

## **Sucesión Testada.**

### **I. Nociones Generales.**

#### **A. Concepto:**

Artículo 999 Código Civil: "El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva."

Artículo 952 inciso 1: "Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria..."

#### **Características más importantes de la definición del testamento:**

- i. Es un acto.
- ii. Es un acto solemne.
- iii. Mortis causa.
- iv. Tiene por objeto disponer de bienes.
- v. Esencialmente revocable respecto de las disposiciones contenidas en el.

### **B. Características Generales.**

#### **1. Es un acto jurídico unilateral, subjetivamente simple y no recepticio.**

- Es subjetivamente simple por que la parte que lo ejecuta es una sola persona conforme al artículo 1003 inciso 2.
- Es no Recepticio por cuanto no está dirigido a otra persona u otra parte como ocurre con la oferta. En este caso la aceptación de la herencia es un acto jurídico independiente del testamento.

#### **2. Es un acto personalísimo.**

- El artículo 1003 inciso 2 señala que serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes, o de una tercera persona. Estos testamentos otorgados por dos o más personas se denominan "conjuntos" o "mancomunados" o de "hermandad" y son nulos por cuanto distorsionan la naturaleza propia del acto testamentario que es la voluntad del testador.
- Adicionalmente el artículo 1004 no dice que la facultad de testar es indelegable (dato: es el art más breve del c.c.) no pudiendo entonces facultar a un tercero para que teste en representación de otra persona. En la vida jurídica, prácticamente todos los actos jurídicos pueden hacerse por medio de representantes. El testamento hace excepción al principio anterior. Aplicación de esta excepción, es el art. 1063. De permitirse que la elección del asignatario dependa del puro arbitrio ajeno, habría una verdadera delegación parcial de la facultad de testar, infringiéndose el art. 1004. Por la misma razón, los relativamente incapaces pueden otorgar libremente testamento. Así lo autoriza expresamente el art. 262, respecto del hijo menor adulto.

Deriva también del carácter personalísimo del testamento, la circunstancia de que el testador puede optar por mantener en reserva su testamento, otorgando un testamento cerrado, de manera que sus disposiciones y declaraciones sólo se conozcan una vez fallecido.

- Cabe señalar que la jurisprudencia ha resuelto sobre el particular que no caen

bajo la prohibición de los arts. 1003 y 1059 los testamentos otorgados por dos personas el mismo día, la una en pos de la otra, aunque estas dos personas en sus respectivos testamentos se instituyan recíprocamente herederos.

### **3. Es un acto solemne.**

Está sujeto a la observancia de ciertas solemnidades sin las cuales no produce efectos civiles. De la lectura de los artículos 999 y 1008 se desprende que el testamento puede ser solemne o menos solemne. De manera que será solemne aquel respecto del se han observado todas las solemnidades que la ley exige. Serán menos solemnes o privilegiados aquellos respecto de los cuales se omite alguna de las formalidades que establece la ley en consideración a determinadas circunstancias particulares o especiales establecidas expresamente en la ley.

El artículo 1002 ratifica el hecho de que el testamento es solemne porque es autosuficiente. Este art dispone que los documentos a que se refiera el testador en el testamento no se mirarán como parte del mismo, aunque el testador así lo dispusiere. El precepto se justifica, porque en dichas "cédulas y papeles" no se han respetado las formalidades del testamento y mal pueden en consecuencia formar parte de él y tener su mismo valor.

El fundamento de la exigencia del legislador de que la voluntad del testador se manifieste siempre en forma solemne es:

- a) Porque así queda una prueba preconstituida acerca de cuál fue la voluntad real del testador.
- b) Porque el testamento es un acto de importancia en la vida jurídica; en efecto, él da origen a la sucesión por causa de muerte, y el legislador siempre rodea de solemnidades los actos de trascendencia en el derecho. Las formalidades hacen que la voluntad se manifieste en forma más clara y meditada, evitando en lo posible la concurrencia de vicios en ella.
- c) Como una medida de protección de la voluntad del causante y para darle autenticidad al testamento.

### **4. Es un acto mortis causa.**

Produce sus efectos después de la vida del testador, durante la vida del testador no produce efectos es un mero proyecto que subsiste mientras no se exprese voluntad en contrario. Es por esto por lo que el testamento se aplica incluso a los bienes que no existían en poder del testador al momento de ser otorgado, esto implica que se puede aplicar sobre bienes futuros en otras palabras se puede disponer de bienes futuros que es algo que de acuerdo al artículo 1409 está prohibido para las donaciones entre vivos a título universal.

### **5. Acto destinado a disponer de los bienes.**

Su principal objetivo es la disposición de bienes, pero es un error pensar que este es el único objetivo. Puede tener otros como reconocer a un hijo (art 187 inciso 4) o nombrar un tutor o curador (artículo 353) o nombrar un albacea (1261) o un partidor (1324), desheredar, reconocer una obligación, etc.

Algunas de estas declaraciones serán revocables y otras no. Son revocables aquellas por las cuales, por ejemplo, se designa albacea, partidor, tutor o curador o una cláusula de desheredamiento; será irrevocable el reconocimiento de un hijo.

## **6. Es un acto esencialmente revocable.**

Artículo 1001: "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables...". El objetivo de esto es asegurar la libertad de testar. Este principio está recogido en el artículo 1001 (el de que es un acto esencialmente revocable).

Pero debe tenerse presente que en el testamento sólo son revocables las disposiciones testamentarias, mas no las declaraciones, por regla general. Así se desprende del propio art. 999, que habla únicamente de disposiciones testamentarias. En ninguna parte se establece que las declaraciones sean revocables. Por el contrario, el CC., al tratar de la revocación del testamento, (arts. 1212 y siguientes) siempre discurre sobre la base de que se dejen sin efecto las disposiciones, pero no las declaraciones testamentarias. En consecuencia, el reconocimiento de hijo hecho por testamento queda a firme, aunque con posterioridad, éste sea revocado. Así lo ha fallado la jurisprudencia.

De este principio se desprenden las siguientes consecuencias:

- a.** Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento.
- b.** Si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciere con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita.
- c.** El testamento solo se hace efectivo a partir del fallecimiento del causante o de sobrevenir una causal que haga inoponible su revocación por ejemplo demencia.
- d.** La revocación ha de hacerse por otro testamento.

**7.** El testamento produce **sus plenos efectos fallecido** el causante, pero puede producir otros efectos en vida de éste. Que el testamento produzca sus principales efectos después de muerto el causante es lógico, dado que da origen a la sucesión por causa de muerte, modo de adquirir el dominio que exige como supuesto el fallecimiento del causante.

En algunos casos, sin embargo, el testamento produce ciertos efectos, en vida del causante, lo que explica que el art. 999 se refiera a que muerto el causante se producen "sus plenos efectos"; a contrario sensu, vivo el testador, bien podrían producirse "algunos" de los efectos del testamento. Así:

☐ El reconocimiento de hijo que se efectúa en un testamento abierto. En este caso, el testamento producirá un efecto en vida del causante: otorgar al hijo el carácter de tal. Lo mismo ocurrirá tratándose del reconocimiento de una deuda.

☐ Las donaciones revocables y legados entregados por el causante en vida a los beneficiarios con derecho a ellos. Contemplan esta situación los arts. 1140 y 1142. Establecen que los donatarios de una donación revocable y los legatarios a quienes se entregan en vida las cosas donadas y legadas adquieren un derecho de usufructo sobre los bienes entregados. En estos casos, también produce el testamento un efecto en vida del testador: dar nacimiento a un derecho de usufructo.

## **II. Requisitos.**

Como es un acto jurídico debe cumplir con todos los requisitos generales aplicables a los actos jurídicos (de existencia y validez)

Los requisitos internos son: la capacidad del testador y su voluntad exenta de vicios. Estos requisitos son iguales en todo testamento, cualquiera que sea su forma. Su incumplimiento trae consigo, por regla general, la nulidad e ineficacia totales del testamento, por regla general (se anula totalmente el testamento, si lo otorgó un incapaz y si hubo fuerza sobre la voluntad del testador; sólo se anula en parte el testamento, si hubo error).

Los requisitos externos o formalidades no constituyen exigencias únicas, sino que varían conforme a las clases de testamento. Su sanción también es la nulidad integral del testamento.

Otros agregan un tercer requisito: Los requisitos de las disposiciones testamentarias. Se diferencian fundamentalmente de los anteriores, en que su infracción no produce sino la nulidad de la respectiva cláusula testamentaria, pudiendo tener validez las demás disposiciones que no se vean afectadas por algún vicio legal. Así, por ejemplo, si el testador, infringiendo el art. 1061, hace un legado al notario que autoriza el testamento, esta disposición será nula, pero el resto del testamento, cumpliendo con los requisitos legales, será válido.

### **1. Requisitos Internos:**

#### **A. Capacidad para testar.**

La capacidad es la regla general y la incapacidad es la excepción. El artículo 1005 señala que las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar.

Son incapaces:

i. El impúber.

ii. El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia. Si no está declarado en interdicción, queda incluido en el nº iii. La interdicción tiene, eso sí, una gran importancia, en relación con lo que dispone el art. 465 del CC. Si el demente está colocado bajo interdicción, no será necesario probar la demencia para anular el testamento. En cambio, si el demente no está bajo interdicción, los que impugnen el testamento invocando esta causal deberán probar la falta de razón.

iii. El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa. Dentro de las otras causas de privación de razón quedan comprendidos la demencia, el hipnotismo, la influencia de alcaloides, la demencia senil, etc. Respecto de la prueba del hecho de no estar una persona en su sano juicio al momento de otorgar testamento, habitualmente se producirá por informes médicos, es decir por informes de peritos. La jurisprudencia ha determinado que se puede probar incluso por medio de presunciones. El juez, frente a los antecedentes que se le proporcionen, puede construir y fundar sus presunciones, llegando a establecer la falta de razón. También han dicho nuestros tribunales que la circunstancia de que el notario exprese en el testamento que el testador estaba en su sano juicio al otorgarlo, no obsta a la nulidad de aquél, si se acredita la falta de razón.

**iv.** Todo el que no pudiese expresar su voluntad claramente.

Esta enumeración es taxativa por lo tanto todas las personas que no caigan en esta clasificación son capaces para testar. **La capacidad debe existir al momento de otorgarse testamento.**

El artículo 1006 nos da ciertas reglas especiales respecto de la capacidad:

**i.** El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo 1005 es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa.

**ii.** El testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna causa de inhabilidad.

Se concluye que pueden testar los menores adultos y los disipadores interdictos. Estos últimos pueden testar, puesto que el testamento no implica administración de bienes sino disposición de ellos para después de sus días. Sin embargo, el testador debe ser mayor de edad, si pretende restablecer los derechos hereditarios de su progenitor, cuya paternidad o maternidad se determinó judicialmente y con su oposición (artículo 203 del Código Civil).

## **B. Voluntad exenta de vicios.**

Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son el error, fuerza y dolo (art 1461).

### **1. FUERZA.**

**i.** Regla general: artículo 1007: "El testamento en que de **cualquier modo** haya intervenido la fuerza, **es nulo en todas sus partes**".

### **Cuestiones relevantes:**

**a.** ¿Qué quiere decir la expresión "cualquier modo"?

A este respecto veremos la opinión de diversos autores:

**i. Claro Solar:** señala que en este aspecto la ley se aparta de los requisitos generales de la fuerza de manera que la fuerza en el testamento no requiere ser grave, sino que bastara para hacerla valer cualquier presión en el ánimo del testador que le prive de su voluntad. En teoría de Claro Solar bastará para viciar el testamento el temor reverencial. Pablo Rodríguez señala que, por disposición expresa de la ley, en los actos jurídicos en general, el temor reverencial no basta para viciar el consentimiento, pero sí la voluntad en el testamento. Si la ley expresamente ha dicho que es nulo el testamento "en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza", está señalando inequívocamente, a juicio de este autor, que la fuerza provocada por temor reverencial es suficiente para viciar la voluntad

**ii. Meza barros:** Tiene otra teoría, señala que la expresión "de cualquier modo" implica que es indiferente que la fuerza se emplee por el beneficiario o cualquier otra persona.

**iii.** La Corte Suprema ha resuelto, sin embargo, que la fuerza para viciar la voluntad en el testamento, debe llenar los requisitos grave, injusta y determinante, no

existiendo a su respecto una situación especial.

**b.** ¿Qué quiere decir la expresión “es nulo en todas sus partes”?

### **Hay dos teorías al respecto.**

**i. Fabres:** Señala que lo que quiere decir el artículo es que la sanción será la nulidad absoluta apartándose de la regla general del artículo 1682.

Esta tesis es desechada por la mayoría de la doctrina que dice que en caso de aplicar la fuerza la sanción será la **nulidad relativa.**

**ii. Meza Barros:** sostiene que se refiere esta expresión a que el testamento queda nulo íntegramente tanto en aquellas disposiciones que fueren motivadas por la fuerza como aquellas que no.

**iii.** Recordemos finalmente, que el art. 968 número 4, además hace indigno de suceder a quien obtiene por la fuerza una disposición testamentaria en su favor, razón por la cual, si anulado el testamento el autor de la fuerza fuere heredero testamentario en otro testamento o heredero intestado, perderá todo derecho en la sucesión del causante. Igual indignidad afectará al que haya impedido por la fuerza testar al causante, situación en la cual se hará indigno de sucederlo en el testamento que ha dejado o intestadamente. Cabe indicar que, si se impidió testar, puede suceder que con antelación el causante sí hubiere otorgado testamento. En tal evento, deberá ejecutarse tal testamento, pero quien por la fuerza impidió que se otorgara el nuevo testamento, perderá todo derecho en la sucesión del causante.

## **2. ERROR.**

Existe consenso en la doctrina que no tiene sentido tratar el error como vicio del consentimiento en el testamento. Rodríguez Grez manifiesta derechamente que este vicio de la voluntad no tiene aplicación tratándose del testamento. Carece de sentido sostener que una persona testa por error. Puede inducirse dolosamente al causante a testar o a no testar; puede también hacersele testar por medio de la fuerza o impedirle por igual vía que otorgue testamento. Pero carece de todo sentido testar por error. De aquí, concluye, que el CC. no se refiera a este vicio al regular la manifestación de la voluntad en el testamento

Lo que si menciona el código son el error en las asignaciones. Así el artículo 1058 señala que la asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita.

Esta norma al estar redactada tan ampliamente incluye algunos errores que no proceden en la regla general como son el error en **la persona y en los motivos.**

Andrés Bello señaló un ejemplo es el caso en que el testador deja una asignación a una persona en gratitud por haber prestado un servicio al causante. Si resulta que esa persona no prestó servicio alguno no valdrá la asignación.

### **Requisitos para que se de el error.**

**i.** Que exista un motivo erróneo.

Según el profesor Domínguez el motivo que ha determinado la disposición debe expresarse en el testamento.



ii. Que se trate de un error de hecho.

iii. Que el error sea determinante.

Es decir que sin él no se hubiese efectuado la disposición.

- el artículo 1057 señala que el error en el **nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona**. Así, por ejemplo, si se instituye heredero a una determinada persona porque es hijo de un hermano, es obvio que la calidad es un elemento fundamental de determinación. De modo que aun en el supuesto de que no haya duda respecto de la persona de que se trata, una asignación motivada por un error sustancial en la calidad de la persona, vicia la asignación.

Una aplicación práctica del artículo 1057 está contenida en el artículo 1132 que es una manifestación del principio de enriquecimiento sin causa, esto significa:

i. Que si el testador manda pagar lo que cree deber y no debe, la disposición se tendrá por no escrita.

ii. Si en razón de una deuda determinada se manda pagar más de lo que ella importa, no se deberá el exceso a menos que aparezca la intención de donarlo.

- el art. 1058, según el cual "**la asignación que pareciere motivada por un error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita**".

El mencionado art. 1058 trata del error con amplitud, exigiendo un solo requisito para que traiga aparejado la nulidad de la asignación: que el error recaiga en la motivación que determinó instituir al asignatario. Basta, entonces, con probar que ausente el error la asignación no habría sido hecha, para que sobrevenga la nulidad de la misma.

**Sanción:** En el caso del art. 1057, se dice por algunos que la sanción sería la nulidad relativa, de conformidad a las reglas generales. Rodríguez Grez discrepa de tal conclusión, afirmando que la sanción sería la nulidad absoluta. En efecto, el error tratándose de una asignación testamentaria, está regido por los artículos 1057, 1058 y 1132. Los dos últimos señalan que la sanción consiste en que la disposición "se tendrá por no escrita". Por lo tanto, indica el autor citado, estamos en presencia de una verdadera "inexistencia jurídica".

Otro problema interesante se ha planteado a propósito de la recta interpretación del art. 1058. Consiste en saber si el motivo que determina la asignación debe o no expresarse en el testamento, para pretender luego que hay error. Si afirmamos que el testamento debe bastarse a sí mismo, parece evidente que el error de hecho debe manifestarse en el testamento, siendo insuficientes toda clase de pruebas extrínsecas al acto. Así piensan Rodríguez Grez, Domínguez Benavente y Domínguez Águila.

### **3. DOLO.**

No está regulado en forma especial como vicio del consentimiento, pero si se estableció como una causal de indignidad. Art 968

En consecuencia, dice Somarriva, deben aplicarse las reglas generales del dolo como vicio del consentimiento, con una salvedad: no se exige, como es obvio, que sea obra de una de las "partes", pues en el ámbito del testamento no encontramos tal

concepto, propio de los actos jurídicos bilaterales. El dolo, en consecuencia, para viciar la voluntad del testador, puede ser obra de cualquier persona, ya que no existe contraparte.

#### Sanción en caso de dolo.

- La doctrina general señala que la sanción será la **nulidad relativa** en aplicación de las reglas generales.

- Pablo Rodríguez: la única disposición relacionada con esta materia es el citado art. 968 número 4, norma que a su juicio contiene la solución al problema, ya que se sanciona al que dolosamente obtiene una disposición en su favor (o sea, dolo obra del que obtiene el beneficio) o al que dolosamente impide testar al causante (lo cual supone necesariamente un beneficio, sea como consecuencia que entrará a la sucesión intestada o aumentará la asignación de la persona a quien pretende favorecer). La única particularidad, en consecuencia, es que, en lugar de sancionarse con la nulidad del testamento, se sanciona con la indignidad al que fragua este vicio de la voluntad. El resultado será el mismo, por cuanto el asignatario doloso perderá su asignación o el provecho que le reporta el que el causante haya dejado de testar. Pero en esta materia, agrega Rodríguez, observamos un vacío. Si una persona dolosamente impide testar al causante, puede hacerlo en provecho de un tercero y, en tal caso, la indignidad no lo afectará personalmente, pero su dolo favorecerá a un tercero. ¿Qué sanción recae en el que impide testar al causante en provecho de un tercero? Estima Rodríguez que ninguna sanción, ya que nadie puede presumir que en el evento que hubiera testado le habría favorecido, de manera que el dolo, en este caso, queda impune.

Otro problema que se plantea este autor, es determinar qué sanción corresponde al que dolosamente induce al causante a instituir heredero a un tercero. Desde luego, el beneficiado no puede ser sancionado, dado que el art. 968 debe interpretarse restrictivamente, por establecer inhabilidades, de modo que el beneficiado no se hace por ello indigno de suceder al causante. La cuestión dice relación con la aplicación del art. 1458, inciso 2º, referido al llamado **"dolo incidental"**. Estima Rodríguez que, en este caso, el que fraguó el dolo responderá de todos los perjuicios que causa, y el que se beneficia del dolo sin haber tomado parte en él, responderá hasta concurrencia del provecho que le haya reportado el dolo.

De lo expuesto se infiere entonces, que, si un tercero induce dolosamente al causante a instituir asignataria a otra persona, quien fragua el dolo responderá de todos los perjuicios y quien recibe beneficio del dolo ajeno deberá indemnizar hasta concurrencia del provecho obtenido, si no ha tenido intervención en él. El problema planteado no se presenta, por cierto, mediando fuerza, pues en tal caso todo el testamento se anula, aunque la fuerza sólo incida en una cláusula del testamento. Sintetizando los casos planteados por Rodríguez Grez, observamos las siguientes hipótesis:

- El que por dolo obtiene alguna disposición testamentaria del difunto o le impide testar, obteniendo un beneficio personal en cualquiera de estos casos: se sanciona con indignidad del que fragua el dolo.
- El que por dolo impide testar al causante, pero sin que con ello se obtenga un beneficio para el que fragua el dolo: esta conducta no implicaría sanción alguna para aquél que fragua el dolo.
- El que, por dolo, induce al causante a instituir heredero a un tercero: en este caso,



el que fraguó el dolo responderá por todos los perjuicios, y que el se benefició del dolo, sólo hasta el monto de su provecho.

Nótese que Rodríguez Grez concluye en definitiva que el dolo en materia testamentaria no ocasiona nulidad, sino que es, o bien una causal de indignidad, o bien obliga a indemnizar los perjuicios (totales o hasta el monto del provecho, según corresponda).

## **2. Requisitos Externos:** Formalidades legales del testamento.

De los artículos 999 y 1008 se deduce que el testamento es siempre solemne, aunque puede tener más o menos solemnidades.

Estas solemnidades son irrenunciables y por ello el artículo 1000 señala que toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable sino por la muerte del donante o promisor, es un testamento, y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento.

El mismo artículo establece como excepción las donaciones o promesas entre cónyuges, las cuales, aunque revocables, podrán hacerse bajo la forma de los contratos entre vivos.

El artículo 1008 clasifica el testamento en solemne y en menos solemne o privilegiados.

A su vez el testamento solemne puede ser:

**a. Abierto o nuncupativo o público:** En este tipo de testamento el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos.

**b. Cerrado o secreto:** En este caso no es necesario que los testigos tengan conocimiento de las disposiciones del testamento.

El artículo 1030 señala que el testamento privilegiado puede ser:

- Verbal.
- Militar.
- Marítimo.

A su vez el testamento militar y marítimo puede ser abierto, cerrado o verbal.

En ciertas legislaciones extranjeras existe lo que se llama el testamento hológrafo esto es aquel en que su única formalidad consiste en que sea escrito, fechado y firmado por el testador; salvo un caso extremadamente especialísimo en nuestra legislación no existe el testamento hológrafo.

Recordemos que el art. 18 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, dispone que las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento. De tal forma, si una ley posterior exige mayores requisitos para la validez del testamento, no por ello el otorgado bajo el imperio de la ley anterior sin dichas solemnidades, dejará de ser válido.

## **III. Formas de testamento.**

**I. Forma del testamento solemne otorgado en Chile.** El testamento solemne puede ser abierto o cerrado y cualquiera que sea el que se adopte el estará sujeto a ciertas reglas comunes:

#### **a. Requisitos Comunes:**

- i.** El testamento solemne es siempre escrito. (1011).
- ii.** Requiere siempre la presencia de testigos. Este número es variable: la regla general es tres testigos, pero la ley exige cinco en un caso, el testamento abierto que no es otorgado ante ministro de fe
- iii.** Los testigos deben ser hábiles.

#### **1. Habilidad de los testigos.**

El artículo 1012 señala que no podrán ser testigos en un testamento solemne otorgado en Chile las siguientes personas:

- i.** Los menores de 18 años.
- ii.** Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia.
- iii.** Todos los que actualmente se hallaren privados de razón.
- iv.** Los ciegos.
- v.** Los sordos.
- vi.** Los mudos.
- vii.** Los condenados a alguna de las penas designadas en el art. 271 número 3 del Código Civil, y en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos. Se refiere dicho precepto al culpable de un delito a que se aplique la pena aflictiva de reclusión o presidio u otra de igual o mayor gravedad.
- viii.** Los amanuenses (empleados) del escribano que autorizare el testamento.
- ix.** Los extranjeros no domiciliados en Chile.
- x.** Las personas que no entiendan el idioma del testador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1024.

#### **2. Habilidad aparente o putativa de los testigos (1013).**

El objetivo de esta norma es salvar la habilidad del testigo aplicando la llamada Teoría del error común; de manera tal que en virtud de esta disposición no se invalidará el testamento por la inhabilidad del testigo. Los Romanos decían "error communis facit ius" con lo cual querían significar que el error común justificable y al parecer inexistente hace derecho.

Los requisitos para que tenga aplicación el artículo 1013 son los siguientes.

- i.** Que no se manifieste la inhabilidad en el aspecto o comportamiento de un testigo.
- ii.** Que se ignore generalmente la inhabilidad en el lugar en que el testamento se otorga.
- iii.** Que la opinión que considera hábil al testigo se funde en hechos positivos y públicos.
- iv.** Esta habilidad putativa solo podrá servir a uno solo de los testigos.

#### **3. Domicilio y aptitud intelectual de los testigos.** (artículo 1012 inciso final).

La ley no exige como regla general que los testigos sepan leer y escribir y que estén domiciliados en el lugar en que se otorga el testamento, sin perjuicio de lo cual da 2 reglas al respecto:

- i.** 2 a lo menos de los testigos deberán estar domiciliados en la comuna o agrupación

de comunas en que se otorgue el testamento.

**ii.** 1 a lo menos deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurren 3 testigos, y 2 cuando concurren 5.

**4. Parentesco entre testador y testigos.** El testador y los testigos pueden entre sí ser parientes, por consanguinidad o por afinidad. El parentesco del testador y testigos no es causal de inhabilidad, porque no lo contempla la ley (art. 1012). El testigo puede ser pariente de alguno de los asignatarios, porque si bien dentro de ciertos grados la disposición puede ser anulada (art. 1061), en el resto el acto permanece válido. El asignatario mismo puede ser testigo en cuanto tal, porque si bien la asignación que le haga el testador no vale (art. 1061), en lo demás el testamento es eficaz.<sup>17</sup>

### Clases de testamentos solemnes otorgados en Chile.

#### **A. Testamento solemne abierto.**

##### **1. Elemento esencial.**

El artículo 1015 inciso 1 establece que lo que constituye esencialmente el testamento abierto es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al escribano si lo hubiere y a los testigos, en similares términos se pronuncia el artículo 1008.

##### **2. Formas de otorgamiento** (1014 inciso 1).

Son solo dos formas:

**i.** Ante competente escribano y 3 testigos; caso en el cual vamos a estar en presencia de un instrumento público.

**ii.** Ante 5 testigos; caso en el cual vamos a estar en presencia de un instrumento privado que deberá ser reconocido y someterse a una serie de trámites tendientes a verificar su autenticidad.

##### **3. Funcionario competente** (1014 inciso 2 y 35 de la ley 19.477)

**i.** El notario o escribano.

**ii.** Juez de Letras del territorio jurisdiccional del lugar del otorgamiento.

**iii.** Los Oficiales del Registro Civil en aquellas comunas que no sean asiento de notario, artículo 37 de la ley 19.477 LOC del Servicio de Registro Civil e Identificación.

La competencia de estos funcionarios no dice relación con el domicilio del testador, sino que, con la sede del funcionario, en otras palabras, el Juez de Letras de Santiago no puede constituirse en San Miguel para otorgar un testamento.

##### **4. Contenido del testamento** (artículo 1016 c.c y 414 del COT).

En el testamento se expresará:

**1)** El nombre y apellido del testador.

**2)** El lugar de su nacimiento.

**3)** La nación a que pertenece.

**4)** Si está o no avecindado en Chile, y si lo está la comuna en que estuviere su

- domicilio.
- 5) Su edad.
  - 6) Las circunstancias de hallarse en su entero juicio.
  - 7) Los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, de los habidos en cada matrimonio, de cualesquier otros hijos del testador, con distinción de vivos y muertos (esto tiene importancia por el derecho de representación que opera en la sucesión testada excepcionalmente en el caso de las legítimas.)

---

<sup>17</sup> Agregado abril 2016, libro ramón domínguez aguila

- 8) Nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos.
- 9) Lugar, día mes y año del otorgamiento.
- 10) El nombre, apellido y oficio de escribano, si asistiere alguno.
- 11) El artículo 414 COT se refiere a que el notario debe dejar constancia del lugar y la hora en que se otorga el testamento (esto también se le puede aplicar al juez por el artículo 1014 inciso 2 última línea.)

## **5. Acto de otorgamiento del testamento.**

Se refieren a esta materia los arts. 1017 y 1018. El otorgamiento mismo del testamento abierto puede descomponerse en dos etapas: la escrituración y lectura del testamento y su firma.

### **i) Escrituración y lectura del testamento. Art. 1017.**

- 1) El testamento será presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo escribano, si lo hubiere, y por unos mismos testigos. (1015 inciso 2).
- 2) El testamento deberá ser escrito (1011), pero se acepta que el mismo haya sido escrito previamente (1017 inciso 1).
- 3) El testamento además de las expresiones del artículo 1016 y 414 del COT deberá contener las disposiciones y declaraciones del testador.
- 4) Todo el testamento será leído en alta voz por el escribano, si lo hubiere, o a falta de escribano por uno de los testigos, designado por el testador a este efecto. Mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de sus disposiciones. (1017 inciso 2 y 3). Como ha declarado nuestra jurisprudencia, si interviene funcionario, a él le corresponde la lectura del testamento, el cual no puede ser leído por un testigo. También han dicho nuestros tribunales que es nulo el testamento otorgado ante cinco testigos en que no se indica cuál de estos debe leerlo

Se ha discutido si es o no necesario dejar constancia de la lectura del testamento en el mismo testamento. La jurisprudencia ha resuelto que no es necesario dejar esta constancia, ello porque no se trata de un requisito exigido por la ley y las solemnidades son siempre de derecho estricto, así mismo cuando el legislador ha querido que se deje constancia de la lectura del testamento expresamente lo ha exigido, como sucede en el testamento otorgado por un ciego (1019).

En contrario se pronuncia Don Luis Claro Solar, para quien el testamento es un acto solemne que debe bastarse a sí mismo y en consecuencia la forma de acreditar fehacientemente esta lectura es dejando constancia de ello en el testamento.

**ii)** El acto termina por las firmas del testador y testigos y por la del escribano, si lo hubiere.

- Si el testador no supiere o no pudiese firmar se mencionará en el testamento esta circunstancia expresando la causa. La jurisprudencia es uniforme en todo caso, en el sentido que no es necesario expresar la causa por la cual el testador no pudo firmar, pues la exigencia legal es que se deje constancia de cuál fue el motivo por el cual no firmó: si porque no supo o porque no pudo, no siendo necesario expresar la causa por la cual no supo o no pudo hacerlo.

- Si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso, otro de ellos firmará por él y a ruego suyo, expresándolo así. La Corte Suprema ha fallado que en tal evento no es posible que firme por el testigo un tercero extraño al acto testamentario, so pena de nulidad del testamento.

De lo dicho en este punto y en el anterior, es posible concluir que el testamento es un acto colectivo (deben estar presentes el testador, el escribano si lo hubiere y los testigos), continuado, ininterrumpido, formal y rubricado.

#### **6. Personas que sólo pueden otorgar testamento solemne abierto.**

##### **a.** El analfabeto (1022)

El que no sepa leer ni escribir no podrá otorgar testamento cerrado; a contrario sensu solo podrá otorgar testamento abierto.

##### **b.** Ciego, sordo o sordomudo que puede darse a entender claramente **pero no por escrito.**

En estos casos el legislador para evitar fraudes somete el otorgamiento del testamento a ciertas exigencias especiales que están en el artículo 1019 y que son:

**i.** Estas personas solo podrán testar nuncupativamente ante escribano o funcionario que haga las veces de tal.

**ii.** En el caso del ciego el testamento deberá leerse en voz alta 2 veces, la primera por el escribano o funcionario que haga las veces de tal y la segunda por uno de los testigos elegido al efecto por el testador.

**iii.** En el caso del sordo o del sordomudo, la primera y segunda lectura deberán efectuarse, además, ante un perito o especialista en lengua de señas, quién deberá, en forma simultánea, dar a conocer al otorgante el contenido de la misma.

**iv.** Deberá hacerse mención especial de esta solemnidad en el testamento.

#### **7. Personas que no pueden otorgar testamento abierto, es decir, están obligadas a otorgar testamento cerrado:** art. 1024, inciso 1º.

**a)** El sordo o sordomudo que sólo puede darse a entender por escrito, o sea, que desconozca la lengua de señas.

**b)** El que no conociere el idioma del notario y testigos que concurren al otorgamiento del testamento, es decir, aquellos que no hablen castellano. Esta hipótesis se aplicará, usualmente, a los extranjeros que desconozcan la lengua castellana, pero también podría tratarse de un chileno que desconociera tal idioma, por ejemplo, por haber vivido desde su niñez en el extranjero, sin aprender el idioma de sus padres.

#### **8. Trámites para la ejecución del testamento:**

Estos trámites dependerán de la forma en que el testamento se halla otorgado:

**a.** Si el testamento se ha otorgado ante un funcionario público y se ha incorporado en su registro no necesita de ningún trámite posterior para recibir su ejecución.

**b.** El testamento se ha otorgado ante un funcionario público, pero no se ha incorporado en un registro público en este caso de acuerdo al artículo 415 COT el testamento deberá ser protocolizado.

- El testamento otorgado ante un juez de primera instancia, necesariamente será dado en hoja suelta, pues tal funcionario no lleva protocolo en el cual insertar los testamentos.

- En el caso del notario, Somarriva llega a la conclusión que el testamento puede ser otorgado tanto en protocolo como en hoja suelta. Lo más frecuente será que el testamento se otorgue en el protocolo mismo. Ahora bien, este testamento que se otorga en el protocolo mismo es instrumento público en cuanto a testamento, pero también lo es en cuanto a escritura pública.

Pero no es forzoso para Somarriva que el testamento se incorpore en el protocolo del notario, pues puede también otorgarse en hoja suelta.

- El artículo 866 del CPC dispone que el testamento que no se hubiere protocolizado en vida del testador, será presentado después de su fallecimiento y en el menor tiempo posible al tribunal para que ordene su protocolización.

- El artículo 420 número 2 del COT señala que el testamento otorgado en hojas sueltas deberá protocolizarse a más tardar dentro del primer día hábil siguiente al de su otorgamiento después de lo cual valdrá como instrumento público.

**c.** El testamento ha sido otorgado solo ante 5 testigos, caso en el cual no estamos en presencia de un instrumento público y, por lo tanto, el testamento deberá ser sometido a una serie de formalidades que hagan constar su autenticidad. Naturalmente, este testamento no puede estar revestido de la misma autenticidad que el anterior y por ello la ley, para proceder a la ejecución de esta clase de testamentos, exige previamente su publicación, trámite contemplado en el art. 1020. (867 c.p.c)

El juez competente para conocer de la publicación del testamento es el del último domicilio del testador, de acuerdo al art. 1009, en cuya virtud la apertura y publicación del testamento se harán ante dicho juez, salvo las excepciones legales. Puede pedir la publicación cualquier persona capaz de parecer en juicio (art. 869 del CPC).

Fallecido el causante, se lleva su testamento abierto ante el juez designado, quien deberá previamente cerciorarse de la muerte del testador, salvo los casos en que ésta se presume (art. 1010). Para este objeto, el interesado exhibirá la partida de defunción del causante. Hecho esto, el juez cita a su presencia a los testigos del testamento para que reconozcan sus firmas y la del testador

Formalidades que deben cumplirse para dar autenticidad a este tipo de testamento son las siguientes:

**i.** Reconocimiento de la firma del testador y de los testigos (artículo 1020 inciso 2, 3 y 4).

Si alguno de los testigos está ausente, los presentes abonarán su firma; en caso



necesario y siempre que el juez lo estime conveniente, las firmas del testador y de los testigos ausentes pueden ser abonadas por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

En el evento que no se reconociere la firma del testador ni la de los testigos no podrá considerarse el testamento como autentico.

**ii.** Rubricación del testamento por el juez. (Artículo 1020 inciso 5.) Reconocidas las firmas, el juez rubrica el testamento al principio y fin de cada hoja y lo manda protocolizar en una notaría (art. 1020).

**iii.** Protocolización del testamento. (artículo 1020 inciso 5)

Este inciso exige que se protocolice "todo lo obrado" es decir no se exige que se protocolice solo el testamento, sino el total de las diligencias que se han llevado a cabo ante el juez.

**iv.** Protocolización del testamento otorgado en hoja suelta.

Si el testamento no se ha otorgado en el protocolo del notario, sino que, ante el notario en hoja suelta, ante el juez de primera instancia o sin intervención de funcionario alguno y en presencia solamente de 5 testigos, será necesario, antes de proceder a la ejecución del testamento, efectuar su protocolización.

Así lo dispone el art. 866 del CPC y el propio art. 1020 del CC.

El art. 415 del COT define la protocolización como "el hecho de agregar un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicita".

De acuerdo al art. 417 del COT, la protocolización de los testamentos deberá hacerse agregando su original al protocolo de los antecedentes que lo acompañan. Agrega el precepto que para protocolizar un testamento será suficiente la sola firma del Notario en el libro repertorio. En consecuencia, lo que se hará valer como testamento no será éste, pues él queda agregado al final del protocolo, sino que una copia de toda la diligencia de la protocolización dada por el notario, a petición de parte interesada.

Plazo para efectuar la protocolización.

En el Código Civil no existía plazo para efectuar la protocolización de esta hoja suelta otorgada ante funcionario público. El Código de Procedimiento Civil señaló que debía efectuarse en el menor tiempo posible después del fallecimiento del testador. Es el Código Orgánico de Tribunales, en su art. 420 número 2, el que dispone que protocolizados **valdrán como instrumentos públicos** los testamentos solemnes abiertos que se otorguen en hojas sueltas, siempre que su protocolización se haya efectuado a más tardar dentro del primer día siguiente hábil al de su otorgamiento. **Con ello, se pretende resguardar la integridad y la autenticidad del testamento.**

- La Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo que a juicio de Somarriva-Abeliuk es acertado, resolvió que el plazo fijado en el número segundo del art. 420 del Código Orgánico de Tribunales, no se refiere a los testamentos otorgados ante cinco testigos. Para dichos autores, el fallo se justifica ampliamente, pues si bien es cierto estos testamentos (ante 5 testigos) se otorgan en hoja suelta, no puede aplicarse el precepto citado (art. 420, número 2), porque antes de protocolizar el testamento es preciso proceder a su publicación. Y este trámite judicial se llevará a cabo una vez fallecido el causante, lo cual hace imposible cumplir el plazo exigido

por el art. 420.

- Distinta es la opinión de Rodríguez Grez. Hace notar este autor que la ley habla de testamentos otorgados en hojas sueltas, lo cual excluye aquél que se integra al protocolo público del notario. **Por lo que, tanto el testamento otorgado ante funcionario competente como ante cinco testigos hábiles, debe protocolizarse en la forma que dispone el citado artículo.** Si el testamento no se protocoliza en el término indicado (a más tardar al día siguiente hábil de su otorgamiento), puede protocolizarse después, **pero no valdrá como instrumento público. Si muere el testador, debe protocolizarse previa orden judicial** (art. 866 del Código de Procedimiento Civil); y si ha sido otorgado sólo ante testigos, para su ejecución deben cumplirse los requisitos de publicidad establecidos en el art. 1020, aun cuando se haya protocolizado dentro o fuera del plazo consignado en el art. 420 número 2 del Código Orgánico de Tribunales. Esta es la forma de asegurarla autenticidad y legitimidad del testamento. Si este ha sido extendido en el protocolo del notario no requiere de ninguna de esas exigencias para su ejecución porque es una escritura pública, dotada de las seguridades que de ella emanan.

Rodríguez Grez sintetiza la cuestión planteada en los siguientes términos:

**Primero:** si el testamento ha sido otorgado ante notario público e incorporado al protocolo público, el testamento no requiere de trámite alguno para su cumplimiento, después de fallecido el testador, y constituye un instrumento público.

**Segundo:** si el testamento ha sido otorgado ante notario en hojas sueltas o ante cinco testigos, debe ser protocolizado en el plazo que señala el art. 420 número 2 del Código Orgánico de Tribunales, y en tal caso valdrá como instrumento público y tendrá el mérito probatorio que le concede el art. 1700 del Código Civil. Al fallecimiento del testador, deberá ejecutarse sin otro requisito si se trata del testamento otorgado ante notario en hojas sueltas, o previo cumplimiento de los requisitos del art. 1020 (publicación), si se trata del testamento otorgado ante cinco testigos.

**Tercero:** si el testamento, en los casos anteriores, no ha sido protocolizado en el plazo a que se refiere el art. 420 número 2, no requiere de trámite alguno si ha sido protocolizado antes del fallecimiento del causante o después de su fallecimiento con orden judicial, siempre que se haya extendido ante notario, y se de cumplimiento a todos los trámites de publicación a que alude el art. 1020, cuando ha sido otorgado ante cinco testigos. En ambas hipótesis, sin embargo, el testamento no valdrá como instrumento público.

## **v. Reglas especiales.**

**i.** Juez competente es el del último domicilio del testador (1009) salvo las excepciones legales.

“Publicación” se refiere a transformar el instrumento privado en instrumento público.

**ii.** Siempre que el juez vaya a proceder a la publicación del testamento deberá cerciorarse previamente de la muerte del testador, salvo los casos en que deba presumirse la muerte.

**iii.** Nuestra jurisprudencia ha estimado que no puede oponerse una persona a la publicación del testamento, aunque tenga interés en ello. La razón de este fallo estriba en que la publicación no reconoce validez al testamento y deja a salvo las acciones de nulidad que puedan hacerse valer en su contra. En relación a lo anterior, se ha resuelto también que no hay plazo para efectuar la publicación, ya que sólo

una vez efectuada se discutirá la validez del testamento.

## **B. Testamento solemne Cerrado.**

### **1. Concepto:**

El artículo 1023 inciso 1 señala que lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el escribano y testigos le vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento. El mismo inciso contiene una regla especial señalando que los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del escribano y testigos.

### **2. Forma única de otorgamiento.** (1021).

El testamento solemne cerrado debe otorgarse ante un escribano y tres testigos, pudiendo hacer las veces de escribano el respectivo juez letrado y se estima en doctrina que el oficial del registro civil no está autorizado para que ante él se otorguen testamentos cerrados.

### **3. Presencia y unidad del acto.** (1023 inciso final).

Durante el otorgamiento estarán presentes además del testador, un mismo escribano y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere.

### **4. Otorgamiento del testamento.** (1023 inciso 2).

Conforme al art. 1023, el otorgamiento de testamento cerrado se descompone en tres etapas:

- 1º** Escrituración y firma del testamento.
- 2º** Introducción del testamento en un sobre o carátula que después será cerrado.
- 3º** Redacción de la carátula del testamento.

#### **1º Escrituración y firma del testamento.**

Al respecto, pueden presentarse tres situaciones:

**a)** Que el testamento esté escrito y firmado por el testador: no hay duda acerca de su validez.

**b)** Que el testamento esté escrito a mano o por medios mecánicos o electrónicos dactilográficos por un tercero y firmado por el testador. También es inobjetable, pues lo que exige la ley es que el testamento esté a lo menos firmado por el testador.

**c)** Que el testamento esté escrito de puño y letra del testador, pero no esté firmado por él. Al respecto, se plantea la discusión.

- La opinión dominante es que este testamento sería válido, pero en realidad, plantea Somarriva en términos algo dubitativos, la letra del precepto parece contrariar semejante interpretación, pues dice que el testamento debe estar a lo menos firmado por el testador. Se ha alegado que la firma es necesaria como expresión de conformidad con lo que se ha escrito, como piensa Fernando Rozas Vial y otros.

- Distinta es la opinión de Rodríguez Grez. Afirma que la autenticidad del testamento -que es lo que interesa a la ley- no está en juego si faltare la firma.

Basta con que la memoria testamentaria esté escrita por el testador. Señala Rodríguez que el fundamento dado por Somarriva es insostenible, porque la ley dice otra cosa: "El testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador"(art. 1023, inciso 2º). Pretender negar valor a un testamento escrito de puño y letrapor el testador es introducir una solemnidad que ninguna disposición ha contemplado y que, por el contrario, ha sido objeto de una expresa exclusión del legislador.

- La jurisprudencia está dividida también. Un fallo sostiene que no es necesario que el testamento esté escrito y firmado por el testador, sino que puede ser lo uno o lo otro. El mismo fallo agrega que no es nulo el testamento que no está firmado, si la firma se ha puesto en la carátula. Otra sentencia declara nulo un testamento por no haber sido firmado por el testador, sino por un testigo a ruego suyo. La jurisprudencia ha determinado también que, si se otorga un testamento cerrado en dos ejemplares exactamente iguales, diciéndose que abierto uno quedará sin efecto el otro, el testamento es perfectamente válido.

**2º Introducción del testamento en un sobre o carátula que luego será cerrado.** Escrito el testamento, el otorgante lo introduce en un sobre, el cual debe ser cerrado exteriormente, en términos tales que, si se quiere extraer el testamento, debaromperse la cubierta. Art. 1023, 3º.

Esta exigencia se justifica ampliamente, porque lo que caracteriza al testamento cerrado es, como su nombre lo dice, ser secreto. **Por ello, la jurisprudencia ha determinado que si se presenta un testamento cerrado con la cubierta del sobre violada, el testamento es nulo. En este caso, excepcionalmente la ley admite una hipótesis de nulidad sobreviniente, es decir, no por hechos acaecidos al momento de otorgar el testamento, sino que ocurridos con posterioridad.**

### **3º Redacción y firma de la carátula.**

#### **a. Redacción de la carátula.** (1023 inciso 5).

El notario expresará en el sobre escrito bajo el epígrafe "testamento" las siguientes menciones señaladas en el artículo 1023 inciso 5:

- i.** La circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio (a simple vista el testador aparece en su sano juicio, esto quiere decir la disposición.)
- ii.** El nombre, apellido y domicilio del testador.
- iii.** El nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos.
- iv.** Lugar, día, mes y año del otorgamiento. También en este caso el artículo 414 del COT exige que se señale la hora en que se ha otorgado el testamento.

#### **b. Cierre y sellamiento.** (1023 inciso 3).

El sobre escrito o cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta. Agrega el inciso 4 que queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta.

En la práctica el notario tiene cajas de fósforos largas y prende una vela dejando caer tres gotas sobre la parte de atrás y con su sello de notario sella el sobre.

#### **c. Firma del testamento.** (1023 inciso 6).

Termina el otorgamiento por las firmas del testador y de los testigos, y por la firma y signo del escribano, sobre la cubierta. De tal forma, en el testamento cerrado pueden existir dos firmas del testador: la del testamento mismo, que se discute si puede faltar o no, y la de la carátula, que es esencial.

En nuestra jurisprudencia, se ha discutido si puede suplirse la firma de la carátula por la impresión digital del testador, porque hay casos en que el testamento se otorga en última instancia y es imposible obtener la firma del otorgante. La Corte de Apelaciones, en fallo dividido, consideró que el testamento era válido, pero la Corte Suprema estimó que el testamento cerrado al cual le falta la firma en la carátula es nulo.

En relación a lo anterior y también en armonía con el fallo que concluía de que es nulo el testamento firmado por una persona a ruego del testador, otra sentencia acoge la nulidad de un testamento, cuya carátula fue firmada por un testigo a ruego del testador.

Entonces, si el testador no sabe firmar no puede otorgar testamento cerrado, ello porque el artículo 1023 inciso 2 exige que el testamento este escrito o a lo menos firmado por el testador. Si los testigos no supieren o no pudieren firmar se estima que se aplica por analogía el artículo 1018.

Recomendación práctica: otorgar 2 testamentos cerrados, porque la carátula no siempre queda en poder del notario y este se puede perder, o se puede romper.

#### **5. Testamento del que no puede entender ni ser entendido.** (Artículo 1024).

Cuando el testador no pudiese entender o ser entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado. En este caso el testador escribirá sobre la cubierta la palabra "testamento" o la equivalente en el idioma que prefiera y hará en el mismo modo la designación de una persona, expresando, a lo menos, su nombre, apellido y domicilio y la nación a que pertenece aplicando en lo demás el artículo 1023.

#### **6. Apertura y publicación del testamento cerrado.**

Fallecido el testador, para la ejecución de su testamento cerrado, es necesario proceder a la apertura del mismo, conforme lo preceptuado en el art. 1025 del Código Civil y en los arts. 868 y 869 del Código de Procedimiento Civil.

Como medida de resguardo el artículo 431 del COT establece que cada notario deberá llevar un índice privado en el cual anotará los testamentos cerrados que el otorgue. Agrega este artículo que solo podrá ser obligado a exhibir este índice por orden judicial o a solicitud de un particular que acompañe un certificado de defunción del causante.

#### **Reglas especiales:**

##### **A. Legitimado Activo.**

La apertura puede ser solicitada por cualquier persona capaz de comparecer en juicio (864 CPC) siempre que acredite la muerte natural o presunta del testador (1010). Dado que le interesa al legislador que el testamento se haga público y se cumpla, sanciona con una causal de indignidad para suceder, al que dolosamente ha detenido u ocultado el testamento, presumiéndose legalmente el dolo por la detención u ocultación. Art. 968 número 5. ¿Qué ocurre con aquél que destruye el testamento cerrado del causante? La ley no se pone en tal caso, pero parece razonable aplicarle la causal de indignidad del número 5, pues si se hace indigno quien "detiene" el testamento, con mayor razón debe serlo quien lo "destruye", o, dicho de otra

manera, quien de manera definitiva e irreversible, detiene el testamento al destruirlo.

### **B. Juez competente.**

Será competente el juez del último domicilio del testador (1009).

En todo caso el artículo 868 del CPC señala que si el testamento es otorgado ante notario que no sea el del último domicilio del testador podrá ser abierto ante el juez del territorio jurisdiccional a que pertenece dicho notario.

### **C. Tramites de la apertura.**

La mayoría de ellos se encuentra en el artículo 1025.

**i.** El testamento cerrado, antes de recibir su ejecución, será presentado al juez.

**ii.** Es necesario que el escribano y los testigos reconozcan ante el juez su firma y la del testador, declarando además si en su concepto está cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega. No es obstáculo para proceder al trámite de apertura del testamento, la circunstancia de que uno de los testigos no reconozca la firma del testador, puesto que la validez del testamento debe discutirse en juicio aparte. Verificarán que no existan señales externas de que el testamento ha sido violado.

**iii.** Si no pueden comparecer todos los testigos, bastará que el escribano y los testigos instrumentales presentes, reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen la de los ausentes.

**iv.** No pudiendo comparecer el escribano o funcionario que autorizó el testamento será reemplazado para las diligencias de apertura por el escribano que el juez elija.

**v.** En caso necesario, y siempre que el juez lo estime conveniente, podrán ser abonadas las firmas del escribano y testigos ausentes por declaraciones juradas de otras personas fidedignas. Ello, porque puede ocurrir, por ejemplo, que hayan fallecido el notario y los testigos, o que no comparezca ninguno de ellos. La jurisprudencia ha estimado que en tal evento el testamento no es nulo, pues el juez tiene la facultad de comprobar la autenticidad e integridad de aquél por otros testimonios auténticos.

También han declarado nuestros tribunales que no es necesario que la apertura del testamento se haga en un solo acto, pues un día pueden comparecer los testigos y otro el notario, por ejemplo. Tampoco es nulo el testamento si algunos testigos declaran en el juzgado del último domicilio del causante y otros reconocen su firma ante otro juez. Otro fallo va más allá y declara que los vicios que puedan cometerse en la apertura del testamento -por ejemplo, incompetencia del juez-, no acarrearán la nulidad del testamento. Simplemente, la diligencia será ineficaz y deberá repetirse subsanando sus vicios.

Nuestra jurisprudencia ha decidido también que no cabe oposición a la apertura del testamento. No existe interés alguno en dicha oposición, por cuanto la apertura no se pronuncia sobre la validez del testamento y deja a salvo las correspondientes acciones de nulidad.

**vi.** De todas estas diligencias se levantará un acta que deberá ser firmada por el juez, el notario, los testigos, y el secretario del tribunal.

**vii.** En el caso del artículo 868 del CPC el original del testamento junto con las diligencias de la apertura se remitirá al juez del último domicilio del causante, dejándose copia de lo obrado en el protocolo del notario.

### **D. Protocolización del testamento.**



El artículo 420 número 1 COT dispone que una vez protocolizado valdrán como instrumentos públicos los testamentos cerrados y abiertos en forma legal.

La protocolización del testamento se llevará a cabo en la forma señalada por los artículos 1020 inciso 5 y 417 del COT de manera tal que deberá protocolizarse el testamento y todo lo obrado en la diligencia de apertura.

#### **E. Registro Nacional de Testamentos.**

La Ley número 19.903, publicada en el Diario Oficial de fecha 10 de octubre de 2003, creó un Registro Nacional de Testamentos (artículo 13º), que es público y se lleva en la base central de datos del sistema automatizado del Servicio de Registro Civil e Identificación, con las formalidades establecidas en el reglamento.

El artículo 14º dispone por su parte que el hecho de haberse otorgado o protocolizado un testamento deberá anotarse en el registro nacional respectivo, en la oportunidad establecida en el artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales. Los notarios deberán remitir al Servicio de Registro Civil e Identificación, dentro de los diez primeros días de cada mes, por carta certificada, las nóminas de los testamentos que se hubieren otorgado o protocolizado en sus oficios.

Con el Registro Nacional de Testamentos creado por la Ley número 19.903 del año 2003, se puede averiguar si el causante falleció testado o intestado. Antes, si no se tenía copia del testamento, había que recorrer todas las notarías e índices tratando de saber si el causante lo había otorgado o no. Con todo, subsiste un problema: si el testamento se otorgó sin presencia de funcionario público y sólo ante cinco testigos, no figurará en el Registro, sino una vez practicado el trámite de la publicación.

#### **7. Sanción por el cumplimiento de las solemnidades legales** (tanto para el testamento abierto como cerrado). Artículo 1026.

El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que deba respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno. Por lo demás, el artículo 1026 no hace sino aplicar el principio general del artículo 1682, según el cual la omisión de algún requisito o formalidad exigido por la ley para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza, ocasiona nulidad absoluta.

Para determinar cuándo el testamento es nulo y cuándo es válido, debemos examinar cada una de las solemnidades exigidas por la ley, ya que la omisión de cualquiera de ellas acarrea la nulidad.

Las principales causales de nulidad del testamento solemne son las siguientes: son nulos,

**1º** El testamento abierto o cerrado que no se otorga por escrito (en realidad, en este caso más bien hay inexistencia).

**2º** El testamento que no se otorga ante el número de testigos exigidos por la ley. En todo caso, como lo ha estimado la jurisprudencia, si se otorga ante un número mayor de testigos, el testamento es válido.

**3º** El testamento otorgado ante un funcionario que no sea de los autorizados por la ley para intervenir en dicho acto.

**4º** Cuando se infringen las reglas dadas por la ley para su otorgamiento. En consecuencia:

**a)** No tiene valor el testamento abierto que no es leído.

**b)** También es nulo si concurriendo un funcionario, no lo lee él sino algún testigo.

- c)** Respecto a si se debe dejarse constancia o no en el testamento abierto de haberse cumplido el trámite de la lectura.
- d)** No es válido el testamento abierto en el cual no se deje constancia de que el testador no supo o no pudo firmar, aunque no es necesario expresar la causa por la cual no pudo o no supo hacerlo.
- e)** También es nulo si firma por algún testigo una persona extraña al otorgamiento del testamento.
- f)** Será igualmente nulo el testamento del ciego en que se infrinjan las solemnidades especiales exigidas por la ley, por ejemplo, dejar constancia de la doble lectura exigida por el artículo 1019.
- g)** Será asimismo nulo el testamento del sordo o sordomudo que conozca la lengua de señas, en que se infrinjan las formalidades previstas en el artículo 1019.
- h)** Respecto de la firma del testamento cerrado, nos remitimos a lo expresado a propósito de la escrituración y firma de estos testamentos y a la redacción y firma de la carátula.

**5º** Es nulo el testamento cerrado si aparece violada la cubierta del mismo.

**6º** Es nulo el testamento de las personas que estando obligadas a otorgar ya testamento cerrado, ya abierto, infringen dichas prohibiciones. Así, será nulo el testamento cerrado otorgado por un ciego o por un analfabeto y el abierto otorgado por un sordo o sordomudo que no sabe leer ni escribir ni tampoco entienda la lengua de señas.

En todo caso, como lo ha declarado nuestra jurisprudencia, un testamento no se ve afectado en su validez por los vicios cometidos en los trámites posteriores a su otorgamiento, relativos a su apertura y publicación. La diligencia respectiva será ineficaz y deberá repetirse corrigiendo sus vicios.

Como nos encontramos frente a una nulidad absoluta, ella puede ser declarada de oficio cuando aparezca de manifiesto, pedirse por el ministerio público o por todo el que tenga interés en ello. Se ha fallado que la nulidad sólo puede solicitarse por aquellos a quienes pasarían a pertenecer los bienes si el testamento se anula.

Todo lo que hemos dicho se entiende sin perjuicio de que el testamento solemne pueda ser anulado de acuerdo con las reglas generales de los testamentos, como acontecería con un testamento otorgado por un incapaz de hacerlo, o que fuera mancomunado, por ejemplo.

El inciso 2 de este mismo artículo señala que con todo, cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1016, en el inciso 5 del artículo 1023 y en el inciso 2 del artículo 1024, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo.

Tanto en el testamento abierto como en la carátula del testamento cerrado, el Código Civil exige que se indique el lugar del otorgamiento del testamento.

Al respecto, se ha discutido en la jurisprudencia qué se entiende para estos efectos por lugar: si el sitio específico en que se otorga el testamento (es decir, usualmente, el oficio del notario), una casa particular, un hospital, etc.

Un fallo estableció que no se refiere al lugar geográfico en que se otorga el testamento, sino la casa, oficina, establecimiento, etc., distinto del oficio del notario en que haya podido efectuarse, o sea, un sitio preciso. De tal modo, no hay necesidad de indicarlo si se otorga en el oficio del notario. Otros fallos, en cambio,

declaran que lugar es aldea, ciudad o comuna. Así, no es preciso indicar por ejemplo que el testamento se otorgó en tal hospital, sino sólo la ciudad en que dicho establecimiento se encuentra. Esta es la tesis predominante en la jurisprudencia. La jurisprudencia, igualmente, ha considerado en general que, si se omite la designación del lugar, el testamento no será nulo, si no existe duda acerca de la identidad de las personas que en él intervienen, de conformidad al artículo 1026, inciso 2º.

¿Adolece o no de nulidad el testamento que no señala la hora de su otorgamiento?, Luis Claro Solar estima que como esta exigencia no está en el Código Civil debe recurrirse a las reglas generales de la nulidad y por lo tanto al tratarse dicha exigencia de un requisito impuesto por el legislador atendida a la naturaleza del acto su omisión acarrearía la nulidad absoluta del testamento, de conformidad con el artículo 1682.

En contrario se pronuncia Pablo Rodríguez para quien esta omisión no puede acarrear la nulidad ello porque en materia de nulidad del testamento existe una regla especial como es el artículo 1026 según el cual la nulidad es procedente en la medida que se hallan omitido las formalidades a que deba sujetarse el testamento según los “artículos precedentes” y la exigencia de la hora no está en los artículos precedentes sino en el COT.

## **II. Testamento solemne otorgado en el extranjero.**

### **A. Formas de otorgamiento:**

Este testamento puede otorgarse de dos maneras:

- De acuerdo con las leyes del país en el cual se otorga, caso en el cual el testamento puede ser otorgado por cualquier persona.
- En conformidad a la ley chilena, este tipo de testamento solo puede ser otorgados por chilenos y por extranjeros domiciliados en Chile.

### **B. Testamento de acuerdo con la ley extranjera.** (artículo 1027).

A este respecto el artículo 1027 señala que valdrá en Chile el testamento escrito, otorgado en país extranjero, si por lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad a las leyes del país en que se otorgó, y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo.

Esta norma recoge el principio *lex locus regit actum* y por lo tanto tendrán validez en Chile los testamentos otorgados en país extranjero siempre que se haya dado cumplimiento a la ley de ese país.

### **Requisitos.**

#### **1. El testamento debe ser solemne y escrito.**

Así lo exige expresamente el artículo 1024, además emana esta exigencia del nombre del párrafo 3 que se refiere al testamento solemne otorgado en país extranjero.

Algunas legislaciones, como la francesa, la argentina o la peruana, reconocen validez a los testamentos ológrafos, esto es, aquellos que han sido escritos, fechados y firmados de puño y letra por el testador, sin necesidad de cumplir otra solemnidad

que la indicada. Nuestro CC. no reconoce validez al testamento ológrafo otorgado en Chile.

La doctrina mayoritaria estima que son válidos en Chile, argumentando:

**a)** Porque la única exigencia de fondo que contiene el artículo 1027 para la validez en Chile, es que el testamento otorgado en el extranjero sea escrito y solemne, y el ológrafo cumple con tal requisito, encontrándose escrito, de puño y letra por el testador y fechado y firmado.

**b)** Nuestro CC. acepta en general el principio *lex locus regit actum* y, en consecuencia, si el testamento en referencia tiene valor según la ley del país en que se otorga, también lo tendrá en Chile. Es cierto que el artículo 17 aplica este principio sólo respecto de los instrumentos públicos, pero si el legislador lo declaró expresamente en este caso, fue solamente por ser el único que podía presentar dificultades.

**c)** El testamento ológrafo valdrá en Chile de acuerdo a esta exigencia siempre que la legislación del país en que se otorgó el testamento exija como único requisito el que el testamento sea escriturado. Esta última afirmación emana de un fallo de la corte suprema de 1927.

## **2. Debe probarse la autenticidad del instrumento.**

¿Qué es la autenticidad?, ella está definida en el artículo 17 inciso 2 señala este artículo que la forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.

Si el testamento es un instrumento público el mismo deberá legalizarse en la forma señalada en el artículo 345 CPC para que conste su autenticidad; en cambio si el testamento es un instrumento privado la autenticidad deberá acreditarse mediante los medios de prueba de que el instrumento es autentico.

## **3. Deberá probarse que se han observado las formalidades legales de la ley extranjera.**

En otras palabras, deberá acreditarse que el testamento se ha otorgado en conformidad con las leyes del país extranjero; ello porque si no se ha dado cumplimiento a estas formalidades adolecerá de nulidad.

El derecho no se prueba por que se presume conocido, pero por excepción es necesario acreditar la legislación extranjera; el medio de prueba es el informe de peritos de acuerdo al artículo 411 CPC tiene la carga de la prueba el que invoca el derecho extranjero, 1698.

## **C. Testamento que se otorga en el extranjero de acuerdo a la ley chilena.** (1028 y 1029.)

### **i. Reglas:**

**1.** Solo puede testar de esta manera los chilenos y extranjeros domiciliados en Chile.

**2.** ¿Quién es el funcionario competente ante el cual se otorga este tipo de testamento? La respuesta la da el artículo 1028 numero 2: "No podrá autorizar este testamento sino un Ministro Plenipotenciario, un Encargado de Negocios, un

Secretario de Legación que tenga título de tal, expedido por el Presidente de la República, o un Cónsul que tenga patente del mismo; pero no un Vicecónsul. Se hará mención expresa del cargo, y de los referidos títulos y patente. En la práctica, estos testamentos se otorgan ante el cónsul chileno de la respectiva ciudad. Estos llevan un libro de los testamentos abiertos y de toma de razón de los cerrados.

