Resumen

Este informe da cuenta de un estudio realizado por encargo de los Ministerios de Justicia y Bienes Nacionales con el objeto de abrir alternativas de racionalización del proceso de posesión efectiva de la herencia. Diversos datos revelan cómo este trámite, destinado a obtener el reconocimiento de la calidad de herederos y su inscripción en los sistemas registrales de la propiedad, resulta engorroso y de alto costo, generando un gran número de abandonos y resistencias en su uso. Ello redunda en un ingreso constante de propiedades a situación de irregularidad, con trámites complejos y de costo excesivo, lo cual produce una enorme sobrecarga en las tareas de los tribunales, gravando negativamente a un grupo significativo de la población. El trabajo concluye diseñando diversas alternativas que simplifican el proceso y abaratan significativamente su costo para las personas, el Poder Judicial y el país.

RACIONALIZACIÓN DE LA POSESIÓN EFECTIVA

Jorge Correa S.
Alejandra Aguad D.

COLECCIÓN INFORMES DE INVESTIGACIÓN
Número 5 / Año 2 / Enero de 2000
19 págs.

Registro de Propiedad Intelectual Nº 137.407

Racionalización de la posesión efectiva[1]

Jorge Correa Sutil[2] y Alejandra Aguad Deik[3]

OBJETIVOS. LOS PROBLEMAS A SUPERAR.

Tres son los propósitos principales que mueven este estudio destinado a racionalizar el sistema vigente para el reconocimiento y registro de la calidad de herederos, conocido como el trámite de la *posesión efectiva.*

1. Disminuir una de las principales causas de irregularidad en el dominio de la propiedad raíz.

2. Impulsar políticas de desjudicialización cuando este no presenta características propiamente jurisdiccionales, para descargar trabajo de los Tribunales de justicia.

3. Simplificar un trámite que afecta a vastos sectores de la población y que resulta más engorroso, extenso y caro de lo necesario.

---

1 El presente informe corresponde a una versión resumida de una investigación mayor llevada a cabo para los Ministerios de Justicia y Bienes Nacionales. La Universidad y los autores agradecen a estas secretarías de Estado su autorización para publicar este texto que da cuenta del estudio encargado por estos ministerios.

2 Abogado, Profesor de Introducción al Derecho y miembro del Departamento de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

3 Abogada, Profesora de Derecho Civil en la Universidad Diego Portales.

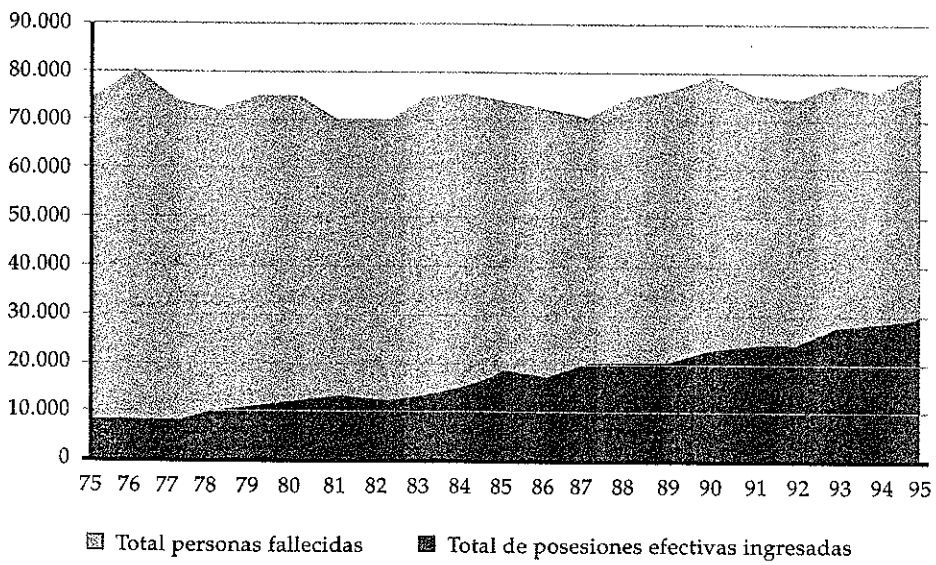
I. DISMINUIR UNA DE LAS PRINCIPALES CAUSAS DE IRREGULARIDAD EN EL DOMINIO DE LA PROPIEDAD RAÍZ

El Estado emplea recursos significativos en planes de regularización de la propiedad raíz, sin lograr disminuir el número de inmuebles que se encuentran en esa situación debido al constante ingreso de nuevos casos a esa categoría. El Ministerio de Bienes Nacionales logra regularizar unas 20.000 propiedades en el año, a un costo aproximado de $ 100.000 por cada una, lo que arroja un total de M$ 2.000 al año. Estudios demuestran que la omisión del trámite de la posesión efectiva es una causa frecuente de irregularidades. Cifras de estudios disponibles permiten concluir que del total anual de los casos de irregularidad, unos 10.000 son atribuibles a la omisión del trámite de posesión efectiva[4].

La comparación entre fallecimientos anuales y solicitudes de posesiones efectivas ingresadas muestran una brecha significativa, la que podría ser indiciaria de que en un gran número de fallecimientos de propietarios de bienes raíces, los herederos no hacen posesión efectiva.

Los estudios disponibles comprueban que la propiedad irregular es fuente de problemas y de empobrecimiento para sus propietarios y para el país. Estos no acceden al crédito, lo que implica habitualmente menor inversión en la propiedad cuyo valor comercial disminuye significativamente[5].

Comparación entre fallecimientos y poseciones efectivas ingresadas entre los años 1975 Y 1995.



Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas.

[4] El estudio denominado "Evaluación de la Gestión y Medición de Impacto del Programa de Saneamiento y Regularización de la Pequeña Propiedad Rural", realizado en 1996 por Consultorías Profesionales AGRARIA Ltda.

[5] Vid. Supra. Nota 1.

