala fe, el falso heredero responde de todo el importe de las enajenaciones, se haya hecho o no más rico.

Relacionando el art. 1267 con el 1268, resulta que, frente a las enajenaciones hechas por el falso heredero, especialmente si éste estaba de mala fe, el heredero petionario puede hacer dos cosas: reivindicar en contra del tercero adquirente o dirigirse contra el heredero putativo para que lo indemnice. Y si opta por reivindicar del tercero, esta acción no será incompatible con la acción de indemnización en contra del falso heredero: art. 1268, inciso final. En este último caso, estaremos ante una especie

⁷⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 520 y 521.

⁷¹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 109 y 110.

⁷² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 521 y 522.

⁷³ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 110 y 111.

de "acción de residuo" para que el falso heredero complete al heredero lo que no puede obtener del demandado de reivindicación.^{74 75}

4.- Paralelo entre la acción de reforma de testamento y la acción de petición de herencia.^{76 77}

Ambas acciones difieren profundamente. Cabe anotar las siguientes diferencias entre ellas:

a) La acción de reforma del testamento procede cuando el testador desconoce, en su testamento, ciertas asignaciones forzosas.

La de petición de herencia procede cuando dicha herencia es poseída por un falso heredero.

En consecuencia, la acción de reforma del testamento sólo tiene lugar en la sucesión testada y no en la intestada, porque en ésta, como es obvio, el causante no puede haber desconocido las asignaciones forzosas. Para hacer valer la acción de petición de herencia, es indiferente que exista o no testamento.

b) La acción de reforma del testamento es una acción personal. Sólo puede intentarse en contra de los asignatarios instituidos por el testador en perjuicio de las asignaciones forzosas, principalmente de las legítimas.

La acción de petición de herencia es real, pues puede dirigirse en contra de todo aquel que está poseyendo la herencia sin ser el verdadero heredero.

c) La acción de reforma de testamento es una acción de inoponibilidad, toda vez que ella tiene por objeto impedir que las disposiciones del causante en su testamento sean eficaces respecto de los asignatarios forzosos protegidos.

La acción de petición de herencia es una acción de restitución, ya que por su intermedio se persigue recuperar para el verdadero heredero todas las especies que componen la herencia.

d) La acción de reforma corresponde sólo a los legitimarios. La de petición de herencia, a todo heredero (testamentarios, abintestato, forzosos o semiforzosos).

e) El objeto de ambas acciones también es diferente. La acción de reforma del testamento tiende a que se modifique éste en la parte que perjudica las asignaciones forzosas. La de petición de herencia persigue la restitución de las cosas hereditarias, cuando ellas no son poseídas por los herederos, previo establecimiento, por los medios legales, de la calidad de tal.

f) Los plazos de prescripción de ambas acciones son también diferentes y tienen distinta naturaleza. La acción de reforma de testamento prescribe en 4 años, contados desde que los asignatarios tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de asignatarios (legitimarios), o desde que cesa su incapacidad. Se trata además de una prescripción extintiva. Para Rodríguez Grez, según se indicó, habrá "caducidad" de la acción, no prescripción.

La acción de petición de herencia se extingue cuando el falso heredero adquiere la herencia por prescripción adquisitiva de 5 o 10 años, según corresponda (arts. 2512-1269-704).

⁷⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 522 y 523.

⁷⁵ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 111 y 112.

⁷⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 523 y 524.

⁷⁷ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 114 a 116.

g) Para Somarriva, el plazo de prescripción de la acción de reforma de testamento, no obstante ser de aquellos especiales de corto tiempo, se suspende en favor de persona incapaz, atendido lo dispuesto en el art. 1216.

El plazo de prescripción de la acción de petición de herencia se suspende en favor de las personas enumeradas en el art. 2509, cuando se trata de la prescripción ordinaria (en este caso, establecido en el art. 1269); no se suspende en el caso de la prescripción extraordinaria (establecido en esta materia en el art. 2512).

h) El supuesto fundamental en la acción de reforma de testamento, es la comprobación de que el demandante es legitimario.

El supuesto fundamental de la acción de petición de herencia es la calidad de heredero, unido a la circunstancia de no estar en posesión de los bienes que componen la asignación.

i) El demandado vencido en la acción de reforma de testamento, perderá todo o parte de su asignación, hasta que se complete la asignación forzosa que corresponde al actor.

El demandado vencido en la acción de petición de herencia debe restituir todas las cosas hereditarias que posee, incluyendo los frutos, e indemnizar por los deterioros y enajenaciones que haya hecho.

j) La acción de reforma de testamento es siempre mueble. La acción de petición de herencia puede ser mueble o inmueble, según la naturaleza de las cosas que componen la asignación, en opinión de Rodríguez Grez. Para otros, la acción no será mueble ni inmueble, dado que la herencia es una abstracción, una universalidad jurídica que se sustrae a esa clasificación de las cosas.

A pesar de las diferencias señaladas, las acciones de reforma de testamento y de petición de herencia no son incompatibles entre sí. Generalmente, si entablada la acción de reforma de testamento ella es acogida y la herencia ha quedado ocupada por tanto por quien no es heredero, dada la modificación del testamento, el legitimario la reclamarán por medio de la acción de petición de herencia. Esta última será una consecuencia de la acción de reforma de testamento.

De ahí que la jurisprudencia haya declarado que en un mismo juicio pueden entablarse conjuntamente ambas acciones.