**3.** Los testigos serán chilenos o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento. Estos testigos no podrán encontrarse afectados por alguna de las causales de inhabilidad del artículo 1012 c.c.

**4.** Se observarán en los demás las reglas del testamento solemne otorgado en Chile. En consecuencia, no podrá otorgarse en el extranjero testamentos privilegiados.

**5.** El testamento llevará el sello de la Legación o Consulado al pie del mismo si el testamento fuera abierto o sobre la carátula si fuere cerrado (número 5 del artículo 1028 y 1029 inciso 1). El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y fin de cada página (artículo 1029, inciso 1º).

## **ii. Tramites posteriores al otorgamiento.** (1029).

**1.** El jefe de la Legación remite copia del testamento la Ministerio de Relaciones Exteriores.

**2.** El ministerio de RR.EE abonará la firma del representante chileno en el extranjero y remitirá copia del testamento al juez del último domicilio del difunto en Chile para que lo haga incorporar en los protocolos de un notario del mismo domicilio.

**3.** Si se ignorare cual fue el último domicilio del causante en Chile el testamento se remitirá a un juez de letras del Santiago y este ordenará su protocolización ante el notario que el designe.

**4.** La ley chilena se aplicará para la apertura del testamento en Chile.

**5.** El notario que lo reciba y protocolice, deberá incorporar los datos del testamento en la nómina a que se refiere el artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales.

**6.** Apertura del testamento cerrado.

Tratándose de un testamento cerrado, para ejecutarlo en Chile es preciso proceder a su apertura. Tratándose de uno otorgado en el extranjero generalmente será difícil la comparecencia del funcionario y testigos para que reconozcan sus firmas. En todo caso, de acuerdo al art. 1025, la falta del funcionario es suplida por el notario que el juez designe (inc. 3º). Este art., en el inciso citado, no se pone en el caso sin embargo que falten todos los testigos. Somarriva cree, ya que nada ha dicho el legislador, que deberá prescindirse de este trámite, y en consecuencia, en presencia del notario que el juez designe abrirá el testamento y procederá a rubricarlo al principio y fin de cada página, y mandarlo protocolizar. Es la única forma de salvar el vacío legal.

### **III. Testamento Privilegiados.** (1030 y ss.)

#### **A. Reglas comunes.**

**1.** El testamento privilegiado es un testamento de urgencia de manera tal que la ley lo admite por que la circunstancia que rodean su otorgamiento son tales que parece no haber tiempo, forma ni modo de otorgar un testamento solemne.

**2.** Estas clases de testamentos caducan sin necesidad de que el testamento sea revocado, ello sucederá en los casos especialmente previstos en la ley (1212 inciso 2).

Como idea general esta clase de testamento caduca por el hecho de haber sobrevivido el testador a un determinado espacio de tiempo. (1036, 1044, 1052 y 1053).

**3.** El testamento privilegiado que revocare un testamento solemne no surtirá efecto alguno, si caduca, en cuyo caso subsistirá el testamento solemne temporalmente revocado. Art. 1213, 2º. Lo anterior revela lo precario que son los testamentos privilegiados.

**4.** Los testamentos privilegiados pueden impugnarse de la misma manera que los testamentos solemnes. Art. 1040.

**5.** Los testamentos privilegiados que no hayan sido autorizados por notario, valdrán como instrumentos públicos, una vez protocolizados, previo decreto del juez competente.

**6.** Todos los testamentos privilegiados tienen ciertas solemnidades fundamentales y comunes, artículo 1032 c.c:

**i.** el testador deberá declarar expresamente que su intención es testar.

**ii.** La unidad del acto, es decir la persona cuya presencia sea necesaria serán unas mismas desde el principio hasta el fin; y el acto será continuo, o sólo interrumpido en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere.

#### **7. Presencia de testigo (1031).**

En los testamentos privilegiados podrá servir de testigos cualquier persona siempre que reúna las características que indica esta disposición:

**i.** Hombre o mujer mayor de 18 años.

**ii.** Debe encontrarse en su sano juicio.

**iii.** Siempre que vea, oiga y entienda al testador.

**iv.** Que no tenga la inhabilidad del artículo 1012 número 8, es decir que no se encuentre inhabilitado para ser testigo por sentencia ejecutoriada.

**v.** Si el testamento es escrito el testigo debe saber leer y escribir.

**vi.** Se aplica en estos casos la habilidad putativa del artículo 1013 pudiendo ella hacerse efectiva a 1 solo testigo. P. Rodríguez cree que la habilidad putativa del art. 1013 beneficiaría a todos los testigos del testamento privilegiado



## **B. Testamento Verbal.**

### **1. Circunstancias que autorizan su otorgamiento.** (1035).

Artículo 1035 c.c: "El testamento verbal no tendrá lugar sino en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne ". No basta cualquier peligro para la vida del testador, sino el inminente, y además es necesario que haya sido imposible otorgar testamento solemne. Lo anterior es una cuestión de hecho. La jurisprudencia ha dicho que carece de importancia cuál es la causa de peligro inminente, pudiendo consistir tanto en una enfermedad larga y penosa como presentarse en forma súbita e inesperada.

### **2. Formalidades.**

- i.** Este testamento debe otorgarse y ser por tres testigos a lo menos (1033).
- ii.** El testador hará de viva voz sus declaraciones y disposiciones de manera que todos le vean, le oigan y entiendan (1034).

### **3. Caducidad.** (1036).

El testamento verbal no tendrá valor alguno en los siguientes casos:

- a.** Si el testador falleciere después de los **30 días subsiguientes al otorgamiento del testamento.**
- b.** Si habiendo fallecido antes no se hubiere puesto por **escrito el testamento con las formalidades que van a expresarse dentro de los 30 días subsiguientes a los de la muerte.**

### **4. Escrituración.** (1037).

- a.** El juez competente es aquel que corresponde al territorio jurisdiccional en que se hubiere otorgado el testamento.
- b.** La escrituración puede ser solicitada por cualquier persona que pueda tener interés en la sucesión y con citación de los demás interesados.
- c.** El juez tomará declaración a los testigos y a cualquier otra persona cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer las circunstancias referidas en el artículo 1037 números 1, 2 y 3.
- d.** Los testigos instrumentales además deberán declarar acerca de si el testador parecía estar en su sano juicio, si manifestó ante ellos su intención de testar y cuáles fueron sus declaraciones y disposiciones testamentarias (1038).

**e.** Recibida la información antes señalada el juez remitirá al tribunal del último domicilio del causante quien examinará si se han observado las solemnidades antes prescritas y fallará que según dicha información el testador ha hecho las siguientes declaraciones y disposiciones. Las que expresará. Luego mandará que valgan dichas declaraciones y disposiciones como testamento del difunto. En este caso en particular del testamento verbal, el testamento viene a ser la resolución que pronuncie el juez (1039).

- f.** El juez observará que se protocolice como testamento su decreto, artículo 1039,

420 numero 3 COT.

### **5. Impugnación del testamento verbal.**

Se va a hacer de igual modo que cualquier otro testamento autentico (artículo 1040). Además, no puede deducirse oposición a que se ponga por escrito el testamento verbal, pero quedan a salvo las acciones de nulidad que puedan hacerse valer en su contra: art. 1040. Fallos de nuestros tribunales han declarado que no puede deducirse oposición a que se ponga por escrito el testamento verbal. El fundamento estriba en que el testamento debe ponerse por escrito en el plazo fatal de 30 días. De ser aceptable la oposición no podría cumplirse con los trámites exigidos por la ley en tal breve plazo y, en consecuencia, caducaría el testamento. Esta disposición no es redundante, es decir era necesaria esta norma porque como se trata en el fondo de una resolución judicial se puede haber apelado de ella.

### **C. Testamento militar.**

#### **1. Concepto:**

Se trata de aquel testamento que pueden otorgar en tiempo de guerra los militares y demás personas señaladas en el artículo 1041 cuando concurran las circunstancias referidas en el artículo 1043.

#### **2. ¿Quiénes pueden testar militarmente?** (artículo 1041 inciso 1 c.c)

- i.** Los militares y los demás individuos empleados en un cuerpo de tropas de la República.
- ii.** Los voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecieren a dicho cuerpo.
- iii.** Las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antes dichos.

#### **3. Circunstancia que autorizan a otorgar este testamento.** (1043).

Artículo 1043: "Para testar militarmente será preciso hallarse en una expedición de guerra, que esté actualmente en marcha o campaña contra el enemigo, o en la guarnición de una plaza actualmente sitiada." Para Somarriva, como la ley no distingue, podría testarse tanto en guerra internacional como en guerra civil.

#### **4. Formas del Testamento Militar.**

**a.** Abierto: 1041 y 1042 c.c.

**b.** Cerrado: Artículo 1047 c.c.

El artículo 870 del CPC señala que para los efectos de la apertura del este testamento se aplica el artículo 1023.

**c.** Verbal: Artículo 1047.

#### **5. Caducidad (1044 y 1046 inciso 1).**

El testamento militar abierto o cerrado caduca por el hecho de haber **sobrevivido el testador a los 90 días subsiguientes a aquel en que hubiera cesado a su respecto las circunstancias que lo habilitaban para testar militarmente.**

En el caso del testamento militar verbal este caducará por el hecho de sobrevivir el testador al peligro.

### **D. Testamento Marítimo.**

#### **1. Concepto:**

Es aquel que puede otorgarse en alta mar a bordo de una nave de guerra chilena o de una nave mercante bajo bandera chilena (artículos 1048 y 1055).

**2. ¿Quiénes pueden otorgar testamento marítimo? (1048, 1051 y 1055).**

**1.** A bordo de un buque chileno de guerra en alta mar podrán testar de esta forma no solo los individuos de la oficialidad y tripulación, sino que cualesquiera otros que se hallasen a bordo del buque chileno de guerra en alta mar.

**2.** A bordo de un buque mercante chileno solo se puede otorgar testamento abierto, recibiendo el testamento el capitán o su segundo o el piloto observándose en lo demás el artículo 1050 c.c.

**3. Formas del testamento.**

**a.** Abierto: artículo 1048, 1049 y 1050.

**b.** Cerrado: Artículo 1054 c.c

**c.** Verbal: Artículo 1053 c.c.

**4. Caducidad. (Artículo 1052 y 1053).**

El testamento marítimo abierto o cerrado no valdrá sino cuando el **testador hubiere fallecido antes de desembarcar o antes de expirar los 90 días subsiguientes al desembarque**. Agrega la ley que no se entenderá por desembarque el pasar a tierra por cierto tiempo para reembarcarse en el mismo buque.

**IV. INTERPRETACION DEL TESTAMENTO:**

Al igual que con la ley y con los contratos el testamento debe ser interpretado a objeto de determinar el verdadero sentido y alcance de la voluntad del testador; de ello se ocupan los Arts. 1056 a 1069.

Para Pablo Rodríguez el testamento debe interpretarse siempre que concurren 2 supuestos copulativos necesarios e ineludibles:

**i.** Que sea oscuro o dudoso el texto de las disposiciones.

**ii.** Que exista controversia entre los interesados o terceros que aleguen derechos ya sean excluyentes o compatibles.

**A. Regla General:**

En materia de interpretación del testamento existe una regla fundamental que se encuentra en el Art. 1069 y en virtud de ella sobre las reglas legales de interpretación del testamento prevalecerá la **voluntad del testador claramente manifestada** siempre que ella no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. Agrega esta disposición que para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido. Esta regla es similar a la regla general de interpretación contractual. Al legislador se le presume cabal entendimiento y comprensión de las palabras; al particular, no se le presume esta virtud. De allí que para interpretar la ley debe atenderse, cuando su sentido es claro, al tenor literal (art. 19) y al interpretar los actos jurídicos a la intención o voluntad real que los anima (arts. 1069 y 1560).

¿Pueden entonces aplicarse, subsidiariamente, las normas de los arts. 1560 y siguientes para indagar la voluntad del testador? A juicio de Rodríguez Grez, esto es perfectamente posible, pero siempre que exista compatibilidad entre los elementos

de interpretación de los contratos y la naturaleza misma de los testamentos. En otras palabras, no todos los elementos que se contienen entre los arts. 1560 y 1566 sirven para desentrañar la verdadera voluntad e intención del testador. Las reglas susceptibles de aplicarse a la interpretación del testamento y que se contienen en la regulación de la interpretación del contrato, son de carácter subsidiario.

## **B. Reglas Específicas:**

El legislador establece ciertas reglas especiales de interpretación:

- i.** El asignatario debe ser cierto y determinado, salvo algunas excepciones. Art. 1056.
- ii.** La ley interpreta la asignación dejada indeterminadamente a los parientes, Art. 1064. Esta disposición debe entenderse en el sentido que son llamados los consanguíneos más próximos, según el orden de la sucesión intestada, teniendo lugar el derecho de representación; si a la fecha del testamento había sólo uno de estos parientes, se llamará también a los de grado inmediato (recordemos que estamos ante una asignación "plural").
- iii.** Si no es claro a cual de 2 o más personas ha querido designar el testador ninguna de dichas personas tendrá derecho a la asignación, Art. 1065.
- iv.** El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición cuando no hay duda acerca de la persona, Art. 1057.
- v.** La elección de un asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas no dependerá del puro arbitrio ajeno, Art. 1063.
- vi.** El acreedor cuyo crédito no conste sino por el testamento será considerado como legatario. Se evita de esta manera que el testador burle las incapacidades legales o indignidades.
- vii.** El objeto de la asignación debe ser determinado, salvo las excepciones legales, Art. 1066.
- viii.** El legislador determina los efectos del cumplimiento de una asignación que se deja al arbitrio de un heredero o legatario, Art. 1067.
- ix.** La asignación que por falta de un asignatario se transfiere a otras personas llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles y el derecho de aceptar o repudiar separadamente, Art. 1068.

## **C. Aplicación de otros sistemas de interpretación:**

### **1. Interpretación de la ley:**

Son incompatibles las reglas fundamentales de interpretación de la ley y del testamento, toda vez que el Art. 19 dispone que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Por lo tanto, se estima en doctrina que no es aplicable la regla fundamental de interpretación de la ley para la interpretación del testamento, ya que ambas parten de supuestos distintos; en el caso de la ley prima el tenor literal y en el caso del testamento se busca la voluntad del testador. Sin perjuicio de ello es posible, según la doctrina, aplicar ciertas normas de interpretación de la ley, y en particular se hace referencia a los Arts. 21 y 20 del código, éste último en lo que se refiere al sentido natural y obvio de las palabras.

### **2. Interpretación de los contratos.**

Las normas sobre interpretación de los contratos son posibles de aplicar en general

a cualquier tipo de acto jurídico, y desde esta perspectiva se señala que dichas normas son aplicables en subsidio siempre que ellas no contradigan la naturaleza propia del testamento. Se citan como ejemplos los Arts. 1562 y 1560.

#### **D. Recurso de casación en el fondo:**

Se ha planteado el problema de si la determinación de la voluntad del testador es o no susceptible de ser impugnada por la vía del recurso de casación en el fondo; es decir, planteando que ha habido una infracción de ley y que ella ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

La jurisprudencia en forma reiterada ha reconocido que la determinación de la voluntad del testador es una cuestión de hecho y que en consecuencia no procede el recurso de casación en el fondo.

En todo caso se hace el distingo en orden a que si se puede impugnar por esta vía la calificación jurídica que el juez hace de esta voluntad ya que ello constituye una cuestión de derecho. Así, por ejemplo, establecido que el testador instituyó herederos por iguales partes a tres asignatarios, será cuestión de derecho resolver si entre ellos opera o no el acrecimiento (es decir, si se trata de herederos universales o de cuota); o determinar si una disposición testamentaria constituye un usufructo o un fideicomiso, si se trata de una herencia o de un legado.

#### **E. Prueba intrínseca o extrínseca.**

El asunto es determinar si para interpretar la voluntad del testador es posible recurrir a documentos que están fuera del testamento, o si por el contrario sólo se puede utilizar el testamento mismo.

En general se estima que como el testamento es un acto jurídico solemne es autosuficiente y debe bastarse, asimismo, y, por lo tanto, no cabe aceptar la prueba extrínseca para rehacer, contradecir o completar la voluntad expresada en el testamento.

Al modo de ver del profesor, Ramón Domínguez tiene razón cuando dice que, si es posible presentarla para los efectos de aclarar la voluntad del testador, pero no para negarla o desconocerla. Así, por ejemplo, para acreditar el error en la individualización del asignatario puede recurrirse a pruebas extrínsecas, tales como que el causante conocía al asignatario con otro nombre, pero no se admitirán pruebas extrínsecas para acreditar que el testador no quería instituir asignatario a quien designe en la cláusula. Si el causante no revocó o modificó su testamento, ha de respetarse la asignación. La voluntad existe al momento de otorgarse el testamento y su texto es una fotografía, como dice Rodríguez.

### **V. CONTENIDO DEL TESTAMENTO O ASIGNACION TESTAMENTARIA.**

La asignación testamentaria es el acto de última voluntad por el cual el causante dispone de sus bienes instituyendo herederos o legatarios. De otra forma el Art. 953 inc. 1º establece que se llaman asignaciones por causa de muerte las que hace la ley o el testamento de una persona difunta para suceder en sus bienes.

#### **A. Requisitos:**

Los requisitos pueden clasificarse en subjetivos u objetivos.

Son subjetivos aquellos que se refieren a la persona del asignatario quien debe ser capaz y digno de suceder al causante y además debe ser una persona cierta y

determinada.

Los requisitos objetivos se refieren al contenido del acto de disposición, esto es el objeto de la asignación que debe ser determinado o determinable.

### **1. Requisitos Subjetivos:**

En lo que se refiere a la capacidad y dignidad para suceder nos remitimos a lo ya estudiado.

### **§ Certidumbre y Determinación:**

El Art. 1056 inc. 1º señala que todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica; ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera la asignación se tendrá por no escrita.

La certeza dice relación con la existencia del asignatario, es decir, un asignatario es cierto cuando se sabe que existe al tiempo de deferirse la asignación a su favor.

La determinación se refiere a la identidad, o sea cuando se sabe quién es la persona del asignatario, ya sea porque se la designa por su nombre o por indicaciones claras del testamento.

Por excepción no se requiere de la existencia real del asignatario en los casos de los Arts. 962 y 963 (ya estudiados).

### **§ Determinación del asignatario:**

De acuerdo con el Art. 1056 esta determinación se logra identificando al asignatario por su nombre o por claras indicaciones. Esto último se ve refrendado por el Art. 1057 en cuanto a que un error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición cuando no hay duda acerca de quién es esa persona.

Un ejemplo de la importancia que para el legislador reviste la determinación de la persona del asignatario se encuentra en el Art. 1065 según el cual si la asignación estuviere concebida en términos que no se sepa a cuál de 2 o más personas ha querido designar el testador ninguna de dichas personas tendrá derecho a la asignación.

### **§ Excepciones a la determinación:**

Por excepción la ley valida las asignaciones hechas indeterminadamente, lo que ocurre en los siguientes casos:

#### **a. Asignaciones hechas indeterminadamente a los parientes:**

De acuerdo con el Art. 1064 esta asignación se entenderá dejada a los consanguíneos de grado más próximo según el orden de la sucesión ab intestato, teniendo lugar el derecho de representación según las reglas legales.

Algunas notas importantes respecto a esta disposición:

**i.** En el evento que a la fecha del testamento haya un solo consanguíneo en el grado más próximo se entenderán llamados al mismo tiempo los consanguíneos del grado inmediato.

Ejemplo: Tengo un hijo solamente y varios nietos. En principio uno puede pensar que todos los bienes pasan al hijo; pero esto no es así ya que al hijo se le suman los nietos.

La doctrina encuentra que la razón de esta disposición es que en el espíritu del legislador lo que hubo fue un llamamiento colectivo. En otras palabras, el testador no quería dejar todos sus bienes a uno solo de sus parientes.



**ii.** Se ha discutido acerca de qué sucede si ésta fuera la única disposición del testamento.

Claro solar plantea que en este evento de acuerdo al texto del Art. 1064 se deberán aplicar sin limitación las normas sobre sucesión intestada; y por lo tanto, en el evento que en el primer orden de sucesión hubiese un solo pariente, éste deberá llevarse el total de la herencia.

En contrario otro grupo doctrinario, entre ellos Pablo Rodríguez, sostienen, con razón, que en este caso particular estamos frente a sucesión testada y el Art. 1064 debe aplicarse con preferencia, por tratarse de una norma especial. De lo anterior se concluye que habiendo sólo un pariente en el primer orden de sucesión se deberá llamar a los demás parientes.

**b. Asignaciones a establecimientos de beneficencia:**

El Art. 1056 inc. 2º señala que valdrán con todas las asignaciones destinadas a objeto de beneficencia, aunque sean para determinadas personas. Agrega el inc. 3º que no habiéndose designado el establecimiento de beneficencia se dará a aquel establecimiento que designe el Presidente de la República prefiriendo a alguno de la comuna del testador.

Esta referencia al Presidente ha sido objeto de múltiples modificaciones de leyes especiales, y debe entenderse hecha al Servicio Nacional de Salud.

Vemos aquí una excepción al principio enunciado en el art. 1063, ya que, en este evento, la elección del asignatario corresponde a un tercero -el Presidente de la República. Cabe preguntarse si la institución de beneficencia debe tener personalidad jurídica. Rodríguez Grez estima que en general, para aplicar esta excepción, la institución deberá tener personalidad jurídica, dado que la situación contemplada en el art. 963, 2º, exige que el testador deje la asignación para los efectos de fundar una nueva corporación o fundación, situación que no puede suponerse por el solo hecho de hacer la asignación a una institución de beneficencia.

En esta clase de asignaciones, además se admite otra excepción, en cuanto al objeto asignado: el art. 1066, inciso 2º, permite esta indeterminación, que será suplida por el juez.

Art. 1066. Toda asignación deberá ser o a título universal, o de especies determinadas o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de géneros y cantidades que igualmente lo sean o puedan serlo. De otra manera se tendrá por no escrita.

Sin embargo, si la asignación se destinare a un objeto de beneficencia expresado en el testamento, sin determinar la cuota, cantidad o especies que hayan de invertirse en él, valdrá la asignación y se determinará la cuota, cantidad o especies, habida consideración a la naturaleza del objeto, a las otras disposiciones del testador, y a las fuerzas del patrimonio, en la parte de que el testador pudo disponer libremente. El juez hará la determinación, oyendo al defensor de obras pías y a los herederos; y conformándose en cuanto fuere posible a la intención del testador.

**c. Asignaciones al alma del testador:**

Lo que deje el alma del testador sin especificar de otro modo su inversión se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia aplicándose el inc. 3º, Art. 1056 inc. 4º.

Hay quienes estiman que, en este caso, la asignación debe ser determinada en cuanto a su objeto, pues no puede aplicarse a ella lo previsto en el art. 1066, inciso

2º. Si el testador no determina su cuantía ni la forma en que ella debe fijarse, dicha asignación será absolutamente nula.

**d. Asignaciones a los pobres en general, Art. 1056 inc. 5º**

Lo que en general se dejare a los pobres se aplicará a los de la parroquia del testador. (no solo se entiende a la iglesia católica, si no que a la religión que profesa el causante).

En todo caso el DL 740 de 1925 dispuso que correspondería a las municipalidades percibir y aplicar estas asignaciones.

**2. Requisitos Objetivos:**

**i. Concepto:**

Los requisitos objetivos consisten en determinar el objeto de la asignación.

El Art. 1066 inc. 1º señala que toda asignación deberá ser o a título universal o de especies determinadas, o que por las indicaciones del testamento puedan claramente determinarse, o de géneros y cantidades que igualmente lo sean o puedan serlo. De otra manera se tendrá por no escrita la asignación.

Tratándose de una asignación a título universal o herencia, basta la determinación del patrimonio del causante, puesto que el heredero sucede en todo él o en una cuota suya.

En los legados, en cambio, se exige la determinación de la asignación en sí misma, de los bienes que la forman. Esta determinación, al igual que la individualización del asignatario, puede suplirse por indicaciones claras del testamento, que permitan precisar las especies, géneros o cantidades legadas.

En los legados de especie o cuerpo cierto, la determinación exigida es la máxima: la específica. En los legados de género, es menos estricta la individualización de los bienes asignados, los cuales deben estar determinados genéricamente o en cantidad, o cuando menos ser determinables en virtud de que el testamento contenga indicios claros al respecto.

**ii. Excepción.**

Por excepción se admite la asignación de objetos indeterminados cuando ella se destina a un objeto de beneficencia. En esta situación la cuota se determinará por el juez considerando la naturaleza del objeto de la asignación, las otras disposiciones del testador y la fuerza de su patrimonio en aquella parte que pudo disponer libremente, Art. 1066 inc. 2º y 3º.

**3. Otros requisitos de las asignaciones testamentarias.**

**i.** Toda asignación testamentaria debe ser expresión inequívoca de la voluntad del testador, y por lo tanto, no vale la asignación dada a conocer por un sí o no, o por una señal de afirmación o negación contestado a una pregunta, Art. 1060.

**ii.** No valen las disposiciones captatorias, siendo éstas aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos, Art. 1059. En este último caso hay un pacto sobre sucesión futura y por ende objeto ilícito, de conformidad al art. 1463.

**iii.** Se establecen causales de indignidad especiales respecto del escribano ante quien se otorga el testamento y de los testigos que hubieren intervenido, así como respecto de sus cónyuges y parientes, Art. 1061.

**iv.** La elección de un asignatario sea absolutamente, sea de entre cierto número

de personas no dependerá del pleno arbitrio ajeno, Art. 1063. La ley se refiere al "puro arbitrio" de manera tal que será válida la asignación cuando el tercero la determine con ciertos criterios como ocurre en el caso del Presidente de la República en las situaciones del Art. 1056. lo que rechaza la ley es el actuar caprichoso.

**v.** Si el cumplimiento de una asignación se dejare al arbitrio de un heredero o legatario. En este caso, el art. 1067 obliga a formular un distingo según si resulta beneficio para el asignatario en rehusar cumplir la asignación o no le reporta provecho dicho incumplimiento.

- Si al heredero o legatario aprovecharse rehusar la asignación, están obligados a llevarla a efecto, a menos que prueben justo motivo para no hacerlo así. Por ejemplo, dice el testador: si es la voluntad de mi heredero, entregará \$1.000.000.- a Juan. El heredero está obligado a llevar a cabo la asignación, por cuanto de no hacerlo así obtiene provecho, pues desaparecido el legado, éste pasará a pertenecerle. Sólo puede eximirse de cumplir la asignación alegando justo motivo para ello.

- Si del incumplimiento de la asignación no resulta utilidad al heredero o legatario, éste no estará obligado a justificar su resolución, cualquiera que sea. Porejemplo, el testador deja al arbitrio del heredero entregar \$1.000.000.- a Pedro o sino a determinada institución de beneficencia. El heredero puede optar por lo segundo, sin necesidad de expresar causa. Lo que no podría hacer, es no dársela a ninguno.

**vi.** Asignación con gravamen, Art. 1068

La asignación que por faltar el asignatario se transfiere a distinta persona llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente.

Si la razón por la cual la asignación se hubiese repudiado por encontrarse ella demasiado gravada sin que nadie la hubiese aceptado ella se deferirá en último lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes.

## **B. CLASES DE ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS:**

Ellas se clasifican de la siguiente manera:

1. Asignaciones puras y simples o sujetas a modalidades
2. Asignaciones a título universal o a título singular
3. Asignaciones voluntarias o forzosas

## **Ø ASIGNACIONES PURAS Y SIMPLES Y SUJETAS A MODALIDAD:**

### **I. Generalidades.**

Las modalidades modifican o alteran los efectos normales o naturales de las asignaciones testamentarias.

La regla general es que las asignaciones son puras y simples, y sólo por excepción ellas estarán sujetas a modalidades las que postergan el nacimiento o ejercicio de un derecho, afectan la extinción de los mismo o imponen al asignatario un gravamen o carga.

## **II. Asignaciones Condicionales:**

### **1. Normas aplicables.**

El Art. 1070 inciso final señala que las asignaciones testamentarias condicionales se sujetan a las reglas dadas en el título de las obligaciones condicionales con las excepciones y modificaciones que van a expresarse.

El Art. 1079 establece que las disposiciones condicionales que establecen fideicomisos y conceden una propiedad fiduciaria se reglan por el título de la propiedad fiduciaria.

De lo antes dicho se sigue que las asignaciones condicionales se rigen por un triple grupo de normas, éstas son:

- i. Las del párrafo 2º del título IV del Libro III, Arts. 1070 a 1079, las que se aplican preferentemente.
- ii. Las del título IV del Libro IV, Arts. 1473 a 1493.
- iii. Las del título VIII del Libro II, Arts. 732 a 763.

### **2. Concepto.**

El Art. 1070 inc. 2º señala que la asignación condicional es en el testamento aquella que depende de una condición; esto es de un suceso futuro e incierto; de manera tal que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece, o si acaece el negativo.

En la definición señalada el legislador impropriamente habla de "validez de la asignación" en circunstancias que la asignación condicional vale y lo que sucede es que ella no producirá efectos entre tanto no cumpla la condición.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos definir la asignación condicional como aquella cuyos efectos quedan subordinados a una condición impuesta por el testador.

### **3. Características**

#### **a. Futureidad.**

El hecho en el cual consiste la condición debe cumplirse en el porvenir. En otras palabras, no pueden constituirse como condición los hechos presentes y los hechos pasados.

Para determinar si los hechos son pasados, presentes o futuros deberá estarse al momento de testar, a menos que se exprese otra cosa, Art. 1071 inc. 2º.

Respecto a esta característica pueden darse 2 situaciones que el legislador regula expresamente:

**1)** La condición que consiste en un hecho presente o pasado no suspende el cumplimiento de la disposición; es decir, se considera como una asignación pura y simple. Si el hecho existe o ha existido se mira la condición como no escrita; y si no existe o no ha existido no vale la disposición, Art. 1071 inc. 1º.

**2)** Si el testador dispone con la conciencia de estar sometiendo la asignación a un hecho futuro, pero en la realidad este hecho ya sucedió habrá que distinguir en la forma señalada en el Art. 1072:

i. Si el testador supo el hecho y éste se puede repetir se presumirá que lo que el testador quiso fue exigir su repetición.

ii. Si el testador al tiempo de testar supo el hecho y éste es de aquellos cuya repetición es imposible se mirará la condición cumplida.

iii. Si el testador no supo de la ocurrencia del hecho se mirará la condición como cumplida cualquiera que sea la naturaleza del hecho.

**b. Incertidumbre.**

El hecho futuro puede suceder o no.

Si el hecho es futuro, pero es cierto estaremos en presencia de un plazo, así sucede con la muerte de una persona, situación en la que, para que cumpla con los efectos de una condición, deben darse ciertas circunstancias especiales como por ejemplo que pueda darse antes de cierto tiempo o en un lugar determinado.

**4. Condiciones que la ley declara ineficaces.**

i. La condición impuesta por el testador al asignatario de no impugnar el testamento, no se extiende a las demandas de nulidad por algún defecto de forma. Art. 1073. Ello, porque en todo momento el legislador protege la solemnidad del testamento. La Corte Suprema ha entendido que puede el testador imponer válidamente la condición de no impugnar el testamento y que pierden su asignación los legatarios que han deducido acción de nulidad por estimar que el testador no estaba en su sano juicio al otorgarlo y que no podía expresar claramente su voluntad ni de palabra ni por escrito. (Art. 1005 Nº 4 y 5). Rodríguez Grez discrepa de esta conclusión de la jurisprudencia, que considera excesivamente liberal. Señala que los asignatarios pueden impugnar el testamento por defectos de forma o por contravenir prohibiciones o mandatos legales expresos. En el caso fallado, se trataba de impugnar el testamento porque los legatarios estimaban que el causante no estaba habilitado para otorgarlo. Agrega el autor que aun cuando la ley no lo diga, la condición de no impugnar el testamento por el incumplimiento de prohibiciones o mandatos legales expresos, no puede aceptarse como válida, porque ello implicaría derogar tales prohibiciones y mandatos de orden público y condicionar en el fondo la ley, a los deseos del causante. Las únicas asignaciones que pueden afectarse por este tipo de condiciones son las testamentarias (como se verá más adelante, no es posible imponer esta condición a los herederos forzosos).

ii. La condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio se tendrá por no escrita, salvo que se limite a no contraerlo antes de la edad de 18 años o menos, Art. 1074.

iii. Se tendrá asimismo por no puesta la condición de permanecer en estado de viudedad a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio al tiempo de deferírsele la asignación, Art. 1075.

**5. Condiciones que la ley declara válidas.**

i. Los artículos precedentes no se oponen a que se provea la subsistencia de una persona mientras permanezca soltera o viuda, dejándole por ese tiempo un derecho de usufructo, de uso o de habitación, o una pensión periódica, Art. 1076. Es decir, es el deseo de favorecer al asignatario mientras carezca de marido o mujer que pueda ayudarlo a subsistir, en virtud del deber de socorro mutuo.

ii. La condición de casarse o no casarse con una persona determinada, Art. 1077.

iii. La condición de abrazar un estado o profesión cualquiera permitida por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio, Art. 1077.

A la luz de lo que ahora establece la Ley de Matrimonio Civil, podría sostenerse que la condición impuesta por el causante, en orden a que el asignatario no contraiga

matrimonio o permanezca en estado de viudedad, atentarían contra una norma de orden público, cual es el derecho a contraer matrimonio, si se cumplen los requisitos previstos por la ley para este contrato. Si aceptamos esta interpretación, la asignación debiera entenderse como pura y simple.

## **6. Condición suspensiva, Art. 1078.**

### **A- Pendiente:**

- La asignación testamentaria sujeta a condición suspensiva no confiere al asignatario derecho alguno mientras pende la condición sino el de implorar las providencias conservativas que se estimen necesarias. Esto último en razón de que si bien no existe un derecho propiamente tal, si hay un germen o principio de derecho.
- La delación de la asignación se produce una vez cumplida la condición. Art. 956.
- El asignatario condicional, nada transmite a sus herederos, si fallece antes de cumplirse la condición. Art. 1078, 2º. Por eso se explica que el art. 1492, luego de establecer la solución inversa respecto de las obligaciones condicionales, disponga que "esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias ni a las donaciones entre vivos". Ni el asignatario condicional ni el donatario condicional transmiten su expectativa a sus herederos; en cambio, el acreedor condicional la traspasa a los suyos.
- El asignatario condicional no puede ejercer la acción de partición. Art. 1319. Como la ley permite que los demás asignatarios si efectúen la partición, de hacerlo, deben asegurar competentemente al condicional lo que cumplida la condición le corresponda.
- Los acreedores del asignatario condicional no pueden obtener medidas de apremio sobre los bienes asignados bajo condición. La Corte Suprema declaró en un fallo que si un acreedor del asignatario condicional embarga los bienes dejados a este bajo condición suspensiva, es admisible la tercería entablada por los herederos, pues el acreedor ha embargado un bien que aún no le corresponde al asignatario condicional.

### **B- Asignación condicional suspensiva cumplida.**

Nace el derecho del asignatario condicional, adquiere éste la cosa asignada.

El art. 1078, inc. final, dispone que, una vez cumplida la condición, el asignatario no puede solicitar la restitución de los frutos producidos por la cosa asignada antes de cumplirse la condición, salvo que el testador hubiere dispuesto otra cosa. El art. 1338, número 1, consagra la misma regla para los legados de especies condicionales. Y se comprende lo anterior, porque las cosas producen y perecen para su dueño. **Tratándose del asignatario condicional, la condición suspensiva cumplida no opera con efecto retroactivo. Por lo demás, tratándose del acreedor condicional, opera el mismo principio, conforme al art. 1488.**

### **C- Asignación condicional suspensiva fallida.**

Desaparece la mera expectativa del asignatario condicional. En consecuencia, si había obtenido medidas conservativas o precautorias, estas deben alzarse.



### **III. Asignaciones a plazo o a día:**

#### **1. Normas aplicables:**

El Art. 1080 señala que las asignaciones testamentarias a plazo se sujetarán a las reglas dadas en el título de las obligaciones a plazo con las explicaciones que siguen. De lo anterior se concluye que en esta materia se aplican 2 grupos de normas:

- i. En forma preferente las del párrafo 3º, título IV, Libro III, Arts. 1080 a 1088.
- ii. Título V, Libro IV Arts. 1494 a 1498.

#### **2. Concepto.**

El Art. 1080 señala que estas asignaciones testamentarias que pueden estar limitadas a plazos o días serán aquellas en que el goce actual o la extinción de un derecho dependan de ese plazo o día.

Cabe recordar que a diferencia de la condición suspensiva el **plazo no suspende la adquisición del derecho sino su ejercicio.**

Las 2 características fundamentales del plazo son:

- i. **Futureidad:** el hecho debe realizarse en el porvenir.
- ii. **Certidumbre:** se tiene la seguridad de que el hecho se verificará.

#### **3. Certidumbre y determinación:**

a. Con esto quiere significarse que las asignaciones testamentarias pueden encontrarse limitadas a plazo o días y que el día puede ser cierto e incierto, determinado e indeterminado, Art. 1081:

- i. El día es cierto y determinado si necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo.
- ii. El día es cierto e indeterminado, si necesariamente ha de llegar pero no se sabe cuando, como el día de la muerte de una persona.
- iii. El día es incierto pero determinado, si puede llegar o no, pero suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla 25 años.
- iv. El día es incierto e indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case, etc.

b. **Las asignaciones limitadas a plazo pueden ser:** asignaciones a plazo propiamente tal o condicionales.

En general se dice que es a plazo la asignación "hasta un día" y que será condicional la asignación "desde un día". Las reglas legales que regulan esta materia pueden resumirse de la siguiente forma:

- i. Las asignaciones desde un día son condicionales salvo que el día sea cierto y determinado.
- ii. Las asignaciones hasta un día son a plazo salvo que el día sea incierto e indeterminado, Art. 1083.

#### **c. Asignaciones desde un día**

i. Asignación desde día cierto y determinado.

- Por ejemplo, dejo mi casa a Juan desde el 31 de Octubre del año 2010; en este caso estaremos en presencia de un plazo, así se desprende del Art. 1084 inc.

1º "la asignación desde día cierto y determinado da al asignatario desde el momento de la muerte del testador la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla, pero no el de reclamarla antes que llegue el día."

Como consecuencia de que sea asignación a plazo, el derecho se adquiere desde el fallecimiento del causante y sólo está en suspenso su exigibilidad. Art. 1084, 1º. Como vemos, la situación del asignatario a plazo es muy superior a la del condicional; el primero, lo único que no puede hacer es exigir el cumplimiento de la asignación, pero en cambio la transmite a sus herederos y puede enajenarla.

Se estima que en este caso estamos en **presencia de un usufructo** ya que el asignatario es el nudo propietario quien podrá transferir la propiedad, pero con la carga del usufructo constituido en ella, Art. 779 inc. 3º.

- Esta asignación de día cierto y determinado puede transformarse en condicional si el causante exige que exista el asignatario al cumplirse el plazo, Art. 1084 inc. 2º. Lo que ocurre en este caso es que el testador introduce un elemento de incertidumbre, y siendo este elemento característico de la condición, la asignación pasa a ser condicional.

**ii.** Asignaciones desde día cierto e indeterminado.

- Por ejemplo, dejo mi casa a Pedro desde la muerte de Juan. Esta asignación será regularmente condicional ya que envuelve la condición de que exista el asignatario Pedro el día en que muera Juan, Art. 1085 inc. 1º. A primera vista, no parece lógico que, existiendo certidumbre en el día, haya una condición; lo que acontece es que el legislador introduce en este caso la incertidumbre, al establecer una condición: la de que exista el asignatario ese día, o sea, en el ejemplo, al fallecer

- Excepcionalmente esta asignación será a plazo cuando se sabe que el asignatario ha de existir en ese día como cuando la asignación es a favor de un establecimiento permanente, Art. 1085 inc. 2º.

**iii.** Asignaciones desde día incierto pero determinado.

Ejemplo: dice el testador que deja una pensión periódica a Pedro, desde que Juan cumpla 25 años. Conforme al art. 1086, esta asignación es condicional. Ello se justifica, porque en este caso hay incertidumbre, pues no se sabe si Juan va a alcanzar a cumplir dicha edad; puede acontecer que fallezca antes.

**iv.** Asignaciones desde día incierto e indeterminado.

Por ejemplo, cuando dejo mi casa a Juan desde que se case Pedro. En este caso la asignación será siempre condicional, aunque el día incierto sea determinado, Art. 1086.

En esta situación estaremos en presencia de un fideicomiso siempre que el mismo recaiga sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos, Art. 734.

**v.** Asignaciones desde un día que llega antes de la muerte del testador.

En este caso, según el art. 1082, la asignación se entenderá hecha para después del fallecimiento del testador, y sólo se deberá desde que se abra la sucesión.

**d. Asignaciones hasta un día.**

**i. Asignaciones hasta día cierto y determinado.**

Por ejemplo, cuando dejo mi casa a Juan hasta el día 10 de Marzo de 2010.

En este caso estaremos en presencia de un plazo. Además, el Art. 1087 inc. 1º señala que la asignación hasta día cierto sea determinada o no constituye un usufructo a favor del asignatario.

## **ii. Asignaciones hasta un día cierto e indeterminado.**

Por ejemplo, deo mi casa Juan hasta su muerte.

En esta situación estaremos en presencia de un plazo y será aplicable el Art. 1087 inc. 1º.

Nos hallamos ante un plazo cierto pero indeterminado. Y como existe un plazo, la jurisprudencia ha dicho que también nos encontramos ante un usufructo.

## **iii. Asignaciones hasta día incierto pero determinado.**

Ejemplo: dice el testador que deja una propiedad en goce a Pedro, hasta que cumpla 25 años. El día es incierto, porque no se sabe si llegará o no, pero si llega, se sabe cuándo acontecerá.

El Art. 1088 señala que la asignación hasta día incierto pero determinado unido a la existencia del asignatario constituye un usufructo, es decir se trata de una asignación a plazo, salvo que ella consista en prestaciones periódicas.

En esta asignación pueden ocurrir dos cosas:

☐ Pedro vive hasta cumplir 25 años, caso en el cual se extingue el usufructo por la llegada del plazo;

☐ Pedro fallece antes de cumplirse el plazo, caso en que también se extingue el usufructo, por ser este intransmisible (art. 773, 2º).

El inc. 2º del art. 1088 se pone en el caso de que se deje una asignación a una persona hasta que un tercero cumpla una edad determinada. Por ejemplo, el testador deja un inmueble a Pedro hasta que Juan cumpla 25 años; también hay aquí un usufructo, y si Juan fallece antes de cumplir esa edad, el usufructo subsiste hasta el día en que de vivir Juan hubiere cumplido dicha edad.

## **iv. Asignaciones hasta día incierto e indeterminado.**

Por ejemplo, deo mi casa a Pedro hasta que se case.

De acuerdo con el Art. 1083 esta asignación será siempre una verdadera condición y se sujetará a las reglas de las condiciones.

## **4. Asignaciones de pensiones periódicas.**

La asignación de pensiones periódicas es intransmisible por causa de muerte y termina como el usufructo por la llegada del día y por la muerte del pensionario. Siesta pensión periódica es a favor de una corporación o fundación no podrá durar más de 30 años.

## **5. Importancia de lo dicho para distinguir el usufructo del fideicomiso.**

Todo lo dicho tiene gran importancia no sólo para determinar las reglas aplicables a la asignación, sino también para distinguir el usufructo del fideicomiso. En efecto, en la práctica, es difícil determinar cuándo nos hallamos ante una u otra institución. Aplicando las reglas anteriores, podemos determinar si la asignación constituye un usufructo o un fideicomiso, ya que, si la asignación a día lleva envuelto un plazo, existirá lo primero, y si una condición, un fideicomiso. Existen diversos fallos sobre el particular, en los que en definitiva se deja asentado el principio de que para decidir si nos encontramos ante una u otra institución, hay que estarse a la intención del testador. Si su intención fue dejar la propiedad y no el usufructo, la asignación es una propiedad fiduciaria, y si ella fue dejar a una persona no la propiedad sino el goce de una cosa, nos hallamos ante un usufructo.

## **IV. Asignaciones modales.**

### **A. Generalidades.**

#### **1. Concepto:**

En doctrina se define las asignaciones modales como aquella afecta a un gravamen u obligación que pesa sobre quien es favorecido por una liberalidad. Es importante tener en consideración que la modalidad no afecta los bienes de la asignación ( o si se quiere el objeto de ella ) sino que a la persona que es favorecida por la liberalidad. Por su parte el artículo 1089 señala que si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. Agrega este artículo que el modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada.

Cabe indicar que se desprende también del art. 1089 que la asignación modal puede ser una herencia o un legado, es decir, a título universal o singular.

El modo limita el ejercicio del derecho que se adquiere del causante. Ello es claro, desde el momento que se adquiere el dominio, pero supeditado al cumplimiento de una carga impuesta por el causante.

La obligación modal es transmisible: art. 1095. Esto demuestra la "perpetuidad" de las asignaciones modales.

#### **2. Diferencia o distinción entre modo y condición.**

De lo antes dicho es posible concluir que el modo y la condición suspensiva, si bien suelen confundirse en cuanto a sus efectos, ellas presentan diferencias sustanciales toda vez que el cumplimiento del modo no es un requisito para adquirir la asignación (ella se adquiere de inmediato). Se suele decir que para distinguir una de otra, en general se observa que en la asignación modal se utiliza la palabra "para" y en cambio en la asignación condicional se utiliza la expresión "si". Por ejemplo: Dejo a Juan mi casa para que la destine a un hospital, o bien dejo mi casa a Pedro si la destina a una escuela.

Por último, dentro de estas generalidades y precisamente a consecuencia de que el modo no suspende la adquisición de la cosa asignada el artículo 1091 señala que el asignatario modal no necesita prestar fianza o caución de restitución para el caso de no cumplirse el modo.

#### **3. Personas que intervienen en la asignación modal.**

Dos personas intervienen en esta clase de asignaciones: el asignatario y el beneficiado con el modo. ¿En cuál de ellas deben concurrir los requisitos para suceder? Debemos considerar que ambos tienen interés en la asignación (una cuestión similar acontece tratándose del albaceazgo fiduciario, con una diferencia fundamental: el albacea fiduciario no es asignatario en cuanto tal, aunque nadie le impide serlo a la vez del testador; en cambio, el asignatario modal es heredero o legatario del causante en cuanto tal).

Volviendo a la interrogante formulada, se plantea en cuál (asignatario modal o beneficiado) deben cumplirse los requisitos necesarios para suceder (capacidad, dignidad y determinación de la persona), si únicamente en el asignatario modal o solamente en el beneficiado con el modo o en ambos a la vez.

La Corte Suprema ha dicho que los requisitos necesarios para suceder deben concurrir únicamente en el asignatario modal, pero no en el beneficiado con el modo, pues el verdadero asignatario es el que se instituye como tal. El beneficiado con el modo no es heredero ni legatario, ni tiene vínculo jurídico alguno con el causante.

Así, no es nula la asignación si el beneficiado no goza de personalidad jurídica, o no es persona determinada.

Somarriva estima que la solución dada por nuestro más alto tribunal, puede ser peligrosa, pues sabemos que las asignaciones hechas a personas incapaces son nulas, aun cuando se disfracen de contratos onerosos o se hagan por interpósita persona (art. 966). En la práctica, la asignación modal puede llevar envuelta la interposición de personas a fin de burlar las prohibiciones sobre incapacidad. Por ejemplo, el testador puede dejar como asignatario a Pedro, con la carga de entregar una pensión periódica al sacerdote que hubiere confesado al causante durante su última enfermedad. En tal caso, sería evidente la interposición de persona para burlar la ley.

Concluye este autor señalando que frente a esta situación habrá que determinar, en cada caso en particular, para la validez de la asignación modal, si hubo ánimo fraudulento del testador al instituir un modo en favor de un incapaz, o no hubo intención dolosa de su parte.

## **B. Cumplimiento del modo.**

### **1. Determinación de cómo debe cumplirse el modo** (1094).

El modo se cumplirá en la forma que hubiera determinado el testador. Si el testador no hubiere especificado el tiempo o forma en que ha de cumplirse el modo la determinación la hará el juez quien en lo posible intentará consultar la voluntad del testador. Al hacer la determinación el juez el tiene una limitación, toda vez que debe dejar al asignatario modal un beneficio que ascienda por lo menos a la quinta parte (1/5) del valor de los bienes asignados. Este límite no se aplica en dos casos:

- i.** Cuando ha sido el testador quien determina o fija el beneficio.
- ii.** Cuando el asignatario modal sea un banco, esto sucederá en las llamadas comisiones de confianza.

### **2. Imposibilidad del modo** (1093).

Estudiaremos 3 situaciones:

- i.** Si el modo es por su naturaleza imposible o inductivo a hecho ilegal o inmoral o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición.
- ii.** Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador, podrá cumplirse **en otra análoga** que no altere la substancia de la disposición, y que sea aprobado por el juez con citación de los interesados.
- iii.** Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, se hace enteramente imposible, subsistirá la asignación si el gravamen (es decir subsistirá pura y simplemente la asignación).

### **3. Transmisión del modo** (1095).

Si el modo consiste en un hecho tal, que para el fin que el testador se haya propuesto sea indiferente la persona que lo ejecute, es transmisible a los herederos del asignatario. Esta norma debe relacionarse con el artículo 1068 c.c en cuanto a la asignación que se transmite lleva consigo sus cargas.

### **C. Incumplimiento del modo.**

Si el asignatario modal no cumple con la carga impuesta por el testador, el beneficiado con el modo tiene dos derechos:

**1º** El de todo acreedor, de solicitar la ejecución forzada de la obligación, conforme a las reglas generales en materia de obligaciones.

**2º** El derecho de pedir la resolución de la asignación modal.

Este se ejerce en virtud de la cláusula resolutoria, definida en el art. 1090 como aquella consistente en la obligación de restituir las cosas y los frutos, si no se cumple el modo.

Por regla general, la condición resolutoria no va envuelta en el modo, salvo que el testador la imponga: art. 1090, 2º. La cláusula resolutoria no se subentiende en el modo, en lo cual se diferencia de la condición resolutoria tácita que si va envuelta en todo contrato bilateral (art. 1489 en relación con el artículo 1426).

#### **1. Cláusula Resolutoria.**

- El artículo 1090 en su inciso 1 la define como aquella que impone la obligación de **restituir la cosa y los frutos**, si no cumple el modo; agrega el inciso 2 que no se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa. **Hay en ello una nueva diferencia con la condición resolutoria tácita, pues en ésta no se restituyen los frutos, a menos que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los casos, haya dispuesto otra cosa (art. 1488).**

- A excepción de las asignaciones modales dejadas a un banco en la cual se subentiende.

Estamos ante una institución muy similar al pacto comisorio en el campo contractual.

#### **2. ¿Quién puede pedir la resolución de la asignación?**

Se encuentran legitimados para solicitar la resolución los interesados, esto es aquellos que son beneficiarios del modo y los herederos del testador.

- Los beneficiarios del modo están interesados en la resolución porque de acuerdo con el artículo 1096 inciso 1 primera parte una vez que ha operado la resolución se entregara a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo una suma proporcionada al objeto.

- Los herederos del testador son también interesados por que de acuerdo con el artículo 1096 inciso 1 segunda parte una vez entregado el beneficio proporcional a los interesados el resto acrecerá a la herencia, siempre que el testador no hubiere dispuesto otra cosa. En todo caso este beneficio no podrá ser reclamado por el asignatario a quién se hubiere impuesto el modo.

#### **3. Sin cláusula resolutoria.** ¿qué ocurre si hay incumplimiento del modo sin cláusula resolutoria?

Estudiaremos 3 situaciones que pueden plantearse:

**i.** Si el modo es en beneficio exclusivo del asignatario, el mismo no impone obligación alguna (1092). Ejemplo: Le dejo un legado a Juan para que se construya una casa.

**ii.** Si el modo es en beneficio de un tercero, no hay una norma que resuelva el



problema; en doctrina se estima que en este caso el beneficiario podrá pedir o exigir la ejecución forzosa del modo.

**iii.** ¿Qué sucede cuando el modo es en beneficio de una persona indeterminada?

Ejemplo: Dejo este inmueble para que en él se construya un Hospital o una Escuela. En tal caso se entiende que el beneficiario del modo es la colectividad toda y se aplica en consecuencia el artículo 1291 que estudiaremos más adelante.

#### **4. Prescripción de la acción para pedir la resolución.**

Dado que no existe reglamentación especial, debe aplicarse la regla general del art. 2515, y como acción ordinaria prescribe en 5 años, contados desde que se hace exigible la obligación, o sea, desde que existe incumplimiento del modo.

### **Ø ASIGNACIONES A TÍTULO UNIVERSAL Y A TÍTULO SINGULAR.**

#### **I. Asignaciones a Título Universal.**

##### **A. Concepto:**

Asignaciones a título universal son aquellas en que se deja al asignatario la totalidad de los bienes del difunto o una cuota de ellos.

El artículo 1097 inciso 1 primera parte: "Los asignatarios a título universal, con cualquiera palabra que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos".

Para calificar la asignación a título universal debo atender al objeto de la asignación y no a los términos utilizados por el testador.

Del artículo 1097 pueden obtenerse 3 conclusiones importantísimas.

**i.** El heredero representa a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

**ii.** Los herederos son obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas.

**iii.** La responsabilidad de los herederos es ilimitada, pero a prorrata de su parte o cuota en la herencia y sin perjuicio que alguno de ellos hubiere solicitado beneficio de inventario.

#### **Características de las asignaciones a título universal.**

**1º** Pueden ser testamentarias y abintestato, según que el título para suceder emane del testamento o de la sola ley. Los legatarios, en cambio, sólo pueden ser testamentarios.

**2º** Los herederos adquieren la asignación y la posesión legal por la muerte del causante. Los herederos adquieren la herencia, la asignación universal, por causa de muerte. Si no existe condición suspensiva, se hacen dueños de la asignación por el solo fallecimiento del causante; si hay condición suspensiva, adquieren la herencia cuando ella se cumple. Según los arts. 688 y 722, los herederos también adquieren la posesión legal de los bienes hereditarios por la muerte del causante.

**3º** Los herederos pueden adquirir personalmente o en forma indirecta. Pueden hacer suya la asignación universal personalmente o por derecho de representación. Los

herederos también pueden adquirir a título universal por transmisión.

**4º** Los herederos gozan de ciertas acciones.

☐ En primer lugar, de la acción de petición de herencia (art. 1264).

☐ En segundo lugar, puede acontecer que el heredero sea legitimario, es decir heredero forzoso. Si su asignación forzosa es desconocida por el testador, el legitimario puede exigir la modificación del testamento en la parte que perjudica su legítima mediante la acción de reforma de testamento (art. 1216).

☐ Finalmente, los herederos que al mismo tiempo sean legitimarios, disponen de la acción de inoficiosa donación, vinculada con el segundo acervo imaginario (artículo 1187).

**5º** Si existen varios herederos se forma una indivisión hereditaria.

**6º** El heredero sucede en todo el patrimonio transmisible del causante o en una cuota de él. No hereda bienes determinados. Y el heredero no sucede sólo en todos los derechos transmisibles del causante, en el activo de la herencia, sino que también en el pasivo. Le afectan, como veremos, las deudas de la herencia y las cargas testamentarias, a menos que el testador las imponga a determinadas personas. Pero la parte intransmisible del activo y pasivo del causante no pasa a los herederos, como acontece con los derechos personalísimos (uso, habitación, alimentos) y el usufructo; como obligaciones, tampoco se transmiten las intuitu personae.

**7º** Los herederos representan a la persona del causante. Son el continuador jurídico del causante (Art. 1097). De este principio se derivan importantes consecuencias jurídicas:

**7.1.** Existe cosa juzgada respecto de los herederos, en un juicio seguido contra o por el causante. No hay en este caso identidad física de personas, pero sí la identidad legal que exige la ley. Así lo declaró la Corte Suprema en un juicio de reivindicación seguido contra el causante y ganado por éste y reiniciado contra los herederos. Se acogió por la Corte la cosa juzgada.

**7.2.** Los herederos no podrán alegar la nulidad absoluta si el causante carecía del derecho para hacerlo. Art. 1683. La jurisprudencia, aplicando el principio de que los herederos son los continuadores de la persona del difunto, ha declarado que ellos tampoco tienen derecho a alegar la nulidad absoluta si el causante no podía hacerlo. Sin embargo, no todos están de acuerdo con esta interpretación, principalmente en base al carácter personalísimo del dolo. Contra-argumentan también diciendo que el art. 1683 establece una sanción, y siendo toda sanción de derecho estricto, no puede aplicarse sino al caso expresamente penado. Ahora bien, el art. 1683 habla únicamente del que celebró el acto o contrato sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba, pero no menciona a sus herederos.

**7.3.** En contra de los herederos del deudor hipotecario procede la acción personal y no la de desposeimiento.

En la hipoteca, el acreedor hipotecario, fuera de su acción personal, goza de la acción de persecución, de desposeimiento en contra de los terceros poseedores de la finca hipotecada. Respecto de los herederos del deudor hipotecario, no procede la acción de desposeimiento, pues ella se confunde con la acción personal; los herederos están obligados a la deuda personal y no son terceros poseedores, porque representan jurídicamente al causante. Así lo ha declarado la jurisprudencia.

## **B. Clases de herederos.**

### **1. Heredero Universal** (1098 inciso 1):

Es heredero universal aquel asignatario que ha sido llamado a la sucesión en

términos generales que no designan cuotas. Para que quede más claro el mismo artículo 1098 inciso 1 señala unos ejemplos como "Sea fulano mi heredero", o "dejo mis bienes a fulano". En otras palabras, el Heredero Universal es aquel llamado sin expresión de cuota a la totalidad del patrimonio del causante.

Es perfectamente posible que existan dos o más herederos universales, pues la característica única del heredero universal es el ser llamado sin designación de cuota. Recordemos también que no es lo mismo asignatario universal o heredero universal. Lo primero es el género, lo segundo la especie. Todo heredero universal es asignatario a título universal, pero hay asignatarios a título universal que no son herederos universales, sino de cuota.

#### · **Forma de concurrencia.**

**1.** Si fueran muchos los herederos instituidos sin designación de cuota (o sea universal) dividirán entre sí por partes iguales la herencia (1098 inciso 3).

**2.** Si concurre un heredero universal con herederos de cuota el heredero universal se entenderá heredero de aquella cuota que con las designadas en el testamento complete la unidad o entero.

Ejemplo: Dejo 1/3 a Juan, 1/3 a Diego y dejo mis bienes a Cristóbal. Este último lleva 1/3 para completar el entero.

**3.** Concurren varios herederos universales con varios herederos de cuota, en este caso dividirán todos los herederos universales se dividirán por partes iguales la cuota que falta para completar el entero. Es este el sentido que tiene la última frase del artículo 1098 inciso 3 "o la parte de ella que les toque".

#### **2. Heredero de Cuota.**

Son aquellos llamados a una parte alícuota o fracción del patrimonio del causante, es decir en este caso es el testador quién determina la cuantía de la asignación.

A consecuencia de lo anterior debe tenerse en consideración que en estos casos no se atiende a lo que cada uno deba recibir, ya que como lo vimos antes el heredero universal también puede recibir una cuota de la herencia de manera tal que deberá atenderse a la forma en que el heredero a sido llamado.

- Por ejemplo, en el testamento dejo mis bienes a Hugo, Paco y Luis. De acuerdo con el artículo 1098 inciso 3 a cada uno de ellos le corresponderá una cuota de 1/3 pero son herederos universales.

- En cambio, si en el testamento se señala: dejo 1/3 a Hugo, 1/3 Paco y 1/3 a Luis estos serán herederos de cuota.

¿Qué importancia tiene esto o no la tiene? (distinguir entre heredero universal o de cuota).

La importancia es que el derecho de acrecer favorece solo a los herederos universales y no a los de cuota. (1148 c.c). Es requisito sine qua non para que opere el acrecimiento que los asignatarios lo sean sin determinación de cuota. Si falta un heredero de cuota, su porción no acrece a los restantes herederos de cuota, sino que a los herederos abintestato. La razón de esta diferencia reside en que el testador manifestó claramente su voluntad, limitando la parte que debía llevar cada heredero de cuota.

### **3. Heredero del Remanente.**

Es aquel heredero llamado a lo que reste después de cumplidas las demás asignaciones del testador, de manera tal que este heredero tendrá solo derecho a los bienes de la sucesión cuando exista un saldo o un monto después de pagadas las demás asignaciones y por ello entonces que si en una sucesión solo Herederos Universales no podrá haber Herederos del Remanente ya que ellos no tendrán ningún saldo o remanente sobre la cual hacer efectiva la asignación. Con todo el heredero del remanente puede ser universal o de cuota, por ejemplo, dejo 1/3 a Juan y el resto a Pedro (el es un heredero universal del remanente).

#### **Reglas importantes.**

**1.** Si en el testamento sólo se contiene asignaciones a título singular, el asignatario del remanente es el heredero universal. (1099 primera parte)

Ejemplo: Dejo mi casa a Pedro, mi auto a Diego y el resto de mis bienes a Juan, este último será heredero del remanente.

**2.** Si alguna de las otras asignaciones son de cuotas el asignatario del remanente es heredero de la cuota que resta para completar la unidad (1099 parte 2º).

**3.** Si en el testamento no hubiere asignación alguna a título universal los herederos abintestato son herederos universales. (1100 inciso 2).

**4.** Si en el testamento se hacen asignaciones de cuota, pero sin completar el entero los herederos abintestato se entienden llamados como herederos del remanente. (1100 inciso1).

Ejemplo: Dejo 1/3 a Juan y 1/3 a Pedro, los herederos abintestato se entenderán llamados al 1/3 restante.

#### **Situación en que la fijación de cuotas completa o excede la unidad.**

Puede ocurrir que, en el testamento, las cuotas que se señalan completan y aun exceden el entero y no obstante ello el causante instituye además otro heredero que puede ser del remanente o universal.

Para determinar lo que ocurre en este caso es necesario distinguir si estos herederos son del remanente o universales.

¿Cuál es la razón de esta diferencia entre el heredero del remanente y el universal? Consiste en lo siguiente: el testador, al instituir un heredero universal, manifestó su intención de dejarle algo en la herencia; no ocurre lo mismo con el heredero del remanente, pues el testador le deja lo que resta de sus bienes, y si nada queda, nada puede llevar.

**-Primer Caso:** El testador dispone de cuotas que igualan o exceden el entero y designa además un heredero del remanente, este entonces nada llevará (1101 parte final).

**Ejemplo:** Dejo 1/3 a Pedro, 1/3 a Juan y 1/3 de mis bienes a Carlos y el resto a Alejandro, este último nada llevara.

**-Segundo Caso:** El testador designa cuotas que completan o exceden la unidad y además designa un heredero universal, este participará de la herencia para lo cual será necesario reducir las cuotas para hacerlas caber en la unidad.

**Figura:**  $\frac{1}{3}$  de mis bienes a Juan,  $\frac{1}{3}$  a Pedro,  $\frac{1}{3}$  a Carlos y designo como heredero universal a Antonio.

En este caso se hace necesario aplicar un procedimiento matemático para hacerlas caber en la unidad, procedimiento que estudiaremos a continuación.

### **Procedimiento:**

**1.** El heredero universal se entenderá instituido en una cuota cuyo numerador será la unidad y cuyo denominador el número total de herederos. (1101).

**Figura:**  $\frac{1}{3}$  Juan,  $\frac{1}{3}$  Pedro,  $\frac{1}{3}$  Carlos y  $\frac{1}{4}$  para Antonio.

**2.** Con posterioridad deberá reducir las cuotas a un mínimo común denominador, incluso aquella computada de acuerdo al artículo 1101 (1102).

**Figura:** Común denominador 12, entonces

$\frac{4}{12}$  Juan,  $\frac{4}{12}$  Pedro,  $\frac{4}{12}$  Carlos y  $\frac{3}{12}$  Antonio.

**3.** En esta etapa la herencia se representará por la suma de los numeradores (1102).

**Figura:** suma de los numeradores es 15.

**4.** En definitiva, a cada heredero le corresponderá una cuota que tenga como denominador (en el ejemplo 15) y como numerador el que le haya correspondido al tiempo de efectuar el cálculo del denominador común.

**Figura:**  $\frac{4}{15}$  Juan,  $\frac{4}{15}$  Pedro,  $\frac{4}{15}$  Carlos y  $\frac{3}{15}$  Antonio, todo lo cual me da  $\frac{15}{15}$  o sea un entero (magia).

**5.** En todo caso el testador deberá siempre respetar las asignaciones ya que en caso contrario los legitimarios podrán ejercer la acción de reforma (1103).

A juicio del profesor, del profesor Domínguez, Manuel Somarriva y otros autores señalan que esta es la forma de efectuar el procedimiento. Ahora bien, el profesor pablo Rodríguez piensa distinto y el lo calcula de otra forma, básicamente en la etapa "2" el considera a Antonio como un entero (1) y no  $\frac{3}{12}$ . (para más información ver el libro de pablo Rodríguez sobre sucesión en la página 151).

## **II. Asignaciones a Título Singular.**

### **A. Nociones Generales.**

#### **1. Concepto:**

Para los efectos de determinar el concepto de las asignaciones a título singular debemos considerar los artículos 951 inciso 3 y 1104 inciso 1 primera parte.

De ambas disposiciones se puede concluir que **el legado es una asignación mediante la cual se transmite a una persona el dominio de una especie o cuerpo cierto o el derecho de exigir la tradición de una o más especies indeterminadas de cierto género ya sea a la sucesión, a uno o más herederos o a uno o más legatarios.** Recordemos que para efectos de calificar la asignación debemos estar al contenido de ella y no a los términos o palabras que haya utilizado el testador, por esta razón si el testador instituye heredero de su casa

a Juan en la realidad Juan es un legatario.

## **2. Características fundamentales:**

**1º** Los legatarios no representan al causante. Art. 1104. Responden de las deudas hereditarias en subsidio de los herederos. Por lo tanto, no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les impongan o confieren. Lo anterior tiene 2 calificadas excepciones:

**i.** Los legatarios pueden tener una responsabilidad, pero en subsidio de los herederos.  
**ii.** El legatario puede verse afectado a consecuencia del ejercicio de la acción de reforma de testamento lo que sucederá cuando se afecten las asignaciones forzosas (1104 inciso 2).

**2º** Los legatarios suceden en bienes determinados: ya sea en especie o cuerpo cierto o genéricamente.

**3º** Los legados constituyen siempre asignaciones testamentarias. Suponen una manifestación de voluntad del testador. No hay legatarios abintestato (salvo, según veremos, tratándose de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas).

Como una consecuencia de lo anterior, en favor de los legatarios no opera el derecho de representación, porque éste es propio de las herencias y de la sucesión abintestato, en los casos expresamente contemplados por la ley, entre los cuales no figuran los legados.

**4º** Los legados pueden adquirirse por transmisión. Así lo permite el art. 957.

**5º** Por regla general, sólo puede legarse aquello que pertenezca al causante.

**6º** La ley ha establecido un sistema de preferencia para el pago de los legados.

## **3. Que cosas pueden legarse:**

**a.** Cosas corporales o incorporeales (1127 inciso 1).

**b.** Las cosas presentes o futuras, estas últimas siempre que lleguen a existir (1113).

**c.** Las cosas propias o ajenas, en este último caso solo excepcionalmente como lo veremos más adelante (1107).

## **4. Que cosas no pueden legarse** (1105).

**a.** Aquellas cosas que no son susceptible de apropiación por que la naturaleza lo ha hecho comunes a todos los hombres.

**b.** Las cosas de dominio nacional o municipal o aquellos que constituyen bienes nacionales de uso público.

**c.** Tampoco pueden legarse las cosas que formen parte de un edificio de manera que no puedan separarse del el sin deterioro del mismo edificio; a menos que la causa cese antes de deferirse el legado. El legislador en esta disposición lo que persigue es que no se afecte el valor económico de una cosa. Ejemplo: No podría legarse todas las puertas de una casa.

**d.** Aquellas cosas que pertenecen al culto divino, sin perjuicio de los derechos que particulares pudieren tener sobre ellos, caso en el cual la materia quedará regida por el derecho canónico.

**e.** Tampoco el legado podrá recaer sobre un objeto que importe que la asignación adolezca de objeto ilícito en conformidad al artículo 10 y 1466 c. c

## **B. Clases de legados.**



## **1. De especie o cuerpo cierto y de Genero.**

### **Notas Importantes:**

#### **a. Elementos de la distinción.**

La determinación de si nos encontramos ante un legado de cuerpo cierto o de genero dependerá de la forma en que haya **sido descrito el objeto de la asignación**, así si la determinación del objeto a sido completo de manera tal que el mismo se haga inconfundible estaremos en presencia de un legado de especie, en cambio se la determinación ha sido incompleta y con caracteres generales el legado será de género.

#### **b. Adquisición del dominio de estos legados.**

##### **1. Legados de especie:**

En estos casos la adquisición del dominio la efectúa el asignatario de especie por el solo ministerio de la ley al tiempo de abrirse la sucesión, sin que sea necesaria la entrega de la cosa y salvo que la asignación estuviere sujeta al cumplimiento de una condición suspensiva.

Lo que se ha señalado se desprende del artículo 1338 numero 1, a su vez debe ser relacionado con las normas generales sobre adquisición de los frutos naturales y civiles. (artículo 646 y 648).

Si bien el asignatario de especie adquiere el dominio después de abrirse la sucesión, el se constituye como poseedor de la cosa desde el momento de la entrega, es decir en este momento confluyen el corpus y el animus, no siendo aplicable al legatario de especie el artículo 722 inciso 1 ya que la posesión legal de la herencia se confiere a los herederos, de lo cual se obtienen algunas conclusiones:

**i.** El legatario de especie no requiere de la posesión efectiva de la herencia. La posesión efectiva sólo tiene por objeto determinar frente a los terceros interesados quiénes son los herederos y representantes de la sucesión. La Corte Suprema ha declarado precisamente que los legatarios no representan la persona del causante y no cabe en consecuencia concederles la posesión efectiva.

**ii.** El legatario de especie adquiere el dominio siendo el modo de adquirir la sucesión por causa de muerte, y por lo tanto tratándose de un inmueble la inscripción del título (el testamento) en el registro de propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo no importa tradición del bien raíz, sino que su objeto es diverso, esto es mantener la historia del bien raíz. En la práctica, los herederos suscriben una escritura de entrega del legado, y con esta escritura se realiza directamente la inscripción a nombre del legatario.

Sin embargo, podría pensarse que esta forma de entrega no es necesaria y que bastaría para practicar la inscripción a nombre del legatario la sola presentación del testamento. En efecto, el legatario de especie o cuerpo cierto adquiere la cosa legada por el solo fallecimiento del causante; su título de dueño emana de éste y no de los herederos. Por tanto, no se ve qué necesidad existe de que éstos le hagan entrega del legado, máxime si no tienen en él derecho alguno, pues no forma parte de la indivisión hereditaria. La inscripción en el Conservador se exige en este caso para conservar la historia de la propiedad raíz, y no juega papel de tradición, pues el legatario adquiere el inmueble por el modo sucesión por causa de muerte.

Sin embargo, la jurisprudencia ha solido sostener que, si bien el legatario de especie

adquiere el legado por sucesión por causa de muerte, no puede entrar en posesión del mismo sin que se le haga entrega del bien legado, la que, tratándose de inmuebles, se efectúa por la inscripción.

Se podría incluso llegar más lejos y concluir que ni siquiera es necesario inscribir el inmueble legado a nombre del legatario. De partida, la ley no exige dicha inscripción; ella sólo tendría por objeto conservar la historia de la propiedad raíz.

**iii.** A juicio del profesor Pablo Rodríguez Grez al legatario de especie si es aplicable el artículo 722, es decir, la posesión legal de la herencia. A esta conclusión el arriba por exclusión en el siguiente sentido: el sostiene que el causante está muerto, o sea respecto de la cosa no puede ser dueño ni poseedor, lo herederos del causante tampoco tienen el dominio ya que son meros tenedores de la cosa ya que reconocen dominio ajeno en el legatario y en consecuencia a falta de las demás personas que podrían detentar la posesión de la especie debe concluirse que ello le corresponderá este asignatario.

A juicio del Profesor Rabat los términos del artículo 722 descartan esta interpretación, ello porque la creación de la posesión legal de la herencia es una creación excepcional aplicable solo al heredero, por lo tanto, no puede recurrirse a la interpretación por analogía.

La circunstancia de que el legatario sea dueño de la especie desde el fallecimiento del causante, trae varias consecuencias:

- ☐ Si los herederos se niegan a efectuar la entrega de la especie legada, el legatario puede reclamarla mediante la acción reivindicatoria, pues es un propietario desprovisto de la posesión. Así lo ha declarado la Corte Suprema.
- ☐ En consecuencia, el derecho del legatario a la especie legada se extingue cuando prescriba su acción reivindicatoria, o sea, en el caso de que el heredero o un tercero adquieran la cosa legada por prescripción adquisitiva.
- ☐ El legatario de un cuerpo cierto se hace dueño de los frutos desde el fallecimiento del causante, conforme al principio que las cosas perecen y producen para su dueño. Art. 1338. Lo anterior, salvo que se trate de un legatario condicional (art. 1078).
- ☐ Así como el asignatario de especie o cuerpo cierto aprovecha las accesiones que ella experimente, también le corresponde asumir el riesgo de la cosa. De modo que si entre la apertura de la sucesión y la entrega de la especie asignada, ésta perece por caso fortuito o fuerza mayor, se extinguirá todo derecho del asignatario, salvo que quien estaba obligado a entregarla se haya constituido en mora (artículo 1550 del Código Civil). La responsabilidad recaerá en toda la sucesión o en aquél a quien el causante impuso la obligación de entregar la cosa legada.

## **2. Legados de Género.**

- El dominio del legado de género se adquiere por la entrega de la cosa legada, de manera tal que en este caso el modo de adquirir el dominio será la tradición. En todo caso al tiempo de fallecer el causante el asignatario de género adquiere un crédito en virtud del cual podrá exigirles a los herederos que lleven a cabo la tradición de la cosa.
- A consecuencia de lo señalado habrá que concluir que la posesión de las cosas legadas se adquiriría una vez que ellas sean entregadas y en el evento que el objeto del legado fuere un derecho personal o crédito habrá que sujetarse a las normas sobre cesión de créditos personales.

- El legatario de género adquiere los frutos desde el momento en que se le entrega la cosa o bien desde que los herederos estén en mora de entregar. (1338 número 2). Respecto de la mora, cabe recordar que el art. 1551 número 1 dispone que el deudor está en mora cuando no cumple su obligación en el término "estipulado". Ahora bien, puede acontecer que el testador imponga un plazo para pagar el legado al heredero. Sin embargo, en este caso no se aplica el art. 1551 número 1, pues no hay "estipulación", sino un plazo unilateralmente fijado por el testador. Por lo tanto, el legatario deberá requerir judicialmente al obligado al pago del legado, para constituirlo en mora, conforme al número 3 del art. 1551.
- Aplicando la regla general del art. 2515, la acción del legatario de género para reclamar su legado prescribe, si es ordinaria, en 5 años, y si es ejecutiva, en 3 años y luego 2 más como ordinaria.

#### **c. Acciones de los legatarios.**

##### **1. Legatario de especie:**

- i. Acción reivindicatoria.
- ii. Acción personal.

##### **2. Legatario de género:**

- i. Acción personal.

#### **d. Entrega de la cosa.**

##### **1. Legado de especie.**

La especie legada se debe en el estado en que existiere al tiempo de la muerte del testador, comprendiendo los utensilios necesarios para su uso y que existan con ella.

El artículo 1125 agrega que la especie legada pasa al legatario con sus servidumbres, censos y demás cargas reales.

##### **2. Legado de género.**

Por aplicación del artículo 1509 los herederos cumplirán con su obligación entregando cualquier individuo del género con tal que sea de una calidad a lo menos mediana.

##### **Reglas especiales.**

**a.** Si de muchas especies que existan en el patrimonio del testador, se legare una sin decir cual, se deberá una especie de mediana calidad o valor entre las comprendidas en el legado. (1114).

**b.** Los legados de género que no se limitan a lo que existe en el patrimonio del testador, imponen la obligación de dar una cosa de mediana calidad o valor del mismo género (1115).

**c.** Si se lego una cosa entre varias que el testador creyó tener, y no ha dejado más que una, se deberá la que haya dejado (1116 inciso 1).

**d.** En este mismo evento si el testador no ha dejado ninguna cosa, no valdrá el legado sino a favor de los ascendientes, descendientes o cónyuges, quienes solo

tendrán derecho a pedir una cosa mediana del mismo género (1116 inciso 2).

**e.** Si se ha legado una cosa de aquellas cuyo valor no tiene límite (el CC. menciona, como ejemplos, una casa, una hacienda de campo, etc., lo que en realidad nos remite a cosas de gran valor) y no existe ninguna del mismo género entre los bienes del testador, nada se deberá ni a un a los ascendientes, descendientes o cónyuge.

#### **e. Determinación de la cosa legada genéricamente.** (1112).

**i.** El legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determine de algún modo, no vale. En todo caso recordemos que por aplicación del artículo 1461 inciso 2 la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinar dicha cantidad.

**ii.** Si se lega la cosa fungible señalando el lugar en que ha de encontrarse, se deberá la cantidad que allí se encuentre al tiempo de la muerte del testador, siempre que el no haya determinado esa cantidad, pues en tal caso se deberá esta.

**iii.** Si la cantidad existente en el lugar señalado por el testador fuere menor que la cantidad designada en el testamento, solo se deberá la cantidad existente; y si en ese lugar no existe cantidad alguna de dicha cosa fungible nada se deberá. Esta última regla tiene las siguientes excepciones:

**1.** Valdrá siempre el legado de la cosa fungible cuya cantidad se determine por el testador a favor de su descendiente, ascendiente y cónyuge.

**2.** No importará que la cosa legada no se encuentre en el lugar señalado por el testador, cuando el legado y el señalamiento del lugar no formen una cláusula indivisible. Así el legado de "30 fanegas de trigo, que se hallan en tal parte" vale, aunque no se encuentre allí trigo alguno; pero el legado de "las 30 fanegas de trigo que se hallarán en tal parte", no vale sino respecto del trigo que allí se encontrare, y que no pase de 30 fanegas.

#### **3. Legados de cosa ajena.**

##### **i. Regla general.**

El legado de especie que no es del testador, o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, **es nulo** (1107 primera parte).

Con todo existen ciertas excepciones que son las siguientes:

**ii.** Legado de cosas que deben adquirirse porque son ajenas. (1106).

Se llama también legado de orden y en este caso se impone a un asignatario, al ejecutor testamentario o al partidor la obligación de adquirir la especie para darla al legatario o para emplearla en algún objeto de beneficencia. Este legado de orden se sujeta a las siguientes reglas:

**1.** Deberá comprarse la cosa.

**2.** Si ello no es posible porque el dueño de la especie rehúsa enajenarla o pide por ella un precio excesivo, el asignatario que recibió la orden será solo obligado a dar en dinero el justo precio de la especie.

**3.** Si la especie ajena legada hubiere sido antes adquirida por el legatario o para el objeto de beneficencia, no se deberá su precio, salvo que la adquisición hubiere sido a título oneroso y a precio equitativo.

- Se ha discutido qué clase de obligación es la que asume el asignatario gravado. Para algunos, se trata de una obligación facultativa (ya que la cosa debida es una, pero el deudor está facultado para pagar con otra); para otros, es una obligación alternativa (ya que las dos cosas son las debidas, pero la prestación de una de ellas extingue la obligación). A juicio de Rodríguez Grez, frente a la imposibilidad física o comercial de adquirirla, se genera una subrogación del objetodebido. La obligación cambia de objeto y en lugar de la cosa legada se adeuda una suma de dinero representativa del justo precio de la especie.

- También se ha planteado el problema de establecer qué sucede si la cosa se destruye, ya sea en manos del tercero o del asignatario gravado después de adquirida y por hecho o culpa de éste. Rodríguez Grez sostiene que:

- Si la cosa perece en manos de un tercero por cualquier causa, se extingue el legado y el legatario carece de todo derecho para perseguir otra prestación del gravado o de la sucesión. Desde otro punto de vista, el hecho del tercero constituye siempre un caso fortuito para el asignatario gravado, sin que pueda alegarse el derecho subsidiario que confiere el art. 1677, toda vez que ninguna acción tendrá el gravado contra el tercero.

- Si la cosa perece por hecho o culpa del asignatario gravado cuando la cosa ya había sido adquirida, deberá indemnizar al legatario; y si perece por caso fortuito o fuerza mayor, se extinguirá su obligación sin ulterior responsabilidad.

Cabe señalar que el asignatario gravado responde de culpa leve, ya que la obligación mira al interés del deudor y del acreedor (o sea, del asignatario y del legatario).

Si la obligación se impone a dos o más asignatarios, la obligación es indivisible, en tanto se trate de adquirir la cosa ajena legada. Pero si sobreviene la imposibilidad de adquirirla (porque el dueño rehúsa enajenarla o cobra un precio excesivo), la obligación es simplemente conjunta y cada uno de los gravados estará obligado a la parte o cuota que le corresponda, sin que la cuota del insolvente grave a los demás. Lo propio acontecerá si el legatario adquiere la cosa a título oneroso y reclama el precio equitativo (tendría aplicación aquí el art. 1526, número 5).

### **iii. Legado de cosa que no es del testador. (1107).**

#### **Regla general.**

Nulo. Este excepcionalmente valdrá en los siguientes casos:

**1.** Cuando en el testamento aparezca que el testador sabía que la cosa no era suya o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, caso en el cual se procederá como en el artículo 1106 inciso 1, es decir por las normas o reglas del legado de orden. El artículo 1107 es una manifestación de que prima la prueba intrínseca.

**2.** Cuando el legado se dejare a un descendiente o ascendiente del testador o a su cónyuge, caso en el cual aplicaremos también el artículo 1106 inciso 1.

**3.** Si la cosa ajena legada pasó, antes de la muerte del testador, al dominio de éste o del asignatario a quien se había impuesto la obligación de darla, se deberá el legado.

**4.** Si el asignatario a quien se impuso dar la cosa ajena la adquiere después de la muerte del testador la deberá al legatario; el cual, sin embargo, no podrá reclamarla, sino restituyendo lo que hubiere recibido por ella, según el artículo 1106.

#### **4. Legado de cosas en que el testador sólo tenía derechos o legados de cosa indivisa (1110).**

Si el testador no ha tenido en la cosa legada más que una parte, cuota o derecho, se presumirá que no ha querido legar más que esa parte, cuota o derecho.

Lo mismo se aplica a la cosa que un asignatario es obligado a dar y en que sólo tiene una parte, cuota o derecho.

Se pregunta Rodríguez Grez qué sucede si entre el otorgamiento del testamento y la muerte del causante se ha producido la partición de la comunidad. Frente a esta hipótesis, deberán distinguirse dos situaciones posibles: si la cosa se adjudicó al testador o si la cosa se adjudicó al tercero.

- Si al testador se le adjudica una parte o cuota en la especie, subsiste el legado en esa parte o cuota.

- Si la cosa ha sido adjudicada a un tercero, por efecto de la partición (efecto declarativo) es forzoso concluir que se trata de un legado de cosa ajena y por tanto, absolutamente nulo. En este caso, nada se deberá al legatario. Lo mismo ocurrirá si se enajena la cosa indivisa por el testador y los demás comuneros, pues habrá operado una revocación del legado.

El art. 1743, destaca Somarriva, constituye una excepción al principio del artículo 1110: se pone el primer precepto en el caso de que uno de los cónyuges legue a otra persona un bien perteneciente a la sociedad conyugal. Para determinar la suerte de este legado, hay que esperar las resultas de la partición, de la liquidación de la sociedad conyugal; si en ella el bien legado se adjudica a los herederos del cónyuge testador, se debe al legatario la cosa legada. Si el bien se adjudica al cónyuge sobreviviente, el legado se cumple por equivalencia, o sea, el legatario tiene derecho a exigir que se le entregue el valor del bien legado. La excepción al art. 1110 consiste en lo siguiente: de no haber existido el art. 1743, como al fallecimiento del cónyuge se disuelve la sociedad conyugal y se forma una comunidad, aplicando el art. 1110 se presumiría que el cónyuge sólo habría legado la cuota o parte que le correspondía en el legado.

#### **5. Legado de Cuota (1124).**

Si se legan a varias personas distintas cuotas de una misma cosa, se seguirán para la división de éstas las reglas del párrafo V de este mismo título, esto es las asignaciones a título universal y en particular los artículos 1101 y 1102.

#### **6. Legado de especie que no se encuentra en el lugar designado (1111).**

Si al legar una especie se designa el lugar en que está guardada y no se encuentra allí, pero se encuentra en otra parte, se deberá la especie: si no se encuentra en



parte alguna, se deberá una especie de mediana calidad del mismo género, pero sólo a las personas designadas en el artículo 1107. (descendientes, ascendientes y cónyuge.)

## **7. Legado de un predio (1119 y 1120).**

### **Son distintas reglas:**

i. Si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado después del testamento, no se comprenderán en el legado.

ii. Si lo nuevamente agregado formare con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida habrá que distinguir:

a. Si las agregaciones valieren más que el predio en su estado anterior, solo se deberá este segundo valor al legatario.

b. Si las agregaciones valieren menos que el predio en su estado anterior se deberá todo ello al legatario con el cargo de pagar el valor de las agregaciones.

iii. Si el legado es de una medida de tierra, como mil metros cuadrados, no crecerá en ningún caso por la adquisición de tierras contiguas, y si aquélla no pudiere separarse de estas, solo se deberá lo que valga. (al tiempo de abrirse la sucesión).

iv. Si se lega un solar y después el testador edifica en él, sólo se deberá el valor del solar.

Nota: solar es una porción de terreno donde se ha edificado o que se destina a edificar.

v. Si se deja parte de un predio, se entenderán legadas las servidumbres que para su goce o cultivo le sean necesarias.

## **8. Legado de una casa con sus muebles o con todo lo que se encuentre en ella. (1121).**

Si se lega una casa con sus muebles o con todo lo que se encuentre en ella, no se entenderán comprendidas en el legado las cosas enumeradas en el inciso 2 del artículo 574, sino sólo las que forman el ajuar de la casa y se encuentran en ella; y si se lega de la misma manera una hacienda de campo, no se entenderá que el legado comprende otras cosas, que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y se encuentren en ella.

## **9. Legado de carruaje (1122).**

Si se lega un carruaje de cualquiera clase, se entenderán legados los arneses y las bestias de que el testador solía servirse para usarlo, y que al tiempo de su muerte existan con él.

## **10. Legado de un rebaño (1123).**

Si se lega un rebaño, se deberán los animales de que se componga al tiempo de la muerte del testador, y no más.

### **11. Legado de una especie perteneciente a la sociedad conyugal.**

Si el marido o la mujer dispone, por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad habrá que distinguir de acuerdo al artículo 1743 c. c:

i. El asignatario de dicha especie podrá perseguirla sobre la sucesión del testador siempre que la especie, en la división de los gananciales, se haya adjudicado a los herederos del testador.

ii. En caso contrario el asignatario de dicha especie solo tendrá derecho para perseguir su precio sobre la sucesión del testador.

### **12. Legado de cosa futura. (1113).**

El legado de una cosa futura vale, con tal que llegue a existir. La disposición del artículo 1113 debe relacionarse con el artículo 1461 inciso 1 primera parte.

Destaca Rodríguez Grez que se trata de un legado condicional, puesto que el testador no encarga la adquisición de la especie ni impone a sus herederos el deber de adquirirla. El legado, entonces, dependerá del hecho futuro e incierto de que el testador, entre el otorgamiento del testamento y la apertura de la sucesión, haya adquirido el bien legado o al menos una cuota en él.

Conviene tener presente dos cosas sobre este legado, agrega Rodríguez Grez:

i) que la cosa sobre la cual recae no pertenezca al testador al tiempo de testar (lo que implica que

intentará adquirirla en el futuro o espera que exista en el porvenir, como por ejemplo si lega un caballo, hijo de un reproductor que pertenece al testador);

ii) si al morir el testador sólo deja una parte o cuota de la cosa legada a futuro, tiene plena aplicación el artículo 1110, y el legado recaerá sobre la parte o cuota que tiene en su patrimonio.

Respecto al problema relativo a cuánto tiempo debe esperarse para que la cosa llegue a existir, el legado de cosa futura supone que la cosa no exista en el patrimonio del testador al momento de testar y que ella exista en su patrimonio al momento de morir. En el entender de Hernán Corral ella debe existir después de la muerte del testador y antes que caduque la condición.

### **13. Legado sujeto a la condición de no enajenar.**

En términos generales nuestro legislador rechaza este tipo de prohibiciones ya que ellos entran en la libre circulación de los bienes. Por excepción ello se admite en materia de legados tal cual lo señala el artículo 1126. Interpretando esta disposición a contrario sensu se concluye que cuando **la enajenación comprometiére derechos de terceros si tendrá valor la prohibición de no enajenar. (es decir, no se puede enajenar).**

Ejemplo: El testador impone a un asignatario la obligación de pagar una pensión periódica y para que tenga con que pagar dicha pensión le otorga un inmueble con prohibición de enajenar, en tal caso ella si vale porque están involucrados los derechos del beneficiario de la pensión.

Rodríguez Grez, concordando con lo expuesto, destaca que en los casos excepcionales en que la ley permite pactar o imponer una cláusula de no enajenar (artículos 751; 793, inciso 3º; y 1432 número 1), hay dos limitaciones que subyacen: el interés legítimo de un tercero y la temporalidad del gravamen. El artículo 1126 recoge la primera de estas limitaciones. Resta por establecer, plantea Rodríguez Grez, por cuánto tiempo subsiste la limitación. Estima que ella se mantiene en vigor

mientras perdura el interés que legitima la prohibición. Otra solución sería ilógica, ya que no puede mantenerse si no hay interés comprometido ni su mantención, en dicho evento, tendría utilidad ninguna. Agrega que la enajenación a que alude el artículo 1126 debe ser entendida en su sentido amplio, comprendiendo no sólo la transferencia del dominio, sino también la constitución de gravámenes. En todo caso, la prohibición, obviamente, no puede alcanzar a las enajenaciones forzosas, dado que ellas se realizan por ministerio de la ley y contra la voluntad del dueño.

#### **14. Legado de condonación.**

Es aquel en virtud del cual el testador libera al deudor de una obligación que tenía para con él. Opera por tanto la remisión de la deuda, con la modalidad especial de que se hace a través de un testamento.

Este legado se sujeta a las siguientes reglas:

- i. Si el testador condona en el testamento una deuda, y después demanda judicialmente al deudor, o acepta el pago que se le ofrece, no podrá el deudor aprovecharse de la condonación; pero si se pago sin noticia o consentimiento del testador, podrá el legatario reclamar lo pagado. (1129).
- ii. Si se condona a una persona lo que debe, sin determinar suma, no se comprenderán en la condonación sino las deudas existentes a la fecha del testamento. (1130).

#### **15. Legado de cosa empeñada hecho al deudor.**

Es el caso de que el deudor, para garantizar el cumplimiento de una obligación contraída con el testador, le haya dado una garantía prendaria. Si el testador lega al deudor la cosa empeñada (en realidad, no puede legarle el dominio de la cosa, pues pertenece al deudor-legatario, sino que el legado consiste en ordenar el testador la devolución de la cosa prendada al deudor), el efecto de este legado es que se extingue la garantía, pero subsiste la deuda, a menos que aparezca claramente la voluntad del testador de extinguir ésta, en cuyo caso ella se entiende condonada. Art. 1128.

#### **16. Legado de especies gravadas con prenda o hipoteca (1128).**

Si la cosa que fue empeñada al testador, se lega al deudor, no se extingue por eso la deuda, sino el derecho de prenda; a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fue extinguir la deuda.

En este punto, cabe examinar las obligaciones y derechos que tiene el legatario respecto de las prendas e hipotecas con que está gravada la cosa legada. Hay que formular varios distinguos:

- el primero, si el legatario debe pagar la deuda garantizada con dichas cauciones o no,
- si en definitiva va a soportar él dicho pago.

Se trata del distingo entre la obligación y la contribución a la deuda.

Es evidente, respecto de lo primero, que el legatario deberá pagar la deuda al acreedor prendario o hipotecario. Art. 1125. Recordemos que el acreedor hipotecario y prendario gozan del derecho de persecución.

Ahora bien, pagada la deuda, ¿El legatario deberá soportar en definitiva el pago de la prenda o hipoteca, o bien podrá repetir en contra de alguien por la cantidad que él pagó a los acreedores? Al respecto, cabe formular un nuevo distinguo, según si el testador manifestó su voluntad en el sentido de gravar al legatario con la prenda o hipoteca o no.

- si el testador manifiesta su voluntad tácita o expresa de gravar al legatario, éste deberá pagar la deuda garantizada con prenda o hipoteca y soportar en definitiva la extinción del gravamen real.

- En el caso inverso, o sea, si no existe voluntad expresa o tácita de parte del testador de gravarlo con prenda o hipoteca, es necesario formular, de conformidad al art. 1366 un último distinguo, según si el gravamen se ha constituido para garantizar una deuda del causante o de un tercero. En todo caso, en ninguna de las hipótesis el pago definitivo del gravamen lo soporta el legatario.

- Si la prenda o hipoteca garantizaba una deuda del causante, estaremos a lo dispuesto en el art. 1366, 1º. Nos hallamos ante un caso de subrogación legal. El art. 1366 subroga al legatario en los derechos del acreedor prendario o hipotecario, en contra de los herederos.

- Si el gravamen no garantizaba una deuda del causante sino de un tercero, se aplica el inc. final del art. 1366: el legatario no tendrá acción contra los herederos. ¿Quiere decir entonces que el legatario deberá soportar en definitiva el pago del gravamen? La respuesta es negativa, pues es el caso de aplicar la regla general, contemplada en el art. 2429 (y en el art. 1610, número 2), según el cual el tercer poseedor de la finca hipotecada que paga la deuda se subroga en los derechos del acreedor en contra del deudor. No se subroga en contra de los herederos porque el art. 1366 le niega este derecho, pero nada lo priva del derecho de subrogarse en contra del deudor personal.

## **17. Legado de un crédito (1127).**

### **Puntos importantes:**

**i.** Por el hecho de legarse el título de un crédito, se entenderá que se lega el crédito. La expresión título está utilizada aquí en el sentido de documento o instrumento justificativo del crédito. Por ejemplo, dice el testador que deja en legado tal pagaré: lo legado en este caso es el crédito mismo de que da fe el pagaré.

**ii.** El legado de un crédito comprende el de los intereses devengados.

**iii.** Tiene una forma especial de extinción: se entiende revocado tácitamente en caso de que el testador, con posterioridad al testamento, reciba el pago del crédito y sus intereses de parte del deudor.

**iv.** El legado solo subsiste en la parte del crédito o de los intereses que no hubiere recibido el testador.

**v.** El legislador no ha dicho a quién deberá pagar el deudor del crédito legado. Es evidente que éste puede pagar al legatario, porque el legado de un crédito es un legado de especie o cuerpo cierto, y el legatario adquiere el legado por sucesión por causa de muerte desde el momento del fallecimiento del testador. Pero también podría pagarles a los herederos del causante acreedor, pues el deudor no tiene por

qué conocer la existencia del testamento (se trataría del caso contemplado en el artículo 1576, en las reglas del pago, donde se alude al pago efectuado a un acreedor aparente). Claro que, si el deudor paga a los herederos, el legatario puede dirigirse en contra de ellos para que le entreguen el monto de lo pagado por el deudor.

**vi.** Los herederos no responderán de la existencia del crédito ni de la solvencia del deudor, salvo que así lo haya ordenado el testador en forma expresa, cláusula que Rodríguez Grez estima perfectamente ajustada a derecho y que conlleva una carga a los demás asignatarios

### **18. Legado en pago de una deuda.**

En esta clase de legados el testador lo que hace es solucionar una deuda que tenía con un acreedor.

La doctrina está de acuerdo en que no estamos propiamente tal en presencia de un legado, sino que más bien en presencia de un ofrecimiento de pago que se hace al acreedor o de un mandato conferido a los herederos para que ellos procedan al pago de una deuda. Rodríguez Grez denomina a esta figura como "legado de deuda", y cuestiona que se trate en realidad de verdaderos legados. En efecto, afirma que no se trata de una asignación testamentaria, toda vez que él tiene una causa distinta de la mera liberalidad. En verdad, este mal llamado legado no es más que un encargo que hace el testador para que se pague una deuda que gravita sobre su patrimonio y que afecta su derecho de prenda general. En consecuencia, al cumplirse la disposición testamentaria no se hace liberalidad alguna, sino, simplemente, se paga una deuda pendiente.

### **Este "legado" se sujeta a las siguientes reglas:**

**i.** Lo que se lega a un acreedor no se entenderá que es a cuenta de su crédito, si no se expresa, o si por las circunstancias no apareciere claramente que la intención del testador es pagar la deuda con el legado. (1131 inciso 1)

**ii.** Si así se expresare o apareciere, se deberá reconocer la deuda en los términos que lo haya hecho el testador, o en que se justifique haberse contraído la obligación; y el acreedor podrá a su arbitrio exigir el pago en los términos a que estaba obligado el deudor o en los que expresa el testamento. (1132 inciso 2).

**iii.** Si el testador manda pagar lo que cree deber y no debe, la disposición se tendrá por no escrita. (1132 inciso 1 en relación con el artículo 1058).

**iv.** Si en razón de una deuda determinada se manda pagar más de lo que ella importa, no se deberá el exceso a menos que aparezca la intención de donarlo.

### **19. Legado de confesión de deuda.**

Las deudas confesadas en el testamento y de que por otra parte, no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos y estarán sujetos a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase, por ejemplo, podrían verse afectados por una acción de inoficiosa donación. (1133).

Si no hay este principio de prueba por escrito, se entiende que existe lisa y llanamente un legado gratuito, y se aplican las reglas de los legados. En caso contrario, hay propiamente deuda confesada en el testamento. Para el presunto acreedor es de vital importancia determinar si la confesión de deuda va a consistir en una confesión de deuda propiamente tal o un legado, por las siguientes razones:

**1º** Porque si existe un principio de prueba por escrito, la confesión de deuda va a constituir una deuda hereditaria, que en conformidad al art. 959 será una baja general de la herencia y en consecuencia, se pagará antes de efectuarse la distribución de los bienes hereditarios. Si no hay principio de prueba por escrito, estamos frente a un legado gratuito que se paga con cargo a la parte de la cual el testador ha podido disponer libremente. Art. 1374.

**2º** También tiene importancia determinar si estamos ante una deuda hereditaria o frente a un legado, porque las primeras no están sujetas al pago del impuesto de herencias, donaciones y asignaciones.

**3º** Los legatarios tienen responsabilidad subsidiaria en el pago del pasivo dejado por el causante, responsabilidad que ciertamente no tienen los acreedores del testador.

**4º** Si se revoca el testamento, se extingue el legado. En cambio, las deudas confesadas por el testador, conservan su vigencia, a pesar de la revocación del testamento.

Somarriva señala que la solución dada por el art. 1133 a la confesión de deuda por testamento se justifica ampliamente, porque si existiera libertad para reconocer deudas por dicho instrumento, el testador podría burlar el derecho de los asignatarios forzosos, confesando deudas supuestas que excedan la parte de libre disposición.

## **20. Legado de alimentos voluntarios (1134).**

Debe tenerse presente que este precepto contempla únicamente las pensiones alimenticias voluntarias. No puede ser de otra manera, pues la situación de las pensiones alimenticias forzosas es diametralmente opuesta a la de las voluntarias. Aquéllas constituyen una asignación forzosa (art. 1167, número 1) y una baja general de la herencia, y en consecuencia, se pagan antes de cumplirse las disposiciones del testamento (art. 959, número 4). El art. 1134 se refiere solamente a los alimentos voluntarios, los cuales constituyen un legado y se pagan con cargo a la parte de que el testador ha podido disponer libremente.

### **Distintas reglas:**

**A.** Se estará a la cuantía y tiempo que el testador hubiere señalado.

**B.** Si nada ha dicho el testador, aplicaremos las siguientes disposiciones:

**1.** Los alimentos se deberán en la forma y cuantía en que el testador acostumbraba suministrarlos a la misma persona.

**2.** Si lo anterior no es aplicable se regularán los alimentos tomando en consideración la necesidad del legatario, sus relaciones con el testador, y las fuerzas del patrimonio en la parte de que el testador ha podido disponer libremente.

**3.** Si el testador no fija el tiempo que haya de durar la contribución de alimentos, se entenderá que debe durar por toda la vida del legatario.



**C.** Si se legare una porción anual para la educación del legatario esta durará hasta que cumpla 18 años y cesará si muere antes de cumplir esa edad. (la norma no guarda concordancia con lo establecido en el artículo 332, en el título de los alimentos, donde se puede extender la pensión hasta los 28 años)

**D.** En el caso de que se hubiere legado una pensión periódica que no sea de alimentos para su validez será menester que el testador al hubiera determinado íntegramente. Si son varios los asignatarios llamados a ella habrá derecho de acrecer de acuerdo con el artículo 1154.

**E.** Destaca Rodríguez Grez que una de las características que más llaman la atención en este legado consiste en que una vez establecida su cuantía, de acuerdo con las reglas dadas en los artículos 1134 y 1361, inciso 3º, del Código Civil, no podrá alterarse, cualesquiera que sena las variaciones que experimente la suerte del alimentario. En cambio, lo que caracteriza a las pensiones de alimentos forzosos es que la cosa juzgada que genera la determinación de su cuantía y procedencia es provisional (artículo 332 del Código Civil)

## **21. Legado de opción (1117).**

El legado de opción consiste en facultar al asignatario gravado o al legatario para escoger una de entre muchas cosas. Este legado se sujeta a las siguientes reglas:

**i.** Si la elección de una cosa entre muchas se diere expresamente a la persona obligada o al legatario, podrá respectivamente aquella o este ofrecer o elegir a su arbitrio.

**ii.** Si el testador cometiere la elección a tercera persona, podrá esta elegir a su arbitrio; y si no cumpliera su encargo dentro del tiempo señalado por el testador o en su defecto por el juez, tendrá lugar la regla del artículo 1114, es decir se deberá una especie de mediana calidad o valor entre los comprendidos en el legado.

**iii.** Hecha una vez la elección, no habrá lugar a hacerla de nuevo, sino por causa de engaño o dolo.

Rodríguez Grez señala los siguientes requisitos para su validez:

- i)** Que el testador señale un universo de cosas que puedan ser objeto del legado;
- ii)** Que se encomiende la elección de la cosa legada a la persona obligada a pagar el legado, o al legatario, o a un tercero;
- iii)** Que las cosas comprendidas en este universo, de entre las cuales podrá escogerse, sean de dominio del testador, o a lo menos tenga sobre ellas un derecho, parte o cuota; y
- iv)** Que las cosas que componen tal universo y entre las cuales debe realizarse la elección, sean susceptibles de legado

## **22. Pre legado.**

Se produce toda vez que el testador otorga un legado de especie o cuerpo cierto a un heredero quien en consecuencia reúne la doble calidad de heredero y legatario del mismo causante.

En esta situación que si bien no está expresamente tratada en la ley se aplicará el artículo 1198 de manera tal que todos los legados hechos a un legitimario que tenía entonces la calidad de tal se imputarán a su legítima, salvo que en el testamento se desprenda que ha sido a título de mejora. De esta regla, concluye Rodríguez Grez, se deduce que también la institución del legado puede hacerse a un heredero voluntario –no legitimario–, siendo perfectamente compatible el doble llamamiento y pudiendo aceptarse ambas asignaciones o una sola de ellas. Esta situación incluso podría operar cuando el heredero-legatario es el único asignatario favorecido por el testamento, caso en el cual bien podría repudiar la herencia y aceptar sólo el legado (en cuyo caso, el legatario sólo tendrá la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 1104), debiendo ser llamados entonces, a la parte repudiada, los herederos abintestato. Lo que no puede aceptarse, sin embargo, es un prelegado de género (salvo que se grave a un heredero o legatario con su pago, y el gravado acepte), porque el legatario de género adquiere un crédito contra los herederos, de modo que el heredero-legatario pasaría a ser deudor y acreedor de sí mismo.

### **23. Sub Legado.**

Se produce toda vez que el testador ordena a un legatario pagar a una tercera persona un legado, situación que se deduce de los artículos 1360 inciso 1 y 1364. Es decir, es un legado impuesto a un legatario.

1360 in 1 "Las cargas testamentarias no se mirarán como carga de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a algunos de los herederos o legatarios en particular."

1364 "El legatario obligado a pagar un legado, lo será sólo hasta concurrencia del provecho que reporte de la sucesión; pero deberá hacer constar la cantidad en que el gravamen exceda al provecho." Nótese que consagra la ley, en este segundo precepto, una especie de beneficio de inventario.

A juicio de Rodríguez Grez, en el supuesto analizado, surge una verdadera estipulación a favor de otro (artículo 1449 del Código Civil). En efecto, en este caso no hay relación alguna entre el testador y el beneficiado con el sublegado. Por el hecho de la aceptación de la asignación, se creará la obligación del legatario para con el sublegatario. El estipulante sería el testador, el promitente sería el legatario directo y el beneficiario sería el sublegatario. El sublegado quedaría sujeto a dos requisitos: la muerte del testador y la aceptación del legatario. Concurriendo ambos presupuestos el sublegado se hará irrevocable.

Orrego no está de acuerdo con Rodríguez pues el artículo 1449 deja en claro que ésta es una convención acordada entre el estipulante y el promitente, lo que ciertamente no acontece cuando estamos ante un testamento. Por ello, cree que en este caso lo que hay es un legado gravado con una carga modal, consistente precisamente en transferir a un tercero una determinada cosa.

#### **c. Extinción de los legados.**

**i. Causal general:** La causa general de extinción de los legados será la **revocación**

## **del testamento.**

### **ii. Causales específicas:**

- 1.** Por la destrucción de la especie legada (1135 inciso 1).
- 2.** Por la **enajenación** de las especies legadas, en todo o en parte, por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado en todo o en parte; y no subsistirá o revivirá el legado, aunque la enajenación haya sido nula, y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador. Hay una revocación tácita del legado.  
La jurisprudencia ha resuelto que si otorgado un testamento en el cual se instituye un legado de inmueble, al fallecer el causante se había suscrito la escritura de compraventa en que el testador vendía dicho inmueble, pero aún no se había efectuado la inscripción en el Conservador, **no había revocación tácita** del legado, porque el art. 1135 habla de enajenación y la sola compraventa no constituye enajenación.
- 3.** La prenda, hipoteca o censo constituido sobre la cosa legada, no extingue el legado, pero la grava con dicha prenda, hipoteca o censo.
- 4.** Si el testador altera substancialmente la cosa legada mueble, como si de la madera hace construir un carro, o de la lana telas, se entenderá que revoca el legado.
- 5.** El legado de crédito se entenderá revocado en la medida que el testador hubiere cobrado el capital y/o los intereses. (1127 inciso 3).
- 6.** El legado de condonación se entenderá revocado cuando el testador hubiere demandado judicialmente al deudor o hubiera aceptado el pago que este le ofrece. (1129).

Tutorés Derecho

### **ASIGNACIONES FORZOSAS.**

Nota previa: Las asignaciones forzosas tienen tanto lugar en la sucesión testada como en la intestada.

### **I. Nociones Generales:**

### **A. Sistema según nuestro Código Civil.**

A este respecto los autores estiman que la fuente más directa que siguió Andrés Bello en esta materia en particular fue la legislación española de donde él tomó el sistema de libertad restringida para testar cuyo fundamento de haya en el interés del legislador de beneficiar a los miembros más cercanos de la familia del de cujus, de manera ellos puedan sobrevivir a la muerte del causante sin problemas económicos.

En atención a lo anterior es que si el causante carece de asignatarios forzosos podrá disponer libremente de todo su patrimonio. En cambio, si tiene tales asignatarios solo podrá disponer de una parte de su patrimonio con plena libertad.

### **B. Concepto de asignación forzosa.**

Artículo 1167 inciso 1 c. c: "Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas."

Es importante destacar que en la definición se menciona que su el testador a omitido en su testamento estas asignaciones la ley "las suple", es decir el testamento y en el caso que nos estamos refiriendo **no adolecerá de nulidad, será válido** y lo que sucederá es que el testamento será modificado a través del ejercicio de la acción de reforma.

### **C. Enumeración** (1167 inciso 2).

1. Alimentos que se deben por ley a ciertas personas.
2. Las legítimas.
3. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge. A juicio de Rodríguez Grez, esta no es propiamente una asignación forzosa, pues supone un acto de disposición del testador. Señala este autor que, si bien es efectivo que si no existe tal acto de disposición del testador, la cuarta de mejoras acrece a la mitad legitimaria, ello no es razón suficiente para considerarla una asignación que obligadamente debe hacer el causante. Por ello, tal autor la denomina asignación semiforzosa, porque existe a su respecto una limitada capacidad de disposición de parte del causante, quien puede distribuirla libremente, pero sólo entre aquellas personas indicadas en la ley.

### **D. Medidas de protección de las asignaciones forzosas.**

#### **1. Directa:**

- a. Acción de reforma de testamento.
- b. Formación de los acervos imaginarios.
- c. Acción de inoficiosa donación.

Otros agregan, además:

**a) La acción de petición de herencia:** que pueden hacer valer todos los asignatarios, cualesquiera que sean la calidad y la fuente de sus derechos.

**b) 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.

c) Las acciones posesorias.

## **2. Indirecta:**

- a. Solicitud de interdicción por demencia o disposición que haga el causante en vida.
- b. Insinuación que deben hacerse de las donaciones irrevocables.
- c. Limitación del monto de las donaciones que pueden hacerse los esposos en las capitulaciones matrimoniales. (1788).
- d. Prohibición de sujetar la legítima rigorosa a modalidades y la limitación de los gravámenes a las mejoras (1192 inciso 1 y 1951 inciso 2).
- e. Partición que realice el testador no puede ser contraria a derecho ajeno.
- f. La prohibición de tasar las especies que se dejan para cubrir la legítima rigorosa (1197).

## **E. Perdida de las asignaciones forzosas.**

- i. Desheredamiento (1207).
- ii. Respecto de los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre. (1182 inciso 2).
- iii. Cuando el cónyuge sobreviviente por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial. (1182).
- iv. Cuando el alimentario incurre en injuria atroz. (979, 968 y 334).

## **F. Características.**

- a) Estas asignaciones no son hechas por el causante, sino por la ley.
- b) Prevalecen sobre las disposiciones testamentarias: si el testador dispone de sus bienes y sobrepasa las asignaciones forzosas, la ley establece mecanismos para reformar el testamento.
- c) Demuestran que la facultad del testador para disponer de sus bienes es limitada y que está condicionada por la presencia de los asignatarios forzosos.
- d) Están protegidas por diversos medios legales: teoría de los acervos, teoría de la inoficiosa donación, las imputaciones que se ordenan para su pago, etc.
- e) Limitan las facultades del testador, en cuanto a la posibilidad de imponerlas: así, por ejemplo, excepcionalmente una asignación alimenticia puede imponerse a un determinado asignatario testamentario (artículo 1168).
- f) Operan tanto en la sucesión intestada como en la testada: lo anterior, por cuanto no cubren todo el patrimonio del causante. Por la misma razón, una sucesión puede regirse por las normas de la sucesión testamentaria, abintestato, mixta, forzosa y semiforzosa.
- g) En ellas, la voluntad del causante no tiene influencia alguna: nos referimos a las asignaciones "propiamente" forzosas. La voluntad del causante está en esta materia subordinada a la ley, salvo las escasas excepciones que estudiaremos.
- h) Para el cálculo de alguna de ellas, la ley dispone un procedimiento de reconstitución del patrimonio del causante, llegándose incluso a dejar sin efecto actos de disposición que puedan afectar la cuantía de tales asignaciones.
- i) Tratándose de estas asignaciones, la ley no distingue ni el origen de los bienes del causante, ni el sexo de la persona llamada ni su primogenitura.
- j) Los beneficiados con estas asignaciones, pueden perderlas por indignidad y desheredamiento.

**k) ¿Qué ocurre con las asignaciones forzosas en cuanto a sus efectos?**

A este respecto el artículo 18 de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes dispone que las asignaciones forzosas quedarán subordinadas a la ley vigente a la época que fallezca el testador y en consecuencia prevalecerán sobre las leyes a su muerte las que reglan la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal (derogado) y desheredaciones.

## **II. ASIGNACIONES ALIMENTICIAS FORZOSAS.**

El art. 334 consagra el carácter de **derecho personalísimo** de los alimentos: no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse.

Pero la **obligación de pagar los alimentos futuros** se transmite a los herederos mediante una asignación forzosa instituida en los arts. 1167 número 1 y 1168.

### **A. Concepto:**

Artículo 1168 c.c: "Los alimentos que el difunto **ha debido por ley** a ciertas personas, gravan la masa hereditaria; menos cuando el testador haya impuesto esa obligación a uno o más partícipes de la sucesión".

Se diferencia estos alimentos de los voluntarios en que estos últimos corresponden a aquellos que el causante en vida libremente entregaba a ciertas personas que por ley no tenían derecho de alimentos, de manera tal que si el difunto en su testamento ha dispuesto como asignación el pago de estos alimentos voluntarios ello deberá imputarse a la  $\frac{1}{4}$  de sus bienes de que puede disponer libremente.

Sobre esta materia, señala Barros Errázuriz, "Como a la fecha de la muerte del testador (causante, en realidad) existe ya la obligación alimenticia que constituye la asignación forzosa, es fácil separar de la masa una sumaalzada que reeditúe lo correspondiente a la pensión alimenticia, y de esa manera se cumple con la disposición legal que ordena deducir previamente esta clase de asignaciones.

Hay quienes han sostenido que esta asignación tiene por objeto hacer frente a las pensiones alimenticias que el causante debía en vida al alimentario, y que por lo tanto, ella tiene por objeto solucionar una deuda hereditaria, ya que el derecho de alimentos se extinguiría con la muerte de la persona obligada a prestarlos. Tal parece desprenderse de los planteamientos de Manuel Somarriva, cuando afirma que en principio la obligación alimenticia en los alimentos forzosos es intransmisible; no pasa a los herederos porque constituye una baja general de la herencia y la excepción se presenta cuando el testador dispone lo contrario, es decir, cuando imponga a uno o más herederos la obligación de pagar esta asignación forzosa.

Esta asignación ha sido objeto de arduas discusiones en la doctrina chilena, particularmente en lo que se refiere a si la obligación de alimentos se transmite con la muerte del alimentante o si se extingue, de la misma manera que ocurre si muriese el titular del derecho de alimentos (hipótesis ésta última en la que nadie discute la extinción del derecho, habida cuenta de su carácter personalísimo). Las dudas en cuanto a la transmisibilidad (opinión de la minoría) o de la intransmisibilidad (opinión de la mayoría) de la obligación alimenticia, surgen por la doble naturaleza que el Código Civil atribuye a los alimentos que el causante pagaba a su muerte a quienes por ley tenían derecho a obtenerlos: baja general de la



herencia (artículo 959, número 4) y asignación forzosa (artículo 1167, número 1). Las opiniones podrían resumirse de la siguiente manera:

**1.** Para algunos (los menos), la obligación alimenticia se transmite, pues tal es la regla general a la muerte del causante, y la ley no señaló expresamente su intransmisibilidad. Muerto el alimentante, la obligación se radicará en los herederos que acepten la herencia, entendiéndose que no se trata de pagar sólo pensiones atrasadas, es decir devengadas a la muerte del causante pero que no estaban solucionadas (pues éstas pensiones corresponderían a una deuda hereditaria, a la que alude el Código Civil en el artículo 959, número 2, mientras que los alimentos se encuentran señalados en el número 4 del mismo precepto), sino que las pensiones que tengan la calidad de futuras, en relación al momento en que se produjo la muerte del causante.

Para Rodríguez Grez cree que la opinión acerca de no ser transmisble la obligación alimenticia contraviene el espíritu y la letra de la ley. En efecto, señala este autor, las pensiones alimenticias devengadas en vida del causante y no solucionadas por este son deudas hereditarias que deberán deducirse del acervo ilíquido (artículo 959 número 2). Estas deudas gravan, por lo mismo, tal acervo ilíquido y no la masa hereditaria (que es aquella que se forma después de deducir las bajas mencionadas en los números 1 y 2 del artículo 959). Resulta, por otro lado, impensable que quien pueda reclamar en vida una pensión alimenticia (y la ha reclamado) pierda su derecho a percibirla, no obstante, el hecho que los herederos son los continuadores de la personalidad del causante (artículo 1097), y como tales, titulares de sus derechos y obligaciones. Finalmente, el carácter asistencial de los alimentos y su hondo contenido social, descartan la posibilidad de que esta obligación se extinga con la muerte de la persona obligada a prestar los alimentos. De lo dicho se sigue entonces, para este autor, que los alimentos forzosos, en cuanto asignación por causa de muerte, son futuros. Las deudas que el causante haya tenido en vida en pensiones devengadas, son deudas hereditarias que tienen una preferencia absoluta para su pago.

**2.** Para otros (la mayoría), la ley sólo quiso referirse a las pensiones alimenticias que a la muerte del alimentante se encontraban devengadas, pero no pagadas, y no a pensiones futuras, habida cuenta que la obligación alimenticia no se transmite a los herederos del obligado. La principal refutación a esta doctrina, es la enunciada, en cuanto a que el artículo 959 alude en numerales distintos a las deudas hereditarias y a los alimentos que el causante debía por ley a ciertas personas.

**3.** Una tercera doctrina, que ha prevalecido en las Cortes, entiende que no obstante ser intransmisble la obligación alimenticia, el Código alude a pensiones futuras y no atrasadas. En tal sentido, son los bienes del causante, y no los bienes de sus herederos, los que han de soportar el pago futuro de las pensiones, de manera que habría que apartar un capital de la sucesión o destinar algunos bienes hereditarios que puedan generar frutos, para responder de la obligación mientras ésta subsista.

## **B. Naturaleza Jurídica.**

Es una baja general de la herencia), 959 numero 4.

Es por esta razón que el artículo 1168 al definir esta asignación forzosa señala que los alimentos forzosos gravan la masa hereditaria con lo cual está indicando que

ellos deberán rebajarse del acervo ilíquido.

Por excepción los alimentos forzosos no constituyen una baja general de la herencia y ello sucede en 2 casos:

i. Cuando el testador a impuesto esta obligación a uno o más partícipes de la sucesión (1168 parte 2). En todo caso esta disposición del testamento solo puede afectar a un asignatario voluntario, o a uno de mejoras, pero en este último caso ello es aceptado siempre que el alimentario sea también un asignatario de mejoras, puesto que los gravámenes impuestos a los asignatarios de cuarta de mejoras deben ir en beneficio de los mismos asignatarios de cuarta de mejoras. (1195).

ii. Cuando la asignación fuere excesiva, es decir cuando los alimentos forzosos sean más cuantiosos de lo que en las circunstancias corresponda, el exceso se imputará a la  $\frac{1}{4}$  de libre disposición. (1171 inciso 2).

### **C. Requisitos:**

#### **1. Debe tratarse de alimentos futuros.**

Se dice esto porque los alimentos devengados y no pagados antes de la muerte del testador constituyen una deuda hereditaria que es también una baja general de la herencia, pero regulado en el número 2 del artículo 959.

#### **2. Debe tratarse de alimentos que el difunto a debido por ley.**

Es decir, se tratan de alimentos forzosos no voluntarios y siempre a una persona que en conformidad tenga derecho a exigirle alimento (321).

Hay discusión doctrinaria respecto de esa parte de la definición del artículo 1168 que señala **"el difunto ha debido"** ¿qué quiere decir ello?

- El profesor Barros Errázuriz señala que dicha expresión quiere expresar aquellos alimentos que el beneficiario exigió en vida al causante o bien que este pago en vida, pero reconociendo su obligación alimenticia.

- Luis Claro Solar señala que basta que el beneficiario en vida del causante haya reunido los requisitos para exigir los alimentos, sin necesidad de que los haya exigido a través del ejercicio de una demanda.

- Somarriva, refiriéndose al mismo problema, señala que el alcance de la expresión "alimentos que se deben por ley a ciertas personas", puede descomponerse en cuatro situaciones, tres de las cuales no merecerían dudas y sí la cuarta:

**1º** Caso en que el causante fue condenado por sentencia ejecutoriada a pagar alimentos.

Es evidente que se deben por ley aquellos alimentos. Ejemplo: el testador estaba condenado a pagar una pensión alimenticia de \$200.000.- mensuales a su hermano y al fallecimiento del causante continuaba vigente el derecho. Se separan entonces de la masa de bienes capitales que produzcan esa renta para pagar al hermano.

**2º** Caso en que el causante estaba pagando en forma voluntaria los alimentos, sin haber sido condenado por sentencia judicial a hacerlo. También es indiscutible que si el causante, en forma voluntaria, estaba dando alimentos a la persona que por ley tenía derecho a exigirlos, estos alimentos constituyen una asignación forzosa. Así lo ha reconocido la jurisprudencia. Veremos que Rodríguez Grez discrepa de Somarriva en este punto.

**3º** Caso en que el causante fue demandado en vida por la persona que tenía derecho

a pedirle alimentos, pero la sentencia queda ejecutoriada sólo una vez fallecido el causante. La jurisprudencia ha declarado igualmente que nos hallamos ante una asignación forzosa. Indica Somarriva que este caso es menos claro que el anterior, pero igualmente indiscutible, porque las sentencias son meramente declarativas de derechos y, en consecuencia, el derecho a los alimentos existía con anterioridad; por tanto, estos alimentos los debía por ley el causante y constituyen una asignación forzosa.

**4º** Caso en que una persona, teniendo título legal para exigir alimentos del causante, no los recibía ni los había demandado. El problema que se plantea es determinar si estas personas pueden demandar a los herederos por dicha pensión alimenticia, o dicho de otra manera, si estos alimentos constituyen también una asignación forzosa o no.

Hay quienes afirman que aun en este caso los alimentos se han debido por ley y, en consecuencia, estamos en presencia de una asignación forzosa. Se interpreta así la expresión "alimentos que se deben por ley" en la forma más amplia. Quienes así piensan, se basan en el texto mismo de la ley, que no hace distinciones de ninguna especie al respecto. Esta interpretación tan amplia traería consigo enormes dificultades prácticas; en efecto, resultaría que nunca los herederos podrían estar completamente a salvo de las personas que teniendo título legal para demandar alimentos, no lo habían hecho valer en vida del causante, quienes en cualquier momento podrían hacer efectiva su asignación forzosa. Los herederos tendrían que esperar los plazos de prescripción para quedar libres de toda obligación, y aún más, de continuar la situación de indigencia del presunto asignatario, ella nunca prescribiría. Por esto, Somarriva considera acertada la opinión de nuestros tribunales de rechazar tan amplia interpretación de las asignaciones alimenticias forzosas.

### **3. Que los alimentos estén fijados por sentencia judicial, transacción aprobada por tribunal competente o que al menos hayan sido demandados en vida del causante.**

Pablo Rodríguez Grez señala que los alimentos deben estar establecidos ya que en caso contrario no hay certeza ni en cuanto a la existencia del derecho, ni en cuanto a la tasación de los mismos.

Por este motivo los alimentos serán una asignación forzosa cuando hayan sido establecidos por una sentencia judicial o bien cuando hayan sido fijados por medio de una transacción o, por último, cuando hayan sido demandados por el alimentario, esto último por que de acuerdo con el artículo 331 los alimentos se deben desde la primera demanda.

### **4. Los alimentos no pueden ser de una cuantía excesiva.** (1171 inciso 2).

Puede suceder que el causante, en su testamento, haga una asignación de alimentos forzosos que excedan los que según la sentencia o la transacción debe pagar al alimentado.

Ello redundará en perjuicio de los demás asignatarios forzosos que verían disminuida su participación en la herencia.

La ley previó este caso en el art. 1171, 2º: el exceso se imputará a la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.

Rodríguez Grez cree que esta situación sólo puede producirse si el causante, en su testamento, dispone pagar alimentos en favor de alguna de las personas a que por

ley se le deben, superiores a lo establecido en la respectiva sentencia o transacción. En este caso, el exceso corresponderá a alimentos voluntarios, regidos por los arts. 1134, 1171, 1º y 1363.

**5. El asignatario deberá ser capaz y digno** (respecto de la indignidad solo la constituye los casos de injuria atroz del 968). Se deduce de lo anterior que quien incurre en una causal de indignidad de aquellas establecidas en el art. 968 no sólo se hace indigno de suceder al causante, sino que además, pierde su derecho de alimentos.

¿Qué ocurre si el asignatario de alimentos forzosos incurre en otra causal de indignidad declarada judicialmente a instancia de cualquiera de los interesados en su exclusión de la sucesión? Al tenor del nuevo art. 324, no cabe sino concluir que no se pierde el derecho de alimentos.

La conclusión anterior se refuerza por lo prescrito en el art. 1210, en relación a los efectos del desheredamiento, los que no se extienden a los alimentos, salvo en los casos de injuria atroz.

**6. No deben haber variado las circunstancias y necesidades del alimentario desde el momento en que los alimentos hayan sido establecidos** (332).

**7. La asignación será a título singular**, ello porque el asignatario solo recibirá los bienes que conforma la pensión de alimentos, pero en ningún caso recibirá una cuota del patrimonio del causante. Pablo Rodríguez opina que:

**a)** Es indudable que el asignatario de alimentos forzosos no sucede al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una parte o cuota de ellos, como señala el art. 951, 2º. Este asignatario sucede al causante en una o más especies indeterminadas de cierto género (pensiones que se pagan en dinero o en especie, según acuerden todos los interesados en la sucesión). Por esta causa, no representa al causante ni es continuador de su personalidad.

**b)** La responsabilidad del heredero es ilimitada, pero a prorrata de su participación en la herencia. En este caso, el asignatario de alimentos forzosos no tiene responsabilidad alguna por las deudas hereditarias o testamentarias del causante, pudiendo sufrir sólo la rebaja de su asignación si los alimentos parecen desproporcionados a las fuerzas del patrimonio.

**c)** La ley, cuando trata de pensiones alimenticias voluntarias, entiende que ellas son legados: art. 1134. Siendo la naturaleza de la asignación la misma, así se trate de alimentos voluntarios o forzosos, resulta indiscutible que siempre las asignaciones alimenticias serán legados y no herencias.

**d)** El art. 1363 alude expresamente a "los legados estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por ley". La ley entonces, en forma clara y explícita se refiere a los alimentos forzosos como legados y no como herencias.

**e)** Por último, la inestabilidad de esta asignación, que puede rebajarse a partir de la apertura de la sucesión y durante todo el período en que ella debe pagarse, se aviene mucho más con un legado que con una asignación a título universal.

Es erróneo por tanto sostener que la ley no instituye legados: así ocurre tratándose de los alimentos que el causante debe por ley a ciertas personas.

**8. El beneficiario de los alimentos no puede llevar otra asignación en la**

### **herencia, porque en tal caso se perdería la naturaleza asistencial que tienen los alimentos.**

Los alimentos forzosos, en cuanto asignación forzosa, son incompatibles con otras asignaciones forzosas, o total o parcialmente incompatibles con otras asignaciones testamentarias o abintestato.

Si la ley otorga al alimentario otra asignación forzosa, ello implica que llevará parte del patrimonio o masa de bienes que sirve de antecedente para la fijación o cuantificación de este derecho. Así, por ejemplo, si un ascendiente es llamado a una legítima rigurosa, este solo hecho hace desaparecer su derecho de alimentos, puesto que, con relación a la masa hereditaria, este heredero no carece de bienes para subsistir. Desaparece el derecho de alimentos, pues desaparece el presupuesto de todo alimentario: carecer de bienes suficientes para una congrua sustentación.

Por lo tanto, en el ejemplo, podría el ascendiente renunciar a su legítima, optando por el derecho de alimentos que en vida le pagaba el causante, en razón de una sentencia o una transacción, pero lo que no puede ocurrir es que el ascendiente pretenda llevar ambas asignaciones, puesto que entre ambas hay una oposición absoluta.

La incompatibilidad también puede presentarse con una asignación testamentaria, ya que la razón invocada subsiste en esta. Lo mismo ocurrirá tratándose de una asignación intestada. En todos estos casos, podrá optarse por la asignación testamentaria o abintestato o la asignación de alimentos forzosos. Conviene precisar que una asignación testamentaria o intestada podría rebajar los alimentos forzosos sin extinguirlos, si ella fuere muy reducida atendidas las necesidades del alimentario. En este último caso es admisible, por excepción, que atendida la cuantía de las asignaciones testamentarias o intestadas, subsista la asignación de alimentos forzosos disminuidos.

### **D. Forma en que se paga esta asignación.**

Puede pagarse de dos maneras:

- a) Por la sucesión, afectando a la masa hereditaria.
- b) Por uno o más partícipes de la sucesión, escogidos por el causante.

#### **a) Por la sucesión, afectando a la masa hereditaria.**

En este caso, los alimentos forzosos son una deducción previa del acervo ilíquido, en conformidad a lo preceptuado en el art. 959 número 4. En consecuencia, ellos tienen una preferencia importante para su pago, puesto que deberán rebajarse de la masa de bienes una vez pagados los gastos anexos a la apertura de la sucesión y las deudas que el causante dejó en vida. Pero este beneficio lleva consigo una carga, ya que el asignatario, como más adelante veremos, no aprovechará de la reconstrucción del patrimonio del causante, lo que ocurre mediante la constitución de los acervos imaginarios. Dichos acervos se forman a partir del acervo ilíquido y para formar éste, es necesario, previamente, pagar la asignación de alimentos forzosos.

La sucesión, en el juicio particional respectivo o de común acuerdo, podrá optar (art. 333 del CC. en relación con el art. 9 de la Ley número 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias) entre:

- ☐ Disponer que los alimentos se conviertan en los intereses de un capital que para estos efectos se consignará en un establecimiento bancario; o
- ☐ Constituir un usufructo en favor del alimentario, o un derecho de uso o habitación,

etc.

Con todo, si el alimentario no consiente en que se le pague con otra prestación equivalente (como podría serlo con un usufructo), la pensión deberá pagarse en dinero efectivo.

**b) Por uno o más partícipes de la sucesión, escogidos por el causante.**

En este caso, el asignatario tendrá un crédito directo en contra de los asignatarios gravados, siendo esta obligación, para algunos autores, inoponible a los demás herederos. Así parece desprenderse del art. 1168.

Sin embargo, puede suceder que los asignatarios gravados **(que no podrán ser asignatarios de legítima rigorosa, ya que ésta no admite condición, plazo, modo o gravamen alguno: art. 1192)** repudien la asignación gravada. En tal caso, será deferida a los sustitutos, y si ellos también repudian, se presenta un problema interesante: ¿Tiene aplicación en este caso el art. 1068, 2º, conforme al cual la asignación que por demasiado gravada hubieren repudiado todas las personas sucesivamente llamadas a ella por testamento o por ley, se deferirá en último lugar a las personas a cuyo favor se hubiere constituido el gravamen? Rodríguez Grez estima que es plenamente aplicable esta norma, pero señala que si el asignatario forzoso la repudia, la obligación pesará, por último, sobre la sucesión, toda vez que el gravamen impuesto por el testador quedará sin efecto, y la asignación subsistirá siempre, dado su carácter forzoso.

**E. Rebaja de la asignación.**

Los alimentos forzosos pueden ser rebajados en cualquier época después de la muerte del testador. Los arts. 330 y 332, 1º, lo permiten tratándose de pensiones alimenticias fijadas por el juez (por ello, se habla de "cosa juzgada provisional"). El art. 1170 permite por su parte que esta asignación sea rebajada si ella parece desproporcionada a las fuerzas del patrimonio. Rodríguez Grez cree en consecuencia que esta asignación puede rebajarse en cualquier tiempo, sea por exceder las fuerzas del patrimonio, sea porque han variado las circunstancias que legitimaron la demanda.

En cuanto a quién es el llamado a rebajar los alimentos, por cualquiera de las dos causales, dicha materia es de competencia exclusiva de los jueces de los tribunales de familia (artículo 8, número 4 de la Ley número 19.968), nunca del partidos: art. 1330, asigna competencia a la justicia ordinaria para resolver las controversias sobre derechos a la sucesión

Todo lo cual no impide a que la rebaja sea convenida entre el asignatario y los demás herederos y aprobada judicialmente, para cumplir con el art. 2451, relativo a la transacción sobre alimentos futuros.<sup>27</sup>

Así como la ley se puso en el caso de disponer la rebaja de la pensión de alimentos, cabe preguntarse si es posible que el alimentario demande el aumento de la pensión. Nada dijo el Código al respecto. Una sentencia de la Corte Suprema (en fallo dividido) de fecha 27 de enero de 2011, autos Rol número 6.424-2010, concluye en términos negativos para el alimentario, sobre la base de encontrarnos ante una obligación que no se transmitió a los herederos del alimentantes. Señala esta sentencia que para aumentar el monto de la pensión, sería necesario que viviere el alimentante y se litigare en su contra. De esta forma, se desprende de esta sentencia que la pensión podrá ser rebajada (lo que está fuera de discusión, por disponerlo así el artículo 1170), pero nunca aumentada. El voto de minoría plantea en lo



esencial:

**i)** La intransmisibilidad de la obligación alimenticia no constituye impedimento para que la demanda pueda dirigirse en contra de los integrantes de la comunidad hereditaria, pues al fallecimiento del causante, dicha obligación pasó a tener el carácter de una baja general de la herencia y al no haberse impuesto el pago a uno o más partícipes de la sucesión, grava la masa hereditaria como baja general de la herencia;

**ii)** En virtud de lo dispuesto en los artículos 323 y 332 del Código Civil, los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda y deben habilitarlo para subsistir modestamente de acuerdo a su posición social, lo que incluye la obligación de proporcionar la enseñanza de una profesión u oficio. Por ende, las pensiones alimenticias son siempre susceptibles de ser revisadas, variando las circunstancias que justificaron su regulación;

**iii)** No existe inconveniente legal para que el alimentario pueda dirigirse en contra de los herederos del causante, a fin de obtener un aumento de las pensiones de alimentos futuras que como asignación forzosa gravan la masa hereditaria, si han variado las circunstancias que determinaron su monto primitivo, cuando, como sucede en este caso, con ello no se pretende hacer efectiva la obligación alimenticia en el patrimonio personal de ninguno de los demandados, sino en el del causante;

**iv)** Confirma esta interpretación lo dispuesto en el artículo 1170 del Código Civil, conforme al cual las asignaciones alimenticias forzosas no se ven afectadas por las deudas o cargas que graven el patrimonio del difunto, pero sí pueden rebajarse los alimentos futuros que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo. Siendo así, es claro que la ley no ha exigido que los alimentos fijados en vida del causante deban permanecer inmutables en el futuro, ni ha establecido excepción a las reglas generales que permiten ajustar su monto a las circunstancias del caso. De lo contrario, tampoco podría aceptarse que los herederos demandaran la disminución de los alimentos o su cesación, por haber mejorado la fortuna del asignatario o concurrir otra causa legal.

#### **D. Responsabilidad del asignatario de alimentos forzosos.**

Los alimentos forzosos se van a pagar **una vez que se hayan deducidos las bajas generales de la herencia de los numero 1 al 3 del artículo 959.** En otras palabras, este asignatario se verá afectado por el pago de estas. Las deudas hereditarias se pagan antes que los alimentos forzosos. Pero estos gravan también el acervo ilíquido, de modo que son equivalentes a las deudas hereditarias. Si llega a omitirse el pago de algunas deudas hereditarias, este déficit no autoriza para demandar la restitución de los alimentos pagados, aunque sí para rebajarlos, en su caso.

No obstante, lo dicho en orden a que los alimentos forzosos se pagarán después que las deudas hereditarias pueden suceder que con posterioridad aparezca una nueva deuda de que no se tenía conocimiento. Situación expresamente regulada en el artículo 1170 que distingue 2 casos:

**i.** Los asignatarios de alimentos no estarán obligados a devolución alguna en razón de las deudas o cargas que gravaren el patrimonio del difunto. Desde luego que esta situación parte del supuesto de que los alimentos forzosos fueran

pagados, entonces no habrá derecho a devolución.

**ii.** Podrán rebajarse en todo caso los alimentos futuros que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo.

A mayor abundamiento debe tenerse en consideración que el artículo 1363 inciso 3 parte final dispone que los legados estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por ley y no entraran a contribución sino solo después de todos los otros. A juicio de la cátedra debe interpretarse este artículo en armonía con el artículo 1170 y por lo tanto en el evento que el artículo 1363 regula que el asignatario de alimentos no estará obligado a devolver aquellos que ya a recibido pero si podrán verse afectados las pensiones futuras. No hay contradicción alguna: la contribución a que se refiere la indicada disposición, consiste no en la devolución de las pensiones pagadas, sino en la rebaja de los alimentos futuros, como consecuencia de que ellos aparecen desproporcionados a las fuerzas del patrimonio hereditario

**F.** ¿Son siempre los alimentos forzosos una deducción previa o baja general de la herencia?

Es este el punto más controvertido en el estudio de esta asignación forzosa.

Si el causante impone por testamento la obligación de prestar alimentos a uno o más partícipes de la sucesión, se presenta el problema de saber si esta disposición testamentaria es oponible al asignatario o éste puede exigirlos a la sucesión toda. En principio, de acuerdo al tenor del art. 1168, parecería que el alimentado sólo podrá exigir el pago a los asignatarios gravados. Sin embargo, esta posibilidad se prestaría para burlar al alimentario, ya que imponer la obligación a un sucesor insolvente tornaría ilusorio el derecho.

- Manuel Somarriva sostiene que sólo constituyen una baja general de la herencia (regla general) cuando el causante no ha impuesto la obligación a uno o más partícipes de la sucesión. -

- Para Alfredo Barros Errázuriz y Claro Solar, esta asignación siempre es una baja general de la herencia.

- A juicio de Rodríguez Grez, la disposición testamentaria que impone la obligación de prestar alimentos a uno o más partícipes en la herencia, **es inoponible al asignatario**. Ello, porque se trata de una obligación que se transmite a la sucesión y que deben enfrentar los herederos como continuadores del difunto. Si el asignatario acepta que la asignación sea de cargo de uno o más partícipes de la herencia, se exonerarán de esta obligación los demás herederos. Pero si el asignatario no lo acepta, todos los partícipes de la herencia seguirán ligados a la obligación. Para llegar a esta conclusión, el autor citado tiene en consideración:

**a)** Que la obligación alimenticia pesaba sobre el causante en vida;

**b)** Que las asignaciones forzosas no las hace el causante sino la ley, estando este obligado a respetarlas;

**c)** No existe inconveniente alguno en que el causante imponga a un asignatario testamentario una carga o gravamen, pero ello no puede lesionar el derecho de un asignatario forzoso. De ahí que este gravamen tenga pleno valor entre los sucesores, pero no puede imponerse al alimentario.

### **III. PORCIÓN CONYUGAL (DEROGADA).**

Hasta la dictación de la Ley 19.585 los artículos 1172 al 1180 regulaban la institución

de la porción conyugal que se definía como aquella parte o cuota de bienes que tenía derecho el cónyuge sobreviviente en la sucesión de su marido o mujer.

Entre tanto existía porción conyugal el cónyuge no era asignatario, sino que su calidad era de beneficiario de la porción conyugal la que tenía un carácter estrictamente alimenticio y era considerado una baja general de la herencia.

Hoy en cambio el cónyuge es un legitimario y por lo tanto llevará en la herencia una cuota de bienes que dependerá de la aplicación de las normas de sucesión intestada.

Hay que tener presente que la ley 19.585 estableció una serie de beneficios al cónyuge sobreviviente que es claramente hoy en día un asignatario privilegiado, como ejemplo se puede nombrar:

**1. Estableció que ellos no llevarán menos de la 1/4 parte de la herencia, o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso.**

**2. Artículo 1337 numero 10, consiste en que el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.**

Por último, un artículo transitorio de la ley 19.585 dispuso que las sucesiones abierta con anterioridad al 27 de octubre de 1999 se regirán por la ley vigente al tiempo de su apertura.

#### **IV.- LAS LEGÍTIMAS:**

##### **A. Concepto, Art. 1181.**

**Es aquella cuota de los bienes del difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios.**

La definición hace hincapié en que la legítima corresponde a una cuota de los bienes del difunto.

La importancia que este concepto tiene es que el legitimario será un asignatario a título universal y, por lo tanto, será un heredero, Art. 1181 inc. 2º.

La legítima es, ante todo, una asignación forzosa de que no puede ser privado el legitimario, a menos que, por causas legales, haya sido desheredado, es decir, excluido de la sucesión por el propio causante mediante una cláusula testamentaria (y probado el hecho en que se funda), o por la declaración de indignidad a requerimiento de cualquier persona interesada en la exclusión del legitimario. De ahí que se haya dicho que "la indignidad es un desheredamiento legal y el desheredamiento una indignidad testamentaria"

Desde un punto de vista histórico su origen se halla en la 4ª Falcidia del Derecho Romano, la que fue posteriormente tomada en las institutas de Justiniano desde donde luego pasó a la legislación española y de ahí a nuestro código.

##### **B. Quiénes son legitimarios.**

El Art. 1182 contiene una enumeración taxativa de quienes son legitimarios, y lo serán:

**1.-** Los hijos personalmente o representados por su descendencia. Se incluyen

en esta denominación todos los hijos de filiación determinada, sea ésta matrimonial o no matrimonial.

**2.-** Los ascendientes. La ley dice que son legitimarios “los ascendientes”, no “los padres”. Ello significa que los ascendientes de grado más próximo desplazan a los de grado más distante.

Si el ascendiente de grado más próximo (en el supuesto de que sólo haya uno) es desheredado o declarado indigno o repudia la asignación, es llamado a la sucesión el ascendiente de grado siguiente. Así ocurrirá si el padre es declarado indigno o desheredado, pasando a ser legitimario el abuelo. No se trata del derecho de representación, por cierto, sino de la ausencia del legitimario que es sustituido por el que sigue en el grado de parentesco.

Con todo, no cualquier ascendiente es en verdad legitimario. En efecto, dispone el art. 1182, 2º, que no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye (padre o madre) o de la que deriva su parentesco (abuelo, por ejemplo), ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo si el hijo, por escritura pública o por acto testamentario, hubiere restablecido en sus derechos al padre o madre (art. 203, último inciso). Esta figura es análoga a la que existía tratándose de los padres naturales, quienes sólo tenían la calidad de legitimarios en la medida que hubieren reconocido voluntariamente al hijo.

**3.-** El cónyuge sobreviviente. Excepcionalmente, quedará privado de su legítima el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial (artículo 994 del Código Civil).

No debe olvidarse que el Art. 36 inc. 1º de la ley 19620 confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto de los adoptantes.

### **C. Forma cómo concurren los legitimarios:**

Una persona puede tener padres, hijos y cónyuge sobreviviente y todos ellos son legitimarios; pero no todos ellos son llamados a la sucesión del causante.

Los legitimarios enumerados en el Art. 1182 no pueden concurrir todos al mismo tiempo y, por lo tanto, será necesario determinar una forma en que ellos accederán a la herencia para lo cual el Art. 1183 señala que los legitimarios **concurrén y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada.**

- La legítima se distribuye entre los legitimarios y no concurren a ella todos los herederos abintestato. El art. 1183 no ha dicho que en la legítima concurren todos los herederos abintestato; dispone que la legítima corresponde a los legitimarios de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada. Son herederos abintestato, pero no legitimarios, los hermanos y los otros colaterales, hasta el sexto grado inclusive. En cambio, tienen la doble calidad de legitimarios y herederos abintestato los hijos, los ascendientes (por regla general) y el cónyuge sobreviviente.

- En el resto de la herencia, por regla general, no se aplican las reglas de la sucesión intestada. El precepto en estudio (artículo 1183) nos dice que los legitimarios concurren, son excluidos y representados de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada. Sin embargo, lo dicho sólo se aplica dentro de la mitad legítima. Estos legitimarios, en la cuarta de mejoras o en la parte de libre

disposición (cuarta o mitad), no concurren de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada.

La razón es que el testador puede repartir la cuarta de mejoras entre los asignatarios que establece la ley, como mejor le plazca. Si la cuarta de mejoras supone una expresa manifestación de voluntad del testador, no cabe aplicar en ella las reglas de la sucesión abintestato.

Lo propio ocurre con la parte de libre disposición; no van a jugar en ella las reglas de la sucesión intestada, pues el testador puede disponer de esa porción a su arbitrio, puede dejarla a quien quiera.

Sin embargo, puede ocurrir que éste no disponga de la cuarta de mejoras y de la parte de libre disposición, o si lo hace, que su disposición no tenga efectos. Entonces, nos encontramos frente a la legítima efectiva que establece el art. 1191, la que se distribuirá entre los legitimarios también de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada.

Aplicando los Arts. 988 y 989 tendremos que los legitimarios concurrirán de la siguiente manera:

- 1)** Puede ocurrir que el causante haya dejado hijos y cónyuge sobreviviente. En este caso, conforme al art. 988, son llamados los hijos y el cónyuge sobreviviente, quedando excluidos los padres. En consecuencia, la mitad legítima se dividirá entre los hijos y el cónyuge sobreviviente en la forma establecida en dicho precepto, sin perjuicio del acrecimiento del art. 1191 y de las asignaciones que el causante les deje por testamento.
- 2)** Si concurren ascendientes y cónyuge sobreviviente, la mitad legítima se distribuirá entre ellos, conforme al art. 989. En este caso, la herencia se dividirá en tres partes, dos para el cónyuge y una para los ascendientes de grado más próximo.
- 3)** Si sólo concurren hermanos, rige el art. 990. En este caso, si el causante nada dispuso, se llevarán la herencia quienes no tienen calidad de legitimarios.
- 4)** Si sólo concurren otros colaterales, hasta el sexto grado, ellos llevarán la herencia. Igual que en el caso anterior, la herencia pertenecerá a quienes no tienen la calidad de legitimarios.
- 5)** Finalmente, si ninguno de los anteriores concurre, la herencia yacente, luego transformada en vacante, pertenecerá al Fisco, quien obviamente tampoco es legítimo.

#### **D. Características de la legítima como asignación privilegiada y preferente.**

El legítimo es un heredero forzoso al cual se le conceden los siguientes privilegios:

- a)** Las legítimas se calcularán sobre la base de un acervo imaginario, cuyo objetivo, como veremos, será reconstruir el patrimonio del causante cuando éste ha hecho donaciones revocables o irrevocables a otros asignatarios o donaciones a terceros, excediendo la parte o cuota de que podía disponer libremente.

A tal extremo llega este privilegio, que un legítimo puede ser obligado a restituir el exceso de lo donado por el causante (lo que excede su legítima) si con ello se lesionan las demás legítimas (art. 1206); y los terceros donatarios también pueden ser obligados a restituir lo donado si el causante sobrepasó la parte de la que podía disponer libremente, afectando con ello a las asignaciones legítimas (art. 1187).

**b)** Las asignaciones legitimarias no pueden ser objeto de condición, plazo, modo o gravamen alguno. Art. 1192.

**c)** Las legítimas tienen preferencia para su pago. Así lo dispone el art. 1189. De tal forma, lo primero que debe hacerse es enterar las asignaciones legitimarias, antes de pagarse las asignaciones testamentarias o abintestato. El art. 1193 se pone en el caso de que lo dado en razón de legítimas, excediere a la mitad del acervo imaginario, disponiendo que en tal evento, el exceso se imputará a la cuarta de mejoras.

El art. 1362 impone a los legatarios responsabilidad cuando el testador ha destinado a ellos una parte de la porción de bienes que la ley reserva a los legitimarios; y el art. 1363 reglamenta esta responsabilidad, de la cual sólo quedan excluidos los legados alimenticios siempre que se trate de asignaciones forzosas.

De esta normativa aparece clara la preferencia de que gozan las legítimas para su entero y pago.

**d)** No obstante tratarse de una asignación forzosa y no intestada, el legitimario puede concurrir personalmente o representado por sus descendientes.

**e)** Si el causante no dispone total o parcialmente de la cuarta de libre disposición y/o de la cuarta de mejoras, este excedente acrece a la mitad legitimaria y forma las llamadas "legítimas efectivas".

**f)** Los legitimarios tienen una acción especial para defender sus legítimas: los arts. 1216 y siguientes consagran la acción de reforma del testamento

**g)** Para evitar que el causante pueda burlar una legítima, el art. 1197 establece que si bien el causante puede designar las especies con que debe pagarse una legítima, no podrá tasar los valores de dichas especies. Con esto, se pretende evitar que el causante disminuya el valor de lo que corresponde al legitimario.

**h)** Si se hace una donación revocable o irrevocable a quien no tiene calidad de legitimario, en el entendido que más adelante llegue a tenerla, y el donatario no adquiere después esta calidad, se resuelve la donación y los bienes vuelven al patrimonio del donante. Lo mismo sucede si el legitimario que es objeto de la donación, deja de serlo por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación, o por haber sobrevenido un legitimario de mejor derecho (artículo 1200).

**i)** El desheredamiento de un legitimario tiene reglas propias que están contenidas en el art. 1208, que son más exigentes, aun cuando no muy distintas de las referidas a las indignidades.

**j)** El causante puede prometer a un legitimario no disponer de la cuarta de mejoras,

**k)** Si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima, por cualquier causa, dicho todo o parte se agrega a la mitad legitimaria y contribuirá a formar las legítimas rigorosas de los otros (art. 1190).

En estricto rigor, a pesar de los términos de la ley, nada de "agrega" a la mitad legitimaria, porque ésta permanece incólume. Lo que ocurre, es que dicha mitad legitimaria se repartirá entre menos herederos.

**l)** En el marco de la partición, la regla 2º del artículo 1337, establece que no habiendo interesados que ofrezcan más que el valor fijado para el bien que se posee indiviso, y compitiendo dos o más asignatarios sobre la adjudicación de una especie, el legitimario será preferido al que no lo sea. Hoy, esta regla sólo puede operar si la sucesión fuere testada, porque si es enteramente intestada, no pueden concurrir legitimarios con quienes no lo sean

**j)** La legítima en la sucesión intestada. Cuando la sucesión es intestada, la situación es diversa, porque entonces hay legítima por directo llamamiento legal. El llamamiento a la legítima queda incluido en el que la ley hace al heredero que, por



otra parte, es también legitimario. La legítima queda integrada a la cuota que la ley asigna al heredero, según el orden sucesoral al que pertenezca. De allí que puede afirmarse que legítima se presenta en toda sucesión por causa de muerte. Venga regulada la sucesión por la ley o el testamento, o por ambos títulos a la vez, la legítima siempre tiene lugar. Esta cuestión, que pudo dar lugar a diversas interpretaciones antes de la Ley Nº 10.271, por existir en el Código reglas de la sucesión intestada que contrariaban la legítima, ya no fue susceptible de discusión y menos aún, luego de la reforma de la Ley Nº 19.585.

La distribución de la herencia en la sucesión intestada incluye la legítima en la proporción que corresponde según los diversos órdenes sucesorios, a los legitimarios. Así, en el primer orden de sucesión regular, en que son legitimarios los hijos, en lo que corresponde a cada uno se incluye la legítima. Pero lo anterior no significa que no haya necesidad de distinguirla mitad legitimaria en la sucesión intestada. Por el contrario, hay necesidad de hacerlo y ello es una prueba más de que la legítima existe en la sucesión intestada. Así, por el art. 988 manda que "el cónyuge sobreviviente recibirá una porción que, por regla general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo. Si hubiere sólo un hijo, la cuota del cónyuge será igual a la legítima rigurosa o efectiva de ese hijo". Por consiguiente, es con referencia a la legítima y su cálculo que se establece la división de la herencia en el primer orden intestado. Hay otras consideraciones que agregar en el mismo sentido. El Código establece la formación del llamado acervo imaginario (arts. 1185, 1186 y 1187. Vid. Nº 951) con el fin de igualar a los legitimarios y defenderlos de liberalidades excesivas. Además, imputa a la legítima las donaciones que el causante haya hecho en vida a los legitimarios con cargo a su legítima. Si no se dieran las legítimas en la sucesión intestada, no habría que formar el acervo imaginario, ni se podrían imputar a las legítimas de cada asignatario las donaciones recibidas del causante. De esta suerte, el de cujus podría violar fácilmente las legítimas, haciendo donación de sus bienes a uno o más legitimarios o aun a extraños y no haciendo, en lo demás, testamento. Por ello es que, teniendo lugar las legítimas en la sucesión intestada, al igual que en la testamentaria, es obvio que el acervo imaginario y las imputaciones encuentran cabida en dicha sucesión como en la testada<sup>18</sup>

#### **E. Cálculo de las legítimas: División de la herencia**

---

<sup>18</sup> Agregado 22 octubre 2015, libro Ramón Domínguez Águila

El Art. 1184 inc. 3º señala que habiendo tales descendientes o ascendientes o cónyuge sobreviviente la masa de bienes previas las deducciones del Art. 959 y las agregaciones que en seguida se expresarán (acervos imaginarios) se dividen en 4 partes:

- a) **2 partes o sea la mitad del Acervo para las legítimas rigurosas. Aún cuando no lo dice la ley la cátedra se refiere a esta parte como mitad legitimaria.**
- b) **Otra 4ª para las mejoras con que el causante haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes sean o no legitimarios.**

¿Qué quiere decir esto que "sean o no legitimarios"? Si concurren descendientes ellos se llevan la mitad legítima y los ascendientes puede el ascendiente no ser legitimario, pero sí beneficiario de la 4ª de mejoras.

**c) Otra 4ª que es aquella que el difunto puede disponer libremente.**

De lo señalado anteriormente se puede concluir que para testar necesariamente el causante deberá respetar la mitad legítima pudiendo además beneficiar a uno o más de los legitimarios a través de la 4ª de mejoras.

Si el causante no dispusiera de la 4ª de mejoras, esta porción de bienes acrecerá a la legítima rigurosa (se llamará legítima efectiva) y beneficiará a todos los legitimarios. Una segunda conclusión es que la existencia de la 4ª de mejoras constituye una situación híbrida lo que ha llevado por ejemplo a Pablo Rodríguez a sostener que se trataría de una sucesión semiforzosa ello porque el testador si bien tiene plena libertad para disponer de esa 4ª de bienes sólo lo puede hacer en beneficio de ciertas personas.

El Art. 1184 inc. 2º contiene una impropiedad, ya que señala dicha disposición que no habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer libremente a su arbitrio. El problema es que en el caso de no haber legitimarios ni beneficiarios de la 4ª de mejoras el causante podrá disponer libremente de su patrimonio.

**F. Clases de legítimas:**

La mayoría de la doctrina se refiere o clasifica las legítimas en legítima rigurosa y legítima efectiva.

Cabe recordar que cuando estudiamos la Teoría de los Acervos hicimos mención a 2 clases de legítimas: la conyugal y la residual, ello por análisis del Art. 988.

**1. Legítima Rigurosa:**

**a. Concepto:**

Está definida en el Art. 1184 inc. 1º, esta disposición comienza haciendo una especie de introducción al señalar que la mitad de los bienes previas las deducciones del Art. 959 y las agregaciones que enseguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpe entre los respectivos legitimarios según las reglas de la sucesión intestada. Lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa. Esta mitad se determina deduciendo del acervo ilíquido las bajas generales de que trata el art. 959 y colacionando al acervo líquido que resulta, las partidas ordenadas en los arts. 1185 y 1186.

Cabe recordar que se divide por cabezas cuando se sucede personalmente y se dividirá por estirpe cuando se sucede por derecho de representación.

Manuel Somarriva define **la legítima rigurosa como aquella porción que toca un legitimario en la división de la mitad legítima.**

**b. Características:**

**1.-** Se trata de una asignación forzosa.

**2.-** Es irrenunciable, Art. 1226 inc. 3º.

**3.-** No admite modalidades ni gravámenes, así lo señala expresamente el Art. 1192 inc. 1º. Por excepción puede existir modalidad cuando se ha dejado a un banco la administración de la legítima rigurosa de un legitimario incapaz, Art. 86 nº 7 de la Ley General de bancos.

Agrega el Art. 1192 inc. 2º que sobre lo demás que se haya dejado o se deje a los legitimarios excepto bajo la forma de donaciones entre vivos, puede imponer el testador los gravámenes que quiera sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1195 según el cual los gravámenes que se imponen a un beneficiario de la 4ª de mejoras solo pueden constituirse a favor de otro beneficiario de dicha 4ª.

El Art. 1192 inc. 2º establece una contraexcepción, exceptúa a lo que se reciba por concepto de donación entre vivos y esta excepción se entiende porque respecto de los legitimarios estas donaciones se interpretan como un anticipo de la legítima o mejora. En otros términos: si el testador hace a un legitimario alguna donación entre vivos, no puede imponerle un gravamen, porque considerándose esa donación un anticipo de su legítima, todo gravamen infringiría la prohibición legal. Pero nada impide que el causante asigne a un legitimario alguna disposición ya no con cargo a su legítima, sino como mejora o con imputación a la parte de libre disposición. En esa asignación, puede establecer los gravámenes que quiera, porque ya no se trata de imponer alguna modalidad a la legítima.

**4.-** El testador puede, en todo caso, señalar las especies con las cuales se hará el pago de las legítimas y no podrá en caso alguno delegar esta facultad en otra persona ni tasar los valores de dichas especies, Art. 1197.

**5.-** La legítima rigorosa tiene preferencia para su pago; así se desprende del Art. 1189 según el cual si la suma de lo que se ha dado en razón de legítimas no alcanzare la mitad del Acervo imaginario el déficit se sacará de los bienes con preferencia a toda otra inversión. Esta norma debe relacionarse con los Arts. 1193 y 1194 que establecen una especie de orden de prelación.

### **c. Incremento.**

Si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad, desheredamiento o porque la ha repudiado y no tiene descendencia con derecho de representación, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los demás, Art. 1190. En este caso, la parte que no lleva ese legitimario se agrega -dice la ley-, a la mitad legitimaria y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los demás legitimarios. En realidad, como dice Rodríguez Grez, la ley se ha expresado impropriamente: en efecto, si un legitimario no lleva todo o parte de su legítima, nada se agrega a la mitad legitimaria, sino que ella se dividirá por un factor menos (menos legitimarios) y con ello se elevará su cuantía. Por lo tanto, no hay en este caso acrecimiento o agregación alguna, sino la consecuencia lógica de que la mitad legitimaria se distribuya entre menos legitimarios. De allí que, en este supuesto, la legítima siga siendo rigorosa.

## **2. Legítima Efectiva.**

- El Art. 1191 dispone que acrece a las legítimas rigurosas toda aquella porción de los bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras o con absoluta libertad y no ha dispuesto o si lo ha hecho ha quedado sin efecto la disposición. Aumentadas así las legítimas rigurosas se llaman legítimas efectivas.

- ¿Qué pasa si en el testamento el causante sólo dispuso de la mitad legitimaria? En este caso habrá una sucesión parte testada y parte intestada.

- Si el causante tiene 2 legitimarios en la práctica su patrimonio se reparte entre ellos.

- Antes de la entrada en vigencia de la ley 19585 se producía el problema de qué hacer cuando al existir sucesión parte testada y parte intestada concurrían

herederos legitimarios con herederos que no eran legitimarios, por ejemplo, concurría un hijo del causante con un hermano del causante. Para intentar solucionar este problema la ley 10271 de 1952 introdujo un inciso 3º al Art. 1191 según el cual si concurren como herederos legitimarios con quienes no lo sean sobre lo dispuesto en esta norma prevalecerán las reglas contenidas en el título II del Libro III, es decir había que remitirse a las normas de la sucesión intestada. Hoy después de la dictación de la ley 19585, esta situación no es posible que se configure, es decir no será posible que concurren legitimarios con quienes no lo son toda vez que hoy en día el cónyuge sobreviviente es también un legítimo y por lo tanto coinciden los 2 primeros órdenes de la sucesión intestada con las personas mencionadas en el Art. 1182 razón por la cual no cabe duda que el Art. 1191 inc. 3ª ha perdido oportunidad.

- Para Rodríguez Grez, la legítima efectiva se forma por el acrecimiento a la mitad legitimaria del todo o parte de la cuarta de libre disposición o de la cuarta de mejoras, sea porque el causante no dispuso de ellas o porque su disposición no tuvo efecto, pero sólo si concurren a la herencia conforme a las reglas de la sucesión intestada herederos legitimarios

#### **G. Acervo en que se calculan las legítimas.**

Mientras los alimentos se calculan sobre la base del acervo ilíquido menos las deducciones de los números 1 y 2 del art. 959, las legítimas se calculan sobre la base del acervo imaginario.

El Art. 1184 inc. 1º que define lo que es la legítima rigurosa señala que ella corresponde a la mitad de los bienes previa las deducciones del Art. 959 y las agregaciones que en seguida se expresan.

Estas agregaciones a que se refiere el Art. 1184 inc. 1º son los Acervos Imaginarios, las que se practicarán sobre el Acervo Líquido.

La razón de ser de estos acervos es que el legislador quiere evitar que el causante menoscabe las legítimas por medio de donaciones ya sea a favor de un legítimo y en desmedro de los otros o bien a favor de terceros extraños y en perjuicio de todos los legitimarios.

En suma, de lo que se trata es de reconstruir idealmente el patrimonio del causante como si este no hubiera efectuado estas liberalidades en beneficio de un legítimo o de terceros. Se trata de un acervo imaginario, porque no tiene existencia fáctica o real, sino meramente intelectual o mental. En verdad, no se forma la masa de bienes que en el art. 1185 se ordena, sino que se calcula numéricamente, como valores. Por ello, la ley establece que "se acumularán imaginariamente".

Se ha criticado la nomenclatura que utiliza el código al decir "las agregaciones" ya que da la sensación de que el objeto de la liberalidad se acumula real o legitimariamente al patrimonio del causante, pero esto no es así, lo que sucederá es que el valor de los bienes objeto de la donación se acumula imaginariamente pero no hay una agregación física o material al patrimonio del causante salvo que haya operado la acción de inoficiosa donación.

## **1. Primer acervo imaginario.**

### **a. Concepto:**

El Art. 1185 señala que para computar las cuartas de que habla el artículo precedente se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las **donaciones revocables o irrevocables hechas en razón de legítimas o mejoras según el estado en que se hallan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de apertura de la sucesión.** En otras palabras, lo que ha sucedido es que el causante en vida ha efectuado donaciones a favor de ciertos legitimarios los que ha reducido su patrimonio y por lo tanto perjudicado a los otros legitimarios.

Como estos bienes en general han salido del patrimonio del causante deberán volver a él, pero sólo en forma numérica a objeto de calcular las legítimas y mejoras.

Para entender mejor el concepto don Manuel Somarriva define la colación de bienes como aquel acto por el cual un heredero que concurre con otros en la sucesión devuelve a la masa partible las cosas con que el donante (causante) lo beneficiara en vida para compartirlas con sus coherederos como si nunca las hubiere tenido.

### **b. Requisitos:**

- 1.-** Que al tiempo de abrirse la sucesión existan legitimarios.
- 2.-** Que el causante en vida haya efectuado donaciones a uno o más de los legitimarios o mejoreros.

**c. Acumulaciones que la ley ordena:** En términos generales lo que la ley ordena es que se acumulen aquellas donaciones tanto revocables como irrevocables que se hayan efectuado a favor de los legitimarios.

### **i. Donaciones Irrevocables hechas en razón de legítima o mejora.**

- Este tipo de donaciones una vez aceptadas por el donatario transfiere al beneficiario mediante la tradición el dominio de las cosas donadas, motivo por el cual entonces el legislador exige que ellas se acumulen a la masa partible. De otro modo en términos negativos si no se ha efectuado la tradición de las especies donadas, ellas no han salido del patrimonio del causante y en consecuencia no será necesario acumularlas.

- Domínguez Benavente y Domínguez Águila plantean un problema de interés. Ellos se preguntan si deben colacionarse sólo las donaciones irrevocables definidas en el art. 1386, vale decir, las que "formalmente revistan ese carácter o si han de colacionarse todas las liberalidades consentidas a un legitimario". Los autores citados, así como Rodríguez Grez, coinciden en que se debe colacionar todo tipo de liberalidad que implique un empobrecimiento para el donante. Es por eso por lo que el art. 1397 manda que se tenga como donación la renuncia o remisión de una deuda, actos que son indudablemente liberalidades, pero que estrictamente no son donaciones. Los Domínguez refuerzan sus argumentos citando el art. 1203. Esta norma tiene importancia, ya que se trata de desembolsos hechos por el causante para el pago de deudas de un legitimario, que sea descendiente. Dichos desembolsos se colacionan al primer acervo imaginario, pero sólo cuando hayan sido útiles para el pago de dichas deudas.

- En el fondo, entonces, las donaciones irrevocables que se hacen a un legitimario constituyen un anticipo de su legítima y así lo presume la ley en su art.

1198. Las donaciones revocables e irrevocables hechas a un legitimario, salvo que el causante disponga expresamente otra cosa en su testamento, es un anticipo o prepagado de la legítima o de una asignación de cuarta de mejoras.

- Existe un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago según el cual si la donación irrevocable se ha hecho a un legitimario con cargo a la 4ª libre de disposición, entonces ella debe entenderse como una donación a extraños y, por lo tanto, deberá acumularse en el 2º acervo imaginario. Esto porque en estas donaciones hechas con cargo a la parte de libre disposición, para nada juega la calidad de legitimario del donatario. Pasa a ser un extraño, como cualquier otro, y estas donaciones, aunque hechas a legitimarios, no puede entenderse imputadas a la mitad legitimaria o a la cuarta de mejoras, si el causante declaró que se habían hecho con cargo a la parte de libre disposición.

## **ii. Donaciones Revocables hechas en razón de legítima o mejora.**

**1.-** Si las cosas donadas no han sido entregadas en vida del causante ellas no se acumulan, ya que material ni jurídicamente han salido del patrimonio del causante.

**2.-** Si las cosas donadas han sido entregadas al donatario ellas sí deberán acumularse en razón de que materialmente han salido del patrimonio del causante, pues no han salido jurídicamente de él, ya que al tratarse de una donación revocable solo se confirman por la muerte del donante, y según el 1140 se trataría de un usufructo. Sin embargo, Rodríguez Grez cree que este tipo de donaciones, en este caso, **transfieren el dominio de la cosa donada cuando se hace tradición de ellas**, porque así lo adelanta el art. 1146. La regla general es que una donación revocable entregada al donatario constituye un usufructo (arts. 1140 y 1141), consolidándose en el donatario la nuda propiedad y el usufructo al abrirse la sucesión (salvo si la donación hubiere sido revocada). Pero, tratándose de donaciones revocables **hechas en razón de legítimas y mejoras**, que se entregan al donatario, ellas transfieren el dominio (excepción a la regla general, anticipada en el art. 1146), de modo que procede su colación o agregación según el valor que estas especies tenían al tiempo de la entrega.

**3.-** Para que esta donación haya transferido el dominio deberá tratarse de una donación revocable hecha a un legitimario o a una persona que pueda ser objeto de una asignación de cuarta de mejoras, y que se haya hecho tradición (entrega) de la cosa donada. Si no concurre alguno de estos requisitos, la donación no transfiere el dominio y la cosa donada permanecerá en el patrimonio del causante hasta la apertura de la sucesión.

Si la donación **se ha hecho a un legitimario, se presume que se hace a título de legítima, salvo que en el testamento o que en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico, aparezca que el legado o donación ha sido a título de mejora (art. 1198).**

**4.-** Las donaciones revocables que se hacen en razón de mejora al cónyuge sobreviviente se colacionan en el primer acervo imaginario, para reconstituir el patrimonio del causante, teniendo efecto para establecer el exceso de lo donado a terceros. Lo mismo sucede tratándose de las donaciones hechas en favor de ascendientes, asignatarios de cuarta de mejoras.

**5.-** Para la mayoría de la doctrina, esta colación es letra muerta en la ley y un error del legislador, puesto que se sostiene la tesis de que nada se puede agregar, porque nada ha salido del patrimonio del causante, por tratarse de un usufructo que se consolida con la nuda propiedad al fallecimiento del causante. A su vez, Rodríguez Grez, sostiene que es indiscutible que sólo se acumulan las donaciones revocables



cuando las cosas donadas han sido entregadas al donatario en vida del causante. Si no ha habido entrega en vida del donante no hay necesidad de acumular estas donaciones, pues los bienes que comprende la donación están material, física y jurídicamente en el patrimonio del causante. En cambio, si los bienes donados revocablemente fueron entregados al donatario, materialmente faltan de la masa de bienes y por esta razón deberán acumularse a ella.

**iii.** Discusión acerca de si benefician o no a la cuarta de libre disposición, la acumulación de las donaciones irrevocables y revocables.

**1.** Para Somarriva, la acumulación de las donaciones irrevocables no aprovecha a la parte de libre disposición, pero sí beneficia a dicha cuarta la acumulación de las donaciones revocables. Es necesario efectuar previamente un distinguo, entre las donaciones revocables e irrevocables.

- La acumulación de las donaciones irrevocables no puede nunca beneficiar a juicio de este autor la parte de libre disposición, al tenor del art. 1199. Esta acumulación sólo aprovecha a los legitimarios y asignatarios de cuarta de mejoras, más no a los asignatarios de cuarta de libre disposición. Como el precepto se refiere únicamente a las donaciones irrevocables (en opinión de Somarriva, conforme al tenor literal de la ley), quiere decir que respecto de las donaciones revocables recupera su vigor el argumento del art. 1185: en consecuencia, la acumulación de las donaciones revocables beneficiará a la cuarta de libre disposición.

**2.** Rodríguez Grez, señalan que contablemente también estas acumulaciones hechas para constituir el primer acervo imaginario determinan la cuarta de libre disposición. Para los efectos de calcular los cuatro cuartos de que habla el art. 1184 se aplica el art. 1185, como expresamente lo dice esta disposición. La masa sucesoria es una sola, no puede ser distinta para una cosa que para otra. Diferente es que una asignación se calcule sobre la base de un acervo y otra sobre la base de otro acervo. Pero la masa hereditaria no puede ser múltiple. De aquí que sea correcto sostener que las acumulaciones ordenadas en el art. 1185 benefician a los asignatarios de legítimas y mejoras, tanto contablemente como para su pago, y a los asignatarios de cuarta de libre disposición sólo contablemente, porque se trata de una parte de la herencia que tiene carácter contribuyente, es decir, sólo se paga si existen bienes para satisfacer previamente las legítimas y las mejoras. Así se desprende de lo dispuesto en los arts. 1193, 1194 y 1196.

**iv.** Ejemplo de formación de un primer acervo imaginario, según Somarriva. Fallece el causante dejando un acervo ilíquido de \$100.000.000.- y cinco hijos. Las bajas generales de la herencia determinadas de conformidad al art. 959 suman \$10.000.000.- Al hijo B se le hizo una donación irrevocable de \$5.000.000.- y al hijo A una donación revocable también por \$5.000.000.- Ambas donaciones fueron entregadas en vida del causante.

Asciende el primer acervo imaginario:

|                            |                 |
|----------------------------|-----------------|
| Acervo ilíquido            | \$100.000.000.- |
| Menos las bajas generales: | \$10.000.000.-  |
| Acervo líquido:            | \$ 90.000.000.- |
| Más donación revocable:    | \$ 5.000.000.-  |
| Más donación irrevocable:  | \$ 5.000.000.-  |

Primer acervo imaginario: \$100.000.000.-

Se divide este acervo en la forma prescrita en el art. 1184:

Mitad legitimaria: \$ 50.000.000.-

Cuarta de mejoras: \$ 25.000.000.-

Cuarta de libre disposición: \$ 25.000.000.-

Pero resultaría que, en esta forma, la cuarta de libre disposición se estaría beneficiando con la donación irrevocable hecha al hijo B, lo que no permite el art. 1199. Procede entonces descontar de ella la parte en que se están aprovechando de esa donación; de ella, en el ejemplo, dos cuartos benefician a la mitad legitimaria, un cuarto a la cuarta de mejoras y otra cuarta a la cuarta de libre disposición. Debemos descontar entonces, de la cuarta de libre disposición, la cuarta parte de \$5.000.000.-, es decir, \$1.250.000.- Esta última suma, debe repartirse entre la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras en proporción de dos a uno (porque la mitad legitimaria es el doble de la cuarta de mejoras). O sea, que la mitad legitimaria lleva \$833.000.- y la cuarta de mejoras \$417.000.- Tenemos entonces que la herencia queda distribuida así:

Mitad legitimaria: \$50.000.000 + \$833.000.-: \$50.833.000.-

Cuarta de mejoras: \$25.000.000 + \$417.000.-: \$25.417.000.-

Cuarta de libre disposición: \$25.000.000 - \$1.250.000.-: \$23.750.000.-

La mitad legitimaria alcanza entonces a \$50.833.000.-, que debemos dividir entre cinco hijos: cada uno llevará en consecuencia \$10.166.600.- A los hijos C, D y E, que no recibieron donaciones del causante, nada se les imputa a sus legítimas y por ende se les paga en efectivo \$10.166.600.- Pero a los hijos A y B debe imputárseles a su legítima lo que recibieron por donación, esto es, \$5.000.000.- a cada uno (art. 1198); por eso, se les entregará en efectivo sólo \$5.166.600.-, cantidad que sumada a lo que recibieron en vida del causante, completan su legítima.

De este modo, se ha evitado que en definitiva las legítimas de algunos legitimarios -en este caso, los hijos C, D y E- sean lesionados por donaciones hechas por el causante en vida a otros legitimarios (los hijos A y B, en el ejemplo).

**Para quienes opinan que aun la acumulación de las donaciones irrevocables beneficia a la cuarta de libre disposición (P. Rodríguez), la mitad legitimaria, ascendente a \$50.000.000.-, se distribuye dándoles en efectivo a los Hijos C, D y E \$10.000.000.- a cada uno y a los hijos A y B \$5.000.000.- a cada uno.**

#### **d. A quién aprovecha la acumulación.**

Hay que distinguir si estamos en presencia de una donación revocable o irrevocable.

##### **i. Donaciones revocables:**

Ella aprovecha a todos los asignatarios e incluso a los acreedores del causante, quienes tienen una deuda hereditaria que es baja general de la herencia. Como la donación jurídicamente no ha salido del patrimonio del causante al tiempo de efectuar la donación en el acervo ilíquido el bien de que se trata será considerado en él.

##### **ii. Donaciones irrevocables:**

El Art. 1199 señala que la acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en

razón de legítimas o mejoras no aprovecha a los acreedores hereditarios ni a los asignatarios que lo sean a otro título que el de legítima o mejora. Dicho de otra manera, esta acumulación aprovecha solo a los asignatarios que los sean a título de legítima o mejoras.

**e. Donaciones que no se acumulan.**

**1.-** Aquellos regalos moderados autorizados por la costumbre en ciertos días y casos; se incluyen también las donaciones manuales de poco valor, Art. 1188 inc. 2º. Cabe indicar que aun cuando el art. 1188 no lo diga en forma expresa, debemos atender a la capacidad del patrimonio del causante, para calificar las donaciones de "regalos moderados"

**2.-** Los gastos hechos para la educación de un descendiente, aunque se hayan hecho con la calidad de imputables, Art. 1198 inc. 2º. Lo anterior, porque se trata del cumplimiento de una obligación fundamental para con los descendientes. La ley no distingue si se trata de un hijo u otro descendiente, cuestión correcta, porque la obligación de suministrar alimentos y educar puede pasar a los abuelos por falta o insuficiencia de los padres (art. 232).

**3.-** Los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio otros regalos de costumbre, Art. 1198 inc. 3º. Nada dice la ley sobre la cuantía de la donación. De ello puede deducirse que cualquiera sea la cuantía de la donación, no procedería colacionarla. Se plantea que no sería este el espíritu de la ley. Se trataría siempre de donaciones moderadas con relación a las fuerzas del patrimonio.

**f. Casos especiales:**

**i. Desembolsos para pago de deudas;**

Se acumulan los desembolsos hechos por el causante para el pago de las deudas de un legítimo que sea descendiente. Agrega la ley que este desembolso se acumulará solo en cuanto haya sido útil para el pago de dichas deudas; en otras palabras, este desembolso debe haber extinguido la obligación, lo que en el fondo constituye una verdadera donación, Art. 1203 inc. 1º.

**ii. Legados hechos a un legítimo** No se acumularán los legados hechos a un legítimo; ello porque al tiempo de abrirse la sucesión tales legados están jurídica y materialmente en el patrimonio del causante. Por excepción se acumula el legado hecho a un legítimo cuando el causante da en vida al legatario el goce de la cosa donada, pues en tal caso habrá un legado anticipado que la ley asimila a una donación revocable, Art. 1141 inc. 2º.

**iii. Frutos de las cosas donadas revocable o irrevocablemente, a título de legítima o de mejora,** que se devenguen en vida del donante, si las cosas donadas han sido entregadas a los donatarios No se acumulan a la masa los frutos de las cosas donadas. Ello, a consecuencia de que el dominio de dichas especies pertenece al donatario -incluso de donación revocable, para algunos autores-, y los frutos se devengan para sus dueños.

A este respecto el Art. 1205 distingue 2 situaciones:

**a.** Si las cosas donadas han sido entregadas al donatario caso en el cual los frutos pertenecerán a éste desde la entrega de las cosas, pero no figurarán en el acervo.

**b.** Si las cosas donadas no han sido entregadas al donatario no le pertenecerán a éste los frutos sino desde la muerte del causante.

**iv.** Donaciones con carga. El Art. 1188 señala que no se tendrá por donación sino lo que reste deducido el gravamen pecuniario a que la asignación estuviere afecta; así por ejemplo en el caso de una donación remuneratoria estas se colacionarán en cuanto excedan del valor de los servicios que se remuneran toda vez que sólo este exceso deberá ser considerado como una liberalidad.

**g. Valor acumulable.**

El Art. 1185 señala que estas cosas se acumularán según el estado en que ellas se hayan encontrado al tiempo de la entrega, pero cuidando actualizar prudencialmente su valor a la época de apertura de la sucesión. En forma correcta esta norma se refiere al tiempo de la entrega, ya que, si las cosas donadas no han sido entregadas, no han salido del patrimonio del causante y, por lo tanto, no deben ser acumuladas.

**h. Cuando se entiende que una donación es a título de legítima y cuándo a título de mejora.**

En general una donación se entenderá hecha a título de legítima o mejora cuando el beneficiario tiene el carácter de legitimario al tiempo de abrirse la sucesión.

**Donación a título de legítima.**

Para que una donación se entienda hecha a título de legítima es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- 1.-** Donatario debe tener la calidad de legitimario, Art. 1200 inc. 1º.
- 2.-** Donatario debe tener tal calidad al tiempo de abrirse la sucesión razón, por la cual se resolverá la donación respecto de aquel que al tiempo de efectuarse la donación era legitimario, pero después dejó de serlo, Art. 1200 inc. 1º y 2º.
- 3.-** El donatario debe concurrir a la herencia salvo que opere el derecho de representación, Art. 1200 inc. 3º.

**Donación a título de mejora.**

Los requisitos están en el Art. 1201 y son los siguientes:

- 1.-** El donatario debe ser un asignatario de 4ª de mejoras
- 2.-** Debe conservar esa calidad al tiempo de abrirse la sucesión.
- 3.-** Debe concurrir a la herencia.

**I.** De lo dicho hasta aquí se infiere que los legitimarios y asignatarios de cuarta de mejoras pueden recibir, en vida del causante, bienes en anticipo de su asignación, y en tal caso, la reconstitución del patrimonio del causante no afecta la cuantía del as hereditario, porque cada asignación se pagará imputándose a la misma lo que se haya dado revocable o irrevocablemente al asignatario respectivo, favorecido con dichas donaciones. En otras palabras, la asignación disminuirá en la misma proporción de lo donado por tales conceptos. Por ello, en esta parte, el primer acervo imaginario no genera déficit de ninguna especie, mucho menos considerando lo

preceptuado por el art. 1206, que obliga al donatario a pagar la diferencia que se produzca entre lo que le correspondiere definitivamente en la herencia y lo que hubiere recibido por tales donaciones. Como lo estudiaremos al tratar del pago y entero de las legítimas, el sistema de nuestro CC. está concebido de manera que sea posible el equilibrio entre los asignatarios de legítimas. Si el causante quiere favorecer a un legitimario con una asignación no imputable a su legítima, deberá expresarlo así, asignándole una parte o toda la cuarta de libre disposición. Si nada dice, recobra su imperio el art. 1198 y lo donado se imputará a la legítima del donatario, salvo que la voluntad del causante haya sido que la donación se impute a la cuarta de mejoras.

**j-** Qué ocurre si en la donación no se especifica si es a título de legítima o de mejora. En esta situación estamos en lo que se denomina una superposición de la calidad de legitimario y de mejorero.

La regla la da el Art. 1198 inc. 1º en cuanto a que todos los legados, todas las donaciones sean revocable o irrevocables, hechas a un legitimario que tenía entonces su calidad de tal se imputarán a su legítima a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación se ha hecho a título de mejora.

El Art. 1203 inc. 2º tiene una regla especial para el caso de los desembolsos hechos en pago de deudas del legitimario, ya que en tal situación se requiere que el difunto haya declarado expresamente que dichos desembolsos no se imputan a las legítimas, caso en el cual serán considerados como una mejora.

## **2. Segundo acervo imaginario, Arts. 1186 y 1187**

### **1. Concepto.**

Su finalidad es proteger a los legitimarios cuando el causante ha efectuado donaciones **irrevocables o entre vivos en beneficio de terceros extraños**. Este objetivo se logra de 2 formas:

**1.-** Mediante una acumulación contable o imaginaria del exceso de lo donado irrevocablemente a un extraño, caso en el cual no se va a afectar al tercero porque la acumulación es sólo contable, Art. 1186.

**2.-** Mediante la rescisión de la donación irrevocable cuando el exceso de lo donado sea tal que menoscabe la legítima rigurosa o la 4ª de mejoras. En esta situación la acumulación será material y, por lo tanto, sí se afectará al tercero, ello a través del ejercicio de la acción de inoficiosa donación, Art. 1187.

### **2. Requisitos.**

**1.-** Que al tiempo de efectuar la donación existieren legitimarios. Este requisito se desprende del Art. 1186 parte 1ª cuando dice "si el que tenía a la sazón legitimarios", la expresión "a la sazón" quiere decir al momento de efectuarse la donación. A consecuencia de este requisito si el donante al tiempo de efectuarse la donación no tenía legitimarios y con posterioridad llega a tenerlos no procederá la formación del 2º acervo imaginario, toda vez que al tiempo de efectuarse la donación a nadie perjudicaba. Similar idea plantea el Art. 1424.

**2.-** Que al fallecimiento del causante existan legitimarios. Este requisito se desprende del Art. 1186 parte final toda vez que este acervo se constituye para los efectos de calcular las legítimas y mejoras, lo que supone desde luego la existencia

de legitimarios.

**3.-** La doctrina mayoritaria estima que no es necesario que sean unos mismos los legitimarios que existan al tiempo de la donación y al momento de abrirse la sucesión. Al respecto, Rodríguez Grez agrega que siendo la cuestión discutible, se inclina por la posición mayoritaria, ya que si se tratare de un "derecho personalísimo" de uno o más legitimarios, podría darse el caso de que, en definitiva, pudiese este acervo favorecer a unos y no a otros (los que sobrevengan con posterioridad a la donación), lo cual no parece admisible.

**4.-** Que el causante haya efectuado donaciones irrevocables a terceros. Debemos entender por extraños, para estos efectos, a quienes no tienen carácter de legitimarios, ni son asignatarios de cuarta de mejoras. Pero si la donación se hace a un legítimo con cargo a la parte de libre disposición, debe entenderse hecha a un extraño.

- Si la donación irrevocable es hecha a un legítimo se forma el primer acervo imaginario.

- Si fuera revocable a un tercero no se forma este acervo. Las únicas donaciones revocables que salen del patrimonio del causante son aquellas que se hacen en razón de legítimas o de mejoras y que se entregan en vida al donatario.

- Si fuera revocable a un legítimo se forma el primer acervo imaginario.

**5.-** Que estas donaciones sean excesivas.

El Art. 1186 lo dice en términos aritméticos al señalar que las donaciones serán excesivas cuando el valor de todas ellas juntas **excediera a la 4ª parte de la suma formada por este valor y el del acervo imaginario.** En otras palabras, se suman el acervo imaginario y las donaciones y este valor se divide por 4. Si la cantidad resultante es inferior al valor de las donaciones, entonces éstas son excesivas.

Ahora bien, ¿A cuál acervo se hace esta suma de los valores donados? O dicho de otro modo, ¿De qué acervo se parte para calcular el segundo acervo imaginario? Para Somarriva, se partirá ya del acervo líquido o del primer acervo imaginario. Se tomará como base éste cuando haya procedido su formación en conformidad al art. 1185; si no, se partirá del acervo líquido. Para Rodríguez Grez, se suman todas las donaciones hechas por el causante que a la sazón tenía legítimos, y se agrega este valor al primer acervo imaginario.

Se ha sostenido que el segundo acervo imaginario sólo se forma cuando las donaciones a extraños sobrepasan la cuarta parte de la suma integrada por el primer acervo imaginario y el total de las donaciones hechas a extraños, teniendo el causante legítimo. Cree Rodríguez Grez que siempre debe formarse este acervo para determinar la cuarta de libre disposición, aun cuando esto no tenga efectos prácticos. Si sumadas todas las donaciones hechas a extraños al primer acervo imaginario no se absorbe la cuarta de libre disposición, no hay problema, pero con esta operación se determina de cuánto ha podido disponer libremente el causante, reduciéndose así esta parte de la herencia. Como la cuarta de libre disposición es una cuarta contribuyente, esto carece de efecto práctico para los legítimos y asignatarios de mejoras, porque primero se pagarán las legítimas, luego las mejoras y sólo si hay bienes se enterarán las asignaciones con cargo a la parte de libre



disposición. Insiste entonces en que la constitución de este acervo tiene un efecto contable para establecer el monto de la cuarta de libre disposición y un efecto práctico para "rescindir" las donaciones en cuanto ellas sobrepasan la parte de libre disposición.

De lo expuesto también se deduce que con la formación de este acervo disminuirá la cuarta de libre disposición al considerar las donaciones irrevocables que el causante ha hecho a terceros en vida, razón por la cual estas donaciones preferirán a los legados, que pueden llegar a no cumplirse o no pagarse, a consecuencia de esta reducción y déficit de bienes. Todo lo cual parece perfectamente lógico, puesto que el causante sólo puede disponer de los bienes que tiene al momento de fallecer, no de los que tuvo antes.

Entonces pueden presentarse las siguientes situaciones:

- a)** Que las donaciones no sean excesivas, caso en el cual no se forma este acervo.
- b)** Que las donaciones sean excesivas, caso en el cual se formará este acervo el que en definitiva producirá el efecto de limitar la 4ª libre de disposición.
- c)** Que las donaciones sean a tal grado excesivas que ellas afecten las legítimas y mejoras, caso en el cual se forma el 2º acervo imaginario y nace la acción de inoficiosa donación.

En estas 3 situaciones se pueden encontrar diferencias entre el 1º y 2º acervo imaginario. En el 2º acervo imaginario es requisito sine qua non que la donación sea excesiva, mientras que para la formación del primer acervo imaginario ello es indiferente.

Ejemplos de las situaciones anteriores:

|           |                             |   |     |
|-----------|-----------------------------|---|-----|
| <b>a)</b> | Acervo Líquido o Imaginario | = | 150 |
|           | Donación                    | = | 50  |
|           | Total                       | = | 200 |
|           | ¼                           | = | 50  |

No hay exceso, por lo tanto, no hay lugar a la formación del 2º acervo imaginario. El monto de la donación en este caso alcanza exactamente al monto de que el testador podía disponer.

|           |                             |   |     |
|-----------|-----------------------------|---|-----|
| <b>b)</b> | Acervo Líquido o Imaginario | = | 100 |
|           | Donación                    | = | 60  |
|           | Total                       | = | 160 |
|           | ¼                           | = | 40  |

En este caso el monto que el donante legítimamente podía donar asciende a 40. Al haber donado 60 existe un exceso por 20, razón por la cual procederá la formación del 2º acervo imaginario.