2. IMPULSAR POLÍTICAS DE DESJUDIALIZACIÓN

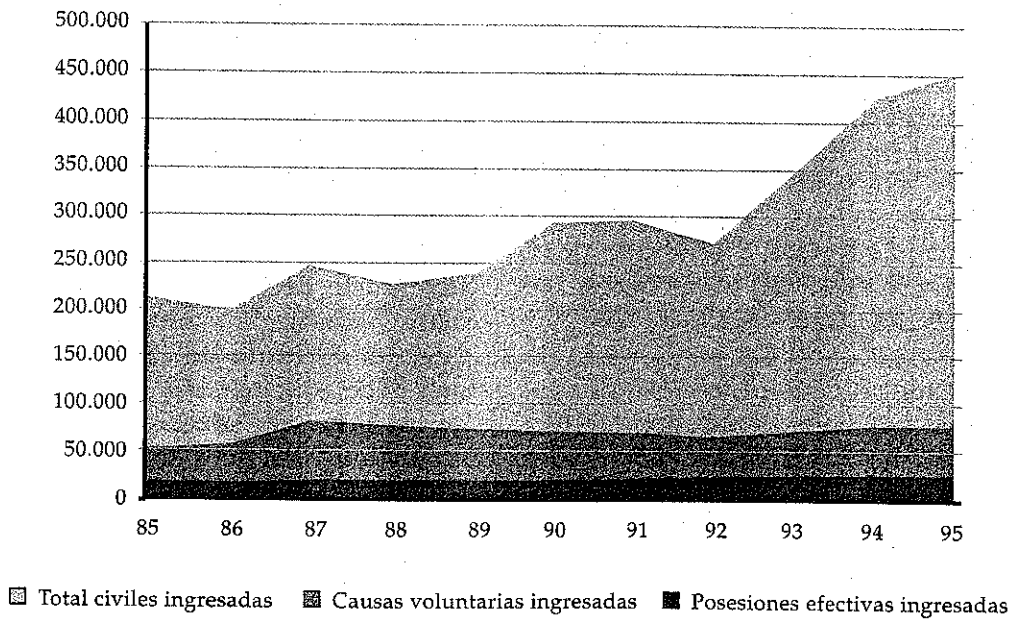
Un segundo objetivo es el de simplificar el trabajo de los tribunales o derechamente descargarles de la obligación de conocer y resolver de materias donde no parece necesaria la intervención de un juez ni la complejidad de un proceso judicial.

Como muestra el cuadro siguiente, el número de posesiones efectivas ingresadas anualmente subió de 20 a 30 mil casos entre los años 1985 y 1995, manteniendo una proporción de entre el 25 y el 40% de las causas voluntarias y del orden del 6,5 al 8% del total de las civiles ingresadas, con tendencia, en esta última comparación, a un leve descenso proporcional.

Conforme al cuadro que antecede y a entrevistas realizadas a los actores involucrados en este proceso, descargar estas causas del ámbito judicial no implicaría aliviar casi en nada el trabajo del juez, aunque sí hay consenso en que su tramitación constituye un problema para la administración del tribunal. Por lo general, estas causas generan ingresos monetarios que se transan informalmente entre algunos funcionarios (encargados de las voluntarias), y el apoderado del solicitante, dando lugar a relaciones clientelares y generando, en algunas ocasiones, conflictos entre los empleados.

Estudios disponibles muestran que este tipo de causas se tramitan formulariamente; el fuerte del trabajo lo despliegan los

Incidencia de las poseciones efectivas en el total de causas ingresadas. Comparación con el total de las voluntarias y con el total de civiles.



Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas

[6] De conformidad a un estudio realizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, financiado por Fondecyt y publicado como informe interno del Centro de Investigaciones Jurídicas.

abogados y el Servicio de Impuestos Internos, y que si bien la fiscalización del Tribunal tiene un carácter jurídico, no es ni compleja, ni propiamente jurisdiccional[6].

Descargar a los Tribunales de tareas donde no se realiza una labor propiamente jurisdiccional, para así concentrar sus escasos recursos en las tareas en que resulta socialmente más beneficioso e insustituible es un objetivo deseable de la política judicial. Así lo han manifestado las más alta autoridades del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia[7]. Entre otros beneficios de una política de esta naturaleza, se encuentran la de aumentar la cobertura de la justicia y el acceso a ella; evitar el gasto regresivo en justicia; disminuir la excesiva heterogeneidad en el tipo de asuntos de que conoce un tribunal; reservar los procedimientos altamente formales propios de este foro para materias cuya complejidad lo amerite y otras de similar relevancia.

La Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales ha hecho otros estudios destinados a evaluar la posibilidad de desjudicializar otras gestiones voluntarias y las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva[8].

3. SIMPLIFICAR UN TRÁMITE QUE AFECTA A VASTOS SECTORES DE LA POBLACIÓN.

El procedimiento legal de concesión de la calidad de heredero, llamado posesión efectiva de la herencia, no obstante ser de los más sencillos trámites judiciales que contempla nuestro sistema, resulta suficientemente lento, caro, complejo, engorroso, atemorizante e incomprensible para los sectores pobres o más apartados de los centros urbanos de nuestra sociedad, como para que no se le emplee con la frecuencia que sería deseable[9].

Entre las principales dificultades del trámite cabe mencionar:

Documentos que acreditan la calidad de heredero: A la solicitud de posesión efectiva deben acompañarse los antecedentes y documentos que acreditan la muerte del causante y aquellos que confieren la calidad de heredero del solicitante y de las demás personas que se presentan como herederos parientes. En consecuencia, el solicitante debe previamente obtener estos documentos del Registro Civil e Identificación, lo que demora aproximadamente 5 días para personas inscritas en regiones y tiene un costo de $ 410 por certificado.

Individualización completa de todos los herederos: En toda solicitud de posesión efectiva debe individualizarse completamente a todos los herederos para quienes se pide. Si un solicitante desconoce cómo individualizar a algunos de los otros herederos, por ejemplo si carece de su domicilio, tendrá una nueva dificultad para solicitar este reconocimiento judicial de su calidad de heredero.

Inventario de los bienes que conforman la masa hereditaria y antecedentes que acrediten el dominio del causante: A la solicitud, debe acompañarse un inventario simple de los bienes quedados al fallecimiento del causante o bien debe solicitarse la facción de

7 Véanse, por ejemplo, el discurso de inauguración del año judicial de 1997, las metas ministeriales de justicia del gobierno de Frei y los programas presidenciales de Ricardo Lagos y Joaquín Lavín.

8 Publicadas en Boletines Internos.

9 Según lo que indica el estudio individualizado en la nota 1, en la percepción de los propios beneficiarios del programa, el motivo fundamental por el cual habían permanecido en la calidad de poseedores irregulares era la falta de dinero para hacer los trámites, que daba más de la mitad de la muestra (55%), seguida por el desconocimiento de los procedimientos de legalización y de una visión negativa acerca de la complejidad de la tramitación. Tan solo una décima parte de los beneficiarios dijo desconocer que la propiedad estuviese en situación irregular de títulos.

inventario solemne cuando ello es requerido por la ley, o cuando los mismos herederos lo soliciten. Para hacer este inventario, el heredero debe ser capaz de detallar los bienes del causante y acompañar los antecedentes que acreditan su titularidad. En el caso de los inmuebles, debe de conocer sus datos de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces y acompañar el certificado de avalúo vigente al semestre del fallecimiento del causante, lo que implica que debe conocer, además, el rol de avalúo.

Patrocinio de abogado: La solicitud de posesión efectiva debe ir patrocinada por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, con los consiguientes costos. Los honorarios profesionales que se cobran por estas gestiones son bastante disímiles. El arancel del Colegio de Abogados A.G. para la tramitación de una posesión efectiva, incluida la facción de inventario, fluctúa entre 1 a 10 ingresos mínimos ($80.500 a $805.000)[10]. Para quienes no pueden pagar un abogado, las Corporaciones de Asistencia Judicial prestan esta atención en forma gratuita.

Facción de inventario: La facción de inventario solemne de los bienes cuya posesión efectiva se solicita, o la protocolización del inventario simple de los mismos, tiene agregados costos monetarios.

La facción de inventario simple tiene un costo que fluctúa entre $ 4.800 y $7.000, aunque el arancel es de $1.500.

La facción de inventario solemne puede ser engorrosa y de larga duración. Su costo fluctúa entre los $4.000 y $5.000.

Publicaciones que ordena la ley: La resolución que concede la posesión efectiva, denominada "auto de posesión efectiva", debe publicarse en extracto por tres veces en un diario de la comuna, con los consiguientes costos, los que en promedio fluctúan alrededor de los $ 25.000

Impuesto a las asignaciones hereditarias: Las asignaciones hereditarias se encuentran afectas a un impuesto fiscal sobre el valor líquido de cada asignación cuya cuantía depende del monto de lo asignado y del grado de parentesco, el que debe ser fijada por el tribunal, previo informe del Servicio de Impuestos Internos. Para calcular el impuesto, el que se aplica sobre el monto de la herencia, resulta necesario tasar los bienes hereditarios incluidos en el inventario. Si bien en esta materia ha habido simplificación y racionalización a partir del año 1997, el trámite sigue sumando demora a la gestión.

A fines del año 1997, para facilitar la labor del Servicio de Impuestos Internos, este organismo creó un formulario de cálculo del impuesto de herencia, que ha operado hasta el día de hoy. Este es un proyecto de liquidación del impuesto que se envía conjuntamente con los antecedentes de la posesión efectiva para que informe el Servicio, resolviendo en definitiva el juez sobre el monto del impuesto a pagar. En la práctica, el mismo abogado entrega el expediente directamente al SII junto con el formulario. Un funcionario tarda entre 5 a 10 minutos en revisar estos antecedentes y los devuelve al interesado de forma inmediata. Autoridades del Departamento de Posesiones Efectivas calculan que en el 80% de los casos los formularios y los antecedentes están correctos, por lo que se aprueba de inmediato el proyecto de liquidación del impuesto. El 20% restante corresponde a casos en que hay errores en los cálculos matemáticos o están mal llenados o faltan algunos antecedentes. Puede afirmarse que prácti-

10 Cuando en la misma gestión se practique la liquidación del impuesto de herencia, el honorario debe calcularse, además, sobre el valor real de la masa de bienes, sin deducción de las bajas y será el 2% del monto total real de los bienes, hasta 10 ingresos mínimos; de 1,5% hasta 20 ingresos mínimos; y de 1 % sobre el exceso.

camente en ningún caso el juez ha objetado o rechazado una liquidación de impuesto aprobada por el SII.

Inscripciones que ordena la ley: Para poder disponer de los inmuebles hereditarios, deben además inscribirse una serie de documentos en el Registro de Propiedad del o los Conservadores de Bienes Raíces respectivos, todo lo cual genera costos. Tal es el caso del auto de posesión efectiva y del testamento, en su caso. Esta diligencia tarda aproximadamente dos semanas y tiene un costo que fluctúa desde $ 2.325 a $12.000, no obstante que el arancel no supera los $15.000. Por su parte, la inscripción del testamento tiene un costo que va desde $1.860 (arancel) hasta $13.000. La inscripción especial de herencia tarda aproximadamente dos semanas y tienen un costo que fluctúa desde $13.000 hasta $1.490 (arancel). A estas cifras hay que agregarle un recargo calculado sobre el avalúo fiscal de los bienes inmuebles que comprendan la inscripción, el que fluctúa entre un 1,5 por mil y un 3 por mil. Finalmente, debe hacerse la inscripción del acto de adjudicación de los diferentes inmuebles hecha en virtud de la partición, a nombre del correspondiente adjudicatario.

Para graficar los costos de estas inscripciones, hemos hecho un cuadro comparativo sobre la base de una herencia que contenga un inmueble cuyo avalúo fiscal es de $ 50.000.000 y cuyos herederos son dos hijos y la cónyuge sobreviviente.

ALTERNATIVAS PARA LA RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA

El estudio propone medidas alternativas que van desde las reformas más drásticas y profundas, en que se sugiere sustituir el sistema actual, hasta medidas de perfeccionamiento. Entre las **medidas de sustitución,** que suponen la desjudialización de este trámite, haciéndolo menos costoso, más accesible y sencillo, se incluyen dos alternativas; la alternativa de la **automatización,** que consiste básicamente en que la calidad de heredero respecto de los bienes raíces sea reconocida y registrada más o menos de oficio por el sistema público; y la alternativa de la **desjudialización,** que consiste en cambiar el foro de la posesión efectiva de la herencia. Por último, se presentan las **medidas de perfeccionamiento,** que tienen por objeto mejorar el sistema actual, manteniendo la competencia de los tribunales de letras.

A. Medidas de sustitución

Un examen detenido de las características y operatoria del sistema actual de posesión efectiva no justifica su permanencia en el ámbito judicial. La intervención del juez, salvo para las escasas situaciones en que existen oposiciones o incidencias que resolver, es prescindible ya que no se requiere una decisión jurisdiccional para determinar a los presuntos herederos de un causante que no ha dejado testamento o para individualizar o avaluar sus bienes.

Ciudad	*Insc. Auto Pos. Efe.*	*Insc. Especial*	*Recargo avalúo*	*Protoc. Inventario*	*Public. Pos. Efe.*	*TOTAL*
Temuco	$5.300	$5.000	$75.000	$4.800	$34.056	$124.156
Rancagua	$5.800	$3.700	$75.000	$4.000	$79.593	$168.093
Talca	$5.000	$5.000	$75.000	$5.000	$34.056	$121.056
Iquique	$12.000	$12.000	$150.000	$7.000	$79.593	$260.593

I. *La Alternativa de la Automatización*

Consiste en que el Estado, a través de trámites internos que involucran diversas agencias, se haga cargo, más o menos de oficio, de reconocer a los herederos de un propietario de un bien raíz, cuando tal herencia sea intestada.

Podría operar bajo dos modalidades: a) La de **completa automatización.** En ella el sistema público operaría de oficio, para registrar como herederos presuntos de un bien raíz a aquellas personas que, en conformidad a la información que consta en el Registro Civil, figuran como parientes del causante en alguno de los órdenes de sucesión que la ley determina; y b) La modalidad **semiautomática.** Ella opera sobre la base de registros públicos confiables pero que no se cruzan ni operan automáticamente, sino a petición de uno de los herederos interesados, quien concurre al Conservador de Bienes Raíces previa obtención, en el Registro Civil, de un certificado acerca de los parientes que sobreviven al causante, ordenados en conformidad a las reglas de los órdenes de sucesión.

Presentamos a continuación un examen de cada una:

I.1. La alternativa de la completa automatización

Supone, como hemos dicho, que el sistema opere completamente de oficio sobre la base de una red informática entre el Registro Civil y los conservadores de bienes raíces:

a) Inscrita la defunción de una persona que haya fallecido en Chile, el sistema computacional debiera detectar aquellos casos en que el difunto aparece como titular de derechos de dominio sobre algún inmueble inscrito en algún Conservador de Bienes Raíces.

b) Además, el sistema registral debiera indicar que se cumplen los demás requisitos; esto es, que aparece algún pariente con derecho a suceder en alguno de los órdenes de sucesión y de que no existe registro de haberse hecho testamento.

c) En este evento, el Registro Civil emitirá un certificado que indique que, conforme a sus registros computacionales, el difunto intestado aparece habiendo dejado los siguientes hijos y/o cónyuge sobreviviente, ascendientes o colaterales.

d) El certificado aludido será remitido al o los Conservadores de Bienes Raíces en que aparezcan inmuebles inscritos a nombre del causante, según la propia red informática.

e) Recibidos estos certificados, los Conservadores de Bienes Raíces procederán a confeccionar una minuta con indicación del nombre, número de cédula de identidad del causante (en adelante RUN) y lugar de fallecimiento del difunto, del o los bienes raíces que figuran inscritos a su nombre, con la individualización de los herederos presuntivos y ordenarán publicar esta minuta en extracto en un diario de circulación nacional. El costo de la minuta y el aviso sería de cargo del erario, sin perjuicio de que este las recuperará de los herederos por la vía tributaria.

f) A partir de la antedicha publicación los interesados tendrán un plazo prudencial (15 a 30 días hábiles, por ejemplo) para recurrir al juez de letras para pedir que no se aplique el sistema automático de inscripción. Al efecto podrán alegar que se verifican cualesquiera de las siguientes circunstancias:

   Que existen errores en el certificado del Registro Civil, ya sea porque se omitieron herederos, ya sea porque se incluyeron quienes no lo eran;

Que se trata de una sucesión testada;

Que uno o varios de los bienes raíces no eran del causante, o que los derechos en él no eran exclusivos, como se pretende;

Que se quiera repudiar la herencia;

Que exista una causal de indignidad para suceder respecto de alguno de los parientes que figuran en un orden de sucesión;

Que se quiera hacer valer el beneficio de inventario, cuando este no opera por el solo ministerio de la ley;

Cualquiera otra causa de excepción que haga indebida la inscripción del bien raíz a nombre de los parientes acreditados por el Registro Civil.

g) Habiendo oposición, el asunto se transforma en judicial. Deben establecerse reglas de competencia para determinar el juez que debe conocer de la oposición. En el estudio se proponen alternativas al respecto.

h) Recibida la oposición, el juez verificará que ella está revestida de fundamento plausible. Ello bastará para ordenar que el o los Conservadores de Bienes Raíces se abstengan de practicar la inscripción del inmueble a nombre de los herederos.

i) En caso de oposición, los jueces iniciarán un trámite al que convocarán a todos los interesados. El estudio propone las bases de un procedimiento. En todo caso, aceptada a tramitación que sea una de estas cuestiones, será el juez quien deberá dictar un auto de posesión efectiva declarando quiénes son los herederos aparentes de una persona y/o qué bienes forman parte de la herencia del causante.

j) No habiendo recibido una orden judicial de no proceder a una inscripción automática en un plazo prudencial y no mayor de unos 15 días a aquel que se establezca para deducir oposición, el Conservador de Bienes Raíces respectivo procederá a practicar la inscripción especial de herencia y el trámite quedaría concluido.

1.2. La alternativa de la automatización parcial o semiautomática

Supone la intervención de, a lo menos, un interesado:

a) Al interesado le correspondería solicitar del Registro Civil el otorgamiento del certificado de existir un difunto intestado con la individualización de su cónyuge y parientes que lo heredan.

b) El interesado deberá llevar el referido certificado al o los Conservadores de Bienes Raíces que corresponda, donde, en formularios comunes a todo el país, consignará, bajo juramento, indicaciones como el RUN, último domicilio y lugar de fallecimiento del causante cuyo certificado de defunción se acompaña, además de listar el o los bienes raíces que figuran inscritos a su nombre, con la individualización de los herederos presuntivos en conformidad al certificado otorgado por el Registro Civil.

c) Hecho lo anterior, el Conservador de Bienes Raíces procederá a confeccionar un extracto, conforme a la minuta que hará el interesado y ordenará publicar este extracto en un diario de circulación nacional[11].

d) A continuación, regirán las mismas reglas indicadas en las letras f) a j) del número 1. 1. anterior.

[11] El costo de estas dos gestiones será de cargo del solicitante, sin perjuicio de su derecho de imputarlos como gastos a la masa.

e) En caso de oposición, el asunto se transformará en judicial. Al efecto, el estudio establece reglas de competencia.

1.3. Presupuestos y requisitos copulativos para que opere el sistema en cualquiera de sus modalidades

a) Que la herencia deba abrirse en Chile

b) Que entre la masa de bienes dejados por el causante existan inmuebles inscritos a su nombre en Chile.

c) Que se trate de una sucesión intestada.

d) Existencia de un sistema registral automático, en red y fiable que sea capaz de certificar los siguientes hechos:

La circunstancia de que la herencia debe abrirse en Chile.

La defunción de una persona.

Las relaciones de parentesco de cualquier persona que fallezca.

Las personas fallecidas que aparecen como propietarios de inmuebles en el sistema registral de bienes raíces.

Los casos de causantes que mueren habiendo dejado testamento.

El estudio analiza las reglas jurídicas (como de cuándo es aplicable la ley chilena a una herencia) y los procesos administrativos que deben modernizarse para alcanzar el cumplimiento de todos y cada uno de estos requisitos. Entre ellos, el más importante es el de reforzamiento de la tarea del Registro Civil de inscribir en sus bases computacionales a todos los chilenos y sus matrimonios y relaciones de parentesco; tarea que aún está pendiente, aunque programada para concluirse en el corto plazo, según se detalla tambien en el estudio.

1.4. Principales tareas que debieran acometerse para que un sistema así esté en condiciones de operar:

a) Diseñar e implementar un programa computacional que permita recuperar la información ordenada en conformidad a los órdenes de sucesión.

b) Continuar con el esfuerzo que despliega el Servicio de incorporar a la red computacional los datos de nacimientos, matrimonios y muertes anteriores a 1982. Cabría evaluar la posibilidad de apoyar al Servicio a fin de que el sistema pudiera estar operativo antes del 2005 en que se encuentra programado.

e) Ingresar a la base de datos los matrimonios y defunciones que aún no se encuentran ingresados y que el Servicio no contempla hoy ingresar, en conformidad con sus planes actuales.

d) Obligar a todos los Conservadores de Bienes Raíces a llevar registros computacionales conforme a un sistema nacional compatible y conectado en red con el Registro Civil. El estudio da cuenta del estado en que se encuentran los ingreso de datos a registros computacionales en algunos conservadores del país

e) Establecer la obligación de los Notarios de informar al Registro Civil o al ente que administre el sistema único de red computacional, los testamentos que hubieren sido otorgados ante ellos.

1.5. La posesión efectiva sobre los bienes muebles

Hasta aquí, el sistema propuesto se refiere tan solo a los bienes raíces. Respecto de los bienes muebles, en el sistema actual es el propio solicitante quien entrega al Tribunal un listado de ellos, sin que la autoridad tenga, salvo oposición de parte, posibilidad alguna

de revisar la veracidad de lo que se le declara. Luego el Tribunal ordena protocolizar este inventario y tasar los muebles lo que, salvo el caso de algunos bienes, la tasación se hace, en la práctica, enteramente sobre la base de los valores que la parte estima. Dado lo anterior, el estudio propone que, para los efectos de adquirir la posesión efectiva sobre los muebles, baste una declaración jurada que deba hacerse y protocolizarse ante notario con cualquiera de los interesados que exhiba la certificación del Registro Civil que lo acredite como pariente con derecho a la sucesión abintestato, y en que este liste los bienes muebles del causante y los avalúe[12].

1.6. El pago del impuesto de herencia en estas fórmulas

Actualmente, para poder inscribir una posesión efectiva en el Conservador de Bienes Raíces es necesario previamente liquidar y pagar el impuesto de herencia o asegurar su pago. Esto, como es obvio, entorpece el carácter automático y simple del proceso que venimos explicando. El estudio propone un sistema de declaración y pago para el impuesto de herencia, que sea fiscalizado a posteriori por el SII tanto en cuanto a la determinación del impuesto como en la tasación de los bienes.

El estudio propone una serie de mecanismos destinados a asegurar la posibilidad de fiscalización del proceso por parte del SII.

1.7. Los siete beneficios del sistema propuesto

a) Menor costo

El ahorro en los recursos se verifica en los siguientes aspectos:

Ahorro en trámites: Tanto respecto del número, cantidad y complejidad de los trámites que se deben efectuar. El sistema operaría de modo automático o exigiéndoles tan solo uno o dos trámites: Concurrir al o los Conservadores y a una Notaría.

Ahorro de recursos jurisdiccionales: Los Tribunales se liberan de esta carga de trabajo, salvo en los casos de oposición.

Ahorro en dinero: Los herederos se liberan de la necesidad de contratar a un abogado patrocinante para el trámite. Se mantiene el costo de las publicaciones e inscripciones. Se sustituye aquel de la protocolización del inventario por el de la declaración jurada y protocolización del listado y avalúo de los bienes muebles. Se evita el gasto de la tasación de los muebles por un perito.

Ahorro de recursos de la labor asistencial: Se descarga también una cuota no despreciable del trabajo de las Corporaciones de Asistencia Judicial.

b) *Fin de la discrecionalidad y de sus secuelas*

Las posesiones efectivas quedan entregadas a los empleados de los tribunales para su tramitación, con poder discrecional, lo que se presta a pagos informales.

c) *Mayor confiabilidad*

El sistema que propone el estudio resulta más confiable que el actual en su capacidad de reconocer a los herederos, pues en el actual los tribunales deben confiar en que el interesado ha incluido a todos los herederos, o bien que los que hayan sido excluidos reclamen sus derechos. En cambio, el sistema computacional proporciona los nombres de todos los que deben de figurar como herederos en conformidad a la ley y a sus propios registros. Si bien aquí existen posibilidad de omisiones involuntarias, siempre corregibles si el omitido reclama

[12] En la fórmula de la automatización parcial se disminuye el riesgo de que distintos herederos hagan igual declaración en diversas notarías, pues en ella podría exigirse que tan solo el mismo interesado que confeccionó la minuta ante el Conservador de Bienes Raíces se encuentre autorizado para hacer tal declaración.

de sus derechos, se excluyen los riesgos de aquellas que son deliberadas.

e) *Aumento en la frecuencia de uso del sistema*

El hecho de que el sistema pueda operar de modo automático o semiautomático hace desaparecer (en el automático) o disminuir (en el semiautomático) los casos en que los herederos omiten la inscripción de los bienes inmuebles a su nombre, con lo cual se reducirán los casos de irregularidad en el dominio de los bienes raíces.

f) *Quedan a salvo los derechos de las partes*

Siempre está la posibilidad de llevar el asunto ante los tribunales de justicia en caso de cualquier cuestión litigiosa. Además, queda a salvo la acción de petición de herencia.

g) *El Servicio de Impuestos internos ejerce las funciones que le son propias. La fiscalización tributaria queda a salvo.*

La tributación de las herencias y donaciones, no obstante no ser ni la más relevante ni la más compleja, es la única que constituye una excepción al sistema general que opera con modalidad de declaración y pago del contribuyente, con posterior revisión del Servicio de Impuestos Internos[13]. El sistema propuesto por el estudio no hace sino someter a las asignaciones hereditarias el sistema tributario regular en el país.

h) *Efectos positivos sobre otros procesos*

Un esfuerzo por establecer registros computacionales en red común para todos los Conservadores de Bienes Raíces debiera producir efectos benéficos sobre la modernización de todo el sistema registral de la propiedad, evitar problemas de reconstitución, abaratar costos y hacer más seguros y ágiles los trámites en esas reparticiones.

1.8. Limitaciones, riesgos y costos del sistema propuesto[14]

1.8.1. Limitaciones

Un sistema como el ideado no podría aplicarse a los siguientes siete casos:

a) Sucesiones testadas
b) Personas que fallecen fuera del país
c) Casos de herencia vacante.
d) Los parientes herederos no inscritos en el país.
e) Los hijos póstumos.
f) La situación de bienes raíces de propiedad de la sociedad conyugal
g) Vigencia paralela de sistemas automáticos y no automáticos

El estudio se hace cargo de tratar en detalle todos y cada uno de los casos que el sistema no podría cubrir. Entre ellos hay que destacar, por su frecuencia, el de los casos en que el bien raíz pertenezca a una sociedad conyugal, pero figure inscrito a nombre del cónyuge sobreviviente. Por no haber fallecido este, el sistema, en principio, no lo detectaría como propietario del bien raíz. Esta situación solo se verificaría en el caso de existir sociedad conyugal (probablemente una muy clara mayoría entre los sectores más pobres) y cuando fallece primero aquel cónyuge que no tiene inscrito el bien a su nombre.

[13] Las autoridades del Departamento Jurídico y de Estudios del Servicio de Impuestos Internos estiman que la mantención de esta modalidad para el impuesto de herencia no presenta, ninguna justificación en interés social, fiscal, del Servicio o de los propios contribuyentes.

[14] Entendemos por limitaciones los casos que el sistema propuesto no podrá cubrir. Los riesgos aluden a los inconvenientes que pueda presentar en su funcionamiento; y los costos a las dificultades que pueda encontrar su implementación y las inversiones que resultan necesarias para ponerlo en marcha.

El problema descrito podría ser salvable para la mayoría de los casos típicos u ordinarios de bienes inmuebles pertenecientes a sociedades conyugales, siempre que se tomen algunas providencias en el período de implementación. Al efecto, cuando muere una persona, el Registro Civil no solo podría dar aviso de su fallecimiento a los Conservadores, sino también detectar aquellos casos en que el causante murió casado en sociedad conyugal en la que no existe pacto alguno de separación de bienes, informando el nombre del o la cónyuge. Hecho eso, los Conservadores podrían detectar los bienes raíces que figuran a nombre del causante o de su cónyuge. Si el cónyuge figura como propietario de un bien raíz, el sistema podría discernir si el bien se adquirió durante la vigencia de la sociedad conyugal (lo que vendría informado por el Registro) y certificar que se adquirió a título oneroso (circunstancia que tendría que incorporarse a los datos a registrar en la base computacional). Podría aun detectar aquellos casos en que el bien debe ser excluido de la sociedad conyugal, por haberlo adquirido la mujer con su patrimonio reservado. Por último, un sistema registral automático podría, incluso, constatar aquellos casos de subrogación. Lo que el sistema no podría detectar son aquellos casos de bienes que no ingresan al haber social por disposición de normas excepcionales, como típicamente son aquellos en que la causa de la adquisición es anterior a la vigencia de la sociedad conyugal o los demás que contempla el Artículo 1.736 del Código Civil.

De lo anterior, se siguen dos opciones:

Más prudente sería excluir estos casos, dejando a la iniciativa de los herederos incluir el bien raíz social entre los bienes que habrán de inventariar al pedir la posesión efectiva en sede judicial o notarial.

Más audaz y satisfactoria para los casos ordinarios, pero riesgosa para los excepcionales, sería echar a andar un sistema como el descrito para incluir los bienes raíces sociales inscritos a nombre del cónyuge sobreviviente, quedando este o los restantes herederos obligados a pedir su expresa exclusión por concurrir alguna de las causales que excluyen el ingreso del bien al haber social no obstante haberse adquirido a título oneroso durante su vigencia.

1.8.2. Riesgos

El estudio analiza también cuatro riesgos, cuales son:

a) Errores computacionales
b) La aparición de los indeseados
c) Menor garantía del pago del impuesto a la herencia
d) Oportunidad más restringida para hacer ver situaciones especiales

a) El trabajo analiza el **riesgo de errores computacionales**, el que juzga como bastante medible, agregando que la certificación de parentescos y órdenes de sucesión no representa mayor riesgo de error que el que hoy existe al certificarse existencia legal, nombre, filiación, matrimonio y muerte. Los órdenes de sucesión se constituyen en base a ellos. Por último, juzga que cruzar datos, en sí mismo, no aumenta en absoluto el riesgo.

b) En segundo lugar, analiza el **riesgo de la aparición de los indescados, como la paradoja de la cuota de ilegalidad deseable.** La alternativa que se propone pone fin a la posibilidad que tiene el que solicita la posesión efectiva de excluir a algún heredero abintestato.

Si bien esto puede ser muy beneficioso para el respeto de la legalidad y el amparo de los derechos que la ley confiere, debe tenerse presente que las omisiones en que incurren los herederos solicitantes de posesiones efectivas no son siempre y nece-

sariamente representativas de fraudes o injusticias. Nos referimos a los casos en que el o los herederos solicitantes omiten a un heredero que ha perdido todo contacto con la familia y se ha ido a vivir a un lugar que se desconoce. En estos casos, la omisión suele venir a corregir la rigidez de la ley, en beneficio de los restantes herederos.

Reconocer los derechos de todos los herederos implica incluir también a aquellos que probablemente no tienen ya ni conocimiento ni interés en la herencia; a aquellos que no será posible ubicar para que presten su consentimiento para disponer de los bienes raíces; a aquellos que no estarán disponibles para acordar un modo de partición. He aquí la paradoja, pues aquello que era benéfico para la legalidad, puede transformarse en una fuente de irregularidad en el dominio de bienes raíces. Si bien existen mecanismos para disminuir la rigidez de las situaciones indeseadas, todos ellos suponen una gestión judicial que implica trámites y costos.

c) Un tercer riesgo que el estudio aborda es el de la **menor garantía de pago del impuesto de herencia.** Si bien el sistema tributario mantiene los mecanismos de fiscalización y cobro, lo que debiera esperar el Fisco es que disminuya el nivel de pago del impuesto antes que se hagan gestiones de cobro. La disminución debiera ser leve y compensarse con la mayor cantidad de casos en que la gestión se verifique.

d) Finalmente, el estudio advierte la existencia de una **oportunidad más restringida para hacer ver situaciones especiales.**

En la modalidad automática, todos aquellos casos en que un heredero se encuentre en causal de indignidad para suceder o quiera repudiar la herencia serían obviados por el sistema, debiendo hacerse presentes los interesados, en el plazo establecido para ello, sin perjuicio de las acciones que puedan hacerse valer con posterioridad.

1.8.3. Costos de implementación

Por último, el estudio analiza también el costo de implementación del sistema, en su aspecto legislativo, económico y de tiempo.

2. *La alternativa de desjudicializar*

Esta segunda alternativa que el estudio analiza, supone cambiar el foro de la posesión efectiva de la herencia. Ya hemos visto que la intervención del juez, salvo para las escasas situaciones en que existen oposiciones o incidencias que resolver, es prescindible, desde que no se requiere un razonamiento o decisión jurisdiccional para determinar a los presuntos herederos de un causante que no ha dejado testamento o para individualizar o avaluar sus bienes.

Resulta, por tanto, natural pensar en un foro alternativo donde, más que "concederse" la posesión efectiva por un tercero imparcial, puedan registrarse los documentos que acreditan la calidad de herederos y dársele la debida solemnidad y registro a las declaraciones acerca de las circunstancias de la muerte del causante (último domicilio, no testada y otros relevantes) y de la existencia de bienes que componen la masa hereditaria y su avalúo.

El nuevo foro debe ser capaz de cumplir dos roles básicos:

a) revisar que los certificados del Registro Civil coincidan con la pretensión o declaración que hacen los comparecientes; y
b) mantener un registro cierto de estas actuaciones y declaraciones.

2.1. Foros alternativos al judicial.

a) Jueces de Policía Local.
b) Alguna agencia administrativa que se creara especialmente al efecto.

c) Conservadores de Bienes Raíces.
d) Notarios.

La última de las alternativas ha sido la tendencia en el derecho comparado. El Notariado ha sustituido al foro judicial o se ha constituido en alternativo, en todo o parte, en países como Alemania, Austria, Colombia, Italia y Perú y, de modo parcial en España. En Argentina, los esfuerzos en igual dirección fueron detenidos, al parecer por oposición del gremio de los abogados.

El estudio analiza las ventajas y desventajas de cada uno de estos foros, las que pueden graficarse del siguiente modo:

Foro	*Ventajas*	*Desventajas*
Jueces de Policía Local	Por su número y localización, constituyen un foro más accesible a todos los sectores.	Siendo un foro judicial, presenta los mismos problemas ya referidos, con la agravante de falta de experiencia.
Agencia Estatal	Podría garantizar, mejor que cualquiera otra, gratuidad a los pobres y fe pública a todos.	Falta de experiencia y costo de su instalación.
Conservadores	Concentrar en un solo ente los trámites para la regularización del dominio por la vía de la posesión efectiva.	Implica atribuirles funciones de de Ministro de Fe que escapan a la naturaleza de sus funciones más propias de registro; y aumenta la distancia física entre el domicilio de los herederos y el lugar donde deben realizarse los trámites.
Notarios	El registro y certificación de las declaraciones son propias de su función de Ministro de Fe y existe interés y disposición de los Notarios para asumir esta tarea[15].	Para asegurar una alternativa gratuita a los pobres y lograr al máximo la competencia, debe mantenerse el foro judicial.

A la luz de estas ventajas e inconvenientes, el estudio profundiza en diseñar el trámite en sede notarial que parece la más adecuada.

2.2. *Diseño general del trámite ante los notarios.*

El trámite que habría que seguir ante los Notarios consiste, en términos generales, en lo siguiente:

a) **Otorgamiento de una escritura pública ante el Notario del último domicilio del causante.** La escritura debiera contener los siguientes antecedentes:

– Individualización completa del causante

[15] Los notarios prepararon un proyecto de ley que se anexó al estudio que ahora se resume, el que se tuvo presente para la formulación de esta alternativa, aunque no necesariamente seguido en todas sus partes.

- Fecha y lugar de fallecimiento y último domicilio
- Si la herencia es testada o intestada. En el primer caso, la fecha y notaría en que haya sido otorgado o
- protocolizado el testamento.
- Individualización de los herederos y la calidad en que heredan
- Inventario y tasación de los bienes del causante.
- Inserción de los documentos y antecedentes fundantes.

b) **Un extracto de la escritura pública debe publicarse** en una diario de circulación nacional y, a juicio del Notario, avisarse a través de una radioemisora.

c) Transcurrido un término sin que exista oposición, el Notario autorizará la escritura.

d) **Con una copia autorizada de la escritura pública, el interesado concurrirá al Conservador de Bienes Raíces a solicitar la inscripción** de la posesión efectiva y del inmueble a nombre de los herederos.

e) **En caso de oposición, el Notario debe suspender la tramitación** y notificar al resto de los herederos. En caso de existir conformidad con lo observado por la unanimidad (por ejemplo, agregación de un nuevo heredero o agregación o exclusión de un bien), el Notario continuará con el trámite. En caso contrario remitirá en el breve plazo los antecedentes al juzgado de Letras correspondiente al último domicilio del causante, quien será competente para resolver la concesión de la posesión efectiva.

2.3. *Las seis ventajas de desjudicializar:*

a) **Fin de los costos de abogados.** Su asesoría pasaría a ser opcional.

b) Liberación de los tribunales.

c) **Introducción de competencia en la oferta.** La competencia entre las Notarías debiera ser un elemento positivo para abaratar costos y mejorar el servicio al usuario, lo que debiera hacer más accesible el sistema.

d) Reducción de una fuente de relación clientelar entre abogados y funcionarios judiciales.

e) **Mayor seguridad de los registros.** Los expedientes de posesión efectiva tienen el riesgo de extraviarse. En esta alternativa, las actuaciones quedarían incorporadas al Registro Público, de manera que cualquier interesado podría acceder a esta escritura pública y obtener copia autorizada de ella.

f) **Inicio de un proceso conveniente.** La tendencia del derecho comparado es trasladar buena parte de las gestiones voluntarias al notariado.

2.4. *Inconvenientes y riesgos del sistema propuesto*

a) **El riesgo de la duplicidad:** Puede suceder que distintos herederos acudan a distintas notarías a tramitar la posesión efectiva de un causante. ¿Cómo evitarlo? Estableciendo un sistema de red computacional entre las notarías, al que se ingresarían los RUN de los causantes. El estudio no juzga conveniente establecer un sistema de turno entre notarías, pues ello implicaría suprimir o disminuir la competencia entre ellas, elemento particularmente valioso para abaratar costos.

b) **Barrera de costos monetarios de ingreso para los solicitantes:** El estudio propone establecer un arancel porcentual al monto de la herencia y aplicar la rebaja del 50% o el privilegio de pobreza a las herencias inferiores a 50 UTA. Con todo, muchas veces los derechos que cobran los notarios son superiores a los aranceles y la fiscalización es deficiente. Por ello, el estudio recomienda que los Tri-

bunales no desaparezcan como foro alternativo, al menos para las herencias con una masa de bienes que no superen cierto avalúo.

e) **Exige actuación de parte:** Como este sistema requiere igualmente de la actuación de al menos un heredero, su inacción seguirá siendo fuente de irregularidad en el dominio de la propiedad raíz, aunque menos frecuente pues se simplifica el trámite.

B. Medidas de perfeccionamiento del sistema actual

El estudio expone algunas medidas que permitirían perfeccionar el sistema actual, manteniendo la competencia de los tribunales de letras. Estas propuestas tienen un carácter supletorio y complementario.

1. *Reducción del número de publicaciones y posibilidad de aviso radial*

En la práctica, los casos en que aparecen otros interesados constituyen un porcentaje ínfimo de las posesiones efectivas que se tramitan y es harto improbable que ellos se informen de la gestión por los diarios. El estudio propone reducir el número de publicaciones a una sola y conceder al juez la facultad de optar por añadir o sustituir el aviso en el periódico, por la emisión de un mensaje radial, cuando, a su juicio, la ubicación del inmueble y el probable domicilio y características culturales de los interesados hagan aconsejable esta vía de publicidad.

2. *Tasación por el propio interesado*

En general, y salvo los casos expresamente regulados por la ley, la tasación de los bienes que conforman la herencia se hace enteramente sobre la base de los valores que la parte estima. El estudio propone, pues, que este trámite se cumpla mediante una declaración jurada notarial del propio interesado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de previo decreto judicial.

3. *Mayor fiscalización sobre los aranceles*

El estudio concluye que la mayor parte de los organismos que intervienen en la tramitación de la posesión efectiva (conservadores, notarios, etc.) cobran, por lo general, más de lo que fija el arancel. Es posible crear y fiscalizar una reglamentación que pudiera obligar a los organismos a exhibir en sus despachos avisos llamativos y legibles con el listado de los precios que cobran por las gestiones más habituales. Ello permitiría al usuario exigir su respeto, optar por la competencia o reclamar por los precios que excedan los aranceles.

4. *Impuesto de declaración*

El estudio propone que el impuesto a las asignaciones hereditarias sea de declaración por parte del contribuyente, como es la regla general en materia de tributación. Ello deja a salvo las facultades y garantías de fiscalización por parte del Servicio.

5. *Mejorar los sistemas de difusión y prevención de causas de irregularidad.*

El estudio estima altamente recomendable que se hagan esfuerzos y se inviertan recursos en divulgar y capacitar a la población respecto de sus derechos y modo de su ejercicio.

6. *Mejorar y expandir los sistemas de asistencia jurídica que llevan este tipo de causas*

Supuesto que se mantenga la necesidad de patrocinio de abogado, se hace necesario aumentar la cobertura y eficacia de los sistemas de asistencia jurídica gratuita con capacidad de atender los casos de posesión efectiva.

7. *Acceso a Partición*

El estudio considera que algún porcentaje de irregularidad en la propiedad raíz se debe también a la falta de particiones, mecanismo reservado a acuerdo de las partes y a arbitraje, lo que resulta prohibitivo para sectores de bajos recursos. Se propone, por ello, hacer un estudio que recomiende vías arbitrales de bajo costo u otras alternativas.