Con el paralelo reseñado, cerramos el análisis de las dos acciones que se refieren específicamente a la herencia.

Veremos enseguida algunas ideas en torno a dos acciones propias de todo propietario y poseedor: la reivindicatoria y las posesorias, en relación a las herencias y legados.

5.- Acción reivindicatoria.⁷⁸

a) Generalidades.

Los herederos y legatarios (cuando se trata de legados de especie o cuerpo cierto), adquieren sus asignaciones al momento de la apertura de la sucesión, salvo que fueren llamados bajo condición (art. 956), caso en el cual la adquisición se producirá al cumplirse la condición.

⁷⁸ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 117 a 121.

La acción reivindicatoria pertenece por tanto al asignatario, pues en él se ha radicado el dominio de las cosas asignadas. Y la tendrá, cuando se le ha privado de la posesión de las especies asignadas.

b) Requisitos.

b.1) Que se trate de cosas reivindicables (arts. 890 a 892).

b.2) Que la demanda la deduzca:

- Quien detenta la propiedad de las especies, por haberlas adquirido por sucesión por causa de muerte.
- Por quien acredite ser nudo propietario o propietario fiduciario de dichas especies.
- Por quien acredite estar en posesión regular de las especies y en situación de llegar a adquirirlas por prescripción adquisitiva (acción publiciana). En este último caso, se hallará quien ha obtenido el reconocimiento judicial como sucesor del causante con el auto o resolución administrativa de posesión efectiva, siempre que tenga la convicción de ser realmente el dueño de las cosas a que se refiere la acción.

b.3) Que el demandante sea heredero o legatario de especie o cuerpo cierto.

b.4) Que el demandado no haya adquirido las especies reivindicadas por prescripción adquisitiva.

c) Tramitación.

c.1) La acción se someterá a las reglas generales, ofreciendo la única particularidad consagrada en el art. 1268. Consiste en que si la acción reivindicatoria se ejerce como consecuencia de que la cosa fue enajenada por quien ocupó la herencia de mala fe (falso heredero o detentador sin título), puede accionarse subsidiariamente (en una "acción de residuo") contra dicho falso heredero, para obtener lo que no pudo conseguirse por la demanda intentada en contra del adquirente.

El propósito del legislador es dejar siempre al heredero propietario de las especies, completamente indemne de todo perjuicio.

En realidad, esta particularidad no es más que una aplicación del principio establecido en el art. 900, inc. 2º, conforme al cual puede perseguirse la responsabilidad de quien ha dejado de poseer, para que indemnice los perjuicios en razón de frutos y deterioros, generados mientras la cosa estuvo en su poder.

c.2) Se ha discutido si puede uno, entre varios herederos, deducir acción reivindicatoria, o si deben accionar todos ellos, tratándose de una cosa indivisa la que posee el tercero.

Domínguez Aguila y Domínguez Benavente piensan que no puede uno de los comuneros deducir la acción respecto de la cosa, puesto que ella es de dominio de todos ellos.

Rodríguez Grez, por su parte, reconociendo que el tema es discutible, se inclina por otra solución:

1º De acuerdo al art. 2305, tratándose del cuasicontrato de comunidad, el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que le corresponde a los socios en el haber social.

2º Por su parte, el art. 2081, en las normas del contrato de sociedad, establece que, no habiéndose conferido la administración de la sociedad a uno o más socios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar.

3º También en el ámbito de la sociedad, el art. 2078 dispone que corresponde al socio administrador cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que forman el capital fijo de la sociedad.

4º En las normas del mandato, dispone el art. 2132, al especificar las atribuciones del apoderado, que la interposición de una acción reivindicatoria queda comprendida en dichas atribuciones y, por ende, del comunero en el caso propuesto.

De lo señalado, se desprende, a juicio de Rodríguez Grez, que el comunero está facultado en la ley, mediante este mandato tácito y recíproco, para deducir todas las acciones que tengan por objeto la defensa y preservación de las cosas sobre las cuales recae la comunidad. Mientras la comunidad subsiste, estima este autor que cada comunero no sólo está facultado, sino que tiene el deber de velar por la conservación y cuidado de las cosas comunes. Así queda en claro, aplicando a la comunidad las facultades de los socios, conforme al art. 2081. Por lo mismo, restringir estas facultades parece excesivo y, lo que es más grave, sería contrario al espíritu general de la legislación en esta materia.

Concluye entonces Rodríguez Grez en el sentido que puede uno de los coasignatarios proindiviso, cualquiera que sea su cuota en la comunidad (recaiga ésta únicamente en la cosa poseída por un tercero o en una comunidad a título universal, o sea, una herencia), deducir acción reivindicatoria por sí solo, sin necesidad de la aprobación o consentimiento de los demás comuneros.

Cabe prevenir, como corolario a este punto, que existe jurisprudencia contradictoria.

6.- Acciones posesorias.⁷⁹

Los herederos tienen y están sujetos a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto el causante, si viviera (artículo 919 del Código Civil).

Para Rodríguez Grez, y como una derivación de lo señalado a propósito de la acción reivindicatoria, cualquier heredero puede deducir acción posesoria, aún cuando la cosa se encuentre indivisa. Los argumentos para sostener lo anterior, son los mismos que se indicaron respecto de la acción reivindicatoria.

⁷⁹ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., pp. 121 a 123.