El Art. 1186 señala que este 2º acervo se formará **agregando imaginariamente el exceso al acervo.**

Los 20 los agrego a los 100 y el 2º acervo imaginario es de 120. Sobre la base de este 2º acervo imaginario calculo las cuartas del Art. 1184.

120 → Segundo Acervo Imaginario

60 →  $\frac{1}{2}$  legitimaria.

30 → 4ª de mejoras

30 → 4ª de libre disposición.

Las legítimas y mejoras, como asignaciones forzosas que son, se pagan íntegramente. De modo entonces, que los \$ 60.- de la mitad legitimaria y los \$ 30.- de la cuarta de mejoras deben ser íntegramente pagados. Quiere decir que de los \$ 100.- realmente existentes tenemos ya gastados en asignaciones forzosas \$ 90.-; restan solamente \$ 10.-, los cuales pasan a constituir la cuarta de libre disposición. Tenemos cumplido así el primer objetivo de este segundo acervo imaginario, que es reducir la parte de libre disposición. En el ejemplo, disminuye de \$ 30.- a \$ 10.-, o sea, se reduce en \$ 20.-, cantidad a que asciende el exceso de lo donado. Se limita entonces la facultad de testar del causante en la parte de libre disposición, pues ya dispuso en vida de parte de lo que podía asignar libremente por testamento.

Y ¿Qué ocurre con los legados hechos con cargo a la parte de libre disposición? Los legados deben reducirse a la cantidad que en definitiva constituye la cuarta de libre disposición. Como no alcanzarán a pagarse todos por haberse reducido dicha porción de la herencia, se pagarán en primer lugar aquellos que gozan de una causal de preferencia y luego los comunes, y si todos son de igual categoría, se rebajan a prorrata.

|    |                |   |     |   |                           |   |       |
|----|----------------|---|-----|---|---------------------------|---|-------|
| c) | Acervo Líquido | = | 120 | — | 2º acervo imaginario      | = | 255   |
|    | Donación       | = | 220 |   | $\frac{1}{4}$             | = | 63,75 |
|    | Total          | = | 340 |   | $\frac{1}{2}$ legitimaria | = | 127,5 |
|    | $\frac{1}{4}$  | = | 85  |   |                           |   |       |
|    | Exceso         | = | 135 |   |                           |   |       |

Al igual que en los casos anteriores, dividimos esta cantidad por cuatro, lo que nos da \$ 85.- Esta suma fue la que el testador pudo libremente donar, y en cambio, lo donado realmente alcanza a \$ 220.- El exceso es de \$ 135.- Sumamos entonces este exceso al acervo para calcular el acervo imaginario, lo cual nos da: \$120.- más \$ 135.- (exceso de lo donado): \$ 255.-, cantidad a la cual asciende el segundo acervo imaginario.

El exceso resulta enorme ya que faltan 7,5 para pagar las legítimas rigurosas y 63,75 para enterar las mejoras. En total para completar las asignaciones forzosas faltan 71,25.

De esta forma entonces surge el 2º efecto del 2º acervo imaginario, más radical que el anterior y que consiste en dar nacimiento a la acción de inoficiosa donación. Los asignatarios forzosos se dirigen a los donatarios sólo por 71,25 que materialmente ingresan al patrimonio. En este caso no se alcanza a pagar la 4ª libre de disposición.

### 3. Acción de inoficiosa donación.

**A. Concepto:** Es aquella que tienen los legitimarios en contra de los donatarios extraños cuando el causante ha hecho en vida donaciones irrevocables excesivas y menoscaban las legítimas rigurosas o mejoras.

En otras palabras, la acción de inoficiosa donación sólo nace cuando el exceso donado por el causante a extraños (vale decir, donaciones que no se han hecho en razón de legítimas o mejoras) supera la cuarta parte de la suma del acervo líquido

o del primer acervo imaginario, en su caso, y el total de dichas donaciones. Por lo mismo, las donaciones que se han hecho hasta cubrir dicha cuarta parte, quedan confirmadas. En consecuencia, ninguna disposición del causante podrá llevarse a efecto, si la hay, ya que en vida consumió todo aquello de que podía disponer libremente

### **B. Sujeto activo y pasivo:**

La acción la puede intentar tanto los legitimarios como los beneficiados con la  $\frac{1}{4}$  de mejoras en contra de los donatarios en un orden inverso a la fecha de las donaciones, esto es empezando por las más recientes. Art 1187. Rodríguez Grez señala que los sujetos activos son exclusivamente los legitimarios, atendido a que el art. 1187 lo dice en términos formales y explícitos.

Primero se persigue al donatario más nuevo, y sucesivamente a los más antiguos, hasta que queden pagadas la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras. Si hubiere donaciones en la misma fecha, podrán afectarse íntegramente o proporcionalmente si ellas son superiores al exceso que se cobra. El valor de la cosa donada debe considerarse al momento de la entrega (tradición) y actualizarse a la fecha de apertura de la sucesión, mediante la aplicación de algún índice de reajustabilidad.

### **C. Objeto de la Acción:**

El objeto es dejar sin efecto donaciones realizadas por el causante, hasta completar el pago de legítimas y mejoras. En el fondo lo que se busca obtener es que se le restituya lo donado por exceso, por lo tanto, puede subsistir la donación en la parte que no sobrepase la  $\frac{1}{4}$  de libre disposición. Así el artículo 1187 habla que los legitimarios tendrán derecho a exigir la restitución de lo excesivamente donado, por lo tanto, aquella parte en que no cabe en exceso la donación subsistirá.

Se ha discutido en doctrina la naturaleza de la acción.

**1.** Manuel Somarriva: Es de la opinión que esta es una acción de nulidad, por cuanto el artículo 1425 señala que son nulos las donaciones en el caso del artículo 1425, y por lo tanto se lograría la recuperación de la especie o especies donadas

**2.** Para Domínguez Benavente y Domínguez Águila, se trataría de una acción de resolución, toda vez que la nulidad debe fundarse en un vicio original o coetáneo al acto jurídico, en este caso, a la donación excesiva. Se trataría de una acción resolutoria, porque la donación queda, en cierto modo, sujeta al evento de no ser excesiva al momento de la muerte del donante. Si aceptamos la tesis de los Domínguez, debiéramos entender que se trata de una donación hecha bajo una condición resolutoria ordinaria, consistente en que, al momento de fallecer el donante, no haya dejado un patrimonio que le permita satisfacer el pago de sus asignaciones forzosas, siendo entonces necesario resolver las donaciones. Con todo, esta conclusión tiene un reparo: si se tratare de una condición resolutoria ordinaria, ésta debiera operar "ipso facto", al fallecimiento del causante, lo que ciertamente no acontece, siendo indispensable deducir la acción de inoficiosa donación.

**3.** P. Rodríguez Grez: señala que esta es una acción de inoponibilidad por cuanto la donación es válida y ha producido sus efectos, pero será inoponible a los legitimarios en la parte que exceda a la capacidad de libre disposición. La sucesión no recupera

la cosa donada, sino el **valor excesivo** o la parte inoficiosamente donada. De aquí que estime que su objeto no es dejar sin efecto (anular o resolver) la donación, sino recuperar para los legitimarios el exceso de lo donado por el causante.

Señala que la sanción no es la nulidad de la donación puesto que la nulidad no puede ser sobreviniente, es decir, no puede aparecer una vez celebrado el acto jurídico válidamente. En el caso que se analiza, la causal de nulidad no coexistiría con la celebración de la donación, sería posterior a ella.

#### **D. Características de la acción:**

**1. Acción personal:** Ya que solo puede dirigirse en contra de los donatarios.

**2. Acción Patrimonial:** Significa que la acción puede ser objeto de renuncia. Se ha sostenido que no puede renunciarse anticipadamente a esta acción. En cuanto a qué se entiende por "anticipadamente", desde luego no puede concebirse que se renuncie con antelación a la muerte del donante, puesto que los herederos carecen de todo derecho a una sucesión futura (y por lo demás, mientras no muera el causante, no tienen tal calidad de herederos). De tal forma, la renuncia sólo puede ocurrir después de la apertura de la sucesión.

Además, puede ser objeto de transferencia y de transmisibilidad. En consecuencia, se transfiere al cesionario de los legitimarios o beneficiados con mejoras, porque éste pasa a ocupar la misma situación jurídica de estas personas, y se transmite igualmente a los herederos de los sujetos activos de la acción.

#### **3. Es Prescriptible:**

- Algunos autores señalan que como la ley no señala plazo especial de prescripción se aplican las reglas generales de prescripción y por tanto la acción prescribiría en un plazo de 5 años, 2415 y que se suspende en favor de las personas enumeradas en el art. 2509 números 1 y 2 (art. 2520).

- Para otros autores al ser una acción rescisoria se aplica el artículo 1691 prescribiendo a los 4 años.

El plazo se contará **desde la apertura de la sucesión**, ello porque es en este momento en que se puede determinar la existencia del exceso donado.

#### **4. Insolvencia del donatario.**

Puede ocurrir que la acción se dirija contra un donatario insolvente, esto es, que carezca de medios para satisfacer la restitución, si ella fuere ordenada por sentencia ejecutoriada. El inc. final del art. 1187 establece que en tal caso, la insolvencia de un donatario no gravará a los otros. De esta norma se concluye que en esta hipótesis, los legitimarios o sujetos activos de la acción no obtendrán el beneficio patrimonial perseguido y que los demás donatarios no responderán tampoco por el donatario insolvente.

Cree Rodríguez Grez que esta norma revela indirectamente que estamos en presencia de una acción de inoponibilidad, cuyo objeto es la restitución de una suma de dinero representativa del exceso donado. No tiene sentido hablar de insolvencia si lo que se persigue fuera la cosa donada. Agrega este autor que carece de importancia que el donatario haya enajenado la cosa a un tercero. No tiene aplicación, en esta materia, el art. 1432, que determina en qué casos puede

intentarse acción contra los terceros poseedores de la cosa donada. Ello, porque dicha norma se refiere a la resolución, rescisión y revocación de la donación, mientras que la acción de inoficiosa donación sería para tal autor, como decíamos, de inoponibilidad

## **V. LAS MEJORAS.**

**A. Concepto:** Es una asignación forzosa que tiene lugar en la sucesión de los descendientes, ascendientes y del cónyuge, conforme lo señala los artículos 1167 numero 3 y 1184 inciso 3.

Corresponde a la  $\frac{1}{4}$  parte de los bienes del difunto habiéndole hecho previamente las deducciones del artículo 959 y haciéndole las agregaciones de los acervos. Es decir, las mejoras se calcularán sobre la misma base de las legítimas.

### **B. Asignatarios de la $\frac{1}{4}$ de mejoras.**

Hay personas que siendo legitimarios pueden ser "mejoradas" y otras que, sin ser legitimarios, también pueden ser objeto de una asignación con cargo a esta parte de la herencia. Es importante subrayar que puede ser asignatario de cuarta de mejoras una persona que no tenga la calidad de legitimario del causante. El artículo 1184, por lo demás, así lo deja en claro, cuando expresa en su inciso 3º: "otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios..." Por lo demás, el artículo 1195 al que nos referiremos a continuación, alude a los "descendientes" y a los "ascendientes", quienes no necesariamente serán legitimarios.

El artículo 1184 inciso 3 dispone quienes son los beneficiarios de la  $\frac{1}{4}$  de mejoras.:

- 1.** Cónyuge sobreviviente.
- 2.** Uno o más descendientes.
- 3.** Uno o más ascendientes.

El artículo 1195 inciso 1 nos señala que el donante o testador puede hacer la distribución que quiera entre sus cónyuges, descendientes o ascendientes, pudiendo asignar a uno de ellos toda la  $\frac{1}{4}$  de mejoras o una parte.

El testador está obligado, si desea disponer de la cuarta de mejoras, a asignarla como lo estime conveniente, pero entre las personas indicadas. Si ello no ocurre, los legitimarios tienen acción de reforma de testamento, ya que se ha dispuesto de esta parte de la herencia con infracción de ley (art. 1216). Dejada sin efecto dicha disposición, el todo o la parte de la cuarta de mejoras, en su caso, incrementará las legítimas rigurosas, transformándolas en efectivas, lo cual favorecerá a los legitimarios.

El testador, en consecuencia, distribuirá libremente entre los potenciales asignatarios a la cuarta de mejoras, pudiendo designar sustitutos para el caso de que alguno llegare a faltar o no quisiera suceder. Pero no hay lugar al derecho de representación, porque esta no es una asignación intestada.

## **E. Características.**

### **1- Las mejoras constituyen una asignación forzosa.**

Así lo dice expresamente el art. 1167, de modo que el testador debe respetarla. Del

hecho de que las mejoras constituyan una asignación forzosa se derivan las siguientes consecuencias:

- a) Que la favorecen la formación de los acervos imaginarios, en la forma estudiada.
- b) Que, si el testador dispone de la cuarta de mejoras en favor de otras personas que no sean las indicadas por la ley, procede la acción de reforma del testamento.

## **2- Las mejoras no se presumen.**

### **- Regla general.**

El legislador no supone las mejoras; ellas necesitan de una declaración expresa del testador. Así lo manifiestan claramente los arts. 1198 y 1203, en conformidad a los cuales las donaciones, legados y desembolsos hechos por el causante para el pago de las deudas de un descendiente, se imputan a las legítimas, salvo que del testamento o de otros actos auténticos aparezca que la intención del testador fue imputarlos a mejoras. La jurisprudencia también ha resuelto que las mejoras no se presumen. La manifestación de voluntad del causante puede asumir dos formas: mediante testamento o mediante donaciones revocables o irrevocables hechas en razón de mejoras.

El art. 1198 consagra la posibilidad de que la intención del causante (en el sentido de entender que un legado o una donación revocable o irrevocable sea con cargo a mejora) pueda constar del testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico, en los cuales aparezca que dicha donación no se hizo a título delegítima, sino de mejora. Al parecer, esta norma estaría reservada para los legitimarios, atendido el tenor del artículo. A su vez, si la donación o legado se hace a una persona que no es legitimario, dicha donación no se imputará jamás a mejora, salvo que así lo haya manifestado el causante, en el testamento o en la respectiva escritura pública de donación.

### **- Casos de "mejoras tácitas".**

Existen dos excepciones, en virtud de las cuales la asignación se presume hecha a título de mejora. Son ellas:

a) Situación contemplada en el art. 1203, inciso 2º. Los desembolsos hechos para el pago de deudas de un legitimario que sea descendiente, se imputan a su legítima, siempre que estos desembolsos hayan sido útiles para el pago de dichas deudas (art. 1203, 1º). Pero puede suceder que el causante haya manifestado voluntad expresa, por acto entre vivos o por testamento, en orden a que es su voluntad que no se imputen dichos gastos a la legítima del beneficiado con los desembolsos. Si tal ocurre, la ley señala que estos desembolsos "se considerarán como una mejora" (Art. 1203, 2º). La ley, en este caso, presume que la voluntad del difunto fue asignarle al beneficiado con el desembolso todo o parte de la cuarta de mejoras, por el solo hecho de manifestar su voluntad en el sentido que no se imputen los desembolsos a la legítima. En el fondo, de esta manera los desembolsos no gravarán la cuarta de libre disposición, lo que parece lógico ya que se trata de gastos hechos en provecho de un legitimario.

El propio art. 1203, 3º, se pone en el supuesto de que el difunto hubiere asignado al mismo legitimario, a título de mejora, alguna cuota de la herencia o alguna cantidad de dinero. En este caso, se imputarán estos desembolsos a dicha asignación, sin perjuicio de valer en lo que excedieren a ella, como mejora, o como el difunto expresamente lo haya ordenado. Entonces, si los desembolsos son



menores que la parte que corresponde al legitimario en la cuarta de mejoras por disposición expresa del causante, subsistirá la asignación en lo que falta para completarla. Si los desembolsos exceden a esta parte, el saldo deberá imputarse a la cuarta de libre disposición, desde el momento que existe voluntad expresa del causante de que no se imputen a la legítima.

**b)** Otro caso parecido, aunque no idéntico, ocurre con el art. 1193: dispone que si el causante ha dado o da en razón de legítimas más de lo que corresponde a la mitad legitimaria (del acervo imaginario), la ley ordena que este exceso se impute a la cuarta de mejoras. De lo que resulta que sin necesidad de expresarlo explícitamente el causante, se ha podido disponer de la cuarta de mejoras e incluso lesionar los derechos de otros asignatarios llamados a esta misma parte de la herencia. Aún más, la Ley número 19.585 agregó un segundo inciso al art. 1193, en beneficio del cónyuge sobreviviente: dispone que si lo que se ha asignado al cónyuge sobreviviente no fuere suficiente para completar la porción mínima que le corresponde en atención a lo dispuesto en el art. 988 (cuarta parte de la mitad legitimaria), la diferencia deberá pagarse también con cargo a la cuarta de mejoras.

De lo expuesto se deduce una consecuencia de alto interés: las asignaciones de cuarta de mejoras suponen que haya donación o testamento, requieren una declaración de voluntad del donante o del testador. Como la parte de mejoras supone testamento, no cabe aplicar a ella el art. 1183, el cual dispone que los legitimarios concurren y son excluidos y representados de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada. La cuarta de mejoras, si hay testamento, no se distribuye de acuerdo con dichas reglas, sino que corresponderá a los descendientes o ascendientes expresamente designados por el testador o al cónyuge sobreviviente. Ahora bien, si no hay testamento, entonces sí que se aplican las reglas de la sucesión intestada, pues en este caso la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición acrecen, se suman a la mitad legitimaria y pasan a formar la legítima efectiva.

### **3- Las mejoras, por regla general, no admiten modalidades o gravámenes.**

**a. Modalidades:** las mejoras admiten modalidades, pero ellas deben **estar establecidas en beneficio de personas que puedan ser asignatarios de cuarta de mejoras.**

La ley reglamenta especialmente una modalidad a que puede sujetarse la mejora: la administración de un Banco, y en tal evento, no es necesario que el asignatario sea incapaz.

Esta modalidad está establecida en el art. 86 número 7 de la Ley General de Bancos. Existe a este respecto una diferencia fundamental entre la legítima rigurosa y las mejoras. La legítima puede ser dejada en administración a un Banco únicamente cuando el asignatario, o sea el legitimario, sea incapaz. En cambio, las asignaciones de mejoras pueden dejarse en administración a un Banco aun cuando el descendiente o ascendiente o el cónyuge sea perfectamente capaz.

En esta situación, el Banco tendrá las facultades y obligaciones de un curador adjunto, salvo que el testador disponga otra cosa.

Existen también otras modalidades a las cuales pueden sujetarse las mejoras, siempre que ellas no importen una violación de esta asignación forzosa. Así, en

conformidad al art. 250 número 2 y artículo 252, inciso 3º, se podrán dejar las asignaciones de mejoras al hijo no emancipado con la condición de que no las administre o no tengan el usufructo de ellas, el padre o madre, etc. (por ejemplo, cuando el abuelo le deja la cuarta de mejora a su nieto, con la condición de que la asignación no sea administrada por el padre o por la madre o ambos).

**b. Gravámenes en las mejoras.** En cuanto a los gravámenes, están prohibidos por la ley, salvo cuando están establecidos en beneficio de personas a quienes el testador podía beneficiar con mejoras: art. 1195, 2º. Quiere decir entonces que los gravámenes impuestos en favor del cónyuge sobreviviente o descendientes o ascendientes del causante, son válidos, pero no los establecidos en beneficio de persona que no tiene derecho a mejoras, pues entonces estaría destinando parte de la cuarta de mejoras a personas que no pueden ser beneficiadas con ella. Así, por ejemplo, el testador deja la cuarta de mejoras a su hijo A, con la obligación de pagar una pensión mensual de \$100.000.- a su hijo B, mientras llegue a la mayor edad. Este gravamen es perfectamente lícito, pues el hijo B del causante pudo incluso ser destinatario de toda la cuarta de mejoras. En cambio, si la obligación impuesta al hijo A asignatario de la cuarta de mejoras fuere pagar \$100.000.- a un tío, este gravamen no produce efectos, pues favorece a una persona que no tiene derecho a mejoras.

**4-** El difunto puede designar herederos o legatarios con cargo a la cuarta de mejoras. Será heredero cuando el testador deja a este una toda el 1/4 de mejoras o una parte alícuota de ella, y será legatario cuando el testador deja al asignatario bienes determinados con cargo a la ¼ parte de mejoras. Lo anterior constituye una importante diferencia con las legítimas por cuanto el legitimario solo puede ser un heredero.

Aquella parte de que no disponga acrecerá a la mitad legitimaria y aquella parte en que se exceda se imputará a la cuarta de libre disposición (art. 1194).

De lo señalado se deduce que siempre preferirán las legítimas, que pueden afectar a las mejoras, y luego éstas, que pueden afectar a las asignaciones de libre disposición. Así resulta de concordar los artículos 1189, 1193 y 1194.

#### **D. Requisitos.**

**1.** Que existan asignatarios de la ¼ de mejoras.

Concurriendo los asignatarios el testador es libre de asignar estas ¼ de mejoras o no. En caso que no asigne la ¼ de mejora acrecerá las legítimas rigurosas las que en este caso se denominan legítima efectiva.

**2.** Solo procede en la sucesión testada.

Porque requiere de una expresa manifestación de voluntad del testador. Las mejoras no se presumen por regla general y ellas se distribuirán conforme a las reglas dadas por el testador sin que corresponda aquí aplicar el derecho de representación.

A su vez la ¼ de mejoras admite ciertas modalidades las cuales deben ir a favor de aquellas personas a quien el testador puede otorgarlas.

#### **E. Pacto de no mejorar.**

El artículo 1463 señala: El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona.

Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título de las asignaciones forzosas.

### **1. Concepto:**

Aquel pacto en virtud del cual el causante promete solemnemente a un legitimario que no va a disponer de parte alguna de la  $\frac{1}{4}$  de mejoras. Por lo tanto los beneficiados serán los legitimarios, porque al no asignarse la  $\frac{1}{4}$  de mejoras la legítima rigorosa se acrece.

El objeto de este pacto es imponerle al testador una obligación de no hacer; la obligación que nace de él para el causante es negativa: la de no distribuir, de no disponer de la cuarta de mejoras por donaciones entre vivos o asignaciones por causa de muerte. No es que el causante convenga con el cónyuge o con un descendiente o ascendiente que a la sazón sea legitimario en dejarle a él la cuarta de mejoras; semejante pacto no es posible, pues quedaría incluido en la regla general del art. 1463.

En consecuencia, siendo este un pacto de excepción y debiendo interpretarse en forma restrictiva, Rodríguez Grez afirma que es forzoso concluir que adolece de objeto ilícito el pacto mediante el cual el causante se obliga a disponer sólo parcialmente de la cuarta de mejoras o a no disponer de ella en favor de una determinada persona. Podría pensarse que "quien puede lo más puede lo menos" y que, por tal razón, si puede convenir que no se dispondrá de toda la cuarta de mejoras, también puede convenirse que no se dispondrá de una parte de ella. Esta interpretación chocaría frontalmente con el carácter excepcional del art. 1204. Lo único que puede pactarse con el causante es la no disposición total de la cuarta de mejoras y no una disposición parcial, puesto que esta convención sería de disposición y no de abstención.

### **2. Requisitos:**

1. El pacto es solemne y debe constar por escritura pública. Por lo tanto, si se omite esta solemnidad, el acto no producirá efecto jurídico alguno (será inexistente o adolecerá de nulidad absoluta).
2. Sólo puede referirse a la no disposición de la cuarta de mejoras en su totalidad.
3. El pacto solo puede celebrarse por el causante, como una parte, y por la otra alguna de las personas titulares de la  $\frac{1}{4}$  de mejora que deberá tener esa calidad **al momento de celebrarse el pacto**. De aquí que este pacto sólo puede celebrarse con aquellas personas que reúnen un doble requisito: ser legitimarios y poder ser asignatarios de cuarta de mejoras. Dichos requisitos deben ser copulativos.
4. El pacto debe ser puro y simple. En otras palabras, se promete o no se promete, pero no es admisible una promesa condicional, ni a plazo ni sujeta a modalidad alguna.
5. Atendido el objeto de la promesa, la doctrina estima que se trata de una convención, debiendo el beneficiario comparecer aceptando la promesa. No producirá efecto, por lo mismo, una promesa unilateral no convencional.

### **3. Efectos:**

Hay que ver distintos supuestos:

**A. Cumple:** Si cumple el testador el efecto será el que se pactó y por lo tanto acrecerá la legítima rigorosa y pasará entonces a llamarse legítima efectiva, la que va en beneficio de los legitimarios.

**B. No Cumple:** Puede ocurrir que el causante incumpla la promesa, en cuyo caso el legitimario a quien se hizo la promesa tiene derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido su cumplimiento, a prorrata de lo que la infracción les aprovechará. O sea, el legitimario a quien se le prometió podrá accionar contra las personas que han sido beneficiadas con la asignación o donación hecha con cargo a la cuarta de mejoras, para que, a prorrata del provecho que hayan experimentado, enteren al legitimario la parte que habría llevado si la promesa se hubiera cumplido. Así, por ejemplo, el causante, a su muerte, dejó tres herederos, sus hijos Juan, Pedro y Diego, y la cuarta de mejoras ascendió a \$ 90.000.000.-, y el causante había prometido a su hijo Juan no disponer de ella, y ocurre que incumpliendo la convención se la asignó a su hijo Pedro, Juan podrá exigirle a Pedro \$ 30.000.000.- En este ejemplo, nada podrá reclamar Diego, pues el causante nada había convenido con él, en cuanto a no disponer de la cuarta de mejoras.

La obligación de los asignatarios de cuarta de mejoras para con el legitimario a quien se prometió la no disposición es simplemente conjunta y la insolvencia de unos no gravará a los otros. Se trata, en consecuencia, de una acción personal, patrimonial, ordinaria, prescriptible, transmisible y transferible (dado que muerto el causante no tiene el carácter de personalísima).

La naturaleza jurídica de la sanción si es que el causante no cumple es de inoponibilidad. La infracción de esta convención no genera la nulidad de las disposiciones hechas por el causante a título de mejoras. Todas ellas subsisten, pero son inoponibles al legitimario beneficiado con la promesa. Este puede demandar lo que habría aprovechado del cumplimiento de la misma. Se generará un crédito en favor del beneficiado con la promesa, como si la cuarta de mejoras no hubiere sido objeto de disposición alguna.

## **VI. ENTERO Y PAGO DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS.**

Las asignaciones forzosas tienen preferencia absoluta; luego se pagan las asignaciones semiforzosas; y finalmente las testamentarias y abintestato.

Cabe indicar también que los legados son asignaciones testamentarias, salvo los alimentos que por ley se deben a ciertas personas cuando revisten el carácter de asignación forzosa (art. 1168), en cuyo caso, como veremos, tienen especial preferencia para su pago.

### **ALIMENTOS FORZOSOS.**

**1. Baja general de la herencia.** El acervo ilíquido (que resulta al separarse los bienes del causante de los bienes de terceros confundidos con aquellos) debe transformarse en acervo líquido, para lo cual es necesario practicar las deducciones previas ordenadas en los números 1, 2 y 4 del citado artículo. Esta asignación sólo existe cuando los alimentos han sido decretados en juicio seguido contra el alimentante, o ellos se establecieron por una transacción aprobada por el juez (art. 2451), o cuando

se ha deducido demanda en vida del causante, aunque los alimentos se fijen por sentencia judicial posteriormente. En los demás casos, puede una persona tener derecho a alimentos, pero la sucesión no los deberá.

Cree Rodríguez Grez que esta deducción previa tiene en la ley el carácter de deuda hereditaria, aun cuando se trate de prestaciones que se devengarán o harán exigibles en el futuro y a través del tiempo. Para el legislador, las asignaciones alimenticias tienen este tratamiento especial, precisamente porque ellas son asistenciales y su objeto es permitir que una persona pueda sustentar la vida cuando carece de lo necesario para ello. Esto explica lo expresado en el art. 1168, en la parte que señala: "Los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas...".

Estas expresiones dan una idea clara de que se trata de una deuda y, por lo mismo, susceptible de deducirse del acervo ilíquido para transformarlo en acervo líquido.

Lo que la ley quiere, por consiguiente, es que los herederos sigan pagando los alimentos que adeudaba el causante en vida, tal como si éste no hubiese fallecido. De lo anterior resulta la coherencia del art. 959 número 4, al disponer que esta asignación sea pagada con cargo al acervo ilíquido, dándole un tratamiento semejante al que se da a las deudas hereditarias. Es esta una forma de brindar a esta asignación una seguridad fundamental para su pago, puesto que ella deberá enterarse antes que todas las demás asignaciones, incluso las forzosas, que tienen un tratamiento privilegiado.

## **2. Los alimentos no aprovechan de los acervos imaginarios.**

La preferencia de que gozan los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas, tiene, como necesaria contrapartida, la desventaja de que esta asignación se calculará sobre la base del acervo ilíquido, descontadas las deducciones de los números 1 y 2 del art. 959. En consecuencia, ella no aprovecha de los llamados acervos imaginarios, debido a que éstos se forman en una fase posterior, a partir del acervo líquido y éste supone que estén pagados (o más bien, calculados) los alimentos como asignación forzosa.

En síntesis, los alimentos, en cuanto asignación forzosa, se pagan con preferencia a cualquier otra asignación, como si se tratase de una deuda hereditaria, carácter que hasta cierto punto tiene por su naturaleza asistencial. Quien ejecuta el testamento, por consiguiente, deberá proceder a su pago inmediatamente después de cubiertas o asegurado el pago de las deudas que el causante tenía en vida (deudas hereditarias).

## **3. Carácter mudable de los alimentos: cosa juzgada provisional en materia de alimentos.**

Recordemos, por otra parte, que los alimentos se deben por toda la vida del alimentario, en la medida en que continúen las circunstancias que legitimaron la demanda (art. 332). Por ello, aun cuando los alimentos hayan sido fijados por sentencia ejecutoriada, pueden revisarse, porque dicha sentencia sólo produce "cosa juzgada provisional". Por dicha razón, esta asignación forzosa puede ser rebajada o incluso desaparecer después de la muerte del causante, si los medios de la sucesión no guardan relación con la cuantía de la misma o si cambian las circunstancias de fortuna del alimentario.

## **4. Imposición del pago de alimentos a determinados asignatarios. Responsabilidad subsidiaria de los legatarios, ante el pago de los alimentos.**

- Si el causante ha impuesto la obligación de pagar los alimentos a uno o más asignatarios, sean ellos a título singular o universal, pesará sobre ellos dicha obligación, si aceptan la asignación (art. 1168).
- Con todo, esta modalidad en el pago de la asignación no es obligatoria u oponible al asignatario de alimentos, pudiendo rechazarla. En caso de que al asignatario de alimentos acepte como deudor al asignatario gravado, quedarán liberados los demás herederos y subsidiariamente, los legatarios. En caso de que lo rechace, la obligación recaerá en los herederos y en subsidio, en los legatarios, sin perjuicio del ajuste que deberá realizarse entre ellos, en razón de la carga que afecte a uno o más asignatarios. En efecto, si los legatarios están obligados a contribuir al pago de las legítimas y de las asignaciones con cargo a la cuarta de mejoras, con mayor razón deberán hacerlo tratándose de asignaciones alimenticias forzosas. Además, cabe considerar que siendo estas asignaciones de una cuantía indeterminada en el tiempo (puesto que, en principio, los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario), podría ocurrir que los herederos cayeren en insolvencia y se reclamare la responsabilidad subsidiaria de los legatarios.
- Es posible también que el asignatario gravado por el causante con esta obligación, repudie la asignación. Si ninguno de los demás asignatarios llamados a ella (ya sea por derecho de acrecimiento o sustitución) la aceptan, cree Rodríguez Grez que en último término la asignación se defiende en favor del alimentario. Se aplica en tal evento el art. 1068, pero siempre que el asignatario gravado sea testamentario, ya que si fuere un asignatario forzoso (excluidos los asignatarios de alimentos y de legítimas), hay regla especial a este respecto.
- El causante no puede imponer esta obligación o gravamen al asignatario de alimentos forzosos, ni de legítimas, porque ninguno de ellos puede ser objeto de un gravamen que menoscabe sus asignaciones. Pero puede imponerla a un asignatario de cuarta de mejoras, siempre y cuando el alimentario se encuentre entre aquellas personas que pueden suceder al causante en esta parte de la herencia.

## **LEGÍTIMAS RIGOROSAS**

### **A. Señalamiento de bienes.**

El artículo 1197 señala: el que deba una legítima podrá en todo caso señalar las especies en que haya de hacerse su pago; pero no podrá delegar esta facultad a persona alguna, ni tasar los valores de dichas especies.

### **B. Preferencias.**

Artículo 1189: si la suma de lo que ha dado en razón de legítimas no alcanzare a la mitad del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes con preferencia a toda otra inversión. Este artículo se pone en el caso en que a un legitimario se le hubiera señalado bienes para su legítima y ellos no alcanzaren, entonces le da preferencia. Este artículo debemos interpretarlo en relación al art. 1185, que establece el primer acervo imaginario y que ordena, como se recordará, acumular al acervo líquido, para el cálculo de las legítimas, todas las donaciones revocables e irrevocables que el causante ha hecho a título de legítimas y mejoras.

Entonces, si el causante ha hecho donaciones a título de legítimas, la suma que falta para completarlas se saca con preferencia a toda otra inversión; si no ha hecho donaciones, el pago de las legítimas tendrá preferencia hasta enterar la mitad del acervo imaginario.



Cabe notar que la preferencia sólo alcanza la mitad del acervo imaginario, debiendo computarse en esta mitad todas las donaciones que el causante ha hecho a título de legítimas.

### **C. Imputaciones.**

Al pagarse las legítimas, es necesario formular un distingo fundamental, según si existan o no imputaciones que hacer a las legítimas. Si el legitimario no ha recibido donaciones ni asignaciones de ninguna especie, no hay nada que imputarle a su legítima, y recibirá entonces ésta en forma íntegra y en efectivo. En cambio, si el legitimario ha recibido donaciones o asignaciones en el testamento, procede imputar a las legítimas la parte que recibió por donaciones o legados art 1198.

#### **a) Cosas que deben imputarse para el pago de las legítimas:**

**1)** Las donaciones revocables e irrevocables hechas por el causante al legitimario: art. 1198, 1º.

**2)** Los legados dejados por el causante en su testamento al legitimario (artículo 1198).

La ley se refiere sólo a los legados, esto es, a las asignaciones a título singular; pero nada dice respecto de las herencias o asignaciones a título universal que puede haberle dejado el causante en su testamento a un legitimario. Así, por ejemplo, puede suceder que el testador deje en su testamento una porción de sus bienes a un legitimario. Esta asignación a título universal, ¿Deberá imputarse para el pago de las legítimas?

La jurisprudencia, en un fallo de mayoría, resolvió que no procede imputar a las legítimas las asignaciones a título universal, porque el art. 1198 se refiere únicamente a los legados, pero no a las asignaciones a título universal.

El fallo citado se atiene estrictamente a la letra de la ley, pero Somarriva señala que en realidad no se divide por qué han de aplicarse criterios distintos a una y otra situación. Somarriva se inclina a pensar que también deben imputarse las asignaciones a título universal.

**3)** Desembolsos hechos por el causante para el pago de las deudas de algún descendiente. El tercer rubro que es necesario imputar para el cálculo de las legítimas está indicado en el art. 1203. Estos desembolsos se imputan a las legítimas siempre que hayan sido útiles para el pago de las deudas, y se entiende naturalmente que el pago ha sido útil cuando extinguió la deuda, y hasta el monto en que la extinguió.

#### **b) Cosas que no deben imputarse para el pago de las legítimas:**

**1)** No se imputan al pago de las legítimas los legados, donaciones y desembolsos para el pago de una deuda del legitimario, cuando el testador expresamente ha manifestado que los hace a título de mejoras. art 1198.

Del precepto se concluye que el legislador no presume las mejoras. Como no las presume, toda donación o legado de que haga objeto el causante al legitimario debe imputarse a su legítima. Pero es lógico que ello no acontezca, si el testador dice o aparece en los términos del testamento, de la donación, o en escritura pública, la intención de aquél en orden a que el legado o donación se tengan como mejoras. En

tal evento, el legitimario recibe íntegra su legítima, y el legado o donación se tienen como mejoras.

La misma idea contiene el inc. 2º del art. 1203 respecto del pago hecho por el causante en vida de las deudas de un legitimario que sea descendiente suyo; el testador puede declarar en su testamento o por acto entre vivos su intención de que dichos gastos no se imputen a la legítima del heredero forzoso. En este caso, dichos desembolsos se consideran como mejoras.

Al decir de Rodríguez Grez, estamos en el caso de los incisos 2º y 3º del art. 1203, ante una mejora tácita.

**2) Los gastos de educación de un descendiente.**

Según el inc. 2º del art. 1198, tampoco se imputan para el pago de las legítimas, los gastos de educación del legitimario que fuere descendiente del causante. Más aún, el precepto dispone que dichos gastos no se tomarán en cuenta ni para la computación de las legítimas, ni de las mejoras ni de la parte de libre disposición, y aun cuando el testador los haya efectuado con la calidad de imputables. Todo ello se traduce en decir que estos gastos de educación no se toman en cuenta para nada en la herencia.

La regla anterior es consecuencia de que estos gastos corresponden al cumplimiento de un deber fundamental del ascendiente para con sus descendientes, de rango constitucional y legal, de manera que no puede admitirse que su cumplimiento sea el anticipo de una asignación, ni siquiera voluntaria, mucho menos forzosa. Con todo, si el hijo tuviere bienes propios, los gastos de su establecimiento, y en caso necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de ellos, conservándose íntegros los capitales en cuanto sea posible (art. 231 en relación al 1744).

**3) Tampoco pueden imputarse a la legítima los desembolsos hechos para el pago de las deudas de un legitimario (que sea descendiente), si estos desembolsos no han sido útiles para la extinción de dichas deudas:** art. 1203 in 1. Cree Rodríguez Grez que la utilidad consiste en haber extinguido total o parcialmente la deuda. En otras palabras, no se imputará al legitimario que sea descendiente, suma alguna cuando a pesar de haber desembolsado el dinero, la deuda no se ha extinguido ni parcial ni totalmente. A la inversa, este "anticipo" se computará si la deuda se extingue, porque el legitimario se ha hecho más rico. A su vez, dados los términos del inc. 1º del art. 1203, si los anticipos hechos por el causante para el pago de la deuda se hacen a un legitimario distinto (ascendientes o cónyuge sobreviviente), ellos deben ser imputados a su legítima, cualquiera que haya sido la utilidad que este anticipo pueda haber representado para él.

**4) No se imputarán a la legítima las donaciones o legados o herencias que el causante ha hecho al legitimario con cargo a la parte de libre disposición**

**5) Las donaciones por matrimonio y otras de costumbre, hechas a un descendiente.**

No se imputan a la legítima los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre (art. 1198, 3º). De esta regla se desprende que sí son imputables estos regalos cuando se hacen a otros legitimarios, o sea cuando se trata de ascendientes o cónyuge sobreviviente.

**6) Los frutos de las cosas donadas, si ellas se entregaron en vida del causante al legitimario.**

- No se imputan tampoco los frutos de las cosas donadas, revocable o irrevocablemente a título de legítima o de mejora, durante la vida del donante, cuando ellas se han entregado al legitimario. Por la entrega de las cosas donadas, el

donatario se hizo dueño de ellas y, por tanto, a él le pertenecen los frutos, conforme al principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

- Pero si no se han entregado, los frutos pertenecen a la sucesión, a menos que se haya donado irrevocablemente no sólo la propiedad sino el usufructo de las mismas cosas: art. 1205. En tal caso, los frutos pertenecen al donatario desde la fecha de la donación y no se imputan a su legítima, a pesar de no haber existido entrega.

7) Finalmente, no se imputan las donaciones hechas a otro legitimario: art. 1202.

Esta regla podría estimarse innecesaria, pero pareciera haberse formulado en función de lo previsto en el art. 1200. En esta disposición se indica que se resuelve la donación que se hace a título de legítima a una persona que al hacerse la donación no tiene la calidad de legitimario ni la adquiere posteriormente. Lo mismo sucede si la persona tenía el carácter de legitimario, pero lo pierde por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación o por haber sobrevenido otro legitimario de mejor derecho. Por último, dice esta norma que si el donatario, descendiente, ha llegado a faltar de cualquiera de esos modos, las donaciones imputables a su legítima se imputarán a la legítima de sus descendientes. Aquí, el legislador no hace sino aplicar el derecho de representación, consagrado en el art. 984. Las donaciones que, en anticipo de su legítima se hicieron a un legitimario, gravan a sus representantes. A tales representantes se les imputará la donación y no a los otros legitimarios del causante.

Las imputaciones tienen por objeto evitar que la situación de los legitimarios se desequilibre por efecto de las donaciones o legados que hizo el difunto en vida. Todas estas donaciones o legados, con las excepciones indicadas, se entiende que son un anticipo de la legítima, aun cuando el causante no lo diga. Para que esta imputación no proceda, por lo general, se requiere de la expresión clara de la voluntad del causante.

Como regla general, el difunto puede anticipar a los legitimarios su asignación y que la ley así lo entiende respecto de todos los legados y las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario que entonces tenía la calidad de tal, salvo cuando en el testamento, en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o donación se hizo a título de mejora o con cargo a la cuarta de libre disposición.

Por lo tanto, existe una presunción simplemente legal, en orden a que todo legado o donación se entiende hecho a título de legítima, pudiendo el asignatario probar que ha sido hecho a título de mejora o de libre disposición.

Pero esta prueba queda limitada al mérito del testamento, o de la escritura de donación o de un acto posterior auténtico. Este acto, a juicio de Rodríguez Grez, puede ser un instrumento público o privado (en este último caso, siempre que haya sido reconocido o mandado tener por reconocido, de conformidad al art. 346, número 3 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el art. 1706 del Código Civil). El citado autor señala que podría pensarse que el "acto posterior auténtico" sea diverso a un instrumento. No le parece posible tal hipótesis, refiriendo que la ley siempre ha distinguido entre documentos y testigos, y al usar la expresión "actos", invariablemente alude a instrumentos públicos o privados, jamás al testimonio de testigos.

#### **D. Resolución de las donaciones hechas en razón de legítimas a quien al**

### **momento de fallecer el causante no era legitimario.**

La ley se ha puesto en el caso de que el causante haya hecho donaciones a título de legítima a personas que eran legitimarios, pero que pierden esta calidad posteriormente; o que, no siéndolos, no llegan a adquirirla. En ambos casos, optó el legislador por resolver la donación, lo que demuestra que toda donación a título de legítima es condicional, cuando el donatario no es legitimario, pero puede llegar a serlo. En otras palabras, la donación se resolverá si el donatario no es legitimario al momento de abrirse la sucesión. La ley, como decíamos, se pone en dos situaciones:

**a)** Que se haya hecho una donación revocable o irrevocable a título de legítima a una persona que al momento de la donación no era legitimario del causante. Si el donatario no llega a ser legitimario, queda sin efecto la donación.

Así ocurrirá, por ejemplo, si se dona a título de legítima a un nieto, estando vivo el hijo, y a la muerte del causante sobrevive dicho hijo. En este supuesto, el nieto puede llegar a ser legitimario en ausencia de su padre, de manera que la donación que se le hace lleva envuelta la condición de que así suceda al momento de abrirse la sucesión.

El art. 1200, 1º, establece esta hipótesis.

**b)** Que se haga alguna de estas donaciones a título de legítima a una persona que al momento de hacerse la donación era legitimario, pero después deja de serlo por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación, o por haberle sobrevenido otro legitimario de mejor derecho, que excluye al donatario.

En tal evento, también se resuelve la donación, salvo si el donatario deja a su vez descendientes con derecho a representación, en cuyo caso las donaciones se imputan a la legítima de los representantes: art. 1200, 3º. (nos remitimos a lo señalado a propósito del séptimo caso de cosas que no deben imputarse para el pago de las legítimas: art. 1202).

En este segundo caso entonces, la donación hecha a título de legítima a quien tenía la calidad de legitimario queda sujeta a la condición resolutoria de que, antes de la apertura de la sucesión del donante, el donatario pierda esta calidad.

El inc. 3º del art. 1200, dispone que, si el donatario ha llegado a faltar de cualquiera de los modos indicados en los incisos precedentes, las donaciones imputables a su legítima se imputarán a las de sus descendientes.

**E. Restituciones:** casos en que el legitimario puede exigir un saldo o puede estar obligado a pagarlo él.

El art. 1206 establece la regla general con relación al ajuste que debe realizarse entre el legitimario (incluido el asignatario de cuarta de mejoras) y la sucesión, cuando, habiendo sido objeto de donaciones o legados que deben imputarse a su legítima, resulta un saldo a favor o en contra del asignatario. El art. 1206 se pone entonces en dos situaciones:

**a)** Caso en que al legitimario le corresponda en la herencia una cantidad superior a lo que ha recibido por donaciones, en cuyo caso tiene derecho a exigir el saldo. Por ejemplo, le corresponderían en la mitad legitimaria \$10.000.000.- y había recibido donaciones por \$8.000.000.-: art. 1206, 1º.

En esta hipótesis, el legitimario tiene preferencia para que se le entere lo que le falta (art. 1198). El inciso citado contiene a este respecto tres reglas:

- 1) El asignatario tiene derecho a conservar las especies que se le hayan donado o legado a título de legítima, sin que puedan los demás sucesores pretender que ellas sean restituidas.
  - 2) Tiene derecho a exigir que se le complete el saldo faltante.
  - 3) No puede obligar a los demás asignatarios a que le cambien las especies, o le den su valor en dinero.
- b)** Caso en que al legitimario le corresponda en la herencia una cantidad inferior a lo que ha recibido por donaciones.
- Cuando las donaciones y legados imputables a la legítima exceden su monto, el asignatario está obligado a pagar el exceso, pudiendo a su arbitrio:
- 1) Pagar en dinero el exceso que existe entre las donaciones y legados hechos a cuenta de la legítima y el monto efectivo de ésta; o
  - 2) Restituir una o más de las especies donadas o legadas a cuenta de la legítima. Para estos efectos, deberá tomarse en cuenta el valor actual de las especies que restituya. En tal caso, el art. 1206 establece que el legitimario puede exigir la debida compensación pecuniaria, por lo que el valor actual de las especies restituidas excediere el saldo que debe. Y es lógico que así sea, pues el legitimario, por la donación, se hizo dueño de las cosas donadas y a él pertenece también el aumento de valor experimentado por éstas.
- En esta hipótesis de restitución de especies, estaremos en presencia de una dación en pago establecida en la ley.

#### **F. Situaciones que pueden presentarse en el pago de las legítimas, según Somarriva.**

**a)** Que las imputaciones calcen perfectamente en la legítima. La primera y más simple de las situaciones que pueden presentarse es que las donaciones y legados calcen perfectamente en la legítima.

Por ejemplo, a Pedro le corresponden \$ 10.000.000.- por legítima, una vez calculado el primer acervo imaginario. El testador le había hecho donaciones por \$3.000.000.- Como se vio oportunamente, se imputan a la legítima de Pedro lo que recibió por donaciones; en consecuencia, recibirá en efectivo sólo \$ 7.000.000.-, lo que unido a lo donado, completan su legítima.

No hay problemas de ninguna especie en este caso, porque lo que el legitimario tiene que imputar a su legítima es inferior a lo que le corresponde por tal concepto.

**b)** Caso en que las imputaciones exceden las legítimas y afectan a la cuarta de mejoras.

Puede acontecer que las imputaciones que deban hacerse a las legítimas excedan a lo que al legitimario le corresponde a título de tal. Por ejemplo, calculado el primer acervo imaginario, a Pedro le correspondían por legítima \$ 10.000.000.- y recibió donaciones por \$ 12.000.000.-

En esta situación, dos preceptos del Código Civil, los arts. 1189 y 1193, disponen que este exceso se imputará al resto de la herencia. Estos preceptos, que en el fondo consignan la misma regla (que el exceso se saca con preferencia a toda otra inversión del resto de la herencia), establece que si existen descendientes, ascendientes o cónyuge sobreviviente (o sea legitimarios), el exceso se saca de la cuarta de mejoras (art. 1193);

El precepto agrega que, pagado el exceso con imputación a la cuarta de mejoras, ésta se dividirá en partes iguales entre los legitimarios. Lo anterior será así, naturalmente, si el testador no ha distribuido la cuarta de mejoras por testamento. Ejemplo: al fallecer el causante, deja dos hijos, Pedro y Juan, y un acervo líquido de \$70.000.000.- El testador había donado revocablemente a Pedro \$30.000.000.-, y en consecuencia, se forma un acervo imaginario de \$100.000.000.-, que se distribuye en mitad legitimaria (\$ 50.000.000.-), cuarta de mejoras (\$25.000.000.-) y cuarta de libre disposición (\$25.000.000.-).

A cada hijo le corresponde por legítima rigurosa \$25.000.000.-, pero como Pedro recibió \$30.000.000.- por donaciones, conserva dicha cantidad y con ello queda pagada íntegramente su legítima, pero con un exceso de \$5.000.000.- Juan recibe en efectivo su legítima de \$25.000.000.-, pues no tenía nada que imputar a ella. El exceso de Pedro (\$5.000.000.-) se le imputa a mejoras, y se le paga también imaginariamente.

La cuarta de mejoras queda reducida entonces a \$20.000.000.- (en efecto, existían en efectivo \$70.000.000.-; de ellos, \$25.000.000.- se pagaron a Juan en efectivo; y \$25.000.000.- constituyen la cuarta de libre disposición; restan entonces \$20.000.000.-, cantidad a que queda reducida la parte de mejoras por haberse tenido que pagar con ella imaginariamente a Pedro \$5.000.000.-).

Según el art. 1193, estos \$20.000.000.- a que queda reducida la cuarta de mejoras, se dividen por partes iguales entre Pedro y Juan, correspondiéndole a cada uno \$10.000.000.-

Pero, como decíamos, ello debe ser entendido sin perjuicio de las disposiciones del testador. En efecto, éste puede haber asignado toda la cuarta de mejoras a uno de los hijos o haberla distribuido entre ellos como desee. En este caso, deberá cumplirse el testamento (otros autores, advierte Somarriva, dan una interpretación diversa al art. 1193, procediendo así: dividen la cuarta de mejoras íntegra por partes iguales. En el ejemplo, a Pedro y Juan corresponden por mejoras \$12.500.000.- Juan recibe íntegros los \$12.500.000.-, pues no tiene nada que imputar a ellos. Pedro sólo recibe \$7.500.000.- en efectivo, pues debe imputar a mejoras los \$5.000.000.- de exceso de su donación).

A lo anterior, debemos agregar lo establecido en el art. 1193, 2º (agregado por la Ley número 19.585), en cuanto dispone que si lo que se ha asignado al cónyuge sobreviviente no fuere suficiente para completar la porción mínima que le corresponde en atención a lo dispuesto en el art. 988 (o sea, la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, en su caso), la diferencia deberá pagarse también con cargo a la cuarta de mejoras.

#### **G. Caso en que las imputaciones exceden las legítimas y mejoras y afectan la cuarta de libre disposición.**

Hemos visto que, si el exceso de lo donado va más allá de la legítima, se imputa a la cuarta de mejoras. Hemos visto también que se sacará de la cuarta de mejoras la diferencia que corresponda enterarle al cónyuge sobreviviente para que lleve la porción mínima que le garantiza la ley.

En estos casos, puede acontecer que lo donado por el causante al legitimario y la diferencia que corresponda al cónyuge sobreviviente no sólo cope la cuarta de mejoras, sino que incluso vaya a afectar la parte de libre disposición. En conformidad con el art. 1194, este exceso o esta diferencia se saca de la parte de libre disposición, con preferencia a toda otra inversión.



Por esta razón es que las legítimas rigurosas tienen preferencia absoluta para su pago, primero en la mitad legitimaria, luego en la cuarta de mejoras y finalmente en la cuarta de libre disposición (arts. 1193 y 1194).

**H. Caso en que de todos modos no haya como pagar las legítimas y las mejoras.** El art. 1196 se pone en el caso de que, a pesar de todo, no exista lo suficiente para pagar las legítimas y mejoras completas calculadas en conformidad a las reglas precedentes. Advierte Somarriva que hay que tener cuidado con la interpretación del art. 1196. De su solo tenor, demasiado amplio, podría deducirse que si, porejemplo, no hay como pagar las legítimas y mejoras por haberse hecho donaciones excesivas a un legitimario, entonces deben rebajarse unas y otras a prorrata. Porejemplo, el acervo imaginario es de \$100.000.000.- y concurren dos legitimarios, uno de los cuales se hizo una donación por \$90.000.000.- No hay cómo entonces pagar la legítima del otro, que es de \$25.000.000.- (la mitad de la mitad legitimaria). El legitimario que recibió donaciones debe restituir el exceso, en el ejemplo los \$15.000.000.- que faltan para pagar al otro legitimario. El resto de su donación se le imputa a su legítima, a mejoras y a la parte de libre disposición en conformidad a lo estudiado precedentemente.

La interpretación contraria iría contra el objeto de la colación, que es defender a los legitimarios de las donaciones hechas por el testador a algunos de ellos, e iría también contra el art. 1206, que precisamente se pone en el caso de que el donatario deba restituir un saldo.

Y ¿Cuándo se aplica entonces el art. 1196? Cuando el donatario que debe restituir es insolvente. También cuando es insolvente el donatario contra quien se dirige la acción de inoficiosa donación. En estos casos y otros que pueden presentarse no hay cómo pagar las legítimas y mejoras y se rebajan unas y otras a prorrata. Parece a Somarriva ésta la única interpretación lógica del precepto.

### **MEJORAS.**

El pago de las asignaciones con cargo a la cuarta de mejoras sigue un tratamiento semejante.

Formada cuarta de mejoras, con arreglo a lo previsto en el art. 1184 y calculada sobre la base del acervo imaginario, el difunto ha podido disponer libremente de ella, pero siempre en favor de las personas designadas en el art. 1195.

Si el difunto hizo donaciones a sus descendientes, ascendientes o cónyuge sobreviviente con cargo a su legítima y ellas exceden la cuantía de ésta, se dividirá la cuarta de mejoras (tal como si el difunto no hubiere dispuesto de ella) y el exceso de lo donado se imputará a la parte que a cada legitimario le corresponde en esta división (de este modo, no se rompe el equilibrio que la ley exige en el tratamiento a todos los legitimarios).

Si, a la vez, dispuso del todo o parte de la cuarta de mejoras, se imputa el déficit que se generará a la cuarta de libre disposición. De este modo, quedará a salvo la cuarta de mejoras para llevar a efecto las disposiciones del causante.

De tal manera, el exceso de lo donado a título de legítimas se imputará a la cuarta de mejoras, en la forma indicada respecto de cada legitimario, y la cuarta de mejoras se reconstruirá traspasando el déficit a la cuarta de libre disposición, que es, para estos efectos, una cuarta contribuyente.

En el evento de que las asignaciones hechas con cargo a la cuarta de mejoras, sea por disposición testamentaria o por donaciones revocables o irrevocables hechas por

el difunto en vida, excedan de esta cuarta parte, el exceso se imputa también a la cuarta de libre disposición, con preferencia a cualquiera otra asignación que haya hecho el causante. Así lo establece el art. 1194, el cual se coloca en dos situaciones:

Q Que las donaciones revocables o irrevocables hechas por el causante a los legitimarios excedan a la mitad legitimaria, en cuyo caso el déficit se traspasa a la cuarta de mejoras, pero limitada a la parte que aprovecharía a cada uno de ellos, tal como si el causante no hubiere dispuesto de ésta (formación de legítima efectiva);

Q Que las asignaciones que se hacen con cargo a la cuarta de mejoras excedan esta parte de la herencia, en cuyo caso el déficit se cubre con la cuarta de libre disposición con preferencia a cualquier otra disposición del causante.

Los arts. 1189, 1193 y 1194 dejan perfectamente en claro que la cuarta de libre disposición es una cuarta contribuyente, puesto que ella puede estar afectada porque el causante, en vida, hizo a sus legitimarios donaciones superiores a lo que, en definitiva, habrá de corresponderles, o porque el testador se excedió en la cuantía de las disposiciones (o donaciones) que se hacen con cargo a la cuarta de mejoras. Veamos ahora, qué ocurre si se hacen donaciones revocables o irrevocables al asignatario de cuarta de mejoras.

Si el difunto hizo en vida donaciones revocables o irrevocables a título de mejoras, ellas se colacionan al acervo imaginario (art. 1185) y se imputan a su pago al ejecutarse el testamento, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, actualizando prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión.

¿Qué sucede con las donaciones hechas por el difunto sin expresar que se hacen con cargo a mejoras? Estima Rodríguez Grez que la situación de un legitimario es distinta a la situación de una persona que sin ser legitimario puede ser asignatario de esta parte de la herencia.

El legitimario estará sujeto al art. 1198. Si el difunto le hace una donación revocable o irrevocable se imputará a su legítima, a menos que en el testamento, en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que la donación se hizo a título de mejora. Por lo mismo, toda donación hecha a un legitimario se presume hecha en razón de su legítima, salvo que dicho legitimario acredite que ha sido hecha a título de mejora o con cargo a la cuarta de libre disposición.

Quien no tiene carácter de legitimario, pero puede ser asignatario de cuarta de mejoras, no está sujeto a presunción alguna. La donación, revocable o irrevocable, se entenderá hecha con cargo a la parte de libre disposición, a no ser que el causante haya expresado en su testamento, en la escritura respectiva o en acto posterior auténtico, que era su voluntad imputarla a la cuarta de mejoras.

Ninguna incompatibilidad existe en ser asignatario de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, razón por la cual a este respecto no hay presunción ni otra imputación que no sea aquella que expresamente ordene el causante, cuya voluntad en esta materia prima por mandato del art. 1069.

En síntesis, el asignatario de cuarta de mejoras no verá afectada su asignación sino cuando el causante haya excedido a la cuarta parte del acervo imaginario y a la cuarta de libre disposición con las mejoras instituidas, caso en el cual se rebajarán a prorrata. Pero toda donación revocable o irrevocable que se haya hecho a este asignatario deberá imputarse a su asignación si el testamento así lo ordena, o consta en la escritura respectiva o en acto posterior auténtico.

Lo explicado demuestra que las legítimas tienen preferencia para su pago y que pueden afectar a la cuarta de mejoras, pero con la limitación que este efecto sólo

alcanza, respecto de cada legitimario, hasta enterar la parte de cuarta de mejoras que le habría correspondido si el causante no hubiere dispuesto de ella. Por lo tanto, el exceso de lo donado a título de legítima cubre lo que corresponde a la legítima efectiva que se forma por el hecho de que el causante no dispuso de la cuarta de mejoras (supuesto del art. 1193). Por su parte, la cuarta de mejoras tiene preferencia respecto de las asignaciones de libre disposición, en los dos casos señalados:

- ☐ Cuando hay exceso de donaciones a título de legítimas; y
- ☐ Cuando hay exceso de asignaciones en la cuarta de mejoras.

En ambos casos, el déficit se cubre por la cuarta de libre disposición, afectando total o parcialmente a dichas asignaciones voluntarias.

Reitera Rodríguez Grez que la rebaja de las legítimas y mejoras a prorrata de las mismas, sólo operará cuando exista un déficit en la cuarta de mejoras derivado de un exceso de asignaciones que cubra y sobrepase la cuarta de libre disposición. La rebaja de las legítimas tiene un límite: la parte de la cuarta de mejoras que corresponde a cada legitimario, tal como si el causante no hubiere dispuesto de esta parte de la herencia.

Siguiendo estos argumentos, aparece para Rodríguez Grez perfectamente claro el sentido y alcance del art. 1196.

A modo de resumen, sintetiza sus ideas sobre la materia, en los siguientes términos:

**a)** Si el causante ha hecho a sus legitimarios, donaciones revocables o irrevocables, se presume que ellas se han hecho a título de legítima, salvo que se acredite lo contrario, con el mérito del testamento, la escritura respectiva o acto posterior auténtico.

**b)** Si las legítimas y donaciones que se han hecho, sobrepasan la mitad legítima, debe dividirse la cuarta de mejoras en la proporción que corresponda, entre todos los legitimarios, imputándose respecto del legitimario favorecido con la donación, el exceso donado a esa parte de la cuarta de mejoras y no más. Si el exceso fuere mayor, y no quedare cubierto por esta parte de la cuarta de mejoras, el saldo se imputará a la cuarta de libre disposición, sin preferencia alguna.

**c)** Si, como consecuencia de la antedicha imputación, se afecta total o parcialmente a la cuarta de mejoras, debe reconstituirse esta parte de la herencia, imputándose las asignaciones hechas por el causante o el exceso, a la cuarta de libre disposición. De esta manera, queda reconstruida esta cuarta de mejoras, para dar cumplimiento a las disposiciones del causante.

**d)** Si el causante se ha excedido en las asignaciones que hace con cargo a la cuarta de mejoras, debe procederse a imputar el exceso a la cuarta de libre disposición, con preferencia a cualquier otro objeto previsto por el testador.

**e)** Si cubierta íntegramente la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición, no hubiere cómo pagar las mejoras instituidas, se rebajarán a prorrata todas ellas.

**f)** Las legítimas sólo se rebajarán en lo que exceden a la parte que al legitimario corresponde en la cuarta de mejoras, como si el testador no hubiere dispuesto de ella.

- Resolución de las donaciones efectuadas a título de mejora.

Disponen los incisos 1º y 2º del art. 1201 (modificados por la Ley número 19.585) que se resolverán las donaciones revocables o irrevocables que se hicieren a título de mejora, en las siguientes hipótesis:

**a)** Cuando se creía que el donatario era descendiente o ascendiente del donante, y no lo era; y

**b)** Si el donatario, descendiente o ascendiente del donante, ha llegado a faltar por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación.

### **ASIGNACIONES VOLUNTARIAS A TÍTULO UNIVERSAL.**

No existe preferencia alguna para el pago de estas asignaciones. Una vez cubiertas las asignaciones forzosas, con los bienes que resten se pagarán las asignaciones voluntarias, pudiendo reducirse si ellas superan a los bienes disponibles y, aun, no pagarse por falta de recursos en la sucesión del causante. Ocurrirá lo último cuando el causante hizo donaciones a título de legítimas o mejoras que exceden a la mitad legitimaria y a la cuarta de mejoras, en cuyo evento será la cuarta de libre disposición la que deberá contribuir a cubrir el déficit, en perjuicio de los herederos testamentarios o voluntarios.

Si las asignaciones con cargo a la parte de libre disposición son excesivas y sobrepasan la parte de la herencia que corresponde (una cuarta parte o todo el patrimonio sucesorio, en su caso), ellas deben reducirse a prorrata.

### **ASIGNACIONES VOLUNTARIAS A TÍTULO SINGULAR.**

Tampoco existe a este respecto preferencia alguna que puedan hacer valer estos asignatarios. El art. 1363 se refiere a la responsabilidad de los legatarios, dando a unos la preferencia respecto de otros, pero no con relación al pago de estos legados, todos los cuales se enteran sobre la parte de libre disposición si hubiere bienes suficientes, salvo un legado (que a juicio de Rodríguez Grez es asignación forzosa) y que se paga con absoluta preferencia sobre todas las demás asignaciones, incluso las forzosas: los alimentos que por ley el causante debe a ciertas personas.

Pero si las asignaciones singulares voluntarias excedieren a la parte de que el causante ha podido disponer libremente, procede, también, la rebaja a prorrata: art. 1376.

Pero puede ocurrir que el testador haya instituido asignaciones a título universal con cargo a la parte de libre disposición, y a la vez asignaciones a título singular, sobrepasando la cuantía de su patrimonio.

Si pudiendo disponer de la herencia (no tiene legitimarios ni por ende asignatarios de la cuarta de mejoras), instituye heredero en un cuarto a una persona y en la mitad a otra, y, simultáneamente, varios legados (sin que ninguno de los instituidos sea legítimo), ¿Cómo se procede a la rebaja de las asignaciones a título universal y a título singular?

Estima Rodríguez Grez que existe un solo procedimiento posible: todas las asignaciones a título singular deben considerarse como una sola, establecido lo cual debe calcularse a qué parte del acervo partible ellas corresponden. Una vez hecha esta operación, se procederá a la rebaja proporcional de todas las asignaciones (consideradas como universales) y, determinado el porcentaje en que deben ellas rebajarse, se aplicará separadamente a cada asignación a título singular. Sólo así se aviene, a juicio del citado autor, el derecho de los herederos con el derecho de los legatarios, rebajándose a prorrata sus respectivas asignaciones.

Existen ciertos autores que estiman que algunos sucesores a título singular tienen preferencia y que los legados deben pagarse en un cierto orden. Arrancan esta verdadera prelación de diversas normas del CC.

Luis Claro Solar sostiene que el orden en que deben pagarse los legados es el siguiente:

**a)** Legados que provienen del exceso de lo donado en razón de legítimas y mejoras,

en conformidad al art. 1194.

**b)** Donaciones revocables y legados en los que el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, de acuerdo con el art. 1141.

**c)** Legados de alimentos que el testador está obligado a prestar por ley, conforme a los arts. 1168 y siguientes.

**d)** Legados de obras pías y de beneficencia pública, según el art. 1363.

**e)** Legados expresamente exonerados de contribución al pago de las deudas hereditarias contemplados en el art. 1363.

## **VII. DESHEREDAMIENTO.**

**A. Concepto:** Es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima.

Pablo Rodríguez G la define como “la facultad de privar a un heredero forzoso de su asignación y cuya finalidad es sancionar ofensas graves a la persona del causante”.

**B. Causales.** Artículo 1208.

Para establecer las causales de desheredamiento, el precepto distingue entre ascendientes y descendientes.

- Los descendientes pueden ser desheredados por cualquiera de las cinco causales indicadas en el art. 1208;
- los ascendientes y el cónyuge sobreviviente sólo por las tres primeras que corresponden en términos generales a las causales de indignidad establecidas en el art. 968, números 2, 3 y 4.

La distinción requiere de una breve explicación. Desde luego, sólo puede incurrir en la causal del número 4 un menor de edad y nunca un ascendiente; en lo concerniente al número 5, se trata de reproches que hace el ascendiente al descendiente por actos de falta de moralidad o mal comportamiento y no a la inversa. La ley ha tenido especial cuidado en evitar que los descendientes juzguen o califiquen la formación moral o cultural de sus ascendientes, puesto que ello va contra el orden natural de las cosas.

**1)** Haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes. Cree Rodríguez Grez que la expresión tiene el mismo alcance y sentido que le asigna el art. 44 del CC, al definir el dolo. Por consiguiente, “injuria” significa daño material o moral que se causa con intención o dolo. La ley, por lo tanto, le da un contenido amplio a dicho daño, pero a condición de que sea “grave”, cuestión de hecho que deberán apreciar los jueces del fondo y que es esencialmente relativa a la calidad, estado y situación de los afectados. No ve Rodríguez Grez diferencia alguna entre la causal de desheredación del art. 1208, número 1 y la causal de indignidad del art. 968 número 2.

**2)** No haber socorrido al testador en estado de demencia o destitución, pudiendo: art. 1208 número 2. Esta causal plantea cuestiones curiosas. Desde luego, si el causante se encuentra en estado de demencia, ella resulta inoperante porque no podrá otorgar testamento válidamente y, por consiguiente, no podrá desheredar al legitimario. A su respecto sólo será eficiente una causal de indignidad (art. 968 número 3). De manera que la única forma en que puede hacerse efectiva esta causa



de desheredamiento supone necesariamente que el causante demente sea rehabilitado (art. 468). Tampoco tendrá efecto alguno esta causal si se trata de una persona "destituida", lo cual significa que carece absolutamente de bienes o se encuentra empobrecida al extremo de ser incapaz de sustentar su vida. Si ello ocurre, no parecen importantes las asignaciones forzosas, puesto que ellas carecerán de toda relevancia económica. Para que tenga efecto la causal, en esta parte, sería necesario que el testador mejorara de fortuna y al momento de su muerte tuviera bienes.

Si el asignatario no está en situación de socorrer al causante en estado de demencia o destitución, queda liberado de toda responsabilidad: lo anterior es consecuencia del principio de que "nadie está obligado a lo imposible".

**3)** Haberse valido de fuerza o dolo para impedir testar: La causa de desheredación, como es lógico, sólo se refiere al dolo o a la fuerza que se ejerce sobre el causante para impedirle testar, ya que si ha habido fuerza o dolo para obtener una disposición testamentaria, el causante puede revocar el testamento y sancionar por este medio a quien lo indujo con malicia o por la fuerza a hacer la indicada liberalidad. Pero si se le impide testar, con ello se conseguirá un aumento de las asignaciones forzosas, o se perjudicará a otros herederos, o se hará operar la sucesión abintestato.

Se presenta en esta causal otra situación curiosa: si la causal de desheredamiento debe estar contenida en el testamento, no hay duda que el impedimento a que alude el número 3 del art. 1208 es meramente tentativo. Ha habido una tentativa frustrada para impedir que el causante otorgue testamento, la cual deberá ser acreditada judicialmente. En el fondo se trata de una verdadera denuncia que hace el causante contra el legitimario que valiéndose de la fuerza o del dolo trata de que el causante no otorgue testamento, sin conseguirlo.

La fuerza debe reunir los requisitos indicados en el art. 1456, pero con una salvedad: en este caso, según Rodríguez Grez, la fuerza debe ser obra del asignatario que es desheredado. Si la fuerza es obra de un tercero, carece de sanción, a menos que la fuerza se emplee para hacer testar al causante, en cuyo caso el testamento será nulo en todas sus partes (art. 1007).

La causal analizada opera aun cuando exista un testamento anterior del causante o éste no haya otorgado testamento. En el primer caso, la desheredación -que deberá hacerse por medio de otra cláusula testamentaria- puede ratificar el testamento anterior, en cuyo evento ambos tendrán pleno valor legal, o revocar el testamento anterior y disponer de otra manera de los bienes, o dejar a la ley dicha distribución.

**4)** Haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo.

**5)** La quinta causal, aplicable, como la anterior, sólo a los descendientes, está constituida por tres situaciones diversas:

- Haber cometido un delito que merezca pena aflictiva. Cuestión importante es determinar si para hacer operante esta causal es necesario que al momento de otorgarse testamento, exista una sentencia ejecutoriada que imponga la pena. Rodríguez Grez cree, del contexto de la norma, que no es menester una sentencia ejecutoriada, y que el testador puede proceder a desheredar, con el solo mérito de una sentencia de primera o segunda instancia, sin perjuicio de que el



desheredamiento quede sin efecto por una sentencia absolutoria posterior. Piensa de este modo, en razón de lo previsto en el art. 968 número 2, el cual revela que cuando el legislador exige una sentencia ejecutoriada, así lo preceptúa formalmente.

- Haberse el asignatario abandonado a los vicios. Relacionando el tema con las expresiones utilizadas en el art. 113 número 4, que justifican la negativa del ascendiente para que el menor contraiga matrimonio, puede concluirse que habrá abandono a los vicios cuando el asignatario lleva una vida disipada, cuando practica inmoderadamente los juegos de azar y cuando se embriaga con frecuencia. De igual forma ocurrirá con los drogadictos, los cleptómanos, los embaucadores, etc. No debe tratarse de una conducta meramente ocasional, sino que debe revestir caracteres de habitualidad, según se desprende de la expresión "haberse abandonado a los vicios"

- Haber ejercido granjerías infames (art. 1208, número 5). Se trata de actividades ilícitas que se realizan con fines de lucro, tales como el tráfico de blancas, de drogas, reducidos de especies hurtadas o robadas, testaferros en el lavado de dinero, etc. Todas estas actividades innobles, ofenden al testador, ya que deshonran su núcleo familiar.

Como puede observarse, se trata de actos desdorados que revelan un mal comportamiento del asignatario. En las tres situaciones, el asignatario puede "probar" que el testador no cuidó de la educación del desheredado, caso en el cual queda liberado del desheredamiento (art. 1208, número 5).

¿Puede un asignatario exculparse por las razones analizadas si al testador no correspondían el cuidado y educación del asignatario? Tal ocurrirá cuando el asignatario sea llamado a la sucesión del abuelo, por ejemplo, por falta del padre o madre y en virtud del derecho de representación. Del tenor literal del art. 1208 parece desprenderse que la facultad de exculparse sólo puede alegarse respecto del testador que estaba encargado de la educación del asignatario. Sin embargo, no es esa la opinión de Rodríguez Grez. Estima que la excepción y razón exculpatoria mira fundamentalmente a la falta de culpa del asignatario que, como consecuencia de una mala o descuidada educación, no se encuentra en situación de comportarse de mejor manera.

### **C. Requisitos.**

**1.** Que se exprese la intención de desheredar en una cláusula testamentaria.

**2.** Que se invoque una causal legal y taxativa de desheredamiento.

**3.** Que se exprese específicamente las causas de desheredamiento. El testador debe indicar específicamente la causal por la cual deshereda al legitimario, señalando los hechos que la constituyen. Naturalmente que no se exige al testador el conocimiento de la ley. Así, por ejemplo, no tendrá que decir que deshereda al legitimario por la causal cuarta del art. 1208; basta con que indique los hechos constitutivos de la causal.

**4.** Prueba de la causal. (artículo 1209).

- El art. 1209, inciso 1º, exige que los hechos constitutivos de la causal de desheredamiento se prueben judicialmente en vida del testador, o bien con posterioridad a su fallecimiento (caso en el cual la prueba corresponde a las personas

interesadas en el desheredamiento); pero además, el tribunal debe calificar la causal. La causa de desheredamiento debe estar expresada en una cláusula del testamento, debe consistir en alguna de las conductas descritas en el art. 1208, deben probarse judicialmente ante juez competente por los medios que la ley consagra, y debe ser calificada como suficiente por el mismo tribunal.

- El juicio en el cual se pruebe la causal puede ser de índole civil o penal, que tenga lugar en vida del testador o que se inicie después de muerto por las personas a quienes interese el desheredamiento. Por ejemplo, si el legitimario causó lesiones al causante por haberlo agredido, y existió el juicio criminal correspondiente en que se establecieron estos hechos, bastará que el causante los indique en el testamento. Por el contrario, si hubo agresión y lesiones, y el testador estableció estos hechos en el testamento, pero no existió proceso penal, el resto de los herederos interesados deberá iniciar un juicio destinado a demostrar la existencia de estos hechos.

- Multiplicidad de causas de desheredación. No existe inconveniente alguno en que el testador impute al legitimario una serie de causas de desheredación, siempre que ellas se especifiquen en el testamento y correspondan a las del art. 1208. Tampoco se advierte inconveniente alguno en que dichas causas se expresen en uno o más testamentos, siempre que ninguno de los posteriores sea revocatorio y las causas especificadas sean compatibles.

- Excepcionalmente no será necesario la prueba de la causal si es que el desheredado no reclama su legítima dentro de los 4 años subsiguientes a la apertura de la sucesión, o dentro de los cuatro años contados desde el día en que haya cesado su incapacidad de administrar, si al tiempo de abrirse la sucesión era incapaz. La inactividad del legitimario desheredado constituye una especie de "renuncia tácita" a su asignación. Para que tal ocurra deben concurrir copulativamente dos requisitos: desheredamiento e inactividad por el plazo legal.

- Pablo Rodríguez estima que no existiría inconveniente alguno para que, en vida del testador, se acuerde entre el desheredado y el primero, dar por acreditada la causal de desheredamiento. Pero en tal caso, se estima que dicho acuerdo debe traducirse en una transacción judicial. Ello, por dos razones fundamentales: porque la ley exige la prueba judicial y porque el art. 2460 da a la transacción el efecto de cosa juzgada y de equivalente jurisdiccional.

**5.** Sólo pueden ser desheredados los herederos legitimarios, es decir los asignatarios de legítima rigorosa o efectiva, en su caso. Si se analizan las diversas asignaciones forzosas, se llegará a la conclusión de que no cabe tratándose de los alimentos forzosos, en este caso no opera el desheredamiento, ya que esta asignación tiene reglas propias (art. 1210, 2º). Finalmente, tratándose de las asignaciones semiforzadas (cuarta de mejoras), ellas suponen una disposición testamentaria, o sea, una cláusula en favor del asignatario, lo que obviamente excluye la voluntad de desheredar.

Si falta cualquiera de estos requisitos no vale el desheredamiento.

#### **D. Efectos.**

Al expresarse en un testamento sus efectos serán los que el testador determine. Si no lo ha señalado expresamente la ley suple su voluntad aplicando las siguientes reglas:

1. Priva al legitimario de su legítima.
2. Queda privado además de todas las asignaciones por causa de muerte y de todas las donaciones que le haya hecho el causante.
3. Los efectos del desheredamiento no se extiende a los alimentos, salvo en el caso de injuria atroz (969 c.c.). En un estudio comparativo de las causas de indignidad del art. 968 y las causales de desheredamiento consignadas en el art. 1208, se llega a la conclusión de que hay tres casos en que, indiscutiblemente, habiendo desheredamiento, no hay "injuria atroz", subsistiendo la obligación alimenticia:
  - 1º Cuando el asignatario ha cometido delito que merezca pena aflictiva.
  - 2º Cuando el asignatario se ha abandonado a los vicios.
  - 3º Cuando el asignatario ejerce o ha ejercido "granjerías infames".
4. El desheredamiento priva al padre o madre del derecho legal de goce sobre los bienes del hijo. El art. 250 número 3 priva al padre o madre del derecho legal de goce sobre los bienes del hijo, cuando ellos provienen de una herencia que ha pasado al hijo por desheredamiento del padre. En este caso, el derecho legal de goce corresponderá al padre o la madre que no ejercía la patria potestad. A falta de los padres, el usufructo corresponderá al hijo, debiendo designársele un curador para su administración.
5. El desheredamiento priva del beneficio de competencia. Otro efecto importante del desheredamiento deriva de lo previsto en el art. 1626 número 1, conforme al cual se priva del beneficio de competencia (definido en el art. 1625) a los ascendientes o descendientes cuando éstos han irrogado al acreedor alguna ofensa de las clasificadas entre las causas de desheredación.

#### **E. Revocación del desheredamiento.**

artículo 1211: "El desheredamiento podrá revocarse, como las otras disposiciones testamentarias, y la revocación podrá ser total o parcial; pero no se entenderá revocado tácitamente, por haber intervenido reconciliación; ni el desheredado será admitido a probar que hubo intención de revocarlo."

El desheredamiento consiste en una cláusula testamentaria en la cual se expresa de privar al legitimario de su asignación por alguna de las causales establecidas en la ley. Ahora bien, si el testador puede sancionar al legitimario privándolo de su asignación forzosa y de las demás asignaciones que puedan corresponderle, también puede perdonarlo revocando el desheredamiento. La revocación es un acto solemne que depende de la sola voluntad del testador y que debe al igual que el desheredamiento estar contenido en un acto testamentario.

En esta materia, conviene precisar algunas cuestiones de interés práctico:

1º Si el desheredamiento está contenido en un testamento privilegiado que caduca (art. 1212, 2º), aquel quedará igualmente sin efecto por el solo ministerio de la ley. Más complejo resulta el caso inverso, vale decir, si el desheredamiento está contenido en un testamento solemne que es revocado por un testamento privilegiado que a su vez, también caduca. El art. 1213, 2º, consagra la única circunstancia en que un testamento revocado recobra, sin expresión de voluntad del causante, plena validez jurídica. A primera vista, parece claro que al extinguirse por caducidad el testamento privilegiado y "revivir" el testamento solemne, subsiste el desheredamiento.

Rodríguez Grez no comparte tal conclusión. Si el testador ha “perdonado al desheredado” por medio de un testamento que caducó por hechos que no son imputables al causante (como acontece con el art. 1036), parece evidente que la causa de desheredación no puede surtir efectos contra la voluntad expresa del testador.

**2º** Una situación semejante podría plantearse si luego de otorgado testamento con la cláusula de desheredación, el testador hace donaciones entre vivos o por causa de muerte al desheredado (donaciones irrevocables o revocables, respectivamente). En tal caso, se estima que se trataría de una revocación parcial, lo cual obligaría a reconocer al desheredado sólo derechos sobre la donación, mas no con respecto de los demás bienes de la sucesión.

**3º** El testamento en que se contiene una cláusula de desheredación, puede ser revocado expresa o tácitamente. Si la revocación es expresa, el testador, en términos formales y explícitos expone su voluntad de dejar sin efecto el desheredamiento; si la revocación del testamento es tácita, la voluntad de dejar a su vez sin efecto el desheredamiento, se desprende de lo dispuesto en el último testamento. Lo que prima siempre es la voluntad del testador, pero con tal que ella se manifieste en un acto testamentario, sea en forma expresa o tácita.

De lo anterior se desprende entonces que no es legalmente suficiente la reconciliación entre testador y desheredado, ni la intención comprobada de que el causante quiso revocar el desheredamiento en vida. Para que esta intención tenga efecto, es necesario que esté contenida en una disposición testamentaria. Tanto el desheredamiento como su revocación son actos unilaterales eminentemente solemnes que deben estar contenidos en un testamento. Al respecto, es aplicable el art. 1701.

#### **F. Tiempo de prescripción del desheredamiento.**

Un problema interesante de resolver es determinar en cuanto tiempo prescribe el desheredamiento. No hay norma expresa en el párrafo 4 del Título V del Libro III del CC.

Pueden presentarse tres situaciones:

**1º** Puede el desheredado no reclamar su legítima, caso en el cual el art. 1209, 2º, establece que los derechos del desheredado prescriben en cuatro años, a partir de la apertura de la sucesión o desde que haya cesado la incapacidad de administrar, si al momento de abrirse la sucesión el legitimario era incapaz.

**2º** Puede el desheredado tener conocimiento del testamento del causante, pero no iniciarse juicio en su contra para acreditar la causa de desheredación ni haberse acreditado en vida del testador.

**3º** Puede el desheredado no tener conocimiento del desheredamiento, sea porque no se conoce el testamento del causante o porque teniéndose conocimiento del mismo, lo ignora el desheredado.

Estima Rodríguez Grez que, en los dos últimos casos, se aplican las normas de la acción de petición de herencia. En consecuencia, la causa se purga, por regla general, en 10 años, pero respecto del heredero putativo que obtuvo reconocimiento judicial, se purgará en el plazo de 5 años. De tal forma, para probar la causa de desheredamiento debe estarse a los plazos consagrados para ejercer la acción de

petición de herencia. Se basa la conclusión anterior en el hecho de que el legitimario desheredado no es heredero (siempre que concurren las exigencias legales), lo cual obliga a aceptar que tienen en este caso plena aplicación las reglas sobre petición de herencia. Una vez probada judicialmente la causa de desheredamiento contenida en el testamento y calificada como suficiente por sentencia judicial, para recuperar la herencia que está en manos del desheredado, debe interponerse la acción de petición de herencia (art. 1264 y siguientes).

#### **G. Efectos del desheredamiento respecto del desheredado y de terceros.**

**1) Respecto del desheredado:** Cabe dilucidar qué sucede cuando el desheredado entra en posesión de su asignación (sea ignorando o conociendo la disposición testamentaria que lo priva de su legítima) y, con posterioridad, se conoce y prueba la causa de desheredación. Conforme a lo señalado, se trata en este caso de una acción cuyos efectos son idénticos a los que corresponden a la acción de petición de herencia. En consecuencia, el desheredado deberá restituir la herencia conforme a las reglas contenidas en los arts. 1266 y 1267, que distinguen según se trate de un poseedor de buena o mala fe, entendiendo que ello está referido al conocimiento o desconocimiento que se tenga del testamento en el que se contiene el acto del desheredamiento (se aplicarán, por ende, las reglas de las prestaciones mutuas, contenidas en los artículos 904 y siguientes).

#### **2) Respecto de terceros.**

Al efecto, el art. 1268 confiere a los demás herederos que se benefician con el desheredamiento acción reivindicatoria, así se trate de poseedores de buena o mala fe, y una acción personal contra el desheredado de mala fe para que les complete lo que no hayan podido obtener de los terceros y los deje enteramente indemnes (artículos 898 y 900 del Código Civil).

#### **H. Transmisión del desheredamiento a los herederos.**

Otro problema interesante que cabe resolver es determinar si la causa de desheredamiento se transmite a los herederos del desheredado. Puede ocurrir que el desheredado muera sin tener conocimiento del acto testamentario mediante el cual es privado de su legítima. ¿Puede iniciarse juicio para probar y calificar la causa de desheredamiento después de la muerte del legitimario desheredado?

Cabe advertir que no existe en la regulación del desheredamiento una norma que se refiera a esta materia en forma específica, como sucede en los casos de indignidad (art. 977). Tratándose del desheredamiento, operan los efectos propios de la acción de petición de herencia, ya que los verdaderos herederos del causante reclaman una herencia que está ocupada por un legitimario que ha sido desheredado, no teniendo, a partir de la prueba y calificación de la causa de desheredación, la calidad de tal. Siguiendo esta tesis, forzoso es concluir que la causa de desheredamiento pasa a los herederos del legitimario que ha sido privado de su asignación por disposición testamentaria, pudiendo iniciarse a su respecto, durante el tiempo que falte para que opere la prescripción de que trata el art. 1269, la acción destinada a probar y calificar la causa que se ha invocado de desheredamiento.

#### **I. A quién aprovecha el desheredamiento.**

Para establecer con precisión esta cuestión, debe atenderse a si el desheredado puede o no ser representado y si tiene o no descendientes que sean llamados en su nombre y pasen a ocupar el mismo grado de parentesco y los mismos derechos hereditarios que tendrían su padre o madre desheredados, en relación al causante:

**1º** En el primer caso, si el desheredado puede ser representado, sus descendientes con derecho a representarlo (art. 984) lo reemplazarán, debiendo ser capaces y dignos de suceder al causante, no al representado. Por consiguiente, la desheredación aprovechará a los descendientes del desheredado.

**2º** En el segundo caso, o sea, cuando el desheredado no puede ser representado (sea porque es un legitimario sin descendencia o legitimario sin derecho a representación, como son el ascendiente y el cónyuge sobreviviente), el desheredamiento aprovecha a los demás legitimarios llamados a la sucesión, quienes verán incrementadas sus legítimas en la parte o cuota que no lleva el desheredado. Se tratará en este caso de una legítima rigurosa, o eventualmente de una efectiva.

**3º** Puede ocurrir también que el causante no tenga otros legitimarios. En tal situación, el desheredamiento puede aprovechar a los herederos o legatarios voluntarios (testamentarios), y si no existe disposición testamentaria, a los herederos abintestato.

Esta materia reviste importancia, atendido el hecho que serán las personas que resulten favorecidas las que podrán, después de muerto el testador, iniciar el juicio respectivo para probar y calificar la suficiencia de la causal de desheredamiento.

#### **J. Paralelo entre indignidad y desheredamiento.**

**1º** La indignidad es el medio que la ley franquea a todos los interesados en la sucesión para privar de su asignación a los que incurren en alguna de las causales de indignidad que consagra la ley.

El desheredamiento es el medio que la ley franquea al causante para excluir de su sucesión a los legitimarios, en cuanto asignatarios forzosos, cuando ellos han incurrido en alguna de las causales de desheredación establecidas en la ley.

**2º** Las causas de indignidad están referidas tanto a hechos acaecidos en vida del causante como a hechos posteriores a su muerte. Así, por ejemplo, se hace indigno el partidor nombrado por testamento que no acepta el encargo (art. 1327 en relación al art. 971, 2º), o el que siendo mayor de edad no hubiere acusado a la justicia el homicidio cometido en la persona del causante (art. 969).

Las causas de desheredamiento están referidas necesariamente a hechos acaecidos en vida del causante.

**3º** Las causas de indignidad sólo pueden probarse después de la muerte del causante. Las causas de desheredamiento pueden probarse judicialmente en vida del causante o por los interesados después de la muerte del causante.

**4º** Las causas de indignidad no se expresan jamás en el testamento. Las causas de desheredamiento deben estar contenidas en una disposición testamentaria.

**5º** Las indignidades no son revocables ni se sanean por voluntad del causante. El desheredamiento es revocable por voluntad del causante, sea total o parcialmente.

**6º** Las causas de indignidad siempre deben acreditarse judicialmente en juicio ordinario que se sigue entre el asignatario afectado y el o los interesados en excluirlo.

Las causas de desheredamiento pueden operar sin necesidad de que sean probadas, en el caso contemplado en el art. 1209, 2º, esto es, cuando el desheredado no reclame su legítima dentro de los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión.



**7º** La indignidad se refiere a cualquier asignación que pueda corresponder al indigno, así sea forzosa, semiforzosa o voluntaria.

El desheredamiento sólo se refiere a la legítima y por ende afecta únicamente a los legitimarios.

**8º** Las indignidades privan al asignatario de toda participación en la sucesión, pero no afectan a las donaciones que le haya hecho el causante, salvo en el caso del art. 1430: "La acción revocatoria termina en cuatro años contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo, y se extingue por su muerte, a menos que haya sido intentada judicialmente durante su vida, o que el hecho ofensivo haya producido la muerte del donante, o ejecutándose después de ella. / En estos casos la acción revocatoria se transmitirá a los herederos."

El desheredamiento priva al asignatario de toda asignación en la sucesión y de las donaciones que le haya hecho el causante, salvo que éste limite sus efectos en la forma que estime conveniente.

**9º** La indignidad sólo opera de pleno derecho en la circunstancia contemplada en el art. 994, tratándose del cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial y en el caso previsto en el artículo 203, respecto del progenitor cuya paternidad o maternidad se determinó judicialmente con su oposición; en los demás casos debe ser declarada judicialmente.

El desheredamiento sólo opera de pleno derecho parcialmente en la situación contemplada en el art. 114; en los demás casos debe constar en cláusula testamentaria y probarse judicialmente, salvo cuando no se reclama la legítima en el plazo de 4 años (art. 1209).

**10º** La indignidad se purga en el plazo de 5 años (art. 975). El desheredamiento debe ser acreditado judicialmente en el plazo consagrado en el art. 1269: 10 o 5 años, según el caso.

**11º** La indignidad declarada judicialmente no pasa a terceros de buena fe (art. 976). El desheredamiento se rige por las disposiciones del art. 1268, pudiendo los herederos que sean llamados a la asignación del desheredado reivindicar las cosas hereditarias que sean reivindicables y que no hayan adquirido por prescripción terceros poseedores.

**12º** El asignatario indigno está obligado a restituir la herencia o legado con sus acciones y sus frutos, sin que se distinga entre poseedor de buena o mala fe (art. 974, 2º).

El asignatario desheredado se rige por la disposición del art. 1267, que distingue entre poseedor de buena y de mala fe, entendiendo que ella está referida al conocimiento o ignorancia del mismo desheredamiento contenido en el testamento.

**13º** La indignidad puede acarrear la pérdida del derecho de alimentos en los casos de que trata el art. 968 (injuria atroz).

El desheredamiento puede importar la pérdida del derecho de alimentos sólo en los casos consignados en los números 1, 2 y 3 del art. 1208.

**14º** La indignidad se transmite a los herederos del indigno por el tiempo que falta para completar los 5 años al cabo de los cuales se sana.

El desheredamiento también se transmite a los herederos del desheredado, de la misma manera y por los mismos plazos que la acción de petición de herencia (art. 1269).

**15º** La indignidad y el desheredamiento pueden aprovechar a los descendientes del desheredado siempre que respecto de estos legitimarios proceda el derecho de representación (art. 984), o a los demás legitimarios si los hay. Si no hay descendientes del desheredado o no procede a su respecto el derecho de

representación (ascendientes y cónyuge sobreviviente), el desheredamiento puede aprovechar a los asignatarios testamentarios o abintestato en su caso

### **VIII. Acción de reforma de testamento.**

**A. Concepto:** Es aquella acción de que gozan los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley le corresponde para que se reforme a su favor el testamento (1216 inciso 1).

Pablo Rodríguez Grez: "Aquella acción de que dispone los asignatarios forzosos para reclamar lo que por ley les corresponde cuando el testador ha desconocido su derecho".

La acción de reforma de testamento no es una acción de nulidad, ya que su objetivo es modificar las disposiciones testamentarias del causante, para hacer prevalecer las disposiciones de la ley en materia de asignación. Es una acción de **inoponibilidad**, puesto que el testamento no empece, en la parte que sobrepasa las asignaciones protegidas, a los herederos preteridos. Por consiguiente, el juez, al acoger la acción de reforma de testamento, debe establecer claramente qué asignaciones voluntarias se modifican o no tendrán efecto.

#### **B. Características:**

- 1)** Es una acción de inoponibilidad.
- 2)** Es una acción personal
- 3)** Es una acción patrimonial, esto es, dados sus fines, es susceptible de evaluación pecuniaria.
- 4)** Es una acción renunciante. 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. 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.
- 5)** Es una acción transferible y transmisible. El asignatario forzoso, a partir del fallecimiento del causante, puede transferir sus derechos en la sucesión. 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.
- 6)** Se trata de una acción de lato conocimiento. No tiene un procedimiento especial señalado en la ley.
- 7)** 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.
- 8)** 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.

### **C. Titulares de la acción.**

1. Legitimarios, para proteger la legítima rigorosa (1216).
2. Legitimarios para proteger la legítima efectiva.

- La ley confiere la acción solo a los legitimarios **y no a los demás beneficiarios de la 1/4 de mejoras**. Esto se debe a que en el evento de disponer el testador de dicha 1/4 a favor de extraños esa estipulación carecerá de efectos y por lo tanto **esos bienes acrecerán la legítima rigorosa**, transformándola en efectiva, los asignatarios de mejora no son titulares de la acción ya que conforme al artículo 1195 inciso 1 el causante puede disponer libremente de la 1/4 de mejora a cualquiera de ellos.

- Finalmente, los asignatarios de alimentos forzosos no son titulares de la acción ya que ellos se deducen como baja general.

- El profesor estima que hay una excepción, cual es el caso del alimentario forzoso, el podrá ejercer la acción si es desheredado fundado en la causal de injuria atroz reclamando el asignatario que dicho desheredamiento es ilegal.

3. Caso especial: 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. El desheredado, a juicio de Pablo Rodríguez 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. A su vez, mientras no exista juicio entre los interesados en probar y calificar la causal, el asignatario desheredado no puede ser excluido de la sucesión.

### **D. Sujeto pasivo.**

Se dirige la acción en contra de las personas que el testador a instituido heredero o legatario perjudicando las asignaciones.

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 legítima a uno de sus hijos, teniendo tres, la acción debe interponerse contra aquél hijo asignatario de toda la mitad legítima, con el objeto que su asignación se reduzca a un tercio de la mitad legítima.

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. Para Rodríguez Grez 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.

Se diferencia de la acción de petición de herencia, puesto que esta última es una acción real.

#### **E. Objeto de la acción.**

La finalidad es obtener la modificación del testamento para eliminar el perjuicio de las asignaciones forzosas.

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:

**1)** En la legítima rigorosa o efectiva: Así está indicado en el art. 1217. El legitimario reclamará su legítima rigorosa, siempre si es ascendiente, y si es descendiente o cónyuge 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, 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.

**2)** En la cuarta de mejoras. art. 1220.

Si el que tiene descendientes, ascendientes o cónyuge 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

#### **F. Entero de las legítimas.**

El entero o pago de las legítimas debe hacerse por los beneficiarios con las asignaciones violatorias de las asignaciones forzosas. A juicio de Pablo Rodríguez esta norma es innecesaria, ya que parte del supuesto de que la cesión que sufre el legítimo que deduce acción de reforma deriva de un provecho que el causante otorga a los demás legitimarios, hipótesis muy específica, que excluye la posibilidad de que la acción se interponga en contra de un 3 que no es legítimo o contra uno de entre varios legitimarios.

#### **G. Prescripción de la acción.**

La acción prescribe dentro de los 4 años contados desde el día que tuvieron conocimiento del testamento y su calidad de legítimo. Dos son las circunstancias exigidas por la ley para que empiece a correr el plazo de prescripción:

☐ Que los legitimarios tengan conocimiento del testamento en el cual se les desconoce sus legítimas;

☐ 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 legítimo) 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 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

- Se trata de una prescripción de corto tiempo (2524) y por lo tanto por regla general las prescripciones de corto tiempo no se suspenden. Sin embargo, este plazo excepcionalmente se suspenderá a favor del legítimo que a la fecha de la apertura de la sucesión no tenía la administración de sus bienes. En este caso el plazo de 4 años se contará desde que recupero la administración de sus bienes. Eso sí, este plazo de suspensión no puede extenderse por más de 10 años.

- Rodríguez Grez estima que este **plazo es de 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 acerca de determinar si estamos ante una acción de prescripción o de caducidad tiene importancia, en lo concerniente al peso de la prueba. Somarriva estima, invocando el art. 1698, que es al asignatario demandado por los legitimarios a quien le corresponderá probar que realmente ha existido prescripción. Rodríguez Grez, por el contrario, postula que quien deduce la acción de reforma está obligado a acreditar los presupuestos de la misma; entre éstos, que ella se encuentra vigente y no ha caducado. 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).

- Según Rodríguez Grez, si el plazo 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. 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. Además, 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).

#### **H. La preterición.**

art. 1218: “El haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima. / Conservará además las donaciones revocables que el testador no hubiere revocado.” Consiste en pasar en silencio a un legitimario, sin asignarle lo que por ley le corresponde y sin desheredamiento.

El artículo 1218 señala que el haber sido pasado en silencio un legitimario deberá entenderse como una institución de heredero en su legítima. Además, el inciso 2 de ese artículo agrega que conservará además las donaciones revocables que el testador no hubiere revocado.

Por lo anterior se desprende que el no necesita ejercer la acción de reforma, sino que la acción de petición de herencia.

A juicio de algunos, la preterición revela la insuficiencia de la definición que de las



asignaciones forzosas contiene el art. 1167, cuando se indica que son aquellas que el testador "es obligado a hacer". En verdad, las asignaciones forzosas las hace la ley, no el testador, el cual está obligado a respetarlas. Si no lo hace, la ley arbitra los medios (acciones de reforma de testamento) para hacerlas prevalecer en contra la voluntad del causante.

De allí que ante una absoluta preterición u omisión del legitimario en el testamento, éste se entiende instituido heredero en su legítima. Más aún, sobrepasada la legítima en favor de un asignatario testamentario, el testamento del causante no es nulo, sino que se reforma, haciendo prevalecer las legítimas por sobre su voluntad expresa

### **Casos de preterición.**

Se han propuesto tres por Rodríguez Grez:

**1º** Nada ha recibido el legitimario con imputación a su cuota de su legítima y no es mencionado en el testamento.

**2º** Se ha mencionado al legitimario como pariente, pero sin que se le haga asignación alguna, ni se le instituya heredero.

**3º** Se le ha instituido en legado o donación revocable; pero ordenándose que esas asignaciones no se imputen a su legítima.

En todos estos casos, el legitimario ha sido pasado en silencio no por no haber sido mencionado en el testamento, sino porque no se reasigna lo que por concepto de legítima le corresponde.

Por consiguiente, hay preterición cuando el testador simplemente omite toda referencia al legitimario en su testamento, sea que se le haya hecho o no donaciones revocables o irrevocables en vida. Así, por ejemplo, si el testador se limita en su testamento a disponer de la cuarta de libre disposición, sin hacer mención alguna a sus legitimarios, todos ellos han sido preteridos y tiene plena aplicación el art. 1218.

Lo que la ley dice entonces, es que el silencio o la omisión de toda referencia al legitimario en el testamento, es un reconocimiento tácito de la asignación instituida en la ley. Si el testador no sólo omite toda referencia al legitimario, sino que dispone más allá de lo que la ley permite, el legitimario preterido -pero instituido heredero por la ley en su legítima- ejercerá la acción de reforma de testamento (art. 1216), tal como si hubiera sido expresamente reconocido por el testador en su testamento.

Se estima que el legitimario no necesita deducir acción alguna, porque su asignación está instituida por la ley, y de consiguiente, le basta invocar el art. 1218 para ser tenido como heredero en su legítima. Sólo deberá accionar cuando las disposiciones testamentarias del causante hayan sobrepasado su legítima rigurosa o efectiva. Así, por ejemplo, el legitimario puede deducir acción de reforma de testamento si el causante ha dispuesto mal de la cuarta de mejoras, afectando por consiguiente su legítima efectiva.

En la doctrina, se ha discutido qué acción debe deducir el legitimario preterido para reclamar su asignación.

- Algunos sostienen que debe ejercer la acción de reforma de testamento.
- En sentido contrario, Somarriva expresa que la consecuencia de entender al preterido instituido como heredero en su legítima, es que la acción que propiamente deberá intentar es la de petición de herencia y no la de reforma de testamento. Lo anterior, porque el art. 1218 es imperativo y dispone que el preterido deberá

entenderse instituido heredero y por ende, será un heredero privado de su posesión. El preterido no requiere de la acción de reforma de testamento, por ser innecesaria. La acción de que dispone es la de petición de herencia. Es un heredero privado de la posesión de los bienes que le caben en la herencia; en cambio, no se le ha negado su carácter de heredero.

- Pablo Rodríguez resume el problema en lo siguiente:

**1º** El testamento del causante no lesiona la legítima rigorosa o efectiva en su caso, y el heredero entra en posesión de los bienes que componen su asignación, evento en que no necesita deducir acción alguna en defensa de sus intereses.

**2º** El testamento del causante no lesiona la legítima rigorosa o efectiva en su caso, y el heredero no está en posesión de los bienes que componen su herencia, situación ante la cual deberá deducir acción de petición de herencia, sustentándola en su calidad de heredero legitimario instituido en la ley;

**3º** El testamento del causante, junto con preterir al legitimario, contiene disposición de bienes que lesionan la legítima rigorosa, en cuyo caso deberá deducirse acción de reforma del testamento para que sea considerado heredero en su legítima. Puede deducir también, junto a la anterior, acción de petición de herencia si el legitimario está privado de los bienes que componen su asignación.

#### **I) 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.

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.

### **VIII. INEFICACIA DEL TESTAMENTO.**

Son diversas las causas por las cuales un testamento puede quedar sin eficacia, siendo las siguientes:

- 1.- Puede ocurrir que un heredero repudie la herencia
- 2.- Puede suceder que el heredero se halla indigno o incapaz
- 3.- Puede ocurrir que se declare por sentencia firme la nulidad del testamento.
- 4.- Materialmente se puede destruir el testamento cerrado cuando no ha habido copia del mismo.
- 5.- Los testamentos privilegiados pueden caducar.
- 6.- El testamento puede ser modificado a raíz del ejercicio de la acción de reforma de testamento cuando no se hubieren respetado las asignaciones forzosas
- 7.- El testamento puede ser revocado.

## **REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO.**

### **Generalidades.**

El testador mientras viva conservará la facultad de revocar las disposiciones contenidas en el testamento que hubiere otorgado, tal como se desprende de los Arts. 999 y 1001.

Esta facultad tiene por objetivo asegurar la libertad de testar. Hay que agregar además que la revocación de un testamento es la única forma de dejar sin efecto un testamento otorgado válidamente. Con la nulidad el testamento nace inválido, en cambio en la revocación el testamento nace válido.

Así lo declara expresamente el Art. 1212 inc. 1º al señalar que el testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino por la revocación del testador.

Es importante también considerar que en un testamento sólo es posible revocar sus disposiciones y aquellas declaraciones que digan relación con aspectos patrimoniales por ejemplo el nombramiento de un ejecutor testamentario. De otro modo la revocación del testamento no alcanza a otro tipo de declaraciones que en él se hayan formulado y en especial aquellas que involucren derechos de terceras personas, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo.

### **Características del derecho a revocar un testamento:**

- Es un derecho irrenunciable, Art. 1001
- Es un derecho personalísimo, no admite representación, Art. 1004.
- Su ejercicio se halla sujeto a ciertas formalidades.
- Es un derecho absoluto, de manera tal que no es necesario que el testador fundamente el ejercicio de esta facultad.

### **Formalidades de la revocación.**

En este sentido el Art. 1213 inc. 1º señala que el testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o parte por un **testamento solemne o privilegiado.**

Esta disposición ha sido criticada básicamente por incompleta en razón de lo siguiente:

**1.-** Da a entender que el testamento solemne sólo puede revocarse en forma expresa. No obstante, lo anterior el testamento solemne también puede revocarse en forma tácita mediante el otorgamiento de otro testamento.

**2.-** Sólo se refiere al testamento solemne y no cabe duda que el testamento privilegiado puede también ser revocado ya sea mediante un testamento solemne o uno menos solemne.

A raíz de estas 2 críticas se ha señalado que una redacción más correcta hubiera sido señalar que todo testamento podrá revocarse en todo o parte por un testamento posterior. Lo curioso es que esta era la redacción que estaba en el proyecto de 1841 y que es posteriormente se modificó en la forma que está actualmente redactada en el Art. 1213.

### **Reglas específicas:**

**1.-** La revocación que se hiciere en un testamento privilegiado caducará con el testamento que lo contiene y subsistirá el anterior, Art. 1213 inc. 2º.

**2.-** Si por sentencia ejecutoriada se declara la nulidad del testamento revocatorio la situación jurídica se retrotrae al tiempo anterior al otorgamiento de dicho acto a consecuencia de lo cual recuperará su vigencia el testamento revocado.

**3.-** Situación que se refiere a la revocación de un testamento revocatorio. El problema es el siguiente: se otorga un testamento, luego se otorga un testamento revocatorio y con posterioridad se otorga un segundo testamento revocatorio (que revoca al primer testamento revocatorio), ¿revive o no el primer testamento otorgado? La solución la da el Art. 1214 al señalar que si el testamento que revoca un testamento anterior es revocado a su vez, **no revive por esta revocación el primer testamento a menos que el testador manifieste voluntad contraria.**

### **Clases de revocación.**

**1.- Total o Parcial.** Art. 1212 inc. 3º

Si la revocación es total y no hay nuevo testamento. Esta sucesión se regirá por las normas de la sucesión intestada.

Si la revocación es solo parcial, esta sucesión será parte testada y parte intestada.

**2.- Expresa o Tácita.**

En la revocación expresa el testador formalmente en términos explícitos revoca total o parcialmente un testamento anterior.

Será tácita la revocación cuando se produzca una incompatibilidad entre las antiguas y las nuevas disposiciones, incompatibilidad que les impide coexistir y ejecutarse simultáneamente.

En razón de lo anterior es que el Art. 1215 inc. 1º señala que un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores. Es decir, los testamentos posteriores que expresamente no revoquen los anteriores dejarán subsistentes en estos las disposiciones que no sean incompatibles con las posteriores o contrarias a ellos.

Entonces si pueden subsistir 2 testamentos de una misma persona la revocación va a surgir cuando haya incompatibilidad entre las cláusulas de ambos.

Esta incompatibilidad puede ser de 2 formas:

**i. Material.**

Ella se produce cuando las disposiciones de diversos testamentos son contradictorias

entre sí, por ejemplo, en un primer testamento dejo la propiedad plena a Juan y en un testamento posterior le dejo a Juan sólo el usufructo, habrá en este caso revocación tácita.

## **ii. Intencional.**

Por ejemplo, en un testamento dejo mi casa a Juan y en otro posterior se la dejo a Pedro. En esta situación no puede considerarse a ambos asignatarios como coasignatarios ya que la intención del testador en su última manifestación fue dejarle exclusivamente su casa a Pedro.

## **IX. PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS Y TESTAMENTARIAS.**

Las deudas hereditarias son aquellas que el causante contrajo en vida y las deudas testamentarias son aquellas que tienen su origen en el testamento mismo.

Por regla general serán los herederos quienes deberán asumir el pago de las deudas hereditarias y testamentarias, ello en atención a que los herederos son los continuadores de la persona del causante. Por excepción corresponderá asumir estas obligaciones a los legatarios.

**La doctrina mayoritaria señala que la fuente de la cual surgen las obligaciones de pagar estas deudas hereditarias y testamentarias son los cuasicontratos y para ello citan precisamente el Art. 1437.**

El profesor estima que el Art. 1437 no engloba la aceptación de la herencia dentro de los cuasicontratos, sino que los diferencia y por eso, siguiendo a Somarriva, el profesor cree que la fuente de estas obligaciones **es la ley.**

### **A. Pago Deudas Hereditarias**

#### **1- Responsabilidad de los herederos.**

Por regla general corresponde a los herederos el pago de las deudas hereditarias en virtud de lo dispuesto en los Arts. 951 y 1097.

Por excepción los herederos no serán responsables respecto de aquellas obligaciones que sean intransmisibles (por esta razón decíamos que la sucesión por causa de muerte puede excepcionalmente operar como un modo de extinguir obligaciones), y tampoco serán obligados en materia de responsabilidad penal, pero sólo en lo que se refiere a la pena corporal pero no a las penas pecuniarias derivadas del delito, Art. 93 nº 1 del código penal.

#### **2- Forma de proceder en contra de los herederos.**

Aquí hay un principio general cual es que los acreedores pueden dirigirse **en contra de los herederos en los mismos términos como podían hacerlo en contra del causante.**

Lo anterior se debe a que al tiempo de abrirse la sucesión y operar la sucesión por causa de muerte se produce una confusión entre los patrimonios del causante y de sus herederos, de manera tal que en principio el derecho de prenda general de los acreedores se mantiene en los herederos.

Existe una excepción en materia de juicio ejecutivo que se encuentra en el Art. 1377 según el cual los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos, pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución sino pasados 8 días después de la notificación judicial de sus títulos.

¿Cómo responden los herederos? Para analizar esta materia habrá que estarse a la forma en que se hubiese dividido la deuda, división que puede ser legal o bien que pudo ser hecha por el testador o por los herederos.

## **I. División legal.**

El principio general está en el Art. 1354 inc. 1º y 2º en cuanto a que las deudas hereditarias se dividen entre los **herederos a prorrata de sus cuotas; así el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas.**

Esta forma de división a prorrata **opera ipso iure**, una vez que fallece el causante y es aceptada la herencia por sus herederos, es decir por el solo hecho de la muerte la deuda se divide entre varios deudores y, por lo tanto, estaremos en presencia de una obligación simplemente conjunta o mancomunada, Arts. 1511 y 1526 inc. 1º. Cabe recordar que si la obligación es mancomunada el acreedor podrá demandar a los herederos por su parte o cuota en la deuda. La deuda, que antes era unitaria, se divide o fracciona, por el solo ministerio de la ley, en cuantas partes como herederos existan en la sucesión.

Existe, pues, una marcada diferencia entre la división del activo y del pasivo del causante. El pasivo se divide de pleno derecho; en cambio, en lo relativo al activo, se forma una comunidad entre los herederos respecto de los distintos elementos que forman aquél, indivisión que será necesario partir.

En cambio, las deudas hereditarias se dividen de pleno derecho y a prorrata de las cuotas de cada cual. Por ejemplo, el testador llamó a su herencia por partes iguales a Pedro, Juan y Diego; existe un acreedor hereditario por \$ 300. Este deberá cobrar a cada uno de los herederos –Pedro, Juan y Diego– \$ 100.<sup>19</sup>

Aunque la ley no lo dice la doctrina estima que esta forma de división opera también respecto de los créditos y por lo tanto cada heredero podrá exigir el cumplimiento o

---

<sup>19</sup> Agregado febrero 2020, sucesorio, somarriva, tomo II, pág 659

demandar su parte o cuota del crédito transmitido, aún antes de haberse efectuado la partición de bienes. A lo anterior se llega efectuando interpretación a contrario sensu del Art. 1526 nº 4 inc. 3º.

### **a. Consecuencias del principio general del Art. 1354.**

- La insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros, salvo que uno de los herederos no haya instado a la formación de la hijuela pagadera de dudas hereditarias, Arts. 1355 y 1287 inc. 2º.
- Si el causante era deudor solidario al fallecer se extingue la solidaridad respecto de sus herederos, ya que ellos serán solamente responsables de la cuota de la deuda que corresponde a su porción hereditaria, Art. 1523. De esta manera, el acreedor podrá cobrar el total de la deuda a uno cualquiera de los demás codeudores solidarios o a los herederos del codeudor solidario difunto, pero a cada uno de éstos sólo puede demandarle su parte en la deuda. Somarriva proporciona el siguiente ejemplo: Pedro, Juan y Diego debían solidariamente a Antonio \$ 300. Fallece Pedro, dejando como herederos en partes iguales a Martín y Roberto. Antonio puede cobrar a Juan y a Diego los \$ 300, pero a Martín y Roberto sólo puede



cobrarles \$ 150 a cada uno.

- La confusión de las obligaciones mutuas entre el causante y el heredero se produce sólo hasta concurrencia de la cuota que en el crédito o en la deuda le quepa teniendo el heredero acción contra sus coherederos a prorrata por el resto de su crédito, y les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda, Art. 1357. El precepto, destaca Somarriva, contempla dos situaciones:

□ el caso de que el heredero fuere el acreedor de la deuda hereditaria: en tal caso, se produce la confusión parcial de la calidad de acreedor primitivo del heredero y de deudor, como heredero del deudor primitivo. La extinción de la deuda se produce sólo hasta la cuota que le corresponde en la deuda al acreedor heredero, quien podrá exigir a los demás herederos el resto de la deuda, a prorrata de sus cuotas. Por ejemplo: Pedro y Juan son herederos por partes iguales, y el causante debía al primero \$ 300. La deuda se extingue por confusión en la parte que de ella le corresponde a Pedro, o sea, en \$ 150, pero éste podrá cobrar a Juan los restantes \$ 150.

□ El caso de que el heredero fuere deudor del causante: la deuda se extingue por confusión en la parte del crédito que corresponde al heredero deudor, pero subsiste en el resto. Por ejemplo: existen tres herederos por partes iguales, Pedro, Juan y Diego. El primero debía al causante \$ 300. Se extingue parcialmente la deuda por confusión en la parte del crédito que corresponde a Pedro, o sea en \$ 100, pero subsiste en el resto, o sea, Juan y Diego podrán cobrar \$ 100 cada uno a Pedro.

- La interrupción de la prescripción que obra en perjuicio de uno de los herederos no perjudica a los otros.

- Por regla general, se produce la división de la pena que se pudiera haber estipulado.

Así se desprende del artículo 1540, cuyas reglas son las siguientes:

□ Si la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo, se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias.

□ Sin embargo, si se estipuló la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago de la obligación, y uno de los herederos ha impedido el pago total (o sea, por su infracción, no es posible al acreedor obtener el pago íntegro de la obligación), se le podrá exigir toda la pena; y a los restantes herederos (que no han infringido la obligación) su respectiva cuota en la pena, quedándoles a salvo su acción para repetir en contra del heredero infractor (inciso 2º, artículo 1540); lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible (inciso 3º, artículo 1540).

- Si uno de los herederos paga la totalidad de la deuda hereditaria o una parte superior a la parte que en la deuda le corresponde, tiene derecho a dirigirse en contra del resto de los herederos, para recuperar de ellos todo lo que haya pagado en exceso

## **b. Excepciones al principio general del Art. 1354.**

El principio en virtud del cual las deudas se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, tiene las siguientes excepciones:

### **i. El beneficio de inventario, Art. 1354 inc. 3º.**

El heredero beneficiario no es obligado al pago de ninguna cuota de las deudas

hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda. De esta forma, se limita la responsabilidad del heredero, pudiendo no responder de las deudas a prorrata de su cuota, cuando lo que correspondiere por ésta excediere a lo que recibió a título de heredero. Somarriva proporciona el siguiente ejemplo: Pedro, heredero de un tercio de la herencia, recibe en la misma \$ 500. Las deudas de la herencia ascendían a \$ 3.000. En principio, Pedro debiera pagar \$ 1.000, pero como aceptó con beneficio de inventario, sólo paga \$ 500. Si el heredero no invoca el beneficio de inventario, responderá ilimitadamente, esto es ultra vires hereditatis, o sea, "más allá de las fuerzas de la herencia"

## **ii. Las obligaciones indivisibles, Arts. 1354 y 1526 n° 1, 2 y 4.**

A este respecto el Art. 1528 señala que cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible es obligado a satisfacerla en el todo y cada uno de los herederos del acreedor pueden exigir su ejecución total. Recordemos que la indivisibilidad puede serlo "por naturaleza" o "de pago". En el primer caso, cuando la cosa que se debe no admite división, como ocurre con una especie o cuerpo cierto; en el segundo caso, cuando admitiéndola, es el pago el indivisible, por disposición testamentaria, por convención entre el acreedor y el deudor o por mandato legal.

## **iii. Situación en la cual hay varios inmuebles de la sucesión hipotecados.**

En este caso aun cuando la obligación principal se divida entre los herederos a prorrata de su cuota en la herencia el acreedor hipotecario al ejercer su acción podrá dirigirse y perseguir el pago total en cualesquiera de las fincas hipotecadas, Art. 1365 inc. 1º parte 1ª.

Como consecuencia de lo antes señalado el Art. 1365 señala:

El heredero propietario del inmueble objeto de la acción hipotecaria tendrá a salvo su acción contra sus coherederos por la cuota que a ellos toque de la deuda, regla que se mantiene aun cuando el acreedor haya subrogado al dueño del inmueble en sus acciones contra los coherederos.

Es lógico que el heredero demandado deba pagarle al acreedor hipotecario no su cuota en la deuda sino la integridad de ella, pues corresponde aplicar las reglas generales de la hipoteca, en particular el derecho de persecución de que goza el acreedor hipotecario y el principio de indivisibilidad mencionado. Con posterioridad, el heredero que pague al acreedor hipotecario tiene derecho a repetir en contra de sus coherederos, en la parte o cuota de la deuda que corresponde a éstos. En este ajuste interno de cuentas, la solución es la misma que aquella que se contempla en el artículo 1522, a propósito de la solidaridad. Todo lo dicho se aplicará únicamente si el acreedor hipotecario entabla la acción hipotecaria, pues si deduce la acción personal sólo puede cobrar a cada heredero su parte o cuota en la deuda, porque esta acción es divisible.

El mismo Art. 1365 en su inc. 1º parte final señala que en este caso la porción del insolvente se repartirá entre todos los herederos a prorrata. Así, por ejemplo, si eran tres herederos de una obligación de \$ 60.000.000.-, y sus cuotas eran idénticas, y al demandar uno de ellos (que pagó dicha suma al acreedor) se encuentra con que el coheredero demandado es insolvente, su cuota -\$ 20.000.000.-, grava al demandante y al tercero de los herederos. Entonces, al último de los herederos podrá demandarlo por \$ 30.000.000.-

El Art. 1365 en su inc.1º se refiere a la "acción solidaria", ello es un error debería

decir “acción hipotecaria” cuyo ejercicio es indivisible.

#### **iv. Herederos usufructuarios, Art. 1354 inc. Final.**

El Art. 1356 señala que los herederos usufructuarios dividen las deudas con los herederos propietarios según lo prevenido en el Art. 1368 y los acreedores hereditarios tienen el derecho de dirigir contra ellos sus acciones en conformidad al referido artículo.

A su turno el Art. 1368 inc. 1º señala que si el testador deja el usufructo de una parte de sus bienes o de todos ellos a una persona y la desnuda propiedad a otra, el propietario y el usufructuario **se considerarán como una sola persona para la distribución de las obligaciones hereditarias y testamentarias que correspondieren a la cosa fructuaria.**

Agrega la misma disposición que las obligaciones que unidamente les quepan se dividirán entre ellos conforme a las reglas que siguen:

- Será de cargo del propietario el pago de las deudas que recayere sobre la cosa fructuaria quedando obligado el usufructuario a satisfacerle los intereses corrientes de la cantidad pagada durante todo el tiempo que continuare el usufructo.
- Si el propietario no se allanare a este pago podrá el usufructuario hacerlo y a la expiración del usufructo tendrá derecho a que el propietario le reintegre el capital sin interés alguno.
- Si se vende la cosa fructuaria para cubrir una hipoteca o prenda constituida en ella por el difunto, el usufructuario se subroga en la acción del acreedor contra los herederos, salvo que se hubiese garantizado una obligación de un tercero, Art. 1366
- El usufructo constituido en la partición de una herencia está sujeto a las reglas del Art. 1368 si los interesados no hubieren acordado otra cosa, Art. 1371.

El artículo 1368, destaca Somarriva, plantea el problema de si puede dirigirse el acreedor indistintamente en contra del nudo propietario o el usufructuario, o si tiene siempre que ir en contra del nudo propietario, quien es el obligado a pagar la deuda. Le parece que es ésta la solución adecuada, porque para el usufructuario es facultativo pagar o no la deuda.

#### **v. Herederos fiduciarios, Art. 1354 inc. Final.**

A este respecto el Art. 1356 señala que los herederos fiduciarios dividen las deudas con los herederos fideicomisarios según lo prevenido en el Art. 1372 y los acreedores hereditarios tienen derecho de dirigir contra ellos sus acciones en conformidad al referido artículo.

A su turno el Art. 1372 inc. 1º señala que el propietario fiduciario y el fideicomisario se considerarán en todo caso como una sola persona respecto de los demás asignatarios para la distribución de las deudas y cargas hereditarias y testamentarias.

¿Qué diferencia hay en la situación del heredero usufructuario y el heredero fiduciario? En el caso del heredero usufructuario el Art. 1368 inc. 1º limita la responsabilidad a la cosa fructuaria. En cambio, no existe esta limitación en el Art. 1372 inc. 1º respecto del caso del fideicomiso.

En esta situación la división de las deudas y cargas se hará del siguiente modo, Art. 1372:

- El fiduciario sufrirá dichas cargas con calidad de que a su tiempo se las reintegre el fideicomisario sin interés alguno.
- Si las cargas fueren periódicas las sufrirá el fiduciario sin derecho a

indemnización alguna.

Se trata de una fórmula similar a la del usufructo. El obligado al pago de las deudas y cargas será el propietario fiduciario, pero con derecho a repetir en contra del fideicomisario, sin derecho a interés. Ciertamente, este derecho a reembolso sólo podrá ejercerse, en la medida que se cumpla la condición de la que pende la restitución de los bienes al fideicomisario. Si dicha condición falla, el propietario fiduciario consolida su dominio, ahora como propiedad absoluta, soportando en definitiva el pago de las deudas y cargas en su patrimonio.

## **II. División hecha por el testador, Art. 1358**

El testador está facultado para hacer la división de las deudas hereditarias y deudas testamentarias, pero esta división solo es obligatoria para los herederos, pero no para los acreedores a quienes la ley les confiere una opción:

- Los acreedores hereditarios podrán ejercer sus acciones o en conformidad con las disposiciones legales que regula la división de las deudas, o en conformidad con las disposiciones del testador según mejor les pareciere.
- Si los acreedores optan por ejercer sus acciones de acuerdo con la división legal, aquellos herederos que sufrieren mayor gravamen que el que por el testador se les ha impuesto tendrán derecho a ser indemnizados por sus coherederos.

Por ejemplo, el testador debía en vida a Pedro \$ 3.000. Fallece aquél dejando tres herederos por partes iguales: Diego, Juan y Antonio. A cada uno de ellos le corresponde \$ 1.000 de la deuda, pero resulta que el testador eximió a Diego del pago de esta deuda. Al acreedor no lo afecta semejante disposición testamentaria, y puede cobrar a Diego los \$ 1.000 que en conformidad al artículo 1354 le corresponden en la deuda. Pero Diego podrá entonces repetir en contra de Juan y Antonio por dichos \$ 1.000 que se vio obligado a pagar. Son muchos los casos en el derecho en los cuales se presenta una situación semejante, en que es distinta la responsabilidad de los deudores frente al acreedor, y la que en definitiva les va a corresponder en la deuda (por ejemplo, en las obligaciones solidarias)<sup>20</sup>.

## **III. División hecha por la voluntad de los herederos, Art. 1359**

La regla del Art. 1358 antes vista se aplica al caso en que por la partición o por convenio de los herederos se distribuyan entre ellos las deudas de diferente modo que como se expresa en la división legal. En el mismo sentido se pronuncia el Art. 1340 en materia de partición.

Desde el punto de vista de la obligación a las deudas, cada heredero es obligado a prorrata de sus derechos. En el ejemplo que dábamos, Juan, Diego y Antonio son obligados cada uno a \$ 1.000. Pero, pagada la deuda, entra a jugar la contribución a éstas, y cada heredero res- ponderá en la forma impuesta por el testador o que fue acordada.<sup>21</sup>

**3-** ¿Cuándo se pagan las deudas hereditarias?, Art. 1374 inc. 1º. La regla general consiste en que los acreedores hereditarios se pagarán en la medida que se presenten y pagados éstos (baja general de la herencia) se pagarán los legados. La regla anterior se altera cuando existe concurso de acreedores (quiebra) o tercera oposición,

**a.** En caso de quiebra, sea del difunto, sea de la sucesión. En este caso, los

acreedores verificarán sus créditos en el juicio respectivo y se pagarán conforme a las normas del Código de Comercio aplicables a la quiebra.

**b.** La oposición de terceros consistirá, principalmente, como dice Meza Barros, en la alegación de que sus créditos deben ser pagados de preferencia

El artículo 1377 contiene una norma especial respecto de la notificación de los títulos ejecutivos: "Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos." Como subraya Meza Barros, los acreedores pueden accionar contra los herederos de su deudor, en los mismos términos que contra éste. Como lógica consecuencia, los títulos ejecutivos contra el causante traen también aparejada ejecución contra los herederos. Pero el legislador ha querido dar un respiro a los herederos, tanto para ser demandados en juicio ejecutivo cuanto para proseguir contra ellos el juicio ejecutivo ya iniciado contra el causante: debe notificarse a los herederos y esperar que transcurra el expresado plazo de ocho días

#### **4- Responsabilidad de los legatarios por las deudas hereditarias.**

##### **I. Principio general**

De acuerdo con el Art. 1104 los legatarios no representan al testador, no tienen más cargas que aquellas que expresamente se les impongan lo cual se entenderá sin

---

<sup>20</sup> Agregado febrero 2020, sucesorio, somarriva, tomo II, pág 667

<sup>21</sup> Agregado febrero 2020, sucesorio, somarriva, tomo II, pág 668

perjuicio de la responsabilidad que les pueda sobrevenir en subsidio de los herederos y de la que pudiere proceder a consecuencia del ejercicio de la acción de reforma de testamento. Esta responsabilidad puede emanar de tres factores: del pago de las legítimas y mejoras; por las deudas de la herencia en subsidio de los herederos; y del hecho de que el bien legado esté gravado con prenda o hipoteca

##### **II. Excepciones**

Aun cuando el testador no los haya expresamente gravado, los legatarios pueden resultar responsables en los siguientes casos:

##### **a. Contribución al pago de la legítimas y mejoras, Art. 1362 inc. 1º.**

Los legatarios no son obligados a contribuir al pago de legítimas y mejoras sino cuando el testador destine a legados alguna parte de la porción de bienes que la ley reserva a los legitimarios o a los asignatarios de mejoras, es decir, si el testador ha destinado a legados, más de la suma de que podía disponer libremente.

Agrega el Art. 1363 inc. 1º que en estos casos los legatarios contribuirán a prorrata de los valores de sus respectivos legados y la porción del legatario no solvente gravará a los otros.

De esta manera, dice Meza Barros, la contribución de los legatarios al pago de las legítimas y mejoras consistirá en una reducción de los legados para encuadrarlos en la porción de que el testador pudo disponer libremente.

Esta responsabilidad se hará efectiva mediante la acción de reforma de testamento que deducirán los legitimarios.

##### **b. Contribución al pago de las deudas hereditarias, Art. 1362 inc. 1º.**

- Los legatarios no son obligados a contribuir al pago de las deudas hereditarias

sino cuando al tiempo de abrirse la sucesión no haya habido en ella lo bastante para pagar las deudas hereditarias. Es por esta última razón que el Art. 1374 inc. 1º parte final señala que solo una vez pagadas las deudas hereditarias se satisfarán los legados.

Por el contrario, si en dicho momento existieren bienes suficientes, pero más adelante no los hay o sufrieren deterioros, el legatario ya no tiene responsabilidad alguna. Se sanciona de esta forma al acreedor, que no hizo valer su crédito en tiempo oportuno.

- Adicionalmente el Art. 1362 inc. 2º dispone que la acción de los acreedores hereditarios contra los legatarios es en subsidio de la que tiene contra los herederos. Afirma Somarriva que los legatarios tienen una especie de beneficio de excusión: el legatario, al igual que el fiador respecto del deudor principal, puede exigir al acreedor que les cobre primero a los herederos y si éstos no le pagan, entonces podrá el acreedor dirigirse en contra del legatario.

- Por último, de acuerdo con el Art. 1363 inc. 1º en estos casos los legatarios concurrirán a prorrata del valor de sus respectivos legados y la porción del insolvente no gravará a los demás.

- Lo expuesto ocurrirá, en la medida en que los legados se hayan pagado, pues en caso contrario, en lugar de accionar contra el legatario, su legado se reducirá en lo que sea necesario, pudiendo incluso extinguirse si el pago de las deudas lo exige.

### **c. Legados gravados con hipoteca o prenda, Art. 1366**

El legatario que en virtud de una hipoteca o prenda sobre la especie legada ha pagado una deuda hereditaria con que el testador **no haya expresamente** querido gravarlo **es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos.**

- Si existe voluntad expresa o tácita del testador de gravar al legatario con la prenda o hipoteca, éste deberá soportar su pago en definitiva sin derecho a repetición. El legatario puede ser gravado tácitamente en el caso del artículo 1135, inciso 3º, o sea, cuando el testador después de efectuado el legado constituye sobre el bien legado una prenda o hipoteca

- si no existe voluntad expresa o tácita de parte del testador de gravarlo con prenda o hipoteca, es necesario formular, de conformidad al art. 1366 un último distingo, según si el gravamen se ha constituido para garantizar una deuda del causante o de un tercero. En todo caso, en ninguna de las hipótesis el pago definitivo del gravamen lo soporta el legatario.

- Si la prenda o hipoteca garantizaba una deuda del causante, estaremos a lo dispuesto en el artículo 1366, inciso 1º. Nos hallamos ante un caso de subrogación legal. El artículo 1366 subroga al legatario en los derechos del acreedor prendario o hipotecario, en contra de los herederos.

- Si el gravamen no garantizaba una deuda del causante sino de un tercero, se aplica el inciso final del artículo 1366: el legatario no tendrá acción contra los herederos. No significa que el legatario se quede sin acción, sino que se va a subrogar en los derechos del acreedor contra el tercero, no contra los herederos.

### **III. ¿Es limitada o ilimitada la responsabilidad del legatario?**

En otras palabras: ¿está obligado a pagar deudas hereditarias sin limitación de ninguna especie o sólo hasta el monto de lo que recibe a título de legado? En opinión de Somarriva, los legatarios sólo responden en subsidio de los herederos hasta



conurrencia del beneficio que reciben por su legado, gozan de una especie de beneficio de inventario. Esto porque el artículo 1364 se pone en el caso de que el legatario sea gravado con el pago de una carga testamentaria, o sea, de otro legado, y limita su responsabilidad por este gravamen a lo que recibe en la sucesión.

#### **IV. Concurrencia de los legatarios para el pago de las deudas hereditarias, Art. 1363.**

Como hemos dicho la ley establece que en estos casos de excepción los legatarios concurren al pago de las deudas hereditarias a prorrata del valor de sus respectivos legados. No obstante, lo anterior la ley ha establecido un orden de prelación entre los legatarios. Se clasifican en comunes y preferenciales o privilegiados. Primero, responden los legados comunes, y agotados éstos, van respondiendo los legados preferenciales, según el grado de privilegio de que gocen.

**i.-** Legados comunes: son aquellos que no gozan de preferencia alguna para su pago.

**ii.-** Legados anticipados o donaciones revocables, Art. 1141 inc. 3º. La circunstancia de que el testador entregue la cosa al donatario o al legatario, denota su voluntad que prefiera a otros legatarios, que sólo recibirán su legado a la muerte del testador

**iii.-** Legados de obras pías o beneficencia pública, Art. 1363 inc. 3º parte 1ª.

**iv.-** Legados expresamente exonerados por el testador, Art. 1363 inc. 2º. Es perfectamente posible, como dice Somarriva, que el testador, en forma expresa, exima, en principio, a uno o más legatarios de toda responsabilidad en las deudas. Los así beneficiados no entrarán a contribución sino a falta de los demás legatarios.

**v.-** El exceso de las legítimas y mejoras. Art 1189, 1193 y 1194: De esta forma, lo que se deja a título de legítimas o de mejoras y que exceda la mitad legitimaria o la cuarta de mejoras, se pagará, en último término, con cargo a la cuarta de libre disposición, con preferencia a toda otra inversión, o sea, toda otra asignación. Como expresa Somarriva, tampoco aquí existen propiamente legados (bajo el entendido, que para este autor los alimentos no constituyen legados, según acabamos de ver), pero la idea es que las asignaciones a título de legítimas o mejoras que exceden la parte destinada a ellas se pagan en la cuarta de libre disposición con preferencia a todo otro legado

**vi.-** Legados estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por la ley, Art. 1363 inc. 3º parte final. Se refiere solo a los alimentos forzosos, no a los voluntarios ya que ellos son considerados como un legado común y, por lo tanto, concurren en primer lugar. Cabe recordar que en materia de alimentos forzosos los alimentos ya recibidos no se restituyen de acuerdo a lo establecido en el Art. 1170.

#### **V. La responsabilidad de los legatarios es a prorrata de sus legados.**

La forma en que concurren los legatarios, dentro del orden señalado, está indicada en el inciso primero del artículo 1363: los legatarios responderán a prorrata de sus derechos, y la porción del legatario insolvente no gravará a los otros. Así las cosas, existe entre ellos una obligación conjunta, igual que la de los herederos.

##### **Vi. Legado con carga, Art. 1367**

Los legados con causa onerosa que pueda estimarse en dinero no contribuyen sino con deducción del gravamen y concurriendo las circunstancias que van a expresarse:

**i.-** Que se haya efectuado el objeto

**ii.-** Que no haya podido efectuarse el objeto sino mediante la inversión de una

cantidad determinada de dinero.

**iii.-** Ambas circunstancias deberán ser probadas por el legatario.

Concurriendo estos requisitos sólo se deducirá por razón del gravamen la cantidad que constare haberse invertido.

## **B. Pago Deudas Testamentarias**

Dos son las deudas o cargas testamentarias: los legados y el modo.

### **1- ¿Quién debe pagar?**

Regla general.

Ella consiste en que las deudas testamentarias serán de cargo de los herederos quienes las soportarán a **prorrata de su parte o cuota en la herencia**, Art. 1360 inc. 2º parte final.

### **2- Excepciones.**

#### **a- Distribución hecha por el testador, Art. 1360.**

- Conforme se desprende del Art. 1360 inc. 1º el testador puede gravar con las cargas testamentarias a alguno o algunos de los herederos o legatarios en particular. Existe sin embargo una diferencia al respecto entre los herederos y legatarios, porque estos últimos, en virtud del artículo 1364, gozan de un beneficio de inventario por el solo ministerio de la ley, mientras que los herederos, para que tengan igual limitación de responsabilidad, deberán aceptar con beneficio de inventario

- Si el testador no hubiera hecho la distribución entonces las cargas testamentarias se mirarán como cargas de los herederos en común y se dividirán entre ellos a prorrata de sus cuotas.

- Tratándose de la división hecha por el testador de una deuda testamentaria, **ella será obligatoria para los acreedores testamentarios a quienes les empee el testamento**, Art. 1373 inc. 1º. Este caso es distinto a la situación de las deudas hereditarias cuando la división ha sido hecha por el testador, la cual no obliga a los acreedores.

#### **b- Distribución de las cargas testamentarias por convenio de los herederos o por acto de partición, Art., 1373 inc. 2º.**

Si en la partición de una herencia se distribuyeren los legados entre los herederos de diferente modo, podrán los legatarios entablar sus acciones o en conformidad a esta distribución, o de conformidad al Art. 1360 o de conformidad al convenio de los herederos. Por cierto, si uno de los herederos paga un legado más allá de lo que le corresponda según la partición o el convenio que hizo con los restantes herederos, podrá repetir contra éstos por el exceso

#### **c- Institución de un usufructo, Arts. 1369 y 1370.**

- Las cargas testamentarias que recayeran sobre el usufructuario o sobre el propietario, serán satisfechas **por aquel de los 2 a quien el testamento las imponga** y del modo que en éste se ordenare; sin que por el hecho de satisfacerlas de ese modo le corresponda indemnización o interés alguno. Debe respetarse la voluntad del testador y quien pague carece del derecho a repetir contra el otro. Esta

regla es distinta a aquella que vimos en el pago de las deudas hereditarias y que está contemplada en el Art. 1368, y es distinta porque en el caso de las deudas hereditarias si el nudo propietario paga el usufructuario debe restituírle intereses y esto último no sucede para las deudas testamentarias.

- Si el testador no ha determinado si es el propietario o el usufructuario quiendebe soportar las cargas testamentarias se aplica el Art. 1368. de manera que estaráobligado al pago el nudo propietario, sin perjuicio de que pueda exigirle al usufructuario los intereses corrientes de la suma pagada por todo el tiempo que dure el usufructo; si el nudo propietario no hiciere el pago, podrá hacerlo el usufructuario y al expirar el usufructo, tendrá derecho a que el nudo propietario le reintegre lo que el primero pagó, pero sin intereses de ninguna clase.

- Si las cargas son pensiones periódicas y el testador nada hubiere dicho ellas serán cubiertas por el usufructuario durante todo el tiempo que dure el usufructo y sin derecho a indemnización contra el propietario.

#### **d- Institución de un fideicomiso, Art. 1372.**

En esta situación el propietario fiduciario y el fideicomisario serán considerados como una sola persona respecto a los demás asignatarios para los efectos de distribuir las cargas testamentarias. Esta distribución se hará en la forma prevista en el Art. 1372 que analizamos con ocasión del pago de las deudas hereditarias.

#### **3- Legatarios que están obligados a pagar los legados, Art. 1364.**

La regla general es que los legados que son cargas testamentarias deben ser cumplidos por los herederos; por excepción el testador puede gravar a un legatario con este gravamen, caso en el cual estaremos frente a un sublegado. A mayor abundamiento la ley señala que en esta situación el legatario sólo será obligado hasta concurrencia del provecho que reporte de la sucesión.

#### **4- ¿Cuándo se pagan los legados?, Art. 1374.**

1374, inciso 1º: "No habiendo concurso de acreedores, ni tercera oposición, se pagará a los acreedores hereditarios a medida que se presenten, y pagados los acreedores hereditarios, se satisfarán los legados."

La regla general es que los legados se pagan después de los acreedores hereditarios. Esta regla guarda perfecta armonía con el artículo 959, que incluyen entre las bajas generales de la herencia a las deudas hereditarias, mientras que los legados se pagan mucho después, con cargo a la parte de que el testador ha podido disponer libremente. Como dice Somarriva, los legatarios se pagan de la herencia y ésta sólo existe después de haberse pagado las deudas hereditarias y en general las bajas generales

Por excepción puede **procederse al pago inmediato** del legado cuando concurren las siguientes circunstancias:

- 1.- Que la herencia no aparezca excesivamente gravada caso en el cual el legatario deberá constituir una caución destinada a cubrir lo que podría corresponderle en la contribución a las deudas.

- 2.- El legatario no requerirá rendir esta caución cuando la herencia este manifiestamente exenta de cargas que pudieren comprometer a los legatarios.

#### **5- Pago de los legados que consisten en pensiones periódicas, Art. 1361.**

**1.-** Estos legados se deben día por día desde aquel en que se defieran, pero no podrán pedirse sino a la expiración de los respectivos periodos lo que se presumirán mensuales.

**2.-** Si las pensiones fueran alimenticias podrá exigirse cada pago desde el principio del respectivo periodo y no habrá obligación de restituir parte alguna, aunque el legatario fallezca antes de la expiración del periodo.

**3.-** Si el legado de pensión alimenticia fuere una continuación de lo que el testador pagaba en vida seguirá prestándose como si no hubiera fallecido el causante.

**4.-** En todo caso sobre las reglas antes dichas prevalecerá la voluntad expresa del testador.

## **6- Mora en el pago de los legados.**

Cabe advertir, tratándose de los legados de género, que los herederos no estarán en mora de su obligación de pagar el legado, sino una vez que hayan sido interpelados judicialmente por el legatario. Ello, aunque el testador hubiere fijado un plazo para el pago (por ejemplo, dejo en legado a Juan la suma de treinta millones de pesos, y es mi voluntad que mis herederos se la paguen en el plazo de treinta días, contados desde mi muerte). En efecto, debemos tener presente lo dispuesto en el artículo 1551 del Código Civil, que establece cuándo el deudor se encuentra en mora. No cabe aplicar el número 1 de éste precepto, pues alude al caso en el cual el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término "estipulado", expresión ésta última propia de una convención, es decir, se trata de un plazo convenido por las partes, mientras que en el ejemplo propuesto, estamos ante un plazo fijado unilateralmente por el testador. Tampoco corresponde aplicar el número 2, pues se refiere a un plazo tácito, mientras que en el ejemplo estamos ante uno expreso. De ahí que debamos recurrir al número 3, o sea, "En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor". El deudor será el heredero o los herederos, mientras que el acreedor será el legatario. Recordemos también que la constitución en mora de los herederos importa para los efectos de lo previsto en el artículo 1338 número 2 del Código Civil: a partir de ese momento, el legatario de género tendrá derecho a los frutos que produzca la cosa legada (en el ejemplo, a los intereses).

## **7- Reducción de los legados.**

La regla general está en el Art. 1376 el que señala que no habiendo en la sucesión bastante para el pago de todos los legados ellos se rebajarán a prorrata. Existen, en todo caso, excepciones a la regla del Art. 1376 y son:

**1.-** En el caso de los legados de alimentos forzosos los que al ser una baja general de la herencia se pagan en primer lugar o con anterioridad al pago de los legados y, por lo tanto, no podrá haber rebaja proporcional al pago de los mismo.

**2.-** Si lo que se ha dado en razón de legítimas y mejoras excede de la mitad legitimaria y de la 4ª de mejoras, el exceso se imputa a la 4ª libre de disposición con preferencia a cualquier objeto de libre disposición a que el difunto lo haya destinado, Art. 1194. Por consiguiente, para proceder al pago de los legados, será necesario descontar el exceso de lo que se dio en razón de legítimas y mejoras

**3.-** Los legados anticipados prefieren a los demás instituidos por el testador cuando los bienes que éste deje a su muerte no alcanzan a cubrirlos, Art. 1141.

**8- Gastos en que se incurre en el pago de los legados, Art. 1375.**

Los gastos necesarios para la entrega de las cosas legadas se mirarán como una parte de los mismos legados. Este precepto guarda armonía con el artículo 1571, en las reglas del pago, que establece: "Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor". Para la mayoría de la doctrina, entonces, el gasto que por la entrega del legado pueda originarse, será de cargo de la sucesión, o sea, de los herederos obligados a pagar el legado. No ha de ser el legatario quien deba soportar estos gastos. De esta manera, para esta opinión, los desembolsos en que se incurra por escrituras públicas que se otorguen o por inscripciones conservatorias serían de cargo de la masa y no del legatario respectivo.

**X. BENEFICIO DE SEPARACIÓN.**

**i. Concepto.**

La aceptación pura y simple de la herencia produce una confusión entre los bienes y las deudas del de cujus y los bienes y deudas de los herederos. A consecuencia de ello ambos patrimonios al confundirse tienen un solo titular, esto es el heredero. Esta confusión de patrimonios puede ser perjudicial para los acreedores hereditarios lo que sucederá cuando el heredero sea insolvente, ya que el acreedor hereditario deberá tolerar la competencia de los acreedores de un heredero que no tiene bienes. El Art. 1378 establece que los acreedores hereditarios y testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero, y en virtud de este beneficio de separación tendrán derecho a que de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias con preferencia a las deudas propias del heredero.

La doctrina lo define como el derecho que corresponde a los acreedores del causante para evitar que se confundan el patrimonio de su deudor con el patrimonio de sus herederos en perjuicio del derecho de prenda general de que gozaban en vida del de cujus a fin de pagarse preferentemente con los bienes del causante posponiendo a los acreedores de sus herederos.

**ii. Las principales características de este derecho son:**

- 1.-** Evita que se confundan los bienes del causante con los del heredero.
- 2.-** Su declaración no posterga la adquisición de la herencia.
- 3.-** Sólo corresponde a los acreedores del causante, no a los acreedores de los herederos.
- 4.-** Por regla general es indivisible, Art. 1382. El beneficio de separación obtenido por uno de los acreedores hereditarios o testamentarios favorece a todos los demás. Dispone el artículo 1382, inciso 1º: "Obtenida la separación de patrimonios por alguno de los acreedores de la sucesión, aprovechará a los demás acreedores de la misma que la invoquen y cuyos créditos no hayan prescrito, o que no se hallen en el caso del número 1 del artículo 1380." No se verán beneficiados, entonces, los acreedores cuyos derechos han prescrito o que hubieren renunciado a solicitarlo.

**5.-** Una vez declarado los acreedores del causante no pueden perseguir los bienes propios de los herederos sino hasta que se hayan agotado los bienes comprendidos en este beneficio de separación.

**6.-** Crea una preferencia indirecta a favor de los acreedores del heredero sobre los bienes de este, Art. 1383

**7.-** Debe ser declarado judicialmente. A pesar de que el Código Civil no detalla la materia, hay consenso en la doctrina en orden a que el beneficio de separación debe pedirse y declararse judicialmente. Los acreedores hereditarios y testamentarios podrán pedir el beneficio desde el momento en que se produce la apertura de la sucesión y hasta que las acciones para exigir el pago de sus créditos hayan prescrito.

**8.-** No existe incompatibilidad entre el beneficio de separación y el de inventario.

### **iii. Naturaleza jurídica del beneficio de separación.**

La mayoría de la doctrina se inclina por estimar que se trata tan sólo de una preferencia de pago, que no es inherente al crédito. Refuerzan esta conclusión los artículos 1378 ("con preferencia") y 1383 ("derecho preferente").

### **iv. Acreedores beneficiados.** Son acreedores beneficiados:

**1.-** Los acreedores hereditarios sean privilegiados o comunes.

**2.-** Los acreedores testamentarios siempre que el legado sea de género. No se aplica cuando el legado es de especie o cuerpo cierto porque en tal caso el dominio se adquiere al tiempo de abrirse la sucesión.

**3.-** Los acreedores hereditarios y testamentarios cuyos créditos no sean exigibles en razón de un plazo o condición, Art. 1379. A raíz de esto se concluye que para el legislador el beneficio de separación es una medida conservativa. De ahí también que éste beneficio se incluya dentro de los derechos auxiliares de los acreedores, conforme a lo que se estudió en los efectos de las obligaciones.

**4.-** Los acreedores del heredero no tendrán derecho a pedir a beneficio de sus créditos la separación de bienes de que habla el Art. 1378, Art. 1381.

**5.-** Tampoco podrán pedirlo los acreedores cuyos créditos se hallen prescritos, Art. 1382 inc. 1º.

### **v. ¿Contra quién se pide la separación de bienes o patrimonios?**

Pueden darse dos soluciones:

**a)** Que el beneficio de separación deba pedirse en contra de los herederos, y

**b)** Que deba demandarse en contra de los acreedores personales de los herederos. Esta última solución, señala Somarriva, es la más jurídica, por cuanto los perjudicados con el beneficio serán los acreedores personales de los herederos, pero presenta grandes dificultades prácticas, considerando que los acreedores hereditarios y testamentarios deberían averiguar quiénes son tales acreedores personales de los herederos. En cambio, más fácil resulta determinar quiénes son los herederos, pues serán tales –al menos aparentemente- quienes figuren en la resolución judicial o administrativa que haya conferido la posesión efectiva.

### **vi. Bienes afectos a este beneficio.**

- La separación comprende todos los bienes que integran el patrimonio del causante, incluso los créditos del difunto con sus herederos.

- Excepcionalmente, no quedarán comprendidos en la separación los bienes



que el causante donó revocable o irrevocablemente a legitimarios o extraños y cuyo valor se acumulará al acervo líquido para formar los acervos imaginarios, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1199 del Código Civil: "La acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en razón de legítimas o de mejoras, para el computo prevenido por el artículo 1185 y siguientes, no aprovecha a los acreedores hereditarios ni a los asignatarios que lo sean a otro título que el de legítima o mejora.

- No precisa el Código Civil si es o no necesario que el acreedor hereditario o testamentario que solicita el beneficio singularice los bienes sobre los que ha de recaer la separación o si debe entenderse que ella, por el solo hecho de ser declarada, abarca todos los bienes que adquiere el heredero de su causante.<sup>85</sup> Parece razonable concluir, atendida la seguridad jurídica para los terceros, que es necesario singularizar los bienes.

#### **vii. Procedimiento.**

- La ley nada señala en cuanto al procedimiento, Hernán Corral estima que se aplica el juicio sumario por el Art. 680 nº1 del CPC.

- En todo caso si hubiere bienes raíces en la sucesión el decreto en que se concede el beneficio deberá inscribirse, Art. 1385. La inscripción se hace en el libro de interdicciones y prohibiciones de enajenar del Conservador de Bienes Raíces, Art. 52 nº 4 del Reglamento del Conservador.

- Destaca Somarriva que existe un caso en que no es necesario pedir el beneficio de separación, porque se produce de pleno derecho. Es el caso contemplado en el artículo 50 del Libro IV del Código de Comercio, "De las quiebras". Dispone dicho precepto: "La sucesión del deudor podrá ser declarada en quiebra a petición de los herederos o de cualquier acreedor, siempre que la causa que la determine se hubiere producido antes de la muerte del deudor y que la solicitud se presente dentro del año siguiente al fallecimiento. La declaración de quiebra producirá de derecho el beneficio de separación a favor de los acreedores del difunto. / Las disposiciones de la quiebra se aplicarán sólo al patrimonio del causante.

#### **viii. Efectos del Beneficio.**

##### **a) Momento a partir del cual se producen los efectos.**

Para determinar desde cuándo se producen los efectos del beneficio de separación, es necesario distinguir según se trate de bienes muebles e inmuebles. Respecto de los bienes muebles, produce efectos el beneficio de separación desde que se dicta la sentencia que lo concede. Tratándose de los bienes inmuebles, es además necesario que la sentencia se inscriba en el Registro Conservatorio art 1385.

##### **b) Separación de patrimonios.**

La resolución que concede el beneficio de separación, produce la separación de los patrimonios del causante y de los herederos. Se trata, en efecto, de evitar la confusión de dichos patrimonios. De esta forma, en principio, los bienes hereditarios sólo podrán ser perseguidos, embargados y sacados a remate por los acreedores hereditarios y testamentarios y no por los acreedores personales del heredero. Por el contrario, no podrán los acreedores hereditarios y testamentarios que gocen del beneficio perseguir bienes propios del heredero, sino una vez agotados los bienes del causante

**c) Entre los acreedores hereditarios y testamentarios que han invocado o que se aprovechan del beneficio de separación.**

Los acreedores hereditarios y testamentarios se pagarán en los bienes de la sucesión, con preferencia a los acreedores personales de los herederos. A su vez, se pagarán primero los acreedores hereditarios y después los acreedores testamentarios, pues los créditos de los primeros constituyen una baja general de la herencia, mientras que los segundos se pagan sobre el acervo líquido.

A su vez, cabe consignar que ningún efecto producirá el beneficio de separación entre los acreedores hereditarios, entre sí, es decir, en cuanto a los privilegios que tengan sus créditos. La muerte del deudor no altera sus derechos, por lo que siguen gozando de las mismas preferencias o privilegios que tenían en vida del causante. La separación de patrimonios es completamente extraña a las relaciones de los acreedores hereditarios entre sí: estas relaciones permanecerán las mismas que eran antes de la apertura de la sucesión; pues la muerte del deudor no puede alterar o modificar, en lo más mínimo, la posición de sus acreedores, los cuales seguirán gozando de privilegio o de preferencia sobre la totalidad o determinados bienes, los que los tengan o concurrir a prorrata los que no los tengan.

**d) Entre los acreedores de la sucesión (hereditarios y testamentarios) y los acreedores personales del heredero.**

**i.-** Los acreedores de la sucesión se pagarán preferentemente con los bienes del patrimonio del causante, Art. 1368.

**ii.-** Los acreedores del heredero se pagarán preferentemente con los bienes del patrimonio del heredero.

**iii.-** Satisfechos los acreedores de la sucesión el sobrante, si hubiese, se agregará a los bienes del heredero para satisfacer a sus acreedores propios con los cuales concurrirán los acreedores de la sucesión que no gocen del beneficio, Art. 1382 inc. 2º.

**iv.-** Los acreedores de la sucesión que hayan obtenido la separación o se han aprovechado de ella no tendrán acción contra los bienes del heredero, sino después de agotados los bienes a que dicho beneficio les dio un derecho preferente, más aún en este caso podrán oponerse a esta acción los acreedores del heredero hasta que se les satisfaga en el total de sus créditos, Art. 1383

**e) Efectos entre los acreedores hereditarios o testamentarios que no invocan ni se aprovechan del beneficio de separación y los acreedores personales del heredero.**

Los acreedores hereditarios o testamentarios que no obtuvieron a su favor la declaración del beneficio de separación o que no la invocan a su favor, se encuentran en la misma situación que los acreedores personales del heredero. Dispone al efecto el artículo 1382, inciso 2º: "El sobrante, si lo hubiere, se agregará a los bienes del heredero, para satisfacer a sus acreedores propios, con los cuales concurrirán los acreedores de la sucesión que no gocen del beneficio."

**e) Limitaciones en el dominio de los bienes hereditarios que pesan sobre los herederos.**

- A pesar del beneficio de separación, los herederos se hacen dueños de los bienes del causante. Sin embargo, el beneficio limita la facultad de éstos para disponer de tales bienes, lo que tiene sentido, pues en caso contrario se burlaría

el objetivo del beneficio de separación. Al efecto, dispone el artículo 1384 "Las enajenaciones de bienes del difunto hechas por el heredero dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios, podrán rescindirse a instancia de cualquiera de los acreedores hereditarios o testamentarios que gocen del beneficio de separación. Lo mismo se extiende a la constitución de hipotecas o censos."

- No obstante aludir la ley a la posibilidad de "rescindir" las enajenaciones, Somarriva señala que en este caso no habría propiamente nulidad relativa, sino que se trata de una acción especial, que tiene mucho de acción pauliana.
- ¿es necesario que, al efectuarse las enajenaciones, los acreedores estén ya gozando del beneficio de separación? Estima Somarriva que no es necesario.
- ¿qué ocurre con los bienes enajenados después de transcurrir los seis meses posteriores a la apertura de la sucesión. Parece evidente, dice, que estas enajenaciones no quedarían del todo indemnes, pudiendo los acreedores atacarlas según las reglas generales, o sea mediante la acción pauliana, probando que han sido realizadas en fraude de sus derechos. De esta manera, si se trata de enajenaciones efectuadas dentro del plazo de seis meses, bastará que los acreedores prueben dos requisitos: que tales enajenaciones no tuvieron por objeto pagar deudas hereditarias y testamentarias y que se hicieron dentro del expresado plazo. En cambio, si se trata de enajenaciones realizadas después de transcurrido el plazo de seis meses, los acreedores deberán probar el fraude pauliano, es decir la intención dolosa del heredero, conforme a las reglas generales. En este último caso, además, será necesario que el demandante haya gozado del beneficio de separación al tiempo de la enajenación, pues de lo contrario no se configuraría el fraude pauliano.

#### **ix. Extinción del derecho a pedir separación de bienes. Casos en que los acreedores hereditarios y testamentarios no pueden solicitar el beneficio de inventario.**

De acuerdo a los artículos 1380 y 1382, carecen de este beneficio los acreedores hereditarios y testamentarios:

- a.** Cuando sus derechos han prescrito (artículos 1380, inciso 1º y 1382, inciso 1º). El derecho a gozar del beneficio de separación dura mientras la acción para perseguir el pago del crédito no haya prescrito.
- b.** Renuncia expresa o tácita del beneficio. Será tácita cuando el acreedor reconoce al heredero como deudor, aceptando pagaré, prenda, hipoteca o fianza de él o pago parcial, Art. 1380 nº 1.
- c.** Cuando los bienes de la sucesión han salido de las manos del heredero o se han confundido con los bienes de éste de manera que no sea posible reconocerlos, Art. 1380 nº 2. Respecto de la confusión, Claro Solar plantea el siguiente ejemplo: entre los bienes hereditarios existe un rebaño de ovejas de la misma raza y tipo que un rebaño de ovejas que tiene el heredero y el rebaño heredado ha sido mezclado con el del heredero y constituyen ambos un mismo rebaño. La separación no podría hacerse, sino sobre las determinadas ovejas que por una particularidad especial pudieran señalarse como que pertenecieron al difunto; o bien no pudiera hacerse

respecto de ninguna oveja por no tener ningunas tales señales; en tal caso, la separación de patrimonios se hace físicamente imposible. Para evitar la confusión, los acreedores hereditarios y testamentarios pueden solicitar la guarda y aposición de sellos (artículo 1222). Respecto de los inmuebles, pareciera imposible que se produzca la confusión, considerando la inscripción conservatoria que los ampara. Claro Solar, no obstante, plantea el caso de bienes raíces que se agregan a otros contiguos para rectificar su superficie o levantar edificios que los ocupan incorporándolos a otros del heredero; y en tal caso la confusión se verifica y el inmueble hereditario no puede reconocerse, haciéndose imposible la separación de patrimonios.

## **XI. LA PARTICION DE BIENES.**

### **I. Nociones Generales**

#### **1. La indivisión.**

La indivisión corresponde a aquel estado jurídico que compromete a 2 o más personas que tienen un derecho de la misma naturaleza, sobre una cosa singular o una universalidad, de manera que la indivisión supone la existencia de varios titulares llamados a ejercer sus derechos sobre un mismo objeto.

El origen de la indivisión no es sólo la sucesión, sino que puede ser:

- convencional (2 personas se compran la misma cosa) o;
- legal (accesión: Arts. 662 y 663, sociedad conyugal: Arts. 1728 y 1729, descubrimiento de tesoro: Art. 626).

#### **2. Concepto de partición.**

El concepto de partición emana del Art. 2313 nº 3 según el cual la comunidad termina por la división del haber común. Teniendo en cuenta lo anterior se define la partición como **el conjunto de operaciones que tienen por finalidad poner término a un estado de comunidad, dividiendo los bienes comunes.**

#### **3. Aplicación general.**

El código civil en los Arts. 1317 y siguientes regula la partición de aquella comunidad originada por la muerte de alguien, aunque estas normas son de aplicación general. Se aplican a:

- a)** A la liquidación de la comunidad hereditaria;
- b)** A la liquidación de la sociedad conyugal: en la partición de los gananciales (art. 1776);
- c)** A la liquidación de las cosas comunes: en caso de que existan cuasicontratos de comunidad (art. 2313); y
- d)** A la liquidación de las sociedades civiles (art. 2115).

De lo expresado en el art. 1317, se desprende que puede tratarse de:

- ☐ Indivisión a título singular (algunos reservan la expresión "copropiedad" para esta hipótesis);
- ☐ Indivisión a título universal (algunos reservan la expresión "comunidad" para esta hipótesis).

#### **4. Derecho a pedir la partición.**

El legislador no favorece la existencia de comunidades. Por lo anterior el Art. 1317 establece un principio general en orden a que ningún coasignatario de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión, **la partición de lo asignado se podrá pedir siempre.**

Este principio general tiene 2 límites, agrupables en pacto de indivisión o norma legal expresa.

#### **a. Pacto de Indivisión.**

El Art. 1317 inc. 1º parte final señala que puede pedirse partición siempre, salvo pacto en contrario.

No puede estipularse proindivisión por más de 5 años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto, Art. 1317 inc. 2º.

#### **Reglas adicionales:**

1.- El pacto debe originarse en la voluntad de los coasignatarios. Nótese que el art.1317 alude a una "estipulación" de los comuneros, lo que implica un acuerdo de voluntades, una convención. Por lo tanto, la ley excluye la posibilidad de que sea el testador quien imponga la indivisión a los herederos.

2.- La ley no exige formalidad especial, aunque es mejor escriturarlo con fines probatorios y así se desprende del Art. 57 de Ley 16271 sobre Impuesto de Herencia y Donaciones.

#### **b. Indivisión Forzada, Art. 1317 inc. 3º.**

1.- Los lagos de dominio privado. Se relaciona con el Art. 596, agregado por la ley de reforma agraria. El Art. 595 hoy dispone que las aguas son un bien nacional de uso público y no podrá haber sobre ellas comunidad.

2.- Los derechos de servidumbre, Arts. 826 y 827.

3.- Las cosas que la ley manda mantener indivisas, como la propiedad fiduciaria, Art. 715.

4.- Los bienes comunes de los edificios sujetos a la Ley de Copropiedad inmobiliaria, Art. 8 de la Ley 19537.

5.- Tumbas y mausoleos, por contener cadáveres que son intransferibles.

## **II. Acción de partición.**

### **1. Concepto:**

Consiste en el derecho a provocar la partición.

Tengamos presente que no siempre la partición tiene su origen en una acción judicial, ella puede haber sido efectuada por el testador y puede también ser practicada por los comuneros actuando de consuno.

### **2. Características:**

- Acción personal, ello porque corresponde a uno de los comuneros y debe dirigirse en contra de los otros comuneros.

- Es un derecho absoluto, en el sentido que puede siempre pedirse sin necesidad de manifestar interés o utilidad.

- Ella crea un litis consorcio pasivo necesario, es decir al ejercer esta acción

necesariamente deben ser notificados todos los comuneros, si uno de ellos no lo es notificado, a este no le empezara el fallo.

- Es una acción imprescriptible, desde la perspectiva de la prescripción extintiva. Recordemos que el artículo 1317 en su inciso 1 señala que la partición podrá siempre pedirse.

En cuanto a la prescripción adquisitiva no cabe duda que la comunidad podrá terminar cuando un extraño haya poseído el objeto que se tenía en comunidad por los plazos que la ley establece adquiriendo el dominio de la cosa que tenían en común.

- En cuanto a la prescripción adquisitiva entre los comuneros es una materia discutible y en general se estima que esta prescripción adquisitiva es de difícil configuración toda vez que no es fácil distinguir en un comunero cuando está poseyendo como comunero y por lo tanto reconociendo dominio ajeno y cuando está poseyendo a título exclusivo.

### **3. Titulares de la acción.**

#### **i- Ordinarios:**

##### **1. Herederos a cualquier título que lo sean.**

Los legatarios no son titulares de esta acción, ellos podrán ejercer las acciones le se son propias.

##### **2. Cualquiera de los herederos de uno o varios coasignatarios.**

Quienes podrán ejercer la acción de partición después de habérsele deferido la herencia a su causante. En este caso estos herederos formarán en la partición una sola persona y no podrán obrar sino todos juntos o por medio de un procurador común (1321).

##### **3. También tendrá esta acción el cesionario, a quien uno de los coasignatarios a vendido o cedido su cuota en la herencia (1320).**

#### **ii- Situaciones especiales:**

##### **1. Asignatario condicional:**

Si uno de los coasignatarios lo es bajo condición suspensiva no tendrá derecho para pedir la partición mientras penda la condición. En esta situación los demás coasignatarios pueden proceder a la partición, pero deberán asegurar competentemente al coasignatario condicional lo que cumplida la condición le corresponda. art 1319

##### **2. Fideicomiso:**

Artículo 1319 inciso 2. Si el objeto asignado fuere un fideicomiso, se observará lo prevenido en el título De la propiedad fiduciaria. El problema es que en el título de la propiedad fiduciaria no existe ninguna disposición que regule esta materia.

No obstante, se puede señalar que el Propietario Fiduciario si puede pedir la partición, salvo que fueren varios porque en tal situación estaremos en presencia de un caso de indivisibilidad legal (1317 inciso 3 y 751).

Ahora bien, con respecto al fideicomisario el no podrá pedir la partición entre tanto



penda la condición suspensiva. (1319 inciso1).

### **3. Acreedores de uno de los comuneros:**

El artículo 524 del CPC dispone que el acreedor podrá dirigir su acción sobre la parte o cuota que en la comunidad corresponda al deudor para que se enajene sin previa liquidación, o exigir que con intervención suya se liquide la comunidad. El acreedor puede pedir la liquidación de la comunidad, ¿qué tipo de acción será esta?:

**1.** Hernán Corral, cree que es una acción subrogatoria aunque sujeta a una regla especial, ya que el resto de los comuneros pueden oponerse a la partición cuando exista pacto de indivisión o cuando esa partición les cause un grave perjuicio (artículo 524 parte 2 del CPC).

**2.** Meza Barros, cree que es una acción directa, de la misma acción de partición que el legislador le a conferido al acreedor.

**3.** Pablo Rodríguez Grez, Sigue la misma línea que meza barros y puntualiza que el origen de esta acción está en el derecho de prenda general y que el juez actuara como representante del deudor.

#### **4. Capacidad para ejercer la acción.**

Nos detendremos en la forma en que el legislador se a preocupado de los incapaces en esta materia.

#### **a. Personas sujetas a guardas.**

En general los tutores y curadores no podrán proceder a la partición de las herencias en que tengan parte sus pupilos, sin autorización judicial. (1322).

#### **b. Hijos sujetos a patria potestad.**

Artículo 1322 inciso 1. En general los que administran bienes ajenos por disposición de la ley, no podrán proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos, sin autorización judicial, salvo el caso del artículo 251 que señala que el hijo se mirara como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial.

#### **c. Mujer casada en sociedad conyugal.**

Artículo 1322 inciso 2 c. c que señala "pero el marido no habrá menester esta autorización para provocar la partición de los bienes en que tenga parte su mujer: le bastará el consentimiento de su mujer, si esta fuere mayor de edad y no estuviere imposibilitada de prestarlo, o el de la justicia en subsidio.

No será necesaria la autorización de la mujer al marido, sin embargo, cuando la partición ha sido provocada por otro partícipe, ya que la exigencia legal sólo opera cuando la iniciativa de la partición (y por ende del nombramiento de partidor) parte de la mujer.

El art. 138 bis dispone también que podrá la mujer recurrir a la justicia en caso de negativa del marido para nombrar partidor, provocar la partición o concurrir a ella cuando la mujer tenga parte en la herencia. Llama la atención -al decir de Hernán Corral-, el que se permita a la mujer pedir autorización para "concurrir" a una partición -se entiende- ya provocada. Seguramente, la ley se está poniendo en el

caso de una partición que ha sido provocada por otro coasignatario, y en la que el marido se niega a participar como administrador de los bienes propios de la mujer.

#### Aplicación del artículo 138 bis.

La mujer puede provocar por sí sola la partición respecto de un bien propio cuando el marido se hubiere negado injustificadamente a dar dicha autorización caso en el cual la mujer deberá ser autorizada previamente por la justicia y deberá ser citado también el marido.

Del inciso final del artículo 138 bis se puede concluir que si la comunidad tiene su origen en otra circunstancia que no sea la sucesión por causa de muerte no procederá este artículo y por lo tanto si el marido se niega injustificadamente no procederá la autorización de la justicia.

#### d. Casos en que los representantes de los incapaces ni el marido requerirán autorización de la justicia ni de la mujer en su caso.

##### 1. Cuando otro comunero a solicitado la partición.

Artículo 396 inciso 2 y también se desprende del artículo 1322 que ocupa las palabras “proceder la partición” o “provocar la partición”, con lo cual podemos decir que la autorización se necesita para dar inicio a la partición, no cuando se es arrastrado a ella porque otro comunero lo ha representado.

##### 2. Aquella situación en que la partición se hace de común acuerdo.

En tal situación no es necesaria la autorización para proceder a la partición porque la partición misma deberá ser autorizado por la justicia cuando concurra una persona que no tenga la libre administración de sus bienes. (1325).

#### e. Sanción.

##### - Cuando nos referimos a los incapaces la sanción será la nulidad relativa.

- Con respecto a la mujer, la discusión pasa por dilucidar si los artículos 138 bis y 1754 inciso final son normas prohibitivas o imperativas y la sanción será la nulidad relativa porque el acto está en atención o en consideración a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan.

### III. Forma de efectuar la partición.

#### 1. Partición hecha por el causante.

##### a. Solemnidades.

El art. 1318 permite al propio causante hacer la partición por acto entre vivos o por testamento, siempre que no sea contraria a derecho ajeno, vale decir, siempre y cuando no infrinja las limitaciones que le impone la ley, especialmente en cuanto a respetar las asignaciones forzosas. se entenderá que la partición es contraria a derecho ajeno, si no se respetó el derecho que confiere al cónyuge sobreviviente el art. 1337. Regla décima.

El causante podrá hacer la partición:

- i) Por acto entre vivos: si hay bienes raíces, deberá hacerla por escritura pública;
- ii) Por testamento, cumpliendo con las solemnidades propias de este acto jurídico

Evidentemente que si la partición se hace por testamento será solemne y deberá cumplir con las formalidades propias de este acto jurídico. ¿El problema es cuando la partición se hace por acto entre vivos y no hay bienes raíces, requiere o no formalidades?

- Manuel Somarriva cree que en este caso la partición no está sujeto a formalidad alguna ya que toda solemnidad es de derecho estricto y requiere de una ley que así lo establezca, lo que en este caso no existe.
- Fernando Alessandri cree que esta partición debe ser solemne y se funda en el artículo 1324, según el cual el nombramiento del partidador puede ser hecho por el causante por acto entre vivos, pero por instrumento público. Entonces opina que si para el nombramiento del partido se requiere de instrumento público (lo menos), para la partición también (lo más).

#### **b. Reglas especiales.**

- De acuerdo al artículo 1336 el causante deberá formar una hijuela pagadera de deudas.
- La partición no puede ser contra derecho ajeno, y se considera en especial que es contra derecho ajeno, cuando vulnera el derecho de asignación preferente que tiene el cónyuge sobreviviente de acuerdo con el artículo 1337 numero 10 (1318).

En el evento que la partición sea contraria a derecho ajeno el artículo 1318 inciso 1 señala que se "pasar por ella "lo cual es interpretado por la doctrina como que la sanción será una inoponibilidad parcial.

- En la partición hecha por el causante, se presenta el siguiente problema interpretativo: un trámite esencial de la partición es la tasación, ya que es necesario saber cuánto valen los bienes para adjudicarlos. Por lo tanto, si el art. 1318 faculta al causante para hacer la partición, podría entenderse que también está facultado para tasar los bienes. Sin embargo, en el art. 1197, se establece que el testador puede señalar las especies con que se va a pagar la legítima, pero no puede tasarlas, evitando así que pueda burlar las asignaciones forzosas, tasando en valores exorbitantes los bienes. Cabe preguntarse entonces: ¿Se podría efectuar la partición por el causante –incluida la tasación–, si hubiere legitimarios entre los herederos? Hay que distinguir:

☒ causante, sólo asigna bienes al pago de las legítimas, pero no puede tasarlos; si además hace la partición de la herencia, podría tasar aunque haya legitimarios, pero se pasará por esta partición en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno, es decir, en cuanto no lesione las asignaciones forzosas. Se deja así a salvo el derecho de los legitimarios perjudicados, quienes frente a una tasación manifiestamente arbitraria, podrían deducir la acción de reforma de testamento.

¿A quién obliga la partición hecha por el causante? Para responder, debemos distinguir:

- ☐ obliga a cada heredero individualmente considerado, y siempre y cuando no

lesione su asignación forzosa.

☐ no obliga a todos los herederos que de consuno acuerdan efectuar la partición, dejando de lado aquella hecha por el causante.

No es frecuente la partición hecha por el causante, y cuando la hace, necesita usualmente ser complementada, pues ocurre que, con posterioridad a la partición, el causante adquiere otros bienes no considerados en su partición, o enajena otros que había incluido. En verdad, para que no se presentara la necesidad de complementarla, el causante debiera fallecer inmediatamente después de hacer la partición.

## **2. Partición hecha por los consignatarios.**

En la práctica, es la forma más común de efectuar la partición, ya que es más sencilla, rápida y económica. Dispone el artículo 1325 que los indivisarios pueden efectuar la partición de común acuerdo, no obstante existir entre ellos incapaces, siempre que concurren los siguientes requisitos: - Todos los coasignatarios deben concurrir al acto, aunque entre ellos haya personas que no tengan la libre disposición de sus bienes.

- Siempre que no se presenten cuestiones por resolver. No debe existir problemas pendientes en cuanto a:

☐ quienes son los interesados;

☐ cuáles son los bienes sobre los que recae la partición; cuáles

☐ son los derechos que corresponden a cada comunero.

Si se presentan cualquiera de estas cuestiones y no hubiere acuerdo entre los interesados, deberán resolverse judicialmente.

- Que todos los partícipes estén de acuerdo sobre la manera de hacer la partición.

- Que se proceda la tasación de los bienes por peritos del mismo modo si se procediese ante un partidor. Sin perjuicio de esto aun cuando hayan incapaces, el artículo 657 del CPC modificó estas normas y dispone que puede omitirse la tasación pericial cuando haya en autos antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes, cumpliendo con las siguientes condiciones:

☐ siempre que se trate de bienes muebles;

☐ en el caso de los bienes inmuebles, cuando:

+ se trata de fijar un mínimo para la subasta del bien raíz, cuyo verdadero valor queda determinado por los licitadores en la subasta;

+ existen en los autos antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes, como la valuación del bien raíz. Cabe indicar que la expresión "autos" no debemos entenderla sólo como referida al juicio de partición, sino que también a la propia escritura pública de partición, o sea, a la partición hecha de común acuerdo por los comuneros. ¿Cuáles son estos antecedentes que deben constar en la partición? Citamos a Pedro Lira: "La ley no los indicó pero se entiende que se trata de documentos públicos o privados que existan o se hayan incorporado al expediente particional. Tales son, entre otros, las tasaciones periciales hechas por instituciones bancarias o de previsión; el avalúo fiscal, el precio de venta de una propiedad similar y vecina, un contrato de arrendamiento de reciente fecha."

- Que la partición **sea autorizada por la justicia**, en ciertos casos.

Dispone al efecto el artículo 1322, inciso 1º: "Los tutores y curadores, y en general

los que administran bienes ajenos por disposición de la ley, no podrán proceder a la partición de las herencias o de los bienes raíces en que tengan parte sus pupilos, sin autorización judicial". El precepto, como puede observarse, no está circunscrito a los guardadores, pues alude a todos aquellos que administran bienes ajenos, por disposición de la ley. Por tanto, quedan comprendidos en esta hipótesis, por ejemplo, el padre o madre titulares de la patria potestad. Con todo, el inciso 2º excluye al marido casado en sociedad conyugal: "Pero el marido no habrá menester esta autorización para provocar la partición de los bienes en que tenga parte su mujer; le bastará el consentimiento de su mujer, si ésta fuere mayor de edad y no estuviere imposibilitada de prestarlo, o el de la justicia en subsidio.

- Que se **apruebe la partición** por la justicia ordinaria del mismo modo que si se procede ante un partidor. En este orden de cosas el artículo 1342 señala que siempre que en la partición tengan interés personas **ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curaduría**, será necesario someterla, terminada que sea, a la aprobación judicial.

**vi.** Si bien la ley no lo dice expresamente la doctrina estima conveniente o necesarios que la partición se otorgue por escritura pública, así también se desprende del artículo 48 letra d de la Ley 16.271 sobre impuesto de herencia y donaciones que se refiere a la escritura pública de partición.

### **3. Partición hecha por un partidor.**

#### **I. El partido.**

##### **1. Cuestiones Generales.**

###### **a. Carácter del partidor.**

- Partidor nombrado por los coasignatarios.

Por regla general, el partidor es un **árbitro de derecho**. Con todo, los interesados mayores de edad y libres administradores de sus bienes, podrán darle el carácter de **árbitro arbitrador** (arts. 648 del CPC y 224 del COT).

El partidor también podrá ser un **árbitro mixto**, vale decir, arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo, aunque alguno de los interesados sea incapaz, pero siempre y cuando:

- ☐ se autorice por la justicia; y
- ☐ dicha autorización se de por motivos de manifiesta conveniencia.

Si hubiere incapaces, nunca el árbitro podrá ser arbitrador.

- Partidor nombrado por el causante o por el juez.

En estos casos, el partidor siempre **será un árbitro de derecho**.

###### **b. Requisitos** (225 COT y 1323 C.C).

- Abogados Habilitados para ejercer la profesión.
- Que tengan la libre disposición de sus bienes.

El COT, establece por su parte prohibición para ser partidores a diversos funcionarios del orden judicial, como consecuencia de la prohibición de ejercer la abogacía. Son tales:

**a)** Los jueces, ministros y fiscales de los tribunales superiores de justicia (arts. 317 y 480 del COT); excepcionalmente, los jueces de Familia podrán actuar como partidores, liquidando la sociedad conyugal o el régimen de participación en los

gananciales, si así lo solicitaren los cónyuges o ex presuntos cónyuges, en el marco de un juicio de separación judicial, divorcio o nulidad de matrimonio (artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil en relación al artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales);

**b)** Los notarios (art. 480 del COT);

**c)** Los funcionarios auxiliares de la administración de justicia.

Pueden desempeñarse como partidores los defensores públicos y los procuradores del número, porque sólo están inhabilitados para ejercer la profesión de abogado “ante las Cortes de Apelaciones en que actúan” (art. 479 del COT).

### **c. Inhabilidades.**

Previene el inciso 2º del art. 1323 que serán aplicables a los partidores las causales de impugnancia y recusación establecidas en el COT para los jueces. Esta regla tiene plena aplicación, cuando el partidor es nombrado por el juez. Sin embargo, cuando es nombrado por el causante o por los coasignatarios, se aplican las siguientes reglas, establecidas en los artículos 1324 y 1325:

**a)** Cuando es el **causante quien designa al partidor**, dos reglas se establecen:

☐ Podrá nombrar partidor al albacea, a un coasignatario o a cualquiera otra persona, aun cuando estuviere comprendida en alguna de las causales de impugnancia o recusación del COT, siempre que el designado cumpla con los demás requisitos legales (ser abogado y capaz);

☐ Cualquiera de los interesados podrá acudir al juez del lugar donde debe seguirse el juicio de partición, para que declare inhabilitado al partidor por alguna de las causales indicadas, tramitándose la solicitud de acuerdo a las reglas del CPC para las recusaciones (art. 1324).

**b)** Cuando son los **coasignatarios quienes designan** al partidor, también se establecen dos reglas:

☐ podrán nombrar partidor al albacea, a un coasignatario o a cualquiera otra persona, aun cuando estuviere comprendida en alguna de las causales de impugnancia o recusación del COT, siempre que el designado cumpla con los demás requisitos legales (ser abogado y capaz); regla idéntica a la primera que mencionamos cuando es el causante quien nombra partidor (art. 1325, inciso 3º);

☐ los partidores nombrados por los interesados, sólo podrán ser inhabilitados por causas de impugnancia o recusación posteriores a su nombramiento, es decir, por causas sobrevinientes (art. 1325, inciso 4º).

## **2. Nombramiento del partidor.**

**a. por el causante:** 1324 inciso 1 parte 1 c.c : “Valdrá el nombramiento de partidor que haya hecho el difunto por instrumento público entre vivos o por testamento”. En todo caso este nombramiento puede ser revocado de común acuerdo pro las partes 241 COT.

El partidor nombrado por el causante solo es competente para partir la herencia, no tendrá competencia para partir la sociedad conyugal o otros bienes que haya tenido en comunidad el causante, salvo acuerdo unánime de los interesados.

### **b. por los coasignatarios:**

Este nombramiento debe ser de común acuerdo aun cuando entre los coasignatarios



haya una persona que no tenga la libre disposición de sus bienes. Cabe señalar que de conformidad a lo dispuesto en el art. 1326, inciso 1º, si alguno de los coasignatarios fuere incapaz, el nombramiento del partidor, que no haya sido hecho por el juez, debe ser aprobado por éste.

#### **c. por el juez:**

Artículo 1325 inciso 5: Si no se acuerdan en la designación, el juez a petición de cualquiera de ellos, procederá a nombrar un partidor que reúna los requisitos legales, con sujeción a las reglas del CPC, en particular el artículo 646 CPC:

1º se recurre ante el juez competente para que cite a comparendo para la designación del juez partidor;

2º se notifica a los interesados;

3º en la audiencia, si hay acuerdo, las partes designan al partidor; de no haber acuerdo, lo designará el juez.

### **3. Aceptación del cargo (1328).**

El artículo 1328 señala que el partidor que acepta el encargo, deberá declararlo así, y jurara desempeñarlo con la debida fidelidad, y en el menor tiempo posible.

El artículo 1327 señala que el partidor no es obligado a aceptar este encargo contra su voluntad; pero si, nombrado en testamento, no acepta el encargo, se observara lo prevenido respecto del albacea en igual caso, es decir se hará indigno de suceder al causante, salvo que pruebe inconveniente grave (1277 y 971 inciso 2). En todo caso, la indignidad afectará sólo al partidor "nombrado en testamento".

### **4. Plazo para desempeñar el cargo (1332).**

- El plazo es de 2 años contados desde la aceptación de su cargo. El testador no puede ampliar este plazo, pero los coasignatarios podrán ampliarlo o restringirlo, como mejor les parezca, aun contra la voluntad del testador.

- Hay que agregar que de acuerdo al artículo 647 del CPC a este plazo se le deducirá el tiempo durante el cual haya estado interrumpida totalmente la jurisdicción del partidor.

- Expirado el plazo de dos años, el partidor no podría dictar sentencia, a menos que las partes prorroguen su cometido. De no ser así, la sentencia adolecerá de nulidad procesal y será atacable por casación en la forma, por falta de competencia.

### **5. Responsabilidad del partidor. (1329).**

- La regla general es que el partidor responda hasta **de la culpa leve**, y en el caso de prevaricación, declarada por el juez competente, además de estar **sujeto a la indemnización de perjuicio**, y a las penas legales que corresponda al delito, se constituirá indigno conforme a lo dispuesto para los ejecutores de últimas voluntades en el artículo 1300.

Prevaricar es dictar, a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia

- El partidor debe velar además por el pago de las deudas hereditarias y el impuesto a la herencia. Para ello:

☐ formará una hijuela para el pago de las deudas conocidas, so pena de responder de todo perjuicio ante los acreedores (art. 1336);

☐ velará por el pago del impuesto de herencia, ordenando su entero en arcas fiscales

y reservando o haciendo reservar bienes necesarios para el pago (art. 59 de la Ley Nº 16.271). De omitir esta obligación, se hará solidariamente responsable del pago del impuesto y se le impondrá una multa (art. 70 de la misma ley).

## **II. Competencia del partidor.**

En tres grupos podemos dividir las materias que corresponde dilucidar en el marco de la sucesión por causa de muerte:

### **1. Competencia exclusiva del partidor** (651 inciso 1 del CPC).

El art. 651, inciso 1º del CPC, consigna que el partidor conocerá de todas las cuestiones que “debiendo servir de base para la repartición, no someta la ley de un modo expreso al conocimiento de la justicia ordinaria”. Es una norma que confiere competencia residual al partidor.

Dos son las misiones fundamentales del partidor:

- ☐ Liquidar la herencia para determinar lo que a cada asignatario corresponde;
- ☐ Distribuir los bienes entre ellos, en proporción a sus derechos.

Para el cumplimiento de tales fines, el partidor, por ejemplo, debe interpretar las cláusulas del testamento, determinar si un bien admite o no cómoda división, si una donación se hizo a título de legítima, de mejora o con cargo a la parte de libre disposición, las recompensas que los cónyuges se deban entre sí, etc.

### **2. Competencia exclusiva de la justicia ordinaria.**

Los artículos 1330 y 1331 señalan las materias de las que no puede conocer el partidor.

i. Determinar quiénes son los comuneros y cuáles son sus derechos (1330). Es incompetente para decidir quiénes son los partícipes y cuáles sus respectivos derechos (por ejemplo, validez o nulidad del testamento, vínculos de parentesco, desheredamientos, incapacidades, indignidades, etc). Art. 1330. Ambas materias deben estar resueltas por la justicia ordinaria, con antelación a la partición. Si eventualmente se presentaren estas materias en el curso de la partición, ésta deberá suspenderse hasta resolverlas.

ii. Es incompetente para resolver cuáles son los bienes comunes y las pretensiones sobre dominio exclusivo (art. 1331).

Podría ocurrir que alguien alegue un derecho exclusivo sobre un bien, y por ende exija excluirlo de la partición. En todo caso, a diferencia de la hipótesis anterior, no se suspenderá en principio la partición, sin perjuicio de excluir de la misma, por el momento, el bien en cuestión. Si los bienes sobre los cuáles se alega dominio exclusivo conformaren una parte considerable de la masa partible, podrá suspenderse la partición. De resultar infundada en definitiva la pretensión, se procederá como lo establece el art. 1349, es decir, se hará la partición del bien o de los bienes.

### **3. Competencia Mixta.**

Cuestiones de las que puede conocer, según las circunstancias, el partidor o la justicia ordinaria.

#### Distinguiamos al efecto:

□ El partidor es competente para conocer de las cuestiones sobre formación e impugnación de inventarios y tasaciones, cuentas de albaceas, comuneros o administradores de bienes comunes (art. 651, inciso 1º del CPC); conocerá sin embargo la justicia ordinaria, si quienes las promueven no han aceptado el compromiso, o éste caducó, o no se ha constituido aún (art. 651, inciso 2º del CPC);

□ Las cuestiones sobre administración proindiviso son, alternativamente, de competencia del partidor y de la justicia ordinaria; corresponderá conocer:

**1º** al partidor: cuando se hubiere organizado el compromiso y mientras subsista la jurisdicción del partidor, a él corresponderá decretar la administración proindiviso y nombrar los administradores (art. 653, inciso 2º del CPC);

**2º** a la justicia ordinaria corresponderán los actos anteriores: mientras no se haya constituido el juicio divisorio o cuando falte el árbitro que debe entender de él (art. 653, inciso 1º del CPC).

□ El partidor o la justicia ordinaria serán competentes, a elección del interesado, cuando se trate de un tercero que tenga derechos que hacer valer sobre los bienes comprendidos en la partición (art. 656 del CPC);

□ Para ejecutar la sentencia definitiva, el que pida su cumplimiento podrá recurrir al partidor o a la justicia ordinaria, a su elección (art. 635, inciso 1º del CPC). Con todo, necesariamente habrá que recurrir a la justicia ordinaria, cuando el cumplimiento de la sentencia suponga decretar apremios o afecte a terceros que no sean parte en el compromiso (art. 635, inciso 3º del CPC).

### **III. Tramitación del juicio de partición.**

#### **i. Características:**

**1.** Tiene una importancia preponderante la voluntad de los interesados.

**2.** Las partes tienen una doble calidad, son demandantes y demandados (se les llama "interesados" no demandante o demandado).

**3.** Juicio de cuantía indeterminada, ya que precisamente lo que se discute es la porción de bienes que a cada comunero corresponda.

**4.** Se tramita en audiencias verbales, sin perjuicio de lo cual se admiten presentaciones escritas además al termino de cada comparendo se levanta un acta de lo obrado la que es firmada por el juez, actuario y los partícipes.

**5.** El juez partidor lleva tres cuadernos.

- Principal o de actas.
- De incidentes.
- El de documentos.

**6.** Los gastos o costas de la partición se reparten a prorrata entre los interesados.

#### **ii. Desarrollo:**

Se lleva 2 tipos de comparendos: los ordinarios y los extraordinarios.

- Los primeros (ordinarios) se celebran periódicamente en fechas prefijadas y sin necesidad de una notificación especial. Son importantes estos comparendos porque en ellos se pueden adoptar válidamente cualquier tipo de acuerdo aun cuando no estén presentes todos los interesados. (650 CPC).
- Los segundos (extraordinarios) son aquellos en que se conoce especialmente por iniciativa del partidor o de otro interesado.

#### **iv. Operaciones previas a la partición:**

**1.** Tramites de ejecución del testamento. Puede ocurrir que la sucesión sea testamentaria y el testamento fuere cerrado, caso en el cual será necesario proceder a su apertura; o si fuere un testamento abierto pero otorgado sólo ante testigos, proceder a su publicación; o si fuere un testamento verbal, ponerlo por escrito.

**2.** Posesión efectiva.

**3.** Facción de inventario solemne. Normalmente, el inventario se efectuará al inicio de la tramitación de la posesión efectiva, y por lo tanto, precederá a la partición, que se efectuará recién concluida dicha posesión efectiva.

Si por alguna circunstancia, no se hubiere hecho inventario de los bienes del causante, dispone el art. 651 del CPC que el partidor será competente para todas las cuestiones "relativas a la formación e impugnación de inventarios".

**4.** Procederá la tasación de los bienes. Como es obvio, resulta indispensable avaluar los bienes que serán distribuidos entre los coasignatarios.

Normalmente, la tasación se hará por peritos (art. 1335). El CPC señala sin embargo los casos en los cuales es posible prescindir de la tasación por peritos, aunque haya incapaces entre los interesados. Distinguiamos al efecto:

- ☐ Si se trata de bienes muebles: se requiere sólo el acuerdo unánime de los interesados;
- ☐ Si se trata de bienes raíces, no basta con el consentimiento unánime de los partícipes, pues además deben existir en los autos antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes;
- ☐ Tampoco se requiere tasación pericial, cuando se trate de fijar un mínimo para licitar bienes raíces en pública subasta (art. 657 del CPC).

#### **IV. Liquidación y distribución de los bienes.**

Artículo 1337 código civil en su inciso 1 señala que el partidor liquidara lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presente las reglas que ahí se señala.

##### **A. Liquidación.**

**Concepto:** Consiste en establecer el valor en dinero del derecho de cada uno de los partícipes en la sucesión.

##### **Operaciones que comprende.**

- ☐ Deberá precisar el partidor cuáles son los bienes que se trata de partir, separando los bienes de terceros de aquellos del causante (art. 1341). Dicho de otra forma, debe, a partir del acervo bruto, determinar el acervo ilíquido.
- ☐ Deberá determinar cuál es el pasivo de la sucesión, cuáles son las bajas generales

de la herencia, para determinar el acervo líquido.

☐ Si fuere el caso, dispondrá el partidor que se formen el primero o segundo acervo imaginario, según corresponda.

**B. Distribución.** Es la repartición entre los comuneros de bienes que satisfagan sus derechos.

### **1. Principio General:**

- El artículo 1334 señala que el partidor se conformará en la adjudicación de los bienes a las reglas de este título; salvo que los coasignatarios acuerden legítima y unánimemente otra cosa. Es decir, el acuerdo de las partes es vinculante para el partidor y el aplicará las disposiciones legales solo en subsidio.

- Las reglas legales tienen un primer objetivo o finalidad y es que la repartición se haga con los mismos bienes comunes, para lo cual el partidor formará lotes o hijuelas que sean similares adjudicándoselos a los distintos comuneros.

Si lo anterior no es posible el partidor asignará el bien íntegramente a un comunero o lo venderá a un tercero extraño.

### **2. Que ocurre si hay presencia de incapaces.**

La actual regla 11º del art. 1337 deja en claro que los actos de división y adjudicación y venta a terceros que se realicen conforme a las reglas que anteceden, no exigirán aprobación judicial para llevarlos a efecto, aun cuando algunos o todos los coasignatarios sean menores o no tengan la libre administración de sus bienes.

### **3. Reglas aplicables cuando los bienes son susceptibles de división.**

En materia de partición un bien es susceptible de división no solo cuando materialmente ello es posible, sino que también es necesario considerar si esa división es o no cómoda, de manera tal que un bien no será susceptible de división cuando siéndolo materialmente dicha división menoscabe sustancialmente su valor o de ella resulte un perjuicio, por ejemplo, puedo ser titular de un paquete accionario que me de el control de la compañía de cerveza el Hígado hinchado S. A pero si se divide pierdo el control de esta compañía.

Esta idea generalmente está reflejada en el artículo 1337 número 8 segunda parte.

Cuando los bienes admitan cómoda división el partidor procederá a formar lotes o hijuelas de acuerdo con las siguientes reglas:

**i.** El tratara de guardar la posible igualdad adjudicando a los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad.

**ii.** En la formación de los lotes el partidor procurara no solo la equivalencia sino también la semejanza de todos ellos (1337 número 8).

**iii.** Una vez que el partidor a formado los lotes estas serán repartidas entre los comuneros de común acuerdo, a falta de este se repartirá por sorteo.

**iv.** Los interesados pueden reclamar contra el modo de composición de los lotes, antes de efectuarse el sorteo. (1337 número 9).

### **4. Reglas aplicables cuando los bienes no admiten cómoda división.**

En este caso, en primer lugar, este bien será adjudicado totalmente a uno de los comuneros, y si esto no es posible se procederá a la venta privada del mismo o a la venta pública, con admisión de tercero extraño que tenga interés en ella. Una vez

que se materialice esta venta el dinero que de ella se reciba se reparte entre los comuneros. En estos casos el partidor actúa como representante de la sucesión (659 del CPC).

En relación con lo anterior se aplican las siguientes reglas:

- i.** Entre los coasignatarios de una especie que no admita división, o cuya división la haga desmerecer, tendrá mejor derecho a la especie el que más ofrezca por ella. (1337 numero 1).
- ii.** Cualquiera de los coasignatarios tendrá derecho a pedir la admisión de licitadores extraños (1337 numero 1).
- iii.** El precio se dividirá entre todos los coasignatarios a prorrata. (1337 numero 1).
- iv.** No habiendo quien ofrezca más que el valor de tasación o el convencional y compitiendo dos o más asignatarios sobre la adjudicación de una especie, el legitimario será preferido al que no lo sea. (1337 numero 2). Hoy, esta regla sólo puede operar si la sucesión fuere testada, porque si es enteramente intestada, no pueden concurrir legitimarios con quienes no lo sean

#### **5. Reglas aplicables en el caso de división de un inmueble.**

- i.** Las porciones de uno o más fundos que se adjudiquen a un solo individuo, serán en lo posible, continuas, salvo que el adjudicatario consienta en recibir porciones separadas, o que de la continuidad resulte mayor perjuicio a los demás interesados que de la separación al adjudicatario. (1337 numero 3)
- ii.** Se procurará la misma continuidad entre el fundo que se adjudique a un asignatario y otro fundo de que el mismo asignatario sea dueño (1337 numero 4).
- iii.** En la división de fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce. (1337 numero 5).
- iv.** Si dos o más personas fueren coasignatarios de un predio, podrá el partidor con el legítimo consentimiento de los interesados separar de la propiedad el usufructo, habitación o uso para darlos por cuenta de la asignación. Se le llama a esto última adjudicación con desmembramiento de dominio.

#### **6. Derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente. (1337 numero 10).**

- i.** Este derecho consiste en la facultad que tiene el cónyuge en orden a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a su favor de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto.

#### **Esto es otra de las razones por las que hemos dicho que el cónyuge es un asignatario preferente.**

- ii.** Puede suceder que el valor total de los bienes que podría adjudicarse el cónyuge exceda de su cuota hereditaria; caso en el cual el cónyuge podrá pedir un derecho de uso o habitación gratuito y vitalicio respecto de aquellas cosas que no se hayan adjudicado en propiedad.
- iii.** Para que el derecho de uso o habitación antes referido sea oponible a terceros la resolución respectiva deberá inscribirse en el CBR.
- iv.** Se aplica en forma supletoria los artículos 811 y siguientes del Código Civil que regulan el derecho de uso o habitación.
- v.** Este derecho de adjudicación preferente no puede transferirse ni transmitirse.



## **7. Que ocurre con la distribución de los frutos.**

Evidentemente que no habrá ningún problema con aquellos frutos que hayan sido producidos y percibidos con anterioridad a la muerte del causante, ya que ellos se entenderán incorporados a su patrimonio y se repartirán con posterioridad.

El problema se presenta con los frutos pendientes y los percibidos con posterioridad a la apertura de la sucesión. Materias reguladas en el artículo 1338 y 1339.

### **A. Frutos percibidos durante la indivisión.**

**i.** La regla general consiste en que los herederos tendrán derecho a todos los frutos y accesiones a prorrata de sus cuotas, deducidos los frutos y accesorios pertenecientes a los asignatarios de especie. (1338 numero 3).

**ii.** Relativo a los legatarios de especie o cuerpo cierto.

Del artículo 1338 numero 3 parte final se desprende que la situación de los legatarios de especie es una excepción a la regla general antes dicha. En efecto del artículo 1338 numero 1 se concluye que los asignatarios de especie tienen derecho a los frutos y accesiones desde el momento de abrirse la sucesión. Esto se debe a que los señalados asignatarios adquieren el dominio de las especies también al momento de abrirse la sucesión. En todo caso en lo que se refiere al asignatario de especie existe una excepción toda vez que si la asignación se deba desde un día cierto o bajo condición suspensiva los frutos no se deberán sino desde la llegada del día o desde el cumplimiento de la condición; a menos que el testador haya expresamente ordenado otra cosa.

**iii.** Legado de género (1338 numero 2).

Estos legatarios no tendrán derecho a los frutos sino desde el momento en que le entreguen el legado o bien desde que la persona obligada a prestar dichas cantidades o géneros se hubiere constituido en mora.

**iv.** Formación de un cuerpo de frutos.

Para los efectos de proceder a la repartición de los frutos el partidor deberá formar un cuerpo de frutos con un activo y un pasivo; en el activo se incluirán los frutos civiles y naturales producidos durante la indivisión; en el pasivo en cambio se incluirán los gastos necesarios para la explotación de los frutos y aquellos frutos que deban ser entregados a los legatarios de especie o cuerpo cierto.

La deducción de los frutos para los legatarios de especie recaerá sobre los frutos y accesiones de toda la masa siempre que no haya una persona directamente gravada para la prestación del legado. (1338 numero 4).

### **B. Frutos pendientes al tiempo de la adjudicación.**

Artículo 1339: "Los frutos pendientes al tiempo de la adjudicación de las especies a los asignatarios de cuotas, cantidades o géneros, se mirarán como parte de las respectivas especies, y se tomarán en cuenta para la estimación del valor de ellas."

## **8. División de las deudas.**

Se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas en la herencia (art. 1340). Puede ocurrir que el causante o los propios herederos establezcan una forma distinta de distribuir las deudas.

Con todo, respecto de las deudas hereditarias, lo que fije el testador al efecto o acuerden los herederos, no empecé a los acreedores, quienes podrán demandar a la totalidad de los herederos para que respondan por su cuota en la herencia (eventualmente, podrá demandárselos por el total de la obligación, por separado, cuando el causante y el acreedor hubieren pactado indivisibilidad, de conformidad al art. 1526 N° 4 y al artículo 1528; pero si la obligación fuere solidaria, ésta no se transmitirá a los herederos del obligado, art. 1523). En cambio, tratándose de las deudas testamentarias, lo que establezca el testador sí será oponible al asignatario, pero éste no está obligado a respetar el convenio de los herederos (artículo 1373).

## **9. Tramites posteriores.**

### **i. Ventas y adjudicaciones.**

Dos destinos pueden tener los bienes comunes: se adjudican o se venden.

Los bienes son adjudicados cuando su dominio exclusivo se atribuye a un comunero en pago de su cuota. Y se venden, cuando los adquiere un extraño a la comunidad. Lo más frecuente es que las adjudicaciones se verifiquen en el curso de la partición, en virtud de los acuerdos adoptados en los comparendos del juicio particional.

ii. Durante la partición, también pueden venderse bienes en pública subasta, con admisión de comuneros o de terceros extraños. La subasta debe anunciarse por medio de avisos, en un diario de la comuna, de la capital de provincia o de la región, según corresponda. Pero si hubiere incapaces entre los interesados, deberán publicarse cuatro avisos, mediando entre la primera publicación y el remate a lo menos 15 días (art. 658 del CPC).

El partidor será el representante legal de los vendedores, en las enajenaciones que se verifiquen por intermedio del primero, suscribiendo en tal calidad las escrituras públicas pertinentes (art. 659 del CPC).

iii. Si a una o varias personas se adjudica un bien raíz, el acto de partición relativo a ese inmueble se inscribirá en el CBR que corresponda (688 número 3 del CPC).

vi. Todo acuerdo de las partes o decisión del partidor relativa a un Bien Raíz deberá reducirse a escritura pública (659 del CPC).

## **10. Derecho de los comuneros para que el valor de la adjudicación se impute a su haber.**

- Esto significa que cuando uno de los coasignatarios se adjudica un bien de la sucesión no es necesario que lo pague en dinero, sino que lo que se hace es que el valor de dicho bien se imputa al haber del adjudicatario. De lo contrario, pagaría una suma de dinero que después habría que restituirle, lo que carece de sentido.

- Como las adjudicaciones pueden hacerse durante el curso de la partición, es decir antes que ella termine, el partidor deberá proceder a fijar en forma prudencial y provisoria el haber de cada uno de los partícipes, lo cual recibe el nombre de cálculo de haber probable (680 CPC).

- El mismo artículo 680 del CPC señala que salvo acuerdo unánime de los interesados los comuneros que reciben en adjudicación durante el juicio de partición bienes por un valor superior al 80 % de su haber probable deberá pagar de contado el exceso.

El artículo 662 del CPC agrega que las adjudicaciones de propiedades raíces que se

hagan al comunero durante el juicio divisorio o en la sentencia final se entenderá constituido hipoteca sobre las propiedades adjudicadas, a objeto de asegurar el pago de los alcances que resulten en contra de los adjudicatarios siempre que no se pague de contado el exceso a que se refiere el artículo 660 CPC, a esto se le llama hipoteca legal y el artículo 662 inciso 2 del CPC señala que esta hipoteca puede sustituirse por otra caución suficiente.

### **11. Intereses por anticipos (661 CPC).**

Todos los valores que los partícipes (comuneros) reciban a cuenta de sus derechos devengarán los intereses que las partes acuerden y en subsidio el interés legal, este interés se incorpora al activo del cuerpo de frutos que ya formo el partidor.

## **V. Término de la partición.**

### **1. Entrega de los títulos de la propiedad:** (1343).

- Efectuada la partición, se entregarán a los partícipes los títulos particulares de los objetos que les hubieren cabido.
- Si la propiedad se hubiere dividido no puede pasar lo mismo con los títulos y por ello estos títulos pertenecerán a la persona que hubiere sido designada por el testador y a falta de esta designación, a quien hubiere cabido la mayor parte y en caso de igualdad decidirá por sorteo a quien le corresponda los títulos. Ahora bien, a quien le corresponda los títulos estará obligado a exhibirlos a los otros partícipes y de permitirles que tengan traslado o copia de ellos, cuando lo pidan.

### **2. Fallo.** (663 del CPC).

Los resultados de la partición quedan consignados en los siguientes documentos:

**i.** En el laudo o sentencia final en el que se establece todos puntos de hecho o de derecho que sirvieran de base para la distribución de los bienes comunes.

El laudo, o sentencia que pone fin al juicio particional, contiene:

- ☐ una referencia al nombramiento del partidor, aceptación del cargo y juramento;
- ☐ expresará el objeto de la partición e individualizará a las partes;
- ☐ mencionará los trámites previos indispensables: tasación, inventario, posesión efectiva;
- ☐ ordenará formar el cuerpo común de bienes y señalará cuáles lo integran;
- ☐ señalará las bajas generales;
- ☐ fijará la cuota que corresponda a cada interesado, de acuerdo a la ley y al testamento, de haberlo, y mandará que se les forme su respectiva hijuela;
- ☐ ordenará formar el cuerpo de frutos, de haberlos, y señalará sus bajas; ordenará
- ☐ formar la hijuela de deudas e indicará la forma de pagarla y los bienes que se destinarán a tal objeto, etc.

**ii.** En la ordenata o liquidación, en al que se hacen los cálculos matemáticos o numéricos necesarios para realizar la distribución.

- ☐ El cuerpo de bienes, con indicación de su valor;
- ☐ Las bajas generales, según el laudo;
- ☐ El cuerpo de frutos y sus bajas;
- ☐ El acervo líquido partible; y
- ☐ Cómo se divide la herencia entre los partícipes.

### **3. Aprobación de la partición (1342).**

Terminada la partición será necesario someterla a aprobación judicial en los siguientes casos:

- i. Cuando tengan interés en ello personas ausentes que no hayan designado apoderado.
- ii. Cuando hayan sido parte personas sujetas a tutela o curaduría.
- iii. Cuando en la partición se haya efectuado el cálculo del impuesto de herencia. (48 y 49 de la ley 16.271).

## **VI. Efectos de la partición.**

### **A. Adjudicación:**

**La adjudicación es la atribución de dominio exclusivo de ciertos bienes a una persona que era dueña pro indivisa.** En otras palabras, es el acto por el cual se entrega a un comunero determinado bienes a cambio de su parte en la comunidad.

Para que podamos **hablar de adjudicación es indispensable que la persona que reciba los bienes tenga la calidad de comunero.** Quiere decir que si en la partición se acuerda la venta en pública subasta de los bienes comunes y ellos se los lleva un tercero no hay en este caso adjudicación, sino una simple venta.

### **B. Efectos declarativos de la adjudicación:**

En el Derecho Romano se entendía que la adjudicación era un título traslativo de dominio entre los comuneros. Fueron los juristas medievales quienes comenzaron a sostener que en la adjudicación no había una enajenación propiamente tal, sino que simplemente había una declaración de un derecho preexistente.

Esta idea fue recogida en el Código Civil Francés y de ahí paso a nuestro Código. A este respecto, el Art.1344 Código Civil señala que cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión.

Esta norma debe relacionarse con el Art.718 Inc.1 Código Civil, según el cual cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duro la indivisión. En otras palabras, la ley finge que en este caso nunca hubo comunidad, y declara que la persona fue siempre dueña del bien adjudicado. La razón de esto es que el legislador ve a la comunidad como un estado transitorio. La adjudicación tiene entonces efecto retroactivo, entendiéndose que el dominio exclusivo se tiene desde el momento en que falleció el causante.

En todo caso, no vaya a creerse que el art. 1344 se aplica exclusivamente a la partición de la herencia. Se trata de una norma general, aplicable a la partición de cualquier comunidad.

### **c) Consecuencias del Efecto Declarativo de la Adjudicación:**

- Si uno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que se ha adjudicado a otro de ellos (venta de cosa ajena), se procederá como en el caso de venta de cosa ajena (Art.1344 Inc.2 Código Civil)

- Cada uno de los coasignatarios podrá añadir al tiempo de su posesión exclusiva todo el tiempo que hubiere durado la indivisión (Art.718 Inc.2 Código Civil).
- Problema de la hipoteca de cuota (Art.2417 Código Civil). La hipoteca de cuota constituida por el comunero subsistirá y se extenderá a todo el inmueble, si se le adjudica el bien raíz (Somarriva, por el contrario, estima que la hipoteca seguirá radicada en la cuota); y caducará en caso contrario (art. 2417);
- Si durante el tiempo que dura la indivisión se embarga un objeto común, y luego se adjudica dicho objeto a uno de los herederos, esta adjudicación no constituye objeto ilícito del Art.1464 N°3 porque no hay enajenación.
- El adjudicatario se presume que poseyó exclusivamente la cosa adjudicada durante todo el tiempo que duró la indivisión (art. 718);
- Inscripción en el conservador de bienes raíces (Art.688 N°3 relacionado con el Art.687 Inc.3 Código Civil) La inscripción de las adjudicaciones (arts. 687 y 688) no suponen tradición, sino una medida de publicidad. El acto de adjudicación se inscribe para que el heredero pueda disponer por sí solo de los bienes y para mantener la historia fidedigna del bien raíz.
- Los créditos hereditarios.  
Los créditos hereditarios (causante era acreedor, fallece el causante y el crédito se transmite a los herederos, que forman una comunidad hereditaria) se dividirán entre los herederos a prorrata de sus respectivas cuotas en la herencia y, por lo tanto, en principio cada heredero podría perseguir el pago de su cuota en el crédito.  
Ahora bien, si aplicamos el efecto declarativo de la adjudicación, el crédito ha sido siempre del heredero a quien se le ha adjudicado y, por lo tanto, los pagos efectuados por el deudor a otro heredero durante la indivisión no fueron hechos al acreedor y, en consecuencia, se trata de un pago mal hecho, pudiendo el heredero a quien se le adjudicó el crédito exigir el pago del mismo.  
Una postura es señalar que respecto de este crédito no ha existido comunidad, sino que el mismo se dividió al tiempo de abrirse la sucesión y, por lo tanto, si el crédito, posteriormente, se asigna a uno de los herederos, el título ya no es declarativo sino que translativo de dominio y, en consecuencia, los pagos antes efectuados fueron bien hechos (Pablo Rodríguez Grez)  
La Cátedra estima que ello no es posible, siguiendo a Meza Barros quien dice que mientras dure la indivisión la obligación será indivisible y, por lo tanto, solo podrá exigirse el pago del total de la obligación, extinguiéndose así la obligación sin poder adjudicar el crédito a ninguno de los herederos. Agrega que el efecto propio de la adjudicación (Art.1344 Inc.1 Código Civil) se va a aplicar solo a aquellos créditos que no han sido pagados.

## **VII. LA IMPUGNACIÓN DE LA PARTICIÓN:**

### **a) Por Evicción:**

#### **i) Generalidades:**

En una compraventa hay un título translativo de dominio y, atendiendo a las obligaciones recíprocas, existe evicción si el comprador pierde la cosa. Así, una obligación del vendedor es sanear la evicción.

Pero en la partición el título es declarativo, por lo que se entiende que ese dominio arranca no de la adjudicación, sino que del causante al abrirse la sucesión. Entonces, ¿por qué cada partícipe en esta comunidad hereditaria debe responder de la evicción

si el dominio arrancó directamente del causante?

La respuesta es que detrás de este problema lo que debe respetarse es el principio de la igualdad que debe existir en toda partición y, por lo tanto, si se priva a un adjudicatario de la cosa adjudicada se viola el principio y así el legislador lo soluciona a través de la evicción.

## **ii) Concepto:** (Art.1345 Código Civil)

El partícipe que sea molestado en la posesión del objeto que le cupo en la partición, o que haya sufrido evicción de él, lo denunciará a los otros partícipes para que concurran a hacer cesar la molestia, y tendrá derecho para que le saneen la evicción. Al igual que en la compraventa hay dos etapas:

- El partícipe es jurídicamente turbado de la posesión, y surge el derecho para citar a los demás para que lo hagan cesar.
- El adjudicatario es privado por sentencia judicial de todo o parte de la cosa adjudicada, caso en el cual surge una segunda obligación, cual es la indemnización de perjuicios.

## **iii) Casos en que No Procede la Impugnación por Esta Causal:** (Art.1346 Código Civil)

- Si la evicción o la molestia procediere de causa sobreviviente a la partición.
- Si se hubiere expresamente renunciado a la acción de saneamiento.
- Si el partícipe ha sufrido la evicción o las molestias por su culpa.
- Cuando la acción se ha extinguido por prescripción de la acción de indemnización. Prescribirá la acción en el plazo de 4 años, contados desde el día de la evicción (art. 1345). Igual como se indicó al estudiar la compraventa, este plazo se refiere a la acción para reclamar las indemnizaciones, una vez producida la evicción. Pero el derecho a citar de evicción no prescribe. En otras palabras, la prescripción está vinculada a la obligación de dar que puede pesar sobre los partícipes (indemnizar al adjudicatario evicto), pero no a la obligación de hacer (comparecer a defender al adjudicatario).

## **iv) Indemnización en el Caso de Existir Evicción:** (Art.1347)

El pago del saneamiento se divide entre los partícipes, a proporción de sus cuotas; la porción del insolvente grava a todos, incluso al que ha de ser indemnizado, a prorrata de sus cuotas.

## **b) Nulidad o Rescisión de la Partición:**

### **i) Causa de la Nulidad:**

El Art.1348 Inc.1 Código Civil contempla una regla general, en cuanto a que las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos.

El Art.1352 Código Civil, en el mismo sentido, señala que la acción de nulidad o de rescisión prescribe según las reglas generales que fijan la duración de esta especie de acción.

En todo caso existe una situación especial, la nulidad por causa de lesión.



## **ii) Nulidad por Causa de Lesión:**

El Art.1348 Inc.2 Código Civil señala que la rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota (principio de igualdad). Tal ocurriría, por ejemplo, si la cuota del comunero ascendía a \$ 100.000.000.-, y se le adjudica un solo bien, avaluado por los comuneros en dicho monto, pero cuyo valor real sólo ascendía a \$ 30.000.000. Por cierto, el valor del bien debe estimarse al tiempo de la partición.

La nulidad originada por lesión es la relativa, pues está establecida en interés de ciertas personas, los partícipes de la partición.

Esta acción de rescisión (Art.1350 Código Civil) puede enervarse, y para ello los otros partícipes deberán ofrecer y asegurar al afectado el suplemento de su porción en numerario, es decir, en dinero.

## **iii) Casos en que la Acción es Improcedente:**

- No podrá intentar la acción de nulidad o de rescisión el partícipe que haya enajenado su porción, en todo o parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo de que le resulte perjuicio (Art.1351 Código Civil)  
La expresión "porción" no debe interpretarse como sinónimo de cuota, sino que como cosa.

A juicio de Meza Barros, la enajenación impediría incluso pedir la declaración de nulidad absoluta, constituyendo por ende el art. 1351 una norma excepcional al principio general del art. 1683.

- El haber omitido involuntariamente algunos objetos no será motivo para rescindir la partición. Aquella en que se hubiere omitido se continuará después, dividiendo los objetos entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos.

## **iv) Indemnización de Perjuicios:** (Art.1353 Código Civil)

El art. 1353 franquea la posibilidad de entablar una acción de indemnización de perjuicios, cuando el partícipe no está en situación de demandar la nulidad o no desea hacerlo (por ejemplo, si el dolo que sufrió fue incidental y no principal; o el perjuicio que sufrió no excede la mitad de su cuota).

## **c) Resolución de las particiones:**

Como el Art.1348 Inc.1 Código Civil se remite de manera bastante genérica a la ineficacia de los actos o contratos ¿opera la condición resolutoria tácita? ¿podría resolverse la partición por no haber cumplido uno de los partícipes con una obligación?

No cabe aplicar la condición resolutoria tácita por los siguientes motivos:

- Porque la partición no es un contrato, ya que si lo fuera el Art.1348 Inc.1 sería redundante.
- El Art.1348 se refiere solo a la nulidad o rescisión, y no a la resolución que es una sanción o causa de ineficiencia distinta.
- La razón de ser de la condición resolutoria tácita se encuentra en las obligaciones recíprocas que emanan de los contratos bilaterales; en la partición la adjudicación tiene un efecto declarativo y, por lo tanto, el derecho que se adjudica a un comunero emana del causante y no de sus copartícipes.
- La hipoteca legal para caucionar los alcances a que se obliga a los

partícipes ¿qué ocurre si no hay hipoteca legal? Se puede seguir la regla general de la ejecución de los créditos.

- Al legislador no le gustan las comunidades, por lo tanto, el legislador quiere que la partición dure en el tiempo y por la resolución se volvería al estado anterior.

### **XIII EL ALBACEA O EJECUTOR TESTAMENTARIO:**

#### **1. CONCEPTO:**

El Art.1270 Código Civil señala que ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones.

En doctrina se critica esta definición por no ser completa, por lo que se define al ejecutor testamentario como **aquellas personas designadas por el testador, encargadas de asegurar y hacer cumplir las disposiciones legales y testamentarias relativas a la distribución de los bienes, sustituyendo en estas funciones a los herederos del causante.**

En nuestra legislación solo el testador puede designar albacea, y por esta razón el Art.1271 Código Civil señala que no habiendo el testador nombrado albacea o faltando el nombre, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenecerá a los herederos.

#### **2. ELEMENTOS DEL ALBACEAZGO:**

- La existencia de un testamento en el cual el causante designa albacea.
- Las funciones del albacea, cuales son:
  - Conservativas
  - De vigilancia y garantía
  - Ejecutivas
  - Judiciales.
- La presencia del albacea importa una sustitución en las funciones que le son propias a los herederos.

#### **3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ALBACEAZGO:**

La importancia de determinar su naturaleza jurídica consiste en resolver que normas se aplicarán en forma supletoria cuando el legislador no haya expresamenteregulado una materia determinada dentro de las normas relativas a los ejecutores testamentarios.

##### **a) Tesis del Mandato:**

El albaceazgo consistiría en un mandato póstumo (Art.2169 Código Civil) o bien en un mandato con ciertas características especiales.

Se critica esta teoría porque:

- El mandato es, generalmente, un contrato consensual; no ocurre lo mismo con el albaceazgo, que requiere las mismas solemnidades que el testamento.
- El mandato es un contrato; en cambio, el albaceazgo, al tener su origen en el testamento, es un acto jurídico unilateral.
- El mandato es revocable; el albaceazgo, una vez muerto el causante, es

irrevocable.

**b) De la Representación:**

En ella se mira al albacea como representante de la sucesión, ajeno a toda idea de un mandato. Se critica esta tesis por la falta de determinación de la persona a quien representa el albacea.

**c) Tesis del Cargo u Oficio:**

Se trata de un simple cargo de derecho privado regulado con normas de orden público.

**d) Institución Jurídica Independiente:**

No debe buscarse su naturaleza jurídica en otras instituciones análogas, el albacea es una institución independiente regida por sus propias normas.

**e) El Albacea es un Curador de Bienes:**

Para Pablo Rodríguez es un curador de bienes. Así en subsidio se aplicarán las normas de los curadores de bienes; incluso se dice que esta institución es muy símil al curador de la herencia yacente. Para sostener esta tesis, expone los siguientes argumentos:

**a)** En nuestra ley existe la curaduría de bienes, que no importa necesariamente la representación de una persona, sino la administración y gestión de una masa de bienes. Tal ocurre con el curador de una herencia yacente y con el curador de los derechos del que está por nacer. En consecuencia, los artículos 473 y siguientes regulan la situación que se presenta cuando existe una masa de bienes que debe ser administrada.

**b)** Las facultades de los curadores de bienes están contempladas en la ley, sin que quepa intervención del dueño de los bienes o de los interesados. En el albaceazgo sucede lo mismo: el artículo 1298 dispone que no puede el testador ampliar las facultades del albacea ni exonerarlo de sus obligaciones.

**c)** El artículo 1296 dispone que el albacea con tenencia de bienes tiene las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente. Vale decir, el artículo reconoce expresamente que el albacea con tenencia de bienes tiene la misma condición jurídica que el curador de la herencia yacente, y éste es un curador de bienes.

**d)** Algunas normas de los curadores se aplican parcialmente a los albaceas: artículo 1294 en relación con los artículos 394 y 412. La ley, entonces, admite que hay identidad entre albaceazgo y curaduría de bienes, y ello, porque ambos tienen igual naturaleza.

**e)** El artículo 1310, relativo al examen de la cuenta y a los saldos que resulten de ella, aplica al albaceazgo las reglas de los guardadores: otra manifestación, en orden a que ambas instituciones tienen una naturaleza común.

**f)** Si se revisan los artículos 1276, 1277, 1278, 1304 y 1309, se concluye que todos ellos hablan de "cargo", lo que coincide con los artículos 338, 392 y 518, relativos a las guardas.

**g)** El albacea administra bienes, no representa al testador ni a los herederos, no es

mandatario de ninguno de ellos; su función está vinculada al patrimonio relicto, a las disposiciones legales que fijan sus facultades y obligaciones, y a la designación que hizo el causante. Esto corresponde a la descripción de un curador de bienes

#### **4. CARACTERÍSTICAS DE ESTA INSTITUCIÓN:**

- Es solemne, ello porque solo puede constituirse por testamento.
- Es voluntario, en el sentido que el albacea puede libremente aceptar o rechazar el encargo (Art.1276 y 1277 Código Civil). Sin embargo, podría ocurrir que el albacea sea también asignatario del testador, caso en el cual, de rechazar el encargo sin probar inconveniente grave para desempeñarlo, se hará indigno de suceder al causante (artículos 1277 y 971).

Pendiente la aceptación del cargo, cualquiera de los interesados en la sucesión podrá solicitar al juez que le fije un plazo al albacea para aceptar el encargo o rehusarse. El juez podrá ampliar el plazo por una sola vez.

La aceptación del encargo puede ser expresa o tácita (artículo 1278). Constituiría aceptación tácita la ejecución de cualquier acto que el albacea no podría haber ejecutado sino en su calidad de tal, por ejemplo, solicitar una medida conservativa como la guarda y aposición de sellos, avisar la apertura de la sucesión, etc. En esta materia, se diferencia la aceptación del albacea, de la aceptación del partidor, que ha de ser formal y expresa

- Es remunerado, remuneración que es fijada por el testador o, en subsidio, por el juez (Art.1302 Código Civil) tomando en consideración dos aspectos:

**1º** El caudal hereditario (o sea, la cuantía de los bienes dejados por el difunto); y

**2º** El mayor o menor trabajo que demande al albacea el desempeño de su cargo.

Cabe tener presente que de conformidad a lo previsto en la Ley Nº 5.427, la remuneración del albacea constituye una baja general de la herencia.

- Es intuitu personae. Es personalísimo, ya que se funda en la confianza del causante.

A consecuencia de esto el albaceazgo no es transmisible a los herederos del albaceas (Art.1279 Código Civil) y, además, es indelegable, a menos que el testador haya conferido expresamente esta facultad (Art.1280 Código Civil). El carácter indelegable del albaceazgo, no impide sin embargo que el albacea designe mandatarios en el desempeño de sus funciones, pero será responsable de las operaciones de éstos (art. 1280).

- Está reglamentada por el legislador  
Sin que el testador pueda ampliar las facultades del albacea, ni exonerarle de sus facultades y obligaciones (Art.1298 Código Civil)

- El albacea debe ser capaz.

El Art.1272 Código Civil señala que no puede ser el albacea el menor de edad ni las personas designadas en los Art.497 y 498, que se refieren a los incapaces en materia

de tutela y curatela.

El Art.1275 Código Civil agrega que la incapacidad sobreviviente pone fin al albaceazgo.

- El albacea está obligado a rendir cuenta (Art.1309 y 1310 Código Civil)
  - Tiene una duración determinada. El albaceazgo está sujeto a un plazo, llegado el cual expirará (artículos 1303 a 1306). Pueden darse las siguientes situaciones:
    - ☐ el plazo corresponde fijarlo, en primera instancia, al propio testador;
    - ☐ en el silencio del testador, la ley fija el plazo: el albacea tiene el plazo de un año, contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer el cargo.
    - ☐ En ciertos casos, el juez podrá aumentar el plazo fijado por el testador o por la ley.
  - Pueden existir varios albaceas. Los artículos 1281 a 1283 se ponen en el caso de existir dos o más albaceas. Estas reglas son muy semejantes a las establecidas para la pluralidad de guardadores. Dispone el artículo 1281 lo concerniente a la responsabilidad de los albaceas conjuntos:
    - ☐ por regla general, los albaceas responderán solidariamente;
    - ☐ no responderán solidariamente, si el testador los hubiera exonerado de responder de tal forma;
    - ☐ tampoco responderán solidariamente, si el juez hubiere dividido las atribuciones de los albaceas.
- De conformidad al artículo 1282, los albaceas pueden dividir las funciones que les corresponden. Eventualmente, será el juez quien divida las atribuciones de los albaceas, a petición:
- ☐ de cualquiera de los albaceas; o
  - ☐ de cualquiera de los interesados en la sucesión (herederos o legatarios).

Si los albaceas ejercen una administración conjunta, vale decir si tienen las mismas atribuciones, deberán actuar de consuno (artículo 1283).

## **5. CAPACIDAD PARA SER ALBACEA.**

**a)** Por regla general, sólo las personas naturales pueden ser albaceas. El Código Civil sólo se pone en el caso de un albacea persona natural. Excepcionalmente, sin embargo, los Bancos pueden desempeñar el cargo de albacea, con o sin tenencia debienes (artículo 86 número 5, Ley General de Bancos).

**b)** Incapacidad del menor. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1272, los menores de edad no pueden ser albaceas. Operan por tanto las reglas generales, acerca de la incapacidad de los menores.

**c)** Incapacidad de las personas designadas en los artículos 497 y 498. Establece el inciso segundo del artículo 1272, que las personas designadas en los artículos 497 y 498 no pueden ser albaceas. Son tales:

**i)** Los ciegos.

- ii)** Los mudos.
- iii)** Los dementes, aunque no estén bajo interdicción.
- iv)** Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores.
- v)** Los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación.
- vi)** Los que carecen de domicilio en la República.
- vii)** Los que no saben leer ni escribir.
- viii)** Los de mala conducta notoria.
- ix)** Los condenados por delito que merezca pena aflictiva, aunque se les haya indultado de ella.
- x)** Los que han sido privados de ejercer la patria potestad según el artículo 271.
- xi)** Los que por torcida o descuidada administración ha sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo.

## **6. CLASES DE ALBACEAZGO:**

### **a) Atendiendo a su Origen:**

Va a ser siempre testamentario.

### **b) Atendiendo a la Extensión del Cargo:**

#### **i) General:**

Será general cuando comprenda la ejecución de todas las disposiciones testamentarias.

#### **ii) Particular:**

Será particular cuando se refiera solo a una parte de esas disposiciones, o se refiera a una misión o encargo específico.

### **c) Atendiendo a las Facultades del Albacea:** Art.1296 Código Civil.

#### **i) Albacea con Tenencia de Bienes:**

En este caso éste tendrá las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente, sin necesidad de rendir caución salvo en el caso del Art.1297. Código Civil.

#### **ii) Albacea sin Tenencia de Bienes:**

En este caso no tendrá facultades para administrar los bienes.

### **d) Atendiendo a la Naturaleza del Cargo:**

#### **i) Albacea Propiamente Tal:**

Es la persona que recibe el encargo de ejecutar disposiciones testamentarias conocidas.

#### **ii) Albacea Fiduciario:**

Es la persona que recibe el encargo de hacer ejecutar disposiciones secretas o confidenciales del testador (Art.1311 Código Civil). Requisitos Para Constituirlo: (Art.1312 y 1313 Código Civil) Estos requisitos son copulativos, y son:



- Deberá designarse en el testamento la persona del albacea fiduciario (Art.1312 N°1 Código Civil).

- El albacea fiduciario tendrá las calidades necesarias para ser albacea y legatario del testador; pero no obstará la calidad de eclesiástico secular, con tal que no se halle en el caso del artículo 965 (Art.1312 N°2 Código Civil). Que reúna las calidades necesarias para ser albacea es de toda lógica, pues el albacea fiduciario es primero un albacea, y después posee la característica especial de habersele hecho encargos secretos.

Que reúna las calidades necesarias para ser legatario implica que el legatario debe reunir los requisitos necesarios para suceder al causante. Se explica lo anterior, porque de otra forma el causante podría haber intentado dejar una asignación a un individuo incapaz para suceder, designándolo albacea fiduciario, no para ejecutar en secreto disposiciones del testador, sino simplemente para conservar para sí los bienes correspondientes a dichas asignaciones. Considerando que el albacea fiduciario no está obligado a rendir cuenta de su gestión (art. 1316), es muy factible que pudiera haber ocurrido lo expuesto. En relación a este requisito de los albaceas fiduciarios, Rodríguez Grez estima que ellos no son, propiamente, ejecutores testamentarios, sino que legatarios, puesto que el albacea fiduciario se designa para que ejecute encargos secretos del testador, de los que no dará cuenta a nadie, y que incluso pueden beneficiarlo, nada se opone a ello. Desde esta perspectiva, no puede ser executor testamentario quien realiza encargos de este tipo, que pueden o no cumplirse, respecto de los cuales los herederos no tienen injerencia alguna, y en relación a los cuales no rinde cuenta a nadie.

- Deberán expresarse en el testamento las especies o la determinada suma que ha de entregársele para el cumplimiento de su encargo (Art.1312 N°3 Código Civil)

- No se podrá destinar a dichos encargos secretos, más que la mitad de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer a su arbitrio (art.1313 código civil). Es decir, no se podrá exceder de la mitad de la parte de libre disposición (no más de la mitad de la cuarta de libre disposición, si hubiere legitimarios; o no más de la mitad de la totalidad de los bienes hereditarios, de no haber legitimarios). La jurisprudencia ha concluido que si se deja para encargos secretos una cantidad superior a la señalada por la ley, la disposición es válida hasta el límite legal, y es nula en el exceso.

- Juramento: Art.1314 Código Civil. El albacea fiduciario deberá jurar ante el juez que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz, o invertirla en un objeto ilícito. Jurará al mismo tiempo desempeñar fiel y legalmente su cargo sujetándose a la voluntad del testador.

La prestación del juramento deberá preceder a la entrega o abono de las especies o dineros asignados al encargo.

Si el albacea fiduciario se negare a prestar el juramento a que es obligado, caducará por el mismo hecho el encargo.

- Caución: Art.1315 Código Civil.

El albacea fiduciario podrá ser obligado, a instancia de un albacea general, o de un

heredero, o del curador de la herencia yacente, y con algún justo motivo, a dejar en depósito, o afianzar la cuarta parte de lo que por razón del encargo se le entregue, para responder con esta suma a la acción de reforma o a las deudas hereditarias, en los casos prevenidos por la ley.

Podrá aumentarse esta suma, si el juez lo creyere necesario para la seguridad de los interesados.

Expirados los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión, se devolverá al albacea fiduciario la parte que reste, o se cancelará la caución.

- Secreto: Art.1316 Código Civil.

El albacea fiduciario no estará obligado en ningún caso a revelar el objeto del encargo secreto, ni a dar cuenta de su administración.

- Asignaciones que pueden dejarse bajo la modalidad de encargos secretos.

Se ha planteado reiteradamente ante nuestros tribunales si puede dejarse una herencia para encargos secretos, o por el contrario, sólo pueden dejarse bienes determinados, vale decir si sólo pueden dejarse legados para ser pagados por albaceas fiduciarios.

Ejemplo de la primera situación: declara el testador que es su voluntad que se entregue al albacea la octava parte de sus bienes, con el objeto de que cumpla los encargos que en forma secreta la ha encomendado. Ejemplo de la segunda situación: el testador manifiesta que es su voluntad que se le entregue al albacea la suma de \$ 5.000.000.- o un determinado bien, para el cumplimiento de un encargo secreto. Nadie discute que la segunda situación es válida, pero sí se discute la validez de la primera.

Si bien la jurisprudencia ha sido vacilante, tiende a orientarse a estimar que no pueden destinarse para encargos secretos asignaciones a título universal, puesto que, en las herencias dejadas para el efecto indicado, no se cumpliría con el tercer requisito señalado en el art. 1312, esto es, indicar en el testamento la especie o suma de dinero que se destinan a los encargos secretos. Si se deja, por ejemplo, la octava parte de los bienes, en estricto rigor no se está señalando ni especies ni sumas de dinero determinadas.

#### **e) En Cuanto al Número:**

Puede haber uno o varios albaceas, y si son varios pueden tener funciones comunes o divididas.

### **7. FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL ALBACEA:**

**a) Facultades Conservativas:** Art.1284 Código Civil. De conformidad al art. 1284, los albaceas tienen facultades para velar por la seguridad de los bienes de la sucesión, sobre todo de los muebles, dineros y papeles. En cumplimiento de esta obligación, el albacea debe:

☐ solicitar la medida conservativa de guarda y aposición de sellos; y

☐ velar por que se haga inventario solemne de los bienes; pero podrá hacerse inventario simple, si todos los herederos, siendo capaces, así lo acordaren (igual solución se encuentra en el art. 1766, referido a la sociedad conyugal).

**b) Facultades de Vigilancia y Garantía:** Art.1285 y siguientes Código Civil.

- Debe dar aviso de la apertura de la sucesión (Art.1285 Código Civil)
- Debe especialmente resguardar:
  - A los acreedores hereditarios; ello lo hará mediante la formación de una hijuela pagadora de deudas (Art.1286 Código Civil)
  - A los legatarios. Este objetivo se obtiene de dos maneras:
    - Dando aviso al ministerio público o al ordinario eclesiástico cuando existen legados de beneficencia pública o de obras pías (Art.1291 Código Civil)
    - A través de la exigencia de una caución destinada a asegurar el cumplimiento del legado (Art.1292 Código Civil)

**c) Facultades u Obligaciones Ejecutivas:**

Debe proceder al pago de las deudas hereditarias que se le hubieren encomendado, y lo hará con la intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente (Art.1288 Código Civil)

A falta de dinero suficiente venderá los bienes de la sucesión con anuencia de los herederos, comenzando con los muebles, y siguiendo con los inmuebles (Art.1293 y 1294 relacionados con los Art.394 y 412 Código Civil)

**d) Funciones Judiciales:** Art.1295 Código Civil.

El albacea puede comparecer en juicio para defender la validez del testamento o bien para llevar a efecto las disposiciones testamentarias; en ambos casos con los herederos presentes o el curador de la herencia yacente.

Si se trata de un albacea con tenencia de bienes también puede cobrar las deudas.

**e) El Albacea Puede Estar Obligado al Pago de los Legados:** Art.1290 Código Civil.

Ello ocurrirá cuando esta misión no se hubiere impuesto a un heredero o legatario. Puede, con este objetivo, vender bienes de la sucesión, de acuerdo con los Art.1293, 1294, 394 y 412 Código Civil.

## **8. ALBACEA CON TENENCIA DE BIENES.**

**a)** Facultades del curador de la herencia yacente. Establece el art. 1296 que el testador podrá dar a los albaceas la tenencia de cualquier parte de los bienes o de todos ellos. De conformidad a los incisos 2º y 3º del mismo artículo, el albacea con tenencia de bienes tendrá las mismas obligaciones y facultades que el curador de la herencia yacente, pero con una salvedad: no será obligado a rendir caución sino en el caso del art. 1297, esto es: cuando los herederos, legatarios o fideicomisarios exijan las debidas seguridades, cuando teman justificadamente por la suerte de los bienes.

Así las cosas, el albacea con tenencia de bienes tiene un doble tipo de derechos y

obligaciones:

- ☐ Los del curador de la herencia yacente: y es lógico que así sea, porque precisamente se nombra curador a la herencia yacente, cuando no existe albacea con tenencia de bienes; si existe éste, no hay necesidad de declarar yacente a la herencia, porque habría dos personas con iguales atribuciones;
- ☐ Los del albacea sin tenencia de bienes.

#### **b) facultades judiciales del albacea con tenencia de bienes.**

Considerando el doble juego de atribuciones del albacea con tenencia de bienes, se presenta un problema. En efecto, ocurre que los curadores de la herencia yacente tienen facultades judiciales más amplias que los albaceas sin tenencia de bienes. Los primeros pueden cobrar créditos y ser demandados para el pago de las deudas hereditarias. Entre otros objetivos, se designa curador de la herencia yacente, para que los acreedores tengan una persona contra la cual dirigir sus demandas. En cambio, **los albaceas sin tenencia de bienes tienen limitadas facultades judiciales.**

El art. 1296 dispone por su parte que el albacea con tenencia de bienes tiene las facultades del curador de la herencia yacente, pero acto seguido se agrega que sin perjuicio de la tenencia, "habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes". Ahora bien, entre los "artículos precedentes", están aquellos que limitan las facultades judiciales del albacea sin tenencia de bienes (específicamente el art. 1295). Cabe entonces preguntarse qué facultades judiciales tendrá el albacea con tenencia de bienes: ¿las del curador de la herencia yacente, o sólo las del albacea sin tenencia de bienes? Somarriva, admitiendo que el tenor del art. 1296 es confuso, concluye que las **facultades del albacea con tenencia de bienes, son las del curador de la herencia yacente**. Si así no fuera, resultaría que los acreedores no tendrían contra quien dirigir sus acciones (en cambio, si el albacea lo fuere sin tenencia de bienes, los acreedores deberán accionar contra los herederos o contra el curador de la herencia yacente, de haberlo). En cambio, bien puede ocurrir que el albacea con tenencia de bienes esté actuando sin que existan herederos que hayan aceptado la herencia.

La jurisprudencia no ha sido uniforme al respecto. En algunos casos, se ha concluido que al albacea con tenencia de bienes se le aplican las limitaciones judiciales consignadas en el art. 1295. En otras sentencias, se ha estimado que el albacea con tenencia de bienes puede cobrar los créditos testamentarios, aplicando el art. 1296 en relación al art. 487.

#### **9. SANCIONES Y RESPONSABILIDAD:**

Por regla general el albacea deberá **indemnizar los perjuicios** que se hayan ocasionado hasta por **culpa leve**, y si son varios albaceas la responsabilidad será solidaria. Art.1283, 1287 y 1299 Código Civil.

Adicionalmente, de acuerdo con los Art.59 y 71 de la ley 16.271, el albacea debe velar por el pago del impuesto de herencia y, en caso contrario, será solidariamente responsable del pago del mismo y se le aplicará una multa.

Algunas excepciones son (Art.1281 y 1282 Código Civil):

- Caso en que el testador haya exonerado a los varios albaceas de la responsabilidad solidaria.
- Que el juez haya dividido las atribuciones de los varios albaceas, y ellos se ciñan a sus funciones.

#### **10. PROHIBICIONES DEL ALBACEA:**

- Se prohíbe al albacea llevar a cabo disposiciones del testador que fueren contrarias a la ley (Art.1301 Código Civil). De tal forma, si las disposiciones testamentarias ejecutadas por el albacea son contrarias a la ley, **lo actuado por éste adolece de nulidad, y se presume culpable de dolo al albacea.** Se trata en todo caso de una presunción simplemente legal, de manera que podrá el albacea acreditar que no actuó de mala fe. Observamos que estamos ante un caso excepcional, en el cual se presume el dolo, modificándose el principio general del art. 1459. La consecuencia natural de presumir dolosa la actuación del albacea, será su remoción (art. 1300).
- El albacea no puede actuar cuando tenga interés en el acto o contrato que deba realizar (Art.1294 y 412 Código Civil). El art. 1294 aplica a los albaceas la prohibición contemplada en el art. 412 respecto de la administración de los guardadores. Dicho precepto impide a los guardadores celebrar ciertos actos jurídicos en representación de sus pupilos, cuando está comprometido el interés de los primeros y de los últimos. Recordemos que la norma es prohibitiva en lo concerniente a comprar o arrendar bienes raíces del pupilo, y por extensión tratándose de los albaceas, inmuebles pertenecientes a los herederos. La prohibición alcanza también al cónyuge y a los ascendientes y descendientes del albacea.

#### **11. RESPONSABILIDAD DEL ALBACEA.**

##### **a) Grado de culpa de que responde el albacea.**

De conformidad al art. 1299, el albacea es responsable hasta de la culpa leve en el desempeño de su cargo. El precepto ratifica la regla general, que impone a quien administra bienes ajenos responder hasta de la culpa leve.

Si fueren varios los albaceas, responderán solidariamente (art. 1281). Se trata de un caso de solidaridad pasiva legal.

##### **b) Rendición de cuentas por el albacea.**

El art. 1309 impone al albacea la obligación de rendir cuenta de su gestión. Ni siquiera el testador podrá relevar de dicha obligación al albacea (declaración innecesaria, considerando el tenor del art. 1298). En este punto, la ley es más estricta con los albaceas que con los mandatarios en general, pues respecto a los últimos, el art. 2155 permite exonerar al mandatario de la obligación de rendir cuenta, con la limitación indicada en ese precepto.

La rendición de cuenta deberá efectuarse al cesar en su cargo el albacea. Podrá hacerla voluntariamente o por orden judicial (a instancia de cualquier heredero e incluso de un legatario). En el primero caso, y aun cuando hubiere juicio de partición,

el albacea podrá elegir a su arbitrio rendir la cuenta ante la justicia ordinaria o ante el juez partidor.

El art. 1310 alude al eventual saldo a favor o en contra del albacea, que resulte de la rendición de cuenta. El saldo se pagará o cobrará aplicando lo dispuesto a propósito de los guardadores (art. 424).

## **12. EXTINCIÓN DEL ALBACEAZGO:**

### **a) Vencimiento del Plazo:**

En principio, el plazo lo fija el testador; si nada dice, el plazo es de un año contado desde que ejerza el cargo, pudiendo pedir prórroga (Art.1303 a 1308 Código Civil)

El juez podrá prorrogar el plazo voluntario o el legal, cuando así lo justifiquen dificultades graves (art. 1305); esta facultad para prorrogar el plazo no compete a los herederos, según ha resuelto la jurisprudencia. También se ha fallado que la prórroga debe solicitarse antes que expire el plazo. En todo caso, el plazo dado al albacea no afecta la partición de los bienes ni su distribución entre los partícipes de la sucesión (art. 1306).

**b) Cumplimiento del Encargo:** Art.1307 Código Civil. No será motivo para prolongar el albaceazgo, la circunstancia de existir legados o fideicomisos cuyo plazo o condición estuvieren pendientes, salvo si el testador hubiere dado expresamente al albacea la tenencia de dichos bienes, limitándose en tal caso el albaceazgo a la sola tenencia de dichas especies (art. 1308). Lo mismo vale para el pago de las deudas cuyo pago se hubiere encomendado al albacea, y cuyo plazo, condición o liquidación estuviere pendiente.

**c) Dimisión por Causa Legítima:** Art.1278 Código Civil.

**d) Remoción del Cargo por Culpa Grave o Dolo:** Dispone el art. 1300 que el albacea puede ser removido de su cargo en caso de culpa grave o dolo. Podrán pedir la remoción los herederos o el curador de la herencia yacente.

El CC. suele equiparar la culpa grave al dolo. Pero en el art. 1300 se rompe tal principio y las consecuencias jurídicas serán diversas según el albacea hubiere actuado con culpa grave o con dolo. En efecto, si actuó con culpa grave, será removido de su cargo; pero si actuó con dolo, además de la remoción, el albacea quedará sujeto a las siguientes sanciones:

- ☐ se hará indigno de suceder al causante;
- ☐ deberá indemnizar de todo perjuicio a los interesados; y
- ☐ deberá restituir todo lo que haya recibido por concepto de remuneración.

**e) Por Muerte del Albacea:** Art.1279 Código Civil.

**f) Por Incapacidad Sobreviviente:** Art.1275 Código Civil.

**g) Por Nulidad del Testamento:** Cuando dicha nulidad afecte también al nombramiento del albacea.



**h) Cuando Caduque el Nombramiento:** Caducará por haberse encontrado el albacea en mora de comparecer a aceptar o exonerarse del cargo (Art.1276 Código Civil)

**i) Cuando el Albacea Fiduciario se Negare a Prestar el Juramento a que es Obligado:** Art.1314 Inc. Final Código Civil.

## **XIV LAS DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE O DONACIONES REVOCABLES:**

### **1. DEFINICIÓN:**

Existe una definición legal en el Art.1136 Código Civil, y señala que **donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio.**

Esta misma disposición agrega que donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable, y donación entre vivos es lo mismo que donación irrevocable.

En doctrina se define como el acto por el cual una persona se **desprende gratuitamente de una parte de sus bienes a favor de otra, conservando el donante la facultad de revocarlo a su arbitrio.**

Esta clase de donaciones carece de mayor aplicación práctica, pues si se quiere favorecer gratuitamente a otro, puede otorgarse testamento en su favor o efectuarle una donación irrevocable. Con todo, veremos que su importancia radica en el carácter de legado preferente que pueden llegar a tener, en ciertas circunstancias. Existe también en doctrina una discusión relativa a la naturaleza jurídica de la donación revocable. - Para algunos es un acto de donación;

- para otros se trata de un testamento, esto último por aplicación del Art.1000 Código Civil.

### **2. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS DONACIONES REVOCABLES:**

#### **a) Requisitos Externos o Solemnidades:**

Estos actos jurídicos pueden otorgarse de dos modos distintos:

**a.** Pueden sujetarse a las formalidades de los testamentos (Art.1137 Inc.1, 1139 y 1000 Código Civil)

**b.** Pueden otorgarse también ciñéndose a las reglas de las donaciones irrevocables, caso en el cual el donante **deberá reservarse la facultad de revocarla** (Art.1132 Inc.2 Código Civil)

La importancia de la forma que se adopte son las siguientes:

- Si la donación se otorga de acuerdo a las reglas de las donaciones irrevocables será necesario que el testador **las confirme expresamente en el testamento; si así no lo hace, caduca** (Art.1137 Inc.2 Código Civil)
- Si la donación se hace de acuerdo con las formalidades del testamento no requiere confirmación, se entienden confirmadas por el mero hecho de morir el donante sin haberlas revocado (Art.1144 Código Civil)
- El Art.1137 Inc.3 Código Civil contiene un caso de conversión del acto jurídico nulo, ya que la donación revocable que no se otorgue por instrumento alguno valdrá como donación entre vivos. Agrega, en todo lo que no fuere contrario

a derecho (se requiere una solemnidad, que es la insinuación)

Hay una situación especial que consiste en que la **donación entre cónyuges es siempre revocable**. En otras palabras, el legislador no acepta las donaciones irrevocables entre cónyuges (Art.1137 Inc.2 y 3 Código Civil). El legislador no ha dicho en un precepto especial si los contratos entre cónyuges valen o no. La doctrina concluye, en consecuencia, que los cónyuges pueden celebrar toda clase de contratos, salvo aquellos expresamente prohibidos por la ley, entre los cuales figuran las donaciones irrevocables. La ley prohíbe entre cónyuges estos contratos por dos razones:

- ☐ Porque son peligrosos para los terceros acreedores, sobre todo si los cónyuges están casados bajo régimen de sociedad conyugal. El marido podría burlarlos traspasando todo el patrimonio social por medio de donaciones irrevocables hechas a su mujer, eludiendo así las obligaciones contraídas con terceros.
- ☐ Para resguardar los intereses de la mujer, evitando que el marido pueda inducirla a hacerle donaciones irrevocables.

Esta norma debe relacionarse con el Art.675 Código Civil, según el cual para que valga la tradición se requiere que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere; así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges.

#### **b) Requisitos Internos:**

De los requisitos internos de los actos jurídicos (capacidad, voluntad, objeto y causa) en materia de donaciones revocables el legislador se ha ocupado en particular solo de la capacidad.

#### **i) Capacidad del Donante:**

Art. 1138, inciso 1º: "Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos una de otra.". La mayoría de la doctrina afirma que el donante debe tener capacidad para testar (Art.1005 Código Civil) y para donar (Art.1388 Código Civil). En síntesis, deberá tener la libre disposición de sus bienes (Art.1138 Código Civil)

#### **ii) Capacidad del Donatario:**

Debe ser hábil para recibir donaciones entre vivos y asignaciones.

En síntesis, debe ser persona cierta y determinada, capaz y digna (Art.962, 963, 964, 1061, 1390 y 1391 Código Civil)

### **3. EFECTOS DE LAS DONACIONES REVOCABLES:**

Debe tenerse en consideración que las donaciones revocables pueden ser a título universal o singular, y de una especie determinada o de una universalidad de bienes o de una cuota de ellos.

Además, los efectos de las donaciones revocables pueden producirse antes o después de la muerte del donante.

### **a) Efectos Después de la Muerte del Donante:**

#### **i) Donaciones a Título Singular:**

Ella se mira como un **legado anticipado**. Así mismo, si el testador ha dado en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una **donación revocable** (Art.1141 Inc.1 y 2 Código Civil)

#### **ii) Donaciones a Título Universal:**

Ella se mira como una institución de heredero, que solo tendrá efectos desde la muerte del donante (Art.1142 Inc.1 Código Civil)

### **b) Efectos Antes de la Muerte del Donante:**

Siempre que el donante haya efectuado la tradición de las cosas donadas, el donatario se mirará como usufructuario (Art.1140 Inc.1 Código Civil)

En otras palabras, desde la tradición el donatario entrará en el usufructo, sin que sea necesario que rinda caución de conservación y restitución, a menos que se lo exija el donante (Art.1140 Inc.2 Código Civil) y, además, este legatario tendrá preferencia respecto de aquellos legatarios que no hayan entrado en el goce de la cosa (Art.1141 Inc.3 Código Civil). Cabe consignar que si bien el art. 1140 dice que por la donación revocable seguida de la "tradición", el donatario adquiere los derechos y obligaciones de usufructuario, debe entenderse que esta tradición sería tal en cuanto al derecho de usufructo mismo, pero no en lo referente al dominio de las especies donadas, el cual se adquirirá por sucesión por causa de muerte al fallecimiento del donante.

Sin perjuicio de lo antes dicho, existe acuerdo en doctrina en que no estamos en presencia de un derecho real de usufructo, ello porque el donatario no requiere rendir caución y porque se trata de un derecho precario, toda vez que el donante puede revocar la donación en cualquier momento y a su arbitrio.

Adicionalmente, si el donante enajena la cosa donada termina éste derecho; por esta razón se habla de un **derecho especial de goce**.

En el caso de que la entrega anticipada fuera de una universalidad o de una cuota de ella, el donatario también se mirará como usufructuario de ella, por lo que es necesario que se especifiquen los bienes objeto de la donación a título universal (Art.1142 Inc.2 Código Civil)

El Art.22 Ley 16.271 dispone que el pago del impuesto sea al momento de efectuarse la donación, sin esperar que ella se confirme. Si la donación fuere posteriormente revocada, el donatario podrá solicitar la devolución de la parte del importante que corresponda.

Carácter de legados preferenciales.

Las donaciones revocables a título singular y los legados en que el testador ha entregado en vida las cosas donadas al donatario o legatario constituyen legados preferenciales. Esta es la importancia práctica de las donaciones revocables: art. 1141, 3º. En efecto, existen legados comunes que no gozan de preferencia para su pago, y los hay a los cuales la ley les señala una causal de preferencia. Esto puede llegar a tener gran importancia, en el caso que no alcancen a ser pagados todos los legados, ya sea porque excedan la parte de libre disposición o no existan bienes suficientes para ello.

#### **4. EXTINCIÓN DE LAS DONACIONES REVOCABLES:**

**a) Por la revocación del donante,** que puede ser expresa o tácita (Art.1145 Código Civil)

**b) Por el fallecimiento del donatario antes que el donante,** toda vez que en este caso el donatario se hará incapaz de suceder y de recibir donaciones (Art.1143 Código Civil)

**c) Por incapacidad o indignidad sobreviviente en la persona del donatario.**

**d) Cuando otorgada la donación según las reglas de las donaciones irrevocables ella no es confirmada en el testamento,** salvo si es de un cónyuge a otro (Art.1137 Inc.1 Código Civil)

**e)** Existe una **limitación respecto de las asignaciones forzosas** que está en el Art.1146 Código Civil, según el cual las disposiciones de este párrafo, en cuanto conciernan a los asignatarios forzosos, están sujetos a las excepciones y modificaciones que se dirán en el título de las asignaciones forzosas.

En otras palabras, en el evento que el donatario fuere también un asignatario forzado, el legislador ha dispuesto mecanismos para evitar que se eludan las asignaciones forzosas (acervos imaginarios).