

# DERECHO SUCESORIO

---

Fabián Elorriaga De Bonis

SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA

 **Abeledo Perrot**  
Legal Publishing

COLECCIÓN DE TRATADOS

Comité:


Director: Dr. Alejandro Vergara Blanco.

Dr. Eduardo Aldunate Lizana  
Dr. Javier Barrientos Grandon  
Dr. Daniel Peñailillo Arévalo  
Dr. Alejandro Romero Seguel  
Dr. Pablo Ruiz-Tagle Vial

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS

DERECHO SUCESORIO

SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA

 **Abeledo Perrot**  
Legal Publishing  
Santiago de Chile, 2010

ÍNDICE

Página

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN A LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

1. El problema de la muerte .....	1
2. La sucesión por causa de muerte como efecto funda- mental de la muerte .....	3
3. Fundamentos de la sucesión por causa de muerte .....	5
4. Los intereses que concurren en la sucesión .....	7
5. Origen de la sucesión o modos de transmisión sucesoria .....	8

CAPÍTULO 2

SISTEMAS SUCESORIOS

6. La sucesión en la persona y la sucesión en los bienes .....	13
7. La sucesión en la persona .....	13
8. Crítica .....	16
9. La sucesión en los bienes .....	17
10. El sistema chileno es de sucesión en la persona .....	18
11. Excepciones al principio de continuidad de la persona .....	20

CAPÍTULO 3

LA SUCESIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO

12. Aspectos generales .....	23
13. Derivativo .....	23

	Página
14. Opera por causa de muerte .....	24
15. A título gratuito .....	24
16. Puede ser a título universal o singular .....	24

CAPÍTULO 4

LOS ADQUIRENTES O ASIGNATARIOS POR CAUSA DE MUERTE

17. Noción.....	25
18. Asignatarios a título universal o herederos .....	25
19. Asignatarios a título singular o legatarios .....	27
20. Diferencias entre herederos y legatarios .....	28

CAPÍTULO 5

LAS ASIGNACIONES POR CAUSA DE MUERTE

21. Concepto .....	31
22. Clasificaciones .....	31
23. Asignaciones a título universal y a título singular .....	31
24. Asignaciones testamentarias y legales .....	31
25. Asignaciones forzosas y voluntarias .....	32

CAPÍTULO 6

REQUISITOS SUBJETIVOS PARA SUCEDER

26. Enunciación .....	33
-----------------------	----

*Sección 1*

*Capacidad para suceder*

27. Concepto .....	33
28. Incapacidades de goce .....	34
29. Clasificación .....	34
30. Incapacidades absolutas o totales .....	34

	Página
31. No existir al tiempo de abrirse la sucesión .....	34
32. Caso del concebido y no nacido .....	35
33. Personas que suceden por derecho de transmisión .....	36
34. Herencia o legado bajo condición suspensiva .....	36
35. Sujetos que no existen pero se espera que existan .....	36
36. Asignaciones efectuadas en premio a quien presta un servicio importante .....	37
37. Las entidades que carecen de personalidad jurídica .....	38
38. Incapacidades relativas o particulares .....	39
39. Condenación por crimen de dañado ayuntamiento .....	39
40. Incapacidad del eclesiástico confesor .....	40
41. Incapacidad del notario, parientes, dependientes, testigos y sus familiares .....	41
42. Características de las incapacidades para suceder .....	42

*Sección 2*

*Dignidad para suceder al causante*

43. Concepto .....	44
44. Causas de indignidad .....	45
45. Características de las indignidades .....	47

*Sección 3*

*Reglas comunes a las incapacidades e indignidades para suceder*

46. Excepción de indignidad o incapacidad .....	49
47. Mantenimiento del derecho de alimentos .....	50

CAPÍTULO 7

LA TEORÍA DE LOS ACERVOS

48. Concepto y tipos .....	51
49. El acervo bruto o común .....	51
50. El acervo ilíquido .....	52

	Página
51. Acervo líquido o partible .....	54
52. Primer acervo imaginario o colación .....	54
53. Segundo acervo imaginario .....	55

CAPÍTULO 8  
EL FENÓMENO SUCESORIO

54. Etapas .....	57
------------------	----

*Sección 1*  
*La apertura de la sucesión*

55. Concepto .....	57
56. Momento de la apertura de la sucesión .....	58
57. Importancia de la determinación del momento de la apertura .....	58
58. Situación de los comurientes .....	58
59. Lugar en que se produce la apertura de la sucesión .....	59
60. Importancia del lugar en que se abre la sucesión .....	60
61. Ley que regla la sucesión. Sistemas de la unidad y de la pluralidad sucesoria .....	61
62. El sistema chileno es de aparente unidad sucesoria .....	62
63. Excepciones a la regla general del artículo 955.2 .....	62
64. Caso del chileno que fallece en el extranjero .....	62
65. Caso del extranjero que fallece dejando herederos chi- lenos .....	63
66. Caso de la muerte presunta .....	64
67. Caso en que una persona fallece dejando bienes en Chile, y su sucesión se abre en el extranjero .....	64

*Sección 2*  
*La delación de las asignaciones*

68. Concepto .....	64
69. Delación y vocación sucesoria .....	65

	Página
70. Momento en que se defiere la asignación .....	67
71. Asignación sujeta a condición suspensiva .....	67
72. Asignación bajo condición de no hacer algo el asigna- tario .....	68

*Sección 3*  
*Aceptación y repudiación*  
*de las asignaciones (ius delationis)*

73. Cuestiones preliminares .....	69
74. Instante desde el que se puede aceptar la asignación .....	70
75. Momento desde el que se puede repudiar .....	70
76. Momento hasta en que se puede aceptar o repudiar .....	71
77. Libertad para aceptar o repudiar las asignaciones .....	72
78. Situación de los incapaces .....	72
79. Situación de los que sustraen efectos de la sucesión .....	74
80. Formas de aceptación de la asignación .....	75
81. Formas de repudiación de la asignación .....	76
82. Características de la opción de repudiar o aceptar. Enunciación .....	77
83. Se trata de actos unilaterales .....	77
84. El derecho de aceptar o repudiar es transmisible .....	77
85. El derecho de aceptar o repudiar una aceptación no puede transferirse .....	78
86. La aceptación o repudiación deben ser puras y sim- ples .....	78
87. La aceptación y repudiación son indivisibles .....	79
88. La aceptación y repudiación operan de manera retro- activa .....	79
89. La aceptación o repudiación, por regla general, son irre- vocables .....	79
90. Nulidad de la aceptación o repudiación de un inca- paz .....	80
91. Vicios del consentimiento en la aceptación o repudio .....	81
92. Lesión en la aceptación .....	81
93. La repudiación en perjuicio de los acreedores .....	82

Sección 4

El derecho de transmisión (ius transmissionis)

94. El derecho de transmisión.....	83
95. Características de la transmisión.....	84
96. Personas que intervienen en la transmisión.....	85

CAPÍTULO 9

EL DERECHO REAL DE HERENCIA

97. Concepto.....	89
98. Características. Enunciación.....	89
99. Es un derecho real autónomo y diferente del dominio.....	89
100. Recae sobre una universalidad jurídica.....	90
101. Tiene una vida efímera.....	91
102. Naturaleza jurídica.....	91
103. Doctrina de don Leopoldo Urrutia.....	92
104. Doctrina de don José Ramón Gutiérrez.....	92
105. Adquisición del derecho real de herencia.....	92
106. Adquisición por sucesión por causa de muerte.....	92
107. Adquisición por tradición.....	93
108. Adquisición del derecho real de herencia por prescripción.....	97
109. La posesión de la herencia.....	98
110. La posesión legal de la herencia.....	98
111. La posesión material de la herencia.....	99
112. La posesión efectiva de la herencia.....	100
113. Inscripciones conservatorias a que da lugar la sucesión por causa de muerte.....	101
114. Problemas originados por la nueva redacción del artículo 688.....	103
115. Sanción por incumplimiento de las referidas inscripciones conservatorias.....	104
116. La tesis de la nulidad absoluta.....	105
117. La doctrina de la nulidad de la tradición.....	105

118. La tesis de la mera tenencia.....	106
119. La posibilidad de la nulidad relativa.....	107
120. El tercero es un poseedor.....	107

CAPÍTULO 10

LA SUCESIÓN LEGAL, LEGÍTIMA O INTÉSTADA

121. Concepto.....	109
122. Ámbito de aplicación.....	109
123. Sistemas de sucesión intestada.....	110
124. Sistema subjetivo o personal.....	110
125. Sistema real o troncal.....	111
126. Fundamentos de la sucesión legal.....	112
127. Herederos abintestato.....	114
128. Formas de suceder abintestato.....	114

CAPÍTULO 11

EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

129. Concepto.....	117
130. Justificación de la representación.....	118
131. Requisitos para que opere la representación.....	118
132. Debe tratarse de una sucesión intestada.....	119
133. Es necesario que el representado falte en la sucesión del causante.....	120
134. El representado debe haber sido de los parientes del causante indicados en la ley.....	122
135. El representante debe ser descendiente del representado.....	123
136. El representante debe ser capaz y digno de suceder al de <i>cujus</i> .....	124
137. Efectos de la representación.....	124
138. Situación tributaria.....	125
139. Situación de la representación respecto del cambio de leyes en el tiempo.....	125
140. La representación y el derecho de transmisión.....	127

## CAPÍTULO 12

## LOS ÓRDENES DE SUCESIÓN

141. Noción.....	129
142. Primer orden de sucesión: El orden de los descendientes .....	130
143. Situación de los hijos del causante.....	131
144. Situación del cónyuge sobreviviente.....	132
145. Derecho mínimo garantizado al cónyuge sobreviviente .....	133
146. Asignación al cónyuge inferior a la porción mínima garantizada .....	134
147. Matrimonios nulos .....	134
148. Situación del cónyuge divorciado .....	135
149. Situación de los cónyuges separados judicialmente.....	135
150. El cónyuge en la sucesión parte testada y parte intestada .....	137
151. Segundo orden de sucesión: del cónyuge y/o los ascendientes .....	138
152. Los padres del causante son indignos si se han opuesto a la determinación judicial de la filiación .....	139
153. Tercer orden de sucesión: de los hermanos .....	142
154. Cuarto orden de sucesión: el de los demás colaterales .....	143
155. Quinto orden de sucesión: el del Fisco.....	145
156. La situación hereditaria del adoptado.....	146
157. Los órdenes de sucesión del causante de filiación no determinada.....	149

## CAPÍTULO 13

## LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

158. Noción.....	151
159. Fundamentos.....	151
160. La regla general en materia sucesoria.....	152

## CAPÍTULO 14

## DEL TESTAMENTO EN GENERAL

161. Concepto.....	155
162. Características .....	156
163. Negocio jurídico .....	156
164. Negocio jurídico unilateral .....	156
165. Negocio personalísimo .....	157
166. Negocio gratuito .....	157
167. Negocio por causa de muerte.....	158
168. Negocio esencialmente revocable .....	158
169. Negocio solemne.....	158
170. Negocio dispositivo.....	159
171. Requisitos del testamento .....	160

## CAPÍTULO 15

## LA CAPACIDAD PARA TESTAR

172. La regla general .....	161
173. Impúberes .....	161
174. Interdictos por demencia .....	162
175. Los privados de la razón .....	162
176. Los que no pudieran manifestar voluntad claramente .....	163
177. Situación de los sordos y sordomudos .....	164
178. La situación de las personas mudas .....	165

## CAPÍTULO 16

## LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

179. Voluntad exenta de vicios .....	167
180. La fuerza .....	168
181. El error .....	169
182. El dolo .....	171

CAPÍTULO 17  
EL OBJETO DEL TESTAMENTO

183. Concepto .....	175
184. La asignación debe recaer sobre bienes del causante .....	176
185. La asignación debe ser posible .....	176
186. La asignación debe estar determinada o ser determinable .....	176
187. La asignación debe ser lícita .....	177

CAPÍTULO 18  
LA CAUSA DEL TESTAMENTO

188. La causa como elemento del testamento .....	179
--	-----

CAPÍTULO 19  
LOS TESTAMENTOS SEGÚN SUS FORMAS

*Sección 1*  
*Generalidades*

189. Los diversos tipos de testamentos según sus formas .....	181
190. La finalidad de las formas testamentarias .....	181
191. El abuso de las formas testamentarias .....	182
192. Ley que rige las formas testamentarias en cuanto al tiempo .....	186
193. Ley que rige las formas testamentarias en cuanto al lugar .....	187
194. Formas materiales y coetáneas al otorgamiento .....	187

*Sección 2*  
*El testamento ológrafo*

195. Concepto .....	189
196. Ventajas .....	191
197. Desventajas .....	191

CAPÍTULO 20  
TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN CHILE

198. Requisitos comunes .....	193
199. Escrituración .....	193
200. Sanción por la falta de escrituración .....	193
201. Testamento en hoja suelta .....	194
202. La protocolización del testamento otorgado en hoja suelta .....	195
203. Sanción por la omisión de la protocolización .....	196
204. Testigos hábiles .....	196
205. La habilidad es la regla general .....	197
206. Sanción para la ausencia o inhabilidad de testigos .....	197
207. Las inhabilidades para ser testigo testamentario .....	197
208. Domicilio y alfabetización de los testigos .....	199
209. Sanción por ausencia de domicilio o alfabetización de los testigos .....	199
210. Habilidad putativa de un testigo .....	201
211. Individualización del testador, testigos y funcionario .....	201
212. Individualización del testador .....	201
213. Individualización de los testigos .....	202
214. Individualización del funcionario .....	202
215. Sanción por la omisión de individualizaciones .....	203
216. Lugar del otorgamiento del testamento .....	204
217. Fecha y hora del otorgamiento .....	206
218. Sanción por la omisión de la fecha y la hora .....	206
219. Continuidad y unidad del acto .....	207
220. Sanción por la falta de continuidad o unidad del acto .....	208
221. Firmas de los intervinientes .....	208
222. Sanción .....	209
223. Registro del testamento .....	209
224. Sanción por la omisión del registro .....	212



	Página
<b>CAPÍTULO 21</b>	
<b>EL TESTAMENTO ABIERTO, PÚBLICO O NUNCUPATIVO</b>	
225. Concepto .....	213
226. Testamento otorgado ante funcionario y tres testigos .....	213
227. Sanción .....	214
228. Habilidad putativa del funcionario autorizante del testamento .....	214
229. Testamento abierto en hoja suelta .....	215
230. Testamento otorgado ante cinco testigos .....	215
231. La publicación del testamento .....	215
232. Declaraciones que debe contener el testamento abierto .....	216
233. Otorgamiento del testamento abierto .....	217
234. Sanción .....	218
235. El testamento del ciego .....	219
236. ¿Quiénes deben ser considerados ciegos? .....	219
237. Formalidades y particularidades del testamento del ciego .....	220
238. El testamento de los sordos y sordomudos .....	220
239. Formalidades y particularidades del testamento del sordo y sordomudo .....	221
240. Sanciones .....	221
<b>CAPÍTULO 22</b>	
<b>TESTAMENTO CERRADO O SECRETO</b>	
241. Concepto .....	223
242. Personas que pueden otorgarlo .....	223
243. Personas obligadas a otorgar testamento secreto .....	223
244. Forma de otorgarlo .....	224
245. Formalidades del otorgamiento .....	224
246. Escrituración y firma del testamento .....	224
247. Introducción del testamento en sobre cerrado .....	225
248. Declaraciones del testador .....	225

249. Redacción y firma de la carátula o sobre .....	226
250. Otorgamiento mismo del testamento cerrado .....	226
251. Sanción .....	227
252. Custodia del testamento cerrado .....	227
253. Apertura del testamento cerrado .....	227
254. Solicitud de apertura .....	228
255. Juez competente .....	228
256. Forma de proceder .....	228
257. Elección de testamento abierto o cerrado .....	229

**CAPÍTULO 23**  
**TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN EL EXTRANJERO**

258. Formas .....	231
-------------------	-----

*Sección 1*  
*Testamento solemne otorgado de conformidad a la ley extranjera*

259. Noción .....	231
260. Requisitos para que este testamento tenga valor en Chile .....	231
261. El testamento debe otorgarse por escrito .....	232
262. Debe constar el cumplimiento de solemnidades impuestas por la ley extranjera .....	232
263. La autenticidad del testamento debe acreditarse en la forma ordinaria .....	232
264. Del valor del testamento ológrafo otorgado en el extranjero .....	232
265. La cuestión en la doctrina .....	233
266. La jurisprudencia .....	234

*Sección 2*  
*Testamento otorgado en el extranjero de conformidad a la ley chilena*

267. Noción .....	234
268. Requisitos para que este testamento tenga valor en Chile .....	234

	Página
269. Visto bueno del jefe de la legación y remisión del testamento a Chile.....	236
270. La apertura del testamento cerrado otorgado en el extranjero.....	236
271. Sanción.....	237
 CAPÍTULO 24 TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS O MENOS SOLEMNES  	
<i>Sección 1</i> <i>Generalidades</i>	
272. Concepto y tipos.....	239
273. Solemnidades comunes a los testamentos privilegiados.....	240
274. La habilidad de los testigos.....	240
275. Alfabetización de los testigos en el caso de testamento privilegiado escrito.....	241
276. Habilidad putativa de los testigos.....	241
277. Formalidades coetáneas comunes de los testamentos privilegiados.....	242
278. Apertura, publicación y protocolización de los testamentos privilegiados.....	242
 <i>Sección 2</i> <i>Testamento verbal</i>	
279. Concepto.....	243
280. Peligro inminente de muerte.....	244
281. Testigos.....	244
282. Declaración y disposiciones de viva voz.....	244
283. Caducidad del testamento verbal.....	244
284. Escrituración del testamento verbal.....	245
285. Examen de los testigos.....	246
286. Resolución judicial.....	247
287. Impugnación del testamento verbal.....	248

	Página
 <i>Sección 3</i> <i>Testamento militar</i>	
288. Concepto y reglamentación.....	248
289. Testamento militar abierto.....	249
290. Testamento militar cerrado.....	249
291. Testamento militar verbal.....	250
 <i>Sección 4</i> <i>Testamento marítimo</i>	
292. Concepto y reglamentación.....	251
293. Testamento marítimo abierto.....	251
294. Testamento marítimo cerrado.....	252
295. Testamento marítimo verbal.....	252
 CAPÍTULO 25 INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO	
296. Noción y reglamentación.....	253
297. Interpretación testamentaria y contractual.....	254
298. Procedencia de la interpretación.....	256
299. Cuestión de hecho.....	256
300. Prueba intrínseca y extrínseca en la interpretación testamentaria.....	257
301. Reglas particulares de interpretación.....	259
302. Asignaciones para beneficencia, pobres y alma del testador.....	259
303. Asignaciones indeterminadas a los parientes.....	261
 CAPÍTULO 26 LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO	
304. Concepto.....	263
305. La facultad de revocar es esencial.....	263

306. Disposiciones y declaraciones testamentarias .....	264
307. La forma de la revocación .....	265
308. Revocación sin testamento .....	267
309. La revocación tácita de legados .....	268
310. Revocación del legado de crédito .....	269
311. Revocación del legado de condonación .....	269
312. Revocación por enajenación de la especie legada .....	269
313. Revocación por la alteración sustancial de la cosa mue- ble legada .....	272
314. Revocación por destrucción del testamento .....	273
315. La revocación del testamento revocatorio .....	275
316. Clasificación de la revocación .....	275
317. Nulidad y revocación del testamento .....	277

CAPÍTULO 27

LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

318. Concepto .....	279
319. Requisitos de las asignaciones testamentarias .....	279
320. Certidumbre y determinación del asignatario .....	279
321. Determinación del objeto de la asignación .....	281
322. Forma en que debe expresarse la voluntad .....	281
323. No valen las disposiciones captatorias .....	282
324. La elección del asignatario no puede quedar al puro arbitrio ajeno .....	283
325. Es posible dejar una asignación cuyo cumplimien- to dependa del arbitrio de un legatario o heredero .....	283
326. Las asignaciones se transmiten con el gravamen que pese sobre ellas .....	285
327. Clasificación de las asignaciones testamentarias .....	285
328. Asignaciones puras o simples y las sujetas a modalida- des .....	285
329. Asignaciones a título universal y a título singular .....	286
330. Asignaciones forzosas y asignaciones voluntarias .....	286

CAPÍTULO 28

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS CONDICIONALES

331. Concepto y reglamentación .....	287
332. Condición que consiste en un hecho presente o pa- sado .....	288
333. Condición de no impugnar el testamento .....	289
334. Condición de contraer o no contraer matrimonio .....	289
335. Condición de permanecer en estado de viudedad .....	290
336. Es válida la condición de abrazar un estado o profe- sión cualquiera .....	290
337. Condiciones resolutorias y suspensivas .....	291
338. Condición resolutoria .....	291
339. Condición resolutoria pendiente, fallida y cumplida .....	292
340. Asignación sujeta a condición suspensiva .....	292
341. Condición suspensiva pendiente .....	292
342. Condición suspensiva cumplida .....	294
343. Condición suspensiva fallida .....	294

CAPÍTULO 29

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS A DÍA

344. Concepto y reglamentación .....	297
345. Certidumbre y determinación del día .....	298
346. Los plazos en las asignaciones por causa de muerte .....	298
347. Día cierto y determinado .....	298
348. Día cierto e indeterminado .....	299
349. Día incierto y determinado .....	300
350. Día incierto e indeterminado .....	301

CAPÍTULO 30

ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS MODALES PROPIAMENTE TALES

351. Concepto y reglamentación .....	303
352. Naturaleza jurídica del modo .....	304

	Página
353. Beneficiarios .....	305
354. Cumplimiento .....	307
355. Incumplimiento del modo .....	308

CAPÍTULO 31  
ASIGNACIONES A TÍTULO UNIVERSAL

356. Concepto .....	311
357. Herederos universales .....	312
358. Herederos de cuota .....	313
359. Importancia de la distinción anterior .....	313
360. Herederos de remanente .....	314
361. Clasificación de los herederos de remanente .....	314
362. Caso en que las asignaciones testamentarias comple- ten o superen la unidad de la herencia .....	316
363. Procedencia de la acción de reforma del testamento .....	318

CAPÍTULO 32  
ASIGNACIONES A TÍTULO SINGULAR O LEGADOS

364. Concepto .....	319
365. Características .....	320
366. Cosas que pueden ser objeto de legado .....	321
367. Cosas que no pueden ser objeto de legado .....	322
368. Especies de legados .....	323
369. El legatario de especie .....	323
370. El legatario de género .....	324
371. De los legados en particular .....	325
372. El legado de adquisición .....	325
373. Legados de cosa ajena .....	326
374. Legado de cuota .....	327
375. Caso en el que sólo se indique el lugar en el que la cosa se encuentra .....	328
376. El legado de cosa fungible .....	329
377. Legado de cosa futura .....	330

	Página
378. Legado de una especie entre muchas del testador .....	330
379. Elección de la cosa legada por el obligado al pago o el legatario .....	331
380. Legado de un predio .....	332
381. Legado de una parte de un predio .....	333
382. Legado de una casa o hacienda con lo comprendido en ella .....	333
383. Legado de un carruaje .....	333
384. Legado de un rebaño .....	334
385. Legado de una misma cosa a varias personas .....	334
386. Legados de especies gravadas con prenda o hipoteca .....	335
387. Legados con cláusula de no enajenar .....	337
388. Legado de crédito .....	338
389. Legado de cosa dada en prenda .....	339
390. Legado de condonación o liberación .....	340
391. Legado efectuado al acreedor .....	341
392. Legado de pago de lo no debido .....	341
393. Legado de confesión de deuda .....	341
394. Legado de alimentos .....	342
395. El prelegado .....	343
396. El sublegado .....	346
397. Extinción de los legados .....	347
398. La destrucción de la especie legada .....	347

CAPÍTULO 33  
EL DERECHO DE ACRECIMIENTO

399. Concepto .....	351
400. Requisitos .....	351
401. Sucesión testada .....	351
402. Llamamiento de dos o más asignatarios .....	353
403. Los asignatarios deben ser llamados a un mismo ob- jeto .....	353
404. Puede tratarse de un legado o de una herencia .....	355
405. Es fundamental que el llamamiento se haga sin desig- nación de cuotas .....	355

	Página
406. Caso en que se llama a los asignatarios por partes iguales .....	356
407. Caso en que se llama a dos o más asignatarios en una misma cuota, pero sin determinar lo que llevan dentro de ella .....	357
408. Debe faltar uno o más de los asignatarios designados .....	357
409. Posible colisión con el derecho de transmisión .....	357
410. Posible colisión con el derecho de representación .....	358
411. No deben existir sustitutos .....	358
412. El acrecimiento no debe haber sido prohibido por el testador .....	358
413. Efectos del acrecimiento .....	359

CAPÍTULO 34  
DERECHO DE SUSTITUCIÓN

414. Concepto y clases .....	361
415. Otras clases de sustitución .....	361

*Sección 1*  
*La sustitución vulgar*

416. Concepto y requisitos .....	363
417. La sustitución solamente opera en la sucesión testamentaria .....	363
418. La designación del sustituto debe expresarse .....	364
419. Formas de designación de los sustitutos .....	364
420. Sustitución directa o indirecta .....	364
421. Sustitución individual o múltiple .....	364
422. El asignatario debe faltar .....	364
423. Concurrencia de la sustitución con el derecho de transmisión .....	366
424. Concurrencia de la sustitución con el derecho de representación .....	366
425. Concurrencia de la sustitución con el derecho de acrecimiento .....	367

*Sección 2*  
*La sustitución fideicomisaria*

426. Concepto y reglamentación .....	367
427. La sustitución fideicomisaria en el Derecho romano y comparado .....	367
428. La situación en Chile .....	370
429. Designación de sustitutos para el fideicomisario .....	371
430. Los derechos de los fideicomisarios no se transmiten .....	372
431. La sustitución fideicomisaria no se presume .....	372

CAPÍTULO 35  
SÍNTESIS SOBRE LA CONCURRENCIA DE VARIOS DE LOS  
DERECHOS TÍPICOS DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

432. Explicación .....	373
433. Transmisión, sustitución y acrecimiento .....	373
434. Representación, sustitución y acrecimiento .....	373
435. Representación y transmisión .....	373

CAPÍTULO 36  
LA SUCESIÓN PARTE TESTADA Y PARTE INTESADA

436. Problemas que presenta una sucesión mixta .....	375
437. Forma en que se divide la herencia .....	376
438. Situación de los que suceden por testamento y por ley .....	376
439. Situación de las asignaciones forzosas en las sucesiones mixtas .....	379
440. Concurrencia de legitimarios con quienes no lo sean .....	380

CAPÍTULO 37  
LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

441. Concepto .....	383
442. Las diferentes asignaciones forzosas .....	383

	Página
443. Fundamento de las asignaciones forzosas .....	384
444. Las asignaciones forzosas y la libertad de testar .....	384
445. Los modelos sobre la libertad de testar .....	385
446. Modelos de libre disposición o de libertad de testar .....	385
447. Sistema de legítimas o de libertad restringida de testar .....	386
448. La solución chilena .....	386
449. Ámbito de aplicación de las asignaciones forzosas .....	390
450. Mecanismos de protección para las asignaciones forzosas .....	391
451. La pérdida de las asignaciones forzosas .....	392

CAPÍTULO 38

LOS ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY A CIERTAS PERSONAS

452. Concepto .....	395
453. Forma en que se pagan los alimentos forzosos .....	395
454. ¿Qué ha de entenderse por alimentos que se deben por ley? .....	397
455. Condiciones que deben concurrir en el asignatario de alimentos forzosos .....	398
456. Forma en que pagan los alimentos que se deben por ley .....	400
457. Responsabilidad de los asignatarios de alimentos por las deudas .....	400

CAPÍTULO 39

LAS LEGÍTIMAS

*Sección 1*

*Aspectos generales*

458. Concepto .....	403
459. Los legitimarios .....	403
460. Los hijos personalmente o representados por su descendencia .....	404
461. Los ascendientes .....	404

462. El cónyuge sobreviviente .....	406
463. Distribución de la legítima entre los distintos legitimarios .....	407
464. Distribución del resto de la herencia .....	409
465. Clasificación de las legítimas .....	409

*Sección 2*

*La legítima rigurosa*

466. Concepto .....	409
467. Determinación de la mitad legitimaria .....	410
468. La representación opera sólo respecto de los legitimarios que sean descendientes .....	410
469. Distribución de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición .....	411
470. No existen ni descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge del causante .....	411
471. Existen descendientes, ascendientes o cónyuge del causante .....	411
472. Características de las legítimas rigurosas .....	412
473. Las legítimas son una asignación forzosa .....	412
474. La legítima no puede ser objeto de modalidad o gravamen. Excepciones .....	413
475. El artículo 86 de la Ley General de Bancos .....	415
476. La regla del N° 10 del artículo 1337 del Código Civil .....	416
477. El testador puede señalar los bienes con los que se paga la legítima .....	417
478. Las legítimas gozan de preferencia absoluta para su pago .....	418
479. El llamado acrecimiento de legítima rigurosa a legítima rigurosa .....	419

*Sección 2*

*La legítima efectiva*

480. Concepto .....	420
481. Beneficiarios .....	421

	Página
482. Distribución de las legítimas efectivas .....	421
483. Priman por sobre este acrecimiento las reglas de la su- cesión intestada .....	421

CAPÍTULO 40  
LA CUARTA DE MEJORAS

*Sección 1*  
*De la cuarta de mejoras*

484. Concepto .....	425
485. Beneficiarios .....	425
486. Características de las mejoras .....	426
487. La cuarta de mejoras es una asignación forzosa .....	427
488. La cuarta de mejoras no se presume .....	427
489. La denominada mejora tácita .....	428
490. La cuarta de mejoras, por regla general, no admite modalidades y gravámenes .....	429
491. Distribución de la cuarta de mejoras .....	431

*Sección 2*  
*El pacto de no mejorar*

492. Concepto .....	432
493. Objetivo del pacto de no mejorar .....	433
494. Requisitos del pacto de no mejorar .....	433
495. El pacto de no mejorar es solemne .....	433
496. El pacto solamente puede favorecer a ciertas perso- nas .....	433
497. El beneficiario del pacto debe ser legítimo .....	434
498. El pacto debe tener por objeto no disponer de la cuar- ta de mejoras .....	434
499. Debe existir el legítimo beneficiado al momento de la apertura de la sucesión .....	434
500. Efectos del pacto de no mejorar .....	435

	Página
--	--------

CAPÍTULO 41  
DE LOS ACERVOS IMAGINARIOS EN GENERAL

501. Acervo sobre el que se calculan las legítimas y las me- joras .....	437
502. Denominación .....	439
503. La formación de estos acervos procede en la sucesión testada y en la intestada .....	441

CAPÍTULO 42  
DEL PRIMER ACERVO IMAGINARIO O COLACIÓN

504. Concepto .....	443
505. Objetivo .....	443
506. Requisitos .....	444
507. Presencia de legitimarios a la delación de la herencia .....	444
508. Otorgamiento de donaciones a favor de uno o más le- gitimarios .....	445
509. Las donaciones deben ser a título de legítima o me- jora .....	446
510. La acumulación de las donaciones revocables .....	450
511. Beneficiarios del primer acervo imaginario .....	453
512. Las donaciones se acumulan en valor y no en especie .....	456
513. Liberalidades no acumulables para la configuración del primer acervo imaginario .....	457

CAPÍTULO 43  
EL SEGUNDO ACERVO IMAGINARIO

514. Concepto .....	459
515. Objetivo .....	459
516. Requisitos .....	460
517. Existencia de legitimarios a la fecha en que se hacen las donaciones .....	460

	Página
518. Es necesario que existan legitimarios a la apertura de la sucesión .....	461
519. El causante debe haber efectuado donaciones irrevocables .....	462
520. Las donaciones, por regla general, deben ser en beneficio de un extraño .....	462
521. Las donaciones deben ser excesivas o cuantiosas .....	462
522. Hipótesis que pueden resultar de la acumulación de las donaciones irrevocables .....	463
523. Las donaciones entre vivos a favor de extraños no son excesivas .....	463
524. Las donaciones entre vivos a favor de extraños son excesivas .....	464
525. Las donaciones entre vivos a favor de extraños son tan excesivas que lesionan las legítimas y mejoras .....	465

CAPÍTULO 44

LA ACCIÓN DE INOFICIOSA DONACIÓN

526. Concepto .....	467
527. Naturaleza jurídica de la acción de inoficiosa donación .....	467
528. Titulares de la acción .....	468
529. Sujetos pasivos .....	469
530. Características de la acción de inoficiosa donación .....	470
531. Efectos de la acción de inoficiosa donación .....	471
532. La insolvencia de un donatario .....	473

CAPÍTULO 45

PAGO DE LAS LEGÍTIMAS Y LAS MEJORAS

533. Concepto .....	475
534. Imputaciones a las legítimas y mejoras .....	475
535. Imputación de donaciones revocables e irrevocables .....	476
536. Imputación de legados .....	476

	Página
537. Imputación de herencias .....	476
538. Imputación de los desembolsos hechos por el causante para el pago de las deudas de algún legitimario que sea descendiente .....	477
539. Cosas que no se imputan a las legítimas .....	478
540. Las cosas donadas que el donante o testador manda imputar a la cuarta de mejoras o de libre disposición .....	478
541. Los gastos en educación de un descendiente del causante .....	478
542. Los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio y otros regalos de costumbre .....	479
543. Los frutos de las cosas donadas .....	479
544. Las donaciones efectuadas a otro legitimario .....	480
545. Situaciones que pueden presentarse al término del proceso de imputaciones .....	480
546. Las imputaciones calzan perfectamente con lo que corresponde al legitimario .....	481
547. Las imputaciones sean de inferior valor a lo que toca al legitimario .....	481
548. Las imputaciones exceden la legítima y gravan la mejora .....	482
549. Las imputaciones excedan la legítima, la mejora y gravan la parte de libre disposición .....	484
550. Las imputaciones superan la legítima, la mejora y la parte de libre disposición .....	485
551. No existe forma de completar las legítimas y las mejoras .....	486

CAPÍTULO 46

EL DESHEREDAMIENTO O EXHEREDACIÓN

552. Concepto .....	487
553. Requisitos .....	488
554. El desheredamiento debe hacerse por testamento .....	488
555. Existencia de una causa legal .....	489
556. Debe expresarse la causal en el testamento específicamente .....	489
557. Prueba de los hechos constitutivos de la causal en juicio .....	490



	Página
558. Causales de desheredamiento.....	491
559. Injuria grave .....	492
560. Ausencia de socorro.....	492
561. Tentativa de impedir el testamento.....	493
562. Haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente .....	494
563. Conductas ilícitas del descendiente .....	494
564. El desheredamiento y la indignidad para suceder .....	496
565. La acción de impugnación del desheredamiento .....	497
566. Efectos del desheredamiento.....	498
567. Destino de las asignaciones que correspondían el desheredado .....	500
568. Revocación del desheredamiento .....	500

CAPÍTULO 47

LA ACCIÓN DE REFORMA DEL TESTAMENTO

569. Concepto .....	503
570. Acción personal.....	503
571. Acción patrimonial.....	504
572. Acción prescriptible .....	505
573. Objeto y titulares de la acción .....	506
574. Reclamación del desheredamiento.....	506
575. Reclamación de legítima rigurosa o efectiva.....	507
576. Reclamación de la cuarta de mejoras.....	508
577. ¿Son titulares de la acción los asignatarios de alimentos forzosos? .....	509
578. Sujeto pasivo de la acción de reforma.....	510

CAPÍTULO 48

LA PRETERICIÓN

579. Concepto .....	513
580. La noción de "pasar en silencio" .....	514
581. La acción del legitimario preterido .....	515

CAPÍTULO 49

LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

582. Concepto .....	517
583. Objeto .....	518
584. Características .....	521
585. Acción real.....	521
586. Acción mueble.....	521
587. Acción divisible .....	522
588. Acción renunciabile .....	522
589. Acción transferible .....	522
590. Acción transmisible.....	523
591. Acción prescriptible .....	523
592. Prescripción de cinco años .....	523
593. Prescripción adquisitiva .....	524
594. Prescripción ordinaria .....	524
595. Fecha desde la que se cuenta el plazo de cinco años .....	525
596. Prescripción de diez años .....	526
597. Prescripción adquisitiva o extintiva .....	527
598. Prescripción extraordinaria .....	528
599. Fecha desde la que se cuenta el plazo de diez años.....	528
600. Titulares de la acción .....	529
601. Sujeto pasivo de la acción .....	530
602. Efectos .....	535
603. Restitución de las cosas hereditarias .....	539
604. Situación del ocupante de cuota .....	539
605. Frutos .....	540
606. Mejoras .....	541
607. Deterioros .....	542
608. Enajenaciones .....	542
609. Responsabilidad del falso heredero por las enajenaciones .....	543
610. La acción reivindicatoria del heredero en contra de terceros poseedores .....	543
611. La reivindicación por parte de varios herederos .....	545
612. La doctrina del heredero aparente .....	547
613. La noción de heredero aparente .....	551

	Página
614. El valor de los actos del heredero aparente .....	552
615. La acción de petición de herencia y la reforma de testamento .....	554

CAPÍTULO 50  
DE LA GUARDA Y APOSICIÓN DE SELLOS

616. Concepto .....	557
617. Legitimados para solicitar la medida .....	558
618. Bienes objeto de la guarda y aposición de sellos .....	559
619. Procedimiento .....	559
620. Término de la guarda y aposición de sellos .....	560
621. Gastos de la medida .....	561
622. Sanción por la violación de la guarda o de los sellos .....	561

CAPÍTULO 51  
LA HERENCIA YACENTE

623. Concepto .....	563
624. Requisitos .....	564
625. Tramitación .....	564
626. Herencia yacente y herencia vacante .....	566
627. Naturaleza jurídica .....	567
628. Facultades del curador de la herencia yacente .....	569
629. Término de la herencia yacente .....	570
630. Aceptación de la herencia por algún heredero .....	570
631. Venta de los bienes de la herencia .....	571
632. Extinción o inversión completa de los bienes .....	571

CAPÍTULO 52  
EL BENEFICIO DE INVENTARIO

633. Concepto .....	573
634. Requisito .....	574
635. El inventario solemne .....	575

	Página
636. El inventario solemne de la Ley N° 19.903 .....	576
637. Bienes que comprende .....	577
638. Ampliación del inventario .....	578
639. Tasación de los bienes .....	578
640. Personas que deben aceptar con beneficio de inventario .....	579
641. Sanciones por la aceptación sin beneficio de inventario .....	581
642. Personas que no pueden aceptar con beneficio de inventario .....	582
643. Efectos de la aceptación beneficiaria .....	583
644. Limitación de responsabilidad del heredero .....	583
645. Ausencia de confusión de créditos y deudas .....	583
646. Responsabilidad del heredero por los bienes y créditos hereditarios .....	584
647. El beneficio de inventario y la separación de patrimonios .....	585
648. Extinción de la responsabilidad del heredero .....	591
649. Extinción de la responsabilidad por abandono de los bienes a los acreedores .....	591
650. Agotamiento de los bienes hereditarios para el pago de deudas .....	592

CAPÍTULO 53  
PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS Y TESTAMENTARIAS

651. Concepto .....	593
652. Relevancia de la distinción entre deudas hereditarias y testamentarias .....	596
653. Reglamentación .....	597

*Sección 1*  
*Pago de las deudas hereditarias*

654. Responsabilidad de los herederos .....	597
655. División de pleno derecho .....	598
656. Consecuencias .....	599

657. Crítica a la división de pleno derecho de las deudas .....	601
658. Medios para evitar el perjuicio de los acreedores .....	601
659. Excepciones al principio de división proporcional de las deudas hereditarias .....	604
660. Aceptación beneficiaria .....	604
661. Obligaciones indivisibles .....	605
662. Ejercicio de acciones hipotecarias o prendarias .....	605
663. Deuda de especie o cuerpo cierto .....	608
664. Indivisibilidad de indemnización por incumplimiento .....	609
665. Disposición testamentaria o convención de los herederos que establece una distribución distinta de las deudas hereditarias .....	609
666. Estipulación de indivisibilidad por el difunto .....	611
667. Cosa debida cuya división cause perjuicio al acreedor .....	611
668. Obligaciones alternativas .....	612
669. Heredero usufructuario .....	613
670. Heredero fiduciario .....	614
671. Momento y forma en que se pagan los acreedores hereditarios .....	615
672. Títulos ejecutivos en contra del causante .....	616
673. Responsabilidad de los legatarios por las deudas hereditarias .....	619
674. Responsabilidad de los legatarios por el pago de legítimas y mejoras .....	620
675. Contribución de los legatarios al pago de las deudas hereditarias propiamente tales .....	621
676. Responsabilidad del legatario de objeto gravado con prenda o hipoteca .....	622
677. Características de la responsabilidad de los legatarios .....	622
678. La responsabilidad del legatario es sólo subsidiaria. Excepción .....	622
679. La responsabilidad del legatario está limitada al valor de lo legado .....	623
680. La responsabilidad de los legatarios es proporcional a sus legados .....	624

681. Legados comunes y privilegiados .....	624
682. Orden en que concurren los legados al pago de las legítimas, mejoras y deudas hereditarias .....	626
683. Situación especial de los legados con causa onerosa .....	627
684. Insolvencia del legatario .....	628

*Sección 2*

*Pago de las cargas testamentarias y legados*

685. Noción .....	628
686. Quiénes deben pagar los legados .....	628
687. Primacía de la voluntad del testador .....	629
688. Ausencia de disposición testamentaria .....	629
689. Acuerdos de los herederos distintos a la voluntad del testador o a la regla legal .....	629
690. Situación particular del usufructo .....	630
691. Caso particular del fideicomiso .....	631
692. Oportunidad para el pago de los legados .....	631
693. Excepciones .....	632
694. Mora en el pago de los legados .....	633
695. Gastos en el pago de los legados .....	633
696. Forma en que se pagan los legados .....	635
697. Pago del exceso de lo dado en razón de legítimas o mejoras .....	636
698. Donaciones revocables y legados que el testador haya dado el goce en vida .....	636
699. Legados estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por ley .....	637
700. Legados de beneficencia .....	637
701. Legados expresamente exonerados de contribución a las deudas .....	638
702. Acción reivindicatoria del legatario de especie o cuerpo cierto .....	638
703. Ausencia de acción ejecutiva del legatario .....	638
704. De la entrega de legados inmuebles .....	639
705. Disposición del inmueble legado .....	643

	Página
<b>CAPÍTULO 54</b>	
<b>DIVISIÓN DE LOS CRÉDITOS HEREDITARIOS</b>	
706. Planteamiento .....	645
707. La cuestión en la doctrina .....	646
708. La preeminencia del artículo 1344 .....	646
709. La preferencia del artículo 1526 N° 4.3 .....	647
710. La tesis ecléctica .....	649
711. La jurisprudencia .....	652

<b>CAPÍTULO 55</b>	
<b>BENEFICIO DE SEPARACIÓN</b>	
712. Concepto .....	655
713. Fundamento .....	655
714. Naturaleza jurídica .....	656
715. Titulares del beneficio .....	657
716. Situación de los legatarios de especie o cuerpo cierto .....	658
717. Casos en que no hay lugar a la separación de patrimonios .....	660
718. El beneficio de separación requiere de declaración judicial .....	662
719. Desde cuándo y hasta cuándo se puede solicitar la separación .....	663
720. Competencia y procedimiento .....	663
721. Inscripción del decreto que concede la separación de patrimonios .....	664
722. La separación de patrimonios aprovecha a todos los acreedores hereditarios o testamentarios .....	664
723. ¿Contra quién se solicita el beneficio de separación? .....	664
724. Bienes que comprende la separación .....	665
725. Posibilidad de enervar el beneficio de separación .....	666
726. Beneficio de separación y beneficio de inventario .....	667
727. Efectos de la separación de patrimonios .....	667
728. Preferencia de pago como efecto general .....	667

	Página
729. Efectos respecto del heredero .....	668
730. Efectos respecto de los acreedores hereditarios y testamentarios que obtuvieron el beneficio .....	669
731. Los acreedores separatistas adquieren preferencia de pago respecto de los bienes del causante .....	670
732. Los acreedores separatistas no tienen preferencia de pago sobre los bienes del heredero .....	670
733. Los acreedores separatistas pueden solicitar la revocación de ciertas enajenaciones .....	671
734. El beneficio de separación no modifica las relaciones entre los acreedores separatistas .....	672
735. Efectos de la separación respecto de los acreedores del heredero y de los acreedores no separatistas .....	673

**CAPÍTULO 56**  
**LOS ALBACEAS**

*Sección 1*  
*De los albaceas en general*

736. Concepto .....	675
737. La naturaleza jurídica del albaceazgo .....	676
738. El albacea como mandatario .....	677
739. El albaceazgo como forma de representación .....	679
740. El albaceazgo como titular de un cargo u oficio .....	680
741. El albacea como administrador con facultades discretivas .....	682
742. El albaceazgo como forma de curaduría de bienes .....	683
743. El albaceazgo como institución autónoma .....	683
744. Caracteres del albaceazgo. Enunciación .....	684
745. El albaceazgo es personalísimo .....	684
746. El albaceazgo es de derecho estricto .....	685
747. El albaceazgo es remunerado .....	686
748. El albaceazgo es temporal .....	687
749. El albaceazgo es voluntario .....	688

	Página
750. Tipos de albaceas .....	690
751. Albaceas testamentarios, lógicos, dativos y convencionales .....	690
752. Albaceas universales y particulares .....	693
753. Albaceas con tenencia de bienes y albaceas sin tenencia de bienes .....	694
754. Albaceas simples o fiduciarios .....	694
755. Albaceas singulares y plurales .....	694
756. La capacidad del albacea .....	697
757. La incapacidad del menor .....	699
758. Incapacidad de las personas enunciadas en los artículos 497 y 498 .....	699
759. La incapacidad de las personas jurídicas .....	700
760. Momento en que debe concurrir la capacidad .....	702
761. ¿Qué acontece si se nombra albacea a persona incapaz? .....	703
762. Incapacidad sobreviniente .....	703
763. La designación del albacea .....	703
764. ¿Procede nombrar como albacea al titular de un cargo? .....	704
765. La aceptación del albaceazgo .....	705
766. Formas de aceptación .....	706
767. La aceptación no admite modalidades .....	706
768. La aceptación es irrevocable .....	706
769. La aceptación debe ser en tiempo .....	707
770. Efecto de la aceptación .....	709
771. Funciones y obligaciones de los albaceas .....	709
772. Facultades comunes a los albaceas sin y con tenencia de bienes .....	711
773. Velar por la seguridad de los bienes de la sucesión .....	711
774. Dar aviso de la apertura de la sucesión .....	712
775. Velar por la formación del lote o hijuela pagadora de deudas .....	712
776. Pago de las deudas hereditarias .....	713
777. Situación de los albaceas sin tenencia de bienes ante las deudas hereditarias .....	714

	Página
778. Pago de los legados .....	716
779. El pago de legados de beneficencia .....	717
780. Venta de los bienes de la masa hereditaria .....	718
781. Comparecencia judicial del albacea .....	720
782. Facultades de los albaceas con tenencia de bienes .....	721
783. Prohibiciones de los albaceas .....	724
784. Los albaceas no pueden ejecutar disposiciones contrarias a las leyes .....	724
785. Los albaceas no pueden realizar actos en los que tengan interés .....	725
786. Responsabilidad de los albaceas .....	727
787. La extinción del albaceazgo .....	728
788. El vencimiento del plazo para evacuar el encargo .....	729
789. El cumplimiento del encargo .....	730
790. Renuncia del albacea .....	730
791. La remoción del albacea .....	731
792. La muerte del albacea .....	732
793. La incapacidad sobreviniente del albacea .....	733
794. La no aceptación del cargo dentro de plazo .....	733
795. La declaración de nulidad de testamento en el que se nombró al albacea .....	733
796. Rendición de cuentas .....	733
797. Albaceas obligados a rendir cuenta .....	734
798. Personas a las que debe rendirse la cuenta .....	736
799. Forma en que debe rendirse la cuenta .....	736
800. Momento en que debe rendirse la cuenta .....	737
801. Efectos de la rendición de cuentas .....	737

### Sección 2

#### Los albaceas fiduciarios

802. Concepto .....	738
803. El encargo debe ser secreto .....	740
804. El encargo debe ser lícito .....	741
805. Albaceazgo fiduciario y fideicomiso .....	741
806. Albaceazgo fiduciario y asignación modal .....	742

807. Albacea fiduciario y albacea general .....	742
808. Requisitos del albaceazgo fiduciario .....	743
809. El albacea fiduciario debe ser designado en el testamento .....	744
810. El albacea fiduciario debe tener las calidades necesarias para ser albacea y legatario del testador .....	744
811. Deben expresarse en el testamento las especies o la suma que ha de entregársele al albacea fiduciario .....	745
812. ¿Es posible asignar una herencia para encargos secretos y confidenciales? .....	746
813. La aceptación del albacea fiduciario .....	748
814. Rechazo del albacea fiduciario .....	750
815. Caución a la que puede ser obligado el albacea fiduciario .....	751
816. Aplicación de las reglas generales a los albaceas fiduciarios .....	752

CAPÍTULO 57

EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN

PREFERENTE A FAVOR DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE

817. Noción .....	755
818. El derecho de adjudicación preferente como excepción a los principios generales .....	755
819. Justificación .....	757
820. Antecedentes .....	759
821. Los bienes familiares y el derecho de adjudicación preferente .....	762
822. Requisitos de los bienes sobre los que se ejerce el derecho de adjudicación preferente. Enunciación .....	763
823. Debe tratarse de una vivienda .....	764
824. Residencia habitual .....	768
825. Uso familiar .....	769
826. Vivienda principal .....	773

827. Los bienes deben formar parte del patrimonio del difunto .....	774
828. Mobiliario que guarnece la vivienda .....	778
829. Características del derecho de adjudicación preferente .....	779
830. Opción subsidiaria de solicitar derechos reales de uso y habitación .....	780
831. El problema de una cuota insuficiente .....	780
832. Los derechos de uso y habitación pueden implicar un gravamen sobre las legítimas .....	781
833. ¿Puede entenderse que los derechos de uso y habitación deben ser imputados a la cuota que le corresponde al cónyuge sobreviviente? .....	783
834. Distintas posibilidades en el ejercicio del derecho de adjudicación preferente .....	788
835. Características de los derechos de uso o habitación .....	790
836. Inscripción conservatoria de la resolución que constituye el derecho de habitación .....	791
837. Particiones en las que resulta aplicable la regla 10ª del artículo 1337 .....	792
Bibliografía .....	795

1. EL PROBLEMA DE LA MUERTE. Como es sabido, el Título 2 del Libro primero del Código Civil regula el principio y fin de la existencia de las personas. La existencia legal de todo individuo principia en el nacimiento; esto es, al separarse completamente de su madre (artículo 74). La existencia legal termina por la muerte natural (artículo 78) o por la declaración de muerte presunta en su caso (artículo 80). Jurídicamente hablando, la muerte es un hecho que pone término a la personalidad.

Uno de los principales problemas que presenta la muerte es la determinación exacta del momento en que ella se produce; cuestión de bastante relevancia a la hora de precisar la ley aplicable a dicha sucesión, ya que el momento de la muerte determinará normalmente la aplicación de la legislación vigente al momento en que ella se produce.

Respecto de la muerte presunta, el artículo 81 es bastante claro respecto de la fecha en que el juez debe fijar como presuntiva de la muerte, por lo que en este caso el problema no es tan arduo como en el caso de la muerte natural o real. Por regla general, el juez fijará como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado desde la fecha de las últimas noticias; y transcurridos cinco años desde la misma fecha, concederá la posesión provisoria de los bienes del desaparecido. En los casos especiales en los que una persona recibió una herida grave en la guerra, o le sobrevino otro peligro semejante, o se encontraba a bordo de la nave o aeronave perdida, o estaba en la zona afectada por un sismo o catástrofe, el juez fijará como día presuntivo de la muerte el de la acción de guerra o peligro, o, no siendo enteramente determinado ese día, adoptará un término medio entre el principio y el fin de la época en que pudo ocurrir el suceso, y concederá inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

La muerte real o natural, en la concepción tradicional, es la que se verifica con la cesación de todas las funciones vitales, o la extinción de la vida desde el punto de vista fisiológico. El diccionario de la Real Academia Española la define como la

cesación o término de la vida. Según esto, el individuo muere cuando han cesado todas sus funciones vitales.

Sin embargo, hoy por hoy, se ha acuñado el concepto o noción de muerte encefálica, también llamada clínica, que es la que se produce cuando cesan todas las funciones encefálicas del individuo, aun cuando subsistan otros de sus signos vitales. Esta concepción estaba contemplada entre nosotros en el hoy derogado artículo 149 del Código Sanitario, que se refería a esta forma de muerte para los efectos de aprovechamiento y utilización de cadáveres para fines científicos o terapéuticos. Dicha noción está ahora recogida en el artículo 11 de la Ley N° 19.451, de 10 de abril de 1996, sobre transplante de órganos que, de paso, derogó el referido artículo 149.<sup>1</sup>

Según el mencionado artículo 11 para los efectos previstos en esta ley, la muerte se acreditará mediante certificación unánime e inequívoca, otorgada por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, a lo menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurocirugía. Los médicos que otorguen la certificación no podrán formar parte del equipo que vaya a efectuar el transplante. La certificación se otorgará cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados. El reglamento deberá considerar, como mínimo, que la persona cuya muerte encefálica se declara, presente las siguientes condiciones: 1. ningún movimiento voluntario observado durante una hora; 2. apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador, y 3. ausencia de reflejos troncoencefálicos. En estos casos, al certificado de defunción expedido por un médico se agregará un documento en que se dejará constancia de los antecedentes que permitieron acreditar la muerte (artículos 20 y ss. del Decreto Supremo N° 656, de 1996).

En su momento, el proyecto de esta ley fue objeto de un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al considerarse, por un grupo de congresistas, que sus artículos 7°, 10 y 11 atentaban en contra de la vida y la igualdad ante la ley. En contra de la vida, porque la muerte encefálica no implica el cese total de las funciones vitales; y contra la igualdad ante la ley, porque habría dos tipos de muertos; los propiamente tales, por llamarlos de alguna manera, y los declarados en estado de muerte o muertos desde un punto de vista encefálico. Los requirentes rechazaban la facultad de un grupo de médicos para

<sup>1</sup> La Ley N° 20.413 de 2010 suprimió el artículo 7° de la ley N° 19.451, que decía que para los efectos de esta ley, se considerará como muerte la referida en el artículo 11.

declarar la muerte de una persona, pues, según se argumentaba, la muerte se produce cuando la persona pasa a ser cadáver; esto es, cuando acaban todas sus funciones vitales, concepto incompatible con el de la muerte cerebral que centra la muerte en el cese de la actividad encefálica. Este recurso fue rechazado en un fallo de mayoría, declarando el Tribunal, en esencia, tres cosas interesantes:

a) La persona está muerta cuando un médico lo certifica, de acuerdo a la ley que así lo expresa.

b) La abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano.

c) Esta noción de muerte es requisito indispensable para un transplante, siendo más estricta en su comprobación que para otras materias, pero no puede deducirse que la muerte así declarada no produzca todos los efectos a que pueda dar lugar de acuerdo a la legislación común.<sup>2</sup>

En otros términos, y para los efectos legales, la muerte se produce cuando un médico lo certifica de conformidad a la ley aplicable en la especie. En el caso de los transplantes de órganos es necesario que la certificación de la muerte del donante se otorgue previa acreditación de las condiciones señaladas en el artículo 11 de la ley que rige este tipo de intervenciones. En los restantes casos, es decir, en aquellos en los que no se trate de constatar la muerte para transplantes de órganos, la ley aplicable es el artículo 45 de Ley de Registro Civil, que expresa que para requerir la inscripción de defunción debe presentarse el certificado de un médico encargado de comprobar defunciones o por el que haya asistido al difunto en la última enfermedad. A falta de médico, se puede acreditar por la declaración de dos testigos rendida ante el Oficial de Registro Civil o ante una autoridad judicial del lugar donde haya ocurrido el deceso. Luego, el proceso de certificación de la muerte establecido en la Ley N° 19.451 es indispensable cuando se pretenda certificar la muerte con el objeto de proceder a un transplante de uno o más órganos del difunto, lo que no es necesario si la certificación no tiene esta finalidad, casos en los que se aplicarán las reglas generales.

Según el artículo 50 de la Ley de Registro Civil, la fecha de la muerte será la que indique la inscripción respectiva en el Registro de Defunciones, la que debe contener, además del día en que ella se verificó, el nombre, apellido y sexo del fallecido.

**2. LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE COMO EFECTO FUNDAMENTAL DE LA MUERTE.** En sentido general, suceder a una persona es ocupar su lugar y recoger

<sup>2</sup> Sentencia de 13 de agosto de 1995, GJ, 1995, 182, anexo.



los derechos y obligaciones que a cualquier título le pertenecían, es decir, se sucede siempre que subsistiendo una obligación o un derecho subjetivo; cambia el sujeto, sea el titular o el obligado. Como explica ALBALADEJO, suceder a otro "es venir a ser titular de los mismos derechos después de él, por adquirirlos de él"<sup>3</sup>, o, como anota BORDA, suceder "jurídicamente, significa continuar el derecho de que otro era titular"<sup>4</sup>. Etimológicamente proviene de las expresiones latinas *sub* (abajo) y *cedere* (retirarse, ir, marchar)<sup>5</sup>. En este sentido, se sucede siempre que se pasa a ocupar el lugar que jurídicamente tenía otro, conservando los derechos y obligaciones que a aquél le correspondían<sup>6</sup>. Por lo mismo, es posible que exista sucesión entre vivos, por ejemplo, cuando una persona transfiere a otra una cosa. El adquirente de ella sucede a la primera persona en sus derechos y en las obligaciones que gravan la cosa enajenada y que le resulten oponibles.

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio, que consiste en la transmisión del patrimonio de una persona que fallece o bienes determinados a otras personas también determinadas<sup>7</sup>. Se diferencia de la sucesión entre vivos, en que, en este caso, el traspaso se produce por alguien que vive y sigue viviendo. Por el contrario, la sucesión por causa de muerte supone, necesariamente, el deceso de la persona que se sucede. La persona fallecida es la que da

<sup>3</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. V, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1994, p. 7. En igual sentido señala MERCADÉ que "suceder a una persona es, en general, tomar el lugar que ella ocupaba; por lo que habrá sucesión en toda adquisición por un modo derivado" (MERCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code Civil*, T. III, Paris, 1873, p. 12). En igual sentido GETE-ALONSO y CALERA, M., en *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 2006, p. 7.

<sup>4</sup> BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, T. I, Buenos Aires, 1987, p. 9.

<sup>5</sup> Cfr. GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, T. II, Santiago, 1996, p. 369.

<sup>6</sup> De allí que MESSINEO afirme que la sucesión por causa de muerte es una subespecie de la sucesión en general, suponiendo la separación de la relación jurídica respecto de su titular (cfr. MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. VII, *Derecho de las sucesiones por causa de muerte* (traducción de Sentis Melendo, S.), Buenos Aires, 1979, p. 4).

<sup>7</sup> A la sucesión por causa de muerte se la ha definido doctrinaria y legalmente de muy diversas formas, aunque predominan, naturalmente, ciertos aspectos comunes. Se ha dicho que "es un modo de adquirir el dominio en virtud del cual se traspasa todo o parte del patrimonio de una persona difunta a una o más personas vivas, señaladas por el causante o la ley" (cfr. ROZAS VIAL, F.; ALLENDE DECOMBE, F.; ASTABURUAGA SUÁREZ, M. y DÍAZ DE VALDÉS BALBONTÍN, J., *Sucesión por causa de muerte: historia, textos, jurisprudencia y comentarios*, Santiago, 1985, p. 5). El artículo 3279 del Código Civil argentino define la sucesión por causa de muerte como "la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla". El artículo 2024 del Código Civil portugués señala que "la sucesión es el llamamiento de una o más personas a la titularidad de las relaciones jurídicas patrimoniales de una persona fallecida y a la consecuente devolución de los bienes que a éste pertenecían".

lugar a la sucesión, es el que la causa en sentido riguroso, de allí que se le llame causante. Su muerte provoca la sucesión. Por eso se suele llamar al causante *de cuius*, que son las primeras expresiones de la frase latina "*de cuius hereditare agitur*" o "*de cuius successionis agitur*", que vienen a significar "aquel de cuya herencia se trata" o "aquel de cuya sucesión se trata".

RODRÍGUEZ, de un modo descriptivo, define la sucesión por causa de muerte como un "modo de adquirir gratuitamente el dominio del patrimonio de una persona cuya existencia legal se ha extinguido natural o presuntivamente y que consiste en el traspaso a los herederos de todos sus derechos y obligaciones transmisibles, que extingue los derechos y obligaciones intransmisibles, que es fuente de derechos personales para los legatarios de género y modo de adquirir el dominio de cosas singulares para los legatarios de especie o cuerpo cierto"<sup>8</sup>.

Pero la expresión sucesión se utiliza también en otros dos sentidos: uno objetivo y el otro subjetivo.

En un sentido objetivo, la sucesión es el conjunto de bienes dejados por una persona al fallecer. Equivale a la palabra herencia. Éste es el sentido que le da a esta expresión el artículo 1376, al señalar que "no habiendo en la sucesión lo bastante para el pago de todos los legados, se rebajarán a prorrata".

En un sentido subjetivo, la expresión sucesión designa el conjunto de personas que suceden al causante, normalmente el conjunto de herederos. Es así cuando se dice que la sucesión del causante está compuesta por tales o cuales personas, o que un determinado inmueble pertenece a la sucesión de tal persona.

3. FUNDAMENTOS DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE. Desde antiguo se ha cuestionado qué es lo que justifica que una vez fallecida una persona sus bienes, derechos y obligaciones se transmitan a otras. Cuál es la razón de que el patrimonio que logró forjar el causante en vida pase a otros individuos, normalmente sus familiares más cercanos. Por qué razón personas que, en muchos casos, en nada contribuyeron a la formación de este patrimonio, pasan a ser sus dueños una vez que se produce el deceso del causante.

El fundamento de la sucesión por causa de muerte se ha venido encontrando en dos circunstancias:

a) Por una parte se trata, precisamente, de resolver el problema de lo que acontece con el patrimonio de una persona a su fallecimiento. Se intenta evitar algo que no debe ocurrir, o por lo menos que sería muy perjudicial que llegare a

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ GREZ, P., *Instituciones de Derecho Sucesorio. De los cinco tipos de sucesión en el Código Civil chileno*, Vol. 1, Santiago, 2003, p. 16.

acontecer, y es que un patrimonio carezca de titular<sup>9</sup>. A partir de ese momento este patrimonio, esta *universitas*, se traspa a los herederos, de pleno derecho y por el solo ministerio de la ley. De modo que al morir una persona se asigna este patrimonio a sus herederos, a fin de dotarlo de titularidad jurídica.<sup>10</sup>

Tanto es así que hay disposiciones que hacen pensar en una supuesta personalidad jurídica de la herencia. Así ocurre con el artículo 2509 N° 3, que declara que la prescripción adquisitiva se suspende en favor de la herencia yacente. También acontece lo mismo con el artículo 2500, cuando indica que la posesión principiada en una persona difunta continúa en la herencia yacente.

Sin embargo, la idea de la personalidad de la herencia es rechazada por la doctrina. Escriben CÓRDOBA y SOLARI que "erróneamente, en muchas oportunidades suele hablarse de la sucesión como un ente de personalidad propia, es decir, sujeto de derecho. Por ello no es poco habitual ver demandas contra "la sucesión", olvidando que la misma no puede ser objeto ni de derechos ni de obligaciones por no tener personalidad (...) La sucesión es la transmisión, es decir, un acto jurídico. La herencia es el conjunto de derechos activos y pasivos que se transmiten al heredero, que es quien tiene un llamado a suceder, o, lo que es lo mismo, vocación hereditaria al todo de la herencia, sucesión universal que tiene por objeto un todo ideal sin consideración a su contenido especial ni a los objetos de esos derechos (...) Con ello concluimos que la sucesión no es una personalidad jurídica".<sup>11</sup>

Entre nosotros, sobre la base del artículo 2346 puede llegarse a similares conclusiones. Dispone esta norma que se puede afianzar a una persona jurídica y a la herencia yacente. Si la herencia yacente fuese una persona jurídica, sobraría la referencia expresa a ella. Como la herencia no es persona jurídica, ha debido ser mencionada especialmente.

<sup>9</sup> "Ello implica la necesidad de que un sujeto -el heredero- asuma la titularidad de las relaciones jurídicas transmisibles de otro -el causante- una vez que éste muera, sin solución de continuidad". "Esta exigencia de continuidad presenta tres aspectos -el de los derechos, el de las obligaciones y el de la posesión-: a) La extinción del derecho de propiedad sobre las cosas privarlas a éstas del sujeto, convirtiéndolas en *res nullius* y haciendo que puedan ser adquiridas por el primer ocupante; b) La extinción de las obligaciones del causante por su muerte, aparte del perjuicio particular a sus acreedores, destruiría las bases del crédito -esenciales de la sociedad moderna- y haría imposible el tráfico jurídico. c) Por último, si se extinguiera la posesión de las cosas del causante, éstas quedarían en la condición de cosas no poseídas por nadie (...) Todo esto provocaría el trastorno y hasta el caos social, que la figura del heredero impide con su función continuadora de las relaciones jurídicas del causante. (PÉREZ LASALA, J. L., *Curso de Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, 1989, p. 41).

<sup>10</sup> Cfr. VAN BIERVLIET, J., *Cours de droit civil*, T. I, Vol. II, *Les successions*, Louvain y Paris, 1921, p. 27.

<sup>11</sup> En *Derecho Sucesorio*, cit., T. I, pp. 31 y 32.

b) En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que los herederos son tenidos, en nuestro sistema y a pesar de las críticas que a ello pueda hacerse, como los continuadores de la personalidad del difunto. La sucesión por causa de muerte no sólo es un modo de adquirir el dominio, sino que es un mecanismo de subrogación personal, en la que los herederos, mediante una ficción, pasan a ocupar el lugar jurídico que tenía el causante. Se trata de impedir que las relaciones jurídicas iniciadas por el causante en vida se interrumpan definitivamente por el hecho de su muerte. Es verdad que ello en ciertos casos será inevitable, como en el matrimonio o en los contratos celebrados en consideración a la persona del ahora fallecido. Pero allí en donde la persona misma del difunto no es determinante e imprescindible, es deseable, en virtud del principio de conservación, que las relaciones jurídicas se extingan de la forma inicialmente prevista, y no por que un hecho inesperado, como lo es la muerte de una de las partes.

4. LOS INTERESES QUE CONCURREN EN LA SUCESIÓN. En la sucesión de una persona convergen tres intereses distintos: el interés del titular del patrimonio; el de su familia, y el de la sociedad en general.

Es obvio que en la sucesión de una persona concurre su propio interés. Es ella la titular del patrimonio y, por lo mismo, está naturalmente interesada en la suerte de este conjunto de bienes a su muerte. En función de este evidente interés es que la ley le reconoce al causante la posibilidad de disponer de sus bienes para después de sus días mediante un testamento, a fin de que sea él quien decida qué pasará con sus bienes después de su muerte.

También resulta bastante evidente que en la sucesión del difunto está comprometido el interés de su familia. En la formación del patrimonio de una persona normalmente han contribuido de manera cercana sus familiares. Incluso, en su masa de bienes pueden existir herencias que el propio difunto recibió de otras personas. Es por este interés que la ley establece asignaciones forzosas, que el causante está obligado a hacer, y que la ley suple aun en perjuicio de las disposiciones del causante.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Escribe BORDA, a propósito de los fundamentos de la sucesión por causa de muerte, que ella "responde asimismo a la necesidad, hoy más urgente que nunca, de defender y fortificar la familia. Con gran frecuencia, el patrimonio de una persona no es el resultado del trabajo personal, sino también el fruto de la colaboración del cónyuge y de los hijos. Este trabajo común carecería de aliciente si, al morir el padre, los bienes fueran a parar a manos del Estado. Y aunque no haya una colaboración efectiva en la producción de los bienes, aquellas personas lo estimulan con su afecto, lo auxilian en la medida de sus fuerzas. La herencia será la justa recompensa de todo esto. Por lo demás, es indudable que un sólido sustento económico contribuya a dar coherencia y vigor a la familia" (*Tratado...*, T. I, cit., pp. 10 y 11).

Finalmente, aun cuando más lejano, en la sucesión de las personas existe un interés general o social, que se manifiesta en saber o determinar qué acontecerá con el patrimonio de una persona a su muerte. En la construcción de su patrimonio, el causante requirió de manera directa o indirecta el concurso de otras personas o de la sociedad en general. De allí que este interés también esté comprometido. Él se manifiesta en que a falta de otras personas de mejor derecho, el Fisco es llamado a suceder al causante y en la existencia de impuestos que gravan las asignaciones a herederos y legatarios.<sup>13</sup>

Es cuestión de política legislativa darle prioridad a uno de estos intereses por sobre los otros o combinarlos debidamente a fin de mantener los equilibrios que se consideren más convenientes. Las naciones que privilegian el interés del causante se han dado una legislación que contempla una mayor libertad de testar y en donde las asignaciones forzosas son menores o no existen. En cambio, la legislación de las naciones en las que se tiene especial consideración por los intereses de la familia del causante, se caracterizan por mayores restricciones a la libertad de testar y por el rigor de las asignaciones forzosas en favor de los familiares más cercanos. Finalmente, en los países en que se resguarda con mayor fuerza los intereses del Estado, no es rara una legislación con fuertes gravámenes tributarios a la transmisión por causa de muerte, y la nítida presencia del Estado en la sucesión del causante.

5. ORIGEN DE LA SUCESIÓN O MODOS DE TRANSMISIÓN SUCESORIA. Tres son los modos de transmisión sucesoria que históricamente han existido: la sucesión testamentaria, la legal o legítima y la convencional o contractual.

<sup>13</sup> "En otro sentido, se ha sostenido que la idea de sucesión se asocia a la utilidad social, que una experiencia de siglos nos permite atribuir al hecho de que el individuo trabaje, prospere, organice y acumule sostenido por la persuasión de que la obra que realiza se perpetuará en los seres de afección o en las fundaciones de su voluntad; utilidad social que se liga a las actividades individuales, expresión de libertad, y al tesón con que se las despliega aun en el ocaso de la vida o sea en días en que ellas no pueden ser dirigidas por el afán de gozar sus frutos; utilidad social que se concreta en los resultados de toda acción creadora que son, directa o indirectamente, de acrecimiento del acervo común; utilidad social que resulta del ejercicio de deberes de familia y del cumplimiento de obligaciones morales" (CÓRDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., p. 25). En un sentido más crítico, anota BORDA respecto del intereses del Estado en las sucesiones que "si el hombre supiera que, al morir, todo su trabajo va a quedar anulado, un primario egoísmo lo llevaría a disfrutar lo más posible de sus bienes, a tratar de consumirlos junto con su vida. En vez de productores de riquezas, los hombres se convertirían en destructores, en un peso muerto para la sociedad. No ha de pensarse seriamente que la utópica solidaridad social que invocan los socialistas sea bastante aliciente para suplir el amor por la familia. El hombre trabaja para sí y sus seres queridos, no por la comunidad. A esta consideración de vigencia permanente, habría que agregar en la época actual un escepticismo creciente respecto de la manera en que el voraz Estado moderno administra los fondos públicos. Amasar una fortuna para que se pierda luego en la inmensidad de las arcas fiscales, en una perspectiva que a nadie entusiasma" (*Tratado...*, T. I, cit., p. 11).

La transmisión sucesoria testamentaria es la reglamentada por el *de cuius*; es el causante quien, por su propia voluntad, dispone de sus bienes para después de sus días, sea en forma universal, sea en forma singular. La sucesión legal o legítima es aquella en que la ley determina quiénes son los llamados a suceder al causante y la cuota que a cada uno de ellos le corresponde dentro de la herencia; pero en ella no hay legados. La sucesión contractual, convencional o pactada, es la que tiene lugar cuando una persona conviene con otra que ésta le sucederá o que será parte de la sucesión de un tercero.

En Chile, la sucesión puede ser testamentaria, legal o mixta. Será mixta, o parte testamentaria y parte intestada, si el causante dispone sólo de parte de sus bienes guardando silencio en el resto; la parte de la que no se dispuso se repartirá, en términos generales, de conformidad a la sucesión legal (artículos 952.2 y 996).

En nuestro país, en cambio, no tiene cabida la sucesión contractual. Estos pactos se sancionan en Chile con objeto ilícito según lo previsto en el artículo 1463. Asimismo, se dice en el artículo 1001 que la revocabilidad es esencial en el testamento, lo que de suyo excluiría la irrevocabilidad que trae aparejada la sucesión contractual.

De esta forma queda impedida la renuncia a suceder a una persona viva, o el pacto de institución de heredero o legatario o la cesión onerosa o gratuita del derecho a suceder al futuro causante. La norma del artículo 1463 es amplia, no sólo impide la institución de heredero por contrato, sino que también impide la intervención de terceros en una sucesión futura, prohibiéndose, incluso, la aceptación de una herencia o legado antes de ser deferidos (artículo 1226).

Los fundamentos de esta prohibición son básicamente dos: a) Dichos pactos atentarían contra la libertad de testar, puesto que el causante no podría libremente revocar el testamento, estando subordinado al pacto otorgado. b) Estos acuerdos serían inmorales, ya que llevarían envuelto el deseo de que una persona fallezca, de allí que se les conozca con el nombre de pactos de ave de rapaña. Esta prohibición tiene su origen en el Derecho Romano, que admitió estos fundamentos, y de ahí que los países que están en la órbita romanista actualmente la conserven. No acontece lo mismo con todo el mundo. Los germanos no tacharon estos acuerdos de inmorales, permitiéndolos expresamente. Por eso, el Código alemán se refiere a ellos en sus parágrafos 2274 a 2302, y el Código suizo en sus artículos 494 a 497.

Asimismo, la moderna doctrina no ve mayor inconvenientes en este tipo de pactos, al menos en los que se refieren a la sucesión propia y no a la de terceros, puesto que su prohibición solamente se justificaba en un contexto histórico en el que prevalecía la concepción individualista del Derecho sucesorio.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Sobre el particular afirma DOMÍNGUEZ que parece más legítimo y recto "que el autor pueda mediante convenciones hereditarias, incluso más que por testamento, arreglar la suerte de sus bienes para después de

En lo que se refiere a la supuesta inmoralidad que estos pactos llevarían en vuelta, en realidad esto no es muy distinto de lo que ocurre en otras instituciones como la renta vitalicia, los seguros de vida o incluso el usufructo vitalicio. En todos ellos la muerte de un sujeto es consideración relevante para el acto jurídico.

En cualquier caso, nuestra doctrina no ve las ventajas que podrían ofrecer estos acuerdos sucesorios, creyéndose que si ya el derecho sucesorio nacional es suficientemente complejo, lo que da lugar a variados tipos de pleitos, pactos de este tipo solamente tendrían el mérito de acrecentar los litigios judiciales.

En Chile, sólo de manera excepcional se admite el llamado pacto de no mejorar, otorgado por el causante en vida con uno de sus legitimarios. El inciso segundo del artículo 1463 señala que "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*". La verdad es que, a pesar de que la norma deje entrever posibles convenciones entre el causante y sus legitimarios y que tengan por objeto las legítimas, estos pactos quedan exclusivamente limitados al pacto de no disponer de la cuarta de mejoras, pues no existe norma alguna que los permita respecto de las legítimas. De hecho, el artículo 1204, luego de permitir y regular los pactos de no mejorar, agrega en su inciso segundo que "cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor". De ahí que, si ellos fueren otorgados, adolecerían de nulidad absoluta.

La cuarta de mejoras es una asignación forzosa que, como su nombre lo indica, corresponde a la cuarta parte del *as* hereditario en los casos en que ello sea procedente de conformidad al artículo 1167 N° 3 del Código Civil.

De acuerdo al artículo 1195.1, de la cuarta de mejoras puede hacer el testador la distribución que quiera entre sus descendientes, su cónyuge y sus ascendientes; podrá, pues, asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta con exclusión de los otros. El causante, por lo tanto, tiene libertad para disponer o no de la cuarta de mejoras, pero si dispone, debe hacerlo en favor de las personas que la ley indica,

Continuación nota <sup>14</sup>

sus días, mientras mantiene en plenitud sus facultades mentales y su poder de decisión. Privado del poder de actuar que le habría permitido establecer razonablemente la situación de sus bienes para cuando no esté, en múltiples ocasiones se observa luego, cuando el padre o la madre ya están en edad de no tener voluntad, las luchas internas de los hijos para ser quien lo tenga bajo su imperio, so pretexto de encargarse de su cuidado" (DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *Principios del Derecho sucesorio en el código de Bello y su estado actual*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, 219-220, 2006, p. 234). También en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación, Alejandro Guzmán Brito (editor científico), Santiago, 2007, p. 492.

pero del modo que él estime conveniente; por eso que algunos autores denominen a este tipo de sucesión semiforzosa.<sup>15</sup>

Si el causante dispone de la cuarta de mejoras, se estará a la disposición que él haya efectuado en la medida que sea válida, pero si no lo hace, ella pasará a engrosar la mitad legitimaria y beneficiará a los herederos forzosos que sean asignatarios de la mitad legitimaria (artículo 1191). Por ello, de acuerdo al artículo 1204, es posible que el causante pacte por escritura pública con alguno de los herederos con derecho a legítima, que no dispondrá de la cuarta de mejoras, para que, así, ésta pase a distribuirse de manera igual entre todos los que tienen derecho a legítima. En el caso de que el testador no cumpliera con el pacto, el favorecido con la promesa tendrá derecho a que los asignatarios de esta cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que la infracción les aprovechara.

Un ejemplo de lo anterior puede ser el siguiente: El causante tiene tres hijos, Juan, Pedro y Diego. Tiene un patrimonio que asciende a \$ 12.000.000. Los tres hijos, de conformidad al artículo 1182 son legitimarios del causante y tienen derecho a legítima. El causante, en virtud del artículo 1204, promete a Juan que no dispondrá de la cuarta de mejoras, de modo que la cuarta parte de la herencia, \$ 3.000.000, pasará a engrosar la mitad legitimaria y se distribuirá entre los tres hijos. Luego, el causante por testamento asigna la cuarta de mejoras a Pedro. En este caso, Juan tiene derecho a que Pedro le pague lo que el cumplimiento de la promesa le hubiere reportado, es decir, que le entregue la suma de \$ 1.000.000.

<sup>15</sup> Así RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 11.

## CAPÍTULO 2 SISTEMAS SUCESORIOS

6. LA SUCESIÓN EN LA PERSONA Y LA SUCESIÓN EN LOS BIENES. Histórica y doctrinariamente se ha discutido mucho acerca de la forma en que se produce la transmisión de los bienes del causante a los que son sus herederos. La cuestión se centra en establecer si los herederos suceden al causante en su persona o si únicamente adquieren los bienes que a éste pertenecían. La resolución de esta cuestión no es de mera precisión doctrinaria, sino que de ella se derivan claras consecuencias prácticas, especialmente en lo que dice relación con la denominada responsabilidad *ultra vires hereditatis* que les puede corresponder a quienes devengan en herederos por las deudas que el causante hubiere tenido.

Al respecto, se distinguen dos sistemas antagónicos: el romano y el germánico. El primero concibe a los herederos como continuadores de la personalidad del difunto; en el segundo, los herederos adquieren los bienes dejados por el causante a su muerte, pero sin la continuidad personal que caracteriza a la concepción romana.<sup>16</sup>

7. LA SUCESIÓN EN LA PERSONA. La sucesión en la persona del difunto es el sistema clásico. Los romanos entendían que el heredero era un continuador de la personalidad del causante, y que, por lo mismo, no sólo adquiriría las cosas corporales contenidas en el patrimonio del causante, sino que lo reemplazaba "en todas las relaciones jurídicas activa o pasivamente transmisibles; y no sólo en las patrimoniales, sino también en otras que nada tienen que hacer con el patrimonio, como el *ius sepulchri* y la prosecución de los cultos (*sacra*) familiares"<sup>17</sup>. Explica VOLTERRA que "el heredero pasa a ser no sólo sujeto activo y pasivo de cada uno de los derechos de los que era titular el difunto, sin necesidad de que tales dere-

<sup>16</sup> Véase OLAVARRÍA AQUEVEQUE, O., *Los distintos sistemas sucesorios. El sistema chileno*, Gaceta Jurídica, 257, pp. 7 y ss.

<sup>17</sup> ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la 10ª edición italiana, por J. Caramés Ferbo, Buenos Aires, 1986, p. 576.

chos sean transmitidos individualmente y con los modos particulares de cada uno de ellos, sino que subintra también en los hechos constitutivos que justificaban cada uno de los derechos de su titular<sup>18</sup>. El heredero pasaba incluso a asumir funciones que le correspondían al difunto en su condición de *pater familias*, siendo la adquisición del patrimonio una consecuencia natural de ello. De hecho, era posible que el heredero solamente recibiera cargas hereditarias, sin recibir bien alguno, los que podían ser asignados por el difunto a otras personas en forma de legados. Ello motivó el nacimiento de una serie de leyes que buscaron evitar las injusticias que esto podía representar para el heredero.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción de J. Daza Martínez, Madrid, 1998, pp. 689 y 690.

La justificación de este sistema la encuentran algunos en la profunda religiosidad de los romanos. "...la religión romana era una religión de culto a las dignidades familiares. En el primitivo derecho romano la estructura religiosa de la familia es el auténtico vínculo espiritual conformador de la constitución romana, en cuya virtud se explican los principios del derecho sucesorio. Escribe Cicerón: la religión ordena que los bienes y el culto de cada familia sean inseparables, y que el culto de los sacrificios concierna al heredero (*De legibus*, II, 19). El heredero es el pontífice del culto familiar (*nomen, sacra, memoria*), en quien se perpetúa la *domus*. El heredero recibe la potestad familiar. La *domus* es en principio indivisible e indisponible" (ÁLVAREZ CAPEPOCHIPI, J.A., *Curso de derecho hereditario*, Madrid, 1991, p. 19). También afirman CORDOBA y SOLARI que "la sucesión en la persona tiene su origen en el derecho romano, ya que, fallecida una persona, se producía la ocupación inmediata por parte del heredero para que el culto familiar no se interrumpiese, en razón de que existía una organización familiar cuya base tenía fundamento religioso. Así, fallecido el *pater familias*, el heredero ocupaba su lugar asegurando la continuidad de las funciones sacerdotales, dado que, en caso contrario, se consideraba que podían ocurrir desgracias a la familia (...) El derecho romano no negó la desaparición de la persona física, pero consideró que ella continuaba influyendo desde la tumba, en cuando perduraba a través del derecho hereditario, por conducto de los sucesores llamados a continuar esa personalidad en el ejercicio de los derechos patrimoniales y del culto del hogar" (en CORDOBA, M.; LEVY, L.; SOLARI, N. y WAGMAISTER, A., *Derecho sucesorio*, T. I, Buenos Aires, 1991, pp. 26 y 27). En el mismo sentido explica BORDA que el heredero era un continuador de las funciones sacerdotales que le correspondían al difunto en el plano familiar y que derivaban de su función de *pater familias*. A partir de ello recibía también los bienes que pertenecían al difunto, pero con un carácter más bien secundario. Cuando, con el curso del tiempo, se produjo un decaimiento de los sentimientos religiosos y se rompieron los moldes de la antigua familia, la noción de la continuidad de la personalidad del difunto se mantuvo, básicamente por tradición jurídica y como forma de justificar que el heredero asumiera las deudas que había contraído el causante (*Tratado...*, T. I, cit., pp. 15 y 16).

Esta explicación, a juicio de SHULZ, carece de antecedentes suficientes, y no resulta convincente que se haya mantenido la solución a lo largo del tiempo por mera inercia y conservadurismo de los romanos. A su juicio, la explicación de la responsabilidad *ultra vires* del heredero se encuentra en la ejecución personal del deudor, propia del Derecho Romano. El deudor estaba sujeto a ejecución personal por el total de la deuda, de modo que si fallecía el acreedor podía ejecutar personalmente en la misma forma al heredero (SHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, pp. 202 a 204).

<sup>19</sup> La Ley Furia (183 a. C.) fijó en 1000 ases el monto máximo de cada legado, con el objeto de impedir que el heredero nada llevara. No fue grande su efecto, ya que los testadores hacían muchos legados de montos inferiores. De allí que se dictara la Ley Voconia (164 a. C.) que limitó el monto de cada legado a

Este sistema sucesorio se mantuvo durante hasta la Edad Moderna, básicamente por obra de la doctrina francesa, que además del prestigio del Derecho Romano, encontró en este sistema una buena fórmula para evitar los tributos que gravaban la herencia en beneficio del señor feudal. El feudalismo introdujo la práctica de entregar la *saisine* (toma de posesión de la herencia) por medio del señor feudal, quien cobraba derechos por el acto, generándose un disimulado impuesto<sup>20</sup>. Por esta razón, los jurisconsultos, recurriendo a las tesis romanas, entendieron que a la muerte del causante, el heredero, en su carácter de continuador de la persona de aquél, tomaba la posesión de la herencia directamente del difunto, sin la intervención de ninguna autoridad. Por eso se acuñó la fórmula *le mort siset le vif*, esto es, el muerto hace heredero al vivo.

Como consecuencia de la sucesión en la persona, acontece que el heredero sucede al causante no solamente en su activo, sino que también en su pasivo. Se produce una confusión de los patrimonios del causante y del heredero, puesto que el heredero no puede tener más de un patrimonio, resultando obligado a pagar el monto total de las deudas que el causante contrajo en vida, aun cuando sean de mayor valor al monto de la herencia. Esto, por su parte, podrá beneficiar o perjudicar a los acreedores del causante y del heredero. Una herencia cargada de deudas y con pocos bienes beneficiará a los que eran los acreedores del difunto, quienes verán en el patrimonio del heredero la posibilidad de pagarse sus créditos, cosa que, evidentemente, perjudicará a los acreedores del heredero, quienes verán en riesgo el pago de sus propias acreencias. A la inversa, una cuantiosa herencia beneficiará a los acreedores del heredero pobre, pero perjudicará a los acreedores del difunto, quienes deberán soportar que los que son acreedores del heredero se dirijan contra los bienes que eran del difunto y que ahora le pertenecen a su deudor.

#### Continuación nota <sup>19</sup>

la porción que recibía el heredero, lo que tampoco resultó muy útil, pues los testadores solían dividir la herencia en muchos legados. Fue la Ley Falcidia (40 a. C.) la que puso término a esta situación, reservando la cuarta parte de los bienes de la herencia al heredero, no pudiendo disponer el testador sino de los tres cuartos restantes. Esto duró hasta que Justiniano (Novelas I y II) autorizó al causante para disponer de la totalidad de la herencia (cfr. BORDA, G., *Tratado...*, T. I, cit., p. 15).

<sup>20</sup> Esta institución, aún vigente en Francia, no tiene relación con la transmisión de la propiedad de los bienes del difunto. "Esta transmisión es inmediata; se realiza *ipso facto*, desde la muerte del difunto, cualquiera que sea el carácter del sucesor. Ya no tenemos actualmente la herencia yacente (*hereditas suscipere personam defuncti*). La *saisine* se refiere únicamente a la toma de posesión de la herencia. Es la investidura legal y de pleno derecho, como consecuencia de la apertura de la sucesión, de la posesión de los bienes del difunto y de la facultad de ejercitar los derechos que le corresponden" (Bonnecase, J., *Tratado elemental de Derecho Civil*, traducción de E. Figueroa Alfonso, México, 1995, pp. 579 y 580). Cfr. también MAZEAUD, H. y L. y MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil. Successions et libéralités*, por A. BRETON, Paris, 1982, pp. 423 y 424.

8. CRÍTICA. A pesar de ser el sistema que ha predominado históricamente, la sucesión en la persona ha sido objeto de grandes y razonables críticas. La idea de la continuación de la persona del difunto en los herederos es una verdadera ficción. No es cierto ni real que el heredero continúe con la persona del difunto. Basta para demostrarlo con pensar en la pluralidad de herederos, en los herederos testamentarios que ni siquiera son familiares del causante o en los herederos que tienen el carácter de personas jurídicas. Ninguna de estas figuras encaja bien con la supuesta idea de que ellos pasan a ocupar el mismo lugar jurídico que tenía el causante.

Por otro lado, es evidente, además, que hay ciertos derechos y algunas obligaciones que no pasan a los herederos, sea por su carácter intransmisible o personalísimo, cuestión incompatible con la idea de continuidad en la persona o la subrogación personal. Como explica BORDA "lo que está muerto no puede continuarse. Es cierto que muchas veces se recurre a ficciones para explicar ciertos fenómenos jurídicos, pero no es menos cierto que en las más de las veces aquello trae aparejados serios inconvenientes muy difíciles de resolver, y esta no es la excepción". "Si el heredero continúa la persona del causante, si ocupa su lugar, no se explica que se le reconozca el beneficio de inventario, puesto que este es un remedio que no se concede al antecesor; tampoco se explica que los herederos puedan impugnar las donaciones o legados que dañen su legítima, porque valdría tanto como accionar contra sí mismos".<sup>21</sup>

De otra parte, se ha dicho que se trata de un sistema altamente injusto desde todo punto de vista. La responsabilidad *ultra vires* implica que el heredero debe responder por deudas ajenas, incluso por un monto superior al valor de los bienes que recibe, por eso se introdujo el beneficio de inventario, a fin de limitar la responsabilidad del heredero sólo hasta el valor de lo que a él le cabe en la sucesión. Asimismo, el sistema de sucesión en la persona resulta, como se ha antes insinuado, injusto para con los acreedores del causante y del heredero. Por la muerte del primero se puede transformar gravemente la situación en la que se encontraban los acreedores del difunto o del heredero. En un rápido giro podrán pasar de una situación confiable, a una de incertidumbre por el aumento del número de sujetos que aspiran a pagarse respecto de una misma masa de bienes. Los acreedores del difunto se verán en la necesidad de recurrir al beneficio de separación, a fin de evitar que los bienes del causante se confundan con los de sus herederos, eludiendo de esta forma la acción de los acreedores de estos últimos.

<sup>21</sup> *Tratado...*, T. I, cit., pp. 18 y 19.

9. LA SUCESIÓN EN LOS BIENES. En oposición al sistema romano, los germanos crearon una fórmula sucesoria en la que no existe continuidad de la personalidad del causante. En este modelo, lo único que se transmite a los herederos son los bienes que conforman el patrimonio del difunto, con la carga de pagar las deudas que él hubiere tenido; pero estas deudas no gravan el patrimonio del heredero. Dicho de otra forma, en el sistema germano, las deudas que pudiera haber tenido el causante quedan limitadas al *as* hereditario, pero no alcanzan al patrimonio del heredero, en la medida que no se extienden más allá de los bienes que existen en el caudal dejado a la muerte del *de cuius*. Como señala FERRERO "en el Derecho germano, se consideró que extinguiéndose la persona con la muerte, la sucesión no podía ser en ella sino en sus bienes"<sup>22</sup>. En este modelo, el heredero asume la función de liquidador del patrimonio del difunto, pagando las deudas hereditarias con los bienes que recibe, y conservando para sí solamente el saldo, por lo que no recibe un activo y un pasivo, sino que el remanente de los bienes del causante luego extinguidas las deudas.

Consecuencia de lo que antes se dijo es que, a diferencia del sistema romano, no se produce una confusión de patrimonios entre causante y heredero. Los acreedores que lo eran del causante siguen siéndolo, pero sus acreencias solamente podrán hacerlas efectivas en los bienes que él dejó. Lo propio acontece con los acreedores del heredero, quienes no podrán beneficiarse de los bienes heredados, sino una vez que se hayan pagado las deudas del causante. De esta forma pierden toda justificación los beneficios de inventario y de separación de patrimonios, puesto que los efectos que mediante ellos se trata de evitar, se producen casi naturalmente por la aplicación del sistema sucesorio.<sup>23</sup>

Este sistema, que ha sido recogido en países como Alemania, Brasil y México, en su forma más pura, también es el que rige en el Derecho anglosajón. La sucesión por causa de muerte es entendida como una forma de adquirir los bienes del difunto previo pago de las deudas que éste hubiere contraído en vida. No existen

<sup>22</sup> FERRERO, A., *Tratado de Derecho Civil*, T. V, Vol. I, *Derecho de sucesiones*, Universidad de Lima, Lima, 1994, p. 86.

<sup>23</sup> En todo caso, explica PÉREZ LASALA que "en las legislaciones del grupo germánico, el principio histórico entró en conflicto con la responsabilidad ilimitada pero limitable con el beneficio de inventario. Bajo la influencia de esta contraposición, en los derechos particulares germanos se desarrolló un sistema jurídico especial, que apareció regulado con claridad en el derecho territorial prusiano: el heredero responde sólo con la masa de la herencia, pero la responsabilidad puede tornarse ilimitada si aquél omite el otorgamiento de un inventario dentro del plazo que le fija el tribunal. En forma similar se regula en el Código Civil alemán (art. 1795). Esta solución obedece a principios híbridos, en los cuales no resulta nada clara la contraposición entre sucesión en la persona y sucesión en los bienes" (PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 18 y 19).

en esta fórmula continuadores de la personalidad del difunto, ni, por lo mismo, responsabilidad *ultra vires hereditatis*. Para los efectos de la liquidación de la herencia existe un cargo denominado *personal representative*; quien lo ocupa, por designación del testador o en subsidio del tribunal, tiene bajo su responsabilidad la administración de los bienes quedados al fallecimiento del causante y el pago de las deudas y los impuestos. Lo que queda luego de estas operaciones, realizadas con la aprobación judicial, es lo disponible y transmisible. “La existencia, pues, del *personal representative* –intermediario entre el causante y los herederos– borra el fenómeno de la sucesión hereditaria latina, e impide considerar, siquiera con valor de imagen, la continuación de la personalidad del *de cuius* en los herederos”.<sup>24</sup>

En el Derecho inglés, a diferencia del continental, el heredero no es la persona central del sistema sucesorio ni ocupa en él un lugar prominente. Tanto así que ni siquiera tiene una denominación precisa, tan sólo se le identifica como titular de asignaciones particulares (*legacies*) y como asignatario del remanente que resulta después de haber sido enterados los *legacy*. No existe, entonces, una noción de continuidad en la persona del causante ni una responsabilidad extendida o continuada por las deudas hereditarias. Ello no es necesario, ya que en el sistema inglés, el patrimonio del causante se destina al pago de dichas deudas. De ahí la importancia del *executor* o del administrador (*personal representatives*), cuya función es la distribuir la herencia neta, entre los asignatarios a título singular o de remanente.<sup>25</sup>

10. EL SISTEMA CHILENO ES DE SUCESIÓN EN LA PERSONA. Andrés Bello siguió el modelo sucesorio romano. En Chile, los herederos son los continuadores de la persona del difunto y en tal calidad reciben todo el patrimonio del causante con su activo y su pasivo, llegando a afirmarse que éste es uno de los principios fundamentales en los que se inspira el sistema sucesorio chileno<sup>26</sup>. Dispone el artículo 951 que se sucede a título universal “cuando se sucedé al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto”. Agrega el artículo 954 que “las asignaciones a título universal se llaman herencias”. Cierra esta idea el artículo 1097, cuando señala que

<sup>24</sup> PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 20.

<sup>25</sup> Cfr. ANDERSON, M., *Una aproximación al derecho de sucesiones inglés*, Anuario de Derecho Civil, T. LIX, fascículo III, 2006, pp. 1245 y 1247. Este trabajo doctrinariamente está basado en las explicaciones del profesor ROGER KERRIDGE, vertidas en el capítulo dedicado a sucesiones en BIRKS, P. (ed.), *English Private Law*, OUP, Oxford, 2000, vol. I, pp. 509 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R., y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *Derecho sucesorio*, Santiago, 1998, pp. 42 y ss.

“los asignatarios a título universal con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles”. “Los herederos son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas”. Queda claro, de esta forma, que los herederos, es decir, los asignatarios a título universal, son los continuadores de la persona del difunto, y como tales son obligados al pago de las deudas que contrajo el causante, aun cuando sean superiores a lo que ellos reciben en la sucesión.

Por lo mismo, los acreedores que tenía el causante podrán verse perjudicados con la acción de los acreedores del heredero y si quieren evitarlo, deberán hacer uso del beneficio de separación. “Los acreedores hereditarios y los acreedores 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” (artículo 1378). De la misma forma, el heredero, si pretende limitar su responsabilidad por las deudas de la herencia, deberá aceptarla con beneficio de inventario, ya que de lo contrario responderá hasta del total de las deudas, sin perjuicio de repartirlas en proporción a lo que en la herencia le corresponda. “El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado” (artículo 1247).

Es de aquí entonces de donde nace la regla según la cual la persona que contrata lo hace también para sus herederos, pues los derechos y obligaciones que de ese contrato nacen, se transmiten, por causa de muerte a quienes sean sus herederos. Estas personas, que no fueron parte del contrato que otorgó en vida el causante, pasan, en su calidad de continuadores de la persona del causante, a ser parte de él, y titulares de los derechos personales que de él emanan.

El principio no se agota en materia contractual. Dispone el artículo 2316 que “es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos”. De esta forma, si el causante cometió un hecho ilícito, la obligación de indemnizar a los perjudicados no sólo recae en él, sino que se transmite a sus herederos.

Se transmiten por causa de muerte también, y por regla general, los derechos reales, incluso el derecho real de concesión minera (artículo 2º del Código de Minería) y el derecho real de aprovechamiento de aguas (artículo 21 del Código de Aguas). Se exceptúan el derecho real de usufructo y los de uso y habitación, los que se extinguen por la muerte del titular (artículos 806 y 819).



De conformidad al artículo 14 de la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial, se trasmite también por causa de muerte a los herederos del autor, el derecho patrimonial de propiedad industrial, esto es, a la patente y de patente.

Asimismo, de acuerdo al artículo 15 de la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, es transmisible el derecho moral de autor al cónyuge sobreviviente y a los sucesores abintestato del autor.<sup>27</sup>

11. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA PERSONA. No obstante todo lo antes dicho, acontece que el principio de continuidad de la persona del causante por los herederos, no es absoluto. La aplicación rígida de este principio implicaría que los herederos tendrían absolutamente todos los derechos y todas las obligaciones de los que era titular el *de cuius*. Ello no es así. En muchos casos la muerte pone término a ciertas situaciones jurídicas que afectaban al causante, y respecto de ellas, los herederos no pasan a ocupar el lugar que tenía el difunto. La ley varias veces rompe el principio de continuidad, privando a los herederos de ciertos derechos que pertenecían al causante. De la misma forma, en ciertos casos, la ley no hace extensivas a los herederos las obligaciones de las que era deudor el difunto. De ahí que el artículo 951 disponga que la sucesión es a título universal cuando se sucede al difunto en todos o una parte de sus derechos y obligaciones "transmisibles". Esto deja claro que existen derechos y obligaciones que si bien se encuentran en el patrimonio del causante, no son transmisibles y que, por lo mismo, no pasan a los herederos del causante.

Así, la muerte pone término al matrimonio del causante (artículo 42 N° 1 de la Ley de Matrimonio Civil), disuelve la sociedad conyugal (artículo 1764 N° 1) y pone término al régimen de participación en los gananciales (artículo 1792-27 N° 1).

La muerte del causante hace cesar la patria potestad y el menor que estaba sujeto a ella se emancipa legalmente, salvo que la patria potestad corresponda al

<sup>27</sup> Esto no significa, según GUZMÁN, que el derecho moral de autor no pueda ser objeto de sucesión testamentaria y de legados, el causante puede legarlo, pero sólo a favor de su cónyuge o los que hubieran podido sucederle abintestato, pero no a otras personas. En cualquier caso, según explica GUZMÁN, "esta transmisibilidad del derecho moral de autor a que se refiere la ley no significa que los herederos de aquél puedan exigir ser considerados ellos mismos como los autores de la obra, como si se dijera haber habido sucesión en la autoría. En consecuencia, estrictamente hablando, ese derecho es intransmisible. Cuando la ley declara su transmisibilidad, eso se debe a que piensa en algunas de las facultades del derecho moral, como las de impedir modificaciones (art. 14 N° 2), de mantener inédita la obra (art. 14 N° 4) o de exigir el respeto del anonimato o de la seudonimia (art. 14 N° 5), de las que sí cabe predicar la transmisibilidad, que por ende y en realidad corresponde a las acciones pertinentes" (GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Santiago, 1995, p. 191).

padre sobreviviente (artículo 270 N° 1). De la misma forma, la muerte hace cesar el albaceazgo (artículo 1279).

Por regla general, la muerte extingue las acciones civiles de nulidad del matrimonio (artículo 47 de la Ley de Matrimonio Civil).

La muerte, en ciertas ocasiones, pone término a los contratos otorgados por el causante, no transmitiéndose sus derechos y obligaciones a sus herederos. Esto puede acontecer con la sociedad (artículo 2103), con el mandato (artículo 2163), con el comodato (2180 N° 1), con la renta vitalicia (artículo 2274) y con el contrato de construcción de obra (artículo 2005). Termina el contrato de trabajo por la muerte del trabajador (artículo 159 N° 3 del Código del Trabajo).

Por la muerte se extinguen los derechos intransmisibles como el de alimentos (artículo 334), el usufructo (artículo 773) y el uso y la habitación (artículo 812). Se extingue la concesión marítima de la que fuera titular el difunto (artículo 8 de D.F.L. N° 340 de 1960).

También se extingue la condición suspensiva pendiente contenida en la asignación testamentaria (artículo 1078) y se produce la transformación de la obligación solidaria en simplemente conjunta (artículo 1523).

La muerte del oferente hace caducar la oferta en los términos del artículo 101 del Código de Comercio.

Aun cuando es una cuestión discutida, en Chile, con muy buenos argumentos, pareciera haberse impuesto la idea de que el daño moral no se trasmite a los herederos del causante. Su condición de personalísimo conspira contra la posibilidad de que sean los herederos del fallecido quienes tengan el derecho de percibir una indemnización por un daño que no es el de ellos, de suerte que esta acción fenecerá junto con el causante.<sup>28</sup>

En este sentido se falló por la Corte Suprema el 27 de junio de 2007, que "en el derecho contemporáneo, finalmente, prevalece la idea que por mucho que la vida sea el más valioso de los bienes, ello no significa que sea, *per se*, objeto de reparación a título hereditario, sobre la base de dos presupuestos, el primero, alude a que quien muere no puede tener un crédito indemnizatorio por su propia muerte; y el segundo, consistente en que el reconocimiento de un derecho transmisible que comprenda el daño moral, generado en el solo hecho de la muerte, amenaza con producir una acumulación de indemnizaciones que, en esencia, de-

<sup>28</sup> Así, BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, 2006, pp. 946 y 947 y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, 3, pp. 513 y 514. En contra RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, 1999, pp. 366 y 367.

rivan del mismo: uno de ellos radicado en el causante, en cuya compensación sucederían los herederos y otro por la propia aflicción que se sigue de dicho padecimiento y muerte".<sup>29</sup>

La doctrina se repite en el fallo de la Corte Suprema de 27 de noviembre de 2007, que resuelve que "este tribunal ya ha decidido que la acción ejercida en estos autos es intransmisible, en atención a que su naturaleza es personalísima, aunque exista entre esa acción y el resarcimiento pretendido, que es de carácter pecuniario, un estrecho e indesmentible vínculo, por cuanto este último se genera y justifica en la aflicción del trabajador afectado, lo que le imprime el carácter de personalísima a la acción de que se trata, el que no logra desvirtuarse con el hecho que dé lugar a un crédito en dinero, pues aun integrando dicho elemento patrimonial, el sentido y contenido de la pretensión cuestionada sigue inalterable, ya que lo que ella persigue es compensar el mal soportado por la víctima, personalmente. Es ésta la que ha sido lesionada en un interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho cuanto el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella (...) De esta manera, el objetivo de resarcimiento, sólo se cumple, entonces, cuando la reparación es entregada al que padeció el dolor, la molestia o aflicción en sus sentimientos o facultades espirituales".<sup>30</sup>

<sup>29</sup> *Proman Barahona, Lucía y otros con Empresa Pesquera Bío Bío*, Rol N° 309/2006.

<sup>30</sup> Cuarta Sala (Especial), Rol N° 6196/2006.

## CAPÍTULO 3

### LA SUCESIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO

12. ASPECTOS GENERALES. Ya se explicó que legalmente la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio (artículo 588), que consiste en la transmisión del patrimonio de una persona que fallece, de una parte de él o de bienes determinados, a otras personas también determinadas. A través de él los herederos del causante adquieren la herencia que éste ha dejado, sea en su totalidad o bien en una cuota. Se hacen titulares del derecho real de herencia. Pero incluso es posible que ciertos asignatarios adquieran bienes o derechos determinados, como cuando se lega tal o cual cosa o derecho. En estos casos, los asignatarios no adquieren el derecho real de herencia, sino que sólo el dominio del bien que se les ha legado, o el crédito en contra de la sucesión. De suerte que mediante el modo sucesión por causa de muerte se puede adquirir el derecho real de herencia, el dominio de bienes determinados o un crédito.

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir: *a)* derivativo; *b)* que opera por causa de muerte; *c)* a título gratuito, y *d)* puede ser a título universal o singular.

13. DERIVATIVO. El dominio de herederos y legatarios no nace en ellos, sino que emana (deriva) del anterior propietario: el causante. Esto tiene bastante relevancia por la aplicación del principio de que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene. El *de cuius* sólo pudo transferir aquellos derechos de los que era verdaderamente titular y no los otros. A la hora de la prueba de estas circunstancias, tanto herederos como legatarios deberán demostrar que su antecesor era efectivamente dueño de los derechos que les transmitió por causa de muerte, y para ello será nuevamente necesario precisar si aquél adquirió por un modo originario o derivativo. Si fue lo primero, el problema queda resuelto, pero, por el contrario, si adquirió en virtud de un modo derivativo, la cuestión persiste. En este último caso se hace fundamental la institución de la prescripción adquisitiva o usucapión, único modo de probar el dominio en estos supuestos.

14. OPERA POR CAUSA DE MUERTE. A diferencia de todos los otros modos de adquirir, la sucesión por causa de muerte es el único que supone el deceso de una persona. El fallecimiento del causante es precisamente lo que acarrea la transmisión de su patrimonio o de ciertos bienes o derechos a los herederos o legatarios.

15. A TÍTULO GRATUITO. La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio a título gratuito. El asignatario de los bienes no efectúa ningún desembolso, sacrificio o contraprestación para obtener la herencia, no se da nada por lo que se recibe. Esto, naturalmente, no quiere decir que la sucesión siempre implique un enriquecimiento para el heredero. Puede ocurrir que la herencia esté dominada por las deudas y no por los activos, lo que trae como consecuencia, en principio, que el heredero deberá hacerse cargo de estas últimas.

Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 1463 declara que el derecho a suceder a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona. De ello se colige que el derecho a suceder a una persona viva no puede adquirirse ni gratuita ni onerosamente.

16. PUEDE SER A TÍTULO UNIVERSAL O SINGULAR. La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir que puede operar a título universal o a título singular. Es a título universal cuando se adquiere una universalidad jurídica o parte de ella; y es a título singular cuando en su virtud se adquiere una cosa determinada. La sucesión puede revestir las dos formas según dan a entender claramente los artículos 951, 954, 1097 y 1104. La sucesión es un modo de adquirir a título universal cuando el asignatario sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos. En este caso el asignatario por causa de muerte es un heredero. Por el contrario, la sucesión es un modo de adquirir a título singular cuando se sucede al difunto en una o más especies o cuerpos ciertos o en una o más especies indeterminadas de un mismo género. En este evento, el asignatario toma el nombre de legatario.

## CAPÍTULO 4

### LOS ADQUIRENTES O ASIGNATARIOS POR CAUSA DE MUERTE

17. NOCIÓN. El artículo 953 define las asignaciones por causa de muerte como las que hace la ley, o el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes. Agrega el inciso segundo que con la palabra asignaciones se significa las asignaciones por causa de muerte, ya las haga el hombre o la ley.

Este concepto legal es meramente formal. No explica lo que es en esencia una asignación. Para tener una noción más precisa habría que decir que las asignaciones por causa de muerte son los señalamientos, hechos por la ley o por el testamento, de lo que corresponde a ciertas personas en la sucesión de otra.

18. ASIGNATARIOS A TÍTULO UNIVERSAL O HEREDEROS. Según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 953, asignatario es la persona a quien se hace la asignación por causa de muerte. De acuerdo con el artículo 954 las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular, legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario.

Conforme al artículo 1097, los asignatarios a título universal, con cualesquiera nombre que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Agrega en su inciso segundo que los herederos son también obligados a las cargas testamentarias; esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas. Esto con relación a lo previsto en el ya mencionado inciso segundo del artículo 951, que explica que el título es universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

En consecuencia, lo que caracteriza al heredero o asignatario universal es que éste sucede al causante en todos sus bienes o una cuota de ellos. Como dice MESSINEO "la cualidad de heredero deriva, no del nombre utilizado para designarlo (y que puede, eventualmente, estar equivocado), sino de la concreta situa-

ción que se establece para el llamado en la sucesión<sup>31</sup>. Los herederos representan a la persona del causante y son los continuadores de su personalidad; no sólo reciben el activo del patrimonio del *de cuius*, sino que también las obligaciones que por él fueron válidamente contraídas. Esto ocurre precisamente porque no reciben bienes en particular, sino que todo el patrimonio del causante o una cuota de él.

De lo dicho en el artículo 951 se desprende que los herederos pueden ser de dos tipos: herederos universales y herederos de cuota. Los primeros suceden al causante en todo su patrimonio sin señalamiento de cuota; los segundos, lo hacen sólo en una cuota alícuota de ese patrimonio.

A este respecto debe tenerse presente lo siguiente:

a) Es factible que existan varios herederos universales. El testador puede llamar a varias personas sin señalamiento de cuota. Si no hay designación de cuota el heredero es universal. Por ejemplo, dice el testamento de Juan que deja todos sus bienes a Pedro y Pablo. En este caso Pedro y Pablo son herederos universales; suceden al causante en su patrimonio, sin que se les haya señalado una cuota dentro de él.

b) No se debe confundir la noción de asignatario universal con la de heredero universal. El término más amplio es el de asignatario universal. Los asignatarios a título universal son los herederos, pero los herederos pueden ser universales o de cuota. Por consiguiente, un heredero de cuota es un asignatario a título universal. Si Martín dice en su testamento que deja un tercio de sus bienes a Pedro, acontece que este último es un asignatario universal y, por tanto, un heredero, pero no es un heredero universal, sino que de cuota.

c) El beneficio en la herencia puede ser mayor para el heredero de cuota que para el heredero universal. Por ejemplo, si se deja la herencia a Juan, Pedro y Diego, quiere decir que ellos son herederos universales y no de cuota, y que la herencia se dividirá en partes iguales entre los tres. Pero si se deja la mitad de la herencia a Pablo y la otra mitad a Patricio, resulta que son herederos de cuota, y su beneficio en la herencia es mayor. Luego, alguien puede ser heredero universal y llevar menos que quien pueda ser heredero de cuota. Por lo mismo, no interesa para la clasificación cuánto llevan materialmente en la herencia; ni su número, sino la forma en que son llamados en la sucesión del causante.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> *Manual...*, T. VII, cit., p. 18.

<sup>32</sup> En el mismo sentido antes señalado, bien podría acontecer que un asignatario a título singular tenga un beneficio económico inmensamente superior al que pueda tener un asignatario universal. El causante podría instituir cuantiosos legados y prácticamente agotar la herencia con este tipo de asignaciones. El remanente, que puede ser harro poco, quedará para sus herederos.

Como se verá en su momento, todo lo anterior tiene importancia para la aplicación del derecho de acrecimiento en el evento de que uno de los herederos llamados falte. Puesto que este derecho solamente opera entre los herederos universales, pero no entre los herederos de cuota. Si falta uno de los dos herederos universales el otro llevará toda la herencia. Si falta uno de los dos herederos de cuota, uno lleva la mitad; la otra mitad no acrece a ella, y se distribuirá de conformidad a las reglas de la sucesión intestada, a menos que se hubiera designado un sustituto para el heredero que falta.

19. ASIGNATARIOS A TÍTULO SINGULAR O LEGATARIOS. Como se ha señalado, el artículo 954 indica que las asignaciones a título singular se llaman legados, y el 951.3 prescribe que se sucede a título singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo. Por su parte, el artículo 1104 indica que los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios: no representan al testador; no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan. Lo cual, sin embargo, se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de la que pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma.

Se desprende de la noción contenida en el artículo 951 que los legatarios pueden serlo de dos tipos: los legatarios de especie y los legatarios de género. El legatario es de especie o cuerpo cierto cuando el objeto legado se encuentra individualizado como especie, como si se lega un bien raíz con tal dirección e inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. El legado es de género cuando su objeto está señalado genéricamente, como si se deja a una persona una suma de dinero, o una cantidad de animales o de licores.

Esta distinción es bastante relevante a la hora de determinar el momento en que opera la adquisición del objeto legado. Si el legado es de especie o cuerpo cierto, el dominio de ese bien se adquiere por parte del asignatario singular al momento en que ocurre el deceso del causante. Por el contrario, si el legado es de género, el asignatario a título singular no adquiere el dominio inmediatamente, sino que lo que adquiere es un derecho personal en contra de los herederos del causante o en contra de aquellos a quienes el testador impuso la obligación, para exigir que se le pague lo que se le ha legado. En otras palabras, el legatario de género no adquiere el dominio por causa de muerte, sino que adquiere por tradición una vez que se efectúe el pago de lo que se le debe. Lo que adquiere por causa

de muerte es un derecho personal en contra de los obligados a pagar el legado, que correlativamente tienen una obligación.

De ello también se derivan cuestiones importantes en lo que dice relación con las acciones de que disponen los legatarios y con los frutos de los bienes que se legan.

En lo que se refiere a las acciones, si el legado es de especie, a la muerte del causante el legatario será un dueño no poseedor, por lo que tiene en su poder la acción reivindicatoria en contra de los herederos que serían poseedores no dueños. En cambio, el legatario de género sólo dispondría de una acción personal en contra de los herederos y no de la acción real.

En cuanto a los frutos de los bienes legados, el legatario de especie, según el artículo 1338 N° 1, será dueño de ellos desde el momento del fallecimiento del causante. En cambio, según el N° 2 del mismo artículo, los frutos no pertenecen al legatario de género, sino desde que se le efectúe la tradición del o los objetos o desde que los herederos queden constituidos en mora de hacerlo.

20. DIFERENCIAS ENTRE HEREDEROS Y LEGATARIOS. Según lo dicho antes, es posible señalar las siguientes diferencias entre herederos y legatarios:

a) Difieren, en primer lugar, en el objeto o contenido de la asignación. El heredero sucede en todos los bienes del causante o en una cuota de ellos. El legatario sucede, si es que así se puede decir, en bienes específicos o una o más especies indeterminadas de un mismo género (artículo 951).

b) El heredero representa la persona del causante, no así el legatario, el que no es un continuador de la personalidad del causante (artículos 1097 y 1104).

c) Los herederos son instituidos por testamento o por ley. Los legatarios, en cambio, sólo por testamento, puesto que la ley no instituye legados.

d) El heredero es responsable de las deudas hereditarias y testamentarias. Como se ha dicho antes, su responsabilidad es *ultra vires hereditatis*. El legatario no responde, en principio, por las deudas del causante. Su eventual responsabilidad es meramente subsidiaria a la del heredero. Por lo mismo, el acreedor debe entablar su acción, en primer lugar, en contra de los herederos, quienes son los que representan al causante para estos efectos. A falta o insuficiencia de los herederos, podrá dirigirse en contra de los legatarios (artículos 1097 y 1104).

e) El heredero adquiere el derecho real de herencia y el dominio de la herencia desde el momento que fallece el causante. Lo mismo acontece con el legatario de especie, pero no con el de género, el que sólo adquiere un derecho personal en contra de los herederos para exigir el pago de su legado.

f) Según los artículos 688 y 722 los herederos, junto con el dominio, adquieren la posesión legal de la herencia. El legatario, aunque lo sea de especie o cuerpo cierto, no adquiere la posesión de las cosas legadas; dicha posesión continúa en los herederos hasta que se efectúe la entrega de las cosas que le fueron legadas.

g) Consecuencia de lo antes señalado es que a los herederos les pertenecen los frutos de las cosas hereditarias desde la delación de la asignación. Lo mismo acontece con los legatarios de especie. No ocurre lo mismo con los legatarios de género. Estos últimos solamente tienen derecho a los frutos de las cosas que les fueron legadas desde el momento que las personas obligadas al pago del legado se hayan constituido en mora (artículo 1338 números 1, 2 y 3).

h) Finalmente, en lo que hace a la prescripción, el falso heredero puede adquirir el derecho real de herencia por prescripción adquisitiva de diez años, o bien en cinco años si ha obtenido la posesión efectiva de los bienes (artículos 2512 N° 2 y 1269 y 704). En cambio, el falso legatario de especie solamente podrá adquirir el dominio por prescripción de conformidad a las reglas generales; esto es, dos o cinco años dependiendo de la naturaleza del bien, o incluso en diez años si su posesión es irregular (artículos 2508 y 2511). Por su parte, el legatario de género podrá ver extinguido su derecho personal en el plazo ordinario de cinco años (artículo 2515).

CAPÍTULO 5  
LAS ASIGNACIONES POR CAUSA DE MUERTE

21. CONCEPTO. Las asignaciones por causa de muerte son los señalamientos que hace la ley o el testamento de una persona difunta para que se la suceda en sus bienes (artículo 953).

22. CLASIFICACIONES. Las asignaciones por causa de muerte admiten ser clasificadas desde diversos puntos de vista. Ellas pueden ser a título universal o a título singular; testamentarias o legales y voluntarias o forzosas. Las asignaciones testamentarias, a su vez, pueden ser puras o simples o sujetas a modalidades.

En seguida se enuncian estos tipos de asignaciones, pero se volverá con más detalle sobre cada una de ellas al tratar de las asignaciones testamentarias.

23. ASIGNACIONES A TÍTULO UNIVERSAL Y A TÍTULO SINGULAR. En cuanto a su contenido, las asignaciones pueden ser a título universal o a título singular. Son a título universal, según el artículo 951, cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos. En tanto que la asignación es a título singular cuando se sucede en uno o más especies o cuerpos ciertos, o en una o más especies indeterminadas de cierto género. Se llega de esta forma a la distinción entre herederos y legatarios (artículo 954).

24. ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS Y LEGALES. En cuanto a su fuente, las asignaciones por causa de muerte pueden ser testamentarias o legales. Ello depende de si la sucesión es testamentaria o *ab intestato*. Si se sucede en virtud de testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si ello se hace en virtud de la ley, se llama intestada o *ab intestato*.

Pero puede ocurrir que la sucesión sea parte testada y parte intestada. El inciso segundo del artículo 952 explica que la sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada. Se habla en este evento de sucesión mixta, caso en el cual, en términos generales, la parte testada de la heren-

cia se rige por las normas de esta sucesión y la parte intestada por las normas de las sucesiones abintestato (artículo 996).<sup>33</sup>

25. ASIGNACIONES FORZOSAS Y VOLUNTARIAS. En cuanto a su obligatoriedad, las asignaciones por causa de muerte pueden clasificarse en asignaciones forzosas y voluntarias. Las primeras son aquellas que el testador está obligado a hacer, y que si no las hace las suple la ley, aun en perjuicio de disposiciones testamentarias expresas (artículo 1167.1). Las voluntarias son, como su nombre lo señala, las que el testador tiene la libertad de hacer o no hacer.

26. ENUNCIACIÓN. Tradicionalmente se ha afirmado que para suceder a una persona deben concurrir requisitos objetivos y subjetivos. Los requisitos objetivos son condiciones, cualidades o circunstancias que deben estar presentes en la asignación por causa de muerte misma, a fin de que ella sea válida, es decir, no es un requisito que debe concurrir en la persona del asignatario, sino que en la propia asignación. Su estudio queda postergado para el desarrollo de las asignaciones testamentarias. Los requisitos subjetivos, en cambio, son los que deben estar presentes en la persona del asignatario, y consisten en que sea capaz y digno de suceder al causante, en otras palabras, que sea apto y tenga mérito para hacerlo.

<sup>33</sup> El profesor RODRÍGUEZ sostiene que en Chile existirían cinco tipos de sucesión: La testada, la intestada, la mixta, la forzosa y la semiforzosa (cfr. *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 11); tesis seguida por otros autores, como RIVERA GONZÁLEZ, M. E., *Régimen sucesorio en Chile*, Boletín informativo mensual de la asociación de notarios y conservadores de Chile, noviembre-diciembre, 1996, p. 38.

CAPÍTULO 6  
REQUISITOS SUBJETIVOS PARA SUCEDER

26. ENUNCIACIÓN. Tradicionalmente se ha afirmado que para suceder a una persona deben concurrir requisitos objetivos y subjetivos. Los requisitos objetivos son condiciones, cualidades o circunstancias que deben estar presentes en la asignación por causa de muerte misma, a fin de que ella sea válida, es decir, no es un requisito que debe concurrir en la persona del asignatario, sino que en la propia asignación. Su estudio queda postergado para el desarrollo de las asignaciones testamentarias. Los requisitos subjetivos, en cambio, son los que deben estar presentes en la persona del asignatario, y consisten en que sea capaz y digno de suceder al causante, en otras palabras, que sea apto y tenga mérito para hacerlo.

*Sección 1*  
*Capacidad para suceder*

27. CONCEPTO. Se define la capacidad para suceder como la aptitud de una persona para ser sujeto de asignaciones por causa de muerte. La regla general, como en otras materias, es que toda persona es capaz de suceder, salvo las expresamente exceptuadas por la ley. El artículo 961 señala que será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna. Se trata de la misma regla acuñada en el artículo 1446 para la validez de los actos o declaraciones de voluntad y en el artículo 1387 respecto de las donaciones entre vivos. De esto se deducen dos cosas de importancia: primero, que las incapacidades son instituciones de excepción, por lo que tanto su aplicación como su eventual interpretación son de derecho estricto, no siendo posible ni una aplicación por vía analógica ni una interpretación extensiva; y, segundo, que quien las alegue estará obligado a su prueba de conformidad a la ley, dado que la regla general es la capacidad para suceder, por lo que, quien sostenga la excepción, deberá acreditarla.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A., *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des successions*, T. I, Paris, 1895, pp. 123 y 124.

28. INCAPACIDADES DE GOCE. Las incapacidades para suceder son, en definitiva, incapacidades de goce y no de ejercicio. Al incapaz le está vedado adquirir por sucesión por causa de muerte. En todo caso, esta incapacidad es especial. Sólo alcanza a esta materia y no implica necesariamente que este sujeto se encuentre privado de toda capacidad de goce, pudiendo adquirir otros derechos por cualquier otra vía que no sea la sucesoria.<sup>35</sup>

La capacidad para suceder a una persona no cabe confundirla con la capacidad para aceptar o repudiar una asignación hereditaria; se trata de cuestiones distintas. Es perfectamente posible que una persona sea capaz de suceder a otra, pero incapaz de aceptar o repudiar por sí misma. El hijo impúber es capaz de heredar a su padre, pero es incapaz de aceptar o repudiar la asignación por sí solo. En este sentido se ha afirmado que la capacidad para suceder es estática, pues se trata de una mera calidad de sucesor que o se tiene o no se tiene; en tanto que la capacidad para aceptar o repudiar es dinámica, siempre que implica el movimiento de la voluntad de parte del asignatario.<sup>36</sup>

29. CLASIFICACIÓN. Estas incapacidades pueden ser absolutas (totales) o relativas (particulares). Son absolutas las que ponen al incapaz en la situación de no poder suceder a ninguna persona. Son relativas las que le impiden suceder a un determinado causante.<sup>37</sup>

30. INCAPACIDADES ABSOLUTAS O TOTALES. Son incapacidades absolutas o totales la no existencia del asignatario al momento de producirse la apertura de la sucesión y el carecer, la entidad asignataria, de personalidad jurídica.

31. NO EXISTIR AL TIEMPO DE ABRIRSE LA SUCESIÓN. Dice el artículo 962 que para suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión. Por lo mismo, se entiende que toda asignación lleva envuelta la condición de existir el asignatario el día en que se produce la apertura de la sucesión, que es el momento en que

<sup>35</sup> Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De los contratos*, Santiago, reimpresión, s/f, p. 47; DOMÍNGUEZ AGUILA, R., *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago, 1977, p. 114 y MEZA BARROS, R., *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*, Santiago, 2000, p. 35. La doctrina comparada denomina a las incapacidades de goce como incapacidades de derecho, y a las de ejercicio, de hecho. Existe acuerdo en que las incapacidades para suceder lo son de derecho y no de hecho (BORDA, *Tratado...*, T. I, cit., p. 69; CORDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., p. 72 y PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 124).

<sup>36</sup> Cfr. CORDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., p. 72.

<sup>37</sup> Esta distinción, en todo caso, carece de la relevancia que tiene en la nulidad de los actos o contratos, puesto que en el caso de la sucesión por causa de muerte la sanción es siempre la misma, el asignatario incapaz no puede suceder al causante. La asignación en estos casos siempre es nula (artículo 966).

fallece el causante (artículo 955). De ahí que no pueden suceder ni los que a ese momento no existen, ni los que a ese instante han dejado de existir.

Lo cierto es que esta regla que sienta el artículo 962, según la cual para suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, no es en verdad una regla de capacidad o de incapacidad. Quien no existe no es ni capaz ni incapaz, pues sencillamente no existe. Para poder decir que una persona es capaz o incapaz, es necesario que exista; si no existe, la calificación se hace francamente imposible.<sup>38</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, la regla contenida en el inciso primero del artículo 962 reconoce algunas excepciones, como lo son: a) el caso del concebido y no nacido; b) el de las personas que suceden por derecho de transmisión; c) el de las herencias o legados hechos bajo condición suspensiva; d) el de los hechos en beneficio de personas que no existen, pero se espera que existan, y e) el de los efectuados a favor de personas que presten un servicio importante.

32. CASO DEL CONCEBIDO Y NO NACIDO. Este sujeto sólo tiene existencia natural, pero no legal<sup>39</sup>. La existencia legal solamente comienza con el nacimiento, según la regla del artículo 74. De conformidad al artículo 77, los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido vivo y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se produzca. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso segundo, esto es, si muere en el vientre materno, perece antes de estar separado completamente de su madre o no sobrevive un momento siquiera a la separación, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

Lo anterior constituye una excepción a la regla general en materia sucesoria, en la medida que al momento en que se produce la apertura de la sucesión, el asignatario legalmente no existe, pero sus derechos se mantienen en suspenso hasta que se produzca su nacimiento.

En todo caso, debe destacarse que el concebido debe tener esa calidad al momento en que se produce la apertura de la sucesión. Lo que debe comprobarse con la regla establecida en el artículo 74. De esto se colige que el nacimiento de

<sup>38</sup> Cfr. CORDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., p. 76.

<sup>39</sup> Cree SOMARRIVA, en cambio, que para los efectos del artículo 962 solamente basta con la existencia natural y no es necesario tener existencia legal (SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho sucesorio*, versión de R. Abeliuk Manasevich, Santiago, 2003, pp. 101 y 102). El artículo 3290 del Código Civil argentino señala en este sentido que "el que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle".



esta persona no puede ser posterior a los 300 días siguientes al fallecimiento del causante, pues ello implicaría que al día de la apertura de la sucesión, no tenía ni existencia natural ni legal. Ello sin perjuicio de que puedan efectuarse asignaciones por causa de muerte a personas que no existen, pero se espera que existan.

33. PERSONAS QUE SUCEDEN POR DERECHO DE TRANSMISIÓN. La situación de las personas que suceden por derecho de transmisión en verdad es una excepción aparente. El derecho de transmisión está contemplado en el artículo 957, y consiste en que el heredero o legatario que fallece antes de haber aceptado o repudiado la asignación que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. Lo que se transmite es el derecho de aceptar o repudiar la asignación que se ha deferido.

En este supuesto, lo que dice el artículo 962 es que basta con existir al momento de que muera la persona que transmite el derecho de aceptar o repudiar la herencia o legado. En consecuencia, el transmitido puede no existir cuando fallece el primer causante, pero sí debe existir al momento en que fallece el segundo causante. Como se aprecia, es una excepción aparente, dado que el heredero transmitido debe existir al instante en que se abre la sucesión de la cual él es el heredero, la del transmitente, por lo que no se excepciona en verdad la regla general; el transmitido debe existir cuando se produce la apertura de la sucesión en la que él es llamado.<sup>40</sup>

34. HERENCIA O LEGADO BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA. Si se hace una asignación por causa de muerte sujeta a condición suspensiva, según el artículo 962, es además necesario existir al momento de cumplirse la condición. No basta entonces con existir al momento en que se produce la apertura de la sucesión, sino que es además menester existir cuando se verifica el hecho futuro e incierto. Mientras está pendiente la condición suspensiva, el derecho no nace, y si el asignatario fallece antes de este evento, él no transmite derecho alguno a quienes sean sus herederos (artículo 1078).<sup>41</sup>

35. SUJETOS QUE NO EXISTEN, PERO SE ESPERA QUE EXISTAN. Las asignaciones hechas a favor de personas que no existen, pero se espera que existan, son válidas en la medida que la persona llegue a existir en el plazo máximo de diez años

<sup>40</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 44 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 47.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ opina que no es una excepción, dado que de acuerdo al artículo 956 la asignación sujeta a condición suspensiva se defiere al cumplirse la condición; y el artículo 962 exigiría la existencia a ese mismo momento (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 47).

contrados desde la apertura de la sucesión. Tal sería el caso de que el testador asigne algo a los hijos que pueda tener María. En cualquier caso el testador podría fijar en el testamento un plazo inferior al de diez años, caso en el cual la persona beneficiaria de la asignación deberá existir dentro de ese período.

Lo antes dicho puede tropezar con los cinco años que establece el artículo 739 como plazo máximo de pendencia de una condición para el fideicomiso. Como se sabe el fideicomiso se puede constituir por acto entre vivos o por testamento (artículo 735). De suerte que si el causante en su testamento constituye un fideicomiso a favor de personas que no existen pero se espera que existan, dichas personas debieran llegar a existir en el plazo de cinco años, al cabo de los cuales la condición debiera tenerse por fallida y por consolidado el dominio. Tal podría acontecer, por ejemplo, si el causante señala: "Lego mi casa a Pedro, pero si tiene un hijo, el legado será para ese hijo". En este caso la duda acerca del plazo de pendencia de la condición queda servida, ya que si bien la regla del artículo 962.3 el plazo es de diez años, según lo señalado en el artículo 739, específicamente para el fideicomiso, el término máximo es de cinco años.

Los autores entienden que si este caso llega a suscitarse, la regla del artículo 739 es la que debe primar, ya que es la norma especial para el fideicomiso frente a la general que contempla el artículo 962 para toda asignación condicional en beneficio de quien aún no existe. Por otro lado, no habría razón alguna para que el plazo máximo de pendencia de la condición de un fideicomiso constituido por acto entre vivos fuera de cinco años, pero de diez para el evento en que se constituyera por testamento.<sup>42</sup>

36. ASIGNACIONES EFECTUADAS EN PREMIO A QUIEN PRESTA UN SERVICIO IMPORTANTE. Cuando se hace una asignación a quien preste un servicio importante, el asignatario no existe al momento en que se produce la apertura de la sucesión; pues o no existe o existiendo no ha prestado el servicio por el que se le premia con la asignación. Lo relevante es que dentro de los diez años posteriores al falleci-

<sup>42</sup> Así ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.; SOMARRIVA UNDURRAGA, M. y VODANOVIC HACKLIKA, A., *Tratado de los derechos reales*, T. II, Santiago, 2001, pp. 108 a 110 y PEÑAILILLO AREVALO, D., *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Santiago, 1990, p. 307. Con todo, puede resultar muy difícil en la práctica establecer si el testador otorgó una simple asignación condicional a favor de persona que no existe y se espera que exista, o constituyó un fideicomiso en el que la condición consiste en que llegue a existir el asignatario. El problema radica en la amplia concepción del fideicomiso en el artículo 733, que lo entiende como la propiedad sujeta a condición resolutoria, y condiciones que afecten el dominio pueden haber muchas. Así ocurre con la condición resolutoria tácita y también con las asignaciones a favor de personas que se espera que existan o con las efectuadas en beneficio de quien preste un servicio importante; en todas el cumplimiento de la condición acarreará la pérdida del dominio para quien posee la cosa sujeta a condición, pero no ha existido la intención de constituir una propiedad fiduciaria.

miento del causante llegue a existir y preste el servicio de que se trata. El ejemplo que ha llegado a ser clásico es el del testador que fallece de cáncer y deja una asignación a quien descubra el remedio para esa enfermedad. La asignación es válida aun cuando esa persona todavía no haya descubierto el referido remedio.

En este caso también podría darse el problema ya señalado en el número precedente, en cuanto al posible conflicto del artículo 962.4 con el artículo 739 respecto del plazo máximo de pendencia de la condición a la que se subordina la asignación testamentaria. El criterio de solución propuesto se extiende a este caso.

37. LAS ENTIDADES QUE CARECEN DE PERSONALIDAD JURÍDICA. Dispone el artículo 963 que son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas<sup>43</sup>. Como para las personas naturales es necesario existir al momento de la apertura de la sucesión, para las jurídicas es condición tener esta calidad. En todo caso, según el inciso segundo, si la asignación tiene por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento, podrá solicitarse la aprobación legal, y obtenida ésta, valdrá la asignación<sup>44</sup>. Es el caso, por ejemplo, de la fundación Federico Santa María, la que no existía al momento del deceso de su fundador, el que por testamento asignó sus bienes para la creación de la fundación que lleva su nombre. Esta regla no es más que el principio de existencia de las personas como requisito de capacidad para suceder aplicado a las personas jurídicas. Solamente pueden suceder las personas jurídicas que existan legalmente y no el resto.

Con ocasión de lo anterior se ha discutido si las personas jurídicas extranjeras pueden ser asignatarias por causa de muerte en Chile. La doctrina ha distinguido entre las personas jurídicas extranjeras de Derecho Público y las de Derecho Privado.

Respecto de las personas jurídicas de Derecho Público extranjeras se ha sostenido que no hay duda alguna de que tienen capacidad en Chile, por lo que pueden ser sujetos de estas asignaciones<sup>45</sup>. Así por lo demás lo ha resuelto la jurisprudencia.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Sobre el particular, NÚÑEZ MAYA, D., *Antecedentes históricos de la incapacidad de herencia o legado de cofradías y otros establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas*, Memoria, Universidad Católica de Valparaíso, 2002.

<sup>44</sup> El Código Civil argentino, después de señalar en el artículo 3734 que "no pueden adquirir por testamento las corporaciones no permitidas por la ley", agrega en el artículo 3735 que "pueden, sin embargo, recibir por testamento las corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando la sucesión que se les defiere o el legado que se haga, sea con el fin de fundarlas, y requerir después la competente autorización".

<sup>45</sup> Cfr. ARANCIBIA S. J., *¿Puede ser instituida legataria una Municipalidad extranjera de bienes situados en Chile?*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1922.

<sup>46</sup> GT, 1934, s. 53, p. 267 y RDJ, T. 33, 1, p. 552.

Respecto de las personas jurídicas de Derecho Privado extranjeras, cuando no han obtenido reconocimiento legal en Chile, las opiniones están divididas. Algunos, como ALESSANDRI, opinan sobre la base del artículo 546, en relación con el artículo 963, que no son personas jurídicas las corporaciones y fundaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley o que no hayan sido aprobadas por el Presidente de la República. Este sería el caso de las personas jurídicas de Derecho Privado extranjeras<sup>47</sup>. Otros, pareciera que con más lógica, como CLARO SOLAR, sostienen que no tiene mucho sentido que estas entidades deban constituirse en Chile para el solo efecto de recibir una asignación por causa de muerte. Además, las excepciones a la regla de la capacidad son de derecho estricto, por lo que no se les puede dar una interpretación analógica o extensiva.<sup>48</sup>

38. INCAPACIDADES RELATIVAS O PARTICULARES. Las incapacidades relativas pueden definirse, como se ha dicho, como aquellas que impiden al asignatario suceder a ciertas y determinadas personas, pero no a todo el mundo; de ahí precisamente su carácter relativo o particular y no absoluto o total. Estas incapacidades especiales son la de crimen de dañado ayuntamiento, el del eclesiástico confesor y la del notario y testigos del testamento. La primera de ellas opera tanto en la sucesión testada como en la intestada; las otras dos, en cambio, solamente tienen lugar en la sucesión testada.

39. CONDENACIÓN POR CRIMEN DE DAÑADO AYUNTAMIENTO. Según el artículo 964, son incapaces de suceder a otra persona como herederos o legatarios, los que antes de deferirsele la herencia o legado hubieren sido condenados judicialmente por el crimen de dañado ayuntamiento con dicha persona y no hubieren contraído con ella matrimonio que produzca efectos civiles. El inciso segundo extiende la misma inhabilidad a las personas que antes de deferirseles la herencia o legado hubieren sido acusadas de dicho crimen, si se siguiera condenación judicial.

Se trata de los sujetos que han tenido relaciones sexuales que dieron lugar o pudieron dar lugar a los hijos adulterinos, sacrílegos e incestuosos a quienes se referían antiguos artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Civil. Hoy, no existe como tipo penal el crimen de dañado ayuntamiento. En esta línea tendría que afirmarse

<sup>47</sup> Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *¿Puede una persona jurídica extranjera ser instituida asignataria de bienes situados en Chile?*, RDJ, T. 17, primera parte, p. 51.

<sup>48</sup> Afirma este autor que "las personas jurídicas extranjeras son, como las nacionales, capaces de adquirir herencias o legados (...) tanto de derecho público como de derecho privado y ya se trate de corporaciones o fundaciones de beneficencia pública o de sociedades civiles y comerciales" (CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, reimpresión, Bogotá, 1992, T. 13, N° 81, pp. 74 y ss.).

que serían dañado ayuntamiento el incesto, el adulterio y el sacrilegio. Con todo, el sacrilegio, sin perjuicio de su reproche moral, no es un crimen, y el adulterio, a pesar de que se le puede considerar como un ilícito civil, no es un ilícito penal a partir de la Ley N° 19.335 que derogó este tipo. En consecuencia, solamente subsistiría la incapacidad para aquellos que han sido penalmente sancionados por el delito de incesto.<sup>49</sup>

Para que opere la incapacidad para suceder por incesto se requiere que haya existido una condena judicial o, a lo menos, que haya existido acusación por este crimen antes del fallecimiento del causante (siempre que de dicha acusación se siga condena judicial). No es necesario que de la relación sexual incestuosa se haya derivado descendencia.

La alusión al saneamiento por matrimonio posterior es inaplicable en el caso de incesto. Se trata de un impedimento dirimente relativo contemplado en el artículo 6° de la Ley de Matrimonio Civil.

40. INCAPACIDAD DEL ECLESIASTICO CONFESOR. De conformidad al artículo 965, por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado, ni aun como albacea fiduciario, el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; ni la orden, convento, o cofradía de que sea miembro el eclesiástico; ni sus deudos (parientes) por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

La causa de esta incapacidad es evitar las posibles influencias que el sacerdote pudiera tener sobre una persona religiosa, a través de la cual puede obtener disposiciones testamentarias en su favor, en el de su orden o convento; o en favor de sus parientes próximos<sup>50</sup>. Esta suposición hizo que en el año 1857, el arzobispo de Santiago y los obispos de La Serena y Concepción solicitaran al Senado la refor-

<sup>49</sup> SOMARRIVA, en todo caso, piensa que también sería crimen de dañado ayuntamiento el adulterio civil (*Derecho sucesorio*, cit., p. 106).

<sup>50</sup> La norma equivalente en el Código Civil argentino declara incapaces de suceder a "los confesores del testador en su última enfermedad" y a "los parientes de ellos dentro del cuarto grado, si no fueren parientes del testador; las iglesias en que estuvieren empleados, con excepción de la iglesia parroquial del testador; y las comunidades a que ellos pertenecieren" (artículo 3739). Sostiene PÉREZ LASALA que ello tiene por objeto impedir la captación de la voluntad del testador por parte del confesor. Desde este punto de vista resulta curioso que la misma limitación no se extienda, por ejemplo, a los médicos que hayan auxiliado al causante en su última enfermedad, ya que igual o mayor influencia podrían tener sobre el causante (*Curso...*, cit., p. 127). En este sentido, es más amplio el artículo 909 del Código Civil francés, que comprende dentro de la incapacidad a los doctores en medicina o cirugía, a los oficiales de sanidad, a los farmacéuticos y a los ministros de culto que hayan tratado a una persona durante la enfermedad de la cual murió.

ma, entre otras, de este artículo por considerarlo ofensivo hacia los miembros del clero e injusto.<sup>51</sup>

Sin embargo, esta incapacidad tiene limitaciones importantes. En primer lugar, sólo se refiere a la sucesión testamentaria y no a la intestada, puesto que allí, en principio, no puede aplicarse la influencia sobre el difunto<sup>52</sup>. En segundo lugar, exclusivamente alcanza al eclesiástico que confesó al causante durante la última enfermedad o al que lo confesó habitualmente en los dos últimos años, a su orden, cofradía o conventos y a ciertos de sus parientes más próximos. En tercer lugar, no afecta, tampoco, a la parroquia del testador (artículo 965.2). En cuarto lugar, es necesario precisar que el testamento debe haber sido otorgado durante la última enfermedad, siendo inaplicable la incapacidad si fue otorgado antes de ella, o después de que el enfermo haya mejorado. Finalmente, cabe señalar que esta incapacidad, como lo indica el inciso segundo de la norma, no recae sobre la porción de bienes que dicho eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese habido testamento.<sup>53</sup>

41. INCAPACIDAD DEL NOTARIO, PARIENTES, DEPENDIENTES, TESTIGOS Y SUS FAMILIARES. Según el artículo 1061, no vale disposición alguna testamentaria en favor del escribano que autorizare el testamento, o del funcionario que haga las veces de tal, o del cónyuge de dicho escribano o funcionario, o de cualquiera de los ascendientes, descendientes, hermanos, cuñados, empleados o asalariados del mismo. No vale tampoco disposición alguna testamentaria en favor de cualquiera de los testigos, o de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos o cuñados<sup>54</sup>. Se trata de resguardar la imparcialidad del notario y de los testigos, y de evitar cualquier presión de ellos sobre el testador.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Sobre el particular PESCO VARGAS, V., *Manual de Derecho Civil*, T. I, Santiago, 1948, p. 55.

<sup>52</sup> Podría pensarse, con todo, en la situación del confesor que usa su influencia para evitar que el enfermo otorgue testamento en favor de otras personas, lo que le podría asegurar una mejor situación hereditaria si él fuere llamado en la sucesión intestada del difunto. En este caso, el eclesiástico quedaría afecto a la indignidad para suceder prevista en el artículo 968 N° 4.

<sup>53</sup> Si el confesor, por ejemplo, es sobrino del causante, solamente será incapaz de sucederlo en todo aquello que exceda lo que a este sobrino, a falta de otros herederos de mejor derecho, le hubiere correspondido en su calidad de heredero abintestato del difunto. Como explica MEZA BARROS la razón de esto es evidente, "la asignación no puede deberse a un abuso del ministerio sacerdotal porque la hace la ley, teniendo en cuenta el parentesco con el causante" (*Manual...*, cit., p. 45).

<sup>54</sup> Sobre la situación de los testamentos otorgados antes de la Ley N° 10.271 de 1952, consúltese SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 107 y 108.

<sup>55</sup> Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, cit., p. 90. En Chile esta norma históricamente dio lugar a una nutrida doctrina, aún antes de la modificación que experimentara el precepto en 1952. Sobre el particular puede

Además, de conformidad al artículo 412.1 del Código Orgánico de Tribunales, acontece que será nula la escritura pública que contenga disposiciones o estipulaciones a favor del notario que la autorice, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos. De tal suerte que, si se trata del notario, su cónyuge o parientes no sólo se produce una nulidad del acto desde el punto de vista del fondo, sino que también desde una óptica formal.<sup>56</sup>

Respecto de esta incapacidad, cabe preguntarse qué ocurre si la causal es sobreviniente al otorgamiento del testamento. Puede acontecer, por ejemplo, que el causante otorgue testamento a favor de una mujer, que después contraiga matrimonio con el notario que autorizó el testamento, o que el testador beneficie en su testamento a una persona que luego de otorgado comience a desempeñarse laboralmente en la oficina del notario. En estos casos resulta de meridiana claridad que los temores para declarar incapaces a estos sujetos para suceder al causante se desvanecen en buena parte. Si la razón de estas normas es el temor del legislador sobre una hipotética presión del notario o los testigos sobre el testador para obtener una asignación por causa de muerte en su favor, lo cierto es que esta presión no cabe suponerla si el testamento fue otorgado antes que estas personas llegaren a tener el puesto o la calidad que les permite ejercer tal presión. Si bien es cierto la doctrina entiende que la incapacidad debe concurrir el día en que se defiere la sucesión<sup>57</sup>, pareciera que dicha regla presenta deficiencias en estos casos, por cuanto el día en que se produce la apertura de la sucesión, la incapacidad existiría, pero carecería de todo fundamento.

#### 42. CARACTERÍSTICAS DE LAS INCAPACIDADES PARA SUCEDER

a) Las incapacidades para suceder son de orden público. No pueden renunciarse o perdonarse ni por el testador ni por los otros asignatarios. Sean ellas totales o particulares, miran al interés general de la sociedad y no sólo al del causante o del asignatario.<sup>58</sup>

Continuación nota <sup>55</sup>

verse: ITURRIAGA GARCÉS, C., *Estudio sobre el artículo 1061 del Código Civil Chileno*, RDJ, T. 44, primera parte, pp. 97 y ss. y CARRERA, F., *El artículo 1061 del Código Civil chileno*, RDJ, T. 37, primera parte, pp. 71 y ss. y *Más sobre el artículo 1061 del Código Civil*, en RDJ, T. 41, primera parte, pp. 5 y ss.

<sup>56</sup> La doctrina comparada cree que esta incapacidad notarial y de los testigos, sólo se extiende respecto de los testamentos que consten en acto público, y no respecto de los testamentos cerrados. Esto, por la sencilla razón de que solamente sería en los primeros en los que es posible la captación de la voluntad del testador; en los segundos, siendo ellos secretos, esta posibilidad es harto menor (cfr. PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 128 y CÓRDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., p. 87).

<sup>57</sup> Cfr. PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 132.

<sup>58</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 54 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 109.

b) Las disposiciones en favor de incapaces son absolutamente nulas por adolecer de objeto ilícito. Se trata de la ejecución de un acto prohibido por la ley, aunque se disfraze bajo la firma de un contrato o por interposición de persona (artículo 966). En concordancia con ello, el artículo 972.1 declara indigno de suceder a quien, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz. En la misma línea, el artículo 1314.1 señala que 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. En cualquier caso debe tenerse presente que si la sucesión es intestada, puede tener lugar el derecho de representación. Según el artículo 987.2 se puede representar al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Luego, si una asignación legal corresponde a alguien que es incapaz, por ejemplo, porque ha muerto antes que el causante, no existiendo a la apertura de la sucesión, puede ser representado por su descendencia legítima en la medida que el difunto haya sido alguno de los parientes que se mencionan en el artículo 986.

c) El incapaz no adquiere por causa de muerte, pero podría hacerlo por prescripción. El artículo 967 establece que el incapaz no adquiere la herencia o legado mientras no prescriban las acciones que contra él pudieran intentarse por los que tengan interés en ello. Se trata en este caso, según SOMARRIVA, de una prescripción extraordinaria de diez años; no lo dice en forma expresa la ley, pero se desprende del tenor del artículo 967, que exige la prescripción de todas las acciones<sup>59</sup>. Con todo, ni aun esta posibilidad de saneamiento podría darse en el caso de que la incapacidad sea la falta de existencia.

d) En general existe consenso doctrinal en que estas incapacidades operan de pleno derecho. La eventual resolución judicial que se dicte en la materia es meramente declarativa. Así se desprendería del artículo 967, que comienza diciendo que el incapaz no adquiere la herencia o legado, y si no adquiere es obvio que la resolución judicial no es necesaria. Se agrega, además, que ésta era la solución expresamente prevista en el artículo 1125 del proyecto de 1853<sup>60</sup>. Sin embargo, otros

<sup>59</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., pp. 110 y 111. Parece ser distinta la opinión de MEZA BARROS, quien señala que el "incapaz podrá adquirir la herencia o legado por prescripción, poseyéndolos en forma ordinaria" (*Manual...*, cit. p. 56). No está claro en este caso el sentido de la palabra ordinaria, pues puede significar que el heredero o legatario podría adquirir por prescripción de conformidad a las reglas generales, o por el contrario, que puede adquirir por prescripción ordinaria de cinco años.

<sup>60</sup> Explica SOMARRIVA que "otra consecuencia que deriva del carácter de orden público de la incapacidad es que ésta existe sin necesidad de declaración judicial; ella se limitará únicamente a constatar la existencia de la incapacidad" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 109). En semejante sentido MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 54.

autores, como DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ<sup>61</sup>, aunque aceptando que los efectos se producen de pleno derecho, hacen presente que se requiere de una resolución judicial que constate y declare la incapacidad, destacando que es necesario entablar una acción de nulidad absoluta de la asignación a favor del incapaz, cuestión que sólo podrían hacer aquellos que demuestren un interés patrimonial en la herencia. No bastaría con argumentar que el incapaz es tal; incluso más, entienden que la alegación sólo puede hacerse a través de una acción y no de una excepción. La jurisprudencia parece darle la razón a este último planteamiento. Se ha resuelto, sin pronunciarse derechamente sobre el punto, que es necesario tener interés para impetrar la declaración de nulidad, y sin él no es posible solicitarla. En otros términos, no basta con sostener que el heredero o legatario es incapaz, se requiere una sentencia que así lo declare con el objeto de excluirlo de la sucesión.

e) La incapacidad pasa contra terceros en el caso de que el incapaz hubiese dispuesto de lo que le corresponde dentro de la herencia. Nadie puede dar lo que no tiene. Careciendo el incapaz de derechos en la sucesión del causante, nada puede transferir o transmitir a terceros. Declarada la nulidad de la asignación a favor del incapaz, según la regla del artículo 1689, ella da lugar a la acción reivindicatoria en contra de terceros poseedores.

f) Las incapacidades son, como se dijo, de derecho estricto, por lo que no admiten una interpretación extensiva, amplia o analógica, debiendo interpretarse de manera restrictiva.

### Sección 2

#### *Dignidad para suceder al causante*

43. CONCEPTO. Se puede decir que la dignidad es el mérito de una persona para suceder por causa de muerte a otra. En sentido inverso la indignidad para suceder puede ser entendida como la falta de mérito de un sujeto para suceder al causante, debido a que no cumplió con los deberes que para con él tenía o porque faltó al respeto que su memoria le imponía.<sup>62</sup>

Como en el caso de las incapacidades, y de conformidad al artículo 961, la regla general es el que las personas sean dignas para suceder, salvo las que la ley expresamente declara indignas de hacerlo. Se trata de una sanción civil por haberse cometido un hecho socialmente repudiable en contra del causante; de ahí que se presume que si éste hubiese podido no lo habría llamado a sucederle. En este

sentido, y al igual como acontece con las incapacidades para suceder, su interpretación no puede ser extensiva sino que restrictiva, y quien alegue la indignidad, deberá probarla.

44. CAUSAS DE INDIGNIDAD. Estas indignidades, en general, están agrupadas en los artículos 968, 969, 970, 971 y 972. Sin embargo, las causales no se agotan en estas normas, puesto que el Código, particularmente dentro de la normativa referida al Derecho de Familia, configura ciertas indignidades especiales.

A) De acuerdo al artículo 968, es indigno de suceder al causante:

a) El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó padecer pudiendo salvarla.

b) El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada.

c) El consanguíneo dentro de sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo.

d) El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar.

e) El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.<sup>63</sup>

B) Según el artículo 969, por razones de evidente ingratitud o incluso de sospecha, también es indigno de suceder el que siendo mayor de edad no hubiere denunciado a la justicia el homicidio de la persona del causante tan pronto le fuere posible. Cesará esta indignidad, si la justicia hubiere empezado a proceder sobre el caso. Pero esta causa de indignidad no podrá alegarse, sino cuando constare que el heredero o legatario no es cónyuge de la persona por cuya obra o consejo se ejecutó el homicidio, ni es del número de sus ascendientes y descendientes, ni hay entre ellos deudo de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. La

<sup>63</sup> Se ha resuelto por la Corte Suprema, el 6 de octubre de 2009, que el artículo 968 N° 5 del Código Civil "determina una presunción legal y dado que ésta admite prueba en contrario, resulta posible, que el que ha ocultado el testamento no tuviere intención dolosa, más aún si de la prueba testimonial y documental acompañada al expediente se puede inferir que no existió perjuicio o dolo en contra de los actores". "Que reafirma lo antes expuesto, el hecho que la concurrencia del dolo vaya aparejado a proporcionar al sujeto que lo comete un determinado provecho, esto es, un beneficio que obtenga como resultado un perjuicio a terceros en su condición de víctima de la acción dolosa, lo cual informa en definitiva una serie de maniobras ilícitas llevadas a la práctica para inducir a engaño, elemento que no concurre en el caso in situ puesto que la demandada no obtuvo ni pretendió obtener provecho alguno con el referido ocultamiento del testamento" (c. 6) (*Stock Comtesse con Marfull Gilbert*, Rol N° 2618/2008).

<sup>61</sup> Cfr. *Derecho Sucesorio*, cit., pp. 266 y ss.

<sup>62</sup> En este tema puede verse VÁZQUEZ BUTE, E., *Sobre la indignidad para suceder y legitimación activa para invocarla*, Revista Jurídica de Puerto Rico, Vol. 64, 1995, N° 2, pp. 141 y ss.

razón de esta última regla se encuentra en que no es posible forzar al cónyuge de una persona o a sus parientes a denunciarlo por el homicidio o instigación en el homicidio del causante.

C) Conforme al artículo 970, es indigno de suceder el ascendiente o descendiente que no pidió la designación de un guardador para el impúber, demente, sordo o sordomudo, que no pueda darse a entender claramente, a quien sucede *ab intestato* y permaneció en esa omisión por un año entero: a menos que aparezca haberle sido imposible por sí o por procurador.<sup>64</sup>

D) El artículo 971, como octava indignidad para suceder, señala que lo son también los que nombrados por el testador se excusaren de ejercer una guarda sin causa legítima y el albacea que se excusare sin inconveniente grave (artículo 1277.2)<sup>65</sup>. De conformidad al inciso segundo, esta causa de indignidad no se extiende a los asignatarios forzosos en la cuantía que lo son, ni a los que, desechada la excusa por el juez, entren a servir el cargo.

Cabe agregar aquí, también, como causa de indignidad, la del albacea que, habiendo aceptado el cargo, es removido de él por dolo (artículo 1300), lo que a su turno se hace extensivo al partidador de la herencia según el artículo 1327.

E) Finalmente, al menos en lo que se refiere a materia estrictamente sucesoria, el artículo 972 declara indignos de suceder a los que, a sabiendas de la incapacidad, hayan prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte ellos bajo cualquier forma a una persona incapaz<sup>66</sup>. Se exceptúan aquellas personas que tenían temor reverencial al causante, pero sólo en la medida que no hayan dado cumplimiento a la promesa que le hicieron.<sup>67</sup>

F) Fuera de estos casos expresamente contemplados en la sucesión por causa de muerte, existen otras situaciones que se asimilan a las indignidades para suce-

<sup>64</sup> Si fueren muchos los llamados a la sucesión, la diligencia de uno de ellos aprovechará a los demás. Transcurrido el año recaerá la obligación antedicha en los llamados en segundo grado a la sucesión intestada. La obligación no se extiende a los menores, ni en general a los que viven bajo tutela o curaduría. Esta causa de indignidad desaparece desde que el impúber llega a la pubertad, o el demente, sordo o sordomudo toman la administración de sus bienes.

<sup>65</sup> No basta la mera ausencia de aceptación, siendo necesario un rechazo del cargo (RDJ, T. 32, 1, p. 375).

<sup>66</sup> De acuerdo a cierta doctrina, éste precisamente habría sido el objeto del fideicomiso, el que habría tenido por objeto asignar bienes a ciertas personas con el propósito de que ellos pasaran en verdad a otros sujetos (cfr. TERRAZAS, D., *Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 4, pp. 939 y ss.).

<sup>67</sup> Se exceptúa de alguna forma la regla del inciso segundo del artículo 1456, según la cual el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

der. Son cinco situaciones propias del Derecho de Familia<sup>68</sup>. El menor de edad que contrae matrimonio sin el consentimiento de un ascendiente estando obligado a obtenerlo (artículo 114); el que se casa violando el impedimento de segundas nupcias al no hacer inventario solemne de los bienes del menor respecto del que tiene la patria potestad (artículo 124 y 127); el cónyuge que haya dado lugar a la separación judicial por su culpa (artículo 994); el del progenitor cuya paternidad o maternidad ha sido establecida judicialmente con su oposición (artículo 203) y el que haya participado en el fraude de parto o de suplantación, pues no podrá suceder al hijo en sus bienes por causa de muerte (artículo 219). En el primer caso, si el ascendiente muere intestado, el menor no tendrá más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto, quedando abierta la posibilidad que, además, el ascendiente que debía consentir el matrimonio, así como todos los otros, puedan desheredar al menor. En tanto que en los restantes casos, la indignidad para suceder priva a los responsables de la totalidad de la herencia, sin perjuicio del derecho del causante para asignarles alguna parte de sus bienes por testamento.<sup>69</sup>

#### 45. CARACTERÍSTICAS DE LAS INDIGNIDADES

a) La principal característica es que en las indignidades solamente está comprometido el interés del causante, a diferencia de lo que acontece con las incapacidades para suceder, en donde está envuelto el interés general. De esta cuestión esencial se derivan varias otras consecuencias.

b) El causante puede perdonar la indignidad, sea en forma expresa sea en forma tácita (artículo 973). Ello no acontece, como se ha dicho, con la incapacidad, la que no puede ser condonada por el causante.

c) La indignidad no opera de pleno derecho, requiere ser declarada judicialmente, a instancias de cualquiera de los interesados en la exclusión del legatario o heredero indigno<sup>70</sup>. Dice el artículo 974 que "la indignidad no produce efecto

<sup>68</sup> Para algunos autores estas hipótesis no representan verdaderas incapacidades para suceder, sino que son sanciones que se imponen a ciertas personas consistentes en la pérdida de derechos sucesorios (cfr. DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II/2, Madrid, 1995, p. 226).

<sup>69</sup> En el caso de la determinación judicial de la maternidad o paternidad con oposición del progenitor, el inciso final del artículo 203 establece una especial forma de rehabilitación, según la cual "se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que esté privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable".

<sup>70</sup> No obstante que ésta es una solución universalmente aceptada por la doctrina, la jurisprudencia ha declarado en varias ocasiones que la exclusión del indigno de la sucesión deriva de la ley y no de una

alguno, si no es declarada en juicio; a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno". "Declarada judicialmente, es obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado con sus accesiones y frutos"<sup>71</sup>. No ocurre lo mismo con las incapacidades, en las que la sentencia judicial solamente cumple una función meramente declarativa, pero no constitutiva.<sup>72</sup>

d) Mientras no exista pronunciamiento judicial que declare la indignidad, el asignatario adquiere la herencia o el legado, entendiéndose que tiene esta calidad en todo este tiempo, pero una vez declarada su indignidad se lo considera como si nunca hubiere sido heredero o legatario y tendrá la obligación de restituir<sup>73</sup>. Esto tampoco ocurre con las incapacidades para suceder, puesto que, como se ha explicado, el incapaz solamente podría adquirir una vez que han prescrito todas las acciones en su contra por esta causa.

e) La indignidad se purga en cinco años de posesión de la herencia o legado (artículo 975). No queda claro, en todo caso, a qué posesión es a la que se refiere la ley. SOMARRIVA cree que, tratándose de un heredero, bastaría la posesión legal, ya que el indigno adquiere la asignación. No acontecería lo mismo con el legatario, el que requeriría de la posesión material de los bienes legados, dado que a su respecto no existe la posesión legal.<sup>74</sup>

#### Continuación nota 70

decisión judicial (cfr. JOSSEMAND, L., *Cours de droit civil positif français*, T. III, Paris, 1930, pp. 395 y 396; PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, Paris, 1913, pp. 355 y 356 y VAN BIERVLIET, *Cours...*, T. I, Vol. II, cit., pp. 82 y 83).

<sup>71</sup> No es ésta la solución que domina en la doctrina francesa. La mayoría de los autores se inclina por estimar que la indignidad para suceder opera de pleno derecho. La sentencia que dicta el juez de la causa no crea la indignidad, sino que simplemente la declara (cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité...*, T. I, cit., p. 182; MAZEAUD, *Leçons...*, cit., p. 57 y PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit Civil français*, T. IV, *Successions*, Paris, 1928, p. 76).

<sup>72</sup> Cfr. AUBRY, C., y RAU, C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. VI, Paris, 1873, p. 273.

<sup>73</sup> Con todo, alguna doctrina ha sostenido que antes de la declaración de indignidad, el asignatario no tiene ni vocación sucesoria ni delación hereditaria, lo que equivale a decir que no puede adquirir válidamente la herencia, con lo que existe una asimilación de la situación del indigno a la del incapaz, pues cualquiera de ellos que entre en posesión de los bienes hereditarios lo hace sin un título válido, resultando ambos poseedores de mala fe. La distinción diametral que existe entre indigno e incapaz obedecería más que a nada a razones históricas que no se justificarían en el Derecho moderno (cfr. PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 136 a 139).

<sup>74</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 117. En sentido contrario parece pronunciarse MEZA BARROS, quien se pregunta qué acontece si el heredero no ha entrado en posesión (*Manual...*, cit., p. 60). La única manera de entender esta pregunta es que lo requerido por el asignatario indigno sea la posesión material, en la medida que la posesión legal se confiere por el solo ministerio de la ley al heredero, y aun cuando éste lo ignore.

f) La acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe (artículo 976), cosa que también es diferente en las incapacidades para suceder, las que pasan contra los terceros con independencia de su buena o mala fe. En el caso de las indignidades, mientras ellas no son declaradas por sentencia judicial, el potencial indigno debe ser tenido como heredero o legatario según el caso, por lo que puede ejecutar actos de enajenación o gravamen respecto de los bienes hereditarios o incluso disponer de sus derechos hereditarios en general. La suerte de estos actos quedará entregada a la buena o mala fe de los terceros. Aquéllos quedarán a firmes a pesar de la declaración de indignidad si los terceros desconocían que contrataron con un indigno. Por el contrario, si los terceros se encuentran de mala fe, se verán afectados por la indignidad del asignatario.

g) Las indignidades para suceder son siempre relativas. Dicen relación con la falta de mérito de una persona para suceder a otra en particular. En este sentido, no existe una indignidad absoluta o total que implique una falta de aptitud para suceder a todas las personas. Esto, como se comprende, también es distinto en las incapacidades para suceder, las que pueden ser o bien absolutas o totales, o relativas o particulares.

h) La indignidad se transmite a los herederos con las mismas características y limitaciones. Dispone el artículo 977 que "a los herederos se transmite la herencia o legado de que su autor se hizo indigno, pero con el mismo vicio de indignidad de su autor, por todo el tiempo que falte para completar los cinco años".

En todo caso debe tenerse muy presente que si la sucesión es intestada, puede tener lugar el derecho de representación, es decir, el indigno de suceder puede ser representado por sus descendientes, los que no resultan afectados por la indignidad del representado. En este caso, la indignidad no se transmite a los representantes del indigno, por cuanto la representación no es un caso de sucesión indirecta a través del representado, sino que el representante sucede directamente al causante en virtud del llamado que la ley le hace. Tanto así que el artículo 987.2 explica claramente que se puede representar al indigno de suceder. Entonces, en este caso, es inaplicable lo previsto en el artículo 977, y la indignidad no se transmite a quien represente al indigno.

### Sección 3

#### Reglas comunes a las incapacidades e indignidades para suceder

46. EXCEPCIÓN DE INDIGNIDAD O INCAPACIDAD. De acuerdo al artículo 978, los deudores testamentarios y hereditarios no pueden oponer la excepción de indignidad o incapacidad al demandante.

El alcance de esta norma es muy discutido. Para la mayor parte de la doctrina, quiere decir que los deudores del difunto, y ahora de sus herederos, frente a la demanda de cobro del heredero no pueden oponerle como excepción el que él sea incapaz o indigno, que es precisamente lo que sugiere el tenor de la norma<sup>75</sup>. Sin embargo, otros entienden que el deudor hereditario es el propio heredero, puesto que de acuerdo al artículo 1354 las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas, y de acuerdo al artículo 1360 son cargas testamentarias las que arrancan del testamento, como el pago de los legados, que serían de cargo de los herederos. Luego, es posible sostener que demandado el heredero por los acreedores de la herencia para el pago de la deuda o del legado, el propio heredero no podría excepcionarse del pago invocando como excepción su propia incapacidad. En otras palabras, se trataría de una norma en defensa de los terceros acreedores del causante.<sup>76</sup>

47. MANTENCIÓN DEL DERECHO DE ALIMENTOS. De conformidad a lo señalado en el artículo 979, la incapacidad o indignidad no priva al heredero o legatario excluido de los alimentos que la ley le señale, pero en los casos del artículo 968 no tendrán ningún derecho a alimentos.

En los hechos, el indigno de suceder por las causales del 968 queda privado del derecho que pudiera tener en contra del causante a los alimentos, porque de conformidad al artículo 324 cesa el derecho de alimentos en caso de injuria atroz, y según lo previsto en el inciso segundo de la norma "sólo constituyen injuria atroz las conductas descritas en el artículo 968".

Por el contrario, si la causal de indignidad para suceder es alguna otra que no esté prevista en el artículo 968, no existirá injuria atroz, y el indigno para suceder conserva su derecho a los alimentos que se le deban por ley (artículo 1167 N° 1).

<sup>75</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 13, N° 143, pp. 128 y 129; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 270 a 272 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 60.

<sup>76</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 120. En el mismo sentido, CLARO LAGARRIGUE, L., *De los legados en general*, Santiago, 1939, pp. 42 y 43. De acuerdo a esta interpretación, habría que concluir que, en los hechos, el heredero solamente lo será de las deudas hereditarias, puesto que no sucederá al causante en los bienes por ser incapaz o indigno de hacerlo, pero, por el contrario, sí responderá a terceros por las deudas del causante, lo que no parece del todo convincente.

## CAPÍTULO 7 LA TEORÍA DE LOS ACERVOS

48. CONCEPTO Y TIPOS. De manera general se puede decir que el acervo es la masa hereditaria que deja el causante a su fallecimiento. Se denomina teoría de los acervos al conjunto de reglas dentro del Código Civil y de la Ley de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones (N° 16.271 de 1965) que determinan esta masa hereditaria.

La doctrina tradicional sostiene que dentro de la sucesión por causa de muerte pueden distinguirse cinco tipos de acervos. Sin embargo, más que tratarse de cinco tipos distintos de acervos, se trata del mismo patrimonio del causante que puede encontrarse en una de estas cinco situaciones, pero que en todo caso no llegan a generarse conjuntos de bienes y derechos separados como si de patrimonios de afectación se tratase. Estos tipos de acervos son los siguientes:

- a) El acervo bruto o común.
- b) El acervo líquido.
- c) El acervo líquido o partible.
- d) El primer acervo imaginario o colación.
- e) El segundo acervo imaginario.

49. EL ACERVO BRUTO O COMÚN. En el acervo bruto o común están comprendidos la totalidad de los bienes del causante, pero también los bienes que puedan pertenecer a otras personas o a éstas conjuntamente con el fallecido por cualquier motivo. En este caso, el primer paso que debe darse para aplicar las reglas de la sucesión por causa de muerte y liquidar la herencia, es el de la separación de patrimonios, sea mediante la exclusión de los bienes que pertenecen a otras personas, sea mediante la partición en el caso de comunidades. Dice el artículo 1341 que si el patrimonio del difunto estuviere confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, contratos de sociedad, sucesiones anteriores indivisas, u otro motivo cualquiera, se procederá, en primer lugar, a la separación de patrimonios, dividiendo las especies comu-



nes según las reglas generales. Hecha estas operaciones, el patrimonio a que se da lugar es el denominado acervo ilíquido.

En cualquier caso, si bien es cierto que el artículo 1341 impone el proceso de separación de patrimonios para pasar del acervo común al ilíquido, no debe creerse que para este efecto siempre será necesario la liquidación de todas las comunidades o sociedades de las que pueda haber formado parte el causante.

Desde luego, si existía sociedad conyugal, ella debe ser liquidada con el objeto de establecer cuáles son los bienes que en definitiva deja el causante por causa de muerte a sus herederos. De la misma forma resulta obvio que si hay bienes que pertenecen a terceros, ellos deban ser separados de la masa de bienes, porque en verdad no forman parte de ella al no pertenecer al causante. Pero si el de cujus formaba parte de una comunidad o de una sociedad, su muerte no implica, necesariamente, que ellas deban liquidarse. La cuota o parte del causante en la comunidad o en la sociedad puede formar parte de la masa hereditaria sin liquidación, pasando sus herederos a ser los comuneros o los socios de acuerdo a las reglas generales.

50. EL ACERVO ILÍQUIDO. El acervo ilíquido es el conjunto de bienes que pertenecían al causante una vez practicada la separación de patrimonios, pero sin que se le hayan efectuado las bajas generales de la herencia indicadas en el artículo 959 complementado por el artículo 4º de la Ley Nº 16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. En otros términos, es lo que queda después de separar los bienes del causante de los bienes de terceros, generalmente después de la liquidación de la sociedad conyugal. Las bajas generales son aquellas deducciones que legalmente deben efectuarse para llevar a efecto las disposiciones del testamento o de la ley.

Dispone el artículo 959 del Código Civil que en toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios, las partidas allí señaladas.

Son bajas generales de la herencia:

1) Las costas de publicación del testamento si lo hubiere<sup>77</sup>, las demás anexas a la apertura de la sucesión, de posesión efectiva y las de partición<sup>78</sup>, incluso los

<sup>77</sup> Como se explicará más adelante, la publicación del testamento es un trámite judicial a que dan lugar los testamentos abiertos otorgados ante cinco testigos. En estos casos será necesario que una vez muerto el causante, el juez competente cite a su presencia a los testigos del testamento, a fin de que reconozcan sus firmas y las del testador (artículos 1020 del Código Civil y 867 CPC).

<sup>78</sup> Sea la partición judicial o extrajudicial (RDJ, T. 50, I, p. 410).

honorarios de albaceas y partidores en lo que no excedan los aranceles vigentes (artículo 959 Nº 1 y 4 Nº 2 de la Ley Nº 16.271)<sup>79</sup>. Aun cuando no se diga expresamente, quedan incluidas, por ser anexas a la apertura de la sucesión, las costas derivadas de la apertura del testamento cerrado si lo hay (artículo 1025), de las publicaciones a que haya lugar (artículo 1285), los gastos de escrituración del testamento verbal (artículos 1037 y siguientes) o las costas de la guarda y aposición de sellos (artículo 1224).

2) Las deudas hereditarias (artículos 959 Nº 2 CC y 4 Nº 3 de la Ley Nº 16.271). Son aquellas que en vida tenía el causante. Dice el aforismo que no hay herencia, sino hasta que se paguen las deudas del causante. No son las deudas testamentarias, es decir, las que impone el causante en el testamento; éstas se pagarán con cargo a la parte que el testador ha podido disponer libremente. Sólo se descuentan las deudas transmisibles y no las que se extinguen por la muerte del causante al ser personalísimas. Tampoco se descuentan las deudas que reconozca el causante en el testamento sin que haya un principio de prueba por escrito, pues en tal caso se trata de legados que se pagan con la parte de libre disposición, y, por lo mismo, son deudas testamentarias y no hereditarias (artículo 1133).

Debe señalarse que el número 3 del artículo 4º de la Ley Nº 16.271 indica que podrán deducirse de acuerdo a este número las deudas provenientes de la última enfermedad del causante, pagadas antes de la fecha de la delación de la herencia, que los herederos acrediten haber cancelado con su propio peculio o con dinero facilitado por terceras personas. Asimismo, indica que no podrán deducirse las deudas contraídas en la adquisición de bienes exentos de impuestos establecidos en esta ley, o en la conservación o ampliación de dichos bienes.

3) Los impuestos fiscales que graven toda la masa hereditaria (artículo 959 Nº 3). En la actualidad esta baja general se encuentra sin aplicación en los hechos. Hoy no existen tales impuestos. La Ley Nº 16.271 teóricamente sólo grava las asignaciones que correspondan a cada heredero o legatario, pero no grava el conjunto de la masa hereditaria. Dispone su artículo 2º que el "impuesto se aplicará sobre el valor líquido de cada asignación". Por la misma razón el artículo 4 de la ley no menciona entre las bajas generales de la herencia los impuestos que graven la totalidad de la masa hereditaria.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Desde el D.L. Nº 3.621, de 3 de febrero de 1981, no existen aranceles.

<sup>80</sup> El impuesto sobre la totalidad de la masa hereditaria existió bajo el imperio del Decreto Ley Nº 364, de 3 de agosto de 1932, que establecía una doble tributación. Por una parte, se gravaba la masa hereditaria en general y, por otro lado, cada asignación en particular. Dicho texto legal fue derogado expresamente por el artículo 75 de la Ley Nº 16.271. En la actualidad, en cambio, el impuesto a las asignaciones por causa

4) Las asignaciones alimenticias forzosas (artículos 959 N° 4 y 4° N° 4 de la Ley N° 16.271). Son aquellas que por ley debía el causante en vida. Se relacionan con la asignación forzosa contemplada en los artículos 1167 N° 1 y 1168 y siguientes. No son bajas generales los alimentos voluntarios.

Es discutible que en rigor esta sea baja general a la herencia. Se trata de una asignación forzosa, y, por lo mismo, siendo una asignación de este tipo no puede entenderse como baja general de la herencia. Las asignaciones por causa de muerte se calculan y pagan sobre el acervo líquido; esto es, una vez efectuadas las bajas generales de la herencia. Por eso algunos autores derechamente no la consideren como baja general<sup>81</sup>. Sin embargo, tradicionalmente se ha entendido que lo que el precepto quiere decir, es que esta asignación por su carácter alimenticio, goza de preferencia para su pago.

5) Los gastos de entierro y de última enfermedad del causante adeudados a la fecha de la delación de la herencia. Los señala como baja general el N° 1 del artículo 4° de la Ley N° 16.271, pero no el artículo 959. La alusión a las deudas por concepto de la última enfermedad no se justifica, dado que son deudas hereditarias y están incluidas en el artículo 959 N° 2. En cambio, sí es justificada la mención de los gastos funerarios, puesto que ellos se producen una vez muerto el causante, y, por lo mismo, no son deudas hereditarias.

51. ACERVO LÍQUIDO O PARTIBLE. Efectuadas todas las deducciones anteriores, se llega al acervo líquido o partible, así lo indica expresamente el inciso final del artículo 959: "El resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley". Por ello puede definirse este acervo como el acervo líquido menos las deducciones ordenadas por el artículo 959 y el artículo 4° de la Ley N° 16.271.

52. PRIMER ACERVO IMAGINARIO O COLACIÓN. Los acervos imaginarios, a diferencia de los anteriores, pueden o no existir. Su objetivo es proteger la igualdad entre los asignatarios forzosos, así como la integridad de la mitad legítima y de la cuarta de mejoras de las eventuales donaciones que el causante pueda haber hecho en vida. En el caso del primer acervo imaginario, dispone el artículo 1185

Continuación nota <sup>80</sup>

de muerte es una deuda de dinero de carácter divisible que debe soportarla cada uno de los herederos o legatarios por separado y no la masa hereditaria. De suerte que la acción de cobro que pueda intentar el Servicio de Impuestos Internos debe ser dirigida en contra de todos y cada uno de ellos, y no respecto de uno solo por el total del impuesto, aunque solamente aquél tenga la calidad de heredero, siendo los otros legatarios (Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de marzo de 2010, Rol N° 4565/2009).

<sup>81</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1024.

que para computar las cuartas a las que se refiere el artículo 1184, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables o irrevocables, hechas en razón de legítimas o mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega.

Sirva un ejemplo para ilustrar el objeto del precepto. Una persona tiene dos hijos, Pedro y Martín. Ambos son sus legitimarios. Decide donar \$ 100.000 a Pedro. Luego fallece dejando una herencia de \$ 300.000. A cada hijo le corresponden \$ 150.000. Pero ocurre que Pedro había recibido antes \$ 100.000, lo que implica que a la larga habrá recibido del causante la suma de \$ 250.000, en tanto que Martín solamente recibió \$ 150.000. Para evitar esto, imaginariamente se acumula a la masa hereditaria el valor de la donación, es decir, \$ 100.000 más \$ 300.000, lo que da un total de \$ 400.000. Eso se divide por mitades, que es lo que corresponde a cada heredero. Es decir, \$ 200.000 para cada uno. En la masa hereditaria solamente hay \$ 300.000, luego se le dan \$ 200.000 a Martín y \$ 100.000 a Pedro, lo que sumado a los \$ 100.000 que recibió como donación, da un total de \$ 200.000, quedando igualados en lo recibido.

53. SEGUNDO ACERVO IMAGINARIO. Este acervo tiene por objeto defender a los legitimarios de las donaciones que el causante pueda haber efectuado en favor de terceros, y que a la larga podrían perjudicar lo que legalmente les corresponde dentro de la herencia. Como es obvio, el causante, para evadir la obligación que la ley le impone de asignar una parte de su haber hereditario a sus legitimarios, podría donar sus bienes a terceros, privando a sus herederos de lo que les cabe dentro de la masa hereditaria. Se diferencia del primer acervo imaginario en que aquél protege la igualdad entre los propios herederos; en cambio en el segundo acervo imaginario el propósito es defender a los legitimarios frente a terceros.

Dice el artículo 1186 que si el que tenía a la sazón legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a la cuarta parte de la suma formada por este valor y el del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras. Agrega el artículo 1187 que si fuere tal el exceso que no sólo absorba la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigurosas, o la cuarta de mejoras, tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes. La insolventia de un donatario no gravará a los otros.

Se volverá sobre estos dos últimos acervos oportunamente.

## CAPÍTULO 8 EL FENÓMENO SUCESORIO

54. ETAPAS. El fenómeno sucesorio se compone de cuatro etapas: la apertura de la sucesión, la vocación hereditaria, la delación de la herencia y la adquisición de la herencia<sup>82</sup>. De cada una de estas etapas se hablará en seguida.

### *Sección 1 La apertura de la sucesión*

55. CONCEPTO. Se define la apertura de la sucesión como el hecho jurídico que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes de la herencia y se los transmite en propiedad<sup>83</sup>. También se la entiende como el suceso que determina el momento en que se inicia la transmisión del patrimonio del causante a los asignatarios por causa de muerte<sup>84</sup>. Incluso, se la concibe como un hecho jurídico, consecuencia de la muerte de una persona, en cuya virtud los bienes del difunto pasan a sus sucesores.<sup>85</sup>

El artículo 955 señala que, "la sucesión de los bienes de una persona se abre al momento de su muerte". Esto permite afirmar que la apertura de la sucesión es el resultado de la muerte del sujeto y que determina el instante en que se inicia la transmisión de su patrimonio, y que habilita a los herederos para tomar posesión de la herencia.

<sup>82</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones...*, Vol. II/2, cit., p. 218.

<sup>83</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 32.

<sup>84</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 164.

<sup>85</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 18. Señala MERCADÉ que la apertura de la sucesión es la fijación del derecho de las personas que son llamadas a la sucesión del difunto; es la transformación de su expectativa en un verdadero derecho, y la de la calidad de sucesores presuntivos en la de sucesores reales (cfr. *Explication...*, T. III, cit., p. 13).

56. MOMENTO DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN. Según el artículo 955 antes señalado, la apertura de la sucesión se produce en el momento de la muerte del causante. En el caso de la muerte presunta, la apertura de la sucesión tiene lugar al dictarse el decreto de posesión provisoria de los bienes del ausente (artículo 84), y en el caso de que aquél no exista, la apertura de la sucesión se produce al momento de pronunciarse el decreto de posesión definitiva (artículo 90).

57. IMPORTANCIA DE LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO DE LA APERTURA. La determinación del momento en que se produce la apertura de la sucesión es relevante para resolver varias cuestiones que se plantean en torno a ella.

a) Los asignatarios deben ser, por regla general, capaces y dignos al momento en que se produce la apertura de la sucesión, por lo menos así se colige del artículo 962, según el cual para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión.

b) La validez de las disposiciones testamentarias se rige por la ley vigente al momento de la apertura de la sucesión, por lo que prevalecen sobre las leyes anteriores a la muerte del testador las que regulan la incapacidad o indignidad de los asignatarios, las legítimas, mejoras y desheredaciones. A la inversa, si el testamento contiene disposiciones que según la ley bajo la cual se otorgó no podrían llevarse a efecto, podrá procederse a su cumplimiento, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de morir el testador. No así las solemnidades externas de los testamentos que se rigen por la ley coetánea a su otorgamiento (artículos 18 y 19 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes).

c) A partir de la apertura de la sucesión, por regla general, se podrá aceptar o repudiar la asignación por causa de muerte (artículos 956 y 1226).<sup>86</sup>

d) Los efectos de la aceptación o repudiación de las asignaciones se retrotraen a la fecha en que se produce la apertura de la sucesión (artículo 1239).

e) Puede, desde ese momento, otorgarse pactos sobre la sucesión del difunto sin que ellos adolezcan de objeto ilícito (artículos 1909 y 1910).

f) A partir de la apertura de la sucesión comienza la etapa de indivisión hereditaria.

58. SITUACIÓN DE LOS COMURIENTES. Son comurientes las personas que fallecen en un mismo acontecimiento, como un naufragio, incendio, terremoto, cho-

<sup>86</sup> En todo caso debe tenerse presente que si la asignación es de carácter condicional, no puede ser aceptada, sino hasta que se cumpla la condición (artículos 956.2 y 1226.1)

que u otro semejante, sin que pueda determinarse cuál de ellas lo hizo primero, debiendo una de ellas suceder a la otra.

En el Derecho comparado, especialmente en Francia, para resolver esta cuestión a veces se recurre a ciertas presunciones con poca base científica. Se dice, por ejemplo, que si se trata de personas de diferente sexo, se entiende que la mujer falleció primero. Si se trata en cambio de personas de diferente edad, se cree que falleció primero la mayor y luego la de menor edad.<sup>87</sup>

Nuestro Código adoptó una solución muy fácil en el artículo 79 en relación con el artículo 958, diciendo que si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos los casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras. De modo que si marido y mujer fallecen en un mismo accidente, a pesar de que la ley llama al cónyuge en la sucesión del difunto, se entiende que ambos fallecieron en el mismo instante y ninguno de ellos sucede al otro. En todo caso, se trata de una presunción legal y puede acreditarse que ellos no murieron en el mismo momento, sino que con intervalos de tiempo.

59. LUGAR EN QUE SE PRODUCE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN. Según el artículo 955, la sucesión se abre en el último domicilio del causante. Naturalmente se entiende el último domicilio civil; esto es, el último relativo a una parte determinada de un Estado, que queda fijado por el lugar en que el fallecido tenía su asiento, o donde habitualmente ejercía su profesión u oficio (artículos 61 y 62). En el caso del ausente la sucesión se abre en el último domicilio que haya tenido en Chile y no en el último domicilio que probablemente pudo tener (artículo 81 N° 1).

<sup>87</sup> De acuerdo al artículo 720 del Código Civil francés "si varias personas respectivamente llamadas a sucederse entre sí pereciesen en un mismo suceso sin que se pueda saber cuál ha muerto la primera, la presunción de supervivencia se determinará por las circunstancias del hecho y en su defecto en razón de la edad o del sexo". Agrega el artículo 721 que "si quienes perecieron juntos eran menores de quince años se presumirá que ha sobrevivido el de mayor edad". "Si fueran todos mayores de sesenta años se presumirá que ha sobrevivido el de menor edad". "Si unos tuvieren menos de quince años y otros más de sesenta, se presumirá que han sobrevivido los primeros". Finalmente, según lo señalado en el artículo 722 "si quienes perecieron juntos tuvieren quince años cumplidos y menos de sesenta, se presumirá siempre que ha sobrevivido el varón cuando exista igualdad de edad o si la diferencia que existe no es superior a un año". "Si fueren del mismo sexo debe admitirse la presunción de supervivencia que da apertura a la sucesión en el orden de la naturaleza: así se supone que el más joven ha sobrevivido al de mayor edad".

60. IMPORTANCIA DEL LUGAR EN QUE SE ABRE LA SUCESIÓN. La determinación del lugar en que se produce la apertura de la sucesión tiene bastante relevancia, tanto por aspectos de fondo como por cuestiones procesales.

En cuanto al fondo, como se verá en seguida, resulta determinante conocer el lugar en que se produce la apertura de la sucesión, por cuanto según el artículo 955.2. "la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvas las excepciones legales".

En cuanto a los aspectos procesales, la precisión del lugar en que se produce la apertura de la sucesión, sirve para determinar el tribunal que conocerá de las cuestiones a que dé lugar la sucesión, quedando incluidas en ellas todas las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de bienes del causante, así como la apertura y publicación del testamento e incluso la acción de petición de herencia, los juicios de desheredamientos y los de validez o nulidad de disposiciones testamentarias (artículos 1009 del Código Civil y 148.2 del Código Orgánico de Tribunales).<sup>88</sup>

El fundamento de esta solución se encuentra en que es preferible que en un solo lugar se regulen las distintas cuestiones a que puede suscitar la sucesión por causa de muerte de una persona y de esta manera evitar que la situación de los bienes en diversos lugares, o los eventuales cambios de domicilio del causante, compliquen excesivamente la determinación del tribunal competente.<sup>89</sup>

Esta competencia no alcanza a las sucesiones que se abran en el extranjero si ellas comprenden bienes situados en Chile, pues, en tal caso, la posesión efectiva de la herencia deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el lugar del domicilio del que la pida si aquél no lo hubiere tenido (artículos 149 del Código Orgánico de Tribunales y 27 de la Ley N° 16.271). No será posible solicitar la posesión efectiva de estos bienes en forma administrativa ante el Servicio de Registro Civil, dado que de conformidad a lo previsto en el artículo 1° la Ley N° 19.903, sus disposiciones solamente alcanzan a las sucesiones intestadas que se hayan abierto en Chile.

Si la sucesión es intestada y se abre en Chile, de conformidad al inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 19.903, la posesión efectiva de los bienes del difunto puede solicitarse administrativamente ante cualesquiera de las oficinas del Servi-

<sup>88</sup> Sin embargo, esta amplia competencia no es para los casos en que terceros que tenían créditos en contra del causante hagan valer sus derechos en contra de la sucesión, pues en tal caso rigen las normas generales sobre competencia de los tribunales (cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 171).

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 179.

cio de Registro Civil, y de presentarse solicitudes ante oficinas dependientes de diversos Directores Regionales, se acumularán todas a la más antigua y se devolverán los aranceles a quienes hubieren presentado las posteriores. De conformidad a lo antes dicho, acontece que el lugar en que se produce el deceso del causante no determina la competencia de la oficina del Servicio de Registro Civil, pues, la solicitud puede hacerse en cualquiera de las oficinas de este Servicio.

La determinación del lugar en que se abre la sucesión también tiene relevancia para los efectos de la inscripción de la resolución que confiere posesión efectiva de los bienes del difunto. Si la sucesión se abrió en el extranjero y existen bienes en Chile o la sucesión era testada, será necesario solicitar judicialmente la posesión efectiva de los bienes del difunto. En este caso, de conformidad al artículo 883, la inscripción de la resolución judicial que confiere la posesión efectiva se hará en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces del territorio jurisdiccional en que haya sido pronunciada la resolución de posesión efectiva (artículo 883 del Código de Procedimiento Civil). También deberá inscribirse en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas. En el evento de que la sucesión se haya abierto en Chile y sea intestada, la resolución administrativa que conceda la posesión efectiva solamente se inscribirá en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas, dependiente del Registro Civil (artículos 8° y 13 de la Ley N° 19.903).

61. LEY QUE REGLA LA SUCESIÓN. SISTEMAS DE LA UNIDAD Y DE LA PLURALIDAD SUCESORIA. En lo que se refiere a la legislación por la que se rige la sucesión de un difunto, existen dos sistemas distintos: uno denominado sistema de la unidad sucesoria, y otro, llamado sistema de la pluralidad sucesoria.

De acuerdo al sistema de unidad sucesoria, la sucesión del causante se rige por una sola ley, la que se determina según el domicilio o la nacionalidad del causante. Ello no determina necesariamente que la sucesión quede sometida a la jurisdicción de un único juez, sino que la ley aplicable a la sucesión será una sola.

En cambio, el sistema de pluralidad sucesoria implica que la sucesión quedará regida por la ley de cada lugar en el que están situados los bienes del causante y que componen la herencia, lo que implica que pueden haber tantas leyes aplicables en la especie como países con bienes del causante. Al igual que en el caso anterior, en teoría, esto no determina necesariamente que existan varios jueces con jurisdicción para conocer de los asuntos a que da lugar la sucesión, puesto que podría ser solamente uno quien deberá aplicar diferentes leyes.<sup>90</sup>

<sup>90</sup> Cfr. CÓRDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., pp. 51 y 52.

62. EL SISTEMA CHILENO ES DE APARENTE UNIDAD SUCESORIA. La regla general, contenida en el artículo 955.2, es que la sucesión del causante se rige por la ley de su último domicilio, de modo que si su último domicilio fue en Chile, la sucesión se rige por la ley chilena; en tanto, que si lo fue en el extranjero, la sucesión se rige por la ley del lugar en el que haya tenido este último domicilio. Se trata, en consecuencia, en principio, de un sistema de unidad sucesoria, ya que la ley aplicable es una sola, y queda determinada por el lugar en que el causante tuvo su último domicilio.

Habitualmente se ha dicho que lo anterior es una fuerte excepción a la regla general contenida en el artículo 16, según la cual los bienes situados en Chile se rigen por la ley chilena, aun cuando sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile. En este caso, a pesar de que se trata de bienes situados en Chile, ellos se regirán por la ley del último domicilio del causante, aun cuando éste haya sido en otro país.

Sin embargo, el principio del artículo 955 tiene excepciones que, siendo propias del Derecho Internacional Privado, aminoran drásticamente la excepcionalidad al referido artículo 16, e imponen casi una nueva regla prácticamente inversa.

63. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 955.2. Existe una buena partida de excepciones a la regla según la cual la sucesión de una persona se rige por la ley del lugar de su último domicilio; excepciones que no sólo son importantes por su número, sino por las situaciones que en ella se contemplan y que son los casos en que normalmente habrá conflictos de legislación aplicable. En efecto, cuando una persona muere en Chile y sólo tiene parientes chilenos y bienes situados en este país, la norma del artículo 955 es irrelevante. Lo propio acontece si una persona que no es chilena muere en el extranjero y deja únicamente parientes que no son chilenos y bienes que no están en Chile. Tampoco es relevante la norma cuando un chileno, domiciliado en el extranjero, muere dejando sólo bienes y parientes extranjeros. La norma del artículo 955.2 adquiere verdadera importancia cuando se combina el lugar del deceso con la nacionalidad del difunto y la de sus parientes y con el lugar en que se dejan los bienes. Es para estos casos en los que existen disposiciones especiales que excepcionan el artículo 955.2.

64. CASO DEL CHILENO QUE FALLECE EN EL EXTRANJERO. Según el artículo 15 N° 2, a las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero, en lo relativo a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de su cónyuge y parientes chilenos.

Luego, en lo que respecta al cónyuge y parientes chilenos, y aun cuando el causante haya fallecido en el extranjero, se aplicará la ley nacional. Como se comprende, es una excepción evidente a la regla general del artículo 955.2, por cuanto no se aplicaría en la especie la ley del último domicilio sino que la ley chilena coincide o no con la del último domicilio del causante.

En todo caso, y en la práctica, la aplicación de esta norma está sujeta a que en Chile haya bienes pertenecientes al causante, pues, de lo contrario, es muy posible que ella resulte inaplicable. En efecto, se trata de la pretensión de que la ley chilena pueda regir en el extranjero, donde eventualmente la ley no coincida con la chilena y no confiera a los parientes y al cónyuge chilenos los derechos que les otorga la ley del último domicilio. En este caso, la única opción real que tienen los parientes chilenos es reclamar sus derechos en la sucesión respecto de los bienes situados en Chile.<sup>91</sup>

65. CASO DEL EXTRANJERO QUE FALLECE DEJANDO HEREDEROS CHILENOS. Si un extranjero fallece teniendo su último domicilio en el extranjero y dejando herederos chilenos, la solución está contenida en el artículo 998, que indica que en la sucesión abintestato de un extranjero que fallezca dentro o fuera de la República, tendrán los chilenos, a título de herencia o de alimentos, los mismos derechos que según las leyes chilenas les corresponderían sobre la sucesión intestada de un chileno. Los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero. Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero.<sup>92</sup>

En consecuencia, a pesar de que la ley aplicable en este caso es la ley extranjera, en la medida que el último domicilio no es en Chile, en lo que respecta a los

<sup>91</sup> En este sentido MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 27.

<sup>92</sup> Podría pensarse que como el artículo 998 se refiere al extranjero que fallezca "dentro o fuera del territorio de la República", haría una excepción a la regla del artículo 955 en cuanto no es el último domicilio del causante el que determina la legislación aplicable, sino que el lugar de fallecimiento del extranjero. De modo que si el extranjero fallece fuera de Chile, se aplicaría la ley extranjera, aun cuando haya tenido domicilio en Chile. Al revés, si el extranjero fallece en Chile, se aplicaría nuestra ley, a pesar de haber tenido domicilio fuera de Chile. Sin embargo, estamos de acuerdo con SOMARRIVA cuando afirma que "esta doctrina es profundamente errónea; el art. 998 hace excepción al art. 955 en el sentido de que aplicándose la ley extranjera a una sucesión abierta fuera del país, una parte de ella, la relativa a ciertos herederos chilenos, se rige por nuestro derecho. Dicho de otra manera, no se aplica íntegramente la ley extranjera, como lo ordena el art. 995, sino que parcialmente. En lo demás, el precepto debe ser entendido en armonía con los principios generales: si el extranjero fallece en el extranjero teniendo su último domicilio en Chile, rige la ley chilena, y viceversa" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 163). Cfr. también DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 101 y 102.

herederos chilenos se aplica la ley chilena, y tienen estos herederos derecho para que en los bienes situados en Chile se les pague lo que por ley les corresponde. Naturalmente para que esto sea procedente es necesario que el causante haya tenido bienes en Chile, pues si no los hay, los chilenos tendrán que conformarse con la aplicación de la ley extranjera, no pudiendo pretender que se aplique la ley chilena en el extranjero respecto de bienes que no están en Chile. Si la ley extranjera les reconoce derechos sucesorios no habrá problemas, pero si no es así o son menores a los que les confiere la ley chilena la regla del artículo 998 no tendrá aplicación práctica.

66. CASO DE LA MUERTE PRESUNTA. Según lo ya dicho, la muerte presunta la declara el juez del lugar en que tuvo el ausente su último domicilio en Chile, a pesar de que conste que el ausente tuvo domicilio fuera del país (artículo 81). En este caso, la sucesión se abre en Chile y se rige por la ley chilena, con las mismas limitaciones antes señaladas.<sup>93</sup>

67. CASO EN QUE UNA PERSONA FALLECE DEJANDO BIENES EN CHILE, Y SU SUCESIÓN SE ABRE EN EL EXTRANJERO. Como se dijo a propósito del juez competente para conocer de los asuntos a que da lugar la apertura de la sucesión, según el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 27 de la Ley N° 16.271, si la sucesión de una persona se abre en el extranjero pero deja bienes en Chile, la posesión efectiva de esos bienes debe solicitarse en Chile, ante el juez del último domicilio del causante en Chile, o ante el juez del domicilio del interesado si el causante no lo tuvo en Chile.

## Sección 2 La delación de las asignaciones

68. CONCEPTO. La delación está definida en el artículo 956, diciendo que es el actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar una asignación. Se trata de una

<sup>93</sup> Cfr. BARROS ERRÁZURIZ, A., *Curso de Derecho Civil*, Santiago, 1921, p. 419; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 27; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, cit., Vol. 1, p. 38 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, p. 36. Con todo, anotan DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que "esta opinión parte de una pura hipótesis: que el desaparecido haya podido fallecer en el extranjero. Además, la sucesión se abre en Chile, es decir, en el último domicilio, por lo cual no se observa ninguna excepción alguna. Ello existiría si la sucesión se hubiere abierto en el extranjero, cosa que no sucede en el caso. Por ello no consideramos esta situación, por lo demás muy excepcional, como alteración a los principios generales" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 103).

suerte de oferta a un asignatario en particular para que acepte o repudie, pero la sola delación no atribuye el carácter de heredero o legatario.<sup>94</sup> De ahí que se diga que la delación es el ofrecimiento legal de la herencia o del legado.<sup>95</sup>

69. DELACIÓN Y VOCACIÓN SUCESORIAS. La delación de las asignaciones debe ser diferenciada de la vocación sucesoria. El término vocación proviene del latín *vocatio*, que significa llamar. Esta última es un estado o paso previo al de la delación de las asignaciones. La vocación sucesoria es entendida como el llamamiento de todos los que, por una razón u otra, pueden asumir la sucesión del causante.

En la vocación sucesoria no existe un llamamiento actual ni preciso a aceptar o repudiar, sino que solamente es una especie de convocatoria de todos los interesados a la sucesión del causante. En este sentido es el llamamiento de todos los posibles herederos al momento de la muerte *de cuius*<sup>96</sup>. Por eso tienen vocación hereditaria todos los herederos, sean ellos testados e intentados.

De modo que si el causante instituyó en su testamento como heredero a Pedro y en subsidio a Juan, ambos tendrían vocación sucesoria en la medida que los dos son convocados a la sucesión, existiendo la posibilidad que Juan herede si no lo hace Pedro. Pero acontece que también tendrían vocación sucesoria, en este mismo caso, los herederos abintestato del causante, puesto que los testamentarios podrían repudiar la asignación, caso en el que sucederían aquéllos. Dentro de los herederos abintestato, todos los llamados en los distintos órdenes de sucesión tendrían vocación sucesoria, pues unos podrían suceder al causante a falta de los

<sup>94</sup> Señaló la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de 27 de junio de 2007, que "la delación de la herencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 956 inciso primero del Código Civil, consiste en el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla, esto es, el ofrecimiento a los asignatarios respectivos, quienes pueden aceptarla o repudiarla. Distinto es el acto de la aceptación de una herencia, que puede ser expresa o tácita, como lo estatuye el 1241 del citado código. Entonces, la aceptación de la herencia no se produce ipso facto, sino que es necesaria una manifestación de voluntad de los herederos en el sentido de aceptarla, lo que debe probarse" (Rol N° 937/2007).

<sup>95</sup> Explica MESSINEO que "se dice que es deferida la herencia, cuando es efectivamente atribuida, esto es, sea puesta a disposición de alguien la cualidad de heredero, de manera que sea él puesto en situación de subintrar (sustituirse -si quiere- en el puesto del difunto, en los derechos y en las obligaciones (recuérdese que la sucesión es también un título de adquisición). Delación significa originariamente oferta" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 38).

<sup>96</sup> "Los vocados o llamados eventualmente a suceder gozan de una simple expectativa, que sólo se concretará en un verdadero derecho subjetivo a favor de aquél sujeto a quien, siguiendo las indicaciones de la designación, se le ofrezca efectiva y actualmente la herencia para que la acepte, pero esto es un paso más en el proceso sucesorio que se denomina delación" (GALVÁN GALLEGOS, A., *La herencia: Contenido y adquisición. La aceptación y repudiación de la herencia*, Madrid, 2000, p. 62).

otros, incluso el Fisco. De entre todas estas personas con vocación, saldrán a fin de cuentas aquellos que reciban las asignaciones por causa de muerte.<sup>97</sup>

En este sentido, hasta antes de la delación, los eventuales herederos tendrían la vocación sucesoria, es decir, la posibilidad de que lleguen a ser tales, estando la delación precedida de la vocación hereditaria. Así las cosas, la vocación es un llamamiento de carácter eventual de todas las personas que posiblemente puedan suceder al causante, sin exclusión de ninguna, lo que la diferencia de la delación, que implica un llamamiento actual y efectivo a los herederos o legatarios para aceptar o repudiar la asignación. La delación supone la vocación, pero sería posible vocación sin delación, por ejemplo, en el caso de los herederos designados sustitutos del instituido como heredero en primer lugar; ellos tienen vocación sucesoria, pero no tendrán delación si los primeros herederos aceptan la asignación.<sup>98</sup>

En cuanto a la trascendencia de la separación entre vocación sucesoria y delación, explica LASARTE que “básicamente, viene determinada por el hecho de que en la mecánica sucesoria la vocación no coincida en todos los casos con la delación propiamente dicha. Valgan algunos ejemplos para explicarlo: si, como resulta posible (y regulado en el propio Código), es llamado a la herencia un *nasciturus*, obviamente hay vocación desde el momento de la apertura de la sucesión, pero la delación no se produce hasta el momento en que, siendo ya persona (...), quienes hayan de representarlo puedan manifestarse acerca de la aceptación de la herencia. Dígase lo mismo cuando el propio testador instituye una fundación en testamento o cuando la institución a favor de un heredero cualquiera queda sometida a condición suspensiva (cuyo acaecimiento habrá naturalmente que esperar)”.<sup>99</sup>

La delación de la herencia también debe ser distinguida de la apertura de la sucesión. Se trata de sucesos encadenados pero distintos. Como anota PUIG BRUTAU “resulta claro que para cada causante sólo puede haber una apertura de la sucesión,

<sup>97</sup> Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, cit., pp. 33 y 34; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *Curso...*, cit., pp. 79 a 81; MESSINEO, *Manual...*, T. VII, cit., p. 36 y PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 83 a 87.

<sup>98</sup> En todo caso, esta distinción no es tan nítida para otros, quienes directamente afirman que la vocación sucesoria es el llamado a suceder. En este sentido sostienen CORDOBA y SOLARI, que “la vocación sucesoria es el llamamiento que tiene una persona para recibir una herencia determinada. Dicho llamamiento puede provenir de la ley, o de la voluntad del causante expresada en un testamento” (en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., p. 78). En la misma línea, la sentencia de la Corte Suprema de 13 de enero de 2010, señala que respecto del fenómeno sucesorio, “los especialistas distinguen tres etapas o momentos en el proceso que media que sigue a la muerte del causante, a saber: la apertura de la sucesión, que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes de la herencia; la delación de las asignaciones, que se produce aunque sea sólo un momento después de la apertura y la aceptación o repudiación del haz hereditario por el asignatario, una vez producida la delación” (c. 4) (*Banco del Estado con Opatzo*, Rol Nº 2451/2008).

<sup>99</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. VII, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 2003, p. 20.

mientras que, por el contrario, pueden existir varias delaciones o llamamientos para que, si se frustra la posibilidad de que sean herederos los que para ello tengan preferencia, puedan serlo otros llamados en segundo o ulterior lugar”.<sup>100</sup>

70. MOMENTO EN QUE SE DEFIERE LA ASIGNACIÓN. Según lo expuesto en el inciso segundo del artículo 956, la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional.

Al producirse la muerte del causante tiene lugar tanto la apertura de la sucesión como la delación de las asignaciones. Un solo hecho tiene la virtualidad de provocar dos acontecimientos jurídicos, la apertura de la sucesión y la delación de las asignaciones. Pero no se trata de cuestiones idénticas; hay diferencias entre una y otra. La apertura de la sucesión se produce por la muerte del causante, pero la delación puede no producirse si el llamamiento está sujeto a condición. Por ello se dice que existirían tres etapas cronológicas: la apertura de la sucesión, que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes de la herencia y se los transmite en propiedad; la delación de las asignaciones, que se produce aunque sólo sea un instante después de la apertura, y que es el llamamiento preciso a aceptar o repudiar y la aceptación o repudiación del asignatario. Por ello, además, alguna doctrina sostiene que producida la muerte del *de cuius*, la herencia se radica provisoriamente en el patrimonio de los herederos, puesto que el ingreso definitivo se produce no con la apertura ni con la delación, sino que son la aceptación de la asignación de que se trate.<sup>101</sup>

71. ASIGNACIÓN SUJETA A CONDICIÓN SUSPENSIVA. En lo que hace a las asignaciones condicionales, cabe distinguir entre las sujetas a condiciones suspensivas y resolutorias. Aunque la norma se refiera a las condiciones en general, lo cierto es que hay que entender que solamente es aplicable a las suspensivas y no a las resolutorias.

La condición suspensiva es el hecho futuro e incierto del que pende la adquisición de un derecho, por eso que la delación en este caso no se produce hasta que se verifica el hecho incierto (artículo 1479). El asignatario no adquiere hasta que se cumple la condición. Si dice el testador “dejo mi casa a Pedro bajo la condición

<sup>100</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. 1, Barcelona, 1990, p. 92.

<sup>101</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 62 y 63.



de que contraiga matrimonio", la asignación está sujeta a condición potestativa, y, por lo tanto, ella deberá ser aceptada cuando Pedro contraiga el matrimonio.

Por el contrario, las condiciones resolutorias son un hecho futuro e incierto del que pende la extinción de un derecho (artículo 1479). Así acontecería si, por ejemplo, el testador señala que deja su casa a Pedro, pero que será para Juan si este último contrae matrimonio. En este caso, sin perjuicio de que Juan puede aceptar o repudiar, no tendría el menor sentido llamar a Pedro a pronunciarse sobre una asignación que se va a extinguir precisamente cuando se le llama a aceptarla o repudiarla. Por ello, en el caso de estas condiciones, se sigue la regla general, la delación se produce con la muerte del causante y no se suspende la adquisición del derecho, el asignatario adquiere pero sujeto a condición resolutoria, y si ella se cumple posteriormente el asignatario pierde el derecho.

72. ASIGNACIÓN BAJO CONDICIÓN DE NO HACER ALGO EL ASIGNATARIO. Si la condición es suspensiva y consiste en no ejecutar un hecho que dependa de la sola voluntad del asignatario (según lo sancionado en los artículos 1477 y 1478)<sup>102</sup>, la asignación se difiere al momento de la muerte del testador, dando el asignatario caución suficiente de restituir las cosas asignadas con sus accesiones y frutos, en caso de contravenirse la condición (artículo 956.3).

Tal sería el caso en que el testador dispusiere, por ejemplo, que deja su parcela en Quillota a María, bajo la condición de que no se vaya a vivir a Argentina. Se trataría de una condición que depende únicamente de la voluntad del asignatario, y, por lo mismo, ella se difiere al momento en que se produce la apertura de la sucesión, quedando obligada la asignataria a rendir caución suficiente de que restituirá la parcela en el evento que se vaya a vivir a Argentina.

Todo lo anterior, a menos que el testador hubiere dispuesto que mientras penda la condición de no hacer algo, pertenezca a otro asignatario la cosa asignada (artículo 956.4).

En la especie habría que entender que el testador ha constituido un fideicomiso, es decir, le ha dejado un bien a una persona, pero sujeto a la condición resolutoria de pasar a otras manos si ella se cumple.

<sup>102</sup> La amplia mayoría de la doctrina entiende que se trata de una condición meramente potestativa (cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 38; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 173 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 29). RODRÍGUEZ, en cambio, afirma que se trata de una condición simplemente potestativa (cfr. *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 44). Pareciera más razonable esto último, puesto que si la condición fuese meramente potestativa, al depender de la mera voluntad de la persona que se obliga, según lo prevenido en el artículo 1478, debiere tenerse por nula. En el caso del artículo 956 a la condición no se le tiene por nula, pues se le da todo su efecto.

### Sección 3

#### *Aceptación y repudiación de las asignaciones (ius delationis)*

73. CUESTIONES PRELIMINARES. Producida la apertura de la sucesión tiene lugar la delación de la herencia que, como se ha dicho, es el llamado que hace la ley al asignatario para que acepte o repudie la asignación por causa de muerte. Se pasa de esta forma a la tercera etapa dentro del proceso jurídico a que da lugar la sucesión del causante. Surge en este momento el derecho para el asignatario de aceptar o repudiar la asignación que le ha sido deferida. Es lo que se llama el *ius delationis*; esto es, el derecho que se le confiere al asignatario de aceptar la asignación haciéndola suya y convirtiéndose en sucesor, o bien repudiarla, quedando excluido de la sucesión del causante. Este derecho de opción no le viene del causante; es un derecho personal de origen legal y no significa que se haya adquirido la asignación, ello solamente acontecerá una vez que se ejerza este derecho y se la acepte.

Lo que doctrinariamente justifica que el asignatario tenga el derecho de aceptar o repudiar, son dos cosas esenciales: primero, la aplicación de los principios de que nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad y que nadie es heredero si no quiere, y segundo, puede ocurrir que la sucesión tenga muchas deudas que se transmitan a los asignatarios, lo que hace lógico que ellos puedan repudiarla.

En consecuencia, con la sola delación de la herencia no se produce su adquisición por parte de los asignatarios, es necesario que sea aceptada por ellos. Mediante la aceptación, al fin y al cabo, y como indica MERCADÉ, se expresa la voluntad de ser heredero<sup>103</sup>. Por el contrario, la repudiación, en palabras de VAN BIERVLIET, es la manifestación de voluntad de ser totalmente extraño a la sucesión.<sup>104</sup>

No existen entre nosotros los herederos necesarios que sí existían en el Derecho Romano. Es verdad que, según el artículo 688, en el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere al heredero por el ministerio de la ley, pero ello es así sólo en la medida que la herencia sea aceptada por el heredero. También es efectivo que el artículo 957 y el artículo 1232 califican de heredero al que aún no ha aceptado, pero si no hay aceptación no se produce el perfeccionamiento del hecho legal de la sucesión<sup>105</sup>. Tanto así, que de otra manera no sería comprensible la institución de la herencia yacente, la que según el artículo 1240, y en lo tocante a este extremo, es aquella que después de quince días de abierta la sucesión no ha sido aceptada. Producido el fallecimiento, el patrimonio del cau-

<sup>103</sup> Cfr. *Explication...*, T. III, cit., p. 146.

<sup>104</sup> Cfr. *Cours...*, T. I, Vol. II, cit., p. 145.

<sup>105</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 135.

sante se radica provisionalmente en el de sus herederos, ello es para evitar que el patrimonio quede sin titularidad, pero en derecho ello solamente se hará efectivo, en forma retroactiva una vez que el heredero acepte la herencia, lo que por cierto se hace extensivo a los legados de especie<sup>106</sup>.

Se ha discutido si la aceptación es o no un cuasicontrato, dado que el artículo 1437, a propósito de la enunciación de las fuentes de las obligaciones, indica que las obligaciones nacen, entre otras cosas, de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos. Ello hace pensar que la aceptación de la herencia o legado podría ser, precisamente, un cuasicontrato más<sup>107</sup>. Esto se ve avalado por la circunstancia de que el Código Civil, en el artículo 2284 da una definición amplia para este tipo de fuentes, y que el artículo 2285 señala que hay tres cuasicontratos principales, dejando abierta la posibilidad de que existan otros. SOMARRIVA, en cambio, piensa que ello no es así, puesto que lo que pasa "es que la ley equipara sus efectos a los de éste, pues la aceptación de la herencia o legado es un acto voluntario del heredero o legatario, en que éste toma sobre sí la responsabilidad que significa una herencia o legado"<sup>108</sup>. La letra del precepto confirmaría lo dicho, por cuanto agrega: "y en todos los cuasicontratos", lo que quiere decir que si la aceptación de la herencia o el legado lo fuese, el artículo no tendría para que haberlo señalado. Por eso prevalece la idea de que la aceptación es sólo una declaración unilateral de voluntad, en la que la ley fija sus efectos.<sup>109</sup>

74. INSTANTE DESDE EL QUE SE PUEDE ACEPTAR LA ASIGNACIÓN. Según el artículo 1226 no se puede aceptar asignación alguna, sino después de que se ha deferido. Luego, si se tiene en cuenta el artículo 956, ocurre que, por regla general, no se puede aceptar una asignación hasta que se ha producido la muerte del causante, dado que allí se produce la delación de la asignación. Sin embargo, si la asignación es condicional, la delación no se produce hasta que se verifica la condición, sólo en ese momento, entonces, podrá ser aceptada. Si la condición es suspensiva y de no hacer algo que dependa de la sola voluntad del asignatario, la delación se produce con el fallecimiento, siempre que se rinda caución para el caso de contravención. En consecuencia, no se puede aceptar en vida del causante, habría en ello una violación del artículo 1463.

<sup>106</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 42 y 43.

<sup>107</sup> Así BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., p. 692; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité...*, T. I, cit., pp. 684 y 685 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 439.

<sup>108</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 433.

<sup>109</sup> Cfr. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, T. IV, cit., p. 355.

75. MOMENTO DESDE EL QUE SE PUEDE REPUDIAR. En virtud del inciso segundo del artículo 1226, "después de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, se podrá repudiar toda asignación, aunque sea condicional y esté pendiente la condición". Por eso, repudiación y aceptación se asemejan en que ambas suponen la muerte del causante para poder efectuarse; pero se diferencian en que para la repudiación basta la muerte de él, aun cuando la asignación sea condicional y esté pendiente la condición; y en el caso de la aceptación, es necesario que la condición se haya cumplido. Pero, como se ha dicho, para la repudiación es necesaria la muerte del causante y no se puede repudiar en vida. Por esta razón el inciso final del artículo 1226 dice que se tendrá por repudiación intempestiva, sin valor alguno, el permiso dado por un legitimario al que le debe la legítima para que pueda desconocer en su testamento dicha asignación forzosa.

76. MOMENTO HASTA EN QUE SE PUEDE ACEPTAR O REPUDIAR. ¿Hasta qué momento el asignatario puede hacer uso del derecho de opción que le concede la ley? Del artículo 1232 se desprende que se pueden dar dos situaciones distintas a este respecto, según haya o no requerimiento judicial al asignatario para que se pronuncie sobre si acepta o no la asignación en su favor.

Si hay requerimiento judicial de cualquier persona interesada en ello, el asignatario tiene el plazo de cuarenta días para declarar si la acepta o rechaza. Este plazo, que puede ser ampliado hasta por un año, se le llama de deliberación, y durante su transcurso puede el asignatario examinar el objeto asignado y las cuentas y papeles de la sucesión. También puede impetrar medidas conservativas.

Si el asignatario está ausente y no comparece personalmente o representado, se le nombrará un curador para este efecto, a fin de que acepte con beneficio de inventario. En este caso, según el artículo 1233, si transcurrido el plazo el asignatario no responde si acepta o rechaza, se entiende que repudia la asignación.

Si por el contrario, no hubiere requerimiento judicial, el asignatario puede aceptar o repudiar mientras conserve su derecho a la asignación. Si se trata de un heredero, se podrá aceptar o repudiar mientras otra persona no adquiera el derecho real de herencia por prescripción adquisitiva de cinco o diez años según los artículos 2517, 2512 N° 1, 1269 y 704. Si se trata de un legatario de especie, su derecho lo puede ejercer mientras otro sujeto no adquiera por prescripción adquisitiva. Si es un legatario de género, su derecho se extiende hasta que no prescriba su acción personal para exigir el cumplimiento, lo que será después de cinco años contados desde que ella pudo entablarse.<sup>110</sup>

<sup>110</sup> La regla es distinta en el Derecho francés. Dice el artículo 789 del Código Civil que "la facultad de aceptar o repudiar una herencia prescribe por el plazo de tiempo necesario para la prescripción más larga

77. LIBERTAD PARA ACEPTAR O REPUDIAR LAS ASIGNACIONES. En lo que se refiere a la libertad para aceptar o repudiar una asignación por causa de muerte, la regla general es la contenida en el inciso primero del artículo 1225, según la cual todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente. Nadie es obligado, en principio, a aceptar o repudiar la asignación deferida.

Esta regla, sin embargo, tiene dos excepciones: una relativa a las personas incapaces, contemplada en el propio artículo 1225 y en el artículo 1236; y, la otra, referente a las personas que han sustraído bienes de la sucesión, prevista en el artículo 1231.

78. SITUACIÓN DE LOS INCAPACES. En lo que hace a los incapaces, debe tenerse presente que aquí la referencia debe entenderse efectuada no a los incapaces de suceder, puesto que ellos, obviamente, no pueden ser llamados a aceptar o repudiar una asignación; sencillamente ellos no suceden al causante. La ley se refiere a los que no pueden administrar libremente sus bienes y que están contemplados en el artículo 1447.

Respecto de ellos, la situación es la siguiente:

a) Los que no pueden administrar libremente sus bienes sólo pueden aceptar o repudiar a través de sus representantes legales. Los relativamente incapaces pueden además hacerlo autorizados por ellos, cosa que no acontece con los absolutamente incapaces. Por eso que el artículo 1225 señala que ellos no pueden aceptar o repudiar, sino por medio o con el consentimiento de sus representantes legales, y que se les prohíbe aceptar por sí solos, aun con beneficio de inventario.

b) En todo caso, y por disposición del artículo 1250.2, las asignaciones deferidas a incapaces siempre deben aceptarse con beneficio de inventario, y si así no se hiciere, solamente serán obligados hasta concurrencia de lo que existiere en la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas. Se trata, como afirma RODRÍGUEZ, de un beneficio de inventario calificado, que se aplica de pleno derecho a pesar de que voluntariamente no se ha hecho uso de él.<sup>111</sup>

c) En cuanto a la repudiación de una asignación cuyo valor supere un centavo, el representante legal o el incapaz autorizado requiere de autorización judicial,

Continuación nota <sup>110</sup>

de los derechos inmobiliarios". Este plazo, según el artículo 2262, es de treinta años. A pesar de las dudas que genera la redacción del artículo 789, la doctrina considera que se trata de una prescripción extintiva (cfr. JOSSELAND, *Cours...*, T. III, cit., p. 478; PLANIOL, *Traité...*, T. III, cit., p. 425; PALNIOL y RIPERT, *Traité...*, T. IV, cit., p. 342 y MERCADE, *Explication...*, T. III, cit., pp. 165 y ss.).

<sup>111</sup> Cfr. *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 51.

según lo previsto en el artículo 1236, y si ello no se hace, la sanción será la nulidad relativa de la repudiación.

d) En lo que guarda relación con la mujer casada en sociedad conyugal, la Ley N° 18.802, de 1989, derogó las dos normas que se referían a ella, concretamente el inciso final del artículo 1225 y el inciso final del artículo 1236. Esto, en su momento, generó una grave incertidumbre acerca de la situación de la mujer casada en sociedad conyugal respecto de la aceptación o repudiación de las asignaciones deferidas a la mujer. La Ley N° 19.585 corrigió este problema, y agregó al artículo 1225 un inciso que señala que "el marido requerirá el consentimiento de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal para aceptar o repudiar una asignación deferida a ella. Esta autorización se sujetará a lo dispuesto en los dos últimos incisos del artículo 1749". De esta forma queda claro que quien acepta o repudia es el marido en su calidad de administrador de los bienes sociales y de los bienes de la mujer, y que ella solamente se limita a autorizar este acto ajeno. Esta autorización debe ser específica y otorgada por escrito, no necesariamente por escritura pública, ya que el acto de aceptación o repudiación de una asignación por causa de muerte no requiere de esa solemnidad. Puede autorizar también interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el mismo acto. Y puede autorizar por medio de un mandato especial que conste por escrito. Si la mujer se niega, la autorización podrá ser suplida por el juez con conocimiento de causa y citación de ella. Podrá suplirse también por el juez en caso de algún impedimento de la mujer, como menor edad, demencia, ausencia real o aparente y de la demora se siguiere perjuicio.

Si el marido se niega injustificadamente a aceptar una asignación en favor de su mujer, ella, en aplicación de lo previsto en el artículo 138 bis, podría solicitar al juez competente que la autorice para aceptar por sí misma. Esta norma, conforme su tenor literal, está concebida para los casos en que el marido se niega injustificadamente a ejecutar un acto o celebrar un contrato respecto de un bien propio de la mujer, se aplica también para nombrar partidor, provocar la partición y para concurrir en ella en los casos que la mujer tenga parte en la herencia. Sin embargo, pareciera, y es de toda lógica, que incluso es posible aplicarla en todos aquellos casos en que el marido se niegue sin razones a ejecutar un acto o negocio en beneficio de los intereses de la mujer<sup>112</sup>. En este caso, la mujer solamente obligará

<sup>112</sup> En este sentido cree ABELIUK que los artículos 138 y 138 bis son de aplicación general (ABELIUK MANASEVICH, R., *La filiación y sus efectos*, Santiago, 2000, p. 726). El autor va más lejos aún, sosteniendo que la mujer podría aceptar o repudiar por sí sola, en atención a que desde la Ley N° 18.802 es una persona capaz. Sin embargo esta opinión parece que no se concilia en nada con el nuevo inciso final del artículo 1225, que deja sentado que quien acepta o repudia en estos casos es el marido y no la mujer, y como el

sus bienes propios y los activos de sus patrimonios reservados o especiales contemplados en los artículos 150, 166 y 167, y no obligará ni el haber social ni los bienes propios del marido, sino hasta concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieren obtenido del acto.

79. SITUACIÓN DE LOS QUE SUSTRATEN EFECTOS DE LA SUCESIÓN. De acuerdo al artículo 1231, el heredero que sustrae bienes de la herencia tiene una doble sanción civil: Pierde la facultad de repudiar, y aun cuando lo haga, permanece como heredero, y, en segundo lugar, pierde todo derecho respecto de los efectos sustraídos<sup>113</sup>. Dice el inciso primero del precepto que “el heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a una sucesión, pierde la facultad de repudiar la herencia, y no obstante su repudiación permanecerá heredero; pero no tendrá parte alguna en los objetos sustraídos”. Por eso en este caso el heredero no tiene la libertad de aceptar o repudiar como es la regla general.

En el caso del legatario, y según lo señalado en el inciso segundo del artículo 1231, si ha sustraído objetos pertenecientes a una sucesión, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos, y no teniendo el dominio de ellos será obligado a restituir el duplo. Es curioso, pero lo cierto es que se sanciona al legatario que sustrae el propio bien que le fue legado<sup>114</sup>. Este legatario en verdad pierde el derecho a la asignación y obviamente el derecho de aceptarla o repudiarla.

Si el legatario sustrae una cosa de la que no es dueño, aparentemente sólo debe restituirla doblada, pero no se desprende de la norma que pierda el derecho a las cosas que sí le fueron asignadas en propiedad, respecto de lo cual parece que conserva su derecho a aceptar o repudiar.

Continuación nota <sup>112</sup>

propio autor lo reconoce (p. 727), la conclusión es contraria a la posibilidad de que la mujer, conforme al 138 bis, solicite autorización judicial para aceptar por sí sola, ya que si esta autorización es subsidiaria, es precisamente porque quien acepta es el marido.

<sup>113</sup> En un sentido parecido dice el artículo 792 del Código Civil francés que “los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos bienes de la herencia pierden la facultad de renunciarla: quedan con el carácter de herederos puros y simples, no obstante la repudiación, sin poder pretender participación alguna en los objetos sustraídos u ocultados”.

<sup>114</sup> Señala SOMARRIVA que “la situación en este caso es poco clara, porque a primera vista no se aprecia cómo podría haber dolo de parte del legatario cuando sustrae el propio objeto que le fue legado, y sin dolo no hay delito civil. Sin embargo, podría darse el caso en que el legatario, al sustraer el bien legado, estuviere de mala fe: cuando por estar la herencia excesivamente gravada, tuviere responsabilidad por las deudas hereditarias. Entonces la sustracción tendría por objeto eludir a los acreedores” (*Derecho sucesorio*, cit., p. 439).

Si es un legatario de género, no tiene el dominio de las cosas que le fueron legadas, por lo que es obligado a restituir el duplo de las cosas sustraídas. En este caso también se pierde la libertad de aceptar o repudiar, pues lo que ocurre, es que el legatario de género que incurre en esta situación pierde el derecho a la asignación.

En cualquier caso, todas estas personas quedan sujetas criminalmente a las penas que por el delito correspondan (artículo 1231.3).

80. FORMAS DE ACEPTACIÓN DE LA ASIGNACIÓN. No existen dudas de que la aceptación de una asignación puede ser expresa o tácita; así lo dispone claramente la primera parte del artículo 1241, norma ubicada en el párrafo segundo del Título 6 del Libro III, relativo a las reglas particulares relativas a las herencias.<sup>115</sup>

La aceptación es expresa cuando se toma el título de heredero. En los términos del artículo 1242 “se entiende que alguien toma el título de heredero, cuando lo hace en escritura pública o privada, obligándose como tal heredero, o en un acto de tramitación judicial”.

La aceptación es tácita cuando “el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar, y que no hubiera tenido derecho a ejecutar, sino en su calidad de heredero”. En este sentido, según lo dispuesto en el artículo 1244, “la enajenación de cualquier efecto hereditario, aun para objeto de administración urgente, es acto de heredero, si no es autorizada por el juez a petición del heredero, protestando éste que no es su ánimo obligarse en calidad de tal”.<sup>116</sup> De esta forma, también es tácita en el caso del artículo 1230 cuando se vende, dona o transfiere de cualquier modo el objeto deferido o el derecho a suceder en él, puesto que en tal caso se entiende que por este hecho el asignatario acepta.<sup>117</sup>

<sup>115</sup> Por eso se sostiene que la “aceptación de la herencia es un acto informal. Normalmente se entiende aceptada por aquel heredero que tiene en su poder la herencia y realiza actos de gestión” (ÁLVAREZ CAPEROCHIPU, *Curso...*, cit., p. 91).

<sup>116</sup> Resolvió la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en fallo de 15 de abril de 2002, que acepta tácitamente la herencia la heredera que, después de deferida su asignación, otorgó testamento transmitiendo el patrimonio heredado de su cónyuge, acto que supone necesariamente su intención de aceptar (GJ, 262, 110).

<sup>117</sup> Afirma MERCADÉ que la “donación, venta o transferencia que hace de sus derechos sucesorios uno de los coherederos, sea a un extraño, sea a todos sus coherederos o a cualquiera de ellos, importa una aceptación de la sucesión”. Agrega que “todo acto de disposición de bienes de la sucesión constituye necesariamente una aceptación, puesto que no puede disponer de una cosa, sino que cuando se asume que es propietario” (*Explication...*, T. III, cit., pp. 148 y 149).

En todo caso, de conformidad al artículo 1243, los actos puramente conservativos, los de inspección y administración provisoria urgente no son actos que suponen por sí solo la aceptación. La *ratio legis* es evidente. Se trata de evitar que los potenciales herederos, por temor a que se les considere como aceptantes de sus asignaciones, se inhiban de ejecutar los actos necesarios para la buena conservación del patrimonio del causante, puesto que, de lo contrario, ningún acto ejecutarían, aun en perjuicio de la masa hereditaria, con el propósito de evitar que se les tenga como aceptantes de la herencia.

El artículo 1245 se encarga de precisar las consecuencias de la aceptación de la herencia, sea en forma expresa o tácita, disponiendo que "el que hace acto de heredero sin previo inventario solemne, sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda al valor de los bienes que hereda. Cosa que no acontece si existe inventario solemne, pues, en tal evento, el heredero gozará del beneficio de inventario.

81. FORMAS DE REPUDIACIÓN DE LA ASIGNACIÓN. Si bien está completamente claro que la aceptación de una asignación puede ser expresa o tácita, no ocurre lo mismo con la repudiación.

Para algunos, en lo que hace a la forma de la repudiación, debe seguirse la misma regla que para la aceptación de las asignaciones. Sostiene SOMARRIVA que una de las características del derecho del heredero o legatario de "aceptar o repudiar la asignación de que fue objeto, consiste en que el pronunciamiento de aquél o éste puede ser expreso o tácito".<sup>118</sup>

Sin embargo, para otros la repudiación de una asignación por causa de muerte debe ser expresa, a menos que la ley permita una cosa diferente. En este sentido señala MEZA BARROS que "mientras la aceptación puede ser expresa o tácita, la repudiación debe ser generalmente expresa (...) el artículo 1235 dispone: la repudiación no se presume de derecho sino en los casos previstos por la ley"<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 486. En igual sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 194. En el Derecho anglosajón la renuncia recibe el nombre de *disclaimer*. Si bien ella puede ser expresa o tácita, no puede tener lugar con posterioridad a la aceptación inequívoca de la asignación (cfr. ANDERSON, ob. cit., pp. 1273 y 1274).

<sup>119</sup> *Manual...*, cit., p. 314. En igual sentido CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 1846, p. 160. Pareciera que también RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 63. En Argentina, el artículo 3345 dispone que "la renuncia de una herencia no se presume. Para que sea eficaz respecto de los acreedores y legatarios, debe ser expresa y hecha en escritura pública en el domicilio del renunciante o del difunto, cuando la renuncia importa mil pesos". Así también lo resuelve derechamente el Código Civil español, que dispone en su artículo 1008 que "la repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato". Muy cate-

La razón para esta exigencia vendría dada porque la renuncia es un acto excepcional y necesita de un hecho concreto y de una prueba especial, debiendo constar de modo inequívoco y notorio.<sup>120</sup> Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la ley sólo ha dicho que la aceptación puede ser expresa o tácita (artículo 1241), lo que no ha dicho respecto de la repudiación, lo que parece abonar esta última tesis.

Particular es el caso ya analizado del asignatario que, requerido judicialmente para que acepte o repudie, se constituye en mora de hacerlo, pues, en este evento, el asignatario no manifiesta voluntad alguna ni en forma expresa ni en forma tácita, y es entonces la ley la que, otorgándole valor a este silencio del asignatario, resuelve que éste repudia la asignación (artículo 1233).

82. CARACTERÍSTICAS DE LA OPCIÓN DE REPUDIAR O ACEPTAR. ENUNCIACIÓN. La repudiación y aceptación de las asignaciones hereditarias presentan las siguientes características: *a)* se trata de actos unilaterales; *b)* es un derecho transmisible; *c)* no es un derecho transferible; *d)* deben ejercerse en forma pura o simple; *e)* son indivisibles; *f)* una vez hechas operan de forma retroactiva, y *g)* por regla general, una vez hechas no pueden dejarse sin efecto.

83. SE TRATA DE ACTOS UNILATERALES. Tanto la aceptación como la repudiación de una asignación son actos jurídicos que se perfeccionan con la declaración de voluntad de una sola parte, sin que sea necesario que esa voluntad del aceptante o repudiante se vincule con alguna otra, lo que determina su naturaleza unilateral<sup>121</sup>. En todo caso, ello no implica que se trate de actos personalísimos, pues, como se ha visto, por los incapaces deben aceptar o repudiar sus representantes legales.<sup>122</sup>

84. EL DERECHO DE ACEPTAR O REPUDIAR ES TRANSMISIBLE. La transmisibilidad del *ius delationis* está expresamente prevista en el artículo 957. Señala la norma que "si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha

Continuación nota <sup>119</sup>

górico a este respecto resulta el artículo 784 del Código francés, según el cual "la repudiación de una herencia no se presume; únicamente puede hacerse en la Secretaría del tribunal de primera instancia del lugar en el que se abre la sucesión, en un registro específico al efecto". De ahí que la doctrina califique al acto de renuncia a la asignación por causa de muerte como solemne (cfr. PLANIOL, *Traité...*, T. III, cit., p. 443 y PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, T. IV, cit., p. 386).

<sup>120</sup> Cfr. FERRERO, *Traído...*, T. V, Vol. I, cit., p. 282.

<sup>121</sup> Cfr. AUBRY y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., pp. 379, 409 y 410.

<sup>122</sup> Así ALBALADEJO, *Curso...*, cit., pp. 91 y 92.

deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido”.

Con todo, algunos autores, y con razón, sostienen que este derecho no podría ser objeto de transmisión testamentaria. No podría el asignatario disponer testamentariamente de este derecho a favor de algunos de sus propios asignatarios por causa de muerte. Ocurriría en este caso, que el asignatario titular del derecho de opción al disponer por causa de muerte de este derecho, estaría aceptando la asignación, por lo que sería aplicable lo previsto en el artículo 1241, es decir, se trataría de una aceptación tácita.<sup>123</sup>

85. EL DERECHO DE ACEPTAR O REPUDIAR UNA ACEPTACIÓN NO PUEDE TRANSFERIRSE. Si bien es posible que este derecho de opción se transmita por causa de muerte, no es posible en cambio que pueda ser objeto de transferencia entre vivos. Esto encuentra su justificación en que el asignatario al transferir su derecho de opción mismo, lo acepta y lo ejerce. Este acto, a fin de cuentas, importaría una aceptación tácita en aplicación del artículo 1241<sup>124</sup>. Con todo, algunos autores, en forma más específica, consideran que la indisponibilidad del *ius delationis* no encuentra su fundamento en una posible aceptación tácita de quien lo transfiera, sino que en el artículo 1230, que señala que “si un asignatario vende, dona, o transfiere de cualquier modo a otra persona el derecho a suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta”.<sup>125</sup>

86. LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DEBEN SER PURAS Y SIMPLES. Dice el artículo 1227 que no se puede aceptar o repudiar condicionalmente, ni hasta o desde cierto día. Se suele fundamentar esta disposición, que excepciona las reglas

<sup>123</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 182 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 72. En contra ALBALADEJO, quien sostiene que “en mi criterio el transmitente puede disponer *morris causa* del *ius delationis* siempre que la disposición la realice de modo que no implique aceptación de la herencia”, puesto que, de lo contrario, se produciría la aceptación de la herencia. El transmitente “podrá disponer del *ius delationis* por acto que, abarcándolo, no se refiera singularmente a él, porque en tal caso no puede ni presumirse que encierre la voluntad de aceptar la herencia, y ni siquiera que al realizarlo se haya pensado en que alcanzaba al *ius delationis*. Lo que ocurre, no exclusivamente en el caso de que se instituya herederos universales distintos de los intestados, sino que también cuando los nombra herederos o legatarios en un sector patrimonial en que se halle el *ius delationis* (como si dice “dejo por herederos a A y B, a aquél en mis bienes personales a éste en los heredados o que pueda heredar de mi familia”), o cuando ordena un legado de parte alcuota (como cuando si dice por cuartas partes dejo mis bienes a A, B, C, como herederos, y a CH como legatario)” (*Curso...*, cit., p. 46).

<sup>124</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 182.

<sup>125</sup> En este sentido CIFUENTES OVALLE, R., *Disposición entre vivos del ius delationis*, en *Instituciones modernas de Derecho Civil*, Homenaje al profesor Fernando Fucyo Lanerí, Santiago, 1996, pp. 269 y ss.

generales, en que en la sucesión no solamente tiene interés el asignatario, sino que también otras personas.<sup>126</sup>

87. LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN SON INDIVISIBLES. La regla general es que la opción del asignatario para aceptar o repudiar sea indivisible. A este respecto dispone el artículo 1228 que no se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto.

No obstante, hay dos excepciones a la regla anterior. La primera es la hipótesis prevista en el inciso segundo del propio artículo 1228, para el caso del derecho de transmisión, en cuya virtud puede cada uno de los transmitidos repudiar o aceptar su cuota. La segunda excepción es la hipótesis en que a una misma persona se le hagan dos asignaciones diferentes, puesto que en tal evento el artículo 1229 permite que se acepte una y repudie otra. Sin embargo, no se podrá repudiar la asignación gravada, y aceptar las otras, a menos que se defiera separadamente por el derecho de acrecimiento o de transmisión, o de sustitución vulgar o fideicomisaria; o a menos que se haya concedido al asignatario la facultad de repudiar separadamente.

88. LA ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN OPERAN DE MANERA RETROACTIVA. La retroactividad de la aceptación o repudiación está sancionada con toda claridad en el artículo 1239. Dice el artículo que “los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida”. “Otro tanto se aplica a los legados de especies”. Como se advierte, el precepto se refiere exclusivamente a los herederos y a los legatarios de especie. El legatario de género no es mencionado en el precepto.

El heredero que acepta, se entiende que adquirió la herencia desde el fallecimiento del causante. El legatario de especie que acepta, se entiende dueño de la especie legada desde el mismo momento, y desde allí, entonces, les pertenecen los frutos (artículo 1338). Si repudia, se entenderá que jamás ha sido heredero o legatario.

En cambio, en lo que se refiere al legatario de género, los efectos de la aceptación o repudio sólo se producen desde la manifestación de voluntad, por lo que si acepta los frutos de estos bienes solamente le pertenecen desde que le fueron entregados o desde que los herederos se han constituido en mora de hacerlo (artículo 1338.2).

89. LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN, POR REGLA GENERAL, SON IRREVOCABLES. La irrevocabilidad de la aceptación la declara el artículo 1234, cuando indica que

<sup>126</sup> Cree ALBALADEJO que si de hecho se acepta o repudia de manera condicional o con sujeción a un plazo, tal acto sería nulo, subsistiendo la posibilidad de aceptar o repudiar (cfr. *Curso...*, cit., p. 91).

una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de lesión grave en virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla. Esta regla se extiende aun a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes.<sup>127</sup>

La misma regla se extiende a la repudiación de las asignaciones. Dice el artículo 1237 que "ninguna persona tendrá derecho para que se rescinda su repudiación, a menos que la misma persona o su legítimo representante hayan sido inducidos por fuerza o dolo a repudiar".

Como se ha dicho, la aceptación o repudiación son actos jurídicos unilaterales, que no requieren de otra voluntad para su perfeccionamiento, por lo que desde que se otorgaron, se entienden perfectos.

La expresión rescindir está tomada en un sentido distinto del de mera nulidad. En verdad, se trata de impedir la revocación por parte de quien ha ejercido el derecho de opción que la ley confiere.

Con todo, hay casos, como se dice en seguida, en los que la aceptación o repudiación pueden quedar sin efecto.

90. NULIDAD DE LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE UN INCAPAZ. Cuando la aceptación o la repudiación la hace un incapaz sin las formalidades legales, ella puede quedar sin efecto por la vía de la nulidad relativa o absoluta según el caso.

¿Cuál es el efecto de la nulidad de la aceptación o repudiación?

Parece que en este caso no habría razón para hacer excepción a las reglas generales en materia de nulidad. Las cosas deberán retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la aceptación o la repudiación como si ésta no hubiese existido. Como consecuencia de ello habría que concluir que renace el derecho para el asignatario de aceptar o de repudiar en forma legal, con o sin beneficio de inventario.<sup>128</sup> En este

<sup>127</sup> El carácter irrevocable de la aceptación de la herencia, es la que conspira contra la posibilidad de renunciar al derecho real de herencia. Mientras la herencia no ha sido aceptada, naturalmente que está la posibilidad de repudiarla, pero una vez que ella se ha deferido y aceptado no parece posible que pueda ser renunciada (cfr. GUZMÁN BRITO, A., *Identidades de funciones o efectos provenientes de la negociabilidad entre vivos y por causa de muerte*, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 32, 2009, p. 63).

<sup>128</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 233; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité...*, T. I, cit., pp. 265 y 272 y PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, T. IV, cit., p. 332. Sostiene PÉREZ LASALA que esta posibilidad de volver a aceptar o repudiar, solamente la tiene el heredero que con posterioridad a la aceptación impugnada no ha realizado otros actos de aceptación, puesto que en tal caso estos últimos actos supondrán aceptaciones tácitas, y el heredero quedará como aceptante puro y simple (cfr. *Curso...*, cit., p. 193).

sentido la doctrina ha entendido que la nulidad de la aceptación no implica ni equivale a una renuncia de la asignación, ni la nulidad de una repudiación no tiene por qué ser entendida ni producir el efecto de una aceptación.<sup>129</sup>

91. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN LA ACEPTACIÓN O REPUDIO. La aceptación o repudiación de una asignación por causa de muerte, es una manifestación de voluntad, y, como tal, puede verse afectada por un vicio de la voluntad, como cuando ha sido obtenida con fuerza o dolo. Así lo deja claro el inciso primero del artículo 1234, cuando dice que la aceptación no puede rescindirse, sino cuando ha sido obtenida "por fuerza o dolo", y el inciso segundo del artículo 1237 cuando dispone que la repudiación de una asignación solamente podrá rescindirse cuando el repudiante o su legítimo representante hayan sido inducidos "por fuerza o dolo" a repudiar.

La fuerza debe reunir los requisitos de los artículos 1456 y 1457. El dolo, en este caso, no debe ser obra de la contraparte, pudiendo emanar de cualquier persona que desee perjudicar al asignatario<sup>130</sup>. El error no ha sido expresamente contemplado en los artículos 1234 y 1237. Para muchos, el error no tiene cabida como vicio del consentimiento del asignatario<sup>131</sup>. Sin embargo, ello no es del todo claro si se tiene en cuenta que se contempla la lesión grave como forma de hacer ineficaz la aceptación o repudiación en los términos que en seguida se indican (artículo 1234). Los efectos de la nulidad antes descritos también resultan aplicables a la nulidad de la aceptación o repudiación por vicios del consentimiento.

92. LESIÓN EN LA ACEPTACIÓN. La lesión grave, en virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla, compromete la validez de la aceptación. No cabe, en cambio, la rescisión por lesión si el asignatario repudió la asignación<sup>132</sup>. De conformidad al inciso final del artículo 1234, se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad.

Debe tenerse en cuenta que en este caso parece no bastar la diferencia aritmética que señala el inciso tercero del artículo 1234 para concluir que hay lesión. Aparentemente se requiere, además, que esa diferencia matemática encuentre causa

<sup>129</sup> En este sentido, LEVY y WAGMAISTER, en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., p. 130.

<sup>130</sup> Cfr. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, T. IV, cit., p. 325.

<sup>131</sup> Así BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité...*, T. I, cit., pp. 248 y 249; PLANIOL, *Traité...*, T. III, cit., p. 431; PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, T. IV, cit., p. 326, y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 447.

<sup>132</sup> Cfr. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, T. IV, cit., p. 326.

en el desconocimiento de una circunstancia de hecho; esto es, de ciertas disposiciones testamentarias. Tal sería el caso del legatario que acepta el legado de una casa que vale, por ejemplo, \$ 50.000.000, pero que ignora que un testamento posterior del causante, que complementa el primero, le impone la carga de pagar \$ 30.000.000 a otro legatario.

Por esta razón puede pensarse que en este caso, la lesión es vicio del consentimiento, pues estaría aparejada al desconocimiento o al error de parte del asignatario respecto de las disposiciones testamentarias.

En todo caso debe advertirse que el sentido práctico de esta norma no es claro. Aun cuando el asignatario resulte lesionado en más de la mitad de su asignación, lo cierto es que algo percibe, menos de lo esperado, pero recibe algo. Si la aceptación se rescinde a instancia de él, renace su derecho a repudiar, y si hace esto último, no llevará nada en la herencia.

93. LA REPUDIACIÓN EN PERJUICIO DE LOS ACREEDORES. Según el artículo 1238, los acreedores del que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, pueden hacerse autorizar por el juez para aceptar por él. En este caso, la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores que se hicieron autorizar para aceptar por el deudor, y se hace efectiva solamente hasta concurrencia de los créditos de éstos. Si sobrare alguna parte de los bienes heredados, en esa parte subsiste la repudiación del asignatario.<sup>133</sup>

La doctrina discute cuál es la naturaleza de esta acción en favor de los acreedores, existiendo muy poca uniformidad a este respecto. Algunos piensan que se trata de una acción oblicua o subrogatoria, por la cual los acreedores ejercen un derecho que el deudor era reticente a ejercer, de lo que se colige que no sería necesario que existiera fraude respecto de los acreedores<sup>134</sup>. Para otros, se trata de una acción pauliana o revocatoria, según el artículo 2468 N° 2, lo que supone el fraude de los acreedores que la invocan.<sup>135</sup>

<sup>133</sup> En términos semejantes dice el artículo 788 del Código Civil francés que "los acreedores del que repudia la herencia en perjuicio de sus derechos podrán pedir al juez que los autorice para aceptar la herencia en su nombre y en su lugar". "En este caso, la renuncia sólo dejará de tener efecto en beneficio de los acreedores y, únicamente, por el total de sus créditos; pero no en beneficio del heredero que ha renunciado".

<sup>134</sup> Así CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 1869, p. 173 a 175 y ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Teoría de las obligaciones*, Santiago, 1939, p. 123.

<sup>135</sup> Así, SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 448. En Francia AUBRY Y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., p. 417; BAUDRY-LACANTINERIE Y WAHL, *Traité...*, T. I, cit., p. 261; MERCADÉ, *Explication...*, T. III, cit., p. 163, y PLANIOL Y RIPERT, *Traité...*, T. IV, cit., p. 332.

Otros piensan que el derecho conferido por el artículo 1238 a los acreedores presenta caracteres de ambas acciones. Se parece a la revocatoria o pauliana en que es una acción propia de los acreedores para impugnar un acto que los perjudica, pero no pueden aceptar la asignación sin la autorización del juez, puesto que en esta parte se trata de ejercer un derecho que pertenece al deudor, por lo que aquí participaría de las características de la acción subrogatoria u oblicua, no bastando que quede sin efecto la repudiación, sino que es necesario que se acepte la asignación<sup>136</sup>. Finalmente, existen quienes piensan que la facultad del artículo 1238 para los acreedores, envuelve una forma de aceptación hereditaria extraordinaria.<sup>137</sup>

#### Sección 4

#### El derecho de transmisión (ius transmissionis)

94. EL DERECHO DE TRANSMISIÓN. Una vez que se ha deferido la asignación, nace el *ius delationis*; esto es, el derecho del asignatario para aceptarla o repudiarla, derecho de origen estrictamente legal, propio del asignatario y que no le deriva del causante.

Producida la delación de la asignación, podría ocurrir que el asignatario falleciera, dándose lugar a tres posibles situaciones:

a) Que el asignatario acepte la asignación y luego fallezca. En este caso, los bienes comprendidos en la asignación ingresan a su patrimonio y los transmite por causa de muerte a sus herederos.

b) Que el asignatario repudie la asignación y luego fallezca. En este supuesto, se entiende que el asignatario jamás ha tenido esa calidad, en virtud del efecto retroactivo que le señala el artículo 1239. En este caso nada adquiere ni nada transmite a sus herederos, a menos que tenga lugar el derecho de representación que opera, entre otros casos, cuando el asignatario repudia la asignación que le fue deferida (artículo 987.2).

c) Que el asignatario fallezca antes de aceptar o repudiar. En este caso, y de acuerdo a las reglas o principios generales, el asignatario fallecido transmite su derecho de aceptar o repudiar a sus herederos. Dentro de la universalidad que el causante transmite a sus herederos está comprendido este derecho de aceptar o de repudiar la asignación por causa de muerte que estaba pendiente de ser aceptada o repudiada por el causante. Así lo indica el artículo 957, cuando explica que "si

<sup>136</sup> En este sentido, DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 225 y 226.

<sup>137</sup> Cfr. BUSTAMANTE SALAZAR, L., *La repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores*, en *Instituciones modernas de Derecho Civil*, Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri, cit., pp. 286 y ss.



el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido". "No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite".<sup>138</sup>

En este caso se produce lo que se denomina sucesión indirecta o mediata. La sucesión es directa cuando una persona sucede al difunto por sí misma, sin la intervención de otro individuo; en cambio, es indirecta cuando el asignatario no sucede por sí mismo, sino que lo hace por medio de otra persona. Cuando se sucede en virtud del derecho de transmisión, el transmitido no sucede directamente, sino que lo hace a través del transmitente o transmisor, con lo que se configura un caso de sucesión indirecta.<sup>139</sup>

"Porque se trata de una transmisión, es correcta la terminología con que se designa el caso: *ius transmissionis*, derecho de transmisión, fórmula que abreviadamente expresa que el derecho a suceder en la herencia del primer causante lo tienen los herederos de quien no llegó a heredarle, porque éste se lo transmitió; y sucesión *iure transmissionis*, que significa que al suceder al primer causante, los herederos del segundo difunto reciben la herencia de aquél, no por haber sido llamados a ella, sino por haberles transmitido su derecho el que fue llamado".<sup>140</sup>

95. CARACTERÍSTICAS DE LA TRANSMISIÓN. El derecho de transmisión tiene tres características relevantes:

a) En primer lugar debe destacarse que tiene aplicación tanto en la sucesión testada como en la intestada. El artículo 957 está ubicado en el Título I del Libro

<sup>138</sup> De la misma forma dice el artículo 781 del Código Civil francés que "cuando el llamado a una sucesión falleciere sin haberla repudiado o sin haberla aceptado expresa o tácitamente, sus herederos podrán aceptarla o repudiarla por derecho propio".

<sup>139</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 184. Explica ALBALADEJO que "cuando el llamado fallece sin haber usado del *ius delationis*, es decir, sin haber optado en ejercicio de la facultad que aquél le confiere, por adquirir o repudiar la herencia que se le ofrece, sus sucesores reciben la opción que él no utilizó, o, lo que es lo mismo, heredan el *ius delationis* que correspondía al llamado, su causante, del que les llega como uno más de tantos derechos que tuviese" (*Curso...*, cit., p. 44). La Corte Suprema, en sentencia de fecha 5 de abril de 2000, resolvió que si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho a aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. Por lo que al fallecer el causante y transmitir sus derechos y obligaciones a la solicitante, en calidad de heredera universal, también transmitió los derechos que tenía en la sucesión de su cónyuge, quien heredará todos los derechos de esta última, por derecho de transmisión (Rol N° 4262/1999, solicitante: *Bascuñán Besoain, A.*).

<sup>140</sup> ALBALADEJO, *Curso...*, cit., p. 45.

III, relativo a las definiciones y reglas generales, por lo que se aplica este derecho sea que el asignatario haya sucedido en virtud de testamento o legalmente.

b) El derecho de transmisión se aplica tanto a las herencias como a los legados. El asignatario que fallece puede ser un heredero o legatario, así lo deja sentado muy claramente el artículo 957.

c) El adquirente o transmitido debe ser necesariamente heredero del asignatario que fallece, no opera este derecho en favor de los legatarios del asignatario fallecido. Así se desprende también con bastante claridad del artículo 957, que se refiere exclusivamente a los herederos del asignatario fallecido y no a sus asignatarios a título singular. Esta solución es la más natural, ya que como se explicó, el derecho de aceptar o repudiar la asignación se incorporó al patrimonio del asignatario, que, al fallecer, lo transmite solamente a sus herederos, pero no a sus legatarios, pues ellos suceden a título singular y no a título universal.

96. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA TRANSMISIÓN. En el derecho de transmisión intervienen tres personas: el primer causante, que es el que deja la asignación al asignatario; el transmitente o transmisor, que es el asignatario que fallece antes de aceptar o repudiar y el adquirente, transmisor o transmitido, que es el heredero a quien pasa por causa de muerte el derecho que tenía el asignatario de aceptar o repudiar.

El transmitente o transmisor debe reunir las siguientes condiciones:

a) Debe haber fallecido sin aceptar o repudiar. Se desprende de esto que el transmitente tiene que sobrevivir al primer causante; de lo contrario ningún derecho adquiere. Quien fallece antes de la apertura de la sucesión de otro, no adquiere el derecho de aceptar o repudiar y, por lo mismo, no puede transmitirlo.<sup>141</sup>

b) El transmitente puede haber sido heredero o legatario.

c) Es necesario que el derecho del transmitente en la sucesión no haya prescrito. En tal caso pierde el derecho a la asignación y, por lo mismo, el derecho de aceptar o de repudiar. La mención expresa de esta circunstancia por parte del artículo 957 no era necesaria, por cuanto de no haber existido se habría llegado a la misma conclusión en aplicación de las normas generales sobre prescripción.

d) El transmitente debe haber sido digno y capaz de suceder. Este requisito, aun cuando no emana directamente del artículo 957, sí lo hace de las normas generales, puesto que si el asignatario era incapaz o indigno no podía haber suce-

<sup>141</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el ius delationis. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*, Madrid, 1990, pp. 180 y ss.

dido al causante, y no pudo transmitir a sus herederos un derecho que no tenía.<sup>142</sup>

El transmisario o transmitido o adquirente, por su parte, debe reunir las siguientes condiciones:

a) Debe ser heredero del asignatario, no bastando la calidad de legatario por lo ya explicado.

b) Debe haber aceptado la herencia del transmitente o transmisor, puesto que, como lógicamente dispone el artículo 957.2, no se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite<sup>143</sup>. Pero es perfectamente posible aceptar la asignación propia y repudiar la que proviene del primer causante. Como se explicó, a propósito de las características de la aceptación y repudiación de las asignaciones, se trata de un acto indivisible; es decir, no se puede aceptar una parte y repudiar otra, salvo el caso mencionado en el inciso segundo del artículo 1228, que es precisamente el caso del derecho de transmisión. El transmitido puede aceptar la herencia del transmitente, pero repudiar la que proviene del primer causante.

c) Como en el caso del transmitente, es necesario que el transmitido sea capaz y digno de sucederlo. Si no lo es, no puede transmitírsele este derecho de opción. Si se recuerda, una de las incapacidades para suceder, según el artículo 962, la constituye el hecho de no existir legalmente el asignatario al tiempo en que se produce la apertura de la sucesión. Según el inciso primero de esta norma se exceptúa el caso en que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 957, pues entonces basta existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado. Como se dijo en su momento, se trata de una excepción aparente. Lo que exige la norma es que el transmitido exista al momento en que se produce la muerte de su causante, es decir, del transmisor, con lo que se mantiene la regla de que el sucesor debe existir al tiempo en que se produzca la apertura de la sucesión.

Podría acontecer que el transmitido fuese incapaz o indigno de suceder al primer causante. Sin embargo, en este caso, la indignidad o incapacidad respecto del

primer causante no lo afectan, dado que no sucede directamente a aquél, sino que lo hace indirectamente a través del transmisor o transmitente. Lo relevante, en consecuencia, es que el transmitido sea capaz y digno de suceder al transmitente, no siendo relevante a este efecto que pueda haber sido incapaz o indigno de suceder al primer causante. Si bien es cierto que la conclusión parece de la más pura lógica jurídica y legal, lo cierto es que, aparentemente, el razonamiento podría conducir a algunas injusticias, puesto que a la larga un indigno de suceder a una persona podría, no obstante, llevar parte en la herencia respecto de la que era indigno. Piénsese, por ejemplo, en el caso del nieto que era indigno de suceder a su abuelo, por estar afecto a alguna causal de indignidad a su respecto. Si el abuelo fallece dejando una asignación a su hijo, que no es aceptada o repudiada por éste antes de fallecer, tal derecho se transmitiría a su hijo, el nieto del primer causante, el que podría aceptar y llevar parte en esta sucesión en la que era indigno de hacerlo.

d) Puede ocurrir que los transmitidos sean varios, caso en el que el artículo 1228.2 les permite aceptar o rechazar por separado. En este evento si unos rechazan la cuota que les correspondía en la sucesión del causante ella no acrece de los otros, puesto que el derecho de acrecimiento solamente tiene lugar en la sucesión testada, y en este caso el derecho de aceptar o repudiar no pudo ser asignado por testamento, ello implicaría una aceptación tácita de la asignación. Por eso, la parte de la herencia o legado que corresponde al que repudia, integra la sucesión del primer causante, y debe ser repartida entre los herederos de ese primer causante.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 65 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 42.

<sup>143</sup> Sostiene JORDANO a este respecto que el dato fundamental del régimen de la *transmissio* es que "existen dos sucesiones, dos herencias y dos delaciones, pero para llegar a la delación de la primera herencia, hay que haber adquirido previamente la herencia (del transmitente) que es su vehículo transmisivo; sólo así podrá (aceptando en virtud de la delación adquirida con la herencia del transmitente) adquirirse la primera herencia: participar en la primera sucesión. Esto es lo que quiere decirse cuando se habla de que el transmisario sucede al primer causante *iure transmissionis*: por intermediación de la sucesión (delación y consecutivamente, herencia) del transmitente" (ob. cit., pp. 92 y 93).

<sup>144</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 73. En el mismo sentido, y luego de admitir ciertas dudas, FERRERO, *Tratado...*, T. V, Vol. I, cit., p. 295.

El derecho real de herencia es un derecho real autónomo y diferente del dominio, que se transmite a los herederos con la universalidad de bienes, derechos y obligaciones que deja el causante a su muerte. Este derecho nace con el fallecimiento del causante y se extingue con la partición y liquidación de la herencia.

97. **CONCEPTO.** La palabra herencia se acostumbra a utilizar en un sentido objetivo y uno subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que deja el causante a su deceso. Se identifica entonces con la noción de patrimonio del causante, de universalitas, que a causa de la muerte se transmite a sus herederos. Desde un punto de vista subjetivo, la herencia es un derecho subjetivo, se habla entonces del derecho real de herencia, que es el derecho, facultad o aptitud de una persona para suceder a otra en todo su patrimonio o en una parte o cuota de él. En buenas cuentas se trata del derecho a esa universalidad que deja el *de cuius* a su muerte, no a las cosas o derechos que individualmente se encuentran dentro de esta universalidad, sino que al conjunto de ellos.<sup>145</sup>

98. **CARACTERÍSTICAS. ENUNCIACIÓN.** Del derecho real de herencia se ha predicado tradicionalmente tres características esenciales: *a)* es un derecho real autónomo y diferente del dominio; *b)* es un derecho que recae sobre una universalidad jurídica, y *c)* es un derecho con vida efímera.

99. **ES UN DERECHO REAL AUTÓNOMO Y DIFERENTE DEL DOMINIO.** En Chile, no hay dudas de que el derecho de herencia es un derecho real distinto del dominio. Así lo indica el inciso segundo del artículo 577 al incluirlo expresamente entre los derechos reales conjuntamente con dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas, prenda e hipoteca. Esta naturaleza es patente confor-

<sup>145</sup> Para OLAVARRÍA, el derecho real de herencia es el que "consiste en la facultad del heredero o herederos de adquisición y reclamación del todo o parte del patrimonio de una persona fallecida y los autoriza para tomar posesión de la herencia, para usar, gozar y disponer de consuno de los bienes hereditarios y los hace, además personal e ilimitadamente responsables de las obligaciones hereditarias y cargas testamentarias. Este derecho nace con el fallecimiento del causante y se extingue con la partición y liquidación de la herencia" (OLAVARRÍA AQUEVEQUE, Ó., *Elementos del Derecho sucesorio chileno*, Santiago, 2004, pp. 67 y 68).

me a la definición de derecho real que proporciona el propio artículo en su inciso primero, siempre que el derecho real de herencia es el derecho a suceder a una persona sin respecto a otras. Además, este derecho está protegido por una acción propia, que es la de petición de herencia, distinta de la acción reivindicatoria destinada a proteger la propiedad.

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

En este sentido, señala SOZA que "parece más correcto pensar que la herencia, una vez aceptada, constituye al heredero único en dueño de las cosas de la herencia, o codueño en el caso de que existan varios herederos, los cuales, en el momento de la adjudicación, pasan a ser dueños absolutos de cada cosa singular. Por lo demás, esta afirmación concuerda plenamente con los arts. 2304 y ss. del Código, donde se reglamenta la comunidad sobre una cosa universal o singular, siendo típicamente comunidad universal la que se genera con ocasión de la muerte del *de cuius*. Así lo afirma también el art. 2306: "Si la cosa es universal, como una herencia, cada uno de los comuneros...". Refuerza este razonamiento el hecho de que, en la regulación de la partición de bienes, se trate especialmente de la que se produce para poner fin a una indivisión o comunidad de origen hereditario". "De este modo, si consideramos al conjunto de los herederos como comuneros, es decir, como condóminos, está de más considerarlos como titulares de un derecho real cuyo contenido es precisamente el dominio común sobre esos bienes. Esta duplicidad nos parece excesivamente rebuscada, y por lo demás innecesaria. En efecto, cuando hay bienes en la herencia, que es lo más común, el contenido del derecho de herencia no puede ser sino real, esto es, consistente en bienes, de modo que, de aceptarse la existencia del derecho real de herencia, concurrirían dos derechos reales cuyo objeto es idéntico".<sup>146</sup>

100. RECAE SOBRE UNA UNIVERSALIDAD JURÍDICA. Como se sabe, las universalidades pueden ser de hecho o de derecho. Las de hecho son un conjunto de

<sup>146</sup> SOZA RIED, M., *La Cesión del Derecho Real de Herencia y de una Cuota Hereditaria*, Revista de Derecho, Universidad Austral [online], diciembre de 2004, vol. 17 [citado 19 de julio de 2005], <http://mingaonline.uach.cl>, p. 4.

bienes que, no obstante su individualidad, jurídicamente se consideran como un todo, como por ejemplo, un rebaño o una biblioteca. Las universalidades de derecho son un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que jurídicamente son considerados como un todo diferente de los individuos que lo componen; se trata de una abstracción jurídica.

El objeto del derecho real de herencia es precisamente una universalidad jurídica: el patrimonio de la persona que fallece o una parte o cuota de este patrimonio, que se transmite a los herederos sin experimentar alteraciones o modificaciones, cuestión de evidente relevancia a la hora de calificar la naturaleza jurídica de este derecho.

101. TIENE UNA VIDA EFÍMERA. Quizá esto pueda ser considerado como una excepción al principio de que los derechos reales tienen vocación de permanencia, a diferencia de los derechos personales o créditos que están llamados a extinguirse. Este derecho nace con el fallecimiento del causante y sobrevive hasta que se verifica la partición y la adjudicación de los bienes hereditarios a los herederos. Allí se produce el tránsito del derecho real de herencia al derecho de dominio.<sup>147</sup>

102. NATURALEZA JURÍDICA. La parca regulación legal del derecho real de herencia entre nosotros, ha determinado que resulten muy dudosas las reglas que le resultan aplicables en materias relevantes, especialmente en lo que hace a su tradición y adquisición o pérdida por prescripción. A fin de establecer un estatuto jurídico que resuelva estos vacíos, doctrinariamente se desarrollaron dos doctrinas opuestas. La primera establece el carácter *sui generis* de este derecho, y le aplica el estatuto jurídico de los bienes muebles por ser éste la regla general. La segunda, a fin de establecer el régimen jurídico aplicable a este derecho,

<sup>147</sup> La misma SOZA, en abierta crítica a esta condición del derecho real de herencia, escribe que "esta afirmación resulta sorprendente ya que, a *contrario sensu*, significa que, cuando hay único heredero, caso en que la partición está de más, no hay derecho real de herencia. En otras palabras, o el derecho real de herencia es efímero en todo caso, esto es, habiendo uno o más herederos, o es permanente. No parece lógico afirmar que es permanente para el caso de único heredero, y, en cambio, efímero en el caso de pluralidad de herederos que forman la comunidad hereditaria, en el sentido de que desaparece con la partición". "Por otra parte, la referida afirmación relativa a la transitoriedad del derecho de herencia refuerza implícitamente la idea de que éste se confunde con el de copropiedad que se genera al interior de la comunidad hereditaria, que precisamente desaparece con la partición. Por lo visto, parece necesario afirmar que el derecho real de herencia es efímero, para evitar que se confunda éste con el derecho de dominio exclusivo de los efectos hereditarios, que ostenta cada uno de los herederos desde el momento de la partición". "Por último, resulta difícil concebir un derecho real de carácter intrínsecamente efímero, dado que lo que precisamente caracteriza al derecho real frente al personal es su permanencia en el tiempo" (ibídem, p. 5).

subordina su naturaleza jurídica al tipo de bienes que componen la masa hereditaria.

103. DOCTRINA DE DON LEOPOLDO URRUTIA. Según don LEOPOLDO URRUTIA, la herencia es una universalidad jurídica diferente de los bienes que individualmente la componen; jurídicamente es distinta de los muebles o inmuebles que en ella se encuentren. Por lo mismo es un derecho *sui generis*, particular o abstracto, aun cuando en la herencia sólo existan bienes muebles o bienes inmuebles. A falta de una normativa particular aplicable a este derecho, él debe regirse por el estatuto de los bienes muebles, puesto que el que impera para los inmuebles es de carácter excepcional.<sup>148</sup>

104. DOCTRINA DE DON JOSÉ RAMÓN GUTIÉRREZ. Conforme la opinión de JOSÉ RAMÓN GUTIÉRREZ los derechos son muebles o inmuebles, dependiendo de los bienes sobre los que ellos recaen (artículo 580). La herencia, en cuanto a su naturaleza jurídica, entonces, estará subordinada al tipo de bienes que la compongan. Si solamente se compone de bienes muebles, la naturaleza del derecho real de herencia es mueble, y se rige por el estatuto jurídico previsto para estas cosas. Si la herencia está compuesta sólo por bienes inmuebles, la naturaleza jurídica de este derecho será inmueble, rigiéndose en consecuencia por las normas propias de este tipo de bienes. Si está compuesta la herencia de bienes muebles e inmuebles, quiere decir entonces que su naturaleza es mixta, quedando sujeta, según esta opinión, al estatuto de los bienes inmuebles.<sup>149</sup>

105. ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL DE HERENCIA. La herencia puede adquirirse por tres modos de adquirir el dominio, por sucesión por causa de muerte, por tradición y por prescripción.

106. ADQUISICIÓN POR SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE. El modo habitual por el que se adquiere la herencia es la sucesión por causa de muerte. Al producirse el deceso del causante, los herederos, por el solo ministerio de la ley, y aun cuando ellos los ignoren, adquieren el derecho real de herencia. Explican a este respecto PLANIOL y RIPERT que la transmisión a los herederos de los bienes dejados por el causante es inmediata, ella opera de pleno derecho. El patrimonio de difunto es adquirido por sus sucesores sin solución de continuidad en la propie-

dad. No existe una especie de yacencia de la herencia como en el Derecho Romano, pues los bienes de la sucesión no son *res nullius*, en el bien entendido que los sucesores estén dispuestos a adquirir.<sup>150</sup>

Lo que el heredero adquiere es sólo el derecho real de herencia, y pasará a formar parte de la comunidad hereditaria que se forme al momento de la muerte del causante. No adquiere de inmediato el dominio exclusivo de los bienes que componen la herencia, ello sucederá sólo cuando acontezca la partición y adjudicación de estos bienes a cada heredero, pero una vez que esto ocurra, 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 (artículo 1344). Si sólo existe un heredero, éste adquirirá al mismo tiempo el derecho real de herencia y el dominio exclusivo de los bienes que la componen y que pertenecían al causante.

A pesar de que la adquisición del derecho se verifica *ipso iure*, el heredero es llamado a aceptar o repudiar la herencia, y cualquiera de las dos decisiones que adopte opera de manera retroactiva al momento en que se defirió la asignación. Esto lleva a cuestionarse por qué razón si la adquisición del derecho real opera por el solo ministerio de la ley se llama al asignatario a aceptar o repudiar. La respuesta ya ha sido dada, nadie puede adquirir derechos en contra de su voluntad, lo que en este caso implica que nadie es heredero si no lo desea. Por otra parte, si el causante tenía muchas deudas, la calidad de heredero más que un beneficio puede ser un perjuicio, siempre que el heredero asume la responsabilidad por ellas. De ahí que la ley, a pesar de esta adquisición *ipso iure*, haga un llamado a aceptar o repudiar la asignación.

107. ADQUISICIÓN POR TRADICIÓN. Es un modo de adquirir el derecho real de herencia que está contemplado en los artículos 1909 y 1910 del Código Civil, denominado cesión de derechos hereditarios. La tradición del derecho real de herencia tiene lugar cuando el heredero, una vez fallecido el causante, transfiere a un tercero la totalidad de la herencia o una cuota de ella. El tercero, a diferencia del heredero, no adquiere por sucesión por causa de muerte: lo hace por tradición. Por este medio no se ceden bienes determinados, sino que o la totalidad de la herencia o una cuota de ella. A este respecto señala el artículo 1909 que "el que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable, sino de su calidad de heredero o de legatario".

<sup>150</sup> Cfr. *Trad.*..., T. IV, cit., p. 231.

<sup>148</sup> Cfr. URRUTIA, L., *Cesión de derechos hereditarios*, RDJ, T. 6, primera parte, pp. 222 y ss.

<sup>149</sup> Cfr. GUTIÉRREZ, J.R., *Cesión de derechos hereditarios*, RDJ, T. 7, primera parte, pp. 8 y ss.

La forma en que se efectúa la tradición de este derecho real va a depender de la naturaleza jurídica que a él se le atribuya. Si se sostiene la tesis de GUTIÉRREZ, será necesario determinar si la herencia está compuesta sólo de inmuebles o si éstos coexisten con muebles, requiere de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces; o si sólo está compuesta de bienes muebles, caso en el que esta inscripción no es necesaria, bastando cualquiera de las formas posibles de tradición de estos bienes según el artículo 684. Por el contrario, si se acepta la tesis de URRUTIA, la herencia debe ser entendida como una universalidad jurídica distinta de los bienes que individualmente la componen; se trata de un derecho *sui generis* que, a los efectos de la tradición, se rige por el estatuto de los bienes muebles, no requiriendo de inscripción de ninguna especie, ni siquiera de las inscripciones a que da lugar el artículo 688.

La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia comparte esta última solución<sup>151</sup>. De modo que la tradición del derecho real de herencia deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio (artículo 684). Podría ser mediante la entrega material de los bienes comprendidos en la herencia; podría declararse en la misma escritura de venta del derecho que las partes manifiestan la intención de transferirlo o diciendo que en ese acto se hace la tradición; podría entenderse efectuada por la comparecencia del adquirente solicitando la posesión efectiva, lo que haría suponer que se ha efectuado la tradición del derecho; incluso, se ha resuelto que si el demandado ha solicitado la nulidad del testamento, es porque se ha efectuado la tradición del derecho real de herencia<sup>152</sup>. Sin embargo, en la práctica, muchas veces esta inscripción se exige por parte de los adquirentes del derecho o por parte de los que deseen adquirir de él los bienes que les fueron adjudicados.

Se puede afirmar, que, a partir de 1989, la tesis de URRUTIA tiene consagración legal. La Ley N° 18.802 de 1989, modificó el artículo 1749 del Código Civil,

<sup>151</sup> Con todo, aún persisten ciertas voces disidentes. Así, por ejemplo SOZA, sostiene que "la forma de entrega o tradición de lo cedido depende de si se cede la herencia o la cuota hereditaria. En el primer caso, deben cederse las cosas de acuerdo con la naturaleza de las mismas; en caso de cederse una cuota, la entrega es meramente simbólica". "En caso de que la herencia contenga inmuebles, habrá que hacer la misma distinción que se hace a propósito de la forma de entrega. Si se cede una cuota, la inscripción de la cesión no es necesaria como modo de efectuar la tradición, ya que no se enajena bien alguno. Las inscripciones especiales de herencia, que se exigen también al cesionario, sólo se establecen para disponer de consuno de los inmuebles contenidos en la sucesión. Si se cede la herencia entera, en cambio deberá entregarse el inmueble contenido en la cesión a través de la inscripción del título en el Registro del Conservador de Bienes Raíces" (ob. cit., p. 15). También RODRÍGUEZ QUIROS, J. M., *Cesión de derechos hereditarios*, Boletín informativo mensual de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile, noviembre-diciembre, 1997, pp. 17 y 18.

<sup>152</sup> Cfr. RDJ, T. 50, 1, p. 90.

aumentando las limitaciones del marido como administrador de la sociedad conyugal. Una de estas limitaciones agregadas consiste en que el marido no puede disponer de los derechos hereditarios de su mujer sin la autorización de ella. Lo cierto es que este artículo 1749 se refiere a la administración de bienes sociales; luego, la única manera de explicar que el marido tenga esta limitante es entendiendo, al igual que lo ha hecho el legislador, que este derecho es un bien que se rige por las normas de los bienes muebles, y que por ello ingresó al haber social y no al haber propio de la mujer. Recuérdese que, según el artículo 1725 N° 4, en relación con el artículo 1732, los bienes muebles adquiridos a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal, ingresan al haber social, con cargo a la correspondiente recompensa en favor del aportante (haber relativo). En este caso lo que ocurre es que el derecho real de herencia sería un bien mueble adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, y como tal, ingresa al haber social.<sup>153</sup>

También la mayor parte de la doctrina estima que mediante la tradición del derecho real de herencia no se transfiere el carácter de heredero al adquirente. Se aplicaría en la especie la regla *semel heres semper heres* (el que es heredero continúa como heredero). No hay, por tanto, una suerte de subrogación en la calidad de heredero que tiene el cedente, sino que, en rigor, lo que existe es sólo un traspaso del activo sucesoral al cesionario, los efectos de ser heredero, pero la calidad de heredero y la responsabilidad que de ella deriva ante los acreedores hereditarios y testamentarios permanece en el cedente. Frente al cedente, el cesionario adquiere la universalidad, pero frente a los acreedores solamente el activo y ellos no tienen por qué, necesariamente, perseguir al cesionario. Ante al acreedor hereditario o testamentario su deudor es el asignatario, pero no el cesionario; él no ha sido parte de la convención por la que se cedieron los derechos y no ha existido, por tanto, novación por cambio de deudor según el artículo 1635.<sup>154</sup>

<sup>153</sup> Si sobreviene la partición de la herencia y a la mujer se le adjudica un inmueble, la situación cambia totalmente. Por el efecto declarativo y retroactivo de la partición debe entenderse que la mujer jamás fue comunera y que siempre fue propietaria exclusiva del bien adjudicado (artículo 1344), dicho bien ingresa al patrimonio personal de la mujer. Se trata de un bien inmueble adquirido por ella a título gratuito durante la vigencia de la sociedad conyugal. Lo mismo ocurrirá cuando la mujer sea legataria de un bien inmueble. Ella no adquiere el derecho real de herencia, sino que el derecho de dominio sobre un bien raíz a título gratuito (artículo 1726).

<sup>154</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 118 y RAMOS PAZOS, R., *Sucesión por causa de muerte*, Santiago, 2008, pp. 28 y 29. Señala BORDA que "algunos fallos y autores han sostenido que el cesionario es un sucesor universal; pero tal opinión no resiste el análisis. El cesionario no es un sucesor universal del causante: a) porque no hay sucesión universal por contrato (...); b) porque las obligaciones del causante no se transfieren de modo pleno al cesionario; en efecto, si bien éste queda personalmente obligado por estas deudas, los acreedores pueden hacer caso omiso de la cesión y dirigirse contra el heredero (...); c) porque no responde *ultra vires* (...). Tampoco es sucesor universal del heredero: a) ante

Con todo, la jurisprudencia no ha efectuado esta distinción. En alguna ocasión se ha entendido que con la tradición del derecho real de herencia se transfiere el carácter de heredero, pasando el cesionario a ocupar su situación jurídica, señalando incluso que se produce una subrogación personal entre el cesionario y el cedente<sup>155</sup>. De hecho, SOMARRIVA sostiene que la circunstancia de que el cedente no transfiera su condición de heredero, tiene un carácter más teórico que práctico, por cuanto en los hechos la situación de cesionario es exactamente igual a la del heredero: puede solicitar posesión efectiva y la partición de bienes, puede ejercer las acciones de reforma de testamento y petición de herencia, tiene derecho de acrecimiento y

#### Continuación nota 154

todo por la razón antedicha de que no hay sucesión universal por contrato; b) en segundo lugar, porque el cesionario no transfiere todo su patrimonio, ni tampoco una parte alcuota de él; transfiere solamente un conjunto de derechos y obligaciones unidos por el lazo común de haberlos recibido en esa sucesión". "Hay que admitir, por tanto, que el cesionario es un sucesor a título particular. Este es el criterio admitido por la mayor parte de nuestra doctrina y jurisprudencia" (*Tratado...*, T. I, cit., pp. 561 y 562). De la misma forma explica PÉREZ LASALA que "el cesionario no se subroga en la posición jurídica del heredero, sino que adquiere un conjunto indeterminado de bienes de éste. El heredero conserva la calidad de tal, y frente a los acreedores sigue respondiendo de las deudas hereditarias. El heredero conserva la calidad de tal, y frente a los acreedores sigue respondiendo por las deudas hereditarias. El traspaso de las deudas al cesionario no se produce, frente a los acreedores, si éstos no lo consisten" (*Curso...*, cit., pp. 394 y 395). "El heredero no enajena o transmite su título de tal, su condición sucesoria, porque es personalísimo e intransferible *inter vivos*: por tanto el adquirente de la herencia no es sucesor universal *mortis causa* del difunto, sino un mero receptor de los bienes que recibe del heredero: un sucesor *inter vivos* y a título particular, que por la consumación del contrato adquisitivo deviene propietario de las cosas, acreedor de los créditos del causante, etc., mas nunca heredero" (LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, T. V, *Sucesiones*, Madrid, 2004, p. 147). Sobre la particular situación de la confusión como modo de extinguir las obligaciones en caso de cesión hereditaria, BUSTAMANTE SALAZAR, L., *El efecto extintivo de la confusión en la enajenación de la herencia por título oneroso*, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, T. XIX, 1998, pp. 371 y ss.

<sup>155</sup> Cfr. RDJ, T. 12, 1, p. 212. Esta doctrina se mantiene en sentencias recientes. La Corte Suprema resolvió el 24 de enero de 2008, que "la herencia es un derecho real que comprende la totalidad de los derechos y obligaciones transmisibles del causante o una parte o cuota de ellos, según estemos ante un heredero universal o ante herederos de cuotas. Se puede decir que es el patrimonio del causante en manos de sus herederos. Es por tanto un derecho universal y al igual que el patrimonio, forma un todo independiente de los elementos que lo componen. En la cesión del derecho de herencia se cede las consecuencias patrimoniales que resultan de la calidad de heredero. Por eso, la cesión del derecho real de herencia propiamente tal puede definirse como la cesión o transferencia a título oneroso que el heredero hace del todo o parte de su derecho de herencia a otra persona. El cesionario debe tomar o adquirir el derecho de herencia en toda su amplitud y cargar también con la participación que le quepa en el pasivo, vale decir, con las obligaciones y gravámenes que a su cuota hereditaria le corresponda; y si el cedente hubiere pagado alguna deuda o carga hereditaria, el cesionario deberá reembolsarle los costos necesarios y prudenciales. En consecuencia, en nuestro derecho el cesionario del derecho de herencia adquiere todos los derechos que tenía el heredero cedente y al mismo tiempo toma a su cargo todas las obligaciones que pesaba sobre éste en razón de la herencia" (c. 5) (*Morales Cornejo con I. Municipalidad de Rengo*, Rol N° 6329/2006).

puede alegar la nulidad absoluta cuando podía hacerlo su cedente, e incluso la jurisprudencia ha resuelto que responde de las deudas hereditarias<sup>156</sup>. Respecto de este último punto, aparentemente el acreedor hereditario o testamentario podría dirigirse a su arbitrio en contra del heredero o en contra del cesionario, puesto que si él no ha sido parte de la cesión no habría novación de la obligación, sino que una delegación imperfecta, lo que permite al acreedor dirigirse en contra del primitivo deudor o en contra del nuevo. Si el cedente pagó al acreedor, podría repetir en contra del cesionario, pues respecto de él le cedió el pasivo y el activo.<sup>157</sup>

El artículo 1910, inciso final, señala que las mismas reglas se aplicarán a los legados. Ello solamente será así en la medida que se transfiera el derecho al legado y no la cosa misma, pues en este último caso, se aplicarían las reglas generales. Así se desprende del artículo 1909 que explica que lo que en estos casos se cede es "un derecho de herencia o legado", pero no el legado mismo. Sin embargo, como anota PEÑAILILLO, no debe dejarse de tener presente que si el legado es de especie, el legatario se hace dueño al momento de fallecer el causante, por lo que si enajena su derecho al legado enajena en buenas cuentas su dominio en la especie, y dicha enajenación se sujetará a las reglas para la tradición de bienes muebles o inmuebles, según sea el caso. Si se trata de un legado de género, por la muerte del causante, el legatario adquiere un derecho personal a exigir su pago. Este derecho se ejerce en contra de los herederos u otros obligados al pago. En este caso, el legatario sí tiene un derecho a legado y, por tanto, puede transferirlo, lo que se sujetará a las normas aplicables a la cesión de derechos personales o créditos.<sup>158</sup>

108. ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL DE HERENCIA POR PRESCRIPCIÓN. No es discutido entre nosotros que la herencia pueda ser poseída por un tercero que no es heredero del causante, es el que se denomina falso heredero. Este sujeto, al no revestir del verdadero carácter de heredero, no puede adquirir por medio de la sucesión por causa de muerte, sino que solamente puede adquirir por vía de la prescripción adquisitiva. Lo mismo aplica si un heredero que lo es sólo en parte, posee por sí solo la totalidad de la herencia.

El artículo 2512, en su regla primera, establece que el derecho real de herencia se adquiere por prescripción extraordinaria de diez años. Sin embargo, de conformidad al artículo 1269, el derecho de petición de herencia expira en diez años, pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 704 (al que se le

<sup>156</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., pp. 85 y 86.

<sup>157</sup> *Ibidem*, pp. 86 y 87.

<sup>158</sup> Cfr. PEÑAILILLO, *Los bienes...*, cit., pp. 201 y 202.

ha conferido la posesión efectiva de los bienes de la herencia), podrá oponer a esta acción la prescripción de cinco años.

De suerte que la regla general en esta materia es que el derecho real de herencia se adquiere por prescripción de diez años, lo que es perfectamente coincidente con la prescripción extintiva de la acción de petición de herencia que también es de diez años. Pero si el heredero ha conseguido que judicial o administrativamente se le confiera la posesión efectiva de la herencia, el plazo de prescripción es de cinco años. Este plazo se cuenta, en el caso de que no haya decreto o resolución administrativa de posesión efectiva, desde que se tomó posesión de la herencia. En el caso de que se haya pronunciado este decreto, el inicio del plazo es más dudoso, pues en algunas ocasiones se ha estimado que se cuenta desde que se inscribe posesión efectiva en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces del lugar que corresponda<sup>159</sup>, y en otras desde que se dicta el decreto correspondiente.<sup>160</sup>

La doctrina<sup>161</sup> y cierta jurisprudencia<sup>162</sup> han entendido que el plazo de cinco años antes aludido es una prescripción ordinaria, en oposición al de diez años que lo sería extraordinaria; cuestión de relevancia a la hora de precisar si este plazo admite o no suspensiones en favor de las personas enumeradas en el artículo 2509. Las razones que se dan habitualmente son las siguientes:

a) El artículo 2512 dice expresamente que la prescripción de diez años es extraordinaria, por lo que cabe concluir que la de cinco es ordinaria.

b) El artículo 704 indica que el decreto judicial o la resolución administrativa que confiere la posesión efectiva, opera como justo título para el falso heredero. La noción de justo título es propia de la posesión regular, la que abre camino a la prescripción adquisitiva ordinaria y no a la extraordinaria.

Se volverá sobre estos extremos en forma más detallada con ocasión del estudio de la acción de petición de herencia.

109. LA POSESIÓN DE LA HERENCIA. La herencia puede ser objeto de posesión, y concretamente puede ser objeto de tres tipos de posesión: la posesión legal, la posesión material y la posesión efectiva.

<sup>159</sup> Cfr. RDJ, T. 50, I, p. 362.

<sup>160</sup> Cfr. FM N° 238, p. 237.

<sup>161</sup> Así ABELIUK MANASEVICH, R. *Las obligaciones*, T. II, Santiago, 1993, p. 1012; ALESSANDRI; SOMARRIVA y VODANOVIC, *Tratado de los derechos reales*, T. II, cit., p. 50; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 156 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 89 y 90.

<sup>162</sup> Cfr. RDJ, T. 50, I, p. 362.

110. LA POSESIÓN LEGAL DE LA HERENCIA. La posesión legal de la herencia es la que se confiere por el solo ministerio de la ley a los herederos. Dispone el artículo 722.1 que la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore. Por otra parte, explica el artículo 688 que al momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero.

La ley entiende que respecto del heredero concurren todos los requisitos que supone la posesión según el artículo 700, aunque así no sea; es decir, en los hechos podría ocurrir que el heredero no tenga ni el *corpus* ni el *animus* respecto de la herencia, pero aun así se le confiere el carácter de poseedor legal. Se trata de una posesión especial, que es siempre regular, que no es viciosa y que solamente corresponde al verdadero heredero y jamás al falso heredero.

Esta posesión comienza con el heredero y en caso alguno es la derivada de la que tenía el causante en su propio patrimonio, cuestión que queda bastante clara en el artículo 717, que señala que la posesión del sucesor comienza en él, y también en el artículo 722, que principia indicando que la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida.

En los hechos, esta forma de posesión es muy poco relevante, pues sólo permite mantener una solución de continuidad entre la del causante y la de sus herederos. En efecto, la posesión legal, a diferencia de la material, no habilita para adquirir por prescripción, puesto que el verdadero heredero adquiere por sucesión por causa de muerte y no requiere de la prescripción adquisitiva.<sup>163</sup> Tampoco, como lo indica el artículo 688, permite disponer de manera alguna de los bienes inmuebles de la herencia, mientras no se cumplan las condiciones que el mismo precepto señala.

111. LA POSESIÓN MATERIAL DE LA HERENCIA. La posesión material de la herencia equivale a la descrita en el artículo 700; es decir, es la tenencia de la herencia con ánimo de señor y dueño, concurriendo, por una parte, la tenencia material y, por otra, la creencia de que se es dueño y señor de ella. Lo normal es que tanto la posesión legal como la material estén en manos de la misma persona: el heredero, pero puede acontecer que no ocurra necesariamente así. Es posible que la pose-

<sup>163</sup> De ahí que haya resuelto la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el 27 de mayo de 2004, que "la posesión legal de una herencia la confieren los artículos 722 y 688 del Código Civil, por el ministerio de la ley al verdadero heredero, por esto no es idónea para prescribir puesto que el heredero ya adquirió por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte, desde su aceptación, aunque sus efectos se retrotraen al momento en que la herencia ha sido deferida (Código Civil artículo 1239)". La Corte Suprema desestimó la casación deducida en su contra por fallo de 18 de abril de 2005 (Legal Publishing 32037).



sión legal corresponda a quien es heredero, estando la posesión material de ella en manos de otro sujeto que es un falso heredero, y que la tenga creyendo que es un verdadero heredero. Esta posesión es la que habilita al falso heredero para adquirir por la prescripción adquisitiva a que se refieren los artículos 2512 y 1269 y 704.

112. LA POSESIÓN EFECTIVA DE LA HERENCIA. La posesión efectiva de la herencia es aquella que se otorga por resolución judicial o administrativa a quien tiene la apariencia de heredero. Esta institución es de carácter procesal o administrativo, y que a pesar de producir ciertos efectos en materia civil, no confiere al que la solicita y la obtiene la calidad de heredero. La calidad de heredero se adquiere por el ministerio de la ley con independencia de lo que diga o no diga la posesión efectiva. El hecho que un heredero no sea incluido en ella no lo priva de la condición de tal, así como la circunstancia de ser incorporado en ella sin serlo, no por eso otorga la condición de heredero.<sup>164</sup>

A partir de la Ley N° 19.903, de 10 de octubre de 2003, la posesión efectiva se otorga ya por resolución judicial, ya por resolución administrativa, dependiendo de si la sucesión es o no testada. De acuerdo al artículo 1° de la citada ley "las posesiones efectivas de herencias, originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, serán tramitadas ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad a lo dispuesto en la presente ley. Las demás serán conocidas por el tribunal competente de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil". Luego, si se trata de una sucesión testada o abierta en el extranjero, sea testada o intestada, la posesión efectiva se concede por resolución judicial. Si se trata, en cambio, de una sucesión intestada abierta en Chile, la posesión efectiva de ella se concede por resolución administrativa.

Conforme al artículo 877 del Código de Procedimiento Civil, la posesión efectiva se concede a quien exhiba un testamento aparentemente válido en el que se le instituya heredero, lo que deja claro que a quien se le confiere esta posesión no tiene necesariamente que ser verdadero heredero. Asimismo, según el artículo 1269, al falso heredero que se le confiere la posesión efectiva de los bienes de la herencia, requiere de cinco años de prescripción para adquirir el dominio de la

<sup>164</sup> En este sentido la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 25 de marzo de 2010, resolvió muy acertadamente, que si un heredero ocupa un inmueble que es parte de la masa hereditaria, no puede afirmarse que lo hace sin título alguno o por mera tolerancia del dueño, y que no obsta a ello la circunstancia de que el ocupante de la propiedad haya sido preterido en el auto de posesión efectiva de los bienes quedados al fallecimiento de la causante, "atendido a que la resolución administrativa o el decreto judicial que la otorga sólo reconoce que determinadas personas tienen la calidad de herederos" (c. 2 y 3) (Rol N° 4045/2009).

herencia, lo que demuestra que a pesar de que se le otorga la posesión efectiva de la herencia, ello no lo convierte en heredero.

Sin perjuicio de lo antes dicho, y como se advierte, esta posesión efectiva es relevante en el bien entendido que, en principio, a quienes se les confiere son reputados herederos del causante. Permite mantener la historia fidedigna de la propiedad raíz, siempre que la resolución que la confiere debe ser inscrita en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces correspondiente; válida el pago efectuado a los que les fue otorgada en calidad de herederos del causante según el artículo 1576; permite adquirir por prescripción en un plazo más breve y permite determinar el impuesto que deben pagar las asignaciones por causa de muerte, ya que para que ella sea concedida se requiere un inventario de los bienes y la determinación de qué es lo que corresponde a cada asignatario.

113. INSCRIPCIONES CONSERVATORIAS A QUE DA LUGAR LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE. Dispone el artículo 688, después de la Ley N° 19.903, que en el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no proceda:

1°. La inscripción del decreto judicial o la resolución administrativa que otorgue la posesión efectiva: el primero ante el Conservador de Bienes Raíces de la comuna o agrupación de comunas en que haya sido pronunciado, junto con el correspondiente testamento, y la segunda, en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas.

2°. Las inscripciones especiales prevenidas en los incisos primero y segundo del artículo precedente (inscripción del o los inmuebles a nombre de todos los herederos): en virtud de ellas, podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios, y<sup>165</sup>.

<sup>165</sup> Si bien resulta claro que una vez inscritos los inmuebles a nombre de todos los herederos ellos pueden enajenarlos de común acuerdo, no está igualmente claro si es posible que solo uno de ellos disponga de la cuota que teóricamente le corresponde en alguno de dichos inmuebles. En principio la respuesta debiera ser negativa, ya que se estaría disponiendo de la cuota que tiene un comunero en un bien que forma parte de una universalidad jurídica que es la herencia. El comunero indiscutiblemente es titular de una cuota en esa universalidad, pero ella no se comunica en cada uno de los bienes de la herencia. Nadie garantiza que en la partición de la herencia ese bien del que dispuso en parte le sea adjudicado al heredero que decidió enajenar la supuesta cuota que tendría en él. Sin embargo, la doctrina tiende a aceptar la validez de este tipo de enajenaciones, pero con efectos harto precarios, pues si en la partición esa cuota no resulta adjudicada al comunero enajenante, se habría producido una venta de cosa ajena (cfr. SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Indivisión y partición*, Santiago, 1981; pp. 118 a 120). También las sentencias recientes se orientan en este sentido. Así, por ejemplo, el fallo de la Corte Suprema de fecha 13 de agosto de 2007, rechazó la demanda de nulidad absoluta dirigida en contra de una compraventa de derechos sobre uno de los inmuebles que formaban parte de la comunidad hereditarias. Según la Corte la exigencia del común

3°. La inscripción especial prevenida en el inciso tercero, se entiende del artículo 687 (adjudicación en la partición del o los inmuebles a uno de los herederos): sin ésta, no podrá el heredero disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido.

A pesar de que esta norma está contenida en el párrafo 3 del Título VI del Libro II, relativo a las otras especies de tradición, lo cierto es que estas inscripciones no son exigidas como forma de efectuar la tradición de los bienes inmuebles que componen la herencia. El modo de adquirir en este caso es la sucesión por causa de muerte y no la tradición, y no es posible pensar que se adquiriera mediante dos modos diferentes. Estas inscripciones se exigen exclusivamente con el objeto de mantener la historia fidedigna de la propiedad raíz, pues si ellas no existieran no sería posible mantener la continuidad registral de los inmuebles: ellos figurarían inscritos a nombre del causante. De allí que se exija la inscripción de la posesión efectiva, del testamento, si lo hay, y la inscripción de los inmuebles a nombre de todos los herederos e incluso del acto de partición y adjudicación.

Las inscripciones anteriores se exigen, según el tenor del artículo 688, para la disposición de los bienes inmuebles. Respecto de los muebles, dada esta ausencia, podría colegirse que no es necesario para disponer de ellos inscripción alguna. Sin embargo, el artículo 25 de la Ley N° 16.271 dispone que para los efectos de esta ley el heredero no podrá disponer de los bienes de la herencia, sin que previamente

Continuación nota 165

acuerdo de los herederos está destinada "a impedir que uno cualquiera de los herederos, y no todos, enajene un bien raíz de que es dueño toda la comunidad hereditaria, pero no obsta a que uno cualquiera de los herederos enajene la cuota que le corresponde en el dominio del bien, cobrando vigencia y aplicación lo dispuesto en el artículo 1812 del Código Civil, de acuerdo al cual si la cosa es común de dos o más personas proindiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas podrá vender su cuota, aun sin el consentimiento de las otras. Sólo en virtud de la tercera inscripción a que se refiere el artículo 688 que alude al acto de partición puede el heredero (adjudicatario) disponer particularmente de un inmueble hereditario, pero como se dijo, la falta de esta inscripción en nada impide la enajenación de la cuota que le corresponde en el bien, mientras permanece indiviso". "En consecuencia, al estimarse ajustada a derecho la enajenación por parte de uno de los miembros de la comunidad hereditaria, de la cuota que a éste correspondía en uno de los inmuebles hereditarios, sin que hubieran consentido en ello los demás coherederos, no han cometido los sentenciadores de la instancia los errores de derecho que se les atribuye en el recurso, motivo suficiente como para que la casación en el fondo intentada sea desestimada" (c. 6 y 7) (LegalPublishing 37111). En igual sentido la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua de 3 de mayo de 2006, Rol N° 1305/2005. En cuanto a los efectos de este contrato, la sentencia de la Corte Suprema de 16 de mayo de 2001, señala que si al vendedor de los derechos en inmuebles que forman parte de la herencia, se le adjudican dichos bienes "la compraventa cuya nulidad se pretende habrá producido todos sus efectos. Y si se adjudican a otro de los comuneros, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1344 del Código Civil, puede procederse como en el caso de la venta de cosa ajena, es decir, la venta es válida pero sin perjuicio de los derechos del dueño, esto es, el asignatario, quien podrá ejercer la acción de dominio correspondiente para recuperar la cosa" (RDJ, T. 98, I, p. 112, c. 8).

te se haya inscrito la resolución que da cuenta la posesión efectiva de la herencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 688 del Código Civil.

Además, y no obstante lo que indica el artículo 688 del Código Civil y el artículo 25 de la Ley N° 16.271, la verdad es que no basta con el cumplimiento de estos requisitos para que los herederos puedan disponer de los bienes hereditarios, ya que para que ello sea posible, según se desprende del artículo 54 de la Ley N° 16.271, es necesario que se pague o asegure el pago del impuesto a las asignaciones hereditarias.

114. PROBLEMAS ORIGINADOS POR LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 688. La redacción dada por la Ley N° 19.903 al artículo 688, genera una serie de problemas:

a) El encabezado del nuevo artículo 688 confunde la posesión efectiva con la posesión legal. Se enredó lo que estaba claro desde siempre. Se trata de un error doctrinariamente grave. La norma, al disponer que "en el momento de deferirse la herencia, la posesión efectiva de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero...", incurre en una confusión inaceptable. La única posesión que se concede por el solo ministerio de la ley es la posesión legal. La posesión efectiva se otorga o por resolución judicial o por resolución administrativa, nunca por la ley. De hecho, la nueva Ley se encarga de establecer un procedimiento para conceder la posesión efectiva sea por resolución de los tribunales, sea por resolución del Servicio de Registro Civil e Identificación, lo que hace evidente que ella no puede ser otorgada de pleno derecho. El error se hace manifiesto cuando la propia norma indica que "pero esta posesión legal...". Resulta obvio que se ha confundido la posesión efectiva con la legal.

b) Si bien la Ley N° 19.903 modificó el texto del artículo 688; a fin de adecuarlo a la posibilidad de que la posesión efectiva se otorgue por resolución administrativa del Director Regional del Servicio de Registro Civil, se omitió modificar el artículo 55 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, que sigue refiriéndose sólo al decreto judicial que da la posesión efectiva.

c) El número 1 del 688 sugiere que las resoluciones judiciales que confieren posesión efectiva, en los casos en que ellas son procedentes, no se inscriben en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas; lo que es un error. De la misma forma sugiere que de las resoluciones administrativas que se dicte por el Director Regional del Registro Civil e Identificación, concediendo una posesión efectiva, no darán lugar a constancia alguna en el Conservador de Bienes Raíces. Ello tampoco es exacto.

En efecto, dice la norma que es necesaria la inscripción del decreto judicial o la resolución administrativa que otorgue la posesión efectiva, el primero; esto es el decreto judicial, ante el Conservador de Bienes Raíces de la comuna o agrupación

de comunas en que haya sido pronunciado, y la segunda; es decir, la resolución administrativa, en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas. Entonces parecería que cada resolución tiene su propio ámbito de inscripción: la judicial en el Conservador y la administrativa en el Registro Civil. De esta forma no se inscribiría la resolución judicial en el Registro Civil, ni la administrativa en el Conservador.

Sin embargo, esto no es así. En el Registro Nacional de Posesiones efectivas no sólo se inscriben las posesiones efectivas otorgadas por resoluciones administrativas, sino que también las conferidas por resolución judicial. Dispone el inciso tercero del artículo 882 del Código de Procedimiento Civil que "hechas las publicaciones a que se refieren los incisos anteriores y previa agregación de una copia autorizada del inventario, el tribunal ordenará la inscripción de la posesión efectiva y oficiará al Servicio de Registro Civil e Identificación, dando conocimiento de este hecho". Resulta obvio que el conocimiento que da el tribunal al Servicio de haberse concedido la posesión efectiva es para que ella sea incluida en el Registro Nacional. Más claro todavía resulta el artículo 32 del Reglamento de la Ley cuando dispone que "la inscripción en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas se hará por medios automatizados y en él se inscribirán las resoluciones que concedan la posesión efectiva, emanadas de la Dirección Regional respectiva y de los Tribunales de Justicia, en los casos de sucesiones testamentarias o intestadas abiertas en el extranjero". De esta forma, y según antes ya se ha dicho, resulta erróneo lo que sugiere el N° 1 del artículo 688 del Código Civil, en cuanto a que solamente se inscriben en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas las que otorga el Servicio Civil.

De la misma forma, aunque a la inversa, no es del todo exacto concluir que las posesiones efectivas que se conceden por resolución administrativa del Registro Civil no tengan constancia alguna en el Conservador de Bienes Raíces. De acuerdo al artículo 8.2 de la Ley N° 19.903 "el hecho de haberse inscrito la resolución en este Registro, será acreditado por el Servicio mediante un certificado que contendrá todas las menciones señaladas en el inciso tercero del artículo 5° y con su mérito, los interesados podrán requerir las inscripciones especiales que procedan". De modo que la certificación de haberse otorgado administrativamente una posesión efectiva por parte del Registro Civil constará en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, siendo ello necesario para proceder a la inscripción de los inmuebles de la masa a nombre de todos los herederos. En los hechos, el certificado respectivo se viene agregando al Registro de documentos del Conservador respectivo.

115. SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LAS REFERIDAS INSCRIPCIONES CONSERVATORIAS. Desde hace mucho se discute cuál es la sanción para el evento en que los herederos dispongan de un bien hereditario sin dar cumplimiento a lo

previsto en el artículo 688. La jurisprudencia, en esta cuestión, manifestó una evidente evolución en un período de unos cinco a ocho años, dando lugar a varias soluciones diferentes:

116. LA TESIS DE LA NULIDAD ABSOLUTA. La primera interpretación de la jurisprudencia fue que los actos otorgados sin cumplir con los requisitos a que alude el artículo 688 eran nulos absolutamente. Se consideró que el artículo 688 era una norma prohibitiva, por lo que teniendo presente el artículo 10 era natural que la sanción a aplicar fuese este tipo de nulidad. Además, se entendió que toda la organización de la propiedad raíz era de orden público, lo que abonó la idea de hacer aplicable este tipo de sanción. En un comienzo se pensó que esta sanción era incluso aplicable a las ventas forzadas, interpretación que posteriormente fue dejada sin efecto para entender que la sanción de la nulidad absoluta sólo era aplicable a las ventas voluntarias, puesto que el artículo 688 impide a los herederos disponer de los bienes inmuebles hereditarios, pero en el caso de las ventas forzadas no son ellos los que efectúan la disposición.<sup>166</sup>

La doctrina criticó esta solución por tres razones. En primer lugar, porque el artículo 688 no es de carácter prohibitivo, sino que imperativo. No prohíbe disponer de los inmuebles de la herencia, sino que lo permite bajo ciertas inscripciones, de allí que no sea aplicable la sanción prevista en el artículo 10 del Código Civil. En segundo lugar, la nulidad absoluta no puede ser ratificada por la voluntad de las partes y, en este caso, los herederos podrían disponer de los bienes y luego efectuar las inscripciones correspondientes, lo que valida la tradición en forma retroactiva según el artículo 682. Finalmente, la nulidad absoluta se sana por el transcurso de diez años, cosa que no ocurre en la especie, ya que la norma impide disponer de los inmuebles mientras no se efectúen las inscripciones que él menciona, sin importar el tiempo que transcurra.

117. LA DOCTRINA DE LA NULIDAD DE LA TRADICIÓN. La segunda solución de la jurisprudencia fue la de entender que el acto o contrato por el que se disponía de los inmuebles era válido, pero que la tradición de los mismos sería nula. Se argumentó que el artículo 688 señala que no se puede disponer de los inmuebles, expresión que significa enajenar, transferir el dominio, y quien vende no lo transfiere. De ello se seguía que si se vendía un inmueble sin estas inscripciones, el acto de venta era válido, no así la tradición del inmueble que era nula.<sup>167</sup>

<sup>166</sup> Cfr. RDJ, T. 2, 1, p. 393; T. 6, 1, p. 266 y T. 7, 1, p. 117.

<sup>167</sup> Cfr. RDJ, T. 7, 1, p. 453.

Esta solución también ha sido objeto de reparos doctrinarios. Por una parte, se reitera que la tradición no puede ser sancionada con nulidad absoluta, porque siempre está la posibilidad de sanearla en los términos del artículo 682. Por otra parte, no puede pensarse que en el caso de la compraventa el contrato sea válido, pero no la tradición, pues el artículo 1810 señala que pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida por ley.

118. LA TESIS DE LA MERA TENENCIA. La tercera solución y que es la vigente, es que la sanción es la mencionada en el artículo 696, con lo que el adquirente de estos inmuebles queda como mero tenedor y no adquiere ni el dominio ni la posesión. Se señaló que la sanción de la nulidad absoluta prevista en el artículo 10 sólo es procedente para el caso que no se disponga otra sanción por la ley, cosa que en este caso acontece con el artículo 696 que indica que los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del referido derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena. Luego, la persona que adquiere uno de los inmuebles de la herencia, sin que se hayan efectuado las inscripciones ordenadas en el artículo 688, no queda como dueño ni como poseedor, sino que sólo como mero tenedor.<sup>168</sup>

La doctrina también ha criticado esta solución por varias razones:

a) Por una parte debe tenerse presente que, de conformidad al artículo 714, el mero tenedor es quien tiene materialmente una cosa, pero que reconoce dominio ajeno, cosa que no ocurre con el que adquiere un bien que era parte de la herencia sin efectuarse las inscripciones que ordena el artículo 688. Este sujeto no reconoce dominio ajeno, muy por el contrario, cree que es el dueño y señor del bien adquirido. Si en la adquisición del dominio ha faltado un requisito, ello no puede conducir a que el adquirente quede como mero tenedor, sino que como poseedor.

b) Por otro lado ocurre que si el adquirente del bien hereditario queda como mero tenedor, sucedería que los herederos que enajenaron seguirían como dueños y poseedores, lo que resultaría francamente absurdo, pues no sólo no serían sancionados por no inscribir los bienes de conformidad al artículo 688 antes de su disposición, sino que además se los beneficia con mantenerlos en su calidad de propietarios y poseedores.

<sup>168</sup> Cfr. RDJ, T. 10, 1, p. 54; T. 23, 1, p. 129 y T. 28, 1, p. 205. Esta es también la tesis que está recogida en la sentencia de la Corte Suprema de 16 de mayo de 2001, cuando señaló que "el legislador jamás ha pensado en la nulidad de los títulos translativos de dominio celebrados por el herederos antes de la triple inscripción que se viene señalando, sino que sólo les niega a esos títulos, como los dice el artículo 696 del Código Civil, su eficacia para transferir, mientras tales inscripciones no se efectúen" (RDJ, T. 98, 1, p. 112, c. 5).

c) Por otro lado se ha sostenido que la remisión que hace el artículo 696 a las inscripciones prescritas en los artículos anteriores, no podría entenderse efectuada a las ordenadas por el artículo 688. Primero, porque es una norma que no está bien ubicada dentro de la tradición, dado que, como ya se ha explicado, estas inscripciones no tienen por objeto hacer la tradición de los bienes inmuebles que componen la herencia. Segundo, porque el 696 alude precisamente al artículo 686 que a su vez se refiere a las inscripciones como forma de efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces. Tercero, si se aplica literalmente el artículo 696, ocurriría que los herederos tampoco tendrían la posesión de los bienes, pues dice la norma que mientras no se practiquen estas inscripciones, los títulos no darán o transferirán la posesión efectiva del referido derecho.

119. LA POSIBILIDAD DE LA NULIDAD RELATIVA. Aun cuando no lo ha planteado la jurisprudencia, cabe preguntarse entonces si la sanción puede ser la nulidad relativa del acto de enajenación del bien hereditario. Es una idea que seduce, puesto que, como se sabe, este tipo de nulidad presenta la ventaja de que se puede sanear por el transcurso de cuatro años y además puede ser ratificada mediante la actividad de las partes, cosa que no acontece con la nulidad absoluta. Sin embargo, se ha estimado que ello tampoco es posible, por cuanto la omisión de las inscripciones del artículo 688 no se sana jamás por el decurso del tiempo, lo que hace inviable pensar en este tipo de nulidad.

120. EL TERCERO ES UN POSEEDOR. Finalmente, frente a todas las objeciones de las soluciones anteriores, parece que lo más razonable es considerar que el adquirente del bien hereditario, respecto del cual se han omitido las inscripciones del artículo 688 es el poseedor y no el propietario. No adquiriría el dominio por impedirlo el artículo 688 y no sería un mero tenedor por tener ánimo de señor y dueño, por lo que parece razonable entender que es un poseedor que puede adquirir por prescripción adquisitiva.

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

del testamento... (faint text)

CAPÍTULO 10  
LA SUCESIÓN LEGAL, LEGÍTIMA O INTESTADA

121. CONCEPTO. La sucesión intestada, legítima o legal, es aquella regulada por el legislador en los casos en que ello es procedente. De conformidad al artículo 980, que encabeza el Título 2 del Libro III relativo a la sucesión intestada, la ley regla la sucesión de una persona difunta en tres casos precisos: cuando el difunto no dispuso de sus bienes; cuando sí lo hizo, pero no lo efectuó conforme a derecho, y cuando la disposición no ha tenido efectos.

La sucesión legítima, legal o intestada es siempre hereditaria. El sucesor llamado por la ley es un asignatario universal; esto es, siempre es un heredero, no llamándose por la ley a legatarios. Al no existir testamento o al no producir éste sus efectos, es evidente que la ley no podría establecer legados, y todas las personas que llame a suceder al causante tienen el carácter de asignatarios universales.

Por otro lado, este tipo de sucesión es supletoria de la sucesión testamentaria: Sólo operará en ausencia o ineficacia del testamento, puesto que, si lo hay y es eficaz, la sucesión es testamentaria y se aplicarán sus disposiciones (artículo 952). Por eso PLANIOL sostiene que la sucesión intestada es el testamento tácito o el testamento presunto del difunto<sup>169</sup>. Si aconteciere que el causante solamente hubiese dispuesto de parte de sus bienes y no del resto, las reglas de la sucesión intestada se aplicarán sólo en esta última parte, y no en el resto, puesto que en el caso de sucesiones mixtas se aplican primeramente las reglas del testamento, y el remanente se distribuirá entre los herederos abintestato de conformidad a las reglas generales (artículo 996).

122. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Las reglas de la sucesión intestada se aplican en las situaciones previstas en el artículo 980, las que, a su turno, pueden dar lugar a otras hipótesis que no están expresamente contempladas en la norma.

<sup>169</sup> Cfr. PLANIOL, *Traité...*, cit., p. 338.

El primer caso en el que se aplican las reglas de la sucesión intestada es en el evento que el difunto fallezca sin otorgar testamento, siendo éste el caso de más ordinaria ocurrencia. Sin embargo, también se entiende que el causante no dispuso de sus bienes cuando habiendo otorgado testamento éste sólo contiene declaraciones testamentarias, pero no dispone en parte alguna de sus bienes, como si, por ejemplo, el testador se hubiere limitado a reconocer uno o más hijos (artículo 187 N° 4) o a designar un guardador para ellos (artículo 354). Asimismo, se entiende que el testador no ha dispuesto de sus bienes cuando en el testamento se ha limitado a instituir legados, pues, en este caso, los herederos sucederán abintestato.

La segunda hipótesis de sucesión intestada es aquella en que el difunto habiendo dispuesto de sus bienes, no lo hizo conforme a derecho, incurriendo en un vicio de nulidad por faltarle a éste los requisitos de forma o fondo que establece la ley. Como el testamento, conforme a los efectos de la nulidad, no produce sus efectos, se aplican entonces las normas de la sucesión intestada. También no se habrá dispuesto conforme a derecho cuando el causante otorgó un testamento privilegiado, sea verbal, marítimo o militar (artículo 1030), que caducó por no haber fallecido el causante dentro de los plazos establecidos en la ley o por no haberse cumplido con las formalidades posteriores al otorgamiento del testamento (artículos 1036, 1044 y 1052).<sup>170</sup>

Finalmente, puede ocurrir que el testador haya dispuesto de sus bienes, pero que esta disposición no haya podido tener efectos, porque el heredero llamado repudió la herencia, o era incapaz o indigno de suceder o cuando el asignatario designado por el testador falte por otra causa, a menos que operen el derecho de acrecimiento o sustitución.

123. SISTEMAS DE SUCESIÓN INTESTADA. Dentro de los diferentes ordenamientos sucesorios a nivel mundial e histórico, se pueden diferenciar dos modelos que, de alguna manera, resultan antagónicos: el sistema subjetivo o personal, basado en los vínculos de familia entre el causante y los herederos, y el sistema troncal o real, fundado en el origen familiar de los bienes que componen la masa hereditaria.

124. SISTEMA SUBJETIVO O PERSONAL. En el sistema subjetivo o personal, la ley regula la sucesión intestada del *de cuius* teniendo en consideración, particularmen-

te, los vínculos personales entre el causante y sus herederos. No se toman en cuenta, por consiguiente, el origen ni la naturaleza de los bienes que componen la masa hereditaria. La ley, para los efectos sucesorios, llama a grupos de parientes, dependiendo de la mayor o menor cercanía en el grado de parentesco con el causante.

Dentro de este sistema, el más extendido es el cognaticio, que se basa, como su nombre lo indica, en la cognación, que es el vínculo de sangre que une a los descendientes respecto de un tronco común. Este sistema puede ser de línea recta y colateral o solamente de línea recta. En el primero, que es el vigente en Chile, los parientes se agrupan en atención a la línea recta ascendente o descendente, pero también en línea colateral, de modo que por lo habitual la ley llama primero a los descendientes, luego a los ascendientes y finalmente a los colaterales del difunto. En el segundo, la determinación de los sucesores se hace en consideración a la línea recta, prescindiendo de la línea colateral, dando lugar a las denominadas "parentelas". En este sistema se llama primero a los descendientes del difunto (primera parentela), luego al padre o madre del difunto (segunda parentela), y, por último, la ley llama a los abuelos. La primera parentela sólo comprende a los parientes que son descendientes del difunto, en tanto que las restantes consideran al ascendiente, pero también a los descendientes de ellos. Así las cosas, para la agrupación de los parientes no se toma en cuenta la línea colateral, aun cuando algún colateral del difunto termine llevando parte de la herencia por ser un descendiente de un ascendiente del difunto.

125. SISTEMA REAL O TRONCAL. Es característica del denominado sistema real o troncal, que la sucesión intestada del difunto se estructura teniendo en consideración los bienes que pertenecían al causante. Se distingue entre los que fueron adquiridos personalmente por difunto a título oneroso (propios) y los que le pertenecen por haberlos adquirido por herencia o donación de su familia en línea paterna o materna (troncales).

Los bienes adquiridos personalmente por el causante a título oneroso, se distribuyen entre los herederos de acuerdo a los criterios ya señalados del sistema subjetivo, pero los troncales se reservan o revierten al tronco materno o paterno del cual provienen.

La idea de este sistema es que los bienes que han estado por tradición en la familia y que se han transmitido de una generación a otra sea por donación, herencia o legado, no pasen, por efecto del Derecho sucesorio, a una familia diferente. De modo que si un padre lega un bien troncal a un hijo casado, que muere sin descendencia, el principio es que ese bien se revierta para los ascen-

<sup>170</sup> Cfr. PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 439.

dientes, con exclusión de la cónyuge del causante, evitando que el bien pase a otra familia.<sup>171</sup>

126. FUNDAMENTOS DE LA SUCESIÓN LEGAL. Desde antiguo se ha pensado y sostenido que las normas de la sucesión intestada descansan sobre la voluntad presunta del causante; es decir, la forma en que probablemente habría dispuesto de sus bienes si hubiere otorgado testamento, de suerte que la sucesión legal sería una especie de testamento presunto del causante. A la hora de llamar a las personas que suceden al causante, la ley considera los naturales grados de afecto que se tienen respecto de las personas, y también los que socialmente se reputan como parientes más cercanos al causante.<sup>172</sup> De esta forma se llama a suceder primero a los descendientes y luego a los ascendientes, pero antes de que los parientes colaterales, y a los parientes legítimos antes que los naturales.<sup>173</sup> Como dice

<sup>171</sup> Aplicación de este principio de reserva de ciertos bienes se encuentra en diversos artículos del Código Civil español. El artículo 811 establece la denominada reserva troncal, al disponer que "el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiere adquirido a título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes provienen. Por otra parte, el artículo 812 del mismo Código, recoge el llamado derecho de reversión, al señalar que "los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviere en relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió". El artículo 968 contempla la reserva binupcial, al disponer que "además de la reserva impuesta en el artículo 811, el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar, a los hijos y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por la sucesión intestada, donación u otro cualquiera título lucrativo; pero no su mitad de gananciales". Finalmente, agrega el artículo 969 que "la disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de sus hijos de su primer matrimonio, y los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste".

<sup>172</sup> Existen otras teorías alternativas que explican la sucesión intestada: Una es la teoría familiar, según la cual los que suceden al causante son las personas que se encuentran más cerca del causante, por lo que resulta indudable que la herencia debe pertenecer a la familia. Otras es la teoría orgánica, según la cual la sucesión debe ordenarse tomando en cuenta tres elementos: el familiar, el individual y el social o de continuidad familiar (cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-RENGUERAL, M. A., *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio*, Madrid, 2006, pp. 30 y 31).

<sup>173</sup> Si bien es cierto éste es el fundamento comúnmente aceptado por la doctrina para estos efectos, hay opiniones que se apartan de esta línea. En este sentido afirma ÁLVAREZ CAPEROCHINI que "el orden intestado codificado no se funda en la proximidad del afecto o del parentesco, sino que está configurado al servicio de la desvinculación de la propiedad y de la destrucción de la familia como estirpe o linaje. El Estado liberal en el momento de la codificación teme aún la concentración del poder económico y político en la familia (apoyada en una estructura de la propiedad y de la religión), y por ello para conseguir la sustitución de la familia como linaje y parentela, establece estos "revolucionarios" principios: la preferencia

DOMÍNGUEZ, "a este respecto, la herencia se presenta como un instrumento de cohesión familiar y como una función de la familia".<sup>174</sup>

En cambio, la regulación del Código chileno ha prescindido para efectos de la ordenación de la sucesión del origen de los bienes, de la primogenitura y del sexo de los herederos, lo que queda de manifiesto en los artículos 981 y 982.

El artículo 981 dispone que "la ley no atiende al origen de los bienes para reglar la sucesión intestada o gravarla con restricciones o reservas". El artículo 982 agrega que en "la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura".<sup>175</sup>

Estas disposiciones se explican como reacción al sistema de sucesión troncal o real que existió en ciertos períodos históricos y que subsiste —como se ha dicho— en algunas legislaciones. También importan un rechazo a los sistemas sucesorios que consagraron una preferencia de los varones mayores en desmedro de las mujeres y de los hijos menores. Se recogen así los principios de la unidad y la igualdad sucesoria. Según el primero, la sucesión queda sometida a un solo estatuto jurídico, prescindiendo del origen de los bienes que componen la masa hereditaria. De conformidad al segundo, en la sucesión del difunto no se establecen diferencias entre los herederos que se funden en el sexo o la prioridad del nacimiento.<sup>176</sup>

En este sentido, explica BORDA que durante la Edad Media, en Francia, "era característica la división entre distintos tipos de bienes. En primer término, era necesario distinguir entre los bienes nobles y los plebeyos. Para los primeros existían normas de origen feudal, destinadas a mantener el rango y poderío del señor e impedir la división de las tierras, en las que se asentaba su título de nobleza y su poder político; la transmisión se fundaba, pues, en el privilegio acordado al hijo

#### Continuación nota <sup>173</sup>

indiscriminada de ascendientes sobre colaterales, la igualdad de colaterales en el mismo "grado", y la posposición del cónyuge a los colaterales. Estos tres principios, como digo, tienden a destruir la familia como "parentela" y a configurar una familia divisoria y desvinculadora de la propiedad. En efecto, por ejemplo, la preferencia indiscriminada de ascendientes favorece la división de la propiedad —porque fallecen antes, y su herencia se repartirá de nuevo, presumiblemente entre muchos herederos— y favorece también el cambio de línea de los bienes (al dar indiscriminada a ascendientes maternos y paternos, líneas que el sentir social claramente distingue: la "familia" del padre y de la madre son dos familias distintas para la sociedad)" (*Curso...*, cit., p. 126).

<sup>174</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ, *Principios...*, cit., p. 223.

<sup>175</sup> En sentido semejante señala el artículo 730 del Código Civil francés que "la ley no tiene en cuenta ni la naturaleza ni el origen de los bienes para regular la sucesión". Agrega el artículo 745 que "los hijos o sus descendientes suceden a sus padres, abuelos, abuelas y demás ascendientes sin distinción de sexo ni de primogenitura y aunque hubieren nacido de matrimonios diferentes".

<sup>176</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ, *Principios...*, cit., pp. 219 a 223.

mayor varón, con exclusión de sus otros hermanos varones y mujeres. A veces, con determinados bienes se fundaba un mayorazgo, instituido a favor de personas determinadas" (...) "La Revolución puso término a este sistema, organizando en la sucesión sobre la base de la unidad del contenido patrimonial y la igualdad en la transmisión (ley 17 Nivoso año III); es decir, se eliminaban las diferencias basadas en el origen de los bienes y en los privilegios resultantes de la primogenitura y el sexo. Estos principios han pasado a casi toda la legislación contemporánea".<sup>177</sup>

127. HEREDEROS ABINTESTATO. De conformidad a lo prevenido en el artículo 983, "son llamados a la sucesión intestada los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado, en su caso, y el Fisco". Agrega el inciso segundo que "los derechos hereditarios del adoptado se rigen por la ley respectiva".

Respecto de todas estas personas existe vocación sucesoria, pues, abierta la sucesión del causante, todos ellos tienen el carácter de herederos abintestato, ya que la ley los convoca en la sucesión de aquél. Sin embargo, por la aplicación de los órdenes de sucesión, acontecerá que al final algunos de ellos, los más cercanos al difunto, excluyan a los otros. Recuérdese que la vocación es un llamamiento de carácter eventual de todo sujeto que legal y posiblemente pueda suceder al causante, sin exclusiones, lo que permite diferenciarla de la delación, que importa un llamamiento actual, preciso y efectivo a los herederos o legatarios para aceptar o repudiar la asignación.

128. FORMAS DE SUCEDER ABINTESTATO. Según lo previsto en el artículo 984 existen dos formas de suceder en forma intestada, por derecho personal o por derecho de representación.

Se sucede personalmente cuando el heredero llamado por la ley recibe su asignación del causante. Así, sucede personalmente al padre su hijo, pues éste toma personalmente los derechos sucesorios que le corresponden en la herencia de su padre. Estos herederos reciben una parte viril, por persona o por cabeza en la herencia del causante. En este sentido dispone el inciso segundo del artículo 985 que "los que no suceden por representación suceden por cabezas; esto es, toman entre todos y por iguales partes la porción a que la ley los llama; a menos que la misma ley establezca otra división diferente". De esta forma, si muerto el padre le sobreviven tres hijos, cada uno sucede por cabeza, y cada cual lleva una porción

igual en la sucesión, equivalente, en este caso, a un tercio de la masa hereditaria partible.

Se sucede por representación cuando el heredero recibe lo que debió recibir un descendiente del difunto, que por faltar a la apertura de la sucesión, pasó la asignación a sus respectivos descendientes, que lo representan en ella. En este caso, la división de la asignación se hace por estirpes; esto es, la cuota que correspondía al premuerto en la herencia es asignada en total a sus representantes. Dispone el inciso primero del artículo 985 que "los que suceden por representación heredan en todos casos por estirpes; es decir, que cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que le hubiera cabido al padre o madre representado". Así ocurre cuando un hijo premuere a su padre, caso en que la asignación pasa a los nietos del difunto, los que representan a su ascendiente. Si el abuelo tenía tres hijos, uno de los cuales había fallecido antes dejando a su vez tres hijos, estos últimos, entre todos, toman la parte que le correspondía a su padre (por estirpe), y en esa parte cada uno lleva igual cuota.

<sup>177</sup> *Tratado...*, T. II, cit., p. 10.



CAPÍTULO 11  
EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

129. CONCEPTO. Dispone el artículo 984.2 que la representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y, por consiguiente, el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder.

Podría entenderse que la sucesión intestada por representación, al igual que el derecho de transmisión, es un caso de sucesión indirecta, pues el representante adquiriría la herencia del causante a través de su representado y no directamente del causante, conclusión que se vería avalada por el tenor de la definición proporcionada por el propio Código, que sugiere que el representante pasa a ocupar el lugar del representado.<sup>178</sup>

Sin embargo, tal conclusión no es exacta, por cuanto no existe en este caso una sucesión indirecta propiamente dicha<sup>179</sup>. La idea de representación hace suponer que el derecho del representante arranca del representado, cuestión que aquí no ocurre. Los derechos del representante, en el caso de la sucesión por causa de muerte, nacen directamente del causante; los representantes son llamados directamente por estirpes y no existe, en puridad, un llamado indirecto. De allí que la definición proporcionada por el artículo 984, desde un punto de vista dogmático, no sea del todo precisa. Esta imprecisión nace de ver en la

<sup>178</sup> Parece entenderlo así RODRIGUEZ, quien señala que para que proceda este derecho "debe faltar el asignatario llamado a suceder directa e inmediatamente al causante" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 66). La opinión de SOMARRIVA en esta materia no es del todo clara. Por una parte afirma que este derecho junto al de transmisión son casos de sucesiones indirectas, y, por otra, sostiene que el derecho del representante emana de la ley, por lo que se sucede directamente al causante, lo que permite diferenciarlo de la transmisión (*Derecho sucesorio*, cit., pp. 42 y 130).

<sup>179</sup> Así lo entienden DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 640 y 661 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 91. En igual sentido, aunque siguiendo a GLUCK, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso...*, cit., p. 136.

representación una ficción legal que no existe<sup>180</sup>. El representante es llamado directamente por la ley a suceder en razón de un procedimiento técnico, ordenando que un pariente de grado más lejano concorra con otros de grado más próximo, lo que no requiere de ninguna ficción<sup>181</sup>. Como anota FERRERO, “los descendientes heredan directamente al causante, pero ocupan el lugar que le hubiera correspondido a su ascendiente y no al primer llamado de su estirpe”.<sup>182</sup>

130. JUSTIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN. El derecho de representación tiene por objeto preciso evitar que la falta de uno de los herederos llamados por la ley a suceder al causante, implique que la parte que a él le correspondía en dicha sucesión pueda incrementar la porción de otros herederos, rompiéndose con el orden natural de afectos. Si no existiese el derecho de representación la asignación legal por causa de muerte al heredero que falta, tendría que pasar a otras personas, lo que atentaría contra el principio de que el patrimonio de un individuo se transmite a sus parientes más cercanos<sup>183</sup>. Si faltase el hijo en la sucesión de su padre porque murió antes que él, sus hijos, nietos del causante, serían excluidos por los ascendientes o eventualmente por los hermanos del causante, lo que es contrario a las afecciones naturales y a lo que podría haber querido el causante. Lo normal es que el afecto hacia los nietos sea de la misma intensidad que el que se siente por los hijos<sup>184</sup>. Para evitar este problema se crea el derecho de representación, que permite que los hijos del padre que falta concurren junto a sus tíos, hermanos del causante, en la sucesión del abuelo.

131. REQUISITOS PARA QUE OPERE LA REPRESENTACIÓN. Para que opere el derecho de representación respecto de la sucesión del causante, deben reunirse las siguientes condiciones: *a)* Debe tratarse de una sucesión intestada; *b)* Es necesario

<sup>180</sup> Cfr. LEVY y WAGMAISTER, en *Derecho sucesorio*, T. II, cit., p. 232. Por lo mismo algunos autores prescindían de la noción de ficción a los efectos de definir la representación. PLANIOL y RIPERT, desligándose del artículo 739 del Código Civil francés que concibe a la representación como “una ficción legal cuyo efecto es hacer entrar a los representantes en el lugar, en el grado y en los derechos del representado”, definen la representación como “una institución legal en virtud de la cual ciertos sucesores descendientes de una misma estirpe y en conjunto con los sucesores de otras estirpes, ejercen los derechos que tendría en la sucesión abierta su ascendiente precedente si él hubiera sobrevivido al *de cuius*” (*Traité...*, cit., T. IV, pp. 80 y 81). Otros optan simplemente por definirla como una institución legal, pero no como ficción legal. (Así VAN BIERVLIET, *Cours...*, T. I, Vol. II, cit., p. 87).

<sup>181</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 641 y PLANIOL, *Traité...*, T. III, cit., p. 359.

<sup>182</sup> *Traité...*, T. V, Vol. I, cit., p. 309.

<sup>183</sup> Cfr. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, cit., T. IV, pp. 81 y 82.

<sup>184</sup> Cfr. PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 99 y FERRERO, *Traité...*, T. V, Vol. I, cit., pp. 311 y 312.

que falte el representado a la sucesión del causante; *c)* El representado debe ser de los parientes del causante indicados en la ley; *d)* El representante debe ser un descendiente del representado, y *e)* El representante debe ser capaz y digno de suceder al *de cuius*.

132. DEBE TRATARSE DE UNA SUCESIÓN INTESTADA. En primer término, para que opere el derecho de representación es necesario que la sucesión del causante sea intestada. Tal conclusión se desprende de la ubicación de este derecho dentro del Código Civil y de la redacción del artículo 984, que circunscriben la procedencia del derecho de representación a la sucesión intestada (Título 2 del Libro III).

Las razones para lo anterior no están del todo claras. Usualmente se ha afirmado que como las reglas de la sucesión intestada representan una suerte de voluntad presunta del causante, el derecho de representación sería improcedente en el caso de que se hubiere otorgado testamento, por cuanto en tal caso no podría presumirse una voluntad que ya está contenida en el testamento mismo. Tal explicación no resulta convincente, dado que no se entiende bien por qué razón si falta el heredero previsto en el testamento no pueda presumirse que el testador hubiese querido que dicho heredero sea representado en la sucesión por sus descendientes. Tampoco es posible pensar que si ello hubiere sido querido por el testador lo habría expresado en el testamento, porque ello sería tanto como suponer que el *de cuius* ha podido ponerse en todas las situaciones posibles al momento de otorgarlo, lo que en los hechos se aleja de la realidad.

En cualquier caso existen dos aparentes excepciones, en los que pareciera que el derecho de representación tiene cabida en la sucesión testada.

El primero de ellos es el caso del artículo 1064, que prescribe que lo que se deje indeterminadamente a los parientes se entenderá dejado a los consanguíneos de grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato, teniendo lugar el derecho de representación de conformidad a las reglas generales.

El segundo caso es el contemplado en el artículo 1183, que señala que los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada. Las legítimas, en cuanto asignaciones forzosas, son propias de la sucesión testada, de lo que se colige que respecto de los legitimarios que faltan en la sucesión testada también opera el derecho de representación.<sup>185</sup>

Sin embargo, y como se ha dicho, pareciera que éstas son excepciones más aparentes que reales, ya que no hacen más que confirmar que el derecho de representación solamente tiene cabida en la sucesión intestada. En el caso del artículo 1064, lo que ocurre es que el llamamiento que hace el testador es tan genérico

<sup>185</sup> Excepciones sostenidas, entre otros, por MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 87 y 88.

que la ley recurre a las normas de la sucesión intestada para resolver quiénes son los que deben suceder al causante, pero ello es por aplicación de las normas de la sucesión intestada que es donde tiene cabida el derecho de representación. En el supuesto del artículo 1183, es cierto que se aplicaría el derecho de representación en la sucesión testada, pero además es verdad que la situación no es muy diversa de la anterior. Si el testador asigna la legítima a un legitimario y éste falta, quiere decir que no ha podido tener efecto la disposición. Lo mismo ocurre si el legitimario ha sido desheredado. Por lo que, para suplir esta insuficiencia, se recurre a las normas de la sucesión intestada, y por ello se hace aplicable el derecho de representación. En síntesis, en ambos supuestos las normas a aplicar son las de la sucesión intestada y es por ello que opera el derecho de representación, pero no porque él sea procedente en algún caso en la sucesión testada.<sup>186</sup>

133. ES NECESARIO QUE EL REPRESENTADO FALTE EN LA SUCESIÓN DEL CAUSANTE. En segundo lugar, para que opere el derecho de representación, es necesario que falte el representado a la apertura de la sucesión. Es el suceso que da lugar a este derecho, siendo el elemento más importante dentro de esta institución.

De la definición prevista en el artículo 984 se desprende que el derecho de representación tiene lugar cuando el representado no quiere o no puede suceder. Se entiende que el asignatario no quiere suceder cuando repudia la asignación que legalmente se le hace. No puede suceder cuando el asignatario es incapaz o indigno de suceder o ha sido desheredado (artículo 987.2).

El caso más frecuente es el del heredero que premuere al causante; es decir, la situación del que fallece antes de que lo haga el causante, y que, por aplicación de lo previsto en el artículo 962, es incapaz de suceder por no existir a la apertura de la sucesión. En este caso se representa a una persona muerta.

Sin embargo, en nuestro derecho es posible también representar a una persona viva, lo que acontece cuando esa persona es incapaz de suceder o es indigna, ha sido desheredada o ha repudiado la asignación por causa de muerte. En otras palabras, puede ocurrir que el asignatario esté vivo, pero que no pueda o no quiera suceder al causante porque repudió la herencia, fue desheredado, es incapaz o es indigno de hacerlo.<sup>187</sup>

<sup>186</sup> En este sentido, DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 649 y 650 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 127.

<sup>187</sup> No aconteció lo mismo en Francia, en donde solamente se puede representar a personas que han fallecido. Dice el inciso primero del artículo 744 que "no podrá representarse a las personas vivas, sino sólo a las muertas".

En estos casos, el llamamiento no queda sin efecto como podría pensarse a primera vista, sino que opera el derecho de representación, y los descendientes del que no quiso o no pudo suceder son llamados a hacerlo. Se aplica la regla según la cual los hijos del que no pudo o no quiso suceder no deben soportar sus culpas, ni tampoco verse perjudicados patrimonialmente por las decisiones de sus ascendientes. Si el asignatario decidió repudiar, ello no puede perjudicar a sus descendientes; y si era indigno, incapaz o fue desheredado, ha sido por responsabilidad propia y no por la de sus descendientes.

Debe llamarse la atención respecto de que opera la representación incluso cuando el representado ha sido desheredado. Podría pensarse que esto es imposible, por cuanto el desheredamiento es una disposición testamentaria en la que se ordena que un legitimario sea privado de todo o parte de su legítima (artículo 1207). El desheredamiento, por lo mismo, supone la existencia de un testamento, en el que se incluya esta disposición testamentaria (artículo 1209). Ello, en apariencia podría resultar contradictorio con la idea de que la representación solamente tiene cabida en la sucesión intestada. Sin embargo, como se ha dicho, en la distribución de las legítimas se aplican las reglas de la sucesión intestada, y como por el desheredamiento se priva al legitimario de la legítima, es posible que tenga cabida en esta parte la representación. En las asignaciones testamentarias no habrá lugar a ella.

Confirmación de esta regla es lo previsto en el artículo 250 N° 3, que explica que el padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, exceptuados las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado, en cuyo caso el usufructo corresponderá a la madre<sup>188</sup>. En este caso, la administración de estos bienes también le corresponde a la madre. Si ella no estuviese separada de bienes, el usufructo corresponde al hijo, y para la administración de ellos debe designarse un guardador especial. Esta solución es más que obvia, puesto que de lo contrario la sanción impuesta al incapaz, indigno o desheredado sería en la práctica de nula eficacia, ya que el padre continuaría administrando los bienes que no pudo heredar del causante.<sup>189</sup>

<sup>188</sup> No es fácil comprender la referencia que hace el número 3 del artículo 250 a los legados, puesto que, como es más que evidente, sólo pueden existir legados en la sucesión testada y, como ha quedado dicho, el derecho de representación solamente tiene lugar en la sucesión intestada.

<sup>189</sup> Si se observa la disposición del artículo 250 N° 3, se apreciará que ella no se refiere a la repudiación que pueda haber hecho el padre de la asignación hereditaria. En este caso, no cabe más que concluir que si el padre repudia la herencia que le fue deferida, falta a la sucesión del causante, opera el derecho de representación a favor de sus descendientes, pero no queda privado del usufructo legal de esos bienes. La

134. EL REPRESENTADO DEBE HABER SIDO DE LOS PARIENTES DEL CAUSANTE INDICADOS EN LA LEY. Dispone el artículo 986 que hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos. Agrega en su inciso segundo que "fuera de estas descendencias no hay lugar a la representación". En consecuencia, no todo heredero que no quiere o no pueda suceder es representado por sus descendientes. La ley exige que el representado, es decir, aquel que no puede o no quiere suceder, sea o haya sido hijo o hermano causante. Dicho de otra manera, solamente hay lugar a la representación en la descendencia de los hijos y en la descendencia de hermanos. Fuera de estos casos de parentesco, no existen otros en los que tenga cabida la representación.

La representación no opera en línea ascendente. No se puede representar a un heredero que era ascendente del difunto. Respecto de los ascendientes se aplica la regla contenida en el artículo 989, según la cual el ascendiente de grado más próximo excluye a los de grado más lejano, y si hay un solo ascendiente de grado más próximo, éste sucede exclusivamente.

La explicación para esta solución legal no es otra que las líneas de descendencia. Tratándose de la línea descendente siempre existe un tronco común, compuesto por el padre y madre de quien descienden esas generaciones; los hijos, nietos y bisnietos descienden de unos mismos padre y madre. Pero cuando en la línea ascendente se llega hasta el tronco común y se desea seguir hacia arriba, ya no existen generaciones, sino que líneas paternas y maternas provenientes de distintas familias. La aplicación del mecanismo de representación en este último caso sería confusa, y obligaría a distinguir entre los ascendientes maternos y los ascendientes paternos, situación que es rechazada entre nosotros por el principio de unidad de la sucesión contenido en el artículo 981.

El derecho de representación tampoco opera en línea colateral respecto de quienes no sean hermanos del difunto. No puede ser representado en la sucesión del difunto ningún colateral que no sea el hermano del causante.

En el caso del adoptado la situación es particular. Debe entenderse que el adoptado, de conformidad a la Ley N° 19.620, es hijo del causante, dados los efectos que produce esta especial forma de adopción con relación al estado civil de las personas. Por lo mismo, éste podrá ser representado por su propia descendencia.<sup>190</sup>

Continuación nota 189

razón parece encontrarse en que en el caso de repudio, el padre no está inhabilitado para suceder como ocurre en el caso de que sea incapaz, indigno o haya sido desheredado, pues el rechazo de la herencia que le es deferida nace de su propia voluntad.

<sup>190</sup> En cuanto al adoptado de conformidad al artículo 24 de la derogada Ley N° 7.613, éste es llamado en la sucesión del adoptante, pero no en la sucesión de los parientes de este último. Este tipo de adopción

135. EL REPRESENTANTE DEBE SER DESCENDIENTE DEL REPRESENTADO. Para que proceda el derecho de representación es además necesario que quien representa al que falta en la sucesión del causante, sea su descendiente. Esta exigencia emana del artículo 986, que expresamente se refiere a los descendientes del difunto y descendientes de los hermanos del causante. Si bien es posible que el representado haya sido hijo o hermano del causante, es necesario que quien lo representa en la sucesión del causante sea su descendiente.<sup>191</sup>

En todo caso, si bien es necesario que quien representa al heredero sea su descendiente, no es requisito que lo sea en forma inmediata, es decir, no es imprescindible que se trate de un descendiente inmediato del representado. Se puede representar, según el artículo 984.3, a un padre o madre que, si hubiere querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación. Por esta razón la representación tiene lugar en la descendencia del representado hasta el infinito; y de ahí que el propio Código indique en el artículo 986 que la representación tiene lugar en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos. Luego, el padre que falta a la sucesión del abuelo, puede ser representado por su nieto, pero si éste falta, puede ser representado por su bisnieto y así sucesivamente.

Continuación nota 190

no generaba estado civil, por lo que no nacían vínculos jurídicos entre la familia del adoptante y el adoptado. Si el adoptante fallece antes que sus causantes, o es indigno de suceder o repudia la herencia, el adoptado no lo puede representar en estas sucesiones. Sin embargo, y admitiendo que la cuestión puede ser discutida, opina RODRÍGUEZ que sí sería posible que el adoptante fuese representado por el adoptado, dado que el artículo 24 de la Ley N° 7.613 lo asimila al hijo natural en todo lo relativo a la sucesión intestada, por lo que los hijos legítimos del adoptado, así como los hijos legítimos del hijo natural del causante, tienen derecho a representarlo en la sucesión (cfr. *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 79 y 80). La verdad es que esta última argumentación, aunque interesante, no resulta del todo convincente. El artículo 986.2 es claro en señalar que fuera de las descendencias mencionadas en el propio artículo no hay lugar a la representación, lo que excluiría la representación del adoptado. Por otra parte, el artículo 24.4 de la Ley de Adopción dejaba claramente establecido que lo dicho en los incisos anteriores no confiere al adoptado el carácter de legitimario, y ocurre que el hijo natural, conforme al antiguo artículo 1182 N° 3, era legitimario. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la asimilación del adoptado al hijo natural contenida en el artículo 24 de la Ley de Adopción no era absoluta, dado que respecto del segundo orden de sucesión, el inciso segundo daba a los adoptados un tratamiento distinto del de los hijos naturales, puesto que si no había hijos naturales, pero sí cónyuge sobreviviente, la herencia se dividía en seis partes, y el adoptado llevaba sólo una, y no el tercio que en ese escenario llevarían los hijos naturales según el inciso primero del artículo 989. Finalmente, hay que tener en cuenta que esta Ley de Adopción no generaba estado civil (artículo 14), ella solamente producía efectos entre adoptante y adoptado, pero no entre uno de ellos y la familia del otro; el adoptado continuaba formando parte de su familia de origen y conservaba en ella todos sus derechos y obligaciones (artículo 15). Por lo mismo, no parece que la descendencia del adoptado tenga derecho a representarlo en la sucesión del adoptante.

<sup>191</sup> Esta exigencia es categórica en el artículo 741 del Código Civil francés, según el cual "la representación no tendrá nunca lugar a favor de los ascendientes, el más próximo en cada uno de las dos líneas excluye siempre al más lejano".

Lo anterior es de relevancia, pues puede ocurrir que ciertos parientes que se estiman más lejanos, excluyan en la sucesión a otros que aparentemente son más cercanos. Puede acontecer que un bisnieto del causante excluya de la sucesión a los hermanos del difunto. Los llamados en primer lugar a suceder al causante son sus hijos, personalmente o representados por su descendencia. Si concurre el bisnieto, según el concepto legal de representación, pasa a ocupar el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y derechos del difunto, por lo que ocupa el lugar del representado como si el bisnieto fuese el hijo del causante. Esto excluye a los hermanos del difunto, los que sólo son llamados a falta de descendientes y ascendientes.

136. EL REPRESENTANTE DEBE SER CAPAZ Y DIGNO DE SUCEDER AL *DE CUJUS*. El representante no tiene sus derechos a partir del representado, sino que ellos emanan directamente del causante, razón por la cual el representante debe ser capaz y digno respecto de éste y no de aquél. Así, el representante pudo ser indigno de suceder al representado, pero no lo es de suceder, por representación, al causante<sup>192</sup>. También el representante pudo haber sido desheredado por el representado en su propia sucesión, o haber sido incapaz en ella, lo que no lo inhabilita para recoger, por representación, la herencia del causante. Por esta misma razón puede ocurrir que el representante repudie la herencia del representado, pero acepte la del causante, puesto que el artículo 987 expresa que se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado.

137. EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN. Como explica el artículo 984, por la representación se supone que el representado tiene el lugar y, por consiguiente, el grado de parentesco y los derechos hereditarios del representado, de modo que aquél recoge los derechos que en la sucesión podían corresponderle a éste. Sin embargo, quien sucede por representación, según el artículo 985, hereda en todo caso por estirpes; es decir, que cualquiera sea el número de hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que le hubiera cabido al padre o madre en la sucesión.

<sup>192</sup> Explican DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que este principio sufre "ciertas talas o reajustes, en que no se aplica: tal el caso del artículo 968 N° 2. Si el representante cometió el atentado a que alude el precepto en la persona del representado, a su vez descendiente legítimo del *de cuius*, no podrá suceder a éste, por ser indigno respecto de ambas sucesiones" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 662). Sin embargo, lo que ocurre en este caso, es la aplicación lisa y llana del principio antes señalado: el representante es indigno de suceder al causante porque lo alcanza la causal contemplada en el artículo 968. Es poco relevante que haya indignidad respecto de ambas sucesiones, ello es un mero hecho accidental, lo importante es que el representante es indigno respecto del causante con independencia de las razones y por las causales que lo sea.

La expresión "en todo caso" es muy interesante, pues de ella se deriva el hecho de que siempre que sea procedente el derecho de representación se sucede en su virtud y no por derecho personal.

Si el causante tenía un hermano que falleció antes que él y dejó tres hijos, sobrinos del causante, éstos suceden por derecho de representación, y no por derecho personal, aunque lo tengan por ser colaterales del difunto dentro del sexto grado según el artículo 992. De modo que los sobrinos o sobrinos nietos u otros en esta línea, excluyen a todos los otros colaterales, aunque sean de grado más cercano, así lo ha señalado varias veces la jurisprudencia.<sup>193</sup>

Asimismo se aplica el derecho de representación cuando el representante es uno solo. Si muere el abuelo dejando como heredero al nieto, este nieto sucede por representación, y no por su derecho personal como heredero en segundo grado de consanguinidad. Esto tal vez se contrapone a lo dicho por el Código en el sentido que ellos suceden en todo caso por estirpes. Pero lo que aquí acontece es que solamente existe un llamado a la parte que le correspondía al representado. Por otro lado, si ello no fuese así, y el nieto sucediese por derecho personal, en el caso propuesto, sería excluido de la sucesión por su bisabuelo en aplicación del artículo 989, puesto que el bisabuelo sería un pariente más cercano al difunto que el nieto.

138. SITUACIÓN TRIBUTARIA. Según el artículo 3.2 de la Ley N° 16.271, cuando se suceda por derecho de representación, se pagará el impuesto que habría correspondido a la persona representada. La cuestión no deja de ser relevante, puesto que enfrentamos un impuesto progresivo, que se incrementa en su porcentaje en la medida que aumenta el valor de la asignación, por lo que a mayor cuantía mayor es el porcentaje a pagar de impuestos (artículo 2° de la Ley N° 16.271).

Recuérdese, por otra parte, que los que suceden en virtud del derecho de representación lo hacen por estirpes; es decir, que cualquiera sea el número de representantes, toman entre todos y por iguales partes la porción que le hubiera cabido al representado en la herencia (artículo 985.1). De modo que si la parte del representado en la herencia era de, por ejemplo, \$ 1.200.000, y lo representan tres personas, no quiere decir que cada uno de ellos pague un impuesto por la cantidad de \$ 400.000, que es lo que le que le corresponde a cada uno en la herencia. Ellos pagan entre todos el impuesto por la suma de \$ 1.200.000, lo que determina un impuesto superior al que pagarían cada uno de ellos por separado.

139. SITUACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN RESPECTO DEL CAMBIO DE LEYES EN EL TIEMPO. Según el inciso primero del artículo 20 de la Ley de Efecto Retroacti-

<sup>193</sup> Cfr. GT, 1865, s. 550, p. 233; 1908, T. 2, s. 139, p. 245 y RDJ, T. 48, 2, p. 54.

vo de las Leyes, en las sucesiones forzosas o intestadas el derecho de representación de los llamados a ellas, se regirá por la ley bajo la cual se hubiere verificado la apertura. La norma no puede ser más clara. Si antes de la muerte del causante había personas que podían sucederle en virtud del derecho de representación, por ejemplo porque eran sus bisnietos, pero a la muerte del causante se encuentra vigente una nueva ley que limita la representación hasta el segundo grado en línea descendente, dicho derecho se rige por la nueva ley, quedando los bisnietos imposibilitados de suceder en virtud de este derecho. De esto se puede concluir que la posibilidad de suceder en virtud del derecho de representación es una mera expectativa y no un derecho adquirido del que no pueda privarse por el efecto de una nueva ley.

La situación sería diferente si la ley se cambia una vez que ha muerto el causante. En este caso los representantes adquirieron el derecho de representar al representado en la sucesión del causante, y tienen legalmente el carácter de herederos, por lo que no podrían ser privados de él por la aplicación de una nueva ley que restrinja este derecho.

El inciso segundo del artículo 20 de la Ley de Efecto Retroactivo, que pretende referirse a esta misma situación, en verdad se refiere a una cuestión distinta. En una redacción bastante compleja dice la norma que "pero si la sucesión se abre bajo el imperio de una ley, y en el testamento otorgado bajo el imperio de otra se hubiese llamado voluntariamente a una persona que, faltando el asignatario directo, suceda en el todo o parte de la herencia por derecho de representación, se determinará esta persona por las reglas a que estaba sujeto ese derecho en la ley bajo la cual se otorgó el testamento".

Lo que aquí ocurre es que no puede tener lugar el derecho de representación, el que solamente tiene lugar en la sucesión intestada, por lo que el testador no pudo tener en cuenta el derecho de representación para los efectos que le son propios. Se trata entonces de un caso de sustitución, en el cual el testador llamó en el testamento a una persona, y para el evento de que ella faltase, llamó a las personas que serían sus representantes conforme al derecho de representación. Estas personas no suceden en virtud del derecho de representación, sino que lo hacen como sustitutos designados en el testamento. Por esta razón, en este caso, se aplica la ley vigente al momento de otorgarse el testamento, pues interpretándose la voluntad del testador, se entiende que él tuvo a la vista las personas que podían representar al asignatario según la ley vigente cuando él estaba en vida.<sup>194</sup>

140. LA REPRESENTACIÓN Y EL DERECHO DE TRANSMISIÓN. El derecho de transmisión presenta marcadas diferencias con el de representación, entre las que pueden destacarse las siguientes:

a) El derecho de transmisión tiene cabida en ambos tipos de sucesión. Por el contrario, el derecho de representación, salvo las excepciones que se califican de aparentes (artículos 1064 y 1183), solamente opera en la sucesión intestada.

b) El derecho de transmisión no exige ningún grado de parentesco y aprovecha a cualquier heredero del transmitente. En la representación solamente pueden representar y ser representados ciertas y determinadas personas.

c) En la transmisión, el transmitente debe sobrevivir al primer causante, pues de lo contrario aquél no existiría a la apertura de la sucesión. En la representación ello no es necesario: el representado debe faltar, y una de las causas para que ello ocurra, es que haya muerto antes que el causante.

d) En la transmisión el transmitido debe ser capaz y digno de suceder al transmisor. En el derecho de representación el representante debe ser capaz y digno de suceder primer al causante.

e) El transmitido debe aceptar la herencia del transmisor. Diferente es la situación en la representación, en donde el representante puede repudiar la herencia del representado y aceptar la del causante.

f) Por transmisión se pueden adquirir herencias y legados; en la representación, sólo herencias.

g) La transmisión supone la muerte del transmisor; en cambio, puede ser representada una persona viva que pudo ser incapaz, indigna, quiso repudiar la herencia o bien pudo haber sido desheredada.

<sup>194</sup> Cfr. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general*, T. I, versión de ANTONIO VODANOVIC H., Santiago, 1990, pp. 240 y 241.

## CAPÍTULO 12 LOS ÓRDENES DE SUCESIÓN

141. NOCIÓN. Ha quedado dicho que los herederos abintestato están señalados de forma genérica en el artículo 983, pero sin reglamentar precisamente la forma en que concurren y son excluidos los unos por los otros, cuestión que sí hace el Código a partir del artículo 988 a través de los llamados órdenes de sucesión.

Se puede definir el orden de sucesión como aquel conjunto de personas que en la sucesión del difunto excluye a otro grupo de personas y que, a su vez, pueden ser excluidos por otro conjunto de personas. Normalmente las personas posible que componen el orden sucesorio serán parientes del difunto, pero es perfectamente posible que no lo sean, tal es el caso del cónyuge sobreviviente o del Fisco.

Hasta antes de la Ley N° 19.585 la doctrina explicaba que existían dos tipos de órdenes de sucesión: los órdenes regulares y los órdenes irregulares. Los primeros eran aquellos que tenían lugar cuando el causante era hijo legítimo; en tanto que los segundos eran los que se aplicaban cuando el difunto era hijo natural. Lo que marcaba la diferencia entre unos y otros no era, en consecuencia, la calidad de los parientes que eran llamados a suceder al causante, sino el carácter del causante mismo. Así se desprendía del artículo 993, que comenzaba señalado que “muerto un hijo natural, le sucederán sus hijos legítimos y naturales...”; es decir, la descendencia legítima no determinaba que los órdenes fueren regulares, sino que ello venía dado por el estado civil del causante. Hoy, tal diferencia no puede hacerse, en atención a que desaparecieron de nuestra legislación estas categorías. Sin perjuicio de ello, puede sostenerse que existen órdenes de sucesión para quienes tienen su filiación determinada, y órdenes de sucesión para quienes no la tienen.

En el estado actual de cosas, los órdenes de sucesión para personas con filiación determinada son los siguientes:

1. Primer orden de sucesión: el de los descendientes.
2. Segundo orden de sucesión: el de los ascendientes y/o el cónyuge.
3. Tercer orden de sucesión: el de los hermanos.

4. Cuarto orden de sucesión: el de los demás colaterales.

5. Quinto orden de sucesión: el del Fisco.

Lo que determina el nombre de cada orden son las personas que necesariamente deben concurrir para que aquél sea aplicable. Puede ocurrir que además de estos sujetos infaltables para este efecto, sean llamadas otras personas que concurren junto con ellos, pero que no pueden hacerlo sin ellos. Para que pueda pasarse de un orden a otro es necesario que falten los que determinan el orden de sucesión, a pesar de que pueda haber otros llamados junto con ellos. De la diferencia entre herederos determinantes y concurrentes. Los primeros son aquellos que fijan el orden y le dan el nombre, en términos que para que aplique el orden sucesorio correspondiente ellos deben existir, de lo contrario se pasará al orden siguiente. Los segundos, son aquellos herederos que pueden estar presentes junto a los determinantes, de allí su nombre, pues concurren con ellos, pero no determinan el orden. Si ellos están presentes, pero no los determinantes, se pasa el orden siguiente. En cualquier caso esto tiene menor importancia hoy en día, ya que por la nueva estructura de los órdenes sucesorios, el único que puede ser concurrente, y sólo en el primer orden de sucesión, es el cónyuge sobreviviente, y en el resto todos son herederos determinantes.

142. PRIMER ORDEN DE SUCESIÓN: EL ORDEN DE LOS DESCENDIENTES. El orden de los descendientes está regulado en el artículo 988 del Código Civil, que dispone:

“Los hijos excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere también cónyuge sobreviviente, caso en el cual éste concurrirá con aquéllos”.

“El cónyuge sobreviviente recibirá una porción que, por regla general, será equivalente al doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo. Si hubiere sólo un hijo, la cuota del cónyuge será igual a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo. Pero en ningún caso la porción que corresponda al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia, o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso”.

“Correspondiendo al cónyuge sobreviviente la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria, el resto se dividirá entre los hijos por partes iguales”.

“La aludida cuarta parte se calculará teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 996”.

Como se aprecia, este orden sucesorio está compuesto principalmente, y no pueden faltar, por los descendientes; de allí su nombre. Mas ello no significa que en este grupo de parientes concurren exclusivamente los que sean descendientes del causante, sino que en conjunto con ellos concurre, o puede concurrir, el cón-

yuge sobreviviente del difunto. Pero, en cualquier caso, es imprescindible para estos efectos que haya descendientes. Si no los hay, no se aplica este orden sucesorio y se pasa al segundo. En otras palabras, es requisito del primer orden que concurren descendientes, que son los que tienen el carácter de determinantes. Puede haber además cónyuge sobreviviente, pero solamente tendrá la calidad de heredero concurrente y no será determinante del orden.

La verdad es que el artículo 988 dispone que los hijos excluyen a todos los otros herederos, con lo cual podría pensarse que este primer orden debiera llamarse de los hijos. Sin embargo, hay que tener presente que los hijos pueden concurrir personalmente o representados por su descendencia, según lo dispuesto en el artículo 986, de ahí que se denomine orden de los descendientes y no del orden de los hijos. Estos últimos pueden faltar, pero el orden igual es aplicable en el evento de que concurren otros descendientes en función del derecho de representación. Si hay descendientes que concurren personalmente o representados, no se puede pasar al segundo orden de sucesión, ellos son los que determinan o configuran este primer orden. Si no hay hijos del causante pero sí nietos, se aplica el primer orden, y estos nietos, de conformidad al derecho de representación, suceden por estirpes al difunto.

Esta idea es perfectamente confirmada por el artículo 989, que se refiere al segundo orden de sucesión, y que comienza señalando que “si el difunto no ha dejado posteridad...”. No dice que el difunto no haya dejado “hijos”, sino que el requisito es que no se haya dejado “posteridad”, noción substancialmente más amplia que la de hijos.

143. SITUACIÓN DE LOS HIJOS DEL CAUSANTE. Dentro de la noción de hijos se incluyen los matrimoniales y los no matrimoniales. También se incluyen los que tenían la condición de hijos naturales antes de la Ley N° 19.585.<sup>195</sup> Se comprenden además los concebidos en un matrimonio nulo, pues de acuerdo al inciso final del nuevo artículo 52 de la Ley de Matrimonio Civil (N° 19.947), la nulidad no afectará la filiación ya determinada de los hijos, aunque no haya habido buena fe ni justa causa de error por parte de ninguno de los cónyuges. También quedan comprendidos en la noción de hijos todos los adoptados de conformidad a alguna de las leyes que les confieren a ellos esta calidad (Leyes N° 16.346, N° 18.703 y N° 19.620).

Si se trata de hijos matrimoniales, no es relevante que sean hijos de un mismo matrimonio del causante; es decir, los hijos del difunto no tienen que serlo de la

<sup>195</sup> Cfr. Corte de Apelaciones de Chillán, 23 de enero de 2009, Rol N° 525/2006.



misma madre; no interesa que sean de doble conjunción, basta que sean hijos del causante.

Si solamente concurren hijos del causante, la herencia se divide por partes iguales entre ellos. Si alguno concurre representado por su descendencia, los representantes toman entre todos la porción que le hubiere correspondido al representado, puesto que ellos suceden por stirpe (artículo 985).

144. SITUACIÓN DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE. Como se ha dicho, en el primer orden de sucesión, además de los descendientes del causante, puede concurrir el cónyuge sobreviviente. Si hay cónyuge sobreviviente, pero no descendientes del causante, no aplica este primer orden y debe pasarse al segundo. Él o la conviviente que no ha contraído matrimonio con el causante, con independencia de la duración de la convivencia, no es llamado en la sucesión intestada de éste.<sup>196</sup>

En este caso, el cónyuge sobreviviente concurre en calidad de heredero y de legitimario (artículo 1182 N° 3).

En el caso que concorra el cónyuge sobreviviente junto con descendientes del causante, la parte que le corresponde equivale al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva corresponda a cada hijo. Si hubiere solamente un hijo, la cuota del cónyuge será igual a la legítima rigurosa o efectiva de ese hijo.

La alusión del artículo a las legítimas, institución más propia de la sucesión testada, ya que se trata de una asignación forzosa, se explica porque las reglas de la sucesión intestada se aplican tanto para distribuir toda la herencia si la sucesión es abintestato, como para distribuir la mitad legitimaria en el caso de que haya testamento y se haya dispuesto de la cuarta de mejoras y/o la parte de libre disposición (artículo 1183).

Si la sucesión es enteramente intestada, la parte de libre disposición y la cuarta de mejoras acrecen a la mitad legitimaria, de forma que la descendencia se ve beneficiada por este incremento, al ser su parte mayor. La cuota que le corresponde a cada descendiente en la mitad legitimaria así acrecida se llama legítima efectiva. Si el causante dispuso solamente de la parte de libre disposición o de la cuarta de mejoras, la parte de que no dispuso acrece a la mitad legitimaria, y así acrecida, también recibe el nombre de legítima efectiva, y cada descendiente tendrá una parte mayor (artículo 1191). De este modo al cónyuge sobreviviente le

corresponderá el doble de lo que toque a cada hijo por concepto de legítima efectiva, con lo que el cónyuge sobreviviente se beneficia de estos acrecimientos.

Si el causante dispuso de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, no existe acrecimiento alguno, y la parte que corresponde a cada hijo en la mitad legitimaria se llama legítima rigurosa, pues es lo que rigurosamente le corresponde en la herencia de su padre. En este caso, el cónyuge sobreviviente lleva, en la mitad legitimaria que se reparte, el doble de lo que corresponde a cada hijo como legítima rigurosa, con lo que se perjudica con la inexistencia de acrecimientos.

Sin embargo, si solamente existe un hijo, el cónyuge sobreviviente lleva por concepto de herencia lo mismo que corresponde a ese hijo a título de legítima rigurosa o efectiva, y no el doble como en los casos anteriores. Si el testador dispuso de la cuarta de mejoras y de la cuarta de libre disposición, el cónyuge sobreviviente llevará la mitad de la mitad legitimaria; es decir, una cuarta parte de la herencia, y el resto de la mitad legitimaria será para el hijo. Si el causante no dispuso de la cuarta de mejoras ni la parte de libre disposición, ellas acrecen a la mitad legitimaria y el cónyuge sobreviviente llevará la mitad de la herencia y la otra mitad será para el hijo del causante.

145. DERECHO MÍNIMO GARANTIZADO AL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE. Si el cónyuge sobreviviente concurre con descendientes en el primer orden de sucesión, en términos generales la ley le asigna el doble de lo que corresponda a cada hijo. Sin embargo, establece el inciso segundo del artículo 988, en su parte final, que “en ningún caso la porción que corresponda al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia, o de la cuarta parte de la mitad legitimaria en su caso”.

La Ley N° 19.585, en el propósito de mejorar la situación del cónyuge sobreviviente, estableció este mínimo equivalente a la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso. Ello dependerá de qué es lo que se esté repartiendo entre los herederos. Si la sucesión es intestada, lo que se encuentra sujeto a repartición es la totalidad de la herencia, caso en el que el cónyuge no puede llevar menos de la cuarta parte del acervo partible. Por el contrario, si lo que se divide es la mitad legitimaria, la parte que le corresponde al cónyuge sobreviviente aplicando la regla del doble, no puede ser inferior a la cuarta parte de la mitad legitimaria.

Esta situación será más bien rara, pues ello supondría que el causante ha debido tener más de seis hijos. En efecto, si ha llegado a tener seis hijos, la herencia o la mitad legitimaria debe dividirse en ocho partes, dos para el cónyuge y una para cada hijo. En este caso le corresponderá dos octavos del acervo partible, lo que es igual a un cuarto de la herencia. Si lo que se reparte de conformidad a las reglas de la sucesión intestada es la mitad legitimaria, al cónyuge sobreviviente le corres-

<sup>196</sup> Los cambios socioculturales experimentados en los últimos años han determinado que esta regla ya no sea la misma en todas partes. En Inglaterra, por ejemplo, desde diciembre de 2005, a igual nivel que el cónyuge viudo se encuentra el conviviente homosexual que haya formado una unión estable de conformidad a las previsiones de la *Civil Partnership Act* de 2004, según la cual todas las referencias al cónyuge deben entenderse hechas también a los *civil partners* (cfr. ANTERSON, ob. cit., p. 1246).

ponderarán dos octavos de la mitad legitimaria, que es lo mismo que una cuarta parte de dicha mitad.

Si el causante hubiere tenido siete o más hijos, la porción del cónyuge, aplicando la regla del doble, será inferior a una cuarta parte del *as* hereditario o de la mitad legitimaria, con lo que en esa hipótesis, la ley le asigna la cuarta parte de la herencia o la cuarta parte de la mitad legitimaria, y el resto de una u otra deberá ser repartido por partes iguales entre los hijos del causante.

146. ASIGNACIÓN AL CÓNYUGE INFERIOR A LA PORCIÓN MÍNIMA GARANTIZADA. Dispone el inciso segundo del artículo 1193 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 artículo 988, la diferencia deberá pagarse también con cargo a la cuarta de mejoras”.

Lo anterior implica que si el causante ha asignado a su cónyuge por testamento parte de sus bienes con cargo a lo que a éste le corresponde en la herencia, y los bienes así asignados, por su valor, no fueren suficientes para enterar la porción mínima que en la actualidad la ley reconoce al cónyuge supérstite, el faltante se pagará con cargo a la cuarta de mejoras.

147. MATRIMONIOS NULOS. Para que el cónyuge pueda ser considerado heredero del difunto es necesario que el matrimonio que a él lo unía haya sido válido. El matrimonio termina por la sentencia firme de nulidad (artículo 42, N° 3, de la Ley de Matrimonio Civil). En otros términos, es necesario que el cónyuge tenga dicha calidad al momento de la apertura de la sucesión, puesto que si el matrimonio fue declarado nulo, se entiende que el cónyuge jamás lo ha sido; a pesar de que el matrimonio haya sido declarado nulo putativo y a pesar de que el juicio se hubiere iniciado antes de la muerte del causante y concluido después, pues la notificación de la demanda de nulidad hace perder la “buena fe, imprescindible para la existencia de un matrimonio nulo pero putativo.”<sup>197</sup>

<sup>197</sup> En este sentido ABELIUK, *La filiación...*, cit., pp. 585 y 586. Con todo, cree el autor que un caso de excepción a esta regla estaría dado por la hipótesis en que uno de los cónyuges pida la nulidad después de fallecido el otro por la causal vínculo matrimonial no disuelto. En tal caso, señala el autor, el matrimonio así anulado puede ser putativo, y el cónyuge sobreviviente podría concurrir a la herencia del difunto, pues esta clase de matrimonio nulo produce los mismos efectos que el válido y el cónyuge sobreviviente pudo estar de buena fe al fallecimiento del causante. “Si era el difunto el cónyuge bigamo, se producirá la curiosa situación de que concurrirán a la herencia los dos cónyuges sobrevivientes (quienes evidentemente deberán dividir por mitades sus derechos); esto fue lo que precisamente la Ley N° 10.271 quiso evitar al permitir esta declaración de nulidad *post mortem*, olvidándose desgraciadamente el legislador del matrimonio putativo” (p. 586).

148. SITUACIÓN DEL CÓNYUGE DIVORCIADO. Teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil, el matrimonio termina también por la sentencia firme de divorcio (artículo 42 N° 4). Resulta claro que si la sentencia se dicta antes de la muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente no tiene el carácter de heredero del difunto, a su respecto él ha perdido su condición de cónyuge. A este respecto señala el artículo 61 de la referida ley que “el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio, como los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos”, sin perjuicio de las compensaciones económicas a que pueda tener derecho uno de los cónyuges.

Más complicado puede resultar el caso en que el deceso de uno de los cónyuges se produzca mientras se tramita el juicio de divorcio o, por lo menos, antes de que la sentencia se encuentre ejecutoriada. Debe tenerse presente que el artículo 59 de la referida ley dispone que “el divorcio producirá efectos entre los cónyuges desde que quede ejecutoriada la sentencia que lo declare. Sin perjuicio de ello, la sentencia ejecutoriada en que se declare el divorcio deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial. Efectuada la subinscripción, la sentencia será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados, con lo que podrán volver a contraer matrimonio”.<sup>198</sup>

Siguiendo la regla antes señalada, habrá que concluir que si uno de los cónyuges fallece durante la tramitación del juicio o antes que la sentencia quede firme, el matrimonio se disuelve no por divorcio, sino que por la muerte de uno de los contrayentes, y, por lo mismo, el sobreviviente conserva su condición de cónyuge. Así las cosas, el sobreviviente podrá concurrir a la sucesión del difunto, salvo que el resto de los herederos consigan su exclusión de la sucesión al declararlo indigno, si el hecho por el que se demandó el divorcio es coincidente con alguna de las causales de indignidad.

149. SITUACIÓN DE LOS CÓNYUGES SEPARADOS JUDICIALMENTE. Si los cónyuges sólo están separados de hecho, no se produce alteración alguna en los derechos

<sup>198</sup> La norma resulta completamente confusa en lo que hace al momento en que los cónyuges deben considerarse divorciados. Mientras en el inciso primero declara que la sentencia produce sus efectos entre los cónyuges una vez que quede ejecutoriada, el inciso segundo señala que sólo una vez inscrita los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados. Resulta obvio que es completamente contradictorio decir que la sentencia produce sus efectos entre los cónyuges una vez que está ejecutoriada, pero que ellos tienen el carácter de divorciados una vez que la sentencia se inscriba en el Registro Civil. Por la redacción del inciso segundo pareciera que lo que en verdad se ha querido decir es que la sentencia de divorcio sólo será oponible ante terceros una vez que ha sido inscrita, con lo que la inscripción solamente sería una medida de publicidad, pero en caso alguno una solemnidad del divorcio, ya que ello sería como afirmar que la inscripción de una sentencia es un requisito más para que la resolución judicial produzca sus efectos.

sucesorios que uno tiene respecto del otro. Sin embargo, si la separación es judicial, la solución podría ser diversa si uno de ellos la ha provocado por su culpa.<sup>199</sup>

En efecto, los artículos 26 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil permiten la separación judicial de los cónyuges. Aun cuando dicha separación no disuelve el vínculo matrimonial, sorprendentemente, la propia ley atribuye el estado civil de separados judicialmente a los que se encuentren en esta situación. Se trata de personas que siguen casadas, y que debieran tener el estado civil de casadas, pero la ley las considera con el estado civil de separadas.

Si bien es cierto el inciso segundo del artículo 32 de esta ley señala que a partir de la inscripción de la respectiva sentencia, los cónyuges adquirirán “la calidad” de separados, no pudiendo contraer nuevo matrimonio, ocurre que artículo 305.1 del Código Civil, en su nueva redacción, señala que “el estado civil de casado, separado judicialmente, divorciado, o viudo, y de padre, madre o hijo, se acreditará frente a terceros y se probará por las respectivas partidas de matrimonio, de muerte, y de nacimiento o bautismo”. Queda claro, entonces, que se está en presencia de un nuevo estado civil. Confirma esta afirmación el artículo 6° transitorio de misma Ley de Matrimonio Civil, cuando prescribe que “las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, tendrán el estado civil de separados, y se registrarán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia”.

Sin embargo, este nuevo estado civil no priva al cónyuge de los derechos hereditarios en la sucesión del otro. Si uno de ellos fallece, el otro puede heredarlo de conformidad a las reglas generales.<sup>200</sup>

Con todo, si uno de ellos ha dado lugar a esta separación por su culpa, perderá este derecho. De acuerdo al artículo 994.1 el cónyuge separado judicialmente, que hubiere dado motivo a la separación por su culpa, no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido. En armonía con lo señalado, dispone la parte final del inciso segundo del artículo 1182 que tampoco será legitimaario el cónyuge que por su culpa haya dado ocasión a la separación judicial.

<sup>199</sup> Esta solución es variable en el derecho comparado. En Inglaterra, por ejemplo, si los cónyuges únicamente estaban separados a la fecha del deceso de uno de ellos, el sobreviviente es tratado como si hubiese premuerto al causante (*Family Law Act 1996*, s. 21) y, por lo mismo, carece de derechos en la sucesión intestada, aunque puede alegar pretensiones de amparo del *inheritance (Provision for family and dependants Act 1975)*.

<sup>200</sup> Lo mismo cabe decir si los cónyuges se encuentran separados de hecho, sea que dicha separación se encuentre acogida a lo prevenido en los artículos 21 y siguientes de la Ley de Matrimonio Civil, sea que no esté sometida a reglamentación alguna.

A este respecto señala el inciso primero del artículo 35 de la Ley de Matrimonio Civil que “el derecho de los cónyuges a sucederse entre sí no se altera por la separación judicial. Se exceptúa el caso de aquel que hubiere dado lugar a la separación por su culpa, en relación con el cual el juez efectuará en la sentencia la declaración correspondiente, de la que se dejará constancia en la subinscripción”.

Ahora bien, si una vez que los cónyuges que se han separado reanudan su vida en común, curiosamente, recuperan su estado civil de casados, si es que en verdad alguna vez lo perdieron. Dispone el artículo 38 de la ley en cuestión que “la reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, pone fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial o a la ya decretada, y, en este último caso, restablece el estado civil de casados”. De suerte que si se ha producido este fenómeno, y se han cumplido con los requisitos previstos en el artículo 39 para que el cese de la separación sea oponible a terceros, los que habían estado separados recuperan su estado civil de casados, y como consecuencia de aquello pueden sucederse el uno al otro.

150. EL CÓNUGE EN LA SUCESIÓN PARTE TESTADA Y PARTE INTESTADA. El inciso final del artículo 988 señala que la cuarta parte que como mínimo corresponde al cónyuge sobreviviente, se calculará teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 996.

El artículo 996 se refiere a las sucesiones mixtas; esto es, parte testadas y parte intestadas. En estos casos, se aplica primeramente el testamento y en el resto las reglas de la sucesión intestada, pero los que suceden a la vez por testamento y abintestato, imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieren por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si excediere a la otra, salvo que el testador hubiere dispuesto de manera expresa una cosa diferente.

Aplicado esto a la situación del cónyuge sobreviviente, quiere decir que a los efectos de establecer la cuarta parte mínima de la herencia o de la mitad legitimaaria en su caso, debe imputarse lo que a él se le ha asignado en el testamento, sin perjuicio de retener toda la parte que se le asignó en dicho testamento si excediere a la cuarta parte que la ley le reconoce, a menos que el causante haya dispuesto que lo que se le asigna por el testamento sea sin perjuicio de lo que le corresponde en la sucesión intestada.<sup>201</sup>

<sup>201</sup> Así COURT MURASSO, E., *Nueva ley de filiación*, Santiago, 2000, p. 224. Esto hace que PARDO sostenga que “esta protección no es tan amplia como parece, porque se aplica en el evento de no haberle sido asignada al sobreviviente la cuarta de mejoras o la cuarta de libre disposición o ambas, pues, en estas hipótesis se deberá hacer la imputación que dispone el artículo 996. Ello, siempre que el causante no

Ahora si nada se le asignó al cónyuge sobreviviente en el testamento, él solamente concurrirá como legitimario en la parte intestada, y allí tendrá derecho a la cuarta parte o de la herencia o de la mitad legitimaria según los casos.

151. SEGUNDO ORDEN DE SUCESIÓN: DEL CÓNYUGE Y/O LOS ASCENDIENTES. Como lo indica el encabezado del artículo 989, para que sea posible aplicar el segundo orden de sucesión es imprescindible que el causante no haya dejado posterioridad. Esto determina que solamente será posible pasar a este orden de sucesión cuando no haya hijos o descendientes de ellos con derecho a representarlos. Si existiesen estos descendientes no se puede aplicar este orden sucesorio y será necesario detenerse en el primero. Asimismo, es necesario que exista o cónyuge o ascendientes del causante, puesto que ambos grupos son los que determinan este orden. Si no los hay, no cabe ni aplicar el primer orden ni el segundo, y habrá que pasar al tercero.

Los ascendientes sólo pueden concurrir personalmente. La representación no opera en línea ascendente, el ascendiente más próximo excluye a todos los otros. Esto es lo que explica el inciso final del artículo 989 que señala que habiendo un solo ascendiente en el grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes, o en toda porción hereditaria de los ascendientes.

Siguiendo el orden del artículo 989 pueden producirse tres situaciones:

a) Que concurren los ascendientes de grado más próximo junto con el cónyuge sobreviviente. En este caso, y de conformidad al inciso primero del artículo 989, la herencia se divide en tres partes, dos para el cónyuge y una para los ascendientes. Obsérvese que la cuantía que llevan los ascendientes es inferior a la que se le asigna al cónyuge. No es, en consecuencia, la cuantía un factor determinante a este respecto, sino que lo que determina la aplicación del orden es sólo la presencia de estos ascendientes. Si los ascendientes son varios en el mismo grado, la parte de ellos se reparte entre todos por iguales porciones.

b) Si concurren sólo los ascendientes pero no el cónyuge, según la parte final del inciso segundo del artículo 989, la herencia será en su totalidad para los primeros.

c) Por el contrario, si los que faltan son los ascendientes, la totalidad de la herencia será para el cónyuge sobreviviente en los términos del inciso segundo del artículo 989.

Continuación nota <sup>201</sup>

hubiere dispuesto otra cosa" (PARDO DE CARVALLO, I., *La reforma del Derecho sucesorio por la Ley N° 19.585*, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, T. XX, 1999, p. 114).

152. LOS PADRES DEL CAUSANTE SON INDIGNOS SI SE HAN OPUESTO A LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN. El artículo 994, luego de excluir al cónyuge sobreviviente de la sucesión intestada del difunto si es que dio lugar a la separación judicial por su culpa, amplía esta sanción al padre o la madre del difunto que se haya opuesto a la determinación judicial de su maternidad o paternidad. Dispone el inciso segundo de la norma que "tampoco sucederán abintestato los padres del causante si la paternidad o maternidad ha sido determinada judicialmente contra su oposición, salvo que mediare el restablecimiento a que se refiere el artículo 203".

Como se ha dicho antes, el artículo 203 establece una sanción en contra del padre que se ha opuesto a la determinación de su paternidad o maternidad en el juicio de filiación, sanción que consiste en privarlo de todos los derechos que por el solo ministerio de la ley le pudieran corresponder respecto de la persona y bienes del hijo. Dice en su inciso primero que "cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente".

Por el contrario, como se trata de sancionar y no de beneficiar al padre o madre opositor, éstos conservarán, en cambio, todas sus obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio del hijo o sus descendientes (203.2).

Para que opere la sanción prevista en el inciso primero del artículo 203 es necesario que en el juicio de filiación la sentencia condenatoria se haya dictado con la oposición del padre o madre. Es evidente que ello ocurre cuando éste ha contestado la demanda solicitando su rechazo, por estimar que no es el padre o la madre del demandante. También resulta claro que si el demandado se allana a la demanda no existe oposición de su parte.<sup>202</sup>

<sup>202</sup> Más difícil es determinar si existe o no oposición cuando el demandado no ha contestado la demanda, y el juicio se tramita en su rebeldía. Podría pensarse que en este caso efectivamente existe oposición, ya que la no contestación constituye una defensa negativa, que satisface el criterio del artículo 203 del Código Civil. Con todo, en los hechos y en rigor no puede desconocerse que el padre o madre no se ha opuesto a la demanda, y no debe perderse de vista que la ley sanciona al padre o madre que se ha opuesto, y no simplemente cuando la filiación se ha determinado por sentencia judicial como ocurría antes de la Ley N° 19.585 respecto de los hijos naturales en los casos de los números 2, 3 y 4 del artículo 271. (Así CORRAL TALCIANI, H., *Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585*, en *Documentos de Trabajo*, Universidad de los Andes, N° 25, 1998, p. 69).

Por otra parte, podría resultar dudosa la situación del progenitor que en el trámite de la absolución de posiciones, confiesa ser el padre o madre del hijo, o bien se le tiene por confeso por no haber comparecido

La privación de derechos es amplia, y comprende todos los derechos que pudieran corresponderle al progenitor sobre los bienes o la persona del hijo. Con todo, la ley en varios casos ha señalado esta misma sanción para situaciones especiales. En primer lugar, queda comprendida la privación de la patria potestad porque está especialmente prevista en el artículo 203. Fuera de ello queda especialmente comprendida la improcedencia del asenso para que el hijo menor de edad contraiga matrimonio (artículo 109.2); la pérdida del derecho a nombrar un curador testamentario para el hijo (357.2); el derecho para ser designado guardador legítimo del hijo menor o incapaz (368, 448.1 y 462.3); la pérdida del derecho a suceder *ab intestato* al hijo (994.2), y el derecho a la legítima en la sucesión del hijo (1182.2), y también la pérdida del derecho de alimentos respecto del menor (324.3). Pero al margen de estos casos que, como se ha dicho, están especialmente previstos, acontece que el progenitor que se ha opuesto a la determinación de la filiación, pierde el derecho al cuidado personal<sup>203</sup>, a la crianza y educación, a la facultad de corrección respecto del hijo, puesto que se trata de derechos que le confiere la ley respecto de él.

En cuanto a la extensión subjetiva de esta sanción, pareciera que ella se radica solamente en el padre o madre que se opuso a la determinación de la filiación, pero que no se extiende, en principio, al resto de los ascendientes. De modo que los abuelos del causante conservarían los derechos sobre la persona y bienes de su nieto en los casos que la ley se los confiere, por lo que podrían sucederlo. Ello a diferencia de lo que acontece con el carácter de legitimarios de estas personas, puesto que el artículo 1182.2 dispone a este respecto que “no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203”<sup>204</sup>. Ello

Continuación nota <sup>202</sup>

a las citaciones que a este efecto se le hicieron. En estos casos podría estimarse que ha existido una suerte de reconocimiento voluntario, y, por tanto, no existiría oposición. Ello no es así. Tal forma de reconocimiento no es de aquellas establecidas en el artículo 187 del Código Civil, y, por otra parte, la confesión en juicio, sea ella real o ficta, no implica que no exista oposición a la demanda, debiendo terminar el pleito con una sentencia que establezca la filiación que en él se ha negado, sirviendo de base a esa resolución la prueba consistente en la confesión judicial.

<sup>203</sup> Estima CORRAL que en el caso del cuidado personal la situación es particular, por cuanto el artículo 224.2 del Código Civil solamente confiere el cuidado al padre o madre que haya reconocido al hijo, y por lo mismo en el caso de determinación judicial de la filiación no existiría propiamente reconocimiento, de lo que se colige que haya o no oposición en el juicio, de todas formas no habrá reconocimiento del hijo por parte del padre o madre, y cualquiera sea la situación no tendrá el cuidado del menor (cfr. ob. cit., pp. 70 y 71).

<sup>204</sup> Así ABELIUK, *La filiación...*, cit., p. 590 y CORRAL, ob. cit., p. 71.

implica, como se verá con ocasión de las legítimas, que no solamente los padres que se han opuesto a la determinación judicial de la filiación pierden su carácter de legitimarios, sino que también los que sean los ascendientes de esos padres.<sup>205</sup>

De acuerdo al inciso final del artículo 203 “se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que esté privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante”.

El único que puede restablecer en los derechos al padre o la madre es el hijo, no puede hacerlo ni su representante legal ni sus herederos. La exigencia de que el hijo sea mayor de edad para hacerlo, unido a que la norma no contempla la posibilidad de la intervención de otras personas en este acto, así lo demuestra.

El restablecimiento es solemne, debe constar en escritura pública, o en un testamento si es *mortis causa*. Lo que resulta llamativo es que si el restablecimiento se hace por escritura pública, solamente producirá sus efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento. Cree CORRAL que esta redacción induce a pensar que en este caso la subinscripción es una solemnidad del acto, pues si ello no se hace, el restablecimiento no produce efectos<sup>206</sup>. En cambio, ABELIUK estima que esto no rompería la regla general en materia de subinscripciones, siendo ella una formalidad de publicidad, cuya omisión hace inoponible el perdón a terceros<sup>207</sup>. Esto no es más que otra demostración del completo caos que existe en la reforma introducida por la Ley N° 19.585 en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las subinscripciones.

Si el restablecimiento se otorga por acto testamentario, produce efectos desde la muerte del causante, y no desde el otorgamiento del testamento. Este restablecimiento, a diferencia del otorgado por escritura pública, parece que es revocable, pues la irrevocabilidad solamente está prevista para el caso de la escritura pública. Además, resulta evidente, que en este caso se trata de una disposición testamentaria y no de una mera declaración testamentaria, en la medida que los efectos

<sup>205</sup> En contra MUÑOZ, quien cree que la sanción del artículo 1182 no se extiende al resto de los ascendientes (MUÑOZ SÁNCHEZ, A., *Aspectos sucesorios de la reforma*, en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al Derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585*, Servicio Nacional de la Mujer y Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 157.

<sup>206</sup> Cfr. *Determinación...*, cit., p. 72. En el mismo sentido, aun cuando con dudas COURT, *Nueva ley...*, cit., pp. 130 y 131.

<sup>207</sup> Cfr. *La filiación...*, cit., p. 287.

patrimoniales de una declaración de voluntad de esta naturaleza saltan a la vista: el padre o madre perdonados recuperarán su carácter de legitimarios en la sucesión del hijo y de los descendientes de éste.

En todo caso, cabe preguntarse si la rehabilitación testamentaria debe ser expresa o puede ser tácita. Una cosa es que en el testamento el hijo expresamente perdona y rehabilite al padre o madre de que se trate, y otra cosa es que sin efectuar ningún tipo de declaración lo beneficie con una asignación testamentaria, ya sea con cargo a la legítima, a la cuarta de mejoras o a la parte de libre disposición. Parece evidente que si el testador señala bienes con los que debe enterarse la parte de legítima de su padre o madre, debe entenderse que los ha rehabilitado, pues ello supone que el hijo los tiene como legitimarios (artículo 1183.2). De la misma manera si les asigna parte de la cuarta de mejoras al padre o madre, ello importa a lo menos que el hijo les reconoce su carácter de ascendientes, aunque no necesariamente el de legitimarios, lo que permite suponer que lo que pretende el testador es mejorar la situación patrimonial de su padre o madre. Por último, mucho más difícil es resolver si la institución como asignatario del padre o madre en la parte de libre disposición constituye o no rehabilitación, pues de ella puede hacer el causante la distribución que quiera, y beneficiar incluso a personas que no sean sus parientes.<sup>208</sup>

153. TERCER ORDEN DE SUCESIÓN: DE LOS HERMANOS. A falta de descendientes, de ascendientes y cónyuge, suceden al causante sus hermanos, personalmente o representados por su descendencia (artículos 990 y 986).

Debe tenerse en cuenta que si bien en este orden son llamados los hermanos de doble y los de simple conjunción, su situación no es la misma. Los primeros son los que comparten la misma madre y el mismo padre, y se les llama hermanos carnales (artículos 41 y 992.2). Los segundos son los que comparten o el padre o la madre, llamándose hermanos paternos o maternos según sean los casos (también uterinos o consanguíneos). De la sucesión del difunto participan todos sus hermanos sean carnales, paternos o maternos, pero no lo hacen en igualdad de condiciones.

La porción de los hermanos maternos o paternos, de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 990, es la mitad de la que les corresponde a los hermanos carnales del difunto. Si solamente concurren hermanos paternos o maternos, ellos llevan por partes iguales la porción de la herencia que corresponde a los hermanos.

<sup>208</sup> En contra RODRÍGUEZ, quien estima que por ser ésta una especie de indignidad calificada, no se rige por la regla de las indignidades en general y, por lo mismo, no se purgará por disposición testamentaria posterior a los hechos que la producen (cfr. *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 308).

154. CUARTO ORDEN DE SUCESIÓN: EL DE LOS DEMÁS COLATERALES. El cuarto orden es el de los demás colaterales. Se llama de los demás colaterales y no sólo de los colaterales, porque en el tercer orden la ley llamó a los hermanos del difunto, que también son parientes colaterales. Aquí se llama a los colaterales que no sean hermanos.

Para que se aplique este orden de sucesión, según lo previsto en el artículo 992, no deben existir ni descendientes, ni ascendientes ni cónyuge sobreviviente ni hermanos del difunto. Por el contrario, es necesario que existan otros parientes colaterales del difunto hasta el sexto grado de parentesco. Si no hay parientes colaterales o los hay más allá del sexto grado, este orden sucesorio carece de aplicación, debiendo pasarse al siguiente.

Estos parientes colaterales sólo pueden concurrir personalmente y no representados, en la medida que dentro de los colaterales únicamente los hermanos del causante pueden hacerlo de esta forma, y en este caso se trata de colaterales que no son hermanos.

Las reglas que gobiernan la concurrencia de los parientes colaterales del difunto están señaladas claramente en el artículo 992, y son las siguientes:

a) El o los colaterales del grado más próximo excluirán siempre a los otros. Así el tío del causante (tercer grado colateral) excluye a los primos del difunto (cuarto grado colateral), y un primo del causante (cuarto grado colateral) excluye de la sucesión a los vulgarmente llamados primos en segundo grado y que en verdad se encuentran en el sexto grado colateral.

En cualquier caso hay que tener muy en cuenta que hay ciertos colaterales que no se toman en cuenta en el presente orden de sucesión. En este caso se encuentran, en primer término, los hermanos, que son parientes colaterales y cuya presencia, como se ha dicho, excluye la aplicación del cuarto orden de sucesión. Asimismo, están en esta situación los descendientes de los hermanos, los que, a pesar de ser colaterales del causante, lo suceden no por derecho personal sino que lo suceden por el derecho de representación, por lo que jurídicamente ocupan el lugar de los hermanos del causante (artículo 984). Es el caso de los sobrinos del causante y de sus sobrinos nietos. Ellos representan al hermano del causante, y suceden por estirpes. Esto es de gran importancia práctica. Como se explicó en otro momento, no se aplica el sexto orden de sucesión cuando existan parientes que puedan legalmente representar a los hermanos del causante. Si ello llegare a ocurrir, se aplicará el tercer orden de sucesión, y los representantes pasarán a ocupar el lugar del hermano del causante como si éste existiese, excluyendo a todos los otros colaterales.<sup>209</sup>

<sup>209</sup> Tómese el siguiente ejemplo. Un primo hermano está en el cuarto grado colateral de parentesco del causante; en cambio, un sobrino bisnieto está en quinto grado colateral. Ambos están dentro del sexto

b) Los derechos de sucesión de los colaterales no se extienden más allá del sexto grado. Es el grado de parentesco que existe, como se ha dicho, entre los llamados primos en segundo grado; o el que existe entre una persona cuyo tatarabuelo es abuelo de su pariente.

c) De acuerdo al inciso segundo del artículo 992, los colaterales de simple conjunción; esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte de padre o por parte de madre, llevan la mitad de lo que les corresponde a los colaterales de doble conjunción; esto es, lo que a la vez son parientes del difunto por parte de padre y por parte de madre.<sup>210</sup>

Los colaterales que suceden al difunto en este orden de sucesión no lo hacen por representación, sino que lo hacen personalmente o por cabezas. Esto significa, según lo previsto en el artículo 985, que toman entre todos y por iguales partes la asignación a la que los llama la ley, a menos que la propia ley establezca una división diferente.

Se ha discutido respecto de este orden de sucesión, si los colaterales deben ser siempre parientes por consanguinidad o podrían serlo también por afinidad. La respuesta doctrinaria<sup>211</sup> y jurisprudencial<sup>212</sup> ha sido que solamente son llamados

Continuación nota <sup>209</sup>

grado colateral que exige el artículo 992. Si se aplicase el cuarto orden de sucesión, ocurriría que el primo hermano del causante excluiría al sobrino bisnieto, por ser aquél el pariente más próximo. Sin embargo, acontece que el sobrino bisnieto, a pesar de ser de grado más lejano y de tener el derecho de suceder personalmente, no sucede de esta forma, sino que lo hace representando al hermano del difunto, ya que en línea descendiente el derecho de representación no reconoce límites. En consecuencia, la presencia del sobrino bisnieto excluye la aplicación del cuarto orden sucesorio, lo que implica que deberá aplicarse el tercero, llevándose éste la totalidad de la herencia.

<sup>210</sup> Una situación de un colateral no hermano de simple conjunción podría ser la siguiente. Una mujer que tiene un hijo contrae matrimonio. De esta unión nacen dos hijos. Estos nuevos hijos tienen el carácter de medios hermanos con el primer hijo de la mujer, pues comparten la madre, pero no el padre. Los descendientes que puedan tener estos hijos serán colaterales de simple conjunción con los descendientes que pueda tener el hijo de simple conjunción. De modo que si alguno de los primeros fallece, los de simple conjunción llevarán en esa sucesión la mitad que los colaterales de doble conjunción.

<sup>211</sup> Cfr. RODRIGUEZ, *Instituciones...*, Vol. I, cit., p. 267 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 160 y 161. En todo caso el recurso a la historia fidedigna de la ley que hacen estos autores no resulta del todo esclarecedor. En efecto, se sostiene que el proyecto de 1841 se refería expresamente a los colaterales consanguíneos legítimos. Bello lo habría suprimido a sugerencia de don José María Güemes, reemplazando la referencia en el proyecto de 1853 (artículo 1144) por la frase "los afines no son llamados a la sucesión abintestato". Sin embargo, el Código definitivo no recogió esta frase, quedando en consecuencia sin la referencia positiva a los colaterales por consanguinidad y sin la referencia negativa a los parientes afines. Se podría sostener a la luz de este proceso, que existió la intención de excluir claramente a los afines de la sucesión, pero en definitiva ello no se hizo, lo que podría inducir al argumento de que los afines hoy no están excluidos del quinto orden de sucesión. Por lo mismo, parece más razonable prescindir de este argumento histórico, para sostener que los llamados a suceder al causante son aquellas personas que tenían

los colaterales consanguíneos y no los afines. De modo, por ejemplo, que un cuñado del difunto, que está en segundo grado colateral por afinidad, no puede suceder al causante a pesar de su grado, pues se trata de un parentesco por afinidad y no por consanguinidad.

155. QUINTO ORDEN DE SUCESIÓN: EL DEL FISCO. El quinto orden sucesorio está compuesto única y exclusivamente por el Fisco de Chile como representante económico del Estado. Dispone el artículo 995 que a falta de todos los herederos abintestato designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco.

En el plano doctrinario se ha discutido la naturaleza de los derechos del Fisco. Para algunos el Fisco es un heredero más del causante, y como tal tiene todos los derechos y obligaciones que le son propias a un heredero, sin perjuicio de que la ley imponga ciertas limitaciones o condiciones en esta materia. Otros han entendido que el Fisco no recoge los bienes del causante como su heredero a falta de otros herederos de mejor derecho, sino que lo que ocurre es que el Estado se hace dueño de los bienes que no tienen un titular: *bona vacantia*. El Estado se haría dueño del patrimonio sin titular no por sus derechos sucesorios, sino que por el ejercicio de la soberanía, y se haría dueño de él tal como se hace propietario, por ejemplo, de los bienes raíces que no tienen dueño.<sup>213</sup>

La cuestión no es irrelevante, pues puede tener importancia para determinar la responsabilidad del Estado frente a los acreedores hereditarios. Si concurre como heredero, obviamente deberá asumir esta responsabilidad tal como lo deben hacer los herederos del causante, sino no fuese así, el Estado no tendría la obligación de responder como heredero, porque sencillamente no lo es, tan sólo es el dueño de un patrimonio que no tiene titular. También tiene importancia para determinar qué acontece cuando un nacional muere en otro país sin dejar herederos con derecho a sucederle. Si el Estado en que falleció el *de cuius* reclama su carácter de heredero, conforme a la ley del último domicilio del causante, es evidente que se llevará este patrimonio; por el contrario, si el Estado en que falleció el causante se

Continuación notas <sup>211</sup> y <sup>212</sup>

con él un lazo de sangre, adopción o matrimonio, sin que sean considerados, para nada, los que puedan tener algún parentesco por afinidad.

<sup>212</sup> RDJ, T. 48, 2, p. 54.

<sup>213</sup> Véase BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Traité...*, T. I, cit., p. 446 a 448; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones...*, Vol. II/2, cit., pp. 347 a 349; JOSSEAND, *Cours...*, T. III, cit., pp. 422 y ss.; PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, T. IV, cit., pp. 187 y ss.; PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 507 y ss. y HERRERA BRAVO, R., *Bona vacantia y sucesión a favor del Estado en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Histórico Español*, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano: Universidad de Vigo, 16-18 de abril de 1998, Vol. 2, 1999, pp. 21 y ss.

hace dueño del patrimonio en ejercicio de su soberanía, poco importa la ley aplicable según el último domicilio del causante.<sup>214</sup>

En Chile parece que no hay dudas de que el Fisco es llamado como heredero del causante. Lo dice expresamente el artículo 983, al señalar entre los herederos al Fisco. Lo confirma el artículo 995, al decir que a falta de todos los herederos designados en los artículos precedentes, sucederá el Fisco. Y completa este razonamiento el artículo 1250, que explica que las herencias del Fisco deben aceptarse con beneficio de inventario, con el objeto de limitar su responsabilidad frente a los acreedores hereditarios.

156. LA SITUACIÓN HEREDITARIA DEL ADOPTADO. A partir de la entrada en vigencia de las Leyes N° 19.585 y N° 19.620, la situación hereditaria del adoptado ha pasado a ser muy confusa, en términos tales que resulta razonable pensar que la única forma real de resolver esta cuestión es mediante una reforma legal que ponga claridad allí donde definitivamente no la hay.

En cualquier caso debe señalarse que este problema se reduce en particular a los adoptados de conformidad a la Ley N° 7.613 de 1942, y no se extiende al resto de los adoptados. Tratándose de los adoptados por las reglas de la Ley N° 19.620, ellos pasan a tener el estado civil de hijos, y, por lo tanto, tienen todos los derechos hereditarios que a éstos les corresponde en la sucesión del causante, como si lo fueran desde un punto de vista biológico. Paralelamente carecen de derechos hereditarios en las sucesiones a que dé lugar el fallecimiento de alguno de los miembros de su familia de origen. Si se trata de adoptados plenamente de conformidad a la Ley N° 18.703, la solución es exactamente la misma, al tener los adoptados el carácter de hijos para los efectos sucesorios. En cuanto a los sujetos de adopción simple según las reglas de esta última ley, el problema tampoco existe, pues este tipo de adopción no otorgaba al adoptado derechos hereditarios.

Por consiguiente, el conflicto queda reducido únicamente a los adoptados de acuerdo a las normas de la Ley N° 7.613, y dentro de ellos, a las sucesiones que se hayan abierto con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585; esto es, antes del 27 de octubre de 1999. Para las que se abrieron antes, rigen las normas de la Ley N° 7.613, las que son compatibles con las disposiciones establecidas por el Código Civil antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.585.

<sup>214</sup> Así lo demuestra con bastante claridad el 157 del Código de Derecho Internacional Privado, cuando dispone que "en la sucesión intestada, cuando la ley llame al Estado como heredero, en defecto de otros, se aplicará la ley personal del causante; pero si lo llama como ocupante de cosas *nullius* se aplica el derecho local".

El problema encuentra su origen en que la Ley N° 7.613 estableció una serie de derechos sucesorios para el adoptado, en función de lo que se asignaba a los hijos naturales en la sucesión del causante. En efecto, disponía en su artículo 24 que "en la sucesión intestada del adoptante, el adoptado será tenido, para este solo efecto, como hijo natural, y recibirá en consecuencia, en los casos contemplados en los artículos 988, 989, 990, 991, y 993 del Código Civil, una parte igual a la que corresponda o haya podido corresponder a un hijo natural. Con todo, si en el caso contemplado en el artículo 989 faltaren los hijos naturales y concurrieren ascendientes legítimos, cónyuge y adoptado, la herencia se dividirá en seis partes, tres para los ascendientes legítimos, dos para el cónyuge y una para el adoptado. Igualmente, si en el caso del artículo 993 concurre el adoptado con el cónyuge y los padres naturales, la herencia se dividirá en la forma indicada en el inciso precedente; y si sólo concurre con los padres naturales, la herencia se dividirá por mitades, una parte para el adoptado y otra para los padres naturales. Lo dicho en este artículo no conferirá en ningún caso al adoptado la calidad de legítimo".

Por otra parte, y como es sabido, la Ley N° 19.585 eliminó la categoría de hijos naturales, con lo que el punto de referencia para el cómputo de los derechos hereditarios del adoptado desapareció. Esto resulta agravado por dos circunstancias importantes. De un lado, acontece que el adoptado sigue mencionado como una de las personas con vocación sucesoria, así lo dice expresamente el artículo 983, que lo incluye en la sucesión del causante, y que, en su inciso segundo, establece que los derechos hereditarios del adoptado se regirán por la ley respectiva. De otro lado, ocurre que si bien la Ley N° 19.620 derogó la Ley N° 7.613, la dejó vigente para las adopciones constituidas de conformidad a sus disposiciones, lo que configura una hipótesis de supervivencia legal. Así las cosas, ocurre que los derechos sucesorios del adoptado son los que le reconoce la Ley N° 7.613, la que para estos efectos se remite a los derechos de los hijos naturales, que ya no existen.

Para solucionar este inconveniente, que en verdad no parece tener una solución razonable, los autores han ensayado diversas soluciones, todas poco satisfactorias.

a) Una primera tesis, acaso la más simple, plantea que el adoptado debe ser asimilado a un hijo del causante. Tomando en cuenta que sus derechos sucesorios son los de un hijo natural y que los hijos naturales hoy tienen la categoría de hijos, acontece que los adoptados también gozan de los derechos de un hijo. De esta forma, el adoptado concurre en el primer orden de sucesión como heredero determinante, con todo lo que ello implica. En este sentido se entiende que al me-



jorarse la situación de los hijos naturales, los que pasaron a denominarse hijos no matrimoniales, se benefició de paso al adoptado de conformidad a la Ley N° 7.613, los que al tener los mismos derechos de los hijos naturales pasaron ahora a tener los mismos derechos de los hijos no matrimoniales, pudiendo, en consecuencia, suceder al causante en el primer orden sucesorio.<sup>215</sup>

b) Una segunda postura se inclina por entender que el adoptado concurre en el primer orden de sucesión como hijo, pero no como heredero determinante, sino que solamente como concurrente. De esta forma el adoptado tendría los mismos derechos que un hijo en el primer orden de sucesión, pero si no hay hijos biológicos se pasaría al segundo orden, caso en el que el adoptado concurriría junto al cónyuge sobreviviente y los ascendientes. La fuente para esta solución vendría dada por el inciso segundo del artículo 24 de la Ley N° 7.613, que dispone que: "Con todo, si en el caso contemplado en el artículo 989, faltaren los hijos naturales y concurrieren ascendientes legítimos, cónyuge y adoptado, la herencia se dividirá en seis partes, tres para los ascendientes legítimos, dos para el cónyuge y una para el adoptado". De modo que, si no hubiere ascendientes, la herencia se repartiría en mitades entre el cónyuge y el adoptado. Si no hay cónyuge, la herencia se dividiría por partes iguales entre ascendientes y adoptado. Y si no existe ni cónyuge ni ascendientes, el adoptado llevaría toda la herencia.<sup>216</sup>

c) Una tercera corriente, entiende que el adoptado concurre en los nuevos órdenes de sucesión, pero con los derechos de un hijo natural. En otras palabras, para estos efectos, el adoptado tendría los derechos que le hubieren correspondido en la sucesión a un hijo natural, en una especie de reemplazo. La fuente de esta solución estaría en la parte final del inciso primero del artículo 24 de la Ley N° 7.613, que establece que el adoptado tendrá "una parte igual a la que correspondera o haya podido corresponder a un hijo natural". Por otro lado, ese sería el espíritu del artículo 45 de la Ley N° 19.620, que estableció que "los que tengan la calidad de adoptante y adoptado conforme a la Ley N° 7.613 o a las reglas de la adopción simple contemplada en la Ley N° 18.703, continuarán sujetos a los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria". En este sentido, el adoptado concurriría en el primer orden de

<sup>215</sup> En este sentido, ABELIUK, *La filiación...*, cit., p. 578; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *Las reformas al Derecho sucesoral de la Ley 19.585, Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte, Ley 19.585*, Universidad de Concepción, Concepción, 1999, p. 113; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 90 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 271 y ss.

<sup>216</sup> Así ÁLVAREZ CRUZ, R., *La filiación y otras reformas al Código Civil. Ley N° 19.585*, Santiago, s/f, p. 122; RAMOS PAZOS, R., *Derecho de Familia*, Santiago, 2000, p. 460 y FIGUEROA YAÑEZ, G., citado por RAMOS en obra antes señalada, pp. 460 y 461.

sucesión con los derechos de un hijo natural; esto es, llevaría la mitad de lo que le corresponde a otros hijos y su parte no puede superar el cuarto de la herencia o de la mitad legitimaria según el caso. En el segundo orden llevará un sexto de la herencia, y el resto se reparte entre ascendientes y el cónyuge según el nuevo artículo 989; es decir, dos tercios de los cinco sextos restantes para el cónyuge y un tercio de los cinco sextos para los ascendientes, y no como lo indica el inciso dos del artículo 24 de la Ley N° 7.613, ya que estaría modificado por el nuevo artículo 989 que da al cónyuge sobreviviente mayores derechos que a los ascendientes. Si no hay cónyuge, la mitad será para el adoptado y la otra mitad para los ascendientes. Si no hay ascendientes, la mitad será para el cónyuge y la mitad restante para el adoptado. En el tercer orden el adoptado sería determinante junto con los hermanos del causante. Si concurren ambos, conforme al antiguo artículo 990, el adoptado lleva tres cuartos y los hermanos el cuarto restante. Si no hay hermanos del causante, el adoptado lleva toda la herencia.<sup>217</sup>

d) Finalmente, hay quienes opinan que la tesis anterior es la correcta, salvo en lo relativo al segundo orden de sucesión, pues se sostiene que en ese orden se aplica sin modificaciones el inciso segundo del artículo 24 de la Ley de Adopción N° 7.613, lo que resultaría más acorde con el espíritu general de la legislación. De forma que si concurren adoptado, cónyuge y ascendientes, el adoptado lleva un sexto, tres sextos los ascendientes y dos sextos el cónyuge. En las otras hipótesis la herencia se dividiría de la manera ya señalada.<sup>218</sup>

157. LOS ÓRDENES DE SUCESIÓN DEL CAUSANTE DE FILIACIÓN NO DETERMINADA. Si la filiación del causante no está determinada ni respecto de su padre ni de su madre, los órdenes de sucesión aplicables resultan modificados por la circunstancia de no tener aquél, legalmente hablando, ascendientes, ni hermanos ni otros colaterales.

En este caso serán llamados a sucederle abintestato sus descendientes personalmente o representados de conformidad al artículo 988. También podrá concurrir en este primer orden su cónyuge sobreviviente, si es que lo tiene.

A falta de descendientes, la herencia corresponderá en su totalidad al cónyuge sobreviviente, en aplicación del segundo orden de sucesión del artículo 989.

<sup>217</sup> En este sentido, COURT, *Nueva ley...*, cit., pp. 229 y ss. y aparentemente PIZARRO BORGONO, A., *Panorama general sobre el actual régimen sucesorio chileno después de las reformas de las Leyes N°s. 18.802, 19.585 y 19.620*, en *Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de extensión jurídica, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, p. 29.

<sup>218</sup> Así CORRAL TALCIANI, H., *Adopción y filiación adoptiva*, Santiago, 2002, pp. 298 y ss.

A falta de cónyuge, la herencia del causante corresponderá en su totalidad al Fisco en aplicación de lo previsto en el artículo 995.

No aplica todo lo anterior si la filiación del causante se encuentra determinada solamente respecto de uno de sus progenitores, pues en tal caso él sí tendrá ascendientes y hermanos u otros colaterales.

### CAPÍTULO 13 LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

158. NOCIÓN. De acuerdo al artículo 952 "si se sucede en virtud de testamento la sucesión es testamentaria". De ello se colige sin mayores dificultades que la sucesión del difunto es testamentaria cuando está reglada por la existencia de un testamento.

Para que lo anterior sea real, es necesario que el testamento sea válido y eficaz, y el testador no se haya limitado a hacer legados o declaraciones. Si el testamento no fue otorgado conforme a derecho o no han tenido efecto sus disposiciones, o solamente hay legados o declaraciones, la sucesión será intestada, y se regirá, entonces, por las reglas de la sucesión legítima (artículo 980). De modo que en ciertos casos podría existir materialmente un testamento, pero la sucesión será tenida por intestada.

159. FUNDAMENTOS. Los doctrinadores han discutido acerca de los fundamentos de la sucesión testamentaria, en la medida que resulta llamativo que a una persona se le reconozca la facultad de decidir qué es lo que acontecerá con sus bienes cuando ella fallezca. Mientras un sujeto está vivo, parece natural que su derecho de dominio le permita disponer de su patrimonio de la manera que más convenga a sus intereses, cuestión que se hace más difícil de explicar si el titular del dominio ha fallecido. En otras palabras, se trata de justificar, técnicamente, la facultad de una persona para disponer de sus bienes por causa de muerte.

No existe uniformidad de pareceres en cuanto a la legitimidad de este tipo de sucesión.

Para algunos, la posibilidad de disponer de los bienes por causa de muerte a través de un testamento, emana de la naturaleza de las cosas. No es más que una manifestación y consecuencia del derecho de dominio. Siendo posible que una persona ejercite sus facultades dispositivas en sus bienes mientras vive; también es posible que lo haga para después de su muerte.<sup>219</sup>

<sup>219</sup> En este sentido señala BARROS ERRAZURIZ que "la facultad de testar es el atributo más importante; es como el coronamiento del derecho de propiedad, porque lo prolonga hasta más allá de la muerte (...) Es

Otros, no ven en la sucesión testamentaria una institución de orden natural, sino que una mera institución civil, producto de la ley y no del derecho natural; se trata de un poder conferido por la ley al causante gracias a la potestad del ordenamiento jurídico.

Finalmente, no ha faltado la doctrina ecléctica, de acuerdo a la cual, la sucesión testamentaria es una mezcla de ambas cuestiones, entendiendo que se trata de una institución que obedece a la naturaleza de las cosas pero debidamente autorizada y reglada por el Derecho Civil.<sup>220</sup>

160. LA REGLA GENERAL EN MATERIA SUCESORIA. Con base en el artículo 980, creen DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que en Chile la regla general en materia sucesoria es la de la sucesión testada. La ley regula la sucesión solamente a falta de disposiciones testamentarias eficaces, pero no si estas disposiciones existen.<sup>221</sup>

Continuación nota 219

indudable que el hombre tiene el derecho de testar, como consecuencia de su derecho de dominio. Si todos le reconocen el derecho de transferir y aun de donar sus bienes en vida ¿por qué no ha de poder hacerlo también en los últimos momentos de su existencia? Considerado en su esencia, el testamento no se distingue de la simple donación, sino en que no produce sus efectos hasta después de la muerte del donante, y en que trasmite al favorecido, al mismo tiempo que los bienes del testador, sus diferentes obligaciones. El derecho de propiedad quedaría anulado si no implicara el de disponer de los bienes para después de la muerte (...). El derecho de testar, como parte del derecho de propiedad, es de Derecho Natural; tiene su origen en la naturaleza y no en la ley civil (...). Con anterioridad a toda ley humana se reconocía el derecho de disponer de los bienes para después de la muerte, como se ve en el caso de Abraham, que no teniendo otra que la ley natural, instituyó a su hijo Isaac como heredero de casi todos sus bienes, dejando a sus otros hijos, pequeñas donaciones (...). León XIII en su encíclica *Rerum Novarum*, hace notar que la naturaleza impone al padre el deber de alimentar y cuidar a sus hijos; le inspira la preocupación de su porvenir y de crearles un patrimonio que les ayude a defenderse de la peligrosa traviesa de la vida contra las sorpresas de la fortuna, y agrega que este patrimonio no podrá crearlo sin la posesión de bienes permanentes que lea pudiera por vía de herencia (...). Las leyes civiles pueden, es cierto, reglamentar la herencia, como lo hacen con la propiedad, con el fin de mantener el orden social; pueden prescribir determinadas formalidades; exigir que los testamentos se rodeen de ciertas garantías bajo pena de nulidad; gravar las sucesiones con determinados derechos; pero es abusivo y peligroso todo lo que tienda a menoscabar en su esencia tan fundamental derecho (...). Sin desconocer lo que es debido a los herederos naturales, se ha procurado asegurar la mayor extensión posible a la libertad de testar. Merced a la influencia de teólogos y canonistas de la Edad Media y aun de la Moderna, se ha desembarazado este derecho de muchas de sus trabas. Hoy día, a pesar de la creación efectuada en muchos países, de los herederos forzosos o reservatorios, es considerable la libertad que las leyes dejan para disponer de los bienes por testamento" (ob. cit., pp. 484 y 485). En igual sentido CRUZ LARENAS, M., *De la ordenación del testamento*, memoria, Universidad de Chile, Concepción, 1923, pp. 10 y 11.

<sup>220</sup> En esta línea señala BURÓN que "el derecho de testar se funda y procede de la ley natural, pero considerada en su ejercicio es de Derecho Civil" (BURÓN GARCÍA, G., *Derecho Civil Español*, T. II, Valladolid, 1898, p. 675). Cfr. también CLARO SOLAR, ob. cit., T. 13, N° 386 a N° 392, pp. 413 a 419 y DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 319 y 320.

<sup>221</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., p. 321.

Esta conclusión no parece tan evidente ni teóricamente ni en los hechos.

Teóricamente la ley parece establecer un sistema general de sucesión que no está basado en la existencia del testamento, y que se aplica como regla general a menos de que exista testamento. Enfocado de esta manera, resultaría que la sucesión testamentaria es la excepción y la intestada la regla general. Sucede algo semejante a lo que acontece en el régimen de sociedad conyugal, si los contrayentes nada dicen en contrario, el régimen legal a aplicar es precisamente el de sociedad conyugal, el que se presenta como regla general, siendo los regímenes de separación de bienes y de participación en los gananciales los sistemas de excepción. Por otra parte, debe tenerse presente que a pesar de que exista testamento, las asignaciones forzosas lo limitan mucho, especialmente en lo que dice relación con las legítimas, las que se rigen, conforme al artículo 1183, por las normas de la sucesión intestada.

Finalmente, y ya en el plano de los hechos, la realidad demuestra que, por lo general, las personas fallecen sin otorgar testamento, por lo que habitualmente se aplican con preferencia las normas de la sucesión intestada. Es verdad que este elemento no puede servir para interpretar las normas jurídicas en el sentido que se viene haciendo, pero no puede desconocerse que, desde el punto de vista de lo que acontece en la sociedad, destinataria última de la aplicación de las normas, la sucesión testada no es la regla general.

CAPÍTULO 14  
DEL TESTAMENTO EN GENERAL

161. CONCEPTO. El artículo 999 define al testamento como 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".

Etimológicamente proviene del latín *testamentum*, expresión que se formó a partir de las voces *testatio mentis*, lo que equivale a testimonio de la voluntad.

Esta noción legal, en general hartó completa, ha sido criticada desde diferentes puntos de vista.

Por una parte, el artículo, al utilizar las expresiones "más o menos solemne", sugiere que el testamento es un acto relativamente solemne, perdiéndose de vista que se trata de un acto que siempre es solemne. En ciertos casos, es más solemne y en otros menos solemne, pero siempre es solemne.

Por otra parte, se le ha objetado a la definición del artículo 999 que ponga el énfasis en el aspecto dispositivo del testamento, en circunstancias que éste no siempre contiene disposiciones testamentarias, sino que también puede contener declaraciones testamentarias, tales como las que tienen por objeto reconocer a un hijo (artículo 187 N° 4) o la designación de un guardador (artículos 354 y ss.).<sup>222</sup>

Finalmente, se le ha objetado que no diga derechamente que el testamento es un negocio jurídico en sentido estricto, limitándose a concebirlo como un acto<sup>223</sup>. Sin lugar a dudas, la crítica parece de recibo en la moderna nomenclatura jurídica. Desde este punto de vista el testamento es un negocio jurídico. Con todo, no debe olvidarse que la noción de negocio jurídico es ajena a nuestro Código Civil, y prácticamente extraña a la mayor parte de la doctrina nacional que, en materia

<sup>222</sup> Con todo, la idea de concebir al testamento como un negocio de última voluntad que contiene disposiciones patrimoniales y no patrimoniales, aunque sea más exacto, no fue aceptada en Italia para una nueva definición legal. Se entendió que aquello desdibujaba la concepción tradicional y la función que ella cumple (cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 149).

<sup>223</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 322 y 325.

de nomenclatura, persiste aferrada a la doctrina francesa que privilegia la expresión acto jurídico.<sup>224</sup>

162. CARACTERÍSTICAS. En lo que hace a las características del testamento, la doctrina no siempre es lo suficientemente uniforme que pudiera esperarse, pero, en general, se aceptan como notas fundamentales que el testamento es un negocio jurídico unilateral, personalísimo, gratuito, por causa de muerte, revocable, solemne y dispositivo.

163. NEGOCIO JURÍDICO. El testamento, en primer término, es un acto jurídico; esto es, una declaración unilateral de voluntad destinada a producir consecuencias jurídicas. De acuerdo a lo dicho, la doctrina más moderna lo concibe como un negocio jurídico, por cuanto "la voluntad del testador está enderezada a producir los efectos por él deseados, y que son los que ha tenido en vista al otorgarlo".<sup>225</sup>

164. NEGOCIO JURÍDICO UNILATERAL. El testamento es un acto jurídico unilateral. Se perfecciona con la declaración de voluntad de una sola persona. Por eso es de aquellos negocios subjetivamente simples, puesto que no sólo es unilateral sino que además necesariamente el emisor de la voluntad es una sola persona, quedando excluida, entre nosotros, la posibilidad de que el testamento lo otorguen varios sujetos.

De ahí que el artículo 1003, siguiendo una fórmula casi universal, diga que "el testamento es un acto de una sola persona" y 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", rechazándose de esta forma los testamentos conjuntos, mancomunados o de hermandad.<sup>226</sup>

Ni siquiera valen entre nosotros, de conformidad al inciso primero del artículo 1059, los testamentos captatorios o mutuos. Se entiende por tales aquellos que contienen disposiciones en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a

<sup>224</sup> De hecho, alguna doctrina nacional y extranjera pone de relieve como característica del testamento, el que es un acto jurídico (en este sentido BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 148, CLARO SOLAR, ob. cit., T. 13, N° 401, p. 423 y FERRERO, *Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 398).

<sup>225</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 324 y TRONCOSO LARRONDE, H., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2006, p. 74.

<sup>226</sup> Se alejan de este sistema los códigos germanos, que admiten el testamento conjunto o contractual, tales como el alemán (parágrafo 2265); el austríaco (parágrafos 583 y 1248) y el suizo (artículo 512). Sobre el tema: CASTIELLA RODRÍGUEZ, J., *El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil*, Revista Jurídica de Navarra, 15, 1993, pp. 35 y ss.

condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos. Para que una disposición pueda ser calificada de captatoria es necesario que exista en forma expresa la condición de reciprocidad, sino no son captatorias. Así, por ejemplo, si marido y mujer el mismo día pero por separado otorgan testamentos en donde se instituyen recíprocamente herederos el uno del otro, no existe una disposición captatoria, siempre que ellas no están condicionadas a la asignación testamentaria recíproca.<sup>227</sup>

La justificación para soluciones de esta naturaleza no es otra que asegurar al máximo que el testamento sea la genuina manifestación de la libre y última voluntad del causante. Si esta voluntad queda vinculada con otra, perdería no sólo parte de su libertad, sino que se haría irrevocable al configurarse como una especie de acuerdo de voluntades.<sup>228</sup>

165. NEGOCIO PERSONALÍSIMO. El testamento es un negocio personalísimo. En él no cabe la representación; lo que dice lacónicamente el artículo 1004. En este mismo orden de cosas, dispone el artículo 1063, que "la elección de un asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno".<sup>229</sup>

166. NEGOCIO GRATUITO. El testamento es un acto jurídico gratuito. El beneficiario adquiere la asignación sin sacrificio económico de su parte. En este sentido no existe un gravamen económico o de otro tipo por parte del asignatario, que sea necesario cumplir para adquirir la asignación hereditaria. No se opone a esto el hecho de que el heredero deba responder eventualmente por las deudas hereditarias o cumplir con las cargas testamentarias. Lo relevante es que el asignatario, para adquirir su asignación, no está obligado a ejecutar ninguna

<sup>227</sup> Más lejos va BORDA, al afirmar que "puede ocurrir, en efecto, que dos personas redacten sus testamentos en el mismo papel, uno a continuación del otro, o en el anverso y reverso de la misma hoja; y que en esos testamentos se instituyan recíprocamente como herederos para el caso de muerte. Tales testamentos son perfectamente válidos, porque cada uno de ellos es independiente y podría ser revocado libremente, sin afectar al otro. Lo que está prohibido es que dos personas hagan su testamento en el mismo acto" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 151).

<sup>228</sup> *Ibidem*.

<sup>229</sup> Explica BORDA que "se desea asegurar que el testamento sea la expresión auténtica de la voluntad del causante; se quiere evitar que el representante traicione el pensamiento de aquél y disponga de sus bienes de una manera distinta a la que era su voluntad, cosa tanto más fácil cuanto que, habiendo muerto el mandante, será prácticamente imposible probar que se ha desviado del mandato y responsabilizarlo por las consecuencias de culpa o dolo. Es además innecesario, pues no se advierte qué utilidad práctica puede tener la delegación del poder de testar" (*ibidem*, pp. 148 y 149).

contraprestación, “por mucho que, en definitiva, el pasivo de la asignación supere al activo recibido”.<sup>230</sup>

167. NEGOCIO POR CAUSA DE MUERTE. El testamento es un negocio *mortis causa*. Por regla general requiere de la muerte del causante para producir sus efectos. Se perfecciona con su otorgamiento, pero produce sus efectos a partir de la muerte, esta es su *conditio iuris*. Sin embargo, ello, como se dice, es por regla general. El testamento puede contener una donación revocable o un legado entregados en vida del causante a los beneficiarios de ellas, lo que produce evidentes consecuencias jurídicas aun antes de la muerte del causante (artículos 1140 y 1142). También puede existir en el testamento un reconocimiento de hijo, lo que produce efectos con independencia de la muerte del testador (artículo 187 N° 4).

168. NEGOCIO ESENCIALMENTE REVOCABLE. El testamento es revocable en lo que hace a las disposiciones en él contenidas. Fuera de lo dicho en el propio artículo 999 en torno a la posibilidad de revocar las disposiciones contenidas en el testamento, el artículo 1001 dispone que “todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento”. Para cerrar aún más la idea de la revocabilidad, agrega en el inciso segundo que “si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciera con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita”.

Excepcionalmente no son revocables algunas declaraciones testamentarias. Esta cuestión hoy está resuelta en lo que hace al reconocimiento de un hijo mediante testamento, puesto que el artículo 189.2 dispone que “el reconocimiento es irrevocable, aunque se contenga en un testamento revocado por otro posterior, y no susceptible de modalidades”. Otras declaraciones testamentarias pueden ser revocadas. Así acontece con la designación de un guardador o el nombramiento de un albacea. En estos casos, más que hacerse una disposición de los bienes, existe un nombramiento que puede ser dejado sin efecto en virtud de un testamento posterior.

169. NEGOCIO SOLEMNE. El testamento es un acto solemne, de modo que si no se cumplen las especiales formalidades que a este respecto se exigen, el testamento será nulo. Es lo que quiere decir el artículo 999 al señalar que es “más o

menos solemne”, y lo que derechamente dispone el inciso primero del artículo 1008 cuando prescribe que “el testamento es solemne, o menos solemne”. La idea es que ciertos testamentos son más solemnes que otros; pero que siempre son un negocio solemne. Por eso que el artículo 1000 señala que “toda donación o promesa que no se haga perfecta e irrevocable si no por la muerte del donante o promisor, es un testamento, y debe sujetarse a las mismas solemnidades que el testamento. Exceptúanse las donaciones o promesas entre marido y mujer, las cuales, aunque revocables, podrán hacerse bajo la forma de los contratos entre vivos”.

Es por la misma razón que el artículo 1002 dispone que “las cédulas o papeles a que se refiera el testador en el testamento, no se mirarán como partes de éste, aunque el testador lo ordene, ni valdrán más de lo que sin esta circunstancia valdrían”.<sup>231</sup>

170. NEGOCIO DISPOSITIVO. El objeto del testamento, según el tenor literal del artículo 999, es disponer de bienes. Sin embargo, como se adelantó, tal no es su único objeto, pudiendo ampliarse a ciertas cuestiones no estrictamente dispositivas, como el reconocimiento de un hijo o el nombramiento de un guardador.<sup>232</sup>

<sup>231</sup> En Inglaterra si bien la intención del testador debe quedar probada, “el tribunal deduce la intención de testar tanto del lenguaje empleado como de eventuales pruebas extrínsecas” (...) si bien el causante solamente puede dejar un testamento, “el término *will* no se ciñe a un documento en concreto, sino que abarca la expresión de todas sus disposiciones de última voluntad, con independencia de que estén contenidas en un solo documento o en varios, pero siempre que cumplan los requisitos exigibles al testamento”. (...) “El testador puede incorporar a su testamento un documento que no se hubiese formalizado adecuadamente y convertirlo así en parte de su testamento (*incorporation by reference*). Para la validez de esta incorporación, deben cumplirse tres requisitos: a) que el documento sea previo al otorgamiento del testamento; b) que el testamento se refiera a su existencia; c) que en el testamento se identifique el documento en cuestión de manera suficiente. Si la incorporación es válida, el documento pasa a formar parte del testamento y, por tanto, será objeto de publicidad en orden a la obtención del *grant of probate*. Por tanto, si el causante quiere evitar esa publicidad, debe acudir a la fórmula del *secret trust*” (ANDERSON, ob. cit., pp. 1252, 1253, 1257 y 1258).

<sup>232</sup> En la actualidad se ha acuñado el término de “testamento vital” (*living will*) para referirse a aquella declaración de voluntad que no tiene por objeto disponer de los bienes del causante, sino que efectuar indicaciones relativas a su persona o cuerpo. Se trata de un documento dirigido al médico o equipo de médicos en el que su autor manifiesta indicaciones respecto de tratamientos y cuidados que debe recibir en el evento que llegue a un estado en que esté incapacitado de expresar su voluntad. Muchas veces se utiliza también para impartir instrucciones respecto de los órganos y partes del cuerpo del autor o para designar uno o más encargados de decidir sobre ellos (cfr. SOLÉ RESINA, J., en *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 2006, pp. 42 y 43). A pesar de que algunos países han reglamentado este tipo de declaraciones, como el caso de la Ley española 41/2002 o la inglesa *Human Tissue Act* de 2004, no existe propiamente testamento, no sólo porque no hay una disposición respecto de los bienes del causante,

<sup>230</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 329.

171. REQUISITOS DEL TESTAMENTO. ENUNCIACIÓN. A los requisitos del testamento se les suele dividir en requisitos internos y externos<sup>233</sup>. Los primeros son la capacidad y la voluntad del testador. Algunos agregan objeto y causa<sup>234</sup>. Son requisitos externos las solemnidades.

Continuación nota <sup>232</sup>

sino porque este negocio no es *mortis causa*, ya que no es necesaria la muerte del autor para que produzca sus efectos, basta su estado de inconciencia o imposibilidad biológica para que ello ocurra. De ahí que sea técnicamente mejor llamar a este tipo de declaración documento de instrucciones previas o de voluntad anticipada del paciente.

<sup>233</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 442, p. 11.

<sup>234</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 329.

## CAPÍTULO 15 LA CAPACIDAD PARA TESTAR

172. LA REGLA GENERAL. La regla en materia de capacidad para testar es la misma establecida en el artículo 1446, según la cual toda persona es legalmente capaz, salvo aquellas que la ley declara incapaces. En este caso, las personas exceptuadas están mencionadas en el artículo 1005, declarando su inciso segundo que "las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar"<sup>235</sup>.

De acuerdo a esta norma son inhábiles para testar: 1) el impúber; 2) el que se hallare en interdicción por causa de demencia; 3) el que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa, y 4) todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente.

Todas las causas de inhabilidad para testar deben concurrir al momento de otorgarse el testamento. Si a ese día el testador no se encuentra en alguna de ellas, es perfectamente lícito que otorgue testamento, aun cuando antes haya estado inhabilitado o a pesar que lo esté después. En este sentido dispone el artículo 1006 que "el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa". Agrega en el inciso segundo que "y por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad".

173. IMPÚBERES. En lo que hace a los impúberes quedan comprendidos en la incapacidad testamentaria los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce (artículo 26).

La única relevancia de esta cuestión es que se excluyen de la incapacidad los mayores de esas edades, concretamente los menores adultos; esto es, los que han dejado de ser impúberes, pero que aún no alcanzan la mayoría de edad. La conse-

<sup>235</sup> Sobre la cuestión ROMERO COLOMA, AURELIA, *La capacidad de testar*, Barcelona, 2007.

cuencia es que estas personas son capaces de testar (también para contraer matrimonio, reconocer un hijo u otorgar capitulaciones matrimoniales), con lo que adquieren esta capacidad antes de adquirir aquella que les permite celebrar la generalidad de los actos jurídicos.

174. INTERDICTOS POR DEMENCIA. Respecto de los que se hallaren en interdicción por demencia, es claro que se requiere el decreto de interdicción, sea éste provisorio o definitivo, y que su causa sea la demencia del testador y no otro motivo como la disipación. En este caso, no es necesario probar la demencia del causante por otros medios diversos del decreto según el artículo 465, pues esa resolución la prueba.

Como se ha dicho antes, es necesario que la persona esté interdicta al día que otorga su testamento. El testamento otorgado durante un eventual intervalo lúcido del demente que se encuentra en interdicción, si es que se acepta que pueden existir estas situaciones, es nulo por incapacidad absoluta del causante. De la misma forma, si el testamento se otorga después de que el demente sea legalmente rehabilitado, el acto es válido.

175. LOS PRIVADOS DE LA RAZÓN. El número 4 del artículo 1005 considera incapaz de testar al que “actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa”.

Quedan aquí comprendidas todas las personas que, por cualquier motivo, estén privadas de la razón o de su sano juicio. Naturalmente también quedan incluidos los dementes que no estén declarados en interdicción por demencia provisoria o definitiva. Podrán ser personas que están bajo la influencia del alcohol o las drogas, pero asimismo los sujetos afectados por enfermedades mentales de diferente naturaleza o simplemente los privados del sano juicio por efectos de su avanzada edad.<sup>236</sup>

En todo caso, es necesario que dicho impedimento concorra al momento en que se otorga el testamento. Así se desprende de la expresión “actualmente” que utiliza el número 4 del artículo 1005, y que ratifica el artículo 1006 al exigir que la causal de inhabilidad concorra al momento en que se otorga el testamento. Como es lógico, la resolución de esta cuestión quedará subordinada a la prueba que pueda o no aportarse al proceso.

<sup>236</sup> La sola avanzada edad no es causal por sí sola de inhabilidad para testar si el anciano se haya en razón y conserva el buen sentido mental (cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 469, p. 30).

En directa relación con esto, señala el artículo 1016.1, que entre las cosas que debe expresar el testamento abierto, debe indicarse “la circunstancia de hallarse el testador en su entero juicio”. Por otro lado, el artículo 1023.5, a propósito del testamento cerrado, señala que el notario debe dejar constancia en el sobre-respectivo “de hallarse el testador en su sano juicio”. Finalmente, el 1038 número 1, respecto de los testigos instrumentales de los testamentos privilegiados, indica que ellos deben deponer acerca de “si el testador aparecía estar en su sano juicio”.

En todo caso, estas declaraciones del notario y testigos no obstan a que pueda declararse la nulidad por estar privado de la razón, pues estas declaraciones admiten prueba en contrario.<sup>237</sup>

En el juicio sobre nulidad de testamento que se funde en la privación de razón del testador, la presunción legal de capacidad beneficia al demandado y corresponde al demandante allegar las pruebas que demuestren que aquél, al momento de otorgar su testamento, no estaba en su sano juicio.

Al efecto, se ha resuelto que deben establecerse hechos constitutivos de síntomas característicos que conduzcan necesariamente a establecer la enfermedad que inhabilita para testar, y no otros. Estas pruebas deben acreditar de manera total e irredargüible los síntomas de la demencia a la fecha del testamento u otra enfermedad que prive del sano juicio para testar. En esta materia, no caben aproximaciones, porque éstas traducen sólo un proceso en curso, en desarrollo, un estado cuasi anormal inidóneo para anular un testamento. Este último evento exige inhabilidad absoluta del testador por no estar en su sano juicio. Los signos de vejez, decrepitud, dolencias o decadencia física no conducen por sí solos ni necesariamente a la insanidad mental.<sup>238</sup>

176. LOS QUE NO PUDIERAN MANIFESTAR VOLUNTAD CLARAMENTE. Señala la norma del artículo 1005 número 5 que no es hábil para testar “todo el que no pudiere expresar su voluntad claramente”. La actual redacción se debe a la Ley N° 19.904, de 3 de octubre de 2003, que eliminó las expresiones “de palabra o

<sup>237</sup> Sobre esta cuestión es doctrina del Tribunal Supremo español que: a) La capacidad mental de testador se presume mientras no se pruebe lo contrario; b) que tal apreciación debe ser hecha al día del otorgamiento del testamento; c) la apreciación que haga el notario autorizante sobre la sanidad mental del testador puede ser desvirtuada por pruebas cumplidas y convincentes; y d) por ser una cuestión de hecho, su apreciación corresponde a los tribunales de instancia (Sentencia de 29 de marzo de 2004, en *Anuario de Derecho Civil*, T. LVIII, fascículo IV, 2005, p. 1872, N° 68).

<sup>238</sup> Así Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de abril de 2002 (LegalPublishing 24417); Corte de Apelaciones de Valdivia, 22 de abril de 2002 (LegalPublishing 25489); Corte de Apelaciones de Rancagua, de 5 de enero de 2007, Rol N° 24/2006 y Corte Suprema, 14 de noviembre de 1995 (GJ, 185, 25).



por escrito" que contenía este número 5 del artículo 1005. Dicha ley también alteró el tenor, entre otros, del artículo 1447, en la medida que a partir de ella son incapaces absolutos sólo los sordos o sordomudos que no puedan manifestar su voluntad claramente.

Por consiguiente, con la nueva redacción queda comprendido en la inhabilidad el mudo, el sordo y el sordomudo que no pueda manifestar su voluntad de alguna forma, sea por escrito, sea mediante el lenguaje de señas el que se recoge como posible en el artículo 1019. En consecuencia, a partir de la reforma de la Ley N° 19.904 cualquier persona, aun cuando sea muda, sorda o sordomuda, que pueda manifestar su voluntad, tiene capacidad para otorgar testamento.

177. SITUACIÓN DE LOS SORDOS Y SORDOMUDOS. Después de la reforma introducida por la Ley N° 19.904, dispone el artículo 1019 que "el ciego, el sordo o el sordomudo que puedan darse a entender claramente, aunque no por escrito, sólo podrán testar nuncupativamente y ante escribano o funcionario que haga las veces de tal". "En el caso del ciego, el testamento deberá leerse en voz alta dos veces: la primera por el escribano o funcionario, y la segunda por uno de los testigos elegido al efecto por el testador". "Tratándose del sordo o del sordomudo, la primera y la segunda lectura deberán efectuarse, además, ante un perito o especialista en lengua de señas, quien deberá, en forma simultánea, dar a conocer al otorgante el contenido de la misma". "Deberá hacerse mención especial de estas solemnidades en el testamento".

En cuanto a los sordos y los sordomudos que saben escribir, en principio habría que concluir que debieran testar en forma cerrada, ya que el artículo 1024 señala que cuando el testador no pudiese entender o ser entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado. Es evidente que el sordo y el sordomudo se encuentran en esta situación, pues no pueden entender o ser entendidos de viva voz.

Sin embargo, la nueva norma del artículo 1019, excepciona esta regla, permitiéndoles a estas personas testar, pero deben otorgar testamento abierto. En consecuencia, da lo mismo que sepan o no escribir, pues se les reconoce el derecho a testar en forma abierta. Incluso más, aun cuando sepan escribir no podrán otorgar testamento cerrado, pues la ley les impone que hagan testamento abierto, pues el artículo 1019 señala que estas personas "sólo podrán testar nuncupativamente y ante escribano o funcionario que haga las veces de tal".

Es por lo anterior que debe entenderse que, a este respecto, el artículo 1019 pasa a ser una excepción al artículo 1024, puesto que personas que no pueden entender o ser entendidas de viva voz, deben otorgar testamento abierto.

178. LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS MUDAS. La ley no se refiere especialmente a las personas mudas, y la verdad es que su situación no es muy clara. Desde luego, el artículo 1019 sólo se refiere a ciegos, sordos y sordomudos, pero no a los mudos que no son sordos.

Hay que partir de la base que un mudo que puede manifestar su voluntad no es inhábil para otorgar testamento, así queda claro del artículo 1005 N° 5 después de la reforma de la Ley N° 19.904. La cuestión está en determinar cómo otorgan testamento.

Si el mudo sabe leer y escribir podrá otorgar testamento cerrado. Lo autoriza el artículo 1023, que permite a estas personas hacer todas las declaraciones que exige este tipo de testamentos por escrito.

Pero ¿puede otorgar testamento abierto? La respuesta en principio es que no. El artículo 1024 dispone que quienes no puedan entender o ser entendidos de viva voz solamente pueden otorgar testamento cerrado. Un mudo no puede ser entendido de viva voz, con lo que se hace claro que no puede otorgar testamento abierto, y sólo puede hacer testamento cerrado.

El artículo 1019 en rigor no es aplicable a los mudos. La norma solamente se refiere a ciegos, sordos y sordomudos. Por consiguiente, si el mudo sabe escribir, podrá testar en forma cerrada, pero si no sabe hacerlo, no podrá testar, aun cuando maneje el lenguaje de señas, pues el artículo 1019, como se ha dicho, sólo se refiere a los ciegos, sordos y sordomudos.

Así las cosas, resulta que el mudo que no sabe leer y escribir, cuya discapacidad es menor que la del sordomudo, está en peor situación que la de este último. Un sordomudo que no sabe escribir, puede testar, pero un mudo en la misma condición, no puede hacerlo.

Esta conclusión, apegada a las normas, no resulta lógica, y pareciera que es más que razonable permitir a los mudos que no saben escribir que otorguen testamento en la forma prevenida en el artículo 1019.

CAPÍTULO 16  
LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

179. VOLUNTAD EXENTA DE VICIOS. La voluntad en el testamento es de la máxima relevancia. Si bien es un elemento consustancial a todos los negocios jurídicos, en el caso del testamento tiene la importancia anexa de constituir la última voluntad de la persona para que tenga pleno efecto después de sus días. De ello deriva el que no pueda haber dudas respecto de la intención y claridad de esta declaración. Dado el fallecimiento del otorgante, no existe la posibilidad de que aquél aclare o precise el alcance de esta voluntad. Por ello para que las asignaciones testamentarias tengan valor, es necesario que exista voluntad y que ésta se encuentre libre de vicios.

Para que exista voluntad de testar es necesario que el causante haya tenido la intención de otorgar testamento, esto es el *animus testandi* o el denominado *testamentary intent*. Según esto carecen de valor todas las supuestas expresiones de voluntad del una persona que solamente tengan la apariencia testamentaria, pero que no obedecen a la voluntad de disponer de los bienes del causante para después de sus días. En este sentido carecen de intención testamentarias los documentos extendidos como farsa o simulación (*sham wills*), en los que la voluntad del causante no existe, tales como los que redacta el profesor o los alumnos en una sala de clases o en un taller académico para explicar la forma en que se hace uno de estos documentos o para ejercitar sobre la distribución de los bienes. Tampoco existe genuina intención en los borradores o esbozos que hace el causante con o sin ayuda de un abogado. Finalmente, tampoco existe intención de testar en las cartas que pueda haber enviado el causante a ciertas personas en las que dice disponer de sus bienes (*letter will*), como la que se le manda al abogado dándole instrucciones al respecto.<sup>239</sup>

En cuanto a los vicios que se pueden afectar a la voluntad testamentaria, estos son la fuerza, el dolo y el error.

<sup>239</sup> Cfr. LEGERÉN A., *El sistema testamentario estadounidense*, Pamplona, 2009, pp. 90 a 92.

180. LA FUERZA. Desde el punto de vista del causante, y de conformidad al artículo 1007, el testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes. Desde la óptica de quien ha ejercido la fuerza respecto del testador, constituye una causal de indignidad para suceder (artículo 968 N° 4).

La nulidad del testamento es total y no parcial: lo afecta "en todas sus partes"<sup>240</sup>

Para este efecto, la fuerza, en principio, debe reunir los requisitos de los artículos 1456 y 1457, es decir, debe ser grave, injusta y determinante<sup>241</sup>. Algunos han querido ver en la expresión "de cualquier modo", una excepción a estos requisitos, pensando que, en este caso, ellos no son necesarios, en el sentido que estas exigencias son excesivas tratándose de un acto de última voluntad, no siendo necesario un temor capaz de trastornar al causante, sino que bastaría con que de los hechos se pueda deducir que el testador no ha dispuesto de su plena voluntad o que la violencia que sobre él se ha ejercido ha sido suficiente para hacerlo hacer lo que no ha querido<sup>242</sup>. Los DOMÍNGUEZ, por su parte, creen en esta línea que, si bien son aplicables en la especie las exigencias del artículo 1456, en este caso y por la especial característica del testamento, la fuerza debe apreciarse con mayor

<sup>240</sup> La solución no es universal. El Derecho inglés, por ejemplo, admite como vicio del testamento la *undue influence*, lo que implica una coacción sobre el causante que se ve forzado a elaborar un testamento que no quería otorgar, pero ello no necesariamente produce su nulidad total, ya que la ineficacia puede quedar reducida a la asignación a la que afecta esta presión (cfr. ANDERSON, ob. cit., pp. 1260 y 1261).

<sup>241</sup> Cfr. CRUZ LARENAS, *De la ordenación...*, cit., pp. 31 y 32; CUÉLLAR, D., *Observaciones sobre la ordenación del testamento*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1924, pp. 16 y 17 y MATURANA, R., *Del testamento. Nociones generales, requisitos y solemnidades*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1926, p. 31.

<sup>242</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 482, p. 38 y ORMAZÁBAL ALIAGA, F., *De la sucesión testamentaria*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1917, p. 36. En el derecho norteamericano se admite como vicio de la voluntad testamentaria la denominada influencia indebida (*undue influence*), cuya principal diferencia con la coacción, es que esta última supone actos físicos de fuerza o amenaza, en tanto que la influencia indebida es más cerebral, en el sentido que se trata de ruegos, sugerencias o presiones psicológicas ejercidas sobre el testador con el propósito de obtener disposiciones testamentarias en un determinado sentido. No basta con rogar, acosar o molestar reiteradamente al causante, sino que además es necesario que ello implique un dominio de su voluntad. Como es obvio la *undue influence* es de muy difícil prueba, pues de ella no existen registros ni el testador está disponible para explicar las presiones de que fue objeto, de allí que los tribunales admitan las denominadas *suspicious circumstances*, que no es otra cosa que una evidencia circunstancial que haga presumir esta indebida influencia, tales como motivos razonables de influencia, disposiciones testamentarias irracionales, asignaciones injustificadas en provecho de quien ha tenido ocasión de influenciar al testador, cercanía física al testador del que ha podido influenciarlo; las condiciones personales del causante y la conexión entre la voluntad testamentaria y el posible influenciador. Si es que se llega a acreditar la influencia indebida se anulan todas las disposiciones testamentarias que han sido afectadas por ella (cfr. LEGEREN, *El sistema...*, cit., pp. 71 a 78).

latitud que en otros casos; a fin de rechazar toda coacción sobre la voluntad del testador<sup>243</sup>. Incluso RODRÍGUEZ llega a plantear que hasta el temor reverencial, que no es un vicio del consentimiento de los actos jurídicos, sí vicia la voluntad testamentaria<sup>244</sup>, criterio que ha sido rechazado por la Corte Suprema en un antiguo fallo, en el que ha resuelto que queda excluido como vicio de la voluntad testamentaria el mero temor reverencial.<sup>245</sup>

La otra cuestión que suscita la redacción de la norma es de si se trata de una nulidad absoluta o bien relativa. En principio esta nulidad debiera ser la relativa. Esa es la sanción para los vicios del consentimiento por regla general.<sup>246</sup>

181. EL ERROR. El error, como vicio de la voluntad del testador, no recibe un tratamiento general en materia testamentaria. El Código lo aborda a propósito de las asignaciones testamentarias regladas en los artículos 1057 y 1058; de modo que, en general, no se contempla la posibilidad de que todo el testamento pueda ser anulado por adolecer de error por parte del causante.<sup>247</sup>

<sup>243</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., p. 353. En un sentido distinto, entienden ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, que la frase "en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza", significa que es indiferente que la fuerza sea ejercida por el que se beneficia con la disposición o por un tercero, debiendo aplicarse las reglas generales de los artículos 1456 y 1457 (ob. cit., pp. 142 y 143).

<sup>244</sup> Cfr. *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 114. En semejante sentido expresa PÉREZ LASALA que "aunque el temor reverencial no es causa suficiente para anular los actos jurídicos (...), hay que tener presente que en materia testamentaria puede dar, frecuentemente, buena ocasión para ejercer la violencia, sin necesidad el recurso de las amenazas" (*Curso...*, cit., p. 554).

<sup>245</sup> RDJ, T. 6, 1, p. 493.

<sup>246</sup> En este sentido, CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 484, pp. 39 y 40; CRUZ LARENAS, *De la ordenación...*, cit., pp. 29 a 31; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 354; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 105 y 106; MATURANA, *Del testamento...*, cit., pp. 30 y 31; ORMAZÁBAL, *De la sucesión...*, cit., p. 38 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 114.

<sup>247</sup> En el Derecho inglés la situación del error es llamativa frente al Derecho continental, pues existe la posibilidad de rectificación judicial del testamento si ello se produce. "El *administration of justice Act* de 1982, s. 20, permite que el tribunal rectifique el contenido del testamento cuando tenga la fundada creencia de que no se adecua a la voluntad del testador; esto puede ser debido a un error de expresión (literalmente, un *clerical error*, es decir, un error de quien redactó el testamento) o de una incorrecta comprensión de las instrucciones del causante. Las adiciones realizadas por la autoridad judicial pueden ser de importancia, pero, como contrapartida, el tiempo para solicitar esta rectificación es limitado" (ANDERSON, ob. cit., p. 1260). En Estados Unidos también se admite el error como vicio del testamento (*mistake*), y se configura cuando el testador tiene una equivocada percepción de la realidad originada en sí mismo o por la acción de un tercero de manera inocente o no deliberada, y no por la mala intención, pues de lo contrario se configura un *fraud*. El *mistake* puede referirse a cuestiones de hecho como al contenido testamentario. Sin embargo, en los hechos, es muy poco frecuente que los tribunales anulen o enmienden un testamento por estas causas (cfr. LEGEREN, *El sistema...*, cit., pp. 79 y 80).

El error, en primer lugar, se puede presentar respecto de la persona del asignatario. Es sabido que en los negocios jurídicos en general, el error respecto de la persona no vicia el consentimiento, salvo en los casos en que aquélla resulta determinante en consideración al negocio mismo (artículo 1455). En materia sucesoria, 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. *A contrario sensu*, si existen dudas acerca de quién es la persona asignataria, el error es vicio de la voluntad, por lo que el error en la persona produce la nulidad del acto. Esto es obvio, y hasta cierto punto se puede afirmar que en realidad el artículo 1057, en general, sigue la regla del artículo 1455, puesto que el testamento es un acto *intuitu personae*, por lo que la identidad del sujeto a quien se instituye heredero o legatario es evidentemente motivo principal de la asignación.

En cualquier caso, es importante que el error recaiga sobre la identidad de la persona, dado que si solamente recae sobre el nombre o la calidad de la persona sin que existan dudas sobre quién es en verdad el asignatario, la disposición no resulta viciada. Por ejemplo, si se asigna algo a un hijo pensando que tiene la calidad de matrimonial y en verdad es hijo no matrimonial, la disposición es válida. O si se le asigna por el testamento a un trabajador que por años fue conocido por el apodo de Tito o Pepe, llamándose en verdad Héctor o José, respectivamente, tampoco resulta viciada la voluntad, dado que no existen dudas en torno a quién es efectivamente el asignatario.<sup>248</sup>

La sanción en este tipo de error es la nulidad relativa de la asignación o del testamento según los casos. Esta nulidad puede afectarlo en su totalidad si se designa un asignatario a título universal y el error lo afecta a él, o bien puede afectar sólo en una parte del testamento (nulidad parcial), caso en que únicamente se anulará la disposición que adolece del vicio, siempre que sea separable del resto del testamento y no lo afecte en su esencia.<sup>249</sup>

El error también puede recaer sobre los motivos de la disposición testamentaria. Señala el artículo 1058 que la disposición que pareciere motivada por error de hecho, de manera que sea claro que sin este error no hubiera tenido lugar, se tendrá por no escrita.

No todo error de hecho en los motivos acarrea la invalidez de la disposición, sino que es necesario que se reúnan algunas condiciones: *a)* Debe ser determinante, es decir, la disposición debe estar especialmente motivada por una circunstancia que es la que está afecta al error. Éste debe ser tan relevante que sin esa circuns-

tancia, no se hubiese otorgado la disposición. *b)* Aun cuando no lo dice expresamente el artículo 1058, el motivo debe ser expresado en forma explícita o implícita en el testamento. Es verdad que esto limita en mucho la aplicación de la norma, pero con ello se impide que alegando cuestiones extra testamentarias se obtenga la nulidad de una disposición.<sup>250</sup> Por lo demás, se trata de una conclusión bastante lógica, pues para precisar o pensar que la disposición testamentaria está motivada por un error de hecho, es evidente que el motivo debe estar expresado en el testamento, puesto que es esto, precisamente, lo que hace suponer que existe una equivocación del testador sobre el particular. *c)* El motivo debe ser erróneo y de hecho, es decir, la causa de la asignación testamentaria es equivocada en los hechos, no admitiéndose el error de derecho. El ejemplo que tuvo BELLO para el caso del artículo 1058 es el del legado que se le deja a cierta persona en señal de gratitud por haber prestado al testador un servicio importante; si el testador sufrió error porque el legatario no le dio servicio alguno, no valdrá la asignación.<sup>251</sup>

La sanción, en este caso, a diferencia del anterior, es que la disposición se tiene por no escrita. Es como si ella no existiese dentro del testamento.

182. EL DOLO. El Código Civil no se refiere especialmente al dolo como vicio en la voluntad del testador; sin embargo, no por ello puede concluirse que no opere como vicio de la voluntad en estos casos. De hecho, su especial ausencia en esta parte del Derecho Civil parece explicarse por razones puramente históricas, dado que las fuentes romanas muy poco decían sobre el particular. En este sentido es imaginable que un individuo, mediante un conjunto de maquinaciones fraudulentas, logre que el testador disponga de sus bienes de una determinada forma, sea a favor de él o de un tercero, privando al testamento de la genuina y verdadera voluntad de su autor, o bien, mediante este mismo expediente, logre que el causante se abstenga de testar.<sup>252</sup> Estas disposiciones testamentarias a favor

<sup>250</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 350 y PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 557 y 558.

<sup>251</sup> En este sentido señala el artículo 788 del Código Civil uruguayo que "la falsedad de la causa o del motivo expresado por el testador no vicia una disposición testamentaria, a no ser que se enuncie dicho motivo en forma condicional o que resulte claramente de los términos del testamento, que el testador ha querido hacer depender la eficacia de la disposición de la existencia del motivo aducido para ella".

<sup>252</sup> "En materia testamentaria se tiene en cuenta formas de engaño más sutiles que las que se toma en consideración en los contratos. En ellas hay un comportamiento que busca predisponer al testador, sirviéndose de manifestaciones insinceras de afecto, de alegaciones falaces, de calumnias contra posibles beneficiarios, de engaños diversos, etc. Con tales procedimientos se puede conseguir, entre otras cosas, desviar los propósitos del testador, debilitar su voluntad, introducirlo a error, así como la expulsión hereditaria de determinadas personas; todo ello, orientado a obtener la disposición testamentaria (total o parcialmente)

<sup>248</sup> Cfr. PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 558 y 559.

<sup>249</sup> Véase ELORRIAGA DE BONIS, F., *La nulidad parcial*, RDJ, T. 95, 1998, primera parte, pp. 77 y ss.

de quien ha realizado ese conjunto de maniobras, reciben el nombre de captaciones, puesto que son acciones que se ejecutan para captar la herencia del testador, y que se distinguen de las disposiciones captatorias que, según las define el artículo 1059, son aquellas en las que se asigna algo a una persona a condición de que ella haga lo propio en su testamento.<sup>253</sup>

Debido a lo anterior, la doctrina está de acuerdo en que el dolo sí tiene cabida en el testamento, aun cuando existen discrepancias en lo que hace a la forma en que opera y la eventual sanción aplicable en el caso de que tenga lugar.

Una primera posibilidad es entender que, dada la falta de regulación particular, serán aplicables, *mutatis mutandi*, las normas contenidas en los artículos 1458 y 1459. La particularidad en este caso es que si bien el dolo para viciar la voluntad del testador debe ser determinante, no es necesario; en cambio, que sea

#### Continuación nota <sup>252</sup>

en beneficio propio o de terceros. El caso más corriente se produce —como dice CICU— cuando se consigue alejar del testador, material o espiritualmente, a las personas queridas, insinuando sospechas y malentendidos respecto de ellas, y demostrando, por otro lado, afectos insinceros, para llegar a dominar por completo la voluntad del testador sin que éste lo advierta" (PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 555).

En el Derecho Inglés "el fraude (*fraud*) se considera concurrente siempre que el testador sea conducido a confusión o a error de manera intencionada; así, por ejemplo, si se le dice que uno de sus posibles beneficiarios ha fallecido, o que ha llevado a cabo una conducta que el testador reprobaría" (ANDERSON, ob. cit., p. 1260). En el derecho norteamericano sucede algo muy similar. En el *fraud*, existe una positiva voluntad de engañar a un testador por medio de una declaración falsa con al propósito de influir en la redacción inicial de un testamento o de modificar uno ya otorgado. Esta declaración puede provenir de alguien que es beneficiado en el testamento o de un tercero. Cualquiera que sea el caso para que exista *fraud* es necesario que a) exista una declaración falsa de un tercero; b) que ese tercero tenga conciencia de la falsedad de ella; c) la creencia del testador en la veracidad de la declaración, y d) la consecuencia testamentaria derivada de la declaración. De reunirse estas condiciones, la o las asignaciones afectadas por el fraude son anuladas (cfr. LEGERÉN, *El sistema...*, cit., pp. 68 a 71).

<sup>253</sup> En este sentido señala BORDA que "en materia testamentaria, el dolo suele asumir una forma que le es típica: la *captación de voluntad*. Es frecuentísimo que en torno al lecho del enfermo, los parientes, los amigos, los sirvientes, multipliquen sus atenciones en mira a ganarse su afecto o su agradecimiento, con la esperanza de ser recordados en el testamento. Mientras la conducta de los allegados se mantenga en ese terreno, no hay causa suficiente de nulidad, aunque las atenciones y cuidados no sean el fruto de un auténtico cariño y tengan sólo un fin especulativo. El juez no puede penetrar en estos estados de conciencia, en los que, por otra parte, suele mezclarse con frecuencia el cariño con el interés: ello lo llevaría a un terreno resbaladizo, puesto que probar las intenciones es casi siempre imposible. Pero el testamento deberá anularse cuando la captación de la voluntad del testador se ha logrado con medios o procedimientos reprobables, por maniobras o alegaciones falaces, tales como calumnias contra la familia, interceptación de la correspondencia, alejamiento de los parientes o de los domésticos fieles, intrusión incansante en los negocios del disponente, autoridad dominadora. Por lo general, esta conducta dolosa no consiste en un solo engaño circunstancial, sino en una maniobra prolongada en el tiempo, que hace perdurar el estado de sumisión de la voluntad del testador hasta su muerte. Y los jueces se mostrarán dispuestos a admitir este motivo de nulidad cuando las maniobras han sido facilitadas por la debilidad del espíritu, la enfermedad, el aislamiento o la avanzada edad del causante" (*Tratado...*, T. II, cit., pp. 174 y 175).

obra de una de las partes, pues, tratándose de un negocio jurídico unilateral ello no es exigible; de esta forma, el dolo podría provenir de cualquier persona, sea o no asignataria<sup>254</sup>. Siendo de esta manera, el dolo viciaría la voluntad del testador, y la disposición en que él tuvo incidencia podría ser anulada, de conformidad a las reglas generales. Todo lo anterior sin perjuicio de que opere la causal de indignidad prevista en el artículo 968 N° 4, según la cual es indigno de suceder al difunto como heredero o legatario el que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto o le impidió testar. En este orden de cosas habría que concluir que si el dolo estuvo orientado a impedirle al causante testar, no sería posible pensar en la nulidad del todo o parte del testamento, ya que éste no existe, pero sí en la eventual exclusión de la sucesión del heredero indigno.

Otra interpretación posible es que habiendo dolo de parte de un asignatario para obtener una disposición en su favor, la sanción no es la nulidad, sino que solamente la indignidad sucesoria de quien ha cometido el dolo, que, a fin de cuentas, llevaría al mismo resultado práctico, por cuanto el asignatario doloso perderá la asignación. Si el doloso impide al causante testar en su propio beneficio, al concurrir como heredero abintestato, la sanción sería la misma: por la indignidad a la que queda afecto será excluido de la sucesión. Si con el dolo se impidió al causante testar y con ello se logró favorecer a un tercero, pero no se benefició el autor del dolo, se afirma, de manera discutible, que el dolo no tendría sanción, pues el tercero no se hace indigno de suceder por el dolo de otro. Si por el contrario, mediante el dolo se induce el testamento a favor de un tercero, este último no sería indigno, dado que no podría aplicarse por analogía la regla del artículo 968 N° 4, por ser una sanción y, por lo mismo, excepcional, pero sí, en aplicación del artículo 1458.2, los perjudicados podrían pretender la indemnización de los perjuicios; quien fraguó el dolo sería responsable por todos los daños y quien se haya beneficiado del dolo ajeno responderá hasta el monto de su beneficio.<sup>255</sup>

<sup>254</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 356; MATURANA, *Del testamento...*, cit., pp. 32 a 34; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 105 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 185. En semejante sentido afirma BORDA que "la captación dolosa es causa de nulidad, sea que las maniobras estén enderezadas a beneficiar a su autor o a un tercero" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 175).

<sup>255</sup> En este sentido RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 111 y 112.

CAPÍTULO 17  
OBJETO DEL TESTAMENTO

183. CONCEPTO. El Código Civil no contiene una regulación particular en lo que hace al objeto del testamento como negocio jurídico. Por lo mismo, en general, la doctrina no se ha ocupado de este requisito en forma particularizada.

DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ definen el objeto del testamento "como el conjunto de intereses jurídicos que el autor pretende regular con la declaración de última voluntad"<sup>256</sup>. El testamento es, en esencia, un acto de disposición de bienes, carácter que es reconocido por el artículo 999, al señalar que mediante él una persona dispone de todo o parte de sus bienes. Por consiguiente, los intereses jurídicos comprometidos están contenidos en este negocio jurídico dispositivo, y se traducen básicamente en las cláusulas por las cuales el causante nombra herederos o instituye legados. En todo caso, estas disposiciones pueden coexistir con las declaraciones testamentarias, como la de pertenecer el testador a una religión o no pertenecer a ninguna o ciertos consejos para su familia o amigos, todas las que en verdad carecen de relevancia jurídica. Pero también las puede haber otras que sí tengan dicha relevancia, como el reconocimiento de un hijo o la designación de un guardador para sus hijos. Indudablemente, a estas últimas declaraciones no es posible negarles el carácter de intereses jurídicos regulados por el testamento.<sup>257</sup>

<sup>256</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 394.

<sup>257</sup> Se ha discutido en doctrina si un testamento, cuyo contenido se reduce a declaraciones sin contener disposiciones, puede ser considerado en verdad testamento. En Italia se ha diferenciado entre el testamento formal, que es aquel que reúne las formalidades de testamento tenga o no disposiciones testamentarias, y el sustancial, que requiere de disposiciones testamentarias. Pareciera que, en todo caso, un acto de esta naturaleza solamente podría ser considerado testamento si sus efectos se producen después de la muerte de su autor y si las declaraciones pueden ser revocadas por el causante, por ejemplo, si se limita a designar un tutor. Por el contrario, si las declaraciones no pueden ser revocadas produciendo sus efectos aun antes de la muerte del causante, como si por él se reconoce un hijo, el acto no podría ser considerado en verdad un testamento (cfr. en este sentido BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 189).

Por la particular naturaleza del testamento, su objeto quedará sometido también a especiales requisitos, a saber: recaer sobre bienes propios, ser posible, estar determinado o ser determinable y lícito.<sup>258</sup>

184. LA ASIGNACIÓN DEBE RECAER SOBRE BIENES DEL CAUSANTE. La disposición testamentaria debe recaer sobre bienes propios del causante. Tal conclusión se desprende del artículo 1107 que, por regla general, declara que es nulo el legado de cosa ajena. Se aleja, de esta forma, de la regla general sentada dentro de la compraventa (artículo 1825), de la permuta (artículo 1900) y del arrendamiento (artículo 1916). Si el bien legado no es de propiedad del causante, salvo las excepciones que la propia norma señala, la disposición será nula absolutamente; sin perjuicio del valor del resto del testamento.

185. LA ASIGNACIÓN DEBE SER POSIBLE. En segundo lugar, el objeto de la asignación testamentaria debe ser posible. Las reglas de los artículos 1460 y 1461 son plenamente aplicables en la especie. De esta forma, no solamente pueden legarse las cosas que existen, sino que también las que se espera que existan (artículo 1113).

Para determinar si el objeto es o no posible, debe estarse al momento en que se produce la apertura de la sucesión y no al momento en que se otorgó el testamento. Hay cosas que pueden haber sido posibles a la época en que el testador otorgó su testamento, pero que a la fecha de la apertura hayan dejado de serlo. A la inversa, bien puede acontecer que el objeto haya sido imposible a la fecha en que se hizo el testamento, pero que sí lo sea a la fecha en que va a producir sus efectos. Si el objeto no es posible a esa época, la asignación es nula absolutamente.

186. LA ASIGNACIÓN DEBE ESTAR DETERMINADA O SER DETERMINABLE. El objeto del testamento debe ser determinado o, por lo menos, determinable. Esta condición se desprende no sólo del artículo 1461 y de la lógica de las cosas, sino que también del artículo 1066.1, cuando 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"<sup>259</sup>. Natu-

<sup>258</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 395 y ss.

<sup>259</sup> De conformidad a los incisos segundo y tercero se exceptúan de esta regla las asignaciones destinadas a un objeto de beneficencia expresado en el testamento, sin determinar la cuota, cantidad o especies que hayan de invertirse en él, pues en este caso valdrá la asignación y se determinará la cuota, cantidad o

ralmente que si el objeto de la asignación no está debidamente determinado, no es posible darle cumplimiento, y, por lo mismo, la asignación sería nula absolutamente.

187. LA ASIGNACIÓN DEBE SER LÍCITA. Finalmente, el objeto del testamento debe ser lícito. No debe contravenir las normas imperativas, el orden público, la moral o las buenas costumbres. Señala el artículo 1105 que "no vale el legado de cosa incapaz de ser apropiada, según el artículo 585, ni los de cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad nacional o municipal y de uso público, o formen parte de un edificio, de manera que no puedan separarse sin deteriorarlo; o menos que la causa cese antes de deferirse el legado. Lo mismo se aplica a los legados de cosas pertenecientes al culto divino; pero los particulares podrán legar a otras personas los derechos que tengan en ellas, y que no sean según el derecho canónico intransmisibles". Si el objeto de la asignación es ilícito, por la aplicación de las reglas generales, la sanción es la nulidad absoluta de ella.

Continuación nota <sup>259</sup>

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. Sanción, nulidad absoluta, se tiene por no escrita.

CAPÍTULO 18  
LA CAUSA DEL TESTAMENTO

188. LA CAUSA COMO ELEMENTO DEL TESTAMENTO. Parte de los autores ha creído que la doctrina de la causa no es aplicable en los testamentos, siempre el Código solamente se refiere a ella a propósito de los contratos y las obligaciones (1445 N° 4, 1467 y 1468)<sup>260</sup>. Con todo, parece más claro que el testamento, al igual como acontece con la generalidad de los negocios jurídicos, requiere de causa, y no es lógico que un contrato de donación entre vivos se rija por las normas de la causa y no una donación por causa de muerte contenida en el testamento.<sup>261</sup>

Quienes creen que el testamento no es de aquellos negocios incausados, vienen entendiendo la causa, al menos para este efecto, como los motivos determinantes que han llevado al testador a disponer de un modo particular en el testamento<sup>262</sup>. La función que cumple la causa en materia testamentaria es doble, por una parte protege la verdadera voluntad del testador, y, por otra, evita fines ilícitos de parte del causante. Esta es la única manera de justificar la aplicación de este elemento de los negocios jurídicos al testamento; de lo contrario no tendría mucho sentido. Las razones que mueven a una persona a asignar en su testamento

<sup>260</sup> Así MERA MOLINA, J., *Exposición de la doctrina de la causa*, Santiago, 1940, p. 102.

<sup>261</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 400.

<sup>262</sup> *Ibidem*. Se trata de aplicar en la especie la noción de la denominada causa final, identificada, como se dice, con los motivos que inducen al autor del acto a celebrarlo. En esta concepción, la causa es un móvil sociológico y, por lo mismo, debe indagarse en la conducta del sujeto acerca de ello; esto es, fuera del negocio que otorgó, pues el móvil del acto no es parte del negocio, sino que es el fin buscado con él (cfr. HEVIA CALDERÓN, R., *Concepto y función de la causa en el Código Civil chileno*, Santiago, 1981, pp. 46 y ss.). El denominado motivo relevante influye en los actos jurídicos en dos planos diferentes: por un lado en el aspecto ético, al exigir una licitud en la intencionalidad de los otorgantes, exigiendo un mínimo de coincidencia con la moral social; y, por otro lado, en el plano de los efectos del negocio, al exigir que el fin buscado por las partes sea realizable jurídicamente en los hechos (cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., en *Elementos de Derecho Civil*, T. II, Vol. 2, *Derecho de las obligaciones*, Barcelona, 1987, pp. 145 y 146).



algo a alguien, en verdad son irrelevantes en la medida que ellas no sean contrarias a derecho o que ellas ilustren acerca de un posible error de parte del testador.

En cuanto a la protección de la voluntad del causante, se trata de amparar al testador mismo, de modo que haya perfecta correspondencia entre el motivo que tuvo para testar y lo que acontece en la realidad. En este sentido resulta completamente pertinente el artículo 1058, cuando dispone 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. Ya antes se ha tratado del error como vicio de la voluntad testamentaria. Pero aquí el tema vuelve a concurrir. Si el causante ha realizado una asignación a alguien por una razón que no existe, es evidente que habría desarmonía entre los motivos y la voluntad, lo que permite sostener que la causa de la asignación no existe.

Por otro lado, en lo que hace a la licitud de los motivos del testador, puede ocurrir que la voluntad esté acorde con la realidad, pero que aquélla tienda a un fin ilícito, caso en el que la causa actuará como catalizador o moralizador del acto indebido. Si el causante hace una asignación con el objeto de favorecer una actividad ilícita como el narcotráfico, el terrorismo, la delincuencia u otro semejante, la causa de ella no resulta lícita, pudiendo ser anulada.

Como se comprenderá, resulta más útil la noción de causa en este segundo aspecto que en el primero. En lo que se refiere al error en los motivos del testador, prescindiendo de la doctrina de la causa ocasional, se puede llegar al mismo resultado en aplicación de la doctrina del error en los motivos contemplada en el ya mencionado artículo 1058.

## CAPÍTULO 19

### LOS TESTAMENTOS SEGÚN SUS FORMAS

#### Sección 1 Generalidades

189. LOS DIVERSOS TIPOS DE TESTAMENTOS SEGÚN SUS FORMAS. El tema de las formalidades del testamento está en directa relación con su clasificación, toda vez que el criterio que utiliza el Código Civil para efectuar este proceso clasificatorio se basa en las formalidades a las que puede o debe estar sujeto dicho acto.

De conformidad a los artículos 999 y 1008, el testamento es un acto solemne. En ocasiones tiene más solemnidades que en otras, de allí que se diga que es un negocio "más o menos solemne", pero siempre es solemne.

El testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere (artículo 1008.2).

El testamento privilegiado o menos solemne, es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley (artículo 1008.3). Son de esta especie el testamento verbal, el marítimo y el militar (artículo 1030).

Los testamentos solemnes pueden ser abiertos o cerrados (artículo 1008.4). Testamento abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos. Testamento cerrado o secreto, es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de ellas.

Por su parte, los testamentos solemnes abiertos pueden ser otorgado ante notario y tres testigos o bien ante cinco testigos (artículo 1014).

Los testamentos otorgados en el extranjero, pueden otorgarse de conformidad a la ley chilena o a la ley extranjera.

190. LA FINALIDAD DE LAS FORMAS TESTAMENTARIAS. La habitual abundancia de requisitos formales en materia testamentaria no está desprovista de justificaciones teóricas y prácticas. No se trata de un rigorismo infundado, destinado a la forma por la forma, y sin que haya motivaciones para ello.

Normalmente las solemnidades llaman a la reflexión del individuo acerca de la trascendencia del acto que se está realizando, con el propósito que lo dicho en su testamento sea en verdad reflejo de su última voluntad<sup>263</sup>. A diferencia de lo que acontece con otros negocios jurídicos, en el caso del testamento, su autor no estará para cuando éste produzca los efectos que le son propios, de suerte que en este caso resulta particularmente relevante que el sujeto tenga absoluta convicción de que lo que en él expresa es lo que realmente desea<sup>264</sup>. En este sentido, las exigencias formales contribuyen a que el testador tome conciencia de lo que está haciendo en este acto, pues el cumplimiento de las solemnidades impone tiempos y espacios para la necesaria reflexión.

Por otro lado, las formas testamentarias permiten diferenciar lo que en verdad es el acto de última voluntad de los borradores, proyectos o ensayos. Si el causante redacta un texto a manera de prueba o incluso a manera de broma, su valor podrá dejarse de lado sobre la base de la ausencia de formalidades.

Finalmente, las exigencias formales representan una tranquilidad para quienes sobreviven al causante, en el sentido que las disposiciones contenidas en el testamento son las reales, por haber sido emitidas a través de un proceso legal que poco espacio deja a la adulteración o falsificación.

191. EL ABUSO DE LAS FORMAS TESTAMENTARIAS. La natural necesidad de formas testamentarias ha hecho que en la práctica en muchas ocasiones se llegue a indudables excesos, tales como anular un testamento por una cuestión formal no relevante, a pesar de que no haya dudas acerca de la autenticidad de las disposiciones. En la denominada concepción tradicional la aplicación de los textos legales sobre formas testamentarias es absoluta, en términos que cualquiera omisión de

<sup>263</sup> En este sentido, explica ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ que “la voluntad testamentaria es una especialidad frente al orden legal sucesorio. Por ello la forma es algo más que una mera solemnización de la voluntad del causante, la forma testamentaria es la expresión misma de esa voluntad en cuanto jurídicamente eficaz. La exigencia formal tutela la preeminencia del orden legal” (ob. cit., p. 237).

<sup>264</sup> Expresa KIPP que “lo decisivo es que la expresión de la última voluntad no adquiere fuerza jurídica hasta después del fallecimiento del causante. Éste no está ya en situación de exponer cuál era su verdadera y sería última voluntad, ni de aclarar la declaración que emitió. Ha desaparecido, por tanto, el único testigo clásico que puede darse en este asunto. Si no existe documento alguno, sólo queda el testimonio de otras personas. Pero aquí surge otra dificultad, y que es en cuestiones de derecho sucesorio no suele haber testigos desinteresados. Está en la naturaleza de la cosa que los testigos sólo retengan aquellas declaraciones del causante que les son beneficiosas. De ahí viene también el especial apasionamiento con que son conducidos los litigios sobre herencias, y que constituye un hecho de experiencia general” (KIPP, T., en ENNECCERUS, L.; KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. V, Vol. 1, *Derecho de sucesiones*, traducción de la undécima revisión de H. Coing, Barcelona, 1976, p. 205).

solemnidades, aunque se trate de la falta de la menor mención exigida, anula el acto en todas sus partes.<sup>265</sup>

Así, por ejemplo, la Corte Suprema, en fallo de 31 de octubre 2007, por mayoría, declaró la nulidad de un testamento abierto, en el que, ante la imposibilidad de uno de los tres testigos para firmarlo, lo hizo, a su ruego, un tercero, funcionario de la notaría en que se extendió, y no otro de los testigos como lo ordena el artículo 1018.3 del Código Civil. Además, la Corte rechazó que, de conformidad al artículo 408.2 del Código Orgánico de Tribunales, la impresión dígito pulgar estampada en el testamento por el testigo que no firmó, se considerase como firma en la escritura, puesto que el artículo 414 del mismo Código señala que en cuanto al otorgamiento del testamento, se estará a lo establecido al respecto en el Código Civil, que impone que si uno de los testigos no puede firmar debe hacerlo otro de los testigos del testamento, y no un tercero.<sup>266</sup>

Lo anterior ha generado, en palabras de BORDA, un “verdadero fetichismo por las exigencias formales”. Ante la menor desviación de lo que los intérpretes creen que son los términos de la ley, se aplica la nulidad del testamento. Se registran así casos tan insólitos como la declaración de nulidad de un testamento en el que el notario se limitó a dejar constancia que los testigos eran mayores de edad, pero no expresó las edades de ellos cuando la ley así lo exigía; o como en el que se anuló el

<sup>265</sup> Cfr. PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 575. Una buena demostración de esta doctrina tradicional está reflejada en las palabras de KIPP cuando señala que “los preceptos de forma exigen, por naturaleza, una aplicación rigurosa y sólo son susceptibles de interpretación dentro de estrechos límites. El juez debe resistir a la tentación de atenuarlos en consideración a los efectos que puedan surtir en el caso particular; tales intentos, dado que cada sentencia puede constituir precedente, conducen inevitablemente a confusiones e inseguridades, y ponen en peligro la regularidad en la aplicación del derecho. A la larga, estas desventajas son mayores que el acierto de la resolución equitativa en caso singular sometido a juicio (...) los preceptos formales en el Derecho moderno descansan por lo regular en consideraciones utilitarias. El legislador quiere asegurar la autenticidad, claridad, integridad y demostrabilidad de una declaración que sufre efectos en derecho (...) Los preceptos de forma significan, pues siempre que el legislador no sólo establece una determinada exigencia objetiva (seguridad, claridad etc.), sino que también exige que se empleen *medios* perfectamente determinados, se sigan caminos estrictamente fijados para alcanzar aquel fin (...). Siguen teniendo valor las palabras de IHERING “El fin perseguido por la ley puede ser de carácter complejo, por ejemplo, asegurar la prueba, excluir precipitaciones, engaños, etc. Ninguna relevancia tiene saber si este fin es realmente alcanzado gracias a la forma si puede también alcanzarse por otros caminos, y si la parte lo ha realmente alcanzado de otro modo. El legislador no ha querido dejar al criterio y a la libre decisión de la parte el cuidado de llegar a este fin, sino que ha tomado la cosa en sus manos y ha declarado necesario y exclusivo el camino que a él le pareció adecuado. De este camino no hay que apartarse” (ob. cit., pp. 209 y 212).

<sup>266</sup> LegalPublishing 37670. Sobre esta sentencia: ELORRIAGA DE BONIS, F., *El exceso de formas testamentarias*, en *La Semana Jurídica*, 368, marzo, 2008.

testamento no firmado por el testador si solamente se dejó constancia de que no podía firmar y no se expresó con precisión cuál era la causa de ello. En estos casos, obviamente, se prefiere desconocer la voluntad del causante en homenaje a las formas, decisiones que en palabras de ROGUIN "constituyeron un ejemplo típico de la inflexibilidad bárbara con que los hombres de ley se complacen en asombrar al público".<sup>267</sup>

Esta forma de pensamiento que se critica no comprende que la finalidad de las solemnidades no es la de impedir el valor de la voluntad del causante, sino de precisar esta voluntad. Las formas son solamente el vehículo de la voluntad y no son un fin en sí mismas.

La inseguridad frente a los requerimientos formales, a veces, lleva a que en los hechos, a fin de evitar posibles nulidades, los testadores exageren y sobrepasen las formalidades legalmente exigidas, y allí donde se exijan tres testigos se usen cinco; o cuando el testador no puede firmar, se haga rubricar a un tercero a ruego del testador. Pero ello también da lugar a inconvenientes, pues en atención al descontextualizado rigorismo de las formas, no han faltado quienes entiendan que tales testamentos son nulos por tener mayores solemnidades que las legalmente exigidas. Por lo menos, parece no haber dos opiniones en el sentido que la abundancia de solemnidades no vicia el testamento; según el principio *utile per inutile non vitiatur*, si se han cumplido mayores formalidades que las señaladas en la ley no se vicia de nulidad el testamento.<sup>268</sup>

Afortunadamente, la anterior forma de pensar ya se encuentra superada por gran parte de la doctrina moderna, que ha venido matizando el rigor de las formalidades de los testamentos. Esta nueva tendencia, denominada en Francia *la désolennisation des testaments*, ha ejercido gran influencia en Europa, a fin de evi-

tar la nulidad de los testamentos por razones formales en verdad irrelevantes en lo que guarda relación con la verdad y autenticidad del acto mismo.<sup>269</sup>

En Estados Unidos un sector importante de la doctrina hace mucho viene sosteniendo que los requisitos que se exigen para el otorgamiento de los testamentos son demasiados, y también muy rigurosas las decisiones de los tribunales a este respecto. Todas estas formas, sostienen, se justificaban en los tiempos en que el testador manifestaba su última voluntad en el lecho de muerte, lo que hoy acontece muchos menos. Además, se ignora en ellas toda la tecnología actualmente disponible que reproduce con mucha fidelidad y precisión lo que puede o no querer el causante. De hecho, ya se entiende en Estados Unidos que un proceso que reproduce palabras es equivalente a un documento escrito. Por eso algunos Estados ya han reducido los requisitos formales para los testamentos. La misma tendencia se observa en algunas resoluciones judiciales que, contraviniendo decisiones anteriores, vienen rechazando la nulidad de los testamentos por vicios formales, efectuando una interpretación amplia y generosa de las exigencias externas.

Han surgido a este respecto tres tesis básicas. La primera es la de *substantial compliance*, según la cual el testamento puede tenerse como válido si a pesar de tener defectos externos la forma se cumplen en lo sustancial, de suerte que cualquier omisión o error sea inocuo. La segunda es la tesis del *harmless error*, de acuerdo con la cual, el testamento debe ser tenido como válido si se prueba claramente que es la genuina expresión de voluntad del otorgante; de modo que un simple error en la forma no resulta determinante en su anulación. Estas dos tesis no tratan de prescindir de las formas testamentarias, sino que buscan establecer lo obvio, esto es que hay formalidades que tienen un muy diverso alcance, y que naturalmente unas son más relevantes que otras. La tercera tesis es la del *dispensing power*, que es la más liberal y que está recogida en el *Uniform Probate Code*. De acuerdo con ella el juez tiene el poder de considerar como válido el testamento a pesar de que se haya omitido una formalidad sustancial; se trata de evitar la invalidez por omisiones técnicas inadvertidas y atribuye poder al tribunal para excusar dicho incumplimiento si es incuestionable el voluntad del causante.<sup>270</sup>

<sup>269</sup> En Inglaterra, por ejemplo, las formalidades para la firma del testamento son muchísimo menos exigentes que las que existen en el Derecho continental. El causante puede utilizar un seudónimo o una marca, su huella dactilar, las iniciales de su nombre o apellido e incluso expresiones que lo identifiquen como "*your loving mother*". "Lo esencial para la validez del testamento es que el testador quisiese hacer valer la expresión o la marca como firma suya, hasta el punto de que incluso puede resultar irrelevante a estos efectos que otra persona le guiese la mano. Por otro lado, un tercero puede firmar el nombre del causante o el suyo propio con indicación del testador, y así debe hacerlo constar" (ANDERSON, ob. cit., p. 1256).

<sup>270</sup> Cfr. LEGERÉN, *El sistema...*, cit., pp. 84 a 90.

<sup>267</sup> BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 200.

<sup>268</sup> Así lo resuelve expresamente el Código argentino en el artículo 3628 cuando dispone que "el empleo de formalidades inútiles y sobreaabundantes no vicia un testamento, por otra parte regular, aunque esas formalidades en el caso de haberlas supuesto necesarias, no pudiesen ser consideradas como cumplidas válidamente. Así, un número mayor de testigos del que exige la ley, no vicia el testamento, que queda válido a pesar de la incapacidad de alguno de ellos, cuando suprimiendo el número de testigos incapaces queda un número suficiente de testigos capaces". En aplicación de esta regla se ha resuelto en Chile que "la presencia de un juez de distrito, en el otorgamiento del testamento, no lo invalida, si se cumplieron las exigencias previstas en el art. 1020 del Código Civil, esto es, se otorgó ante cinco testigos que reúnan las exigencias legales" (RDJ, T. 60, 2, p. 49). También se ha fallado que "la ley no exige que si el testador no sabe o no puede firmar (art. 1018), firme otro a ruego suyo; sino que se mencione en el testamento esta circunstancia, expresándose la causa. Luego, no hay inconveniente legal para que firme a ruego por el testador una persona distinta de las señaladas como testigos en el acto testamentario" (RDJ, T. 37, 1, p. 100).

En este mismo orden de cosas, la doctrina del derecho continental, viene distinguiendo entre las formalidades fundamentales o de primer grado y las de segundo grado. Las primeras son aquellas cuyo incumplimiento acarrea la nulidad del testamento; la omisión de las segundas, por el contrario, no implica necesariamente la invalidez del acto. El problema radica en establecer cuál es el justo límite entre unas y otras, puesto que es algo que en sí mismo no resuelve esta distinción. El buen sentido parece indicar que dentro de las primeras deben quedar comprendidas precisamente todas aquellas formalidades que permitan asegurar la verdad y la autenticidad del acto, debiendo aplicarse las restantes con mayor flexibilidad. No se trata, en consecuencia, de prescindir de las formalidades legales, sino que interpretar con mayor flexibilidad aquellas que tengan un carácter claramente secundario cuando, por el cumplimiento de las formalidades principales, no existan dudas acerca de la identidad del causante y de la certeza de su voluntad.<sup>271</sup>

192. LEY QUE RIGE LAS FORMAS TESTAMENTARIAS EN CUANTO AL TIEMPO. En cuanto a la ley que rige la forma de los testamentos, se aplica el principio *tempus regit actum*, de modo que los requisitos externos de los testamentos se gobiernan por la ley vigente al momento de su otorgamiento (artículo 18.1 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes).

Si una ley posterior establece mayores formalidades o modifica las existentes al momento en que se otorgó el testamento, ello no compromete su validez, pues la ley que las rige es la vigente al momento de su otorgamiento. El artículo 1212.1 señala que "el testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino por revocación del testador", de lo que se colige que la ley que agregue o modifique formalidades al testamento no anula el que se otorgó válidamente.

En sentido inverso, habría que concluir que si una nueva ley suprime formalidades para el testamento, no por ese hecho se validaría un testamento nulo que al momento de su otorgamiento no cumplió con las formas que ahora se suprimen.<sup>272</sup> Si bien se trata de una conclusión ajustada a la técnica jurídica y al rigor del artículo 18 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, no parece ajustarse al principio

de conservación de los actos nulos. Este testamento cumple con las normas vigentes sobre formalidades, por lo que parece haber poca razón para concluir que es nulo.<sup>273</sup>

193. LEY QUE RIGE LAS FORMAS TESTAMENTARIAS EN CUANTO AL LUGAR. La regla general es que el testamento se rige por la ley vigente en el lugar en el que se otorga. Se aplica aquí el ampliamente divulgado principio *lex locus regit actum*. A este respecto dispone el artículo 1027 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 en la forma ordinaria".

Como se aprecia, vale el testamento otorgado en el extranjero en la medida que sea escrito. No podría hacerse valer en Chile un testamento verbal, aun cuando estuviere conforme en la forma con la ley del lugar en donde se otorgó. Se requiere, asimismo, que se pruebe la autenticidad del testamento.

Por lo expuesto en el artículo 1027, la mayor parte de los autores concluyen que el testamento ológrafo que se ha otorgado en el extranjero de conformidad a la ley de ese lugar que acepte este tipo de testamento, será válido en Chile, en la medida que haya cumplido con las formas exigidas a este respecto por la ley del lugar de su emisión, a pesar de que en Chile tal tipo de testamento no es válido.<sup>274</sup>

Sin perjuicio de lo antes dicho, es posible que, como se verá oportunamente, se otorgue testamento en el extranjero por parte de un chileno o un extranjero con domicilio en Chile con sujeción a las leyes chilenas, en los términos exigidos en el artículo 1028. En este caso, no se aplica la ley extranjera, sino que la ley chilena.

194. FORMAS MATERIALES Y COETÁNEAS AL OTORGAMIENTO. En lo que hace a las formalidades de los testamentos, los doctrinadores vienen distinguiendo en el último tiempo entre la solemnidad de las disposiciones referidas a la materialidad del testamento y las formas que son coetáneas a su otorgamiento. Las primeras deben constar en el documento mismo; las segundas, si bien deben cumplirse, se entiende que no es necesario que se deje en el testamento constancia de ellas.

<sup>273</sup> Cfr. PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 571 y 572. En igual orden de cosas señala BORDA que "esta regla, lógica en cuanto atañe a las nuevas leyes que contienen formalidades no exigidas en el momento de testar, es injusta e irrazonable si se la aplica también a las nuevas leyes que eliminan alguna formalidad antes no requerida. En efecto: si el testamento se ha redactado de conformidad a lo que ahora la ley reputa suficiente, no hay por qué anularlo en razón de una exigencia formal ya desaparecida. Es ésta una disposición que debe reformarse" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 215).

<sup>274</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, Nº 664, pp. 220 a 223; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 469; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 133 y 134; ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., p. 203 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 216. En el mismo sentido se ha orientado alguna sentencia (cfr. RDJ, T. 25, 1, p. 106).

<sup>271</sup> Cfr. en semejante sentido PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 577 y ss.

<sup>272</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, Nº 486, pp. 42 a 44 y DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 408. En el mismo sentido el artículo 3625 del Código Civil argentino señala que "la validez del testamento depende de la observancia de la ley que rija al tiempo de hacerse. Una ley posterior no trae cambio alguno, ni a favor ni en perjuicio del testamento, aunque sea dada viviendo el testador". La nota de VÉLEZ al artículo es harto clara al señalar que "así, un testamento ológrafo hecho antes de la sanción de este Código, sería de ningún valor en la República, aunque después de sancionado quedase legalizada la forma ológrafa".

El cumplimiento de las formas materiales se prueba por el documento; en tanto que respecto de las segundas basta con otorgarlas, aunque no se deje testimonio de ello en el testamento. Si se exigiera que se dejase constancia en el testamento del cumplimiento de estas formas se trataría de una formalidad adicional, no prevista expresamente por la ley. En efecto, si la ley no prevé que se deje constancia expresa en el testamento del hecho de haberse cumplido la formalidad, no cabe exigir que así se haga. Como se sabe, las normas que gobiernan las formalidades de los negocios jurídicos son de derecho estricto; no cabe ni una aplicación analógica ni una extensiva.<sup>275</sup>

Por lo demás, cuando la ley ha exigido que se deje constancia en el testamento del cumplimiento de una formalidad, así lo ha señalado en forma expresa. En este sentido, de conformidad al artículo 1019, referente al testamento del ciego, el sordo y el sordomudo, se exige que el testamento sea leído en voz alta dos veces, y que en el caso del testamento de sordos y sordomudos la primera y la segunda lectura deberán efectuarse ante un perito especialista en lenguaje de señas, quien deberá, en forma simultánea, dar a conocer al otorgante el contenido de la misma. Según lo prevenido en el inciso final "deberá hacerse mención especial de estas solemnidades en el testamento".

La firma del testamento es de la materialidad del acto, y se prueba por el documento mismo en el que consta la rúbrica del causante. En cambio, la lectura del testamento es coetánea al acto, no es de su materialidad, y debe presumirse cumplida salvo prueba en contrario. Es necesario cumplir con las formas coetáneas al otorgamiento del testamento, pero no es imprescindible dejar constancia en él que se han cumplido.<sup>276</sup>

Esta distinción es importante, puesto que ha habido antiguas opiniones y fallos disidentes en esta materia, para los que todas las formalidades prescritas por la ley deben constar en el testamento.<sup>277</sup> Sin embargo, la moderna jurisprudencia

ha aceptado que es distinta la solemnidad de la mención de haberse cumplido con la solemnidad.<sup>278</sup> Serían de esta última especie las contenidas en el artículo 1017, en lo que dice relación con la lectura del testamento; la contenida en el artículo 1023.1, en lo que se refiere a la declaración del testador de viva voz para que el funcionario y los testigos vean, oigan y entiendan que en el sobre está contenido su testamento; y la prevista en el artículo 1023.7, en el sentido que durante el acto deben estar presentes los mismos testigos y el mismo escribano y que no debe haber interrupción alguna del otorgamiento. Todas estas formas deben necesariamente cumplirse, pero no sería necesario dejar constancia en el testamento que ello se hizo. La ley no lo exige perentoriamente al estilo de lo que acontece en el artículo 1019 respecto de la lectura del testamento del ciego o del sordo o sordomudo.<sup>279</sup> En todo caso, resulta más que evidente que por razones probatorias es muy conveniente dejar constancia en el testamento del cumplimiento de las formalidades coetáneas.

Quien alegue que en el testamento no se cumplieron las solemnidades debe probarlo. Si se trata de la omisión de una formalidad material es obvio que ello consta en el mismo testamento. Así, la falta la firma por parte del testador será apreciable a simple vista. Por el contrario, si se trata de una formalidad coetánea al otorgamiento, como si se alega que el testamento no se leyó, quien lo haga debe acreditar dicha circunstancia.<sup>280</sup>

## Sección 2

### El testamento ológrafo

195. CONCEPTO. Testamento ológrafo es el escrito de puño y letra por el testador y que lleva además su firma.<sup>281</sup> Normalmente las legislaciones que acepten este

#### Continuación nota <sup>277</sup>

a la sentencia arbitral de SILVA BASCUNAN, M., publicada en la misma RDJ, pp. 133 y ss., bajo el título: *Nulidad de un testamento cerrado por vicios relacionados con su apertura y otorgamiento*.

<sup>278</sup> En este sentido resolvió la Corte de Apelaciones de Concepción, el 15 de noviembre de 2007, que "cosa distinta, y así lo ha reconocido la doctrina y jurisprudencia, es que el testamento deba o no hacer mención de haberse procedido a la lectura o del nombre del testigo designado para ello, inclinándose nuestros Tribunales y autores en el sentido de que tales menciones no son necesarias en este caso (Rol No 3705/2006).

<sup>279</sup> Cfr. RDJ, T.1, 1, p. 108; T. 4, 1, p. 371; T. 6, 1, p. 493; T. 10, 2, p. 72; T. 16, 1, p. 243; T. 27, 2, p. 49; T. 28,1, p. 345; T. 37, 2, p. 33; T. 55, 1, p. 144 y T. 60, 2, p. 49.

<sup>280</sup> Cfr. RDJ, T. 6, 1, p. 423 y T. 16, 1, p. 243.

<sup>281</sup> Sobre el tema ROMERO COLOMA, AURELIA, *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2006.

<sup>275</sup> Cfr. RDJ, T. 45, 1, p. 619.

<sup>276</sup> Cfr. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A., *Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 3 de septiembre de 1930*, RDJ, T. 27, 2, p. 49; DOMINGUEZ y DOMINGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 412 a 415; MAHUIER MOUGNAUD, J., *Del testamento y sus solemnidades*, memoria, Universidad de Chile, Concepción, 1918, p. 41; ORMAZÁBAL, *La sucesión...*, cit., pp. 33 a 35; RAMOS, *Sucesión...*, cit., p. 62; RODRIGUEZ, *Instituciones...*, Vol. cit., p. 121 y ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA, DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., pp. 166, 167 y 169 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 197.

<sup>277</sup> Así CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 545, pp. 100 y ss.; YANEZ E., *Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 14 de noviembre de 1903*, RDJ, T. 1, 1, p. 108 y LAZO, S., *Del testamento solemne otorgado en Chile*, Santiago, 1901, p. 30. Una exposición sobre la antigua jurisprudencia que dudaba a este respecto puede verse en CORREA F., J. D., *Nulidad de un testamento cerrado por vicios relacionados con su apertura y otorgamiento*, RDJ, T. 25, primera parte, pp. 172 a 178. Este último trabajo es un comentario

tipo de testamento, le reconocen valor en la medida que se encuentre fechado. El artículo 3639 del Código Civil argentino señala que "el testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido". Por su parte, el artículo 678 del Código Civil español, señala que "se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688", artículo que exige, entre otras cosas, que el testamento esté firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. En el mismo sentido, el artículo 970 del Código Civil francés señala que "el testamento ológrafo no será válido si no es escrito por entero, fechado y firmado por la mano del testador: no está sujeto a ninguna otra forma". En la misma línea el artículo 485.1 del Código Civil cubano señala que "el testamento ológrafo debe estar totalmente escrito y firmado de puño y letra por el testador, con expresión del día, mes y año en que se otorgue".<sup>282</sup> En Estados Unidos "esta modalidad testamentaria manuscrita constituye la forma más tradicional de testar: en un momento de su vida, una persona organiza la sucesión de sus bienes para después de su muerte y lo plasma en un documento que posteriormente rubrica".<sup>283</sup>

Nuestro Código Civil no acepta el testamento ológrafo, a pesar de que la intención de Andrés Bello era favorable en este sentido<sup>284</sup>, sin perjuicio que este tipo de testamento pueda llegar a tener valor en Chile si es otorgado fuera del país de conformidad a la ley extranjera (artículo 1027).

La palabra ológrafo procede del griego, y significa escrito entero. Pero lo cierto es que respecto de este testamento poco importa que lo haya escrito entero el testador, pues más relevante que ello es que lo haya hecho de su puño y letra y lo haya firmado. En efecto, un testamento que ha sido escrito a máquina o en com-

<sup>282</sup> Señala ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ que "la admisión reciente del testamento ológrafo se debe al desarrollo técnico de los medios de producción de papel y a la existencia de medios científicos (la grafología) que garantiza la autenticidad del escrito y que hace más difícil la alteración del contenido del escrito. Por los mayores peligros de captación de la voluntad del testador, mayor facilidad de falsificación, alteración, pérdida y destrucción, dificultad de concreción de la autoría, voluntad y capacidad del otorgante, la jurisprudencia interpreta con gran rigor las exigencias formales del testamento ológrafo y tiene una cierta tendencia a interpretar restrictivamente la eficacia de dicho testamento. La oportunidad de la admisión general de esta "clase" de testamento es sumamente discutible" (*Curso...*, cit., p. 258).

<sup>283</sup> Cfr. LEGERÉN, *El sistema...*, cit., p. 155.

<sup>284</sup> El propósito fue el de incorporar el testamento ológrafo dentro de los privilegiados, dando un plazo de vigencia de 90 días contados desde su firma, que una vez transcurridos harían caducarlo. Sin embargo, esta idea fue rechazada por el Consejo de Estado, bajo el argumento que en otros sitios este tipo de testamentos había suscitado graves problemas (nota al artículo 44 del Proyecto 1841-1845).

putadora por parte del testador ha sido hecho entero por el causante, pero no es ológrafo; no está escrito de su propio puño y letra. Esta exigencia es de fácil comprensión, ya que es esta circunstancia la que permite determinar que el testamento efectivamente pertenece a la persona de que se trata, cuya identificación se hace a través de la letra.<sup>285</sup>

196. VENTAJAS. Este tipo de testamento presenta evidentes ventajas. Es una buena forma de conservar el secreto respecto de las disposiciones y declaraciones testamentarias, evitándose todas las influencias que normalmente giran en torno a quien va a disponer de sus bienes. Por otro lado, se trata de una forma harto más fácil de otorgar el testamento, ya que las formas solemnes quedan postergadas o eliminadas; el autor no se verá en el imperativo de recurrir a testigos o funcionario ni al rigor de los formalismos legales. En tercer término, se trata de una forma más simple y cómoda, a la vez que segura, el testador en la tranquilidad de su hogar o de su despacho, sin presiones de ninguna naturaleza, podrá una y otra vez ensayar lo que quiere decir en su acto de última voluntad, sabiendo que cualquier omisión formal no comprometerá la validez del acto como podría acontecer con un testamento sujeto a las formalidades legales ordinarias. Finalmente, no debe desconocerse que se trata de un acto bastante más barato que uno sujeto a todo el rigorismo legal, siempre que no haya costos notariales ni de abogado.<sup>286</sup>

197. DESVENTAJAS. A pesar de las evidentes ventajas del testamento ológrafo, no pueden ser desconocidas algunas desventajas. El riesgo de pérdida o destrucción fortuita o por obra de alguno de los familiares excluidos o poco favorecidos con él, no es despreciable. La ausencia de testigos y funcionario en este tipo de testamentos puede favorecer las posibilidades de falsificación o adulteración. Con todo, no se trata de graves inconvenientes que justifiquen su prohibición, y por eso es que muchas legislaciones acepten su valor.

<sup>285</sup> Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, T. V, cit., pp. 222 y 223. De allí que algunos digan que este testamento en verdad debiera llamarse "autógrafo" (cfr. PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 625).

<sup>286</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 216 y PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 625.

CAPÍTULO 20  
TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN CHILE

198. REQUISITOS COMÚNES. Son requisitos comunes a todos testamentos solemnes, otorgados en Chile, los siguientes:

1. Escrituración.
2. Presencia de testigos hábiles.
3. Individualización testador, testigos y funcionario si lo hubiere.
4. Lugar de otorgamiento.
5. Fecha del otorgamiento.
6. Continuidad y unidad del acto.
7. Firmas testador, testigos y funcionario, si lo hubiere.
8. Registro del testamento.

199. ESCRITURACIÓN. La necesidad de escrituración está expresamente prevista en el artículo 1011, cuando señala que el testamento solemne es siempre escrito. No interesa quien lo escriba o cuando lo escriba. Puede hacerlo el propio testador, alguno de los testigos, el notario, alguno de sus funcionarios u otra persona. Lo importante es que se cumpla con la escrituración. Así se desprende sin dificultades del artículo 1017 que dispone que "el testamento abierto podrá haberse escrito previamente". Respecto del testamento cerrado, el inciso segundo del artículo 1023 dispone que el "testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador".

200. SANCIÓN POR LA FALTA DE ESCRITURACIÓN. De conformidad a lo prevenido en el inciso primero del 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.

En este sentido, y siguiendo lo dispuesto en los artículos 1681 y 1682, habría que concluir que se trataría de la omisión de un requisito exigido por la ley para el valor del acto y en consideración a su naturaleza, lo que determinaría que su

sanción debiera ser la nulidad absoluta. Sin embargo, más que nulidad absoluta, pareciera que se está en presencia de un acto que no existe, pues ante la ausencia de escrituración, es imposible recurrir a otro tipo de pruebas para demostrar la existencia del testamento. Por eso pareciera más preciso señalar que el testamento que no ha sido escrito es inexistente.<sup>287</sup>

201. TESTAMENTO EN HOJA SUELTA. El Código Civil no exige que el testamento se otorgue por escritura pública. No obstante, normalmente el testamento abierto –por ser otorgado ante notario y tres testigos– estará agregado en el libro protocolo del notario, y tendrá la forma de una escritura pública. Sin embargo, el testamento abierto otorgado ante cinco testigos y el testamento cerrado, carecen de matriz, por lo que se otorgan por escrito, pero en hoja suelta o separada que no forma parte de un registro. De la misma forma, en ciertos casos particulares, en los que a pesar de otorgarse el testamento ante competente funcionario, es posible que el testamento no quede incorporado en el registro del notario por haberse otorgado en hoja suelta o separada. Esto ocurre cuando quien hace las veces de funcionario público es el juez con jurisdicción en el lugar en que se otorga el testamento (artículo 1014.2), puesto que los jueces no llevan registros de testamentos, por lo que necesariamente será otorgado en hoja suelta. También ocurre así cuando el testamento se otorga ante notario, pero no es agregado inmediatamente como escritura pública al libro repertorio. Esta última posibilidad, aunque criticada, está admitida por los artículos 866 del Código de Procedimiento Civil y 417 y 420 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales.

De acuerdo al primero de ellos “el testamento abierto, otorgado ante funcionario competente y que no se haya protocolizado en vida del testador, será presentado después de su fallecimiento y en el menor tiempo posible al tribunal, para que ordene su protocolización. Sin este requisito no podrá procederse a su ejecución”. La expresión “que no se haya protocolizado en vida del testador” deja claro que se trata de un testamento otorgado ante un funcionario, pero que no se encuentra protocolizado, por lo que se entiende que fue hecho en hoja suelta.

Por otro lado, según el artículo 417.1 del Código Orgánico de Tribunales “la protocolización de testamentos cerrados, orales o privilegiados, ordenada por los jueces y la de los otorgados fuera del registro del notario, deberán hacerse agregando su original al protocolo con los antecedentes que se acompañen”.

Del tenor del artículo queda completamente claro que es posible que, a pesar de que un testamento se otorgue ante notario, no quede protocolizado de inmediato, por el hecho de haberse otorgado fuera del registro.

Finalmente, de conformidad al artículo 420 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales “una vez 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”. La referencia a un testamento solemne en hoja suelta no deja dudas en torno a que se trata de una posibilidad cierta y legalmente admisible.

De modo que es clara la posibilidad de que un testamento sea otorgado ante notario, pero en hoja separada, situación aceptada por la doctrina<sup>288</sup> y la jurisprudencia<sup>289</sup>. Sin embargo, como se verá, su protocolización es necesaria en un plazo muy breve, por lo que esta posibilidad es muy teórica en la práctica.

202. LA PROTOCOLIZACIÓN DEL TESTAMENTO OTORGADO EN HOJA SUELTA. Cuestión diferente de la escrituración es la de la protocolización, que consiste, según el artículo 415 del Código Orgánico de Tribunales, en el hecho de agregar un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicita. El artículo 420 del mismo Código ordena, para el efecto de que valgan como instrumentos públicos, la protocolización de varios testamentos.

a) En primer término se protocolizan los testamentos cerrados y que han sido abiertos en forma legal. Los testamentos cerrados carecen de matriz notarial, por lo que sólo una vez que se ha procedido legalmente a su apertura se ordena la protocolización (artículo 1021).

b) Respecto de los testamentos abiertos, hay que señalar que ellos pueden ser otorgados ante notario y tres testigos o bien sólo ante cinco testigos.

Los primeros, esto es, los abiertos otorgados ante tres testigos y notario, sólo se protocolizan cuando hayan sido extendidos en hoja suelta; de lo contrario se encuentran incorporados al registro notarial con la forma de escritura pública. De acuerdo al artículo 420 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales, en estos casos, la protocolización debe hacerse dentro del primer día hábil siguiente al de su otorgamiento.

<sup>288</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 569, pp. 132 y 133; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 419 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 190 y 191.

<sup>289</sup> Cfr. RDJ, T. 6,1, p. 432.

<sup>287</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 419 y 420.



Los segundós, esto es, los otorgados ante cinco testigos, se protocolizan una vez que se haya procedido al trámite de publicación ordenado en el artículo 1020. En este sentido se ha resuelto por la jurisprudencia que el plazo previsto en el mencionado artículo 420 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales solamente es aplicable a los testamentos otorgados ante notario y tres testigos en hoja suelta, pero no a los testamentos abiertos otorgados ante cinco testigos, puesto que respecto de estos últimos, antes de ser protocolizados, es necesario proceder al trámite de la publicación, y sólo una vez hecho –de conformidad a lo señalado en el inciso final del artículo 1020– se ordenará su incorporación al protocolo notarial, por lo que no es posible hacer la protocolización al día siguiente de su otorgamiento tal como lo indica el artículo 420 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales.<sup>290</sup>

c) Finalmente, se protocolizan también los testamentos menos solemnes o privilegiados que no hayan sido autorizados por notario, previo decreto del juez competente.

203. SANCIÓN POR LA OMISIÓN DE LA PROTOCOLIZACIÓN. La protocolización de los testamentos no es una solemnidad del acto mismo. De hecho, su cumplimiento no puede verificarse al momento de otorgarse el testamento, y solamente puede hacerse una vez que el testamento ha sido concluido en todas sus partes.

Tomando en cuenta que el artículo 420 del Código Orgánico de Tribunales comienza diciendo que “una vez protocolizados valdrán como instrumentos públicos” los testamentos indicados en sus números 1, 2 y 3, no cabe más que concluir que si el testamento no se protocoliza no valdrá como instrumento público. Esa es su sanción, lo que naturalmente no implica que el testamento sea nulo.

La ley no exige que el testamento conste ni por escritura pública ni por instrumento público. Él se perfecciona por el cumplimiento de las solemnidades que la ley establece para el otorgamiento, y la protocolización no es una de ellas. De modo que aun cuando el testamento no sea protocolizado en los casos en que ello es necesario, no será nulo, sino que simplemente no valdrá como instrumento público.

204. TESTIGOS HÁBILES. La presencia de testigos hábiles se justifica para asegurar la libertad del testador y para tener certeza de la voluntad del causante. Su

<sup>290</sup> Cfr. RDJ, T. 43, 2, p. 42; T. 52, 1, p. 160 y T. 60, 2, p. 49. En igual sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 420 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 193 y 194. En contra RODRÍGUEZ, quien cree que si el testamento ha sido otorgado ante notario, pero en hoja suelta o ante cinco testigos, debe protocolizarse en el plazo señalado en el artículo 420 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales (cfr. *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 123 y 124).

número es variable, dependiendo del tipo de testamento. Si se otorga ante funcionario competente, son tres los testigos que deben concurrir al acto (artículos 1014 y 1020). Si no hay funcionario autorizante, se requiere de cinco testigos (artículo 1020). Si hay más testigos, como se ha dicho, el acto no pierde su validez.

No es necesario que los testigos conozcan al testador, pueden ser extraños. Pueden también ser parientes del testador o de los asignatarios, puesto que no están mencionados entre los inhábiles para ser testigos.<sup>291</sup>

Cosa completamente distinta es que no valgan las asignaciones efectuadas en favor de los que eran testigos del acto o las efectuadas a los parientes de los testigos, pues en ciertos grados de parentesco, según lo previsto en el artículo 1061.2, ellas no valen, por ser estas personas incapaces relativas de suceder al causante, pero ello no quiere decir que el testigo pariente del testador o pariente de uno de los asignatarios sea inhábil. Por lo mismo, en estos casos el testamento es válido, porque son hábiles los testigos que en él intervienen, pero la asignación en su favor no lo es.

205. LA HABILIDAD ES LA REGLA GENERAL. En materia de habilidad para ser testigo testamentario rige la regla general de la capacidad: son hábiles todos los que la ley expresamente no declara inhábiles en el artículo 1012.

La habilidad debe concurrir al momento del otorgamiento del testamento y no al momento de la muerte del causante.<sup>292</sup>

206. SANCIÓN PARA LA AUSENCIA O INHABILIDAD DE TESTIGOS. Si uno o más de los testigos del testamento son inhábiles, o hay menos de los exigidos por la ley, el testamento es nulo absolutamente, dado que se trata de una exigencia en consideración a la naturaleza del acto mismo, lo que acarreará este tipo de sanción (artículos 1026, 1681 y 1682), a menos que se hayan presentado más de los testigos necesarios y, a pesar de esta inhabilidad, se reúna el número de testigos hábiles exigidos por la ley.

207. LAS INHABILIDADES PARA SER TESTIGO TESTAMENTARIO. De conformidad a lo señalado en el artículo 1012 del Código Civil, son inhábiles para ser testigos de un testamento:

- a) Los menores de 18 años.
- b) Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia.
- c) Todos los que actualmente se hallan privados de la razón.

<sup>291</sup> Así se ha resuelto en más de una ocasión: RDJ, T. 56,1, p. 31 y T. 58, 1, p. 507.

<sup>292</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, p. 343.

- d) Los ciegos.
- e) Los sordos.
- f) Los mudos.
- g) Los condenados a alguna de las penas designadas en el artículo 271 N° 3<sup>293</sup>, y, en general, los que por sentencia ejecutoriada estuvieren inhabilitados para ser testigos.
- h) Los amanuenses del escribano que autorizare el testamento.<sup>294</sup>

<sup>293</sup> El artículo 1012 se refiere no al artículo 217 N° 3, sino que al 267 N° 8, lo que constituye un error. La Ley N° 19.585 modificó la ubicación y el contenido de la norma, que ahora señala que se producirá la emancipación judicial cuando por sentencia ejecutoriada el padre o la madre ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena, a menos que, atendida la naturaleza del delito, el juez estime que no existe riesgo para el interés del hijo, o de asumir el otro padre la patria potestad. Las personas que hayan recibido condenas de este tipo, quedan inhabilitadas para ser testigos de testamentos.

<sup>294</sup> Mucho se ha discutido acerca del alcance de la palabra amanuense, ya que en la actualidad las personas que se desempeñan como matriceros en las notarías no escriben a mano los negocios que le son encargados por el notario. La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en un muy interesante fallo de fecha 18 de enero de 1995, señaló que si bien es cierto el Diccionario de la Lengua de la Real Academia define al amanuense como el que escribe un dictado o la persona que actúa como escribiente, de acuerdo con los precedentes históricos de nuestro Código Civil se consideran amanuenses del Notario las personas que habitualmente participan en los trabajos de la oficina de éstos y bajo sus órdenes. Que, por otro lado, es útil resaltar que el fundamento de la inhabilidad del artículo 1012 N° 9 del Código Civil es la relación de superioridad jerárquica que hay entre el escribano o notario y sus empleados y se persigue precisamente evitar la eventualidad que aquél se ponga en un grado de connivencia con éstos con el objeto de alterar la fidelidad de la voluntad del testador. A mayor abundamiento, cabe anotar que la indicada inhabilidad nace de las relaciones particulares de dependencia que existen entre el notario que actúa en el testamento y su amanuense. Los testigos, en todo testamento, son llamados a desempeñar funciones propias de fiscalización de los actos del notario requerido a intervenir en el otorgamiento del testamento y deben, por lo mismo, tener respecto de él la suficiente independencia para ser considerados y respetados, a fin de que en el otorgamiento del testamento se dé el debido cumplimiento a la ley y se ajuste dicho acto a la voluntad manifestada por el testador. Asimismo, la palabra amanuense está tomada aquí en un sentido más amplio que el que corresponde a su significación natural de persona que escribe el dictado de otra. Amanuense de un notario, en la acepción legal, es todo individuo que trabaja habitualmente o toma participación en los trabajos de la oficina del notario y bajo sus órdenes, atendiendo en consecuencia al despacho de la oficina, a la atención del público y a la escritura de los instrumentos que se otorgan en el oficio del Notario. En otras palabras, no bastaría para considerar a una persona amanuense de un notario, el hecho de que una que otra vez, hubiera prestado en la notaría, con ocasión de un recargo de trabajo por ejemplo, sus servicios como escribiente; y aun en la circunstancia de prestar los mismos servicios de tiempo en tiempo, a varios notarios o en una notaría y con otros empleadores. Finalmente, según el fallo, el Código francés establece que pueden ser testigos de los testamentos por acto público los amanuenses de los notarios que en ellos intervengan, y que son las circunstancias de cada caso las que determinarían si un testigo es realmente amanuense del notario que autoriza el testamento. En resumen, se trata de una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los jueces del pleito con facultad soberana. En todo caso, se ha resuelto por la jurisprudencia francesa que el individuo que trabaja habitualmente en el estudio de un notario puede ser considerado amanuense según las circunstancias de la causa, aunque no está sometido a un trabajo continuo y

- i) Los extranjeros no domiciliados en Chile.
- j) Las personas que no entiendan el idioma del testador; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1024.

208. DOMICILIO Y ALFABETIZACIÓN DE LOS TESTIGOS. El inciso final del artículo 1012 no se conforma con la habilidad de los testigos, sino que agrega condiciones referentes al domicilio de ellos y a su alfabetización. En cuanto al domicilio, dos de los testigos deben tener su domicilio en la comuna o agrupación de comunas en que se otorga el testamento, sea que se emita ante tres o cinco testigos. En lo que se refiere a la alfabetización, si el testamento se otorga ante tres testigos, uno de ellos por lo menos debe saber leer y escribir y dos cuando el testamento se otorga ante cinco testigos.

209. SANCIÓN POR AUSENCIA DE DOMICILIO O ALFABETIZACIÓN DE LOS TESTIGOS. Si no se cumple con los requisitos de domicilio y alfabetización de los testigos del testamento, la sanción no es del todo clara.

Continuación nota <sup>294</sup>

aunque no se encuentra inscrito en el cuadro de los aspirantes a notario (c. 4, 5, 6, 7 y 8) (LegalPublishing 19674).

Más recientemente señaló la Corte Suprema el 18 de abril de 2006, que "no resulta apropiado, a los fines de la norma, el otorgar la calidad de amanuenses sólo a los funcionarios que tienen por oficio escribir a mano, copiando o poniendo en limpio escritos ajenos, o escribiendo lo que se le dicta, según lo indica la primera acepción del Diccionario de la Lengua Española, elaborado por la Real Academia Española, por cuanto en la actualidad los protocolos de los notarios se extienden de manera mecánica, conforme lo reconoce expresamente el recurrente al exponer el último de los errores de derecho que denuncia. Sin embargo, si podría corresponder a la segunda acepción que señala: escribiente de un despacho, oficina o tribunal, desde el momento que no exige que lo copiado sea manuscrito, coincidente con el significado que se otorga a la expresión escribiente, esto es, persona que tiene por oficio copiar o poner en limpio escritos ajenos, o escribir lo que se le dicta". "En el contexto que se ha expresado y especialmente en consideración a una interpretación teleológica de las disposiciones legales, resulta apropiada la extensión que se ha otorgado a la expresión amanuense por los jueces de la instancia, según se ha tenido ocasión de indicarlo, por lo que la disposición del artículo 1061 del Código Civil, ampliamente estudiado por la doctrina, tuvo por objeto distinguir entre las inhabilidades para ser testigo que consagra el artículo 1012 y las inhabilidades para ser objeto de asignaciones testamentarias, tratando de abarcar esta última a las personas que pudieran servir para recibir una asignación a favor del notario, de forma tal que al emplear las expresiones empleados o asalariados del mismo notario la primera norma citada, se refiere a quien lo sea a cualquier título, sin limitarlo a quienes se desempeñan exclusivamente en su oficio, cuyo sería el caso de los amanuenses, circunstancia que se deduce de la historia del precepto que en el texto originario hacía referencia únicamente a sirvientes asalariados del mismo notario, quedando bajo la redacción hoy vigente incluidos todos los empleados o personas que reciben salario del notario y no únicamente sus sirvientes, que generalmente se refiere a quienes prestan servicios domiciliarios" (Arnado Cortés con Cortés Contador y otros, Rol N° 5346/2003).

A juicio de la doctrina, se trataría de un testamento nulo absolutamente en virtud de los artículos 1026.1 y 1682. Se habría omitido una solemnidad exigida por la ley en consideración a la naturaleza del acto mismo.<sup>295</sup>

Sin embargo, algunas sentencias han resuelto que si no se cumple con el requisito del domicilio de los testigos, la sanción no es la nulidad del testamento si no hay dudas acerca de su identidad en virtud de lo señalado en el artículo 1026.2, debido a que el domicilio de los testigos en el lugar en que se otorga el testamento no es un requisito de habilidad.

En efecto, ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago "que las inhabilidades de los testigos están establecidas en el artículo 1012 citado, y ninguna de ellas se refiere al domicilio de los testigos. En el inciso final del artículo 1012 el que prescribe que 2 a lo menos de los testigos deberán estar domiciliados en la comuna o agrupación de comunas en que se otorgue el testamento y uno a lo menos deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurren 3 testigos, pero estos requisitos no figuran en la enumeración de las inhabilidades (...) que, tal como lo expresó la apelante en estrados, el fallo de primera instancia aplicó el artículo 1026, inciso primero, ya transcrito, omitiendo el inciso segundo del mismo artículo que prescribe: "Con todo, cuando se omitiere cualquiera de las designaciones prescritas en el artículo 1016, en el inciso 5° del 1023 y en el inciso 2°, del 1024, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo". "Ahora bien, el domicilio de los testigos es justamente una de las designaciones prescritas en el artículo 1016; en consecuencia, la omisión del domicilio de los testigos, por disposición expresa del artículo 1026, no acarrea la nulidad del testamento (...) Que, si la omisión del domicilio no acarrea la nulidad, con mayor razón la designación de un domicilio erróneo no puede dar lugar a esta sanción. Esto fue lo que ocurrió en el caso de autos; las testigos impugnadas, de los 2 domicilios que registraban a la fecha del testamento, señalaron en aquel que no correspondía al departamento en el cual se otorgó el testamento, esto es, el del lugar donde habilitaban (...) Que, por otra parte, no hay duda acerca de la identidad personal de las testigos".<sup>296</sup>

En el mismo sentido la Corte Suprema, en sentencia de fecha 25 de noviembre de 2004, señaló que la exigencia referente al domicilio no constituye un requisito que determine la capacidad de los testigos testamentarios, puesto que "las solemnidades con que se reviste el acto testamentario están destinadas, principalmente, a asegurar su autenticidad y la identidad del testador; en general, la insti-

tución testamentaria tiende a resguardar el cumplimiento de la voluntad del testador y no a obstaculizarla. En consecuencia, es deber primordial propender a que los testamentos surtan sus efectos y por ello las omisiones o circunstancias que acarteen su nulidad o los dejan sin valor son, por su naturaleza, de derecho estricto, siendo lícito dar tal sanción, exclusivamente, a las que el legislador no haya expresamente excluido". "Que en el caso de autos el testamento cuya nulidad se pide fue otorgado con la concurrencia de tres testigos que fueron individualizados, cumpliéndose la formalidad que a su respecto exige la ley, y cuya identidad no ofrece dudas. El hecho que se haya cumplido imperfectamente tal formalidad, en ningún caso puede acarrear la nulidad absoluta del acto testamentario. Por lo demás la exigencia del domicilio de los testigos, tratándose de un testamento solemne abierto, no reviste la misma relevancia que en el testamento solemne cerrado, pues en éste, para su apertura, ha de citarse a los testigos que participaron en él" (c. 6 y 7).<sup>297</sup>

210. HABILIDAD PUTATIVA DE UN TESTIGO. Sin perjuicio de lo expresado en el artículo 1012 respecto de la necesaria habilidad de los testigos, el artículo 1013 consagra lo que se llama el testigo hábil putativo, sujeto que, a pesar de ser inhábil, en razón de ciertas circunstancias, se le considera hábil, y que por lo mismo su presencia no anula el testamento. No es más que la aplicación de las reglas del error común que, como se sabe, no es causal de vicio y la ley lo excusa en razón de la buena fe.

Para este efecto se requiere que: *a)* la causa de la inhabilidad no se manifieste en el aspecto o comportamiento del testigo; *b)* que ella se ignore generalmente en el lugar en que se otorga el testamento; *c)* que el error se funde en hechos positivos y públicos, y *d)* que sólo afecte a uno de los testigos del acto.

211. INDIVIDUALIZACIÓN DEL TESTADOR, TESTIGOS Y FUNCIONARIO. La exigencia de la individualización del testador, testigos y funcionario, está prevista en los artículos 1016, 1023.5 y 1024. Esta condición es más que obvia. Ello tiene por objeto saber quiénes son estas personas. La ley es harto más rigurosa en lo que hace a la individualización del causante que otorga testamento abierto, que respecto de los otros casos.

212. INDIVIDUALIZACIÓN DEL TESTADOR. En el caso de un testamento abierto, las exigencias respecto de la individualización del testador son bastante grandes.

<sup>295</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 432 y 433.

<sup>296</sup> RDJ, T. 96, s. 2, p. 117.

<sup>297</sup> LegalPublishing 31408.

Señala el artículo 1016.1 que en el testamento se expresarán; 1) el nombre y apellido del testador; 2) el lugar de su nacimiento; 3) la nación a que pertenece; 4) si está o no vecindado en Chile, 5) y si lo está, la comuna en que tuviere su domicilio; 6) su edad; 7) la circunstancia de hallarse en su entero juicio; 8) los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio; 9) de los hijos habidos en cada matrimonio; 10) de cualesquier otros hijos del testador, y 11) con distinción entre hijos vivos y muertos.

Tratándose de un testamento cerrado, el artículo 1026.5 exige que se deje constancia en el sobre de encontrarse testador en su sano juicio y del nombre, apellido y domicilio del testador. Si este testamento se otorga por quien no pudiere entender o ser entendido de viva voz, en el sobre del testamento el testador debe dejar constancia de su nombre, apellido, domicilio y la nación a la que pertenece.<sup>298</sup>

213. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS TESTIGOS. El artículo 1016, referente al testamento abierto, exige que se deje constancia en él del nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos. Lo propio hace el artículo 1023.5 respecto de los testamentos cerrados. Lo mismo hace extensivo el inciso segundo del artículo 1024 al testamento cerrado otorgado por quien no entiende o no puede ser entendido de viva voz.

214. INDIVIDUALIZACIÓN DEL FUNCIONARIO. El artículo 1016.2 es claro en el sentido de que en el testamento abierto es necesario señalar “el nombre, apellido y oficio del escribano, si asistiere alguno”.

Esta exigencia no es expresa respecto del testamento cerrado. Ni en el artículo 1023 ni en el artículo 1024 se establece que el funcionario deba dejar constancia de su nombre, apellidos y oficio. A lo más el inciso seis del artículo 1023 señala que termina el otorgamiento de este testamento por las firmas del testador y de los testigos, y por la firma y signo del escribano sobre la cubierta. Sin embargo, la exigencia de la individualización del funcionario resulta más que obvia, pues no se ve cómo el funcionario podría firmar este testamento, ponerle su signo y no estar individualizado. De otra manera, no podría saberse ante quién, en verdad, se otorgó el testamento.<sup>299</sup>

<sup>298</sup> Existe aquí una diferencia entre el artículo 1023 y el 1024. El primero no exige que se deje constancia de la nación a la que pertenece el causante. Parece que esta condición se justifica en el artículo 1023, porque se refiere al testamento del que no entiende o no puede ser entendido de viva voz, situación en la que se encuentran, entre otras personas, los extranjeros que no hablan español. De allí que la expresión de su nacionalidad encuentre mayor sentido.

<sup>299</sup> La Corte de Apelaciones de Concepción, el 22 de mayo de 2007, declaró la nulidad de un testamento abierto solemne, curiosamente, por las dudas que generaba el notario ante quien había sido suscri-

215. SANCIÓN POR LA OMISIÓN DE INDIVIDUALIZACIONES. Si se omite la individualización del testador, los testigos o el funcionario, la sanción, en principio, es la nulidad absoluta del testamento. Así se concluye de la relación de los artículos 1026.1 y 1682. De acuerdo al primero, “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”. De acuerdo al segundo “la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas”.

Con todo, según el inciso segundo del artículo 1026, cuando se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1016, en el inciso 5 del 1023 y en el inciso 2 del 1024, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo. Acontece que las designaciones prescritas en el artículo 1016, en el inciso 5 del 1023 y en el inciso 2 del artículo 1024, se refieren, precisamente, aunque no exclusivamente, a estas individualizaciones, por lo que no será nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigo.<sup>300</sup>

Sin embargo, la excepción no aplica si en el testamento se ha omitido la presencia de uno o más testigos. Una cosa es la falta de individualización del testigo

#### Continuación nota <sup>299</sup>

to. Ocurrió que en el encabezado del mismo se individualizaba como autorizante al notario titular del oficio, pero en los hechos estaba suscrito por un abogado diferente en calidad de notario suplente del titular, en circunstancias que no había constancia de habilitación para ese abogado para actuar como ministro de fe el día en que se otorgó el testamento. La Corte señaló que en un testamento el notario debe cumplir, en su otorgamiento, con la ritualidad prescrita en los artículos 1016, 1017 y 1018 del Código Civil, so pena de nulidad, y que en el presente caso, es evidente que el testamento no pudo haber cumplido con la ritualidad aludida, porque de otro modo no habría dudas del competente escribano. “Para esta Corte, el testamento es irrito, por cuanto existe una evidente duda acerca de la identidad del notario, situación que no escapa a la nulidad, según lo expresado en el artículo 1026 inciso 2º del Código Civil”. “La infracción o no cumplimiento de las exigencias legales trae consigo la nulidad, de modo que el testamento no tendrá valor alguno, conforme lo señala el artículo 1026, puesto que la ausencia de las solemnidades acarrea la sanción civil de nulidad absoluta del testamento, sin que le corresponda a los sentenciadores efectuar ponderaciones discrecionales” (Rol Nº 4332/2006).

<sup>300</sup> En aplicación de esta norma se ha rechazado la nulidad de un testamento por no haberse expresado el nombre, apellido y oficio del funcionario autorizante, si se dijo que era el Oficial del Registro Civil de la Ciudad (Gorbea) y no había dudas de su identidad (RDJ, T. 37, 2, p. 33). También se ha fallado que no es posible, a los efectos del 1026.2, distinguir entre la falta de individualización del testador y la de los testigos o funcionarios, puesto que el precepto no establece distinciones entre ellos en la medida de que no hayan dudas sobre sus identidades (RDJ, T. 48, 2, p. 86).

y otra diversa es la duda acerca de la presencia o no del testigo. Lo que la ley excusa son las dudas acerca de lo primero, pero no de lo segundo. De modo que si falta un testigo, no es posible sostener que dicha ausencia pueda suplirse por otras declaraciones que aseguren que estaba el número de testigos que la ley requiere, pero que por una inadvertencia solamente se individualizaron y firmaron el testamento algunos de ellos y no todos. Por eso se ha resuelto que lo dispuesto en el artículo 1026.2, en cuanto a que no será nulo el testamento en que se omitiere una o más de las designaciones del artículo 1016, procede siempre y cuando no exista duda acerca de la identidad personal del testigo, lo que no ocurre si se trata de un eventual testigo que en parte alguna aparece como presente en el documento mediante el cual se otorgó el testamento, pues la total omisión del tercer testigo escapa a una simple omisión o error en la identidad de aquél.<sup>301</sup>

216. LUGAR DEL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO. La mención del lugar en el que se otorgó el testamento es una formalidad exigida por los artículos 1016.2; 1023.5 y 1024 del Código Civil, pero también por el artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales. La indicación del lugar en que se emitió el testamento, sirve, principalmente, para decidir sobre la legislación aplicable a sus requisitos externos, la competencia del funcionario que interviene en el acto testamentario y si los testigos, en el número exigido por el artículo 1012, tienen o no domicilio en la comuna o agrupación de comunas en que se otorga.

En todo caso, es difícil pensar en la omisión del lugar en los testamentos otorgados ante notario con la forma de escritura pública, puesto que en el encabezamiento de la escritura se le individualiza a él y a su oficio. Si se trata de un testamento cerrado, según el artículo 1023.5, el lugar en que se extiende se expresa en el sobre que lo contiene. En cambio, si el testamento es otorgado ante cinco testigos, es un poco más probable que se omita esta mención, pues no cabe dudas que en ellos también se debe señalar el lugar de su otorgamiento, según lo establece el artículo 1016.2.

Mucho se ha discutido por la doctrina y en la jurisprudencia acerca de qué debe entenderse por el lugar del otorgamiento del testamento. Antes de la Ley N° 18.181 de 1982, el artículo 426 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales exigía que las escrituras públicas debían dejar constancia del sitio en que eran otorgadas. A partir de eso, muchos pensaron que la expresión lugar era diferente

<sup>301</sup> Así las sentencias de la Corte Suprema de 19 de agosto de 2002 (LegalPublishing 25643); Corte de Apelaciones de Coyhaique, de 11 de abril de 2008 (LegalPublishing 38781); Corte Suprema, de 21 de septiembre de 2009 (Tocol con Tocol, Rol N° 2496/2008) y Corte de Apelaciones de Rancagua de 15 de mayo de 2002 (LegalPublishing 24585).

a la de sitio<sup>302</sup>. El lugar correspondía, en esencia, a la localidad donde fuese otorgado el testamento y el sitio al lugar preciso dentro de esa localidad en que se llevaba a cabo el acto. Luego, no bastaba con identificar el lugar, por ejemplo, Valparaíso, sino que además se requiría la individualización precisa del sitio de Valparaíso en que ello ocurría, si en la casa del testador, en el oficio del notario o en algún otro sitio. Antes de la modificación al artículo 426 del Código Orgánico de Tribunales, tal opinión ya era discutible, puesto que es obvio que sitio y lugar no son expresiones que verdaderamente tengan un sentido muy diverso en nuestro idioma. Por eso que desde antiguo la jurisprudencia no se uniformó con este planteamiento, rechazando generalmente las demandas de nulidad del testamento fundadas en la falta de individualización precisa del sitio<sup>303</sup>. Incluso más, numerosos fallos, en aplicación de lo previsto en el artículo 1026.2, han venido sosteniendo que la falta de designación del lugar no es causal de nulidad del testamento, cuando no hay dudas sobre la identidad del testador, de los testigos o del escribano<sup>304</sup>. Asimismo, algunos fallos han dicho que ello, a lo más, implicaría privar de autenticidad al documento en el que está contenido el testamento, pero que no implicaría su nulidad<sup>305</sup>. La idea de que basta con la designación del lugar es, por lo demás, la solución que hoy día apoya la doctrina, dado que se aviene mucho más con la tendencia que trata de

<sup>302</sup> Entre ellos ALESSANDRI RODRIGUEZ, A., *Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de agosto de 1942*, RDJ, T. 40, 1, pp. 196.

<sup>303</sup> Cfr. RDJ, T. 40, 1, p. 71; T. 50, 1, p. 347 y T. 55, 1, p. 144. En contra, sin embargo, RDJ, T. 48, 2, p. 86, cuando señala que la sanción de la omisión del lugar en que fue otorgado el testamento, es la falta de autenticidad de la escritura pública del testamento.

<sup>304</sup> Cfr. GT, 1905, 1, s. 253, p. 374, 1913, 2, s. 548, p. 1803; RDJ, T. 40, 1, p. 71, T. 50, 1, p. 347 y T. 55, 1, p. 144. En contra afirma CLARÓ SOLAR que "la ley declara que la omisión de una o de las designaciones indicadas en dichas disposiciones no anula el testamento siempre que no haya duda sobre la identidad personal del testador, del escribano y de los testigos. Por consiguiente, sólo toma en consideración, de aquellas designaciones, las que se refieren a la identidad personal del testador, del notario y de los testigos; algunas de esas designaciones puede faltar, sin que la omisión produzca la nulidad del testamento si la identidad personal del testador, del notario o de los testigos no es dudosa (...) Pero no puede entenderse que la falta de enunciación del lugar en que se otorga el testamento y de la fecha de ese otorgamiento, con expresión del día, mes y año, que aquellos artículos exigen, no produzca la nulidad del testamento si no hay duda sobre la identidad personal del testador, escribano y testigos que nada tiene que ver con la indicación del lugar y fecha del otorgamiento. La enunciación del lugar determina la competencia del notario; y la idoneidad de los testigos está también relacionada con él. La enunciación de la fecha es determinante en algunos casos de la capacidad del testador y de la idoneidad de los testigos. Es, por lo mismo, necesario que se haga constar en el testamento para que pueda quedar claramente establecida su validez (...) Nos parece, pues, que la omisión de la designación del lugar y de la hora, día mes y año del otorgamiento produce la nulidad del testamento, aunque no haya duda sobre la identidad personal del testador, del notario y de los testigos" (ob. cit., T. 14, N° 656, pp. 212 y 213).

<sup>305</sup> Cfr. RDJ, T. 48, 2, p. 86.

favorecer la validez de los actos, a pesar de sus defectos de forma, cuando de ellos consta claramente la voluntad del testador.<sup>306</sup>

217. FECHA Y HORA DEL OTORGAMIENTO. Según lo previsto en los artículos 1016.2 y 1023.5, el testamento debe señalar la fecha en que se otorga, con indicación del día, mes, año en que ello se hace. Por otra parte, el artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales agrega que el testamento debe indicar la hora del otorgamiento.

La importancia de esta formalidad radica en la determinación de la capacidad del testador, los testigos y del funcionario a esa fecha. También permite determinar cuál es la ley aplicable a sus formalidades, dado que el testamento se rige, en este aspecto, por la ley vigente a ese momento, *lex tempum regit actum*, y cuál de los sucesivos testamentos es el último.

La hora, por su parte, permite resolver cuál de los dos testamentos es el último que fue otorgado si se emitieron varios el mismo día.

No se exige un lugar preciso en que deba ponerse la fecha en el testamento, puede ser al inicio o al final. En los testamentos abiertos ante notario que tengan el carácter de escritura pública, se pone al comienzo de la escritura.

En cuanto a la hora, como se comprende, no es una exigencia del testamento otorgado ante cinco testigos, dado que no interviene el funcionario competente, por lo que no se trata de una escritura pública, párrafo respecto del cual se ubica el artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales<sup>307</sup>. Por la misma razón, no es necesario expresar la hora ni en el sobre ni el pliego de los testamentos cerrados, pues ellos no son escrituras públicas, por lo que no les resulta aplicable el artículo 414.<sup>308</sup>

218. SANCIÓN POR LA OMISIÓN DE LA FECHA Y LA HORA. La sanción para el caso que se omita la mención de la fecha, en principio, debiera ser la nulidad absoluta del testamento, dado que según lo previsto en los artículos 1026.1 y 1682 se habría omitido una exigencia formal en consideración al acto mismo. Sin embargo, según el inciso segundo no sería ésta la sanción si no hubiese dudas acerca de la identidad personal del testador, escribano o testigos.<sup>309</sup>

<sup>306</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, pp. 435 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 212.

<sup>307</sup> RDJ, T. 60, 2, p. 49.

<sup>308</sup> En contra SOMARRIVA, para quien el sobre del testamento debe expresar la hora (*Derecho sucesorio*, cit., p. 203).

<sup>309</sup> Como se dijo respecto de la omisión de la mención relativa al lugar en que se emite el testamento, llama la atención que en este caso también se aplique el inciso segundo del artículo 1026, y que la omisión

En lo que hace a la omisión de la hora, algunos se inclinan por pensar que si ello ocurre en los casos en que se la exige, la sanción debiera ser la nulidad del testamento, a menos que no haya duda acerca de la identidad del testador, los testigos o el funcionario<sup>310</sup>. La jurisprudencia ha sido contradictoria en este extremo. En algunos casos se ha considerado que la falta de la hora anula el testamento<sup>311</sup>; en otros ha resuelto, con mejor razón, que ello no es así, y que la ausencia de la mención de la hora del otorgamiento del testamento no compromete su validez<sup>312</sup>; y en otras ocasiones se ha señalado que la sanción no es la nulidad del testamento, sino que éste solamente valdría como instrumento privado, pero no como escritura pública.<sup>313</sup>

219. CONTINUIDAD Y UNIDAD DEL ACTO. La continuidad y unidad en el otorgamiento del testamento, tiene por objeto evitar cambio de opiniones del testador e impedir la influencia de terceros durante el proceso del otorgamiento del acto.<sup>314</sup>

La continuidad está prevista para el testamento cerrado en el artículo 1023.7, salvo breves interrupciones por intervalos causados por algún accidente. Nada se dice expresamente para el testamento abierto, lo que puede hacer pensar que no es una exigencia de él, pero así lo entiende la doctrina.<sup>315</sup>

En cuanto a la unidad del acto, el artículo 1023.7 es claro en señalar respecto del testamento cerrado que debe otorgarse ante un mismo escribano y unos mismos testigos, por lo que no puede haber desunión o intervención separada de cada uno de ellos. Respecto de los testamentos abiertos, el artículo 1015.2 también señala que el testamento será presenciado por un mismo escribano, si lo hubiere, y por unos mismos testigos, lo que complementa el artículo 1017.3, que expresa que mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oírán todo el tenor de sus disposiciones.

Continuación nota <sup>309</sup>

de la fecha no dé lugar a la nulidad del testamento si no existen dudas acerca de la persona del testador, los testigos o el funcionario; por cuanto, como se comprende, nada tiene que ver con la identidad de estas personas la fecha del acto. De allí que CLARO SOLAR se manifieste en contra de esta solución legal (cfr. ob. cit., T. 14, N° 656, pp. 212 y 213). De hecho podría darse el caso de dos testamentos contradictorios, ambos sin fechas, y en los que está clara la identidad del testador, testigos y funcionario. No podría saberse cuál de ellos es el último.

<sup>310</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 438.

<sup>311</sup> Cfr. RDJ, T. 40, 1, p. 196 y T. 41, 1, p. 539.

<sup>312</sup> Cfr. RDJ, T. 37, 2, p. 33 y T. 40, 1, p. 71.

<sup>313</sup> Cfr. RDJ, T. 48, 2, p. 86.

<sup>314</sup> Cfr. RDJ, T. 32, 1, p. 275.

<sup>315</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 440.

Sin embargo, respecto del testamento abierto está la posibilidad de romper la unidad del acto, puesto que, según los artículos 1017.1 y 2, puede estar escrito previamente, o puede ser escrito en uno o más actos. Esto se justifica siempre que, según el artículo 1015, lo esencial en este tipo de testamento es que el testador hace sabedores a los testigos y al notario si lo hubiere, de sus disposiciones, cosa que se cumple mediante la lectura del testamento ordenada en el artículo 1017 por el notario si lo hubiere o por uno de los testigos designados por el testador si no lo hay.

220. SANCIÓN POR LA FALTA DE CONTINUIDAD O UNIDAD DEL ACTO. Si se omite la unidad o la continuidad del acto, la sanción debe ser la nulidad absoluta, relacionando los artículos 1026 y 1682. No sería aplicable en este caso el inciso segundo del artículo 1026. No estamos en los supuestos ahí mencionados. Se trata en todo caso de formalidades coetáneas al otorgamiento de las que no es necesario dejar constancia en el acto mismo, y quien alegue que no se han cumplido debe probarlo.<sup>316</sup>

221. FIRMAS DE LOS INTERVINIENTES. El testamento debe estar firmado por el testador, los testigos y por el funcionario si es que lo hay. La exigencia es obvia, es la manera en que universalmente se acepta la expresión de voluntad del individuo.

La firma debe estar al final del documento, según se desprende de los artículos 1018.1, 1023.6 y 1024.2, puesto que con ella finaliza el acto testamentario.

Puede ocurrir que el testador no sepa o no pueda firmar, porque, por ejemplo, no sabe leer y escribir. Si así fuere, debe otorgarse testamento abierto (artículo 1022). En este caso, según el artículo 1018.2, debe mencionarse en el testamento esta circunstancia, expresándose que el testador no firma por encontrarse imposibilitado.

Se ha entendido por la jurisprudencia que si el testador no sabe firmar o no puede hacerlo, basta que se deje constancia de esta circunstancia, no siendo necesario que además se indique la causa específica por la que no sabe firmar o por la que se encuentra imposibilitado<sup>317</sup>. La certificación del notario a este respecto suple la firma, pues equivale a la certificación de la voluntad del testador. No se exige que además un testigo firme a ruego del testador<sup>318</sup>, pero si así se procediere

<sup>316</sup> Cfr. RDJ, T. 52, 1, p. 160.

<sup>317</sup> Cfr. GT, 1907, T. 1, s. 550, p. 939 y RDJ T. 6, 1, p. 493. Explica PÉREZ LASALA que "aunque no se haga constar esas manifestaciones externas de la imposibilidad física, se debe considerar cumplida la exigencia legal si se consigna que no ha firmado por estar imposibilitado por causa de enfermedad, o por estar físicamente imposibilitado, o, simplemente, por estar imposibilitado de hacerlo" (*Curso...*, cit., p. 599).

<sup>318</sup> Cfr. GT, 1886, s. 3965, p. 2557; GT, 1894, T. 3, s. 3661, p. 518; RDJ, T. 7, 1, p. 505; T. 45, 1, p. 619 y T. 55, 1, p. 144.

el testamento no es nulo, pues se trata de una formalidad adicional que no vicia el acto, siempre que se haya dejado la constancia de que el testador o no sabía o no podía firmar.<sup>319</sup>

Lo propio puede ocurrir con los testigos, caso en el que otro de los testigos deberá firmar a ruego suyo, expresándolo así. Esta mención es esencial y si no el testamento es nulo absolutamente. A diferencia del testador que no sabe firmar, la firma del testigo es reemplazada por otra, cuestión que no es necesaria como se ha dicho en el caso de imposibilidad del testador.

Si el testamento es cerrado, el pliego debe estar escrito o a lo menos firmado por el testador (artículo 1023.2). Puede que lo haya escrito y firmado, lo que lo hace perfecto. Puede que el testador no lo haya escrito, pero que sí lo haya firmado, lo que también es correcto. Pero puede suceder que lo haya escrito de puño y letra, pero no lo haya firmado. Esta posibilidad, aceptada como válida por parte de la doctrina<sup>320</sup> y la jurisprudencia<sup>321</sup>, no es aprobada por algunos autores, por cuanto lo menos que exige la ley es que esté firmado por el testador.<sup>322</sup>

La firma, en todo caso, no puede faltar en el sobre que contiene el testamento cerrado. Incluso, se ha sostenido que allí ni siquiera puede expresarse la causa por la que el testador no puede firmar, lo que sería tanto como decir que los que no pueden firmar no pueden testar en forma cerrada o secreta.

222. SANCIÓN. La falta de firma produce como sanción la nulidad absoluta del testamento en virtud de lo prevenido en los artículos 1026.1 y 1682. Lo mismo acontece si no se deja constancia en el testamento de la circunstancia de falta de firma del testador o de que uno de los testigos firma a ruego del que no puede hacerlo.<sup>323</sup>

223. REGISTRO DEL TESTAMENTO. Las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.903, de 3 de octubre de 2003, han venido a establecer un requisito común más a todos los testamentos solemnes, y no es otro que el de su registro en el Registro Nacional de Testamentos.

<sup>319</sup> Cfr. G., 1939, segundo semestre, s. 2, p. 5; RDJ, T. 37, 1, p. 100 y T. 45, 1, p. 619.

<sup>320</sup> Así MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 123 y MAHUIZIER, *Del testamento...*, cit., p. 52.

<sup>321</sup> Cfr. GT, 1901, T. 2, s. 3321, p. 1473.

<sup>322</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 588, pp. 149 y 150; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 447; MATURANA, *Del testamento...*, cit., p. 57; RAMOS, *Sucesión...*, cit., p. 63 y ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., p. 189. El artículo 3666 del Código Civil argentino elimina toda discusión al respecto, al disponer que "el testamento cerrado debe ser firmado por el testador", exigencia que la doctrina califica de esencial (cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 254).

<sup>323</sup> Cfr. GT, 1939, segundo semestre, s. 2, p. 5 y RDJ, T. 37, 1, p. 100.

De acuerdo al artículo 13 de la referida Ley se creó en Chile “un Registro Nacional de Posesiones Efectivas y un Registro Nacional de Testamentos, los que serán públicos, y se llevarán en la base central de datos del sistema automatizado del Servicio de Registro Civil e Identificación, con las formalidades establecidas en el reglamento”. Y según lo prevenido en su artículo 14: “el hecho de haberse otorgado o protocolizado un testamento deberá anotarse en el registro especial respectivo, en la oportunidad establecida en el artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales”. “El registro a que se refiere el inciso anterior contendrá las nóminas de los testamentos que se hubieren otorgado o protocolizado en los oficios de los notarios u otros funcionarios públicos que hagan sus veces, indicando su fecha, el nombre y rol único nacional del testador y la clase de testamento de que se trata”.

De la misma forma se modificó el antiguo tenor del artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales, que ahora dispone que “el hecho de haberse otorgado un testamento abierto o cerrado ante notario u otros funcionarios públicos que hagan sus veces, deberá figurar, sin perjuicio de su inserción en los índices a que se refiere el artículo 431, en un Registro Nacional de Testamentos, que estará a cargo y bajo la responsabilidad del Servicio de Registro Civil e Identificación. Igualmente, deberán figurar en este Registro todos los testamentos protocolizados ante notario”. “Los notarios y los referidos funcionarios 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, durante el mes anterior, indicando su fecha, el nombre y rol único nacional del testador y la clase de testamento de que se trata”.

De la misma forma señala el artículo 34 del Reglamento de la Ley N° 19.903 (Decreto Supremo N° 237, de fecha 8 de abril de 2003), que “la inscripción en el Registro Nacional de Testamentos se hará por medios automatizados y en virtud de las nóminas de los testamentos que se hubieren otorgado o protocolizado, durante el mes anterior, ante los notarios u otros funcionarios públicos que hagan sus veces, quienes deberán remitirlas al Servicio de Registro Civil e Identificación, mediante carta certificada, dentro de los diez primeros días de cada mes”. “En la nómina referida deberá indicarse la fecha, el nombre y el rol único nacional del testador y la clase de testamento de que se trata”.<sup>324</sup>

<sup>324</sup> No está nada claro si el Registro Civil puede certificar si en el Registro Nacional aparece que se ha otorgado o no un testamento, puesto que esto solamente está previsto en el Reglamento para las posesiones efectivas que se han registrado (artículos 38 a 40). La Ley N° 19.903 reemplazó el texto del artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales, que establecía una suerte de reserva de los índices de testamentos que

De tal suerte que hoy por hoy todo testamento abierto o cerrado, o que haya sido protocolizado, debe ser registrado en el Registro Nacional de Testamentos, por lo que no cabe dudas de que se trata de una formalidad común no sólo a los testamentos solemnes, sino que a todos los testamentos, incluso los privilegiados, puesto que ellos siempre deben ser protocolizados.

Ahora bien, el Servicio de Registro Civil e Identificación, antes de practicar la inscripción del testamento, puede solicitar a los notarios o funcionarios públicos respectivos aclarar, rectificar, enmendar o complementar los datos contenidos en las nóminas que le han sido proporcionadas, cuando ellas adolezcan de errores u omisiones manifiestos. Con todo, el Servicio deberá inscribir aquellos testamentos individualizados en las nóminas objetadas que contengan en forma correcta los datos necesarios para su inscripción. Los notarios o funcionarios públicos que hagan las veces de tal deberán aclarar, rectificar, enmendar o complementar los datos contenidos en la nómina respectiva, en el plazo de diez días hábiles contados desde la fecha de recepción en sus oficinas, de la solicitud del Servicio de Registro Civil e Identificación antes señalada, remitiendo los antecedentes en la forma y por el medio más expedito (artículos 35 y 36 del Reglamento).

De conformidad a lo señalado en el artículo 37 del Reglamento, la inscripción en el Registro Nacional de Testamentos deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

- a) El número y fecha de la inscripción;
- b) El nombre y apellidos del testador;
- c) El Rol Único Nacional del testador;
- d) La fecha del testamento;
- e) La clase de testamento, y
- f) La individualización del notario o del funcionario público ante quien se otorgó o protocolizó.

Continuación nota <sup>324</sup>

llevaba el Archivero Judicial de Santiago. Sin embargo, la ley mantuvo vigente el artículo 431 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone que los notarios llevarán un índice privado en el que anotarán los testamentos cerrados que ante él se otorguen, con indicación del lugar de otorgamiento y del nombre y domicilio de los testigos. Este índice es reservado, y solamente puede exhibirlo por un decreto del juez o ante la solicitud de un particular que acompañe el certificado de defunción del causante. No puede el notario, sino en estas circunstancias, exhibir el índice de testamentos cerrados ¿Se extiende esta limitación al Registro Civil? No parece que haya inconveniente en certificar que se ha otorgado un testamento abierto, pues ellos figuran en registros públicos. Más dudoso es si podría indicar si existe o no testamento cerrado. Si se exige coherencia en esta materia, parece que para proceder de esta forma el Registro Civil debiera exigir a quien solicite la información o una resolución judicial que la faculte para ello o un certificado de defunción del causante.



224. SANCIÓN POR LA OMISIÓN DEL REGISTRO. Cabe preguntarse qué ocurre si un testamento no se inscribe en este registro: ¿es nulo?, ¿es inoponible? Parece que no hay sanción ni para el otorgante del testamento ni para los herederos testamentarios. El testamento no es ni nulo ni inoponible a los herederos abintestato. La inscripción en el Registro Nacional no es una solemnidad del testamento. Tampoco es una medida de publicidad de aquellas cuya omisión acarrea la inoponibilidad del acto. La obligación de enviar la nómina de testamentos al Registro Civil no recae sobre quien lo ha otorgado, sino que es una obligación del notario. Si él no la cumple eventualmente podría comprometer su responsabilidad administrativa o acaso civil si de ello se ha derivado un perjuicio cierto y real para terceros. Si la información ha sido enviada por el notario, pero el Registro Civil ha dejado de hacer las inscripciones de rigor, tampoco el testamento es nulo o inoponible a los herederos abintestatos; sólo podría haber responsabilidad administrativa de los funcionarios que corresponda y teóricamente responsabilidad civil del Servicio, si es que, como se dice, tal omisión ha causado un verdadero daño a alguien.

## CAPÍTULO 21 EL TESTAMENTO ABIERTO, PÚBLICO O NUNCUPATIVO

El testamento abierto, público o nuncupativo es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos y al funcionario que interviene en el acto testamentario. La inscripción en el Registro Nacional no es una solemnidad del testamento. Tampoco es una medida de publicidad de aquellas cuya omisión acarrea la inoponibilidad del acto. La obligación de enviar la nómina de testamentos al Registro Civil no recae sobre quien lo ha otorgado, sino que es una obligación del notario. Si él no la cumple eventualmente podría comprometer su responsabilidad administrativa o acaso civil si de ello se ha derivado un perjuicio cierto y real para terceros. Si la información ha sido enviada por el notario, pero el Registro Civil ha dejado de hacer las inscripciones de rigor, tampoco el testamento es nulo o inoponible a los herederos abintestatos; sólo podría haber responsabilidad administrativa de los funcionarios que corresponda y teóricamente responsabilidad civil del Servicio, si es que, como se dice, tal omisión ha causado un verdadero daño a alguien.

225. CONCEPTO. Como se ha dicho, según el artículo 1008.5 "testamento abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos". Pero, por otro lado, el artículo 1015 señala que "lo que constituye esencialmente el testamento abierto es que el testador hace sabedores de sus disposiciones al funcionario, si lo hubiere y a los testigos". De modo que mientras el primero de los preceptos exige que los testigos sean los que tomen conocimiento de las disposiciones testamentarias, el segundo hace extensivo este conocimiento al funcionario que interviene en el acto testamentario. Con todo, es evidente que si interviene funcionario, éste toma conocimiento del contenido del testamento, ya que, de conformidad al artículo 1017.2, debe leerlo en voz alta, y, según el artículo 1018.1, debe firmarlo. Por lo tanto, más allá de la literalidad del artículo 1008.5, lo cierto es que el funcionario toma conocimiento directo de las disposiciones testamentarias.

El testamento abierto puede ser otorgado ante funcionario público y tres testigos o bien solamente ante cinco testigos (artículo 1014).

226. TESTAMENTO OTORGADO ANTE FUNCIONARIO Y TRES TESTIGOS. El testamento abierto en el que solamente intervienen tres testigos debe ser otorgado ante competente escribano (artículo 1014)<sup>325</sup>. Tiene competencia para este efecto el notario de la comuna o agrupación de comunas en la que se otorgue el testamento. El notario no puede salir del ámbito territorial que determina su

<sup>325</sup> El Código Civil al referirse al escribano mantiene la terminología de la legislación española vigente a la fecha de su promulgación. Los escribanos eran oficiales públicos que mediante firma autorizaban ciertos actos y contratos y las actuaciones judiciales, con lo que tenían funciones notariales y judiciales. La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 1875, separó estas funciones, radicando las primeras en los notarios y las segundas en los secretarios de juzgados. De modo que cuando el Código Civil se refiere a los escribanos, la mención debe entenderse hecha a los notarios.

jurisdicción, pues ningún notario puede ejercer funciones fuera de su respectivo territorio (artículo 400 del Código Orgánico de Tribunales). La individualización del lugar en que se otorga el testamento ayuda precisamente a determinar si el notario que interviene en el acto es o no competente. También puede contribuir a ello la presencia de los testigos, a quienes les consta el lugar en que se expide el testamento.

De acuerdo al inciso segundo del artículo 1014 puede hacer las veces de notario el juez de letras cuya jurisdicción comprenda el lugar de otorgamiento del testamento.

Antiguamente, y de conformidad al artículo 86 de la Ley N° 4.808, el testamento abierto también podía ser otorgado ante un Oficial del Registro Civil, pero sólo en el caso de que en esa comuna o agrupación de comunas no existiese notario<sup>326</sup>. Sin embargo, esta posibilidad desapareció a contar de la Ley N° 19.477, de 19 de octubre de 1996, que aprobó la nueva Ley Orgánica del Registro Civil e Identificación. Esta ley suprimió las facultades notariales que se les otorgaban a los Oficiales Civiles. Concretamente, su artículo 46 derogó el Título VI de la Ley N° 4808, en el que estaba incluido el señalado artículo 86. Asimismo, su artículo 3 transitorio, señaló que dentro de los treinta días siguientes a la publicación de esta ley, los Oficiales Civiles que desempeñaban funciones notariales, debieron cerrar y entregar al Archivero Judicial respectivo, los registros públicos a que se refiere el aludido artículo 86.

227. SANCIÓN. Si el testamento abierto no se otorga ante funcionario, o se otorga ante uno incompetente, o ante un funcionario diferente de los señalados en la ley, la sanción, en virtud de lo prevenido en los artículos 1026.1 y 1682, es la nulidad absoluta del mismo. Así lo ha resuelto la jurisprudencia.<sup>327</sup>

228. HABILIDAD PUTATIVA DEL FUNCIONARIO AUTORIZANTE DEL TESTAMENTO. Sin perjuicio de lo antes señalado, han dudado las sentencias en lo que hace a la denominada habilidad putativa del funcionario. Se han planteado casos en los que la validez del testamento resulta comprometida por la intervención en el acto de notarios cuyos nombramientos han sido irregulares o viciados.

En alguna ocasión, la Corte Suprema ha considerado que los testamentos otorgados ante estos funcionarios, son nulos, pues el vicio en el nombramiento de

ellos se comunica al testamento que autorizan<sup>328</sup>, en cambio, en otra ocasión declaró exactamente lo contrario.<sup>329</sup>

La doctrina cree que si bien la primera solución parece más ajustada a las disposiciones legales, esto obligaría a las personas a cerciorarse acerca de algo que en verdad no pueden saber: si el nombramiento del funcionario está ajustado a la ley. Pareciera más acorde a las reglas que gobiernan el error común, aceptar la validez de estos testamentos si se acredita que el vicio era ignorado por la generalidad de las personas debido a que el funcionario ejercía públicamente el cargo.<sup>330</sup>

229. TESTAMENTO ABIERTO EN HOJA SUELTA. El testamento abierto, como ya se ha dicho, puede ser otorgado en el protocolo o en hoja suelta. Los que se otorgan ante el juez siempre serán en hoja suelta, éste no lleva registro. El otorgado ante notario puede ser otorgado en su registro o en hoja suelta según ya se explicó, aunque normalmente será otorgado en la primera de estas formas. En todo caso, los otorgados en hoja suelta, para que valgan como instrumento público, deben ser protocolizados según lo ordena el artículo 420 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales, al día siguiente hábil de su otorgamiento.

230. TESTAMENTO OTORGADO ANTE CINCO TESTIGOS. Según lo señalado en el artículo 1014.1, puede haber testamento en el que no intervenga funcionario alguno, y es aquel que solamente se otorga ante cinco testigos hábiles. Quedará al arbitrio del testador escoger una u otra modalidad.

Como este testamento no está dotado de autenticidad, al no ser un instrumento público, antes de su ejecución, la ley ordena proceder a su publicación, que no es lo que su nombre sugiere, sino que es un trámite judicial por el cual se autentifica en testamento en los términos del artículo 1020.

231. LA PUBLICACIÓN DEL TESTAMENTO: La publicación del testamento abierto otorgado ante cinco testigos, es el acto por el cual, a solicitud de cualquier interesado capaz de comparecer en juicio, y previa comprobación de la muerte del testador, el juez competente ordena la comparecencia de los testigos que reconocan sus firmas y la del testador, y luego de ello lo firme y ordene su protocolización (artículo 1020.2). De conformidad a lo prevenido en el artículo 867 del Código de Procedimiento Civil, la publicación y protocolización de los testa-

<sup>326</sup> Cfr. RDJ, T. 30, I, p. 219.

<sup>327</sup> Antiguamente fueron declarados nulos los testamentos otorgados ante jueces de distrito (GT, 1889, T. I, s. 1.260, p. 836 y 1859, s. 1.388, p. 798).

<sup>328</sup> Cfr. RDJ, T. 21, I, p. 419.

<sup>329</sup> Cfr. RDJ, T. 36, I, p. 286.

<sup>330</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 213 y 214.

mentos otorgados sólo ante testigos, se hará en la forma prevenida en el artículo 1020 del Código Civil.

El juez competente es el del último domicilio del causante (artículo 1009 del Código Civil y artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales). El juez, a solicitud de cualquiera persona capaz de parecer en juicio por sí misma (artículo 869 del Código de Procedimiento Civil), debe citar a los testigos para este efecto, lo que normalmente se hará en forma personal. Si alguno de ellos falta, basta con que los que concurren reconozcan las del testador, las de los ausentes y las suyas propias. Si el juez lo estima necesario puede ordenar que las firmas del testador y la de los testigos ausentes por declaraciones juradas de otras personas fidedignas (artículo 1020.4).

Reconocidas todas las firmas en la forma señalada, el juez rubricará el testamento abierto al principio y fin de cada página y mandará, como se ha dicho, entregar lo obrado a un notario para que se protocolice en sus registros.

Este testamento es otorgado en hoja suelta, por lo que para que valga como instrumento público debe ser protocolizado de conformidad al propio artículo 1020.5 y al artículo 420 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales. El plazo establecido en el artículo 420.2 para protocolización, como se dijo en su momento, no es aplicable a los testamentos abiertos otorgados ante cinco testigos.

En cualquier caso, el cumplimiento de todas estas formas no implica que el testamento abierto otorgado ante cinco testigos no pueda ser impugnado por causas diversas del incumplimiento de las solemnidades. Bien podría ocurrir, y de hecho ha sucedido, que este testamento pueda ser anulado, por ejemplo, por ser considerado como falso en atención a la imposibilidad del causante de haberlo otorgado.<sup>331</sup>

**232. DECLARACIONES QUE DEBE CONTENER EL TESTAMENTO ABIERTO.** En primer término, el testamento abierto, sea el otorgado ante funcionario y tres testigos o solamente ante cinco testigos, debe contener todas las menciones señaladas en el artículo 1016. Cuando se otorgue ante notario, la identificación del testador

debe ser acreditada en la forma establecida para las escrituras públicas, que agrega como requisitos en la individualización del testador su estado civil, profesión, domicilio y cédula de identidad; de lo contrario la escritura será nula (artículos 414, 412.2 y 405 del Código Orgánico de Tribunales).

Por otra parte, y como se dijo en su momento, el testamento abierto, si se otorga ante notario, debe hacer mención de la hora según el artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales, requisito no aplicable a los otorgados ante cinco testigos.

**233. OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO ABIERTO.** En lo que hace al otorgamiento del testamento abierto resulta pertinente lo prescrito en los artículos 1017 y 1018, que básicamente establecen como ritualidad del acto la escrituración, su lectura, la continuidad y unidad del acto y la firma del testamento.

Según lo prevenido en los dos primeros incisos del artículo 1017, el testamento abierto podrá haberse escrito previamente, pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en voz alta por el escribano, si lo hubiere, o a falta de escribano por uno de los testigos, por el testador designados al efecto. Agrega su inciso final que mientras el testamento se lee, estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oírán todo el tenor de sus disposiciones.

Se presentan aquí, en consecuencia, las formalidades de escrituración, lectura, unidad y continuidad del acto y firma de los intervinientes. La primera y la última, esto es, la escrituración y la firma son de la materialidad del testamento, y conforme lo ya dicho en otro lugar, su cumplimiento se prueba por la existencia del documento mismo. Las restantes formalidades son coetáneas al otorgamiento del testamento, y no constan materialmente en él, a menos que se deje constancia expresa de que ellas fueron cumplidas. Sin embargo, como también se dijo, esto último no es necesario, y si ello se hace es para evitar cualquier duda sobre el particular, pues una cosa es el cumplimiento de la solemnidad y otra diversa es la constancia que de ella se deja. Lo que la ley exige es que se cumpla con estas solemnidades, pero no obliga en parte alguna a que se deje constancia de este cumplimiento en el testamento mismo.

CLARO SOLAR es de la opinión que no es lo mismo hacer saber a los testigos y al funcionario las disposiciones del testamento que leer el testamento. La lectura sería una solemnidad exigida por el artículo 1017, distinta de la solemnidad consistente en hacer sabedores a los testigos y notario de las disposiciones testamentarias impuestas por los artículos 1008 y 1015. De modo que, a su juicio, no bastaría con su lectura, ella sería un trámite posterior destinado a comprobar que

<sup>331</sup> La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 3 de agosto de 2007, acogió la alegación de falsedad efectuada por los demandados ante una demanda de petición de herencia basada en un testamento abierto otorgado ante cinco testigos. La Corte, dejando de lado los formalismos que suelen advertirse en muchos pronunciamientos judiciales, entendió que dicha alegación importaba la oposición de una excepción de nulidad absoluta, y declaró la nulidad del referido testamento, ya que sobre la base de presunciones llegó a la convicción que era completamente inverosímil que el causante, que se encontraba gravemente enfermo e internado en una unidad de cuidados intensivos de un establecimiento hospitalario, hubiere podido otorgar un testamento en el que reconocía a una hija extramatrimonial, sin que los médicos y personal encargado de su cuidado lo hubieren autorizado ni advertido (Rol N° 9876/2006).

en el testamento se han dejado constancia de las mismas disposiciones que el testador comunicó a los testigos y el notario.<sup>332</sup>

No parece convincente esta solución. La lectura del testamento es el modo a través del cual los testigos toman conocimiento de las disposiciones del testador.<sup>333</sup> No se ve cómo lo haría de otra forma. Tendría que pensarse en un acto previo en el que el testador les comunicara de alguna forma no regulada en la ley cuál es su última voluntad. No siendo un trámite expresamente previsto; siendo las solemnidades de derecho estricto y primando hoy en día la flexibilidad en lo que se refiere a las formalidades de los testamentos, no parece posible exigir esta doble solemnidad. En armonía con esto, el testamento cerrado o secreto es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de las disposiciones testamentarias (artículo 1008), y es en ese caso en el que se exige como solemnidad que el testador declare de viva voz de modo que todos lo vean, oigan y entiendan que en aquella escritura se contiene su testamento. Nada de esto dice el Código respecto de los testamentos abiertos. Por lo mismo la Corte Suprema ha señalado, al menos en una ocasión, que basta con la lectura del testamento.<sup>334</sup>

Termina el acto por la firma de los intervinientes. Dice a este respecto el artículo 1018.1 que "termina el acto 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. No es necesario, como se ha dicho, que firme otra persona a ruego suyo, pero si ello se hace, tal circunstancia no anula el testamento por tratarse de una formalidad abundante.

Si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso; esto es, en el de no poder firmar, otro de ellos firmará por él y a ruego suyo, expresándolo así. En este caso, si es necesario, entonces, que uno de los testigos firme a ruego del que no puede hacerlo, cosa que no sucede en el caso del que el imposibilitado de rubricar sea el propio testador.

234. SANCIÓN. En el evento que no se cumpla con las formalidades antes señaladas, la sanción es la nulidad absoluta del testamento. Si el testamento no se escritura, no se lee, no se firma, o no existe unidad y continuidad en el acto, es

<sup>332</sup> Cfr. ob. cit., T. 14, N° 535, pp. 92 y ss. En el mismo sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 453 y ss.; MATURANA, *Del testamento...*, cit., pp. 48 a 50 y LAZO, *Del testamento...*, cit., p. 107.

<sup>333</sup> Dice PÉREZ LASALA que "la presencia de los testigos, ante los cuales el escribano debe leer el testamento, hace que éste sea conocido por el escribano y por los testigos" (*Curso...*, cit., p. 598).

<sup>334</sup> Cfr. RDJ, T. 6, I, p. 493.

nulo absolutamente (1026.1 y 1682). No cabe aquí aplicar la excepción a la nulidad prevista en el inciso segundo del artículo 1026, puesto que estas exigencias formales están contenidas en los artículos 1017 y 1018, preceptos legales diferentes de los mencionados en el referido inciso segundo del artículo 1026.

235. EL TESTAMENTO DEL CIEGO: El testamento de las personas ciegas, junto con el de los sordos y sordomudos, es uno de los actos más solemnes que existen dentro del Código Civil chileno. De acuerdo al artículo 1019, el ciego podrá sólo testar nuncupativamente y ante escribano, o funcionario que haga las veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces; la primera por el escribano o funcionario, y la segunda por uno de los testigos elegido al efecto por el testador. Deberá hacerse mención especial de estas solemnidades en el testamento.

236. ¿QUIÉNES DEBEN SER CONSIDERADOS CIEGOS? Preguntarse quiénes deben ser tenidos como ciegos, podría parecer francamente absurdo. Pues en términos habituales se asume, casi de antemano, que los ciegos son los que no pueden ver. De hecho, el diccionario de la Real Academia los define como las personas que están privadas de la vista. El problema es que hay personas que, si bien no están privadas completamente de la visión, sí tienen gravísimos problemas para ver, llegando a ciertos extremos como el de no poder leer los documentos que se le presentan. En estas situaciones, la duda está servida: ¿Puede una persona que se encuentra en esta condición otorgar testamento cerrado?

La respuesta abstracta es imposible. Será cuestión de cada caso determinar cuán afectada de la visión estaba la persona al momento de otorgar su testamento. Si ello le impedía en verdad tener la posibilidad de leer lo que se supone que es el documento que contiene su testamento, tomando en consideración la forma y el tamaño de la letra, podría concluirse que es ciega a los efectos de lo prevenido en el artículo 1019, siendo nulo el testamento cerrado que haya otorgado.<sup>335</sup>

<sup>335</sup> La cuestión se ha presentado en la práctica. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 27 de septiembre de 1994, señaló que si bien es cierto existe controversia en la jurisprudencia y en la doctrina, en el sentido del alcance de esta disposición, vale decir, si se refiere sólo a los ciegos absolutos o también alcanza a aquellos que tienen una visión disminuida; no lo es menos que, en el caso sublite, los elementos de convicción aportados por los antagonistas resultan opuestos entre sí, ya que el demandante procura acreditar esa ceguera casi completa del testador y el demandado intenta evidenciar un estado normal de su vista. Frente a estas pruebas contradictorias de similar valor, los sentenciadores estiman que no ha logrado comprobarse a cabalidad que en el momento de otorgar el testamento impugnado el causante se hallaba en realidad privado de la visión en términos tales que "ni siquiera pudo ver el escrito y al que se dio lectura en su presencia por el ministro de fe", según se manifiesta en el mismo, lo que obsta al éxito de la acción de nulidad deducida (LegalPublishing 22802).

237. FORMALIDADES Y PARTICULARIDADES DEL TESTAMENTO DEL CIEGO. Como se desprende del artículo 1019 existen varias limitantes y formalidades respecto del testamento otorgado por personas ciegas.

En primer lugar se le exige testamento abierto. Esto resulta obvio. El ciego no está en condiciones de cumplir con la ritualidad que se impone al testamento cerrado; el sobre podría ser sustituido, abierto o alterado y nada de ello podría estar bajo el control del testador.

Por otro lado, se excluye la posibilidad de que el no vidente teste ante cinco testigos. Su testamento necesariamente debe ser ante funcionario y tres testigos. No le es suficiente al legislador con la certeza que pueda dar la presencia de un número importante de testigos. Solamente se conforma con la presencia de un ministro de fe, además de tres testigos.

A diferencia de lo que acontece con el resto de los testamentos abiertos que son leídos una vez, el testamento del ciego debe serlo dos veces, la primera por el funcionario y la segunda por uno de los testigos designado por el propio testador. El objeto de esta formalidad es evitar, dentro de lo posible, que el texto que se lea no corresponda al que es en verdad se le entrega al testador para su firma.

Es dudoso que la alteración en el orden de las lecturas pueda producir la nulidad del testamento. Es verdad que la ley impone que la primera lectura la haga el funcionario, pero no se advierte la trascendencia de este orden en función de la incapacidad física del otorgante, y tal solución no se aviene bien con las modernas orientaciones doctrinarias que propician mayor flexibilidad respecto de las solemnidades testamentarias. Con todo, el estricto apego al tenor literal del artículo 1019 en relación con el artículo 1026, conduce a esta conclusión.

Finalmente, y a diferencia de lo que acontece en todo el resto de los testamentos, aquí sí la ley exige de manera perentoria que se haga mención especial de la doble lectura en el testamento. La formalidad deja de ser solamente coetánea al otorgamiento y se transforma en una formalidad de la materialidad del testamento.

La omisión de cualquiera de estas solemnidades, en virtud de los artículos 1026 y 1682, trae aparejada la nulidad absoluta del testamento. Como en otros casos, no cabe aplicar la excepción del inciso segundo del artículo 1026, pues a ella no se refiere al artículo 1019.

238. EL TESTAMENTO DE LOS SORDOS Y SORDOMUDOS. De acuerdo al artículo 1019, en la redacción que le dio la Ley N° 19.904, de 3 de octubre de 2003, "el sordo o el sordomudo que puedan darse a entender claramente, aunque no sea por escrito, sólo podrán testar nuncupativamente y ante escribano, o funcionario que haga veces de tal". Según el inciso segundo, su testamento será leído en alta voz dos

veces: la primera por el escribano o funcionario, y la segunda por uno de los testigos elegido al efecto por el testador. Pero la primera y la segunda lectura deberán efectuarse ante un perito especialista en lenguaje de señas, quien deberá, en forma simultánea, dar a conocer al otorgante el contenido de la misma. Asimismo, deberá hacerse mención especial del cumplimiento de estas solemnidades en el testamento.

239. FORMALIDADES Y PARTICULARIDADES DEL TESTAMENTO DEL SORDO Y SORDOMUDO. Como se desprende del artículo 1019, existen varios límites y solemnidades para el testamento de sordos y sordomudos, algunos de ellos compartidos con los del testamento del ciego.

En primer lugar, a estas personas se les exige testamento abierto. Si saben escribir, su testamento debiera ser cerrado, dado que el artículo 1024 exige que quienes no pueden entender o ser entendidos de viva voz, otorguen testamento cerrado. Sin embargo, el tenor del artículo 1019, después de la referida reforma, sugiere que siempre su testamento es abierto, a pesar de que sepan escribir.

De la misma forma que en el caso del ciego, se excluye la posibilidad de que el sordo o sordomudo testen ante cinco testigos. Su testamento necesariamente debe ser ante funcionario y tres testigos.

Debe este testamento ser leído dos veces, la primera por el funcionario y la segunda por uno de los testigos designado por el propio testador. A pesar que ello se dice en el inciso segundo del artículo 1019 para el testamento del ciego, se entiende extensivo para el testamento de estas personas. El inciso segundo hace referencia a la doble lectura, pero no a quien debe hacerla en este caso. Pareciera que el objeto de esta formalidad en estos supuestos es la de dar mayores certezas acerca de la correcta voluntad del testador.

Por otra parte, tratándose de sordos o de sordomudos, la primera y la segunda lectura deberán efectuarse, además, ante un perito o especialista en lengua de señas, quien deberá, en forma simultánea, dar a conocer al otorgante su contenido.

A diferencia de lo que acontece con el resto de los testamentos, exceptuado el del ciego, aquí sí la ley exige de manera perentoria que se haga mención especial de esta solemnidad en el testamento, esto es, la doble lectura y la intervención del perito en lengua de señas.

240. SANCIONES. La omisión de las solemnidades prevenidas para los testamentos de sordos y sordomudos, en virtud de los artículos 1026 y 1682, trae como sanción la nulidad absoluta del testamento. Como en otros casos semejantes, no cabe aplicar la excepción del inciso segundo del artículo 1026, puesto que ella no se refiere al artículo 1019, sino que a otros preceptos legales.

CAPÍTULO 22  
TESTAMENTO CERRADO O SECRETO

241. CONCEPTO. El testamento cerrado o secreto, llamado místico por los romanos, es aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de las disposiciones testamentarias (artículo 1008.5).

Lo esencial en este tipo de testamentos, más allá de las formas propias del acto, es que en ellos los testigos pueden no conocer su contenido. Puede que el testador les haya dado a conocer sus disposiciones, pero ello no lo priva del carácter de secreto, ya que la ley deja entregada a la voluntad o al criterio del testador la posibilidad de que les diga o no a los testigos la forma en que ha dispuesto en el testamento, pero de ello los testigos no toman noticia por la ritualidad del otorgamiento, que asegura el secreto del contenido. Por eso dice PÉREZ LASALA que el testamento cerrado "es un documento, escrito por el testador o por otra persona, que se entrega en sobre cerrado a un escribano, en presencia de testigos, manifestando el testador que lo contenido en él es su testamento".<sup>336</sup>

242. PERSONAS QUE PUEDEN OTORGARLO. Sólo los que saben leer y escribir pueden otorgar testamento cerrado, dado que los que no sepan hacerlo, por disposición del artículo 1022, no pueden utilizar esta forma testamentaria. La exigencia resulta obvia, puesto que, según los términos del artículo 1023.2, el testamento cerrado debe estar escrito o a lo menos firmado por el testador, y quien no sepa leer y escribir no podría cumplir con esta forma.

Tampoco puede otorgar testamento cerrado el ciego, el sordo y el sordomudo. Ellos, por disposición expresa del artículo 1019, deben otorgar testamento abierto.

243. PERSONAS OBLIGADAS A OTORGAR TESTAMENTO SECRETO. Según lo prescrito en el artículo 1024.1, cuando el testador no pudiese entender o ser entendido de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado. Por ello el mudo y quien sola-

<sup>336</sup> *Curso...*, cit., p. 612.

mente habla un idioma que no es entendible por todos los testigos y el notario deben testar secretamente. Es obvio que estas personas deben saber leer y escribir, ya que de lo contrario estarían inhabilitados para testar (artículo 1005 N° 5).

En cuanto al sordo y al sordomudo —y como antes se ha dicho— su situación es particular, dada la reforma introducida por la Ley N° 19.904, de 3 de octubre de 2003. Estas personas evidentemente no pueden entender ni ser entendidas en la forma exigida por la norma. Su testamento debiera ser cerrado, porque el sordo no puede entender de viva voz, y el sordomudo no puede ni entender ni ser entendido de viva voz. El problema es que en virtud del nuevo artículo 1019 estas personas, cuando pueden manifestar claramente su voluntad, aunque no por escrito, deben testar nuncupativamente. Se crea así una excepción a lo dicho por el artículo 1024, ya que hay personas que no pueden entender o ser entendidas de viva voz que pueden y deben otorgar testamentos abiertos.

244. FORMA DE OTORGARLO. El testamento cerrado se otorga ante funcionario y tres testigos. No puede ser otorgado sólo ante cinco testigos, sino que siempre se requiere la presencia de un funcionario. Este funcionario solamente puede ser un notario o un juez de letras (artículo 1021).

245. FORMALIDADES DEL OTORGAMIENTO. Dentro del otorgamiento del testamento cerrado se pueden diferenciar cinco aspectos: *a)* la escrituración y firma del testamento; *b)* la introducción del pliego en el sobre; *c)* la declaración del testador de ser ese su testamento; *d)* la redacción y firma de la carátula, y *e)* un acto continuo y sin interrupciones.

246. ESCRITURACIÓN Y FIRMA DEL TESTAMENTO. El testamento (o pliego) debe estar escrito o a lo menos firmado por el testador (artículo 1023.3). Podría incluso estar redactado en un idioma que no sea el español, en atención a que esta forma testamentaria se impone a quienes no entienden o no puedan ser entendidos de viva voz.<sup>337</sup>

El pliego podría incluso no estar fechado, ya que no es una exigencia impuesta por la ley y porque la fecha va en el sobre que lo contiene. En cambio, sí es necesario que esté escrito o a lo menos firmado por el testador.

Ya se ha explicado —a propósito de la escrituración del testamento— que no hay problemas si el pliego está escrito y firmado por el testador, o solamente firmado por él, aunque no lo haya escrito el testador de su puño y letra. Si lo ha escrito de

<sup>337</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 255.

puño y letra, pero no lo ha firmado, pareciera que el testamento debiera considerarse nulo, ya que la exigencia legal impone que a lo menos esté firmado. La jurisprudencia, en cambio, lo ha considerado válido, al igual que ciertos autores, pero en la doctrina en general parece dominar la idea de que se trata de un testamento nulo.

247. INTRODUCCIÓN DEL TESTAMENTO EN SOBRE CERRADO. Una vez escrito el testamento, el testador debe introducirlo en un sobre cerrado o bien lo cerrará exteriormente, de modo que no pueda extraerse el pliego sin romper la cubierta. Queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta, todo en los términos del artículo 1023.3 y 4.

Lo anterior se justifica, por una parte, por el carácter secreto de las disposiciones testamentarias, y, por otra, porque se pretende evitar la posibilidad de que el pliego contenido en el sobre pueda ser sustituido por otro o bien enmendado por terceros. Por ello se ha resuelto que, si se presenta un testamento cuyo sobre da apariencias de haber sido abierto o violado, el testamento es nulo.<sup>338</sup>

248. DECLARACIONES DEL TESTADOR. El testador debe presentar al funcionario y los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz y de manera que el funcionario y testigos lo vean, oigan y entiendan que en aquella escritura se contiene su testamento (artículo 1023.1).

Las personas mudas podrán hacer esta declaración escribiéndola en presencia del funcionario y los testigos.

Si el testador no pudiere entender o ser entendido de viva voz, por disposición del artículo 1023, debe regir la regla del inciso segundo del artículo 1024, según la cual, en este caso, el testador escribirá de su letra, sobre la cubierta, la palabra testamento, o la equivalente en el idioma que prefiera, y hará del mismo modo la designación de su persona, expresando, a lo menos, su nombre, apellido y domicilio y la nación a que pertenece. En lo demás se observará lo prevenido en el artículo precedente. En otras palabras, la declaración de viva voz queda sustituida por la escrituración por parte del testador de su identificación. En todo lo restante se aplican las normas del artículo 1023.

No es necesario, en todo caso, que exista un acto material de entrega del testamento por parte del testador al funcionario, pues, si se trata de un notario, este sobre podría encontrarse ya en su poder. En esta hipótesis será suficiente con que

<sup>338</sup> Cfr. RDJ, T. 39, 1, p. 8.

en el acto mismo del otorgamiento estén a la vista del testador, de los testigos y del funcionario el sobre correspondiente.<sup>339</sup>

249. REDACCIÓN Y FIRMA DE LA CARÁTULA O SOBRE. El notario expresará en el sobre escrito o cubierta del testamento, bajo el epígrafe "testamento", la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento. Esta redacción no requiere de fórmulas sacramentales.<sup>340</sup>

Entiende SOMARRIVA que la carátula, además de señalar que es un testamento y de contener las menciones del artículo 1023.5, debe indicar la hora, en virtud de lo señalado en el artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales<sup>341</sup>. Tal exigencia no parece de recibo. La norma en cuestión está prevista para las escrituras públicas (párrafo 2 del Título XI del Código Orgánico de Tribunales) y no hay dudas de que el sobre que contiene el testamento no es una escritura pública. Siendo las formalidades de aplicación de derecho estricto, no cabe hacer de ellas aplicación analógica.

Termina el otorgamiento del testamento cerrado por las firmas del testador y de los testigos y por la firma y signo del escribano sobre la cubierta. Ninguna de estas firmas puede faltar en el sobre.<sup>342</sup>

El acta tiene el carácter de instrumento público, dado que es otorgada por el funcionario competente y con las formalidades legales, por lo que trae aparejado su mérito probatorio (artículos 1699 y 1700).

250. OTORGAMIENTO MISMO DEL TESTAMENTO CERRADO. El otorgamiento del testamento cerrado debe ser un acto continuo y unitario. Según el inciso final del artículo 1023, 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.

Como se dijo en su momento, esta exigencia está orientada a impedir que, entre las posibles etapas en que pudiera separarse el acto, la voluntad del testador sufra distorsiones por la influencia de terceros o por alguna otra causa.

<sup>339</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 463.

<sup>340</sup> Cfr. RDJ, T. 27, 1, p. 171.

<sup>341</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., p. 202.

<sup>342</sup> Se ha discutido si es posible reemplazar la firma de la carátula por la impresión digital del testador. La Corte Suprema ha estimado que tal testamento no es válido (cfr. RDJ, T. 39, 1, p. 449). Sin embargo, un fallo posterior de mayoría de la Corte de Apelaciones de Santiago dijo que sí lo era (cfr. T. 42, 2, p. 33).

251. SANCIÓN. La omisión de cualesquiera de las formalidades antes señaladas acarrea consigo la nulidad absoluta y total del testamento. A esa conclusión se arriba al relacionar los artículos 1026.1 y 1682.

Con todo, si la omisión consiste en la omisión en el sobre de alguna de las menciones establecidas en el inciso cinco del artículo 1023, esto es, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento, podría no haber nulidad del testamento, pues, en tal caso, según el inciso dos del artículo 1026, no será nulo el testamento, siempre que no haya dudas acerca de la identidad personal del testador, notario o testigos.

252. CUSTODIA DEL TESTAMENTO CERRADO. No existe disposición legal que exija que el testamento cerrado deba quedar en algún lugar en particular, por lo que puede ocurrir que se guarde en la notaría o el testador se lo lleve a casa. Si ha sido otorgado en dos ejemplares, posibilidad aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, puede dejarse uno en cada sitio.<sup>343</sup>

En todo caso, el notario tiene la obligación de llevar un índice de los testamentos cerrados. Este índice debe el notario mantenerlo reservado, no teniendo obligación de exhibirlo, sino por decreto de juez competente o ante una solicitud de un particular que acompañe el certificado de defunción que corresponda al otorgante del testamento (artículo 431 del Código Orgánico de Tribunales).

Por otro lado, el otorgamiento de este testamento figurará en el Registro Nacional de Testamentos que lleva el Registro Civil en virtud de lo prevenido en el artículo 439 del Código Orgánico de Tribunales, después de la reforma que le introdujera la Ley N° 19.903, de 3 de octubre de 2003, lo que facilita mucho saber si se otorgó testamento y dónde.

253. APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO. El otorgamiento de testamento cerrado implica que deberá, después de la muerte de causante, procederse a su apertura. Este no es el simple trámite obvio de la rotura del sobre en el que está contenido el pliego para conocer la voluntad del testador. Es un trámite judicial solemne, regulado en los artículos 1025 del Código Civil y 868 y 869 del Código de Procedimiento Civil, y que consiste en que el testamento cerrado es presentado al juez competente, para que ordene su apertura, previo reconocimiento por

<sup>343</sup> Cfr. RDJ, T. 32, 1, p. 275 y T. 61, 1, p. 293.



los testigos y el notario de las firmas en la carátula y de que está cerrado como se le entregó en su momento al notario.

254. SOLICITUD DE APERTURA. Según el artículo 869 del Código de Procedimiento Civil, la apertura del testamento cerrado puede pedirla cualquier persona capaz de parecer por sí misma en juicio.<sup>344</sup>

255. JUEZ COMPETENTE. De acuerdo a lo prevenido en el artículo 1009, la apertura del testamento se hace ante el juez del último domicilio del causante; pero, según el artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, si el testamento se ha otorgado ante un notario que no sea el del último domicilio del testador, podrá ser abierto ante el juez del territorio jurisdiccional a que pertenezca dicho notario, por delegación del juez del domicilio que se expresa. En tal caso, el original se remitirá con las diligencias de apertura a este juez, y se dejará archivada además una copia autorizada en el protocolo del notario que autoriza el testamento.

De cualquier forma la jurisprudencia ha entendido que la apertura de un testamento cerrado ante el juez que no es el competente no lo invalida, ya que esta es una exigencia del artículo 1009, pero no del artículo 1025, que no especifica cuál es el juez competente.<sup>345</sup>

256. FORMA DE PROCEDER. Para proceder a la apertura del testamento cerrado debe citarse, personalmente o por cédula, a la presencia del juez a los testigos y al notario autorizante del testamento, a fin de que reconozcan sus firmas y las del testador y que declaren que el sobre está cerrado, sellado o marcado de la manera en que lo hizo el causante.<sup>346</sup> Si no pueden comparecer todos los testigos, bastará que el notario y los testigos instrumentales presentes reconozcan sus firmas y la del testador y abonen las de los ausentes. No pudiendo comparecer el notario o funcionario que autorizó el testamento, será reemplazado para las diligencias de apertura por el notario que el juez elija. En caso necesario, y siempre que el juez lo

<sup>344</sup> Se ha fallado que no cabe oposición al trámite de la apertura del testamento, ya que en él no se decide sobre la validez del testamento y si ella quiere ser impugnada debe hacerse en un juicio independiente (cfr. GT, 1937, s. 157, p. 618).

<sup>345</sup> Cfr. GT, 1921, primer semestre, s. 72, p. 410; RDJ, T. 20, 1, p. 336 y T. 29, 1, p. 62. En el mismo sentido RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 129 y ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., pp. 195 y 196.

<sup>346</sup> Se ha resuelto que no es necesario que todos los testigos tengan que comparecer el mismo día, e incluso puede hacerlo un día el notario y otro los testigos (cfr. RDJ, T. 9, 1, p. 409).

estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del notario y testigos ausentes; como en el caso del inciso cuarto del artículo 1020.<sup>347</sup>

Posteriormente se autoriza el acta de apertura por parte del secretario del tribunal y no por el notario (artículo 871 del Código de Procedimiento Civil)<sup>348</sup>; se abre el sobre; el juez firma el documento al comienzo y final de cada hoja y lo ordena protocolizar ante el notario que lo autorizó o ante aquel que el juez designe. Junto con lo anterior, y según el artículo 417 del Código Orgánico de Tribunales, deben protocolizarse las actas que se hayan levantado con ocasión de los trámites de apertura. A partir de este momento el testamento, según el artículo 420 del Código Orgánico de Tribunales, vale como instrumento público.<sup>349</sup>

257. ELECCIÓN DE TESTAMENTO ABIERTO O CERRADO. Por regla general el testador puede escoger libremente entre otorgar un testamento abierto y uno cerrado.

Sin embargo, hay algunos individuos que están obligados a testar nuncupativamente. Ellos son el analfabeto, por disposición del artículo 1022; las personas ciegas y las sordas y sordomudas que puedan darse a entender claramente, aunque no por escrito, todo por prescripción del artículo 1019.1.

En sentido inverso, hay ciertas personas que legalmente no pueden testar en forma abierta y, necesariamente, deben hacerlo en forma secreta. Aquello se aplica, por disposición del artículo 1024.1, a los que no entienden o no pueden ser entendidos de viva voz, quienes deben otorgar testamento cerrado. Esta norma, pareciera que hoy día queda reducida a los extranjeros que no hablan español. Respecto de los otros casos de personas que no entienden o no pueden ser entendidas de viva voz, como el sordo y el sordomudo, el artículo 1019 les impone el testamento abierto, en la medida que puedan manifestar su voluntad claramente, aunque no por escrito.

Como se ha dicho, más compleja es la situación de quien solamente es mudo. Dicha persona no está mencionada, especialmente en el artículo 1019, con lo que pareciera que queda sujeta a las reglas generales. Si sabe escribir, puede otorgar

<sup>347</sup> Se ha resuelto que si han fallecido el notario y los testigos, el testamento no es nulo, ya que el juez tiene la facultad de comprobar la autenticidad e integridad del mismo por otros testimonios fidedignos (cfr. RDJ, T. 5, 1, p. 17). En el mismo sentido HERRERA VARGAS, T., *¿Es nulo el testamento cerrado si han muerto el notario y los testigos antes de su apertura?*, memoria, Universidad de Chile, 1909.

<sup>348</sup> Cfr. RDJ, T. 53, 1, p. 101.

<sup>349</sup> La jurisprudencia ha señalado que los vicios procesales en los que se pueda incurrir con ocasión de los trámites de apertura no invalidan el testamento, pudiendo subsanarse repitiendo el acto viciado (cfr. RDJ, T. 20, 1, p. 336 y T. 29, 1, p. 62).

testamento cerrado, pues se lo permite claramente el artículo 1023, caso en el que podrá hacer sus declaraciones por escrito. El problema es que si no sabe escribir, no puede hacer testamento cerrado por disposición del artículo 1022. Tampoco podría otorgar testamento abierto, ya que el artículo 1024 dice que los que no puedan entender o ser entendidos de viva voz sólo podrán otorgar testamento cerrado. Luego pareciera que por el juego de normas no podrían testar.

Sin embargo, como se dijo en su momento, esta conclusión, apegada al articulado, no resulta lógica, y pareciera que es más que razonable permitir a los mudos que no saben escribir que otorguen testamento en la forma prevenida en el artículo 1019.

## CAPÍTULO 23 TESTAMENTO SOLEMNE OTORGADO EN EL EXTRANJERO

258. FORMAS. En atención a lo señalado en los artículos 1027, 1028 y 1029, es posible que un testamento solemne se otorgue en el extranjero. Este testamento puede ser de dos tipos: otorgado de conformidad a la ley extranjera (artículo 1027) o bien otorgado según la ley chilena (artículos 1028 y 1029). El primero puede ser extensivo tanto por chilenos como por extranjeros, tengan o no domicilio en Chile; en cambio, el segundo solamente puede ser otorgado por chilenos, o extranjeros que tengan domicilio en Chile.

### *Sección 1*

#### *Testamento solemne otorgado de conformidad a la ley extranjera*

259. NOCIÓN. Dispone el artículo 1027 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 en la forma ordinaria”.

Se trata de una aplicación del principio *lex locus regit actum*, según el cual la forma de los actos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. 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 tales instrumentos se exprese (artículo 17.2). Por lo mismo, el testamento otorgado en el exterior, sea de un chileno o de un extranjero, valdrá en nuestro país en la medida que se haya sujetado en su otorgamiento a las leyes del lugar en que se otorgó y se acredite suficientemente esta circunstancia.

260. REQUISITOS PARA QUE ESTE TESTAMENTO TENGA VALOR EN CHILE. Para que el testamento otorgado en el extranjero, de conformidad a las leyes del país en que ello se hizo, es necesario que se reúnan tres condiciones: *a)* que el testamento sea escrito; *b)* que se acredite el cumplimiento de las solemnidades im-

puestas por la ley extranjera, y c) que se pruebe la autenticidad del testamento. No es requisito que el testador sea chileno o que, siendo extranjero, tenga domicilio en Chile (artículo 1027).

261. EL TESTAMENTO DEBE OTORGARSE POR ESCRITO. El artículo 1027 no deja dudas respecto de que el testamento otorgado en el extranjero no puede ser verbal, ya que comienza señalando que "valdrá en Chile el testamento escrito". Esta es una solemnidad impuesta como exigencia para el valor del acto por la ley chilena, que actúa como limitante para la aplicación del principio de que la ley del lugar rige la forma de los actos. No puede olvidarse que en la especie se trata de un testamento solemne y, de acuerdo al artículo 1011, el testamento solemne es siempre escrito. Por lo tanto, en esta parte, el testamento se rige por la ley chilena, y solamente en el resto por la extranjera. De modo que, a pesar de que la ley extranjera pueda otorgarle valor al testamento verbal, no valdrá en Chile si no consta por escrito.

262. DEBE CONSTAR EL CUMPLIMIENTO DE SOLEMNIDADES IMPUESTAS POR LA LEY EXTRANJERA. El artículo 1027, fuera de la escrituración del testamento, exige que se haga constar la conformidad del testamento con las leyes del país en que se otorgó en lo tocante al cumplimiento de las solemnidades.

Este es uno de los pocos casos en que es necesaria la prueba del derecho. Como se sabe, la regla general en esta materia es la contraria: *iure nobis curia*. Será el interesado en aplicar las disposiciones de este testamento en Chile quien tendrá que acreditar esta conformidad del testamento con las leyes del país en que se emitió.

263. LA AUTENTICIDAD DEL TESTAMENTO DEBE ACREDITARSE EN LA FORMA ORDINARIA. Concluye el artículo 1027 señalando que para que valga en Chile el testamento otorgado en el extranjero es necesario que además se pruebe "la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria".

Lo anterior implica, en los términos del inciso segundo del artículo 17 del Código Civil, que es necesario que se acredite el hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en el testamento se expresa. Esto se hará de la forma prevenida en el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil.

264. DEL VALOR DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO OTORGADO EN EL EXTRANJERO. Ya se dijo oportunamente que en Chile, a pesar de las intenciones de Bello, no se

le reconoce valor al testamento ológrafo, esto es, al otorgado de puño y letra por parte del testador. Es diferente en varios otros países, en los que esta forma testamentaria es admitida. Puede acontecer, entonces, que se otorgue un testamento ológrafo en el extranjero al amparo de una legislación que le reconoce valor; por ejemplo, en España o Argentina: ¿es válido dicho testamento en Chile?

265. LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA. Podría pensarse, no sin razones, que un testamento ológrafo, a pesar de que en su forma guarde conformidad con las leyes del país en que se otorgó, no puede tener valor entre nosotros. ¿La razón?: el texto del artículo 1027, que señala que para que valga en Chile un testamento otorgado en el extranjero es necesario, además de que conste por escrito, que se pruebe "la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria". Esto implica, en los términos del artículo 17, que debe acreditarse que fue autorizado por la persona que en él se indica. Esta autorización se rige por los términos del artículo 345 del Código de Procedimiento Civil, que es una norma concebida para los instrumentos públicos, según indica el encabezado de dicha disposición legal. No siendo el testamento ológrafo un instrumento público, por no haber sido autorizado por ningún funcionario con las formalidades del caso, habría que concluir, que su autenticidad no puede acreditarse de la forma ordinaria.<sup>350</sup>

Con todo, la mayor parte de la doctrina, con mejor razón, estima que el testamento ológrafo otorgado en el extranjero en conformidad a la ley del lugar es válido en Chile, por encontrarse, precisamente, en la situación prevista en el artículo 1027.<sup>351</sup>

La única exigencia de fondo que impone el artículo 1027 al testamento otorgado en el extranjero es que sea escrito, y el testamento ológrafo lo es, pues ha sido escrito de puño y letra por el testador, de modo que no caben dudas a este respecto.

De otro lado, debe tenerse presente que el Código Civil acepta el principio *lex loci regit actum*, por lo que si el testamento ológrafo tiene valor en el extranjero, necesariamente debe tenerlo en Chile. El espíritu de la ley, en este sentido, es que formalmente el acto quede regido por el Derecho extranjero, y habiendo sido otorgado el testamento ológrafo de acuerdo a la ley extranjera, debe tener valor en Chile.

<sup>350</sup> En este sentido, CUÉLLAR, *Observaciones...*, cit., pp. 22 a 24.

<sup>351</sup> Así BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., pp. 505 y 506; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 664, p. 222; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 469; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 133 y 134; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 132 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 216.

Finalmente, no puede obviarse que el artículo 17 aplica el principio solamente a los instrumentos públicos con formato de instrumentos públicos. La máxima *locus regit actum* se aplica naturalmente a los actos y contratos que tienen el carácter de instrumentos públicos, pero no a los actos o contratos que no están sujetos a formalidades externas, como acontece con el testamento ológrafo, que son obra del testador, quien, como señala BARROS ERRAZURIZ, es autor y ministro de sus disposiciones.<sup>352</sup>

266. LA JURISPRUDENCIA. La Corte Suprema se ha orientado claramente por reconocerle valor en Chile al testamento ológrafo otorgado en el extranjero. Ha señalado que la ley chilena "debe aplicarse al testamento ológrafo otorgado en otro país, en que se le reconoce su validez, en todo lo que se refiera al modo y forma de su otorgamiento y a los requisitos que deben llenarse en los actos de disposición del testador, las leyes del país en que se otorga y no las disposiciones de nuestro derecho civil sustantivo establecidas para la testamentificación instituida en Chile, a lo cual no obsta la circunstancia de que se haga valer respecto de bienes situados en Chile, pues la disposición amplia del citado artículo 1027 del Código Civil no puede considerarse limitada por el inc. 1° del artículo 16 del mismo Código, respecto de los casos previstos por aquél y no puede considerarse comprometida por eso la integridad de la ley chilena o la soberanía nacional".<sup>353</sup>

### Sección 2

#### *Testamento otorgado en el extranjero de conformidad a la ley chilena*

267. NOCIÓN. Como segunda opción, los artículos 1028 y 1029 permiten que el testamento que se otorgue en el extranjero se sujete no a la ley del lugar en que se emite, sino que a la ley chilena. En este caso no se hace aplicación del principio *lex locus regit actum*, puesto que la ley del lugar no regirá el acto, sino que será la ley del lugar en el que va a producir sus efectos, a condición de que se cumplan las condiciones señaladas en los artículos 1028 y 1029.

268. REQUISITOS PARA QUE ESTE TESTAMENTO TENGA VALOR EN CHILE. Dispone el artículo 1028 que valdrá asimismo en Chile el testamento otorgado en país extranjero, con tal que concurran los siguientes requisitos:

1) No podrá testar de este modo sino un chileno, o un extranjero que tenga domicilio en Chile. Quedan excluidos, por tanto, los extranjeros que no estén domiciliados en Chile; ellos deberán otorgar testamento de conformidad a la ley extranjera y no a la chilena, rompiéndose así el principio de igualdad de derechos establecido en el artículo 57 entre chilenos y extranjeros. Aunque normalmente será así, no es requisito que estos sujetos tengan bienes en Chile. Se trata de un beneficio a favor de todas estas personas con el objeto de facilitarles a los chilenos sujeción a las leyes patrias y a los extranjeros reconocerles la deferencia de haber fijado su domicilio en Chile y haber desarrollado aquí sus negocios.<sup>354</sup>

2) El testamento debe ser autorizado por un funcionario diplomático o consular. Según el artículo 1028 N° 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 título y patente. No importa si el testamento es abierto o cerrado, debe ser autorizado por alguna de estas personas, con exclusión del vicecónsul. También se entienden autorizados para cumplir esta función los representantes diplomáticos de rango superior que no existían a la época de promulgación del Código, pero que sí son una realidad, como los embajadores y ministros consejeros.<sup>355</sup>

3) Los testigos serán chilenos, o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorgue el testamento. El objeto de esta exigencia no es otra que facilitar la prueba acerca de que se otorgó el testamento y las condiciones en que ello se hizo<sup>356</sup>. Aun cuando no lo diga la ley, es obvio que los testigos deben ser tres, pues se trata de testamento solemne otorgado ante funcionario, sea el testamento abierto o cerrado.

4) Se observarán en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en Chile. Más que un requisito se trata de especificar que en la especie serán aplicables las reglas de los testamentos abiertos o cerrados según los casos.

5) El instrumento llevará el sello de la Legación o Consulado, certificación que tiene como finalidad garantizar la autenticidad del testamento.

<sup>354</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 667, p. 226.

<sup>355</sup> Cfr. BARROS ERRAZURIZ, ob. cit., pp. 506 y 507; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 668, pp. 226 y 227 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 217.

<sup>356</sup> Cree CLARO SOLAR que los testigos deben ser capaces con arreglo a las leyes chilenas, y no podrán servir de testigos en un testamento otorgado en país extranjero personas que no podrían serlo en un testamento otorgado en Chile según lo previsto en el artículo 1012, salvo en lo que dice relación con el domicilio de los testigos, pues en tal caso el artículo 1012 estaría modificado por la regla especial del artículo 1028 (ob. cit., T. 14, N° 670, p. 227).

<sup>352</sup> Cfr. ob. cit., p. 506.

<sup>353</sup> Cfr. RDJ, T. 25, 1, p. 106.

269. VISTO BUENO DEL JEFE DE LA LEGACIÓN Y REMISIÓN DEL TESTAMENTO A CHILE. Según lo señalado en el inciso primero del artículo 1029, "el testamento otorgado en la forma prescrita en el artículo precedente y que no lo haya sido ante un jefe de Legación, llevará el Visto Bueno de este jefe; si el testamento fuere abierto, al pie, y si fuere cerrado; sobre la carátula: el testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y fin de cada página". Se trata de dos formalidades destinadas a garantizar la autenticidad del testamento y de lo que en él se dispone; el Visto Bueno del jefe de la Legación cumple con lo primero, en tanto que las firmas al principio y fin de cada hoja con lo segundo.

De conformidad a los incisos segundo y tercero "el jefe de Legación remitirá en seguida una copia del testamento abierto, o de la carátula del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores de Chile; el cual a su vez abonando la firma del jefe de Legación, remitirá dicha copia al juez del último domicilio del difunto en Chile, para que la haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio". "No conociéndose al testador ningún domicilio en Chile, será remitido el testamento por el Ministro de Relaciones Exteriores a un juez de letras de Santiago, para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe". El propósito de estas formalidades no es otro que dar, dentro de lo posible, publicidad acerca de la existencia del testamento y de su contenido si es que fuera abierto.

270. LA APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO OTORGADO EN EL EXTRANJERO. Como se explicó en su momento, de conformidad al artículo 1025, la ejecución del testamento cerrado debe estar precedida del trámite de la apertura del testamento, gestión que se reduce, en lo esencial, a la comparecencia del funcionario autorizante como de los testigos a la presencia judicial, con el objeto de que reconozcan sus firmas y la del testador, declarando, además, que se encuentra cerrado, sellado o marcado como en el acto de entrega.

Lo propio debe acontecer con los testamentos cerrados que se otorgan en el extranjero y que van a cumplirse en Chile. Como se comprende, esto acarrea la dificultad de la comparecencia del funcionario y de los testigos, los que, normalmente, se encontrarán en el extranjero, lo que hace muy difícil su concurrencia al trámite de apertura.

En lo que se refiere a la no comparecencia del funcionario autorizante, el problema puede considerarse resuelto por el inciso cuarto del artículo 1025, que señala que "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".

Pero nada dice el precepto respecto de la hipótesis en que no concurra ninguno de los testigos. En este caso, siempre existe la posibilidad de que la firma del notario o la de los testigos ausentes sea abonada por declaraciones de otras personas fidedignas (inciso final del artículo 1025, en relación con el inciso tercero del artículo 1020), y si ello no fuere posible, pareciera que podría prescindirse de este trámite, no porque no sea procedente, sino porque no es posible realizarlo, debiendo abrirse el testamento en presencia del notario designado y aplicándose en el resto el artículo 1025.<sup>357</sup>

271. SANCIÓN. La omisión de todas o algunas de las solemnidades previstas en alguno de los cinco números del artículo 1028 acarrea la nulidad absoluta del testamento, pues se trata de la omisión de formalidades exigidas por la ley en consideración a la naturaleza del acto y no al estado o calidad de las personas que lo otorgan (artículo 1682).

En cambio, si no se cumple con alguna de las formalidades señaladas en el artículo 1029 con relación al visto bueno del jefe de la legación, o con las firmas de él en el testamento o con la remisión del testamento a Chile o con el reconocimiento de estas firmas por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, la sanción no es la nulidad. Estas formalidades son secundarias, accesorias o accidentales, no miran a la sustancia del acto, como acontece con las mencionadas en el artículo 1028. De allí que el Código las separe en dos artículos diferentes. Si faltan las formalidades del artículo 1029, acontecerá que habrá problemas para determinar la autenticidad en caso de impugnación, pero no implica que el testamento, *per se*, sea nulo, pues será posible acreditar su autenticidad e integridad por otros medios.<sup>358</sup>

<sup>357</sup> Cfr. BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., p. 508; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 240 y CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 679, pp. 231 a 232.

<sup>358</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 680, pp. 233 a 235.

CAPÍTULO 24  
TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS O MENOS SOLEMNES

*Sección 1*  
*Generalidades*

272. CONCEPTO Y TIPOS. De conformidad a lo señalado en el inciso tercero del artículo 1008, son testamentos menos solemnes o privilegiados aquellos en que pueden omitirse algunas de las solemnidades legales, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley.

No es que el testamento privilegiado no sea un testamento solemne, lo es. Lo que acontece es que las solemnidades que a este respecto exige la ley, en consideración a circunstancias particulares, debidamente calificadas, son menores. De ahí que el artículo 999 defina al testamento como un acto más o menos solemne, y por la misma razón que el artículo 1008 dice, en su inciso primero, que el testamento es "solemne, o menos solemne". Los testamentos privilegiados son aquellos testamentos menos solemnes. Las formas a este respecto son menores, lo que no significa que pierda el carácter de solemne.

Son tres los testamentos privilegiados admitidos por el artículo 1030: el testamento verbal, el militar y el marítimo.

Los proyectos de Código Civil de 1841 y de 1846 recogían una cuarta clase de testamento privilegiado, y que era el otorgado en tiempo de peste, en un lugar del país afligido por una epidemia considerada contagiosa. Sin embargo, tal tipo de testamento se suprimió en el proyecto de 1853. Se estimó que no se justificaba mantenerlo; pues, por las condiciones en que se otorgaba, no daba suficientes garantías de la verdadera voluntad del testador.<sup>359</sup>

<sup>359</sup> En cambio, el artículo 3689 del Código Civil argentino dispone que "si por causa de peste o epidemia no se hallare en pueblo o lazareto, escribano ante el cual pueda hacerse el testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal, o ante el jefe del lazareto, con las demás solemnidades prescriptas para los testamentos". La doctrina, en todo caso, ha criticado las exigencias del precepto, pues, teniendo en

273. SOLEMNIDADES COMUNES A LOS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS. Los artículos 1031 y 1032 establecen dos reglas aplicables a todos los testamentos privilegiados, la primera relativa a la habilidad de los testigos que intervienen en el testamento, y la segunda referida a las formalidades coetáneas que deben observarse al momento de otorgarlo.

274. LA HABILIDAD DE LOS TESTIGOS. Al igual como acontece con los testamentos solemnes, los testamentos privilegiados deben ser otorgados ante testigos hábiles; pero, a diferencia de lo que acontece en los testamentos solemnes, las exigencias respecto de la habilidad de los testigos son menores. De acuerdo al artículo 1031.1, "en los testamentos privilegiados podrá servir de testigo toda persona de sano juicio, hombre o mujer, mayor de dieciocho años, que vea, oiga y entienda al testador, y que no tenga la inhabilidad designada en el número 8. del artículo 1012".

De esta forma el Código es más laxo en materia de exigencias. Quedan impedidas de ser testigos de este tipo de testamentos menos personas de las que están imposibilitadas de serlo en un testamento solemne.

La referencia a las mujeres del artículo 1031 solamente se comprende bien si se tiene en cuenta que, antiguamente, las mujeres no podían ser testigos de los testamentos solemnes de acuerdo a lo que disponía el artículo 1012 N° 1. Tal limitación fue derogada por la Ley N° 5.521, de 1934.

Como se exige mayoría de edad, son inhábiles todas las personas menores de 18 años. La exigencia de que el testigo esté en su sano juicio impone que no puedan serlo los que se hallaren en interdicción por demencia y los que actualmente estuvieran privados de la razón (artículo 1012 N° 3 y N° 4). La necesidad de que el testigo vea al testador impide que puedan serlo los ciegos (artículo 1012 N° 5). Que el testigo oiga al otorgante, excluye que puedan tener esta calidad los sordos (artículo 1012 N° 6). La necesidad de que el testigo entienda al testador obsta a que pueda ser testigo quien no habla el idioma de él (artículo 1012 N° 11).

Algunos autores entienden que el mudo no puede ser testigo hábil en los testamentos privilegiados<sup>360</sup>; pero lo cierto es que estos sujetos no están expresa-

Continuación nota <sup>359</sup>

cuenta que la zona se encuentra afectada a una peste y la ausencia de los funcionarios llamados a autorizarlo, es muy difícil que pueda acertarse en el cumplimiento de las solemnidades legales, pareciendo más razonable ser menos exigente en lo que hace a sus formas (cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 276 y 277).

<sup>360</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 474 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 220.

mente inhabilitados como testigos por el artículo 1031 y, por lo mismo, si no están impedidos por otra causa, pueden ser testigos de estos testamentos. Acaso la única limitación que puedan tener es que no podrían actuar como testigos de un testamento verbal, ya que, en tal caso, la ley exige que presten declaración en los términos de los artículos 1037 y 1038, cosa que naturalmente no puede hacer el mudo.<sup>361</sup>

La referencia a la inhabilidad del artículo 1012 N° 8 debe entenderse efectuada al artículo 217 N° 3 y no al artículo 267 N° 7, ya que la Ley N° 19.585, modificó en ubicación y contenido la norma en cuestión. Por consiguiente, es inhábil para actuar como testigo de un testamento privilegiado el que ha sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, aunque recaiga indulto sobre la pena.

275. ALFABETIZACIÓN DE LOS TESTIGOS EN EL CASO DE TESTAMENTO PRIVILEGIADO ESCRITO. Según lo señalado en la parte final del inciso primero del artículo 1031, además de la habilidad de los testigos, se requiere para los testamentos privilegiados escritos que los testigos sepan leer y escribir.

Se nota aquí una diferencia con lo que acontece en los testamentos solemnes, en donde, como se dijo, uno de los testigos, a lo menos, deberá saber leer y escribir, cuando sólo concurren tres, y dos cuando concurrieren cinco (artículo 1012.2).

276. HABILIDAD PUTATIVA DE LOS TESTIGOS. En lo que se refiere a la habilidad de los testigos de un testamento privilegiado, dispone el inciso segundo del artículo 1031 que "basta la habilidad putativa, con arreglo a lo prevenido en el artículo 1013".

La norma ha dado lugar a discusiones doctrinarias, pues cabe preguntarse si todos los testigos pueden ser hábiles putativos de acuerdo a las condiciones exigidas en el artículo 1013, o bien solamente uno de ellos puede ser hábil putativo siguiendo la regla de ese artículo. BARROS ERRÁZURIZ entiende que todos los testigos pueden ser hábiles putativos, marcándose una diferencia con los testamentos solemnes en los que se aplica la regla del artículo 1013, según la cual solamente uno de ellos puede serlo<sup>362</sup>. La mayoría de la doctrina, en cambio, cree que la habilidad putativa solamente se refiere a uno de los testigos al igual que en el artículo 1013, cuestión que estaría demostrada por la circunstancia de que en todos los proyectos que precedieron al Código siempre se entendió que

<sup>361</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 690, p. 243.

<sup>362</sup> Cfr. ob. cit., p. 509.

uno solo de los testigos podía ser inhábil, en la medida que esta inhabilidad fuere excusable.<sup>363</sup>

277. FORMALIDADES COETÁNEAS COMUNES DE LOS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS. La segunda regla común para los testamentos privilegiados está contenida en el artículo 1032, el que señala que “en los testamentos privilegiados el testador declarará expresamente que su intención es testar: las personas cuya presencia es 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”. Agrega en el inciso segundo que “no serán necesarias otras solemnidades que éstas, y las que en los artículos siguientes se expresan”.

Como puede observarse, no se trata de formalidades de la materialidad. De ellas no queda constancia en el testamento; son, por el contrario, solemnidades coetáneas a su otorgamiento, cuyo cumplimiento es necesario, pero no es imprescindible que de esto se deje constancia en el testamento mismo.

Estas solemnidades son las siguientes:

- a) El testador debe declarar, expresamente, que su intención es testar.
- b) El acto ha de ser unitario, ya que las personas cuya presencia es necesaria serán las mismas desde el principio hasta el fin.
- c) Finalmente, el otorgamiento del testamento debe ser continuo. Sólo puede ser interrumpido en breves intervalos de tiempo si algún suceso o accidente lo impone.

278. APERTURA, PUBLICACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN DE LOS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS. En lo que se refiere a apertura, publicación y protocolización de los testamentos privilegiados, dispone el artículo 870 del Código de Procedimiento Civil que ellos se someterán a las reglas establecidas por el Código Civil.

En lo que hace a la protocolización de este tipo de testamentos, señala el artículo 420 N° 3 del Código Orgánico de Tribunales que, una vez protocolizados, valdrán como instrumentos públicos los testamentos menos solemnes o privilegiados que no hayan sido autorizados por notario, previo decreto del juez competente.

<sup>363</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 693, pp. 244 y 245. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 474; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 138 y 139 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 220.

## Sección 2 Testamento verbal

279. CONCEPTO. Teniendo en cuenta lo señalado en los artículos 1033, 1034 y 1035, puede decirse que el testamento verbal es el testamento privilegiado que otorga el testador de viva voz ante tres testigos de manera que todos lo vean, oigan y entiendan, en la medida que un caso de peligro inminente de la vida del testador impida otorgar testamento solemne.<sup>364</sup>

A diferencia de lo que acontece con otro tipo de testamentos privilegiados, e incluso solemnes, el testamento verbal ha sido de abundante aplicación práctica y, por lo mismo, ha dado lugar a nutrida jurisprudencia acerca de cada uno de sus diversos aspectos.

En muchas ocasiones, la muerte inminente del causante hace nacer la preocupación de él y de sus familiares por la suerte de sus bienes. En este escenario surge, como opción legalmente aceptable, que con menos formas que las habituales el causante pueda disponer de sus bienes de manera verbal, siempre que se cumplan ciertas condiciones mínimas a fin de asegurar la veracidad y certeza de la voluntad del causante.

Sin embargo, como es obvio, esta forma testamentaria permite los abusos, pudiendo constituirse en una buena herramienta para construir un testamento que jamás ha existido. Bastará que se coluda la avaricia, el ingenio y la falta de escrúpulos para que los familiares, o incluso extraños al testador, mediante declaraciones falsas, forjen un testamento que jamás estuvo en la mente del causante.

En estas circunstancias, es evidente que en muchas ocasiones, con o sin razón, los que eran los herederos del causante consideren que han sido defraudados en los derechos que legalmente les corresponden por este testamento verbal, lo que acarrea, como natural consecuencia, el inicio de los juicios de rigor destinados a impugnar el supuesto testamento. Por esto algunos están por eliminar directamente esta forma testamentaria entre nosotros.<sup>365</sup>

<sup>364</sup> Sobre el particular, GREZ CORREA, P., *El testamento verbal en el Código Civil*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1917.

<sup>365</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 477. VÉLEZ SÁRSFIELD, en nota al artículo 3607 del Código Civil argentino, refiriéndose a los testamentos verbales, señala que “aunque esta forma pueda ofrecer ciertas ventajas, no la admitimos, porque juzgamos imprudente autorizar a los moribundos a confiar sus últimas disposiciones, comúnmente muy importantes, a la incertidumbre o la fragilidad de la memoria de los testigos, cuando sean muchas las disposiciones del testador, y a todos los peligros de la prueba testimonial”. Señala GREZ que “este modo de testar es más perjudicial que útil; porque sirve la mayoría de las veces de medio para privar a las personas de sus más legítimos derechos” (*El testamento verbal...*, cit., p. 28).



280. PELIGRO INMINENTE DE MUERTE. Para que sea posible otorgar testamento verbal, y que sea considerado legalmente válido, se requiere que exista un peligro inminente de muerte del testador. Dispone el artículo 1035 que “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”.

Como se comprende, la determinación de si existe o no peligro inminente de muerte es una cuestión de hecho que deberá ser apreciada en cada caso<sup>366</sup>. No tiene importancia la causa por la cual exista peligro de muerte, pudiendo ser una enfermedad, un suceso natural repentino o un evento accidental.<sup>367</sup>

Lo más relevante es la inminencia de la muerte del causante, lo que queda expresado en el artículo 1035, cuando señala “que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne”. No basta en consecuencia un peligro de fallecimiento, sino que éste debe ser tan evidente que ni siquiera puede haber tiempo para cumplir con las solemnidades ordinarias de un testamento.

281. TESTIGOS. Dispone el artículo 1033 que “el testamento verbal será presenciado por tres testigos a lo menos”. Como se dijo, no basta que se cumpla con el número de testigos exigidos, sino que es además necesario que se trate de testigos hábiles. Naturalmente que si hay más de tres testigos no se invalida el testamento.

282. DECLARACIÓN Y DISPOSICIONES DE VIVA VOZ. En el testamento verbal, según lo señalado en el artículo 1034, el testador hace de viva voz sus declaraciones y disposiciones, de manera que todos le vean, oigan y entiendan.

La esencia del testamento verbal es que el testador hace saber oralmente a los testigos que su intención es testar y cuáles son sus declaraciones y disposiciones por causa de muerte. Eso es lo que constituye el testamento. La posterior escrituración que se hace de estas declaraciones y disposiciones no es parte de la formalidad del testamento, sino que un trámite complementario. La falta de escrituración no anula el testamento verbal, solamente podría hacerlo caducar si ella no se hace en el plazo que señala la ley.

283. CADUCIDAD DEL TESTAMENTO VERBAL. Dice el artículo 1036 que el “testamento verbal no tendrá valor alguno si el testador falleciere después de los treinta días subsiguientes al otorgamiento; o si habiendo fallecido antes, no se hubiere

puesto por escrito el testamento, con las formalidades que van a expresarse, dentro de los treinta días subsiguientes al de la muerte”.

Aquí está la relevancia práctica de la eminencia de la muerte del testador y la falta de escrituración posterior. Los testamentos solemnes pueden quedar sin efecto o por la revocación o por la nulidad, pero los testamentos privilegiados, como el verbal, pueden también quedar sin efecto por la caducidad.

En el caso del testamento verbal, la caducidad se puede producir por dos vías diferentes:

a) Si el testador fallece después de treinta días de otorgado el testamento. Si el testador muere después de este plazo quiere decir que el peligro de muerte no era en verdad inminente, con lo que desaparece el supuesto básico de la validez del testamento verbal. Con todo, la norma parece en exceso rígida. Es posible que el testador otorgue su testamento verbal y que luego pierda el conocimiento, o entre en un estado de coma, período que puede superar los treinta días. En este caso el testador no fallece dentro de treinta días, pero este testamento caducará, a pesar de que nunca existió la posibilidad real de otorgar un testamento solemne.

b) Si el testamento no se pone por escrito dentro del plazo de treinta días desde que falleció el causante. A partir de la fecha de la muerte del testador que, como se dijo, debe acontecer dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que testó verbalmente, comienza a correr un nuevo plazo de treinta días, destinado a que se escribiera el testamento; si ello no acontece o se hace fuera de plazo, el testamento verbal también caduca.

284. ESCRITURACIÓN DEL TESTAMENTO VERBAL. Como se dijo más arriba, el testamento verbal caduca si habiendo fallecido el causante no se hubiere puesto por escrito el testamento, con las formalidades del caso, dentro de los treinta días subsiguientes al de la muerte.

Este plazo es fatal en los términos del artículo 49, puesto que utiliza las expresiones “dentro de”, por lo que no hay posibilidad de poner por escrito el testamento sin han transcurrido más días. Además, de conformidad a lo señalado en el artículo 50, se trata de días corridos y no de días hábiles, por lo que no cabe descontar los festivos o feriados.

El trámite de la escrituración se compone de tres pasos: el examen de los testigos del testamento; el pronunciamiento de la resolución judicial que establece el testamento y la protocolización del testamento.

La existencia de estas tres etapas, recogidas en los artículos 1037, 1038 y 1039, ha abierto debate acerca de cuál de ellas es la que debe cumplirse en el plazo de 30 días contados desde la muerte del causante. Como se comprende, se trata de un

<sup>366</sup> Cfr. RDJ, T. 6, 1, p. 473; T. 39, 1, p. 197 y T. 42, 1, p. 536.

<sup>367</sup> Cfr. RDJ, T. 31, 1, p. 218.

plazo harto breve, con lo que puede resultar muy difícil llevar a cabo toda la tramitación en ese término.

La jurisprudencia ha sido vacilante. En un principio se declaró que bastaba que los testigos fueran examinados en el plazo de treinta días<sup>368</sup>. Posteriormente, esa doctrina fue cambiada, para resolverse, mayoritariamente, que toda la tramitación, incluida la protocolización del decreto que fija el texto del testamento, debe hacerse en dicho plazo<sup>369</sup>. Con todo, también se ha resuelto que la protocolización puede hacerse después de vencido el plazo, con tal que las otras diligencias se hayan efectuado oportunamente<sup>370</sup>, y que si ha habido oposición al trámite, se interrumpa el plazo para escriturar y cumplir las diligencias ordenadas por la ley.<sup>371</sup>

Pareciera más que razonable entender que, atendidas las circunstancias, basta con la escrituración dentro del plazo. Recuérdese que lo que constituye este testamento es la declaración verbal del testador y no los trámites posteriores. De modo que hecha la escrituración en el plazo de treinta días contados desde la muerte del causante debería entenderse cumplida la exigencia legal.<sup>372</sup>

285. EXAMEN DE LOS TESTIGOS. Para poner el testamento verbal por escrito, el juez de letras del territorio jurisdiccional en que se hubiere otorgado, a instancia de cualquiera persona que pueda tener interés en la sucesión, y con citación de los demás interesados residentes en la misma jurisdicción, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos instrumentales y a todas las otras personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos siguientes:

1. El nombre, apellido y domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, su edad, y las circunstancias que hicieron creer que su vida se hallaba en peligro inminente;

2. El nombre y apellido de los testigos instrumentales y la comuna en que moran;

3. El lugar, día, mes y año del otorgamiento (artículo 1037).

Es competente para esta gestión el juez del lugar en que se otorgó el testamento y no el juez del último domicilio del causante.

<sup>368</sup> Cfr. RDJ, T. 22, 1, p. 316.

<sup>369</sup> Cfr. RDJ, T. 6, 1, p. 473; T. 42, 1, p. 320 y T. 44, 1, p. 320.

<sup>370</sup> Cfr. RDJ, T. 40, 2, p. 44.

<sup>371</sup> Cfr. RDJ, T. 42, 1, p. 563.

<sup>372</sup> En este sentido se ha resuelto que debe rechazarse el trámite de la escrituración del testamento verbal conforme a los artículos 1036 y 1037, si la declaración testimonial tiene lugar después de treinta días del deceso del causante (Sentencia de fecha 25 de junio de 1994 del 19º Juzgado Civil de Santiago, Rol Nº 219/1994, ratificada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 7 de junio de 1996).

En este trámite es natural que se cite a quienes presenciaron el testamento verbal en calidad de testigos. Como la ley no ha dispuesto una forma especial de citación, ella puede hacerse personalmente, por cédula o incluso por avisos. Sin embargo, es importante tener presente que deben ser citadas a esta diligencia todas las personas que tengan interés y residan en la misma jurisdicción, que son básicamente los potenciales herederos intestados del causante.<sup>373</sup>

Los testigos y toda persona cuyo testimonio sea conducente declararán bajo juramento sobre el nombre, apellido y domicilio del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a que pertenecía, su edad y las circunstancias que hicieron creer que su vida se hallaba en peligro inminente; sobre el nombre y apellido de los testigos instrumentales y la comuna en que moran y sobre el lugar, día, mes y año del otorgamiento del testamento.

Por otra parte, los testigos instrumentales depondrán acerca de los puntos siguientes:

1. Si el testador parecía estar en su sano juicio;
2. Si manifestó la intención de testar ante ellos;
3. Sus declaraciones y disposiciones testamentarias (artículo 1038).

286. RESOLUCIÓN JUDICIAL. La información proporcionada por los testigos instrumentales y por otras personas cuyo testimonio haya sido conducente debe ser remitida al juez de letras del último domicilio del causante, si no lo fuere el que ha recibido la información (artículo 1039).

El juez, si encontrare que se han observado las solemnidades prescritas, y que en la información aparece claramente la última voluntad del testador, fallará que según dicha información, el testador ha hecho las declaraciones y disposiciones siguientes (expresándolas); y mandará que valgan dichas declaraciones y disposiciones como testamento del difunto, y que se protocolice como tal su decreto. Esta resolución judicial es la que contiene el testamento del causante.<sup>374</sup>

<sup>373</sup> No está claro si la omisión de esta citación de las otras personas interesadas anula o no el testamento. Algunas sentencias han estado por la respuesta afirmativa (cfr. RDJ, T. 39, 1, p. 200 y T. 43, 1, p. 449). Sin embargo, otras, con mejor acierto, han considerado que la omisión de este trámite no produce la nulidad del testamento, pues el cumplimiento de esta diligencia queda entregada a la apreciación del juez de instancia, y que, por otro lado, el artículo 1040 deja abierta la posibilidad de que cualquier interesado pueda impugnar el testamento según las reglas generales (cfr. RDJ, T. 35, 1, p. 238; T. 55, 2, p. 43 y T. 57, 1, p. 19). Parece harto más acertada esta solución, no solamente por lo ya expresado, sino porque no se admite la oposición en la gestión de escrituración del testamento, luego no parece que la intervención de los posibles interesados sea gravitante decisivamente en la gestión procesal.

<sup>374</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 225.

No se mirarán como declaraciones o disposiciones testamentarias sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad estuvieren conformes.

287. IMPUGNACIÓN DEL TESTAMENTO VERBAL. El testamento consignado en el decreto judicial protocolizado podrá ser impugnado de la misma manera que cualquier otro testamento auténtico (artículo 1040).

Antes de ello, y mientras se tramita judicialmente la escrituración del testamento verbal, no puede deducirse oposición a que se haga, se trata de actos de jurisdicción voluntaria<sup>375</sup>. El fundamento es harto sencillo: existe un plazo breve para escriturar el testamento verbal; si se admite la oposición, este plazo se haría francamente ilusorio. No es este, entonces, el camino de los interesados para impugnar el testamento verbal, sino que el sugerido por el artículo 1040, según el cual, una vez protocolizado el testamento, los que tengan interés en impugnarlo podrán hacerlo de conformidad a las reglas generales, como si fuere un testamento auténtico. En ese juicio podrán incluso debatirse los vicios de nulidad que pueden afectar a la gestión judicial de escrituración de dicho testamento<sup>376</sup>. Esto porque la gestión prescrita en los artículos 1032 a 1038 del Código Civil, una vez fallada, no da excepción de cosa juzgada, conforme lo prescribe el artículo 1040 del mismo Código, en cuanto autoriza la impugnación de esta clase de testamentos de igual manera que podría accionarse respecto de cualquier otro testamento auténtico.<sup>377</sup>

### Sección 3 Testamento militar

288. CONCEPTO Y REGLAMENTACIÓN. Se refieren a él los artículos 1041 a 1047 del Código Civil.

No lo dice el Código Civil, pero teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 1041.1 y 1043, puede definirse el testamento militar como aquel testamento que, en tiempo de guerra y específicamente antes de una acción de guerra, es otorgado por los militares, demás individuos empleados en el cuerpo de tropas, o los voluntarios, rehenes, prisioneros o las personas que los acompañaren, y que se aprestan a participar en ella.

El requisito indispensable para que pueda otorgarse este testamento es que exista un estado inminente de guerra o acción bélica en el que vaya a verse envuel-

to el potencial causante. No basta, como parece indicarlo el artículo 1041, que se trate de un tiempo de guerra, sino que, como lo especifica el artículo 1043, es necesario hallarse en una expedición de guerra, que esté actualmente en marcha o campaña contra el enemigo o en una guarnición de una plaza actualmente sitiada.

Este testamento lo otorgan las personas antes señaladas ante un militar en grado de capitán o superior o ante el intendente del ejército, comisario o auditor de guerra. Sin embargo, en el artículo 1041.2 existen dos excepciones en las que puede otorgarse el testamento ante quien no es militar o no lo es en un rango menor al de capitán: a) Si la persona que testa está herida o enferma, el testamento puede ser otorgado ante el capellán, médico o cirujano que le asista. b) Si el testador se encuentra en un destacamento, puede ser recibido el testamento por el oficial que lo mande, aun cuando no sea capitán.

El testamento militar puede ser de tres formas: abierto, cerrado o verbal

289. TESTAMENTO MILITAR ABIERTO. El testamento militar abierto debe estar firmado por el otorgante si supiere y pudiere hacerlo, por el funcionario que lo recibe y por los testigos. Si el testador no sabe o no puede firmar, se deja constancia de esta circunstancia en el testamento (artículo 1042). Aunque no se dice en el precepto el número de testigos que deben concurrir al acto, es lógico concluir que deben ser tres, dado que es la regla entre nosotros cuando interviene un funcionario en carácter de ministro de fe.<sup>378</sup>

Si el testamento abierto no ha sido otorgado ante el jefe de la expedición o del comandante de la plaza, debe llevar su visto bueno, y será siempre rubricado al principio y final de cada página por dicho jefe o comandante, el cual en seguida lo remitirá con la brevedad y seguridad posible al Ministerio de Defensa, quien procederá como el de Relaciones Exteriores en el caso del artículo 1029 (artículo 1045).

Si el testador fallece dentro de los noventa días siguientes a aquel en que hubieren cesado las circunstancias que lo habilitaron para testar militarmente, vale el testamento como si hubiese sido otorgado en forma ordinaria. Si, por el contrario, el testador sobrevive en este plazo, el testamento caduca (artículo 1044).

290. TESTAMENTO MILITAR CERRADO. Dispone el artículo 1047 que si el que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, deberán observarse las solemnidades prescritas en el artículo 1023, actuando como ministro de fe cualquiera de las personas designadas al fin del inciso primero del artículo 1041.

<sup>375</sup> Cfr. RDJ, T. 32, 1, p. 143 y T. 42, 1, p. 536. En contra T. 6, 1, p. 473.

<sup>376</sup> Corte Suprema, 27 de junio de 1994 (LegalPublishing 12998).

<sup>377</sup> Corte Suprema, 4 de agosto de 1999 (LegalPublishing 16219).

<sup>378</sup> Así SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 228.

La carátula o sobre del testamento será visada en la forma establecida en el artículo 1045 y su remisión se hará según lo previsto en el mismo artículo.

Al igual que en el caso anterior, no existe disposición que diga cuál es el número de testigos necesarios, pero por la misma razón antes anotada, no puede concluirse sino que deben ser tres los testigos instrumentales en el acto.

¿Caduca el testamento militar cerrado? Podría pensarse que no, dado que la norma de la caducidad está contemplada en el artículo 1044, es decir, antes de tratarse del testamento militar cerrado. Por otra parte, el artículo 1046, que se refiere al testamento militar verbal, expresamente señala que este testamento caduca si el testador sobrevive al peligro, cosa que no se dice respecto del testamento militar cerrado. De ahí que podría afirmarse que este testamento no caduca por el transcurso del tiempo sin que se verifique la muerte del testador. Sin embargo, no parece ser razonable que un testamento militar caduque y no el otro, siendo que todos son otorgados en circunstancias semejantes. Por lo demás, la redacción del artículo 1044 es muy general, no referida solamente al abierto, sino que a todo testamento militar, por lo que puede concluirse que el testamento militar cerrado también caduca en el plazo de noventa días contados desde que cesan las circunstancias que habilitaban al testador para testar de esta forma privilegiada.<sup>379</sup>

291. TESTAMENTO MILITAR VERBAL. Prescribe el artículo 1046 que cuando una persona que puede testar militarmente se hallare en inminente peligro, podrá otorgar testamento verbal en la forma arriba prescrita; pero este testamento caducará por el hecho de sobrevivir el testador al peligro. La información de que hablan los artículos 1037 y 1038 será evacuada lo más pronto posible ante el auditor de guerra o la persona que haga las veces de tal. Para remitir la información al juez del último domicilio se cumplirá lo prescrito en el artículo precedente.

Se trata de una situación en extremo excepcional. "El testamento es privilegiado desde dos puntos de vista: primero, por ser un testamento militar y, segundo, por ser verbal, dado el evidente peligro de muerte. Esto significa que si el testador otorga el testamento ante las personas y los testigos de rigor y sobrevive luego a la acción de peligro, el testamento caduca por este solo hecho, y sin que sea de rigor el transcurso de ningún plazo como en los otros casos. Por el contrario, si el testador fallece, sólo entonces debe ponerse por escrito el acto de última voluntad<sup>380</sup>. Es aquí cuando la información de los artículos 1037 y 1038, propias del testamento

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>380</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 494.

verbal, debe evacuarse ante el auditor de guerra o la persona que haga sus veces, escribiéndose el testamento, recibiendo el visto bueno del Jefe o Comandante de la Expedición si no ha sido recibida la información por él y firmándose, en todo caso por él, al principio y final de cada página del testamento. Asimismo, se remitirá la información al juez del último domicilio del causante en Chile a través del Ministerio de Defensa y del Ministerio de Relaciones Exteriores.

#### Sección 4 Testamento marítimo

292. CONCEPTO Y REGLAMENTACIÓN. Aunque se trata de él en los artículos 1048 a 1055, tampoco lo define la ley. En virtud de lo dicho en los artículos 1048, 1051 y 1055, se puede decir que es aquel testamento otorgado en alta mar, en un buque de guerra chileno o mercante que navegue bajo bandera chilena, por la oficialidad, tripulación o cualesquiera de los que naveguen en dicho buque. A diferencia del testamento militar, no es necesario que exista situación o peligro de guerra, pero sí es condición que la nave se encuentre en alta mar.

Al igual que el testamento militar, el testamento marítimo puede ser abierto, cerrado o verbal, aun cuando, según señala el artículo 1055, el que se otorga en una nave mercante solamente podrá ser abierto, ya que se remite exclusivamente al artículo 1048; que se refiere al testamento marítimo abierto.

293. TESTAMENTO MARÍTIMO ABIERTO. Según lo señalado en los artículos 1048 y 1049, el testamento marítimo abierto es aquel que se extiende ante el capitán o segundo de la nave y ante tres testigos. Si el testador no sabe o no puede firmar, se expresará esta circunstancia. Se extenderá, asimismo, un duplicado con las mismas firmas del original. Debe guardarse entre los papeles más importantes de la nave y se dará noticia de su otorgamiento en el diario (bitácora).

Si antes de regresar a Chile se arribare a un puerto extranjero, en el que haya un agente diplomático o consular chileno, el comandante de la nave entregará a este agente un ejemplar del testamento exigiendo recibo y poniendo nota de ello en el diario de la nave, y el referido agente lo remitirá al Ministerio de Defensa para los efectos del artículo 1029 (artículo 1050.1). En consecuencia, debe remitirse al juez de letras del último domicilio del testador en Chile a objeto de que se ordene su protocolización.

Por el contrario, si el buque llegare antes a Chile, se entregará dicho ejemplar con las mismas formalidades al respectivo gobernador marítimo, el que lo transmitirá para iguales efectos al Ministerio de Defensa (artículo 1050.2).

Para que valga este testamento, es necesario que el testador fallezca antes de desembarcar ó antes de expirar los noventa días subsiguientes al desembarque. No se entenderá por desembarque el pasar a tierra por corto tiempo para reembarcarse en el mismo buque (artículo 1052).

294. TESTAMENTO MARÍTIMO CERRADO. De acuerdo al artículo 1054, es posible otorgar testamento marítimo cerrado, caso en el que se observarán las solemnidades prescritas en el artículo 1023 para este tipo de testamentos, actuando como ministro de fe el comandante de la nave o su segundo. Se observará además lo previsto en el artículo 1049, es decir, se guardará entre los papeles importantes de la nave y se dejará nota en el libro de navegación, y se remitirá copia de la carátula al Ministerio de Defensa para que se protocolice como testamento según el artículo 1050, es decir, igual que si se tratara de un testamento abierto.

Tampoco señala la ley si caduca o no el testamento marítimo cerrado. Ello se dice solamente del marítimo abierto (artículo 1052) y del marítimo verbal (artículo 1053). Sin embargo, no se divisa la razón para que el testamento cerrado no caduque por las mismas razones expuestas respecto del testamento militar cerrado.

295. TESTAMENTO MARÍTIMO VERBAL. Señala el artículo 1053 que en caso de peligro inminente podrá otorgarse testamento verbal a bordo de un buque de guerra en alta mar, observándose lo prevenido en el artículo 1046; esto es, las reglas ya señaladas sobre el testamento militar verbal; y el testamento caducará si el testador sobrevive al peligro. La información de que hablan los artículos 1037 y 1038, es decir, la información que deben rendir los testigos, será recibida por el comandante o su segundo, y para su remisión al juez de letras por conducto del Ministerio de Defensa, se aplica lo previsto en el artículo 1046.

## CAPÍTULO 25

### INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

El Código Civil establece algunas reglas particulares para la interpretación de los testamentos, contempladas en el párrafo 1 del Título IV, del Libro III, entre los artículos 1056 a 1069.<sup>381</sup>

296. NOCIÓN Y REGLAMENTACIÓN. En lo que hace la interpretación de los testamentos el Código Civil contiene algunas reglas particulares para la inteligencia y efecto de las asignaciones testamentarias, contempladas en el párrafo 1 del Título IV, del Libro III, entre los artículos 1056 a 1069.<sup>381</sup>

Con todo, la mayoría de estas normas no son propiamente de interpretación de la voluntad del causante. La mayor parte de ellas se extienden a privar de valor a ciertas disposiciones testamentarias o a regular los efectos de una asignación, como acontece con las asignaciones motivadas por error (artículo 1058); las captatorias (artículo 1059); las que solamente se manifiesten con un sí o un no contestando una pregunta (artículo 1060); las que benefician al funcionario autorizante o a los testigos del testamento o a otras personas con ellos relacionadas (artículo 1061); las que limitan la declaración de deudas que no consten por escrito (artículo 1062); las que impiden que se designe a un tercero para que elija a su puro arbitrio a los asignatarios (artículo 1063); las que concebidas en términos que no se sepa certeramente cuál es la persona que ha querido designar como asignatario el testador (artículo 1065); las que quedan entregadas en su cumplimiento al arbitrio de un asignatario (artículo 1067), y las que pasan a otras personas por faltar el asignatario inicialmente designado por el testador (artículo 1068).

En todos los casos antes indicados, más que efectuarse alguna interpretación de la voluntad del *de cuius*, o se priva de valor a una disposición o se le señala un efecto particular, pero no se efectúa, en rigor, una hermenéutica legal de los dichos o disposiciones del testador.

El resto de las normas del párrafo, básicamente los incisos dos a cinco del artículo 1056, y los artículos 1064 y 1069, en cambio, sí son de auténtica interpretación testamentaria.

<sup>381</sup> Sobre la materia, FERRER, F. A., *Cómo se interpretan los testamentos*, Buenos Aires, 1994.

La regla esencial en esta materia es la última del párrafo, el artículo 1069, y que cierra todo lo relativo a las reglas generales sobre asignaciones testamentarias.

El referido artículo 1069 establece que "sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales". Agrega el precepto que "para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido".

De lo anterior se siguen dos consecuencias de importancia. La primera es que por sobre todas las reglas de interpretación particulares prevalece la voluntad del testador. La segunda es que para determinar la voluntad del testador se estará más al fondo de las disposiciones que a las palabras de que se haya valido, regla semejante a la contenida en el artículo 1560 en materia de interpretación de los contratos.<sup>382</sup>

297. INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA Y CONTRACTUAL. Como se ha dicho, existe coincidencia entre los mandatos contenidos en los artículos 1069 y 1560. En ambos la ley ordena que se busque la intención de quienes otorgaron el acto jurídico. Sin embargo, la diferencia entre la interpretación de los contratos y la interpretación de los testamentos se hace evidente.

En materia contractual el negocio que se ha otorgado no es el fruto de la voluntad de una sola persona. En el contrato convergen los intereses de dos o más partes que, a su vez, pueden estar constituidas por una o más personas. En estos negocios, normalmente, los intereses son antagónicos o contrapuestos, ya que la intención del que quiere vender o dar en arriendo es claramente distinta de quien quiere comprar o tomar en arriendo. Ello determina que en la interpretación contractual debe establecerse la "intención de los contratantes". Habrá que buscar la voluntad común que ellos tuvieron al contratar.

Nada de esto ocurre en los testamentos. En ellos sólo existe la voluntad de una persona, ya que se trata de un negocio unipersonal y subjetivamente simple. Esto

<sup>382</sup> En este sentido se ha resuelto recientemente que "toda esa preceptiva está sometida a un principio hermenéutico que hace a su misma esencia, cual es el de la fidelidad a lo deseado y pretendido por el causante. Es por ello que el artículo 1069, con el que remata el párrafo 1, del mencionado Título IV, dedicado a las Reglas Generales de esas asignaciones, predica que sobre la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, al punto que para conocerla se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido" (Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 21 de marzo de 2001, autos *Fundación Osaca con Bravo Maruri de Teillery*, Rol N° 1.781/1999).

determina que la única voluntad que debe buscarse es la de esa persona. En él no podrán existir intereses contrapuestos o antagónicos, ni siquiera convergentes, al estilo de lo que acontece en los contratos.

La cuestión no es irrelevante, ya que adquiere especial relevancia a la hora de resolver sobre si las normas de interpretación de los contratos, por cierto hartas más abundantes que las dadas por el Código para interpretar los testamentos, pueden ser aplicadas para la hermenéutica de estos últimos.

La jurisprudencia en ciertas ocasiones ha resuelto que las normas contenidas entre los artículos 1560 y 1566 son aplicables para interpretar los testamentos.<sup>383</sup>

La verdad es que no parece haber obstáculo para que las reglas de interpretación sobre contratos puedan aplicarse en materia testamentaria, en la medida que el carácter de la regla lo permita<sup>384</sup>. La aplicación absoluta resulta imposible, pues, como se dijo, no se busca en el testamento la voluntad de otra persona que no sea el testador. De ello se deriva que solamente sean de utilidad las normas que no suponen la búsqueda de una intencionalidad común, pero sí las que tienen valor general.

Así, por ejemplo, podría aplicarse el artículo 1562, según el cual el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. De la misma forma podría resultar pertinente la regla del inciso primero del artículo 1564, de conformidad a la cual las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Lo mismo puede acontecer con el artículo 1565, que prescribe que cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda. Estas reglas servirán para favorecer la interpretación de las disposiciones testamentarias en el sentido que sus cláusulas puedan producir algún efecto, para darle sentido a las disposiciones testamentarias de modo que guarden entre ellas la debida armonía o para precisar los términos de alguna obligación que haya impuesto el causante valiéndose de un ejemplo.

En cambio, resulta relativamente claro que no será aplicable el artículo 1563, de acuerdo al cual en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, ya que ello supone una naturaleza contractual que no está presente en el testamen-

<sup>383</sup> Cfr. RDJ, T. 5, 1, p. 169 y T. 27, 1, p. 395.

<sup>384</sup> Así GARCÍA DE PEÑA, L. V., *Manual de Derecho Civil. Las liberalidades*, Universidad Iberoamericana, Colección de textos universitarios, Vol. VIII, Santo Domingo, 1995, p. 85.

to<sup>385</sup>. De la misma forma no resultan pertinentes los incisos segundo y tercero del artículo 1564, de conformidad a los que pueden también interpretarse los contratos por las disposiciones de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra. Tampoco resultará de utilidad el artículo 1566, de acuerdo al cual no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación contractual, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor, pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella. Como se comprende, el solo tenor de la disposición legal, sugiere la existencia de un consentimiento propio de los contratos y no de los testamentos.

298. PROCEDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN. La jurisprudencia nacional se ha encargado de precisar que la labor interpretativa se hace pertinente siempre que sea necesario establecer la voluntad del testador que no ha sido expresada con suficiente claridad en el testamento, no siendo procedente, por el contrario, efectuar una labor interpretativa allí donde la voluntad del causante ha sido manifestada claramente en el texto del testamento.<sup>386</sup>

299. CUESTIÓN DE HECHO. Abundante jurisprudencia ha señalado que la interpretación del testamento es cuestión de hecho y no de derecho<sup>387</sup>. Sin embargo, la misma jurisprudencia se ha encargado de señalar que la calificación jurídica

<sup>385</sup> Sin embargo, GUZMÁN pone en duda esta solución, pues, según entiende, la expresión "la naturaleza del contrato" que usa la norma, no impide necesariamente que el artículo pueda usarse para interpretar un testamento, en la medida que se busque la interpretación que mejor cuadre con "la naturaleza de las disposiciones testamentarias" (cfr. *Identidades...*, cit., pp. 101 y 102). Pero ello no resulta muy convincente. Cuando el inciso primero del artículo 1563 alude a la "naturaleza del contrato" está suponiendo una estructura que evidentemente no se encuentra en el testamento. Un contrato puede ser un acuerdo de voluntades uni o bilateral, oneroso o gratuito, conmutativo o aleatorio, principal o accesorio, o real consensual o solemne, entre muchas otras cosas. Ello determina su naturaleza. No pasa lo mismo con el testamento. Por otro lado, para desentrañar el verdadero sentido de una compraventa, arrendamiento o sociedad, es natural que se recurra a la interpretación que mejor cuadre con los derechos y obligaciones que les son propios conforme el estatuto jurídico de estos negocios que está determinado en la ley. En cambio, no resulta muy claro cómo podría hacerse aquello con el testamento, cuyo contenido jurídico no está establecido por el ordenamiento jurídico, sino que emana de lo que disponga el causante.

<sup>386</sup> Cfr. RDJ, T. 15, 1, p. 316; T. 19, 1, p. 433; T. 21, 1, p. 326; T. 42, 1, p. 100; T. 62, 1, p. 196 y T. 80, 1, p. 13.

<sup>387</sup> Cfr. RDJ, T. 10, 1, p. 171; T. 10, 1, p. 217; T. 12, 1, p. 185; T. 16, 1, p. 333 y T. 30, 1, p. 31.

de las disposiciones testamentarias, como por ejemplo, determinar si se trata de una asignación a título universal o singular, es cuestión de derecho.

La Corte Suprema, en sentencia de fecha 17 de noviembre de 2003, ha señalado que "como se ha sostenido por este tribunal, la interpretación de un testamento constituye una operación intelectual en que se ha de inquirir y desentrañar la voluntad del testador. El resultado de este proceso valorativo, a través de los diversos elementos de juicio, lo constituirán las diversas conclusiones de hecho que deduzcan los jueces de la instancia, las que generalmente escapan a la censura del tribunal de casación. En consecuencia, la interpretación de las cláusulas testamentarias y la determinación de la voluntad del testador son cuestiones de hecho que quedan entregadas a la apreciación de los jueces del mérito, de suerte tal que no pueden ser desvirtuadas tal interpretación y determinación a través del recurso de casación en el fondo".<sup>388</sup>

Sin perjuicio de lo dicho, se ha resuelto, en cambio, que debe acogerse un recurso de casación cuando los sentenciadores del fondo, al interpretar el testamento, desnaturalizan la institución efectuada por el testador.<sup>389</sup>

300. PRUEBA INTRÍNSECA Y EXTRÍNSECA EN LA INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA. Desde antiguo se ha discutido acerca de si la voluntad del testador debe ser establecida solamente a través del examen del testamento, o bien si es posible recurrir a elementos externos al testamento, tales como documentos o testigos, por medio de los cuales sea posible establecer correctamente la intención que habría tenido el causante.

Alguna doctrina entiende que no es posible recurrir a pruebas externas al testamento para establecer la voluntad del testador, en la medida que su carácter formal lo impide, debiendo el intérprete encontrar la voluntad solamente en el testamento mismo<sup>390</sup>, criterio que en alguna ocasión fue aceptado por la jurisprudencia.<sup>391</sup>

<sup>388</sup> Cfr. GJ, N° 281, p. 118.

<sup>389</sup> Cfr. RDJ, T. 20, 1, p. 486; T. 35, 1, p. 552; T. 53, 1, p. 79; T. 57, 1, p. 334 y T. 67, 1, p. 113. Más recientemente ha resuelto la Corte Suprema que ha de tenerse presente que la calificación de suficiencia del testamento en que se legan los bienes debe ser analizado de tal manera que el instrumento se baste a sí mismo, no siendo procedente la alegación del recurrente en el sentido de señalar que la posesión efectiva —acto necesariamente posterior a la muerte del causante—, sirva luego para su debida inteligencia y comprensión, por cuanto los artículos 1056 y siguientes del Código Civil han previsto en forma detallada las reglas que ha de seguirse para las asignaciones testamentarias (Sentencia de 5 de enero de 2007, Rol N° 6667/2007).

<sup>390</sup> Así, CRUZ LARENAS, *De la ordenación...*, cit., p. 17; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 376 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 141. Estos autores se fundan en las expresiones de BELLO, quien escribió: "El artículo 1069 del Código prescribe que, sobre todas las reglas de interpretación, debe prevalecer la voluntad del testador claramente manifestada; pero esta manifestación no debe buscarse

Sin embargo, la doctrina mayoritaria entiende que a los efectos del establecimiento de la correcta voluntad del testador el intérprete no queda atado a los límites que impone el testamento, siendo posible recurrir, en casos excepcionales, a prueba complementaria no contenida en él. En este sentido, explica ALBALADEJO que “para buscar el verdadero espíritu que encierra la declaración testamentaria es posible recurrir no sólo a lo que en el testamento se diga, sino que a cualesquiera elementos y datos no contenidos en él, con tal que el sentido así hallado quepa entenderlo expresado en la declaración de voluntad encerrada en el testamento (...) Esto es así porque tratándose de un negocio solemne, sólo vale para ser objeto de interpretación lo declarado guardando la forma esencial exigida. Pero eso es una cosa, y otra distinta es que para la averiguación del sentido que la declaración formal encierre, se pueda acudir —como se puede— a datos que lo iluminen sean extratestamentarios”<sup>392</sup>. En el mismo sentido expresa MESSINEO que la interpretación puede “hacerse útilmente recurriendo también a elementos y medios de prueba extraños y subsidiarios al testamento (...), cuando los elementos de valoración incluidos en el testamento no sean suficientes o las palabras del testamento no sean claras. En efecto, finalidad de la interpretación es recurrir a la voluntad efectiva del testador, sin tener en cuenta el modo eventualmente inadecuado o equívoco, o técnicamente erróneo, de manifestar la voluntad”<sup>393</sup>. Asimismo, explican los MAZEAUD que “la intención del testador debe ser descubierta con los elementos intrínsecos del testamento. Pero esta búsqueda no es exclusiva, el juez puede recurrir a todos los elementos extrínsecos, tales como los documentos dejados por el difunto, su situación personal en la familia, sus relaciones con sus parientes o los usos locales”<sup>394</sup>.

Continuación notas <sup>390</sup> y <sup>391</sup>

en otra parte que en el testamento mismo; y si, por ejemplo, se tuviese por otra parte conocimiento de hechos de que se infiriese claramente que el testador no habría querido excluir de la sucesión a tales o cuales de sus parientes que por el testamento aparecieran excluidos, no será lícito atender a estos hechos para apartarse del sentido genuino de una cláusula testamentaria, porque admitida esta práctica, no habría cláusula testamentaria que no pudiese invalidarse o alterarse por medios de informes y declaraciones de testigos; lo que ya se ve cuán contrario sería al espíritu, letra y propósito de nuestra legislación” (BELLO, A., *Interpretación de un testamento*, en *Obras Completas*, T. 7, 1932, p. 528).

<sup>391</sup> RDJ, T. 52, 1, p. 76.

<sup>392</sup> *Curso...*, cit., p. 341. En el mismo sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Curso...*, cit., pp. 242 y 243; BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 182 a 184; PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 564 y 566; PUIG, *Fundamentos...*, T. V, Vol. 2, cit., pp. 253 y 254; ZANNONI, *Manual...*, cit., p. 648. En España, la jurisprudencia se muestra receptiva a la prueba extrínseca (cfr. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones...*, Vol. II/2, cit., p. 239).

<sup>393</sup> *Manual...*, T. VII, cit., pp. 141 y 142.

<sup>394</sup> *Leçons...*, cit., p. 318. En el mismo sentido advierte FERRER que la exclusión de la prueba extratestamentaria conduce a “injusticias notorias, implicando en muchos casos la frustración de una voluntad

En todo caso, resulta claro que existen limitaciones a la hora de recurrir a las pruebas extrínsecas de la voluntad del causante. Ello no será posible cuando la voluntad del testador se encuentre claramente manifestada en el testamento mismo, ya que no puede acontecer que mediante pruebas externas se contradiga lo dicho en el testamento o se desnaturalice. Tampoco resulta admisible que mediante elementos externos se pretenda corregir la voluntad del causante o suplirla, argumentando que no se expresó correctamente o que no dijo todo lo que en verdad quería expresar.<sup>395</sup>

Esta es también la tendencia mayoritaria de nuestra jurisprudencia, la que las más de las veces ha admitido la posibilidad de interpretar el testamento mediante el recurso a elementos extratestamentarios.<sup>396</sup>

301. REGLAS PARTICULARES DE INTERPRETACIÓN. Como se adelantó, el Código contiene algunas reglas particulares de interpretación, mediante las cuales se resuelven situaciones muy puntuales. Básicamente son las normas contenidas en los artículos 1056, 1064 y 1066, relativos a asignaciones destinadas a la beneficencia y a las que se hacen indeterminadamente a los parientes.

302. ASIGNACIONES PARA BENEFICENCIA, POBRES Y ALMA DEL TESTADOR. La cuestión sobre asignaciones hechas por el testador para beneficencia —en términos

Continuación nota <sup>394</sup>

testamentaria existente, cierta y segura. No por la eventualidad de un riesgo, se observó, debe cerrarse un camino que nos puede conducir al hallazgo y determinación de la verdadera voluntad del testador. Para evitar ese riesgo los elementos extraños al acto testamentario se admitirán sólo para aclarar y precisar la voluntad que ha sido manifestada en el testamento. El sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación, sobre la base de la prueba extratestamentaria, debe tener una expresión, así sea mínima o incompleta, en el tenor del testamento” (ob. cit., pp. 66 y 67).

<sup>395</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 182 y 183; MESSINEO, *Manual...*, T. VII, cit., p. 142 y PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 566 y 567.

<sup>396</sup> Así RDJ, T. 59, 1, p. 389. Véase el comentario crítico de DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. y DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R., *Interpretación del testamento*, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, números 151 y 152, 1970, p. 19. La Corte de Apelaciones de Talca declaró que no existe disposición alguna que impida recurrir a la prueba testimonial para interpretar una disposición testamentaria (cfr. RDJ, T. 5, 2, p. 362). De la misma forma la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió el 21 de marzo de 2001, que es posible recurrir a elementos que no están dentro del testamento para descubrir la auténtica voluntad del testador. Concretamente señaló que “en el denominado codicilo de 1º de abril de 1993 queda clara la reiteración del propósito que en el testamento de 1992 había tenido el padre Bravo, aunque esta vez él queda de manifiesto con leves modificaciones. Se habla de que se haga una fundación sin fines de lucro; se desglosa el significado de cada una de las letras de la palabra Osaca; se encarga a dos sacerdotes los trámites necesarios para la formación de esa fundación; y a los mismos religiosos se encomienda destinar el inmueble de la parcela 1 de la estación Colina, a la fundación Osaca” (*Fundación Osaca con Bravo Maruri de Teillery*, Rol N° 1781/99).



generales— o en favor de su alma o de los pobres, está resuelta en los tres últimos incisos del artículo 1056.

Las asignaciones que se hicieren a un establecimiento de beneficencia, sin designarlo, se darán al establecimiento de beneficencia que el Presidente de la República designe, prefiriendo alguno de los de la comuna o provincia del testador.

Lo que se deje al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia, y quedará sujeto a lo antes dicho<sup>397</sup>. Históricamente las asignaciones que se hacían al alma del testador eran asignaciones de beneficencia con las que se favorecía a la iglesia o instituciones religiosas precisamente con el propósito de descargar o beneficiar el alma del causante.<sup>398</sup>

Por otro lado, lo que el testador en general dejare a los pobres, se aplicará a los de la parroquia del testador.<sup>399</sup>

Ahora bien, puede ocurrir incluso que en el testamento no sólo no esté bien determinado el asignatario, sino que tampoco lo esté la cuantía de la asignación. En principio habría que concluir que dicha asignación es nula por indeterminación del objeto, pues de conformidad al inciso primero del artículo 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, esta regla sufre una excepción tratándose de asignaciones para beneficencia, puesto que agregan los incisos segundo y tercero del artículo 1066 que “sin embargo, si la asignación se destinare a un objeto de beneficencia expre-

<sup>397</sup> Con relación a esta materia, debe tenerse presente que el artículo 1º de la Ley N° 4.699, de 2 de diciembre de 1929, prescribió que correspondía a la Junta Nacional de Beneficencia percibir e invertir las asignaciones a que se refieren los incisos 3 y 4 del artículo 1056 del Código Civil. Sin embargo, las funciones de esta Junta de Beneficencia pasaron al Servicio Nacional de Salud (SNS), según lo sancionado en la letra b) del artículo 63 de la Ley N° 10.383, de 8 de agosto de 1952. Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley N° 2.763, de 3 de agosto de 1979, el Fondo Nacional de Salud pasó a ser el continuador legal del hoy desaparecido Servicio Nacional de Salud, por lo que sus funciones, incluidas las previstas respecto del artículo 1056, se radican en la actualidad en el referido Fondo Nacional de Salud (FONASA).

<sup>398</sup> Sobre el particular, AGUILAR ACEVEDO, J., *Estudio de las asignaciones hereditarias a favor del alma del testador en el derecho chileno*, memoria, Universidad Católica de Valparaíso, 2000.

<sup>399</sup> En sentido semejante, el artículo 749 del Código Civil español señala que “las disposiciones hechas a favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas a los del domicilio del testador en la época de su muerte, si no constare claramente haber sido otra su voluntad. La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran”. “Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia o pueblo determinado”.

sado 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”.<sup>400</sup>

Como se comprende se trata de una evidente excepción a las reglas que gobiernan el objeto de los actos jurídicos (artículos 1460 y 1461). Ella parece encontrar su justificación en la naturaleza altruista de la asignación, pues de otra manera sería muy difícil explicar que la determinación de su cuantía quede entregada al juez de la causa. En cualquier caso es imprescindible que en el testamento se exprese el objeto de beneficencia al cual ella está destinada, pues la excepción solamente dice relación con ese aspecto, y no con otros. Si así no fuere la asignación debiera tenerse por no escrita.<sup>401</sup>

303. ASIGNACIONES INDETERMINADAS A LOS PARIENTES. Puede acontecer que el testador asigne algo indeterminadamente a sus parientes, como si dice que un cuarto de su herencia será para sus parientes o que la parcela tal será para sus parientes. En estos casos surge el problema de establecer quiénes deben considerarse los beneficiarios de dicha asignación.

En principio podría pensarse que se trata de una asignación nula por indeterminación del asignatario, sin embargo, la ley la valida mediante un proceso de

<sup>400</sup> En aplicación de estos criterios, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 21 de marzo de 2001, ha fallado que “no hay que olvidar que si se entiende haber error en el nombre o calidad de asignatario —que, en verdad, no lo hay— ello no viciaría la asignación, al no existir ninguna duda acerca del legatario (artículo 1057); tampoco debe prescindirse de la orientación de la primera oración del artículo 1056, siempre del estatuto privado, en cuanto basta que el asignatario sea determinado por indicaciones claras del testamento. Todavía —como si fuera poco— aunque se asuma que la asignación no ha sido hecha a determinada persona, ella tiene pleno valor porque está destinada a un objeto de beneficencia (comunidad con los pobres y ayuda a los menesterosos), de acuerdo con el inciso segundo de la misma disposición. Cuanto más si se aprecia que cuando no se especifica la inversión de un modo que no sea el que se deje al alma del testador, se entiende dejado a un establecimiento de beneficencia (artículo 1056 inciso cuarto). Es decir, si las hipótesis legales de indeterminación del asignatario y de falta de especificación de la asignación, no vician la disposición de beneficencia, es de toda lógica concluir que ello queda absolutamente descartado en un caso como el de autos, en el que, como se ha demostrado, surge prístina la intención del causante de instituir a Osaca como asignataria a título singular” (*Fundación Osaca con Bravo Maruri de Teillery*, Rol N° 1.781/99).

<sup>401</sup> La regla es muy semejante a la vigente en el Derecho anglosajón. La incertidumbre o indeterminación acerca de la asignación o del beneficiario (*uncertainty*), anula la disposición, salvo que se trate de una asignación a instituciones benéficas, las que se mantendrán aunque no se haya especificado cuál es la beneficiaria (cfr. ANDERSON, ob. cit., p. 1272).

interpretación de la voluntad del testador. Señala el artículo 1064 que “lo que se deje indeterminadamente a los parientes, se entenderá dejado a los consanguíneos del grado más próximo, según el orden de la sucesión abintestato, teniendo lugar el derecho de representación en conformidad a las reglas legales; salvo que a la fecha del testamento haya habido uno solo en ese grado, pues entonces se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato”.<sup>402</sup>

En este caso debe entenderse que la ausencia de explicaciones o precisiones por parte del testador, impone la distribución de la asignación de conformidad con las reglas de la sucesión intestada. De suerte que los parientes que concurren serán los que corresponda según los órdenes aplicables, y se distribuirán entre sí la asignación de acuerdo a lo que en dicho orden sucesorio se establezca.<sup>403</sup>

<sup>402</sup> Solución parecida es la contenida en el artículo 751 del Código Civil español cuando señala que “la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado”.

<sup>403</sup> En contra ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, para quienes la herencia, en este caso, debe dividirse entre los parientes por partes iguales, sin perjuicio de que si alguno es asignatario forzoso, lleve todas las asignaciones forzosas que le corresponden (ob. cit., p. 264).

## CAPÍTULO 26 LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

304. CONCEPTO. Según lo previsto en el artículo 1212; puede decirse que la revocación es el acto por el cual el testador deja sin efecto en todo o en parte un testamento que había otorgado con anterioridad.

Algunos autores ponen énfasis en que la revocación es un acto que se efectúa mediante testamento. Así, por ejemplo, CLARO SOLAR la define como “el acto testamentario en el que el testador modifica o retracta, o anula y deja sin efecto en todo o parte un testamento anterior”<sup>404</sup>. Sin embargo, como se verá, en algunas partes del mundo se admite la revocación de un testamento por medio de actos que no son testamentos. De la misma forma, entre nosotros, es posible que se produzcan revocaciones tácitas de legados en virtud de actos jurídicos o materiales que no son testamentos. Incluso más, alguna jurisprudencia nacional ha admitido que la revocación de un testamento puede ser efectuada por escritura pública.<sup>405</sup>

305. LA FACULTAD DE REVOCAR ES ESENCIAL. La facultad de revocar un testamento es de la esencia del mismo<sup>406</sup>. Está presente en la parte final de la definición que proporciona de testamento el artículo 999, y de manera mucho más radical y expresiva en el artículo 1001.

De acuerdo a la primera de estas normas, 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”. De acuerdo al segundo, “todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo

<sup>404</sup> Ob. cit., T. 15, N° 1625, p. 538.

<sup>405</sup> Sobre el particular GONZÁLEZ-SOLAR Y BRAGADO, E., *La voluntad revocatoria del testador, tácita y presunta*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 87, 1997, pp. 115 y ss.

<sup>406</sup> Explica MESSINEO que “la revocación es el instituto con el cual se lleva a la práctica aquel carácter fundamental, y el principio conexo con el orden público, que es la revocabilidad del testamento” (*Manual...*, T. VII, cit., p. 145).

de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas. Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento". "Si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciera con ciertas palabras o señales, se mirará esta disposición como no escrita".

306. DISPOSICIONES Y DECLARACIONES TESTAMENTARIAS. Como se adelantó con ocasión de las características del testamento, específicamente en lo relativo al carácter esencialmente revocable de este acto, nuestra doctrina está conteste respecto de que la facultad de revocación solamente se extiende a las disposiciones testamentarias, pero no alcanza a las declaraciones testamentarias<sup>407</sup>. Las primeras son aquellas que tienen por objeto disponer del patrimonio del causante. Las segundas no guardan relación con aquello, sino que tienen por objeto, como su nombre lo indica, efectuar una manifestación de voluntad que genera o generará un efecto jurídico diferente al que produce la disposición de bienes.

Así, serían declaraciones testamentarias el reconocimiento de un hijo (artículo 187 N° 4); la designación de un guardador (artículos 354 y siguientes), o el nombramiento de un asesor para el guardador (artículo 392). En ellas no existe disposición de bienes, ni se complementa una disposición de bienes, sino que el causante manifiesta su voluntad en un sentido no dispositivo.

La distinción entre disposiciones y declaraciones no es meramente doctrinal, sino que está presente en varios artículos del Código Civil. Dispone el artículo 1034 que en el testamento verbal el testador hace de viva voz sus "declaraciones y disposiciones". Por su parte, el artículo 1038 N° 3 señala que los testigos instrumentales del testamento verbal depondrán sobre las "declaraciones y disposiciones" testamentarias. De la misma forma el artículo 1039, también con ocasión del testamento verbal, señala que el juez fallará que, según dicha información, el testador ha hecho las "declaraciones y disposiciones" siguientes (expresándolas), agregando que "no se mirarán como declaraciones o disposiciones testamentarias sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad estuvieren conformes".

Tanto el artículo 999 como el 1001 señalan que lo revocable son las disposiciones testamentarias, sin mencionar las declaraciones testamentarias. Lo mismo que el artículo 1211, que indica que "el desheredamiento podrá revocarse, como las otras disposiciones testamentarias", sin aludir a las declaraciones testamen-

<sup>407</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 609; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 413 y 414 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 230 y 231.

rias. De la misma forma, el artículo 1215 indica que los testamentos posteriores que expresamente no revoquen los anteriores dejarán subsistentes en éstos "las disposiciones que no sean incompatibles con las posteriores, o contrarias a ellas".

Siguiendo este criterio, la jurisprudencia ha admitido la irrevocabilidad de las declaraciones testamentarias. Así se ha resuelto que "la revocación de un testamento, si bien es procedente en cuanto el testador dispone de sus bienes, no alcanza ni puede afectar a declaraciones de otro orden que se hagan en el testamento revocado, especialmente si se trata de una declaración como la de reconocimiento de hijo natural"<sup>408</sup>. Ésta, que hasta hace poco era solamente tesis doctrinaria y de los tribunales, se encuentra actualmente confirmada por el nuevo tenor del inciso segundo del artículo 189, según el cual el reconocimiento de un hijo "es irrevocable, aunque se contenga en un testamento revocado por otro acto testamentario posterior".

Ahora bien, existen ciertas manifestaciones de voluntad que se encuentran a medio camino entre las declaraciones y las disposiciones testamentarias. Mediante ellas no se dispone en verdad de los bienes de la herencia, pero indudablemente están relacionadas o complementan la disposición de los bienes de la herencia. Tal acontece con la designación de un partidador de la herencia (artículo 1324) o con el nombramiento de un albacea (artículo 1270). Estas manifestaciones de voluntad evidentemente pueden ser revocadas, y el testador podrá dejar sin efecto el nombramiento del albacea o del partidador, nombrando o no otra persona en su reemplazo.

307. LA FORMA DE LA REVOCACIÓN. El proyecto del año 1841 señalaba expresamente que todo testamento podía revocarse en todo o parte por un testamento posterior, lo que dejaba de suyo claro que resultaba inadmisibles una revocación que no estuviera contenida en un testamento. Sin embargo, tal frase no se mantuvo en la redacción final del Código.

No obstante, y a pesar de que no lo diga categóricamente la ley, la revocación debe efectuarse por medio de otro testamento. Así se desprende de todo el articulado del párrafo 1 del Título VI del Libro III, que razona sobre la base de una revocación efectuada por un nuevo testamento del causante<sup>409</sup>. Se desprende esta

<sup>408</sup> RDJ, T. 45, 1, p. 258. En el mismo sentido cfr. RDJ, T. 7, 1, p. 190.

<sup>409</sup> Muchos códigos establecen expresamente que la revocación del testamento solamente procede en virtud de un nuevo testamento. Así acontece en Perú, en donde el artículo 799 del Código Civil establece que "la revocación expresa del testamento, total o parcial, o de algunas de sus disposiciones, sólo puede ser hecha por otro testamento, cualquiera que sea su forma". Lo propio acontece en el artículo 999 del Código Civil uruguayo, que señala que "un testamento no puede ser revocado expresamente, sino por otro testamento", y en el artículo 3827 del Código Civil argentino, que señala que "el testamento no puede ser revocado sino por otro testamento posterior, hecho en alguna de las formas autorizadas por este Código".

conclusión especialmente del artículo 1213.1, que dispone que “el testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o en parte, por un testamento solemne o privilegiado”. Nada dice el precepto de la posibilidad de revocar el testamento de una forma diversa. La doctrina nacional siempre lo ha entendido de la misma forma<sup>410</sup>. También la Corte Suprema resolvió en su momento que “la revocación de un testamento debe revestir las mismas solemnidades con que debe cumplir cualquier otro posterior que se suscriba. En consecuencia, carece de valor de revocación aquel que se practique por una escritura pública que no contenga las solemnidades exigidas”.<sup>411</sup>

El testamento revocatorio puede tener una naturaleza jurídica diferente del testamento revocado. Así, según el artículo 1213, un testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o en parte, por otro testamento solemne o por uno privilegiado. Pero la revocación que se hiciera en un testamento privilegiado caducará con el testamento que la contiene y subsistirá el anterior.

El nuevo testamento que se otorgue puede contener disposiciones testamentarias que modifiquen o sustituyan las que se dejan sin efecto por la revocación, pero bien puede limitarse a revocar pura y simplemente el testamento anterior<sup>412</sup>. En este último caso, si el causante se limita a señalar que revoca el testamento anterior, la sucesión quedará regida por las normas de la sucesión intestada.

Cualquiera que sea el caso, resulta evidente que el testamento revocatorio debe ser válido. Si acontece que el testamento revocatorio es anulado, pierde su valor la revocación en él contenida, y, como lógica consecuencia, la sucesión del causante se rige por el testamento que se pretendió, pero que no se logró revocar.<sup>413</sup>

<sup>410</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1630, p. 540; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 599; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 286; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 414 y 415 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 233 y 234.

<sup>411</sup> RDJ, T. 78, 1, p. 123. También se resolvió que “legalmente un testamento no puede revocarse por escritura pública (sin las formalidades testamentarias); debe hacerse por otro testamento, sea solemne o menos solemne. El aserto deriva, en forma clara, de la definición de testamento contenida en el artículo 999 del Código Civil. Y su fuerza de convicción se acentúa si se piensa que dicho Código, al referirse especialmente a la revocación de esos actos, no considera otro medio de dejarlos sin efecto. Entiende el legislador que no es permitido que un acto-para el cual se exigen especiales solemnidades, destinadas a garantizar la última voluntad de una persona, pueda desaparecer por una simple escritura pública desprovista de aquellas garantías, no obstante que la revocación, en su esencia y en sus efectos, es un acto de tanta importancia como el testamento mismo” (RDJ, T. 77, 2, p. 133).

<sup>412</sup> Cfr. MESSINEO, *Manual...*, T. VII, cit., p. 146.

<sup>413</sup> De esta forma lo resuelve expresamente el artículo 1002 del Código Civil uruguayo, al disponer que “un testamento nulo no puede producir el efecto de revocar los testamentos anteriores”. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia (RDJ, T. 3, 2, p. 65; T. 65, 1, p. 5 y T. 65, 2, p. 51). Más recientemente, esto es el 5 de agosto de 2002, ha resuelto la Corte Suprema que si no se logra acreditar que el causante

308. REVOCACIÓN SIN TESTAMENTO. En algunos países se admite legalmente que un testamento pueda ser dejado sin efecto mediante un acto notarial del causante que no revista del carácter de testamento. Así acontece, por ejemplo, en Italia, en donde el artículo 680 del Código Civil permite que el testamento pueda ser revocado mediante un nuevo testamento o por una declaración notarial otorgada ante dos testigos. También en Portugal el artículo 2312 del Código Civil señala que la revocación expresa del testamento se puede hacer declarando el testador, en otro testamento o en escritura pública, que revoca en todo o en parte su testamento anterior. Lo mismo sucede en Inglaterra.<sup>414</sup>

Como ya se ha dicho, tal posibilidad no está contemplada entre nosotros. Legalmente no es posible revocar un testamento sino mediante otro testamento, resultando imposible que la revocación se haga por escritura pública.

A pesar de lo anterior, algunas sentencias han venido resolviendo que la revocación testamentaria puede hacerse por escritura pública que no revista de los caracteres de testamento, mediante la cual el testador manifieste su voluntad de revocar el testamento que otorgó anteriormente. Se ha afirmado por algunos fallos que la circunstancia que los artículos 1212 y siguientes del Código Civil razonen sobre la base de una revocación efectuada por medio de testamento no impide que ésta pueda también hacerse a través de una escritura pública, y que en este tipo de situaciones debe privilegiarse la facultad revocatoria del testador.<sup>415</sup>

Continuación nota <sup>413</sup>

estaba privado de su sano juicio al momento de otorgar la revocación del testamento anterior, corresponde rechazar la acción de nulidad del acto revocatorio, perdiendo, en este caso, la eficacia el testamento revocado (*Cofré con Siegel y otros*, Rol N° 1.818/02).

<sup>414</sup> Cfr. ANDERSON, ob. cit., pp. 1262 y 1263.

<sup>415</sup> Así lo han entendido algunas sentencias antiguas publicadas en GT, 1933, s. 87, p. 293 y GT, 1903, T. I, s. 1126, p. 1182. Sin embargo, también hay pronunciamientos más recientes en este mismo sentido. Así la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha de 22 de abril de 2002, señaló que “las normas contenidas en los artículos 1213 y siguientes del Código Civil, en las cuales el demandado sustenta su defensa, si bien razonan siempre sobre la base de una revocación hecha en virtud de otro testamento, no exigen de manera expresa, como requisito de validez de la misma, que ella deba necesariamente constar en otro testamento, aun cuando en el acto revocatorio el testador se abstenga de efectuar una nueva disposición de sus bienes, como sucede en este caso”, en que la testadora “se limitó a manifestar su voluntad de dejar sin efecto su testamento, sin otorgar ningún otro. Al respecto, cabe hacer notar que el artículo 1213 del Código Civil, en su inciso primero dispone: El testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o en parte por un testamento solemne o privilegiado. Como puede advertirse, este artículo no regula todos los supuestos de revocación, pues no se refiere, por ejemplo, a aquella que se realiza en forma tácita, ni a la que recae en un testamento privilegiado. Tampoco esta disposición contempla una norma imperativa en el sentido que el testamento solemne deba siempre ser revocado por otro acto testamentario, ni menos prohíbe otra forma de revocación. En efecto, al emplear la expresión “puede”, se limita a permitir o autorizar que un testamento solemne sea

La verdad es que el argumento no parece muy convincente. No puede perderse de vista que la revocación del testamento es un acto por causa de muerte<sup>416</sup>. Mediante ella se deja sin efecto una disposición de los bienes que antes hizo el testador, lo que produce, como lógico efecto, que la distribución del patrimonio del causante se hará conforme las normas de la sucesión intestada; a menos que junto con revocar el testador haga una nueva disposición de bienes.

Al revocarse un testamento anterior, sin sustituirlo por otro, se está declarando el deseo de que la sucesión quede gobernada por las reglas de la sucesión intestada. Desde este punto de vista, si lo que persiguen las solemnidades propias del testamento es la certeza de la voluntad del causante, no se comprende por qué prescindir de ellas en la revocación del testamento, ya que esta voluntad revocatoria también tiene el carácter de *mortis causa*.

Si la presencia de testigos, la lectura, la continuidad y unidad del acto y en general toda la ritualidad que la ley impone al testamento tienen por fin asegurar la integridad y autenticidad de la voluntad del causante, no tiene sentido prescindir de ellas en la revocación, la que, indiscutiblemente, implica la modificación de la voluntad expresada en acto testamentario.

309. LA REVOCACIÓN TÁCITA DE LEGADOS. Sin perjuicio de lo antes dicho con relación a la necesidad de que la revocación de un testamento se haga por un nuevo testamento, acontece que la ley, en ciertos casos, entiende que algunos actos del testador, que no tienen el carácter de testamento, implican la revocación de algunas disposiciones testamentarias.

Tal posibilidad queda restringida a los actos que otorgue en vida el testador y que resulten incompatibles con legados que están establecidos en su testamento. Ello ocurre cuando el testador recibe el pago total o parcial del crédito que legó;

Continuación nota <sup>415</sup>

revocado total o parcialmente por otro testamento o incluso por uno privilegiado, aunque en este último caso la revocación deba caducar conjuntamente con el testamento que la contiene (...) Que, ante esta situación, esta Corte estima que la cuestión planteada debe ser resuelta a la luz del principio de revocabilidad que nuestra ley consagra como elemento de la esencia del testamento y que viene a constituir una verdadera garantía para el testador de su libertad para disponer de los bienes que le pertenecen. Siendo así, cuando el testador se limita pura y simplemente a dejar sin efecto un testamento, con lo que naturalmente su herencia pasará a regirse por las reglas que la ley contempla para la sucesión intestada, no hay razón legal para exigirle que otorgue un nuevo testamento, toda vez que éste no va a contener ninguna nueva disposición de bienes, cual es el objeto fundamental del acto testamentario, definido en el artículo 999 del Código Civil, bastando entonces que la voluntad del testador se manifieste de un modo igualmente explícito e inequívoco, como en la declaración de voluntad contenida en la escritura pública otorgada" (*Isturrieta con Gutiérrez*, Rol N° 2.674/1999).

<sup>416</sup> Cfr. MESSINEO, *Manual...*, T. VII, cit., p. 146.

cuando recibe el pago total o parcial del crédito de la deuda que condonó; cuando enajena la cosa que legó o en el evento que altere sustancialmente la cosa mueble objeto del legado.

310. REVOCACIÓN DEL LEGADO DE CRÉDITO. De conformidad al artículo 1127.3, "el legado de un crédito comprende el de los intereses devengados; pero no subsiste sino en la parte del crédito o de los intereses que no hubiere recibido el testador".

La percepción del importe del crédito, de parte del crédito o de los intereses por el causante antes de su muerte, revoca tácitamente el legado del crédito en la parte que recibió el pago. No existe una nueva disposición testamentaria revocatoria del testamento anterior, sino que solamente un acto jurídico entre vivos, consistente en la recepción del pago del crédito, de parte de él o de los intereses, al que la ley le reconoce la virtualidad de revocar el testamento anterior en aquella parte en que se legaba el crédito.<sup>417</sup>

311. REVOCACIÓN DEL LEGADO DE CONDONACIÓN. De acuerdo con el artículo 1129, "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 pagó sin noticia o consentimiento del testador, podrá el legatario reclamar lo pagado".

Esto implica que si el causante en el testamento condonó una deuda, pero luego de ello demanda al deudor su pago, o bien acepta el pago que éste le efectúa, se produce, sin nuevo testamento, la revocación del legado que instituyó en este sentido.<sup>418</sup>

312. REVOCACIÓN POR ENAJENACIÓN DE LA ESPECIE LEGADA. También se entiende que existe revocación del legado cuando el testador enajena las cosas que son objeto de él. A este respecto señala el artículo 1135.2 que "la enajenación de las especies legadas, en todo o parte, por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado, en todo o parte; y no subsistirá o revivirá el legado, aun-

<sup>417</sup> Cree GUZMÁN que por analogía debe entenderse que el mismo régimen se aplica cuando entretanto el crédito legado hubo de extinguirse parcialmente por otra causa distinta del pago parcial. Tal sería el caso de si el testador había remitido o novado una parte del crédito legado, su asignación debe recaer entonces sobre la parte subsistente o no remitida o no novada (cfr. *Identidades...*, cit., p. 61).

<sup>418</sup> A los efectos de la revocación, entiende la doctrina que basta la presentación de la demanda judicial del cobro del crédito, aun cuando ella no haya sido notificada al deudor o que su tramitación se encuentre en suspenso por cuestiones formales (cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 621).

que la enajenación haya sido nula, y aunque las especies legadas vuelvan a poder del testador".<sup>419</sup>

Como el precepto no diferencia, debe entenderse que poco importa que el título que sirve de antecedente a la enajenación sea oneroso o gratuito; de suerte que si el testador vende el objeto legado o lo dona, se produce la revocación de la asignación. De la misma forma, no es relevante que la enajenación sea voluntaria o forzada, pues, en ambos casos el objeto legado sale del patrimonio del causante, produciendo el mismo efecto.<sup>420</sup>

Como el precepto habla de enajenación, entienden algunos que no se produciría efecto revocatorio del legado si solamente se otorga el título translaticio de dominio, pero no se verifica la tradición. Así, si el causante procede a vender o donar el bien legado, no se produciría la revocación del legado hasta que tenga lugar la tradición de la cosa.<sup>421</sup> De la misma forma se ha resuelto en alguna ocasión por la jurisprudencia.<sup>422</sup>

Con todo, no parece que el punto anterior sea de tanta claridad. Si el testador vende el bien, pero no hace entrega de él, acontece que, por su muerte, la obligación de cumplir con el contrato de compraventa y de entregar la cosa pasa a los que sean sus herederos de conformidad a las reglas generales. Por lo mismo, no se comprende muy bien cómo no entender que el legado no queda revocado, ya que de lo contrario existirían, en este caso, dos acreedores de la cosa a distintos títulos: uno por ser su comprador y otro por ser su legatario. Si se prefiere al legatario, querrá decir que los herederos del causante pueden no cumplir el contrato de compraventa —cuestión inadmisibile—, o que los acreedores del causante se verán en la obligación de pedir la resolución del contrato de compraventa con indemnización de perjuicios en contra de los herederos, cuestión, que, como se comprende, tampoco resulta muy razonable. Pareciera que la venta de la cosa a un tercero

<sup>419</sup> La misma regla está contenida en el artículo 3838 del Código Civil argentino, según el cual "toda enajenación de la cosa legada, sea por título gratuito u oneroso, o con pacto de retroventa, causa la revocación del legado, aunque la enajenación resulte nula, y aunque la cosa vuelva al dominio del testador".

<sup>420</sup> Cabe preguntarse qué acontece si la cosa legada que ha sido enajenada forzosamente a instancias de los acreedores del causante es vuelta a adquirir por él. ¿Subsiste o no el legado de ella? La respuesta en el Código Civil argentino es afirmativa. Dice el artículo 3840 que "la venta hecha por disposición judicial de la cosa legada a instancia de los acreedores del testador, no revoca el legado, si la cosa vuelve al dominio del testador". La solución parece lógica. Si el testador recupera la cosa y no modifica su testamento, es porque desea mantener su legado. Si no se siguiera esta solución, habría que entender que si el testador recupera el bien que había perdido y quisiera mantener el legado, tendría que modificar el testamento con el objeto de ratificar la asignación.

<sup>421</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 619.

<sup>422</sup> Cfr. RDJ, T. 22, 1, p. 161 y T. 50, 1, p. 169.

por parte del testador es evidencia más que suficiente de que su intención es la de no persistir en el legado, pudiendo el comprador exigir el cumplimiento del contrato y que se le haga la tradición de ella.

En cualquier caso la enajenación produce la revocación del legado aun cuando "la enajenación haya sido nula, y aun cuando las especies legadas vuelvan a poder del testador".<sup>423</sup>

En este sentido se ha resuelto que "de conformidad con el artículo 1135 del Código Civil, la enajenación de las especies legadas, por acto entre vivos, envuelve la revocación del legado. Esta regla implica la inmediata cesación del carácter de legatarios de los actores, a partir del 5 de febrero de 1992, fecha de la enajenación de las cosas legadas, lo que acarrea como necesaria consecuencia la falta de toda legitimación activa; (...) Que podría sostenerse que en la medida en que lo que aquí se persigue es dejar sin efecto la susodicha enajenación del 5 de febrero de 1992, no resulta atendible la consideración anterior. En efecto, inexistente o absolutamente nulo el contrato de renta vitalicia, por falta de real consentimiento, no habría habido una tal enajenación. Empero, ello no es así, pues en forma expresa el centenario artículo 1135 se encarga de prescribir que aun en el evento que la enajenación sea nula, el legado no subsistirá. Todavía más, ni aunque lo legado vuelva a poder del testador, el legado revivirá; (...) Que una regla tan categórica no debe llamar mayormente la atención del intérprete, si se tiene en cuenta la radical distinción que efectúa el Código entre las asignaciones a título universal y las a título singular, pues mientras las primeras giran en torno al concepto de representación en todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante, las segundas se focalizan nada más en lo expresa y determinadamente conferido o impuesto". "Filosofía semejante recorre, cual columna vertebral, la

<sup>423</sup> Algunos códigos civiles tienen la misma solución, salvo que la enajenación haya sido anulada por vicios en la voluntad del testador. En tal caso, acontece que no puede haber sido la intención del causante revocar el legado. Si padeció de error, fuerza o dolo, o no hubo voluntad de enajenar porque estaba privado de ella, la nulidad judicialmente declarada implicará que la cosa enajenada vuelva al patrimonio del causante, y que subsista el legado. Así el artículo 2316.1 del Código Civil portugués señala que "la enajenación total o parcial de la cosa legada implica la revocación correlativa del legado; la revocación produce su efecto cuando la enajenación es dejada sin efecto por un fundamento diverso de la falta o vicios de voluntad del enajenante, o cuando éste readquiera por otro modo la propiedad de la cosa".

Esta regla no está establecida entre nosotros, ya que el Código no diferencia entre las causas que producen la nulidad de la enajenación, de modo que habría que concluir que, cualquiera sea la causa de nulidad se produce la revocación del legado. Con todo, algunos entienden que, a pesar de esta ausencia de regla particular, debiera concluirse que si la enajenación se anula por vicios de la voluntad, el legado debiera revivir. Así lo cree en Argentina ZANNONI (*Manual...*, cit., pp. 713 y 714). BORDA, por su parte, reduce esta regla a los casos en que la enajenación se anuló por intimidación del causante o por su demencia (cfr. *Tratado...*, T. II, cit., p. 508). Entre nosotros, CUBILLOS TAPIA, V., *De los legados*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1909, p. 18.

totalidad del Título IV del Libro III del cuerpo legal mencionado, cual lo denotan, en lo que hace específicamente a los legados, los artículos 1107, 1110, 1112 en sus tres primeros incisos, 1116 inciso tercero y 1123 del estatuto privatístico; (...) Que desprovistos como están los demandantes, del imprescindible interés jurídico actual en el que se sustenten sus pretensiones jurisdiccionales, salta a la vista el vacío de semejante presupuesto de procedencia de seis acciones, lo que conlleva su aborto y hace innecesario el análisis de otras materias que, si bien fueron ventiladas en autos, resultan del todo inconducentes".<sup>424</sup>

313. REVOCACIÓN POR LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LA COSA MUEBLE LEGADA. También la alteración material del bien mueble legado implica su revocación. Dice el inciso final del artículo 1135 que "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".<sup>425</sup>

Para que se entienda revocado el legado en estos casos se requiere de una transformación sustancial, en términos tales que la cosa pierda sus características esenciales, llegando incluso a perder su denominación original. Las simples alteraciones o agregaciones que no cambian lo sustancial de la cosa, como si a un anillo se le agregan piedras o a un cuadro se le cambia el marco o se restaura el mueble legado, no producen la revocación de la asignación.<sup>426</sup>

La regla anterior solamente se aplica a los muebles. No cabe transformación o alteración sustancial de los inmuebles.

Sin embargo, es posible que el testador efectúe agregaciones en el inmueble, como si construye en él o se le agregan otras porciones de terreno. En este caso, como se explica con ocasión de los legados de predios, es posible que se produzca una transformación de lo legado según las reglas dadas por el artículo 1119, pero no se produce su revocación.

La regla principal en esta materia es que tales construcciones y agregaciones de terreno no forman parte del legado. Si estas agregaciones llegan a formar un todo

<sup>424</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de marzo de 2003, *Fundación López Pérez y otro con del Mauro Cicalese*, Rol N° 6.256/1998. La sentencia de la Corte Suprema de fecha 31 de mayo de 2004, autos Rol N° 1.663/03, no obstante que consideró un error jurídico entender que una de las herederas carecía de interés para demandar la nulidad de las enajenaciones, rechazó el recurso de casación en el fondo por considerar que la infracción no influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, manteniendo la interpretación acerca del artículo 1135.

<sup>425</sup> Regla semejante se encuentra en el apartado segundo del artículo 2316 del Código Civil portugués, según el cual "implica también revocación del legado la transformación de la cosa en otra de diferente forma y denominación o de diversa naturaleza, cuando la transformación ha sido hecha por el testador".

<sup>426</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 510.

indivisible con el objeto legado y valen más que el predio en su estado anterior, solamente se debe el valor del predio original al legatario; si ellas valieren menos que el predio, se debe el predio transformado al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones. Pero el legado 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 éstas, sólo se deberá lo que valga. Si se lega un solar, esto es, la porción de terreno destinada a la construcción, y después el testador edifica en él, sólo se deberá el valor del solar.

Por el contrario, si no se trata de agregaciones o construcciones, sino que de la demolición de edificios que puedan haber existido en el predio que se lega, no hay revocación del legado, pues se trata de un accesorio a la cosa legada, que es inmueble por naturaleza.<sup>427</sup>

314. REVOCACIÓN POR DESTRUCCIÓN DEL TESTAMENTO. Las leyes de algunos países contemplan como especial forma de revocación testamentaria la destrucción del testamento por parte del testador. Aun cuando se trata de una forma de revocación particularmente concebida para los testamentos ológrafos, en algunos casos también se extiende a los testamentos cerrados que se encuentran en poder del testador.

Así, por ejemplo, el artículo 3833 del Código Civil argentino señala que "la cancelación o destrucción de un testamento ológrafo, hecha por el mismo testador, o por otra persona de su orden, importa su revocación, cuando no existe sino un solo testamento original. Si fuesen varios, el testamento no queda revocado, mientras no se hubiesen destruido o cancelado todos sus originales". Por otra parte, agrega el artículo 3836 del mismo Código que "la rotura hecha por el testador del pliego que encierra un testamento cerrado, importa la revocación del testamento, aunque el pliego del testamento quede sano y reúna las formalidades requeridas para los testamentos ológrafos".

En semejante sentido señala el artículo 742 del Código Civil español que "se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen". "Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez". "Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no

<sup>427</sup> *Ibidem*, pp. 510 y 511.

se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta o quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros pero con las firmas borradas, raspadas o enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego de esta forma por el mismo testador".<sup>428</sup>

En Inglaterra, explica ANDERSON, también se contempla la revocación material (*revocation by destruction*). Para este tipo de revocación, se requiere un acto de destrucción y la intención de revocar. El acto de destrucción no tiene por qué ser total (seguramente basta con la destrucción de la propia firma o de la de los testigos), pero no es suficiente con tachar el contenido, escribir detrás que queda revocado o tirarlo a la basura. Se reputa también revocado si el acto de destrucción es realizado por un tercero en presencia y bajo la dirección del testador. En cuanto a la intención de revocar, ésta no sólo puede estimarse concurrente si el testador es capaz en el momento de destruir y si cree que el testamento que destruye era un testamento válido; si, contrariamente, piensa que ya estaba revocado, la destrucción no revoca. Si la destrucción sólo afecta a parte del testamento, se interpretará que ha querido destruirlo íntegramente su destruye la firma, pero no si únicamente tacha *legacies* concretos".<sup>429</sup>

Lo mismo sucede en Estados Unidos, en donde el fenómeno recibe el nombre de revocación por acto físico. Ello requiere que el causante tenga la voluntad de revocar el testamento (*animus revocandi*) y que ello se haga mediante la quema, rasgadura o cancelación del testamento. En cuanto a esta última es suficiente que el causante trace unas líneas sobre la escritura del testamento o haga algún tipo de dibujo que demuestre la intención de dejarlo sin efecto. No es necesaria la destrucción total, pues incluso se admite aquella que deje intactas la palabra testamento.<sup>430</sup>

En Chile no existe regla semejante, pero no es imposible que el testador decida destruir un testamento que obra en su poder, como si lo otorgó ante cinco testigos o bien otorgó testamento cerrado ante notario y lo conserva bajo su custodia y sin que existan copias. Bien podría acontecer en estos casos que el testador proceda a revocarlo de hecho rompiéndolo o quemándolo.

<sup>428</sup> Al respecto escribe MARTÍNEZ que "no nos encontramos ante un supuesto de nulidad del testamento por falta de formalidades, sino ante un caso de revocación, pues las alteraciones sufridas por el testamento después de otorgado, no pueden afectar su validez por razón de solemnidad. La mera destrucción de un testamento no es causa de nulidad y, en su caso, puede remediarse si es posible la reconstrucción" (MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Comentario al artículo 742 del Código Civil español", en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2001, p. 890).

<sup>429</sup> Ob. cit., pp. 1262 y 1263.

<sup>430</sup> Cfr. LEGERÉN, *El sistema...*, cit., pp. 197 a 201.

En Francia, en donde tampoco existe regla especial a este respecto, la jurisprudencia y los autores han entendido que en estas hipótesis se produce la revocación del testamento a condición de que la destrucción reúna dos condiciones: La primera es que la destrucción del testamento debe ser obra del testador o efectuada con el consentimiento de él. La segunda es que dicha destrucción sea voluntaria, lo que excluye la que es efectuada fortuitamente o por hecho de terceros.<sup>431</sup>

Pareciera que en nuestro país, al menos en el plano teórico, no habría mayor inconveniente para aplicar los mismos principios. Evidentemente ello no está exento de importantes problemas prácticos, especialmente probatorios, pues será muy difícil determinar si el causante tuvo o no la intención de destruir el testamento o si ello fue efectivamente obra del causante o de un tercero.

Algunos autores nacionales admiten esta posibilidad. Explica BARROS ERRÁZURIZ que "el testamento cerrado, que debe presentarse para su apertura con su cierre, sello o marca, como estaba en el acto del otorgamiento, se revoca tácitamente por el hecho de que el testador rompa el sobre o los sellos, o lo inutilice de manera que no pueda presentarse después al juez como estaba en el acto del otorgamiento".<sup>432</sup>

315. LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO REVOCATORIO. Conforme lo previsto en el artículo 1214, la revocación de un testamento que a su vez revocó un testamento anterior no hace revivir el testamento anterior, a menos que el testador expresamente manifieste la voluntad contraria.<sup>433</sup>

<sup>431</sup> Cfr. MAZEAUD, *Leçons...*, cit., pp. 351 y 352.

<sup>432</sup> Ob. cit., pp. 619 y 620. Ahora bien, no toda rotura o deterioro del sobre implicará revocación o nulidad del testamento. Señala CLARO SOLAR que "puede, en realidad, ocurrir que el testamento presente señales de posible violación de su cierre y seguridades, y sin embargo, abierto y extraído el papel en que se hallaba escrito, resultar que el testamento *nada* contiene de anormal ni disposición alguna que no debiera ser cumplida". "Manteniendo sin abrir el testamento se da tiempo a los que tengan interés en que no haya testamento para que puedan entablar la acción que proceda. La ley no dice que el testamento es nulo si el escribano y testigos no reconocen las firmas o si declaran que en su concepto no está cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega; sino que no se abrirá si esto ocurre, porque una vez abierto, para lo cual será necesario romper la cubierta, podría ser muy difícil acreditar lo ocurrido, pero la duda que evidentemente ha de despertar una declaración semejante del notario o de uno o más testigos, no sería por sí sola suficiente para declarar la nulidad del testamento sin abrirlo e imponerse de su contenido" (ob. cit., T. 14, N° 606, p. 172).

<sup>433</sup> La regla no siempre es la misma en el Derecho comparado. Algunos Códigos contienen una regla semejante a la chilena. Así, dispone el artículo 1001 del Código Civil uruguayo que "si el testamento que revoca otro anterior, es revocado a su vez, no revive por esa revocación el primer testamento, a menos que el testador exprese su voluntad a este respecto". También el artículo 2314 del Código Civil portugués señala que "la revocación expresa o tácita produce su efecto, a pesar de que el testamento revocatorio sea a su vez revocado" y que "el testamento anterior recupera su fuerza si el testador, revocando el posterior,



Si el testador manifiesta su voluntad de que valga el testamento anterior, ocurriría que habría un nuevo testamento dispositivo; se trataría de un testamento *per relationem*, por cuanto su contenido dispositivo no está en él, sino que en el primer testamento que ahora revive.<sup>434</sup>

316. CLASIFICACIÓN DE LA REVOCACIÓN. La revocación del testamento puede ser total o parcial y expresa o tácita.

Como su nombre lo sugiere, la revocación total es la que afecta a la totalidad del testamento que antes se ha otorgado, como si el causante indica en el testamento posterior que revoca en todas y cada una de sus partes el testamento anterior. La revocación parcial solamente afecta ciertas de sus disposiciones pero no a todas, como si en el nuevo testamento el causante se limita a señalar que deja sin efecto un legado que instituyó en el acto anterior.

Revocación expresa es aquella que se efectúa en términos explícitos y formales, como si el testador declara categóricamente que deja sin efecto la institución de un legado o la designación de un asignatario universal. La revocación tácita, en cambio, es la que tiene lugar cuando se otorga un nuevo testamento que contiene disposiciones inconciliables con las contenidas en un testamento anterior.

A este respecto dispone el artículo 1215 que un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores. Los testamentos posteriores que expresamente no revoquen los anteriores, dejarán subsistentes en éstos las disposiciones que no sean incompatibles con las anteriores o contrarias a ellas<sup>435</sup>. De modo que, para que proceda la revocación tácita, es necesario que el nuevo testamento no diga expresamente que revoca el o los testamentos posteriores, pues en tal caso el testamento anterior queda completamente

Continuación nota <sup>433</sup>

declara ser su voluntad que reviven las disposiciones del primero". Igualmente señala el artículo 739.2 del Código Civil español que "el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero".

Otros códigos, en cambio, siguen una regla diferente. Así el artículo 800 del Código Civil peruano indica que "si el testamento que revoca uno anterior es revocado a su vez por otro posterior, reviven las disposiciones del primero, a menos que el testador exprese su voluntad contraria".

<sup>434</sup> Cfr. MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Comentario al artículo 739 del Código Civil español", en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 889.

<sup>435</sup> La regla no es universal. Algunos países siguen la misma solución del Código chileno. Es el caso del Código Civil portugués, que dispone en su artículo 2313.1 que "el testamento posterior que no revoque expresamente el anterior lo revoca en la parte en que sean incompatibles". También el artículo 801 del Código Civil peruano señala que "el testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con las de este último". Es también lo que ocurre en el artículo 1005 del Código Civil uruguayo, cuando dispone que "un testamento no se revoca tácitamente

revocado por el nuevo testamento, y no tiene lugar la subsistencia de las disposiciones del antiguo testamento que resulten compatibles con las nuevas.

Ha resuelto la jurisprudencia que determinar si existe o no incompatibilidad entre uno y otro testamento es cuestión de hecho.<sup>436</sup>

317. NULIDAD Y REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO. Al tenor del artículo 1212, podría estimarse que solamente se puede revocar un testamento válido, ya que la norma señala que el testamento que ha sido otorgado "válidamente" no puede invalidarse sino por la revocación del testador.

Sin embargo, no se discute que un testamento que adolece de un vicio de nulidad pueda ser objeto de revocación por parte de su autor. Lo que quiere indicar el artículo 1212 es que si el testamento es inválido podrá ser dejado sin efecto por medio de una acción de nulidad, lo que no quiere decir que no pueda ser revocado por el causante. Si el testamento no ha sido otorgado en forma válida, puede ser dejado sin efecto por el causante con independencia del vicio que lo invalida, con lo cual ese testamento tendría dos causas de ineficacia diferentes: la declaración judicial que lo anula y la revocación del testador.<sup>437</sup>

La cuestión que puede resultar algo más dudosa es si puede solicitarse la nulidad de un testamento mientras vive el testador en circunstancias que podría ser revocado por éste.

Dado que el testamento es esencialmente revocable por el testador mientras viva, la doctrina entiende que mientras éste no haya muerto, no sería posible demandar su nulidad, ya que antes de su fallecimiento el causante siempre podría dejarlo sin efecto. "Por mucho que en el testamento se descubra una causal de nulidad, habrá que esperar la muerte del testador para demandarla"<sup>438</sup>. En este sentido sostiene PUIG BRUTAU que "el testamento no puede ser impugnado en vida del testador. Nadie tiene derechos adquiridos, en vida del mismo, por las

Continuación nota <sup>435</sup>

en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores". "Cuando éstos no revoquen expresamente los anteriores testamentos, dejarán subsistentes las disposiciones que no sean incompatibles o contrarias a ellos". En cambio, otros códigos, siguiendo la regla imperante en el Derecho romano, que no admita la pluralidad de testamentos, resuelven que un nuevo testamento, sea o no contradictorio con las disposiciones del anterior, lo revoca. Así el artículo 739.1 del Código Civil español señala que "el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte".

<sup>436</sup> Cfr. RDJ, T. 25, I, p. 253.

<sup>437</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1625, p. 538.

<sup>438</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 596 y 597.

disposiciones de carácter voluntario contenidas en su testamento. Por consiguiente, no existen personas legitimadas para accionar en tal sentido, pues de momento el único interés tutelado por el Derecho es el del propio causante, que está facultado para lograr que su testamento contenga su última voluntad. Para ello puede revocarlo, cambiarlo o modificarlo, y esta posibilidad impide que tenga sentido hablar de impugnación del testamento en vida del testador".<sup>439</sup>

De esta forma, mientras vive el testador ninguna persona estaría legitimada para demandar la nulidad del testamento. Así se ha resuelto que "es también de la esencia de una demanda sobre nulidad de un testamento que el autor del negocio haya fallecido. Siendo el testamento por definición (art. 999 del C. Civil) un negocio jurídico revocable, es improcedente, inútil y superfluo demandar su nulidad en vida del testador, pues si éste lo considera inválido, le basta revocarlo; y un tercero no podría, en derecho, sostener su interés actual para impetrar la posible nulidad que pudiera adolecer el acto, estando vivo su autor".<sup>440</sup>

La verdad es que la cuestión, pareciera, no debe plantearse en términos tan absolutos como se pretende. Es verdad que la nulidad del testamento no podría justificarse siempre que el testador tenga la posibilidad de revocarlo por un nuevo testamento. Pero el problema es que puede suceder que tal posibilidad no exista, por ejemplo, porque le sobrevino al testador alguna causa de incapacidad para testar, como si cayó en demencia irreversible. En este caso no es suficiente con decir que existe la posibilidad teórica de que el testamento nulo pueda ser revocado, ya que aquello no pasa de ser una afirmación que se aleja de la realidad. De esta forma, no existiendo posibilidad real de que el testamento anulable pueda ser revocado por el causante, no parece que deba excluirse la facultad de los interesados para pedir su nulidad mientras éste viva.

<sup>439</sup> *Fundamentos...*, T. V, Vol. 2, cit., p. 196.

<sup>440</sup> RDJ, T. 60, 2, p. 49. En el mismo sentido afirma ALBALADEJO que "sea la invalidez que sea, el testamento no puede atacarse sino muerto el testador, que es cuando está llamado a desplegar eficacia" (*Curso...*, T. V, cit., p. 364).

## CAPÍTULO 27 LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS

318. CONCEPTO. El artículo 953 dice que las asignaciones son las que hace la ley o el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes. De esto se colige que una asignación testamentaria es la que hace el testamento de una persona difunta para que se la suceda en sus bienes.

319. REQUISITOS DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS. Las asignaciones testamentarias deben reunir dos condiciones esenciales: por una parte, debe existir certidumbre y determinación del asignatario y, por otra, debe existir clara determinación de la asignación que se efectúa. Cada una de estas condiciones se trata por separado.

320. CERTIDUMBRE Y DETERMINACIÓN DEL ASIGNATARIO. Que el asignatario deba ser cierto significa que exista, y que sea determinado implica que esté suficientemente individualizado de modo que no pueda ser confundido con otras personas.

De esta forma dispone el artículo 1056.1, 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".

Agrega el artículo 1065 que "si la asignación estuviere concebida o escrita en tales términos, que no se sepa a cuál de dos o más personas han querido designar el testador, ninguna de dichas personas tendrá derecho a ella"<sup>441</sup>. De modo que si no hay una individualización tal que permita saber quién es el asignatario, la disposición no producirá efecto alguno, ya que se tiene por no puesta en el testa-

<sup>441</sup> A este respecto señala el artículo 750 del Código Civil español que "toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta". En el mismo sentido, el inciso primero del artículo 785 del Código Civil uruguayo señala que "toda disposición a favor de persona incierta es nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta".

mento. Si la individualización no permite saber cuál de dos o más personas posibles son las llamadas por el testador, ninguna de ellas sucederá. Así, si el testador señala que lega una suma de dinero a su sobrino Juan, y hay varios sobrinos con ese nombre, ninguno de ellos lleva la asignación. En este segundo caso –y a fin de cuentas– la cláusula tampoco producirá efecto, pues ninguno de los asignatarios defectuosamente individualizados se entiende llamado.

En ciertos casos, como se dijo acerca de la capacidad para suceder, se permite alguna incertidumbre acerca del asignatario, como cuando se asigna algo a una persona que no existe, pero se espera que exista (artículo 962.3), o la que se hace a quien preste un servicio importante (artículo 962.4) o cuando se asigna algo para que se cree una nueva persona jurídica (artículo 963.2).

La determinación del asignatario debe ser por el nombre o por indicaciones claras del testamento o bien determinable por los datos aportados por el mismo testamento, como por ejemplo si el testador dice que deja una suma a su hijo mayor o a la única hija de su hermano Juan.

Por otra parte, en ciertos casos se permite alguna indeterminación del asignatario, siempre que sea de los supuestos en los que expresamente la ley suple la falta de determinación efectuando una suerte de interpretación de la voluntad del causante. Como se explicó a propósito de la interpretación de los testamentos, esto acontece particularmente cuando se trata de asignaciones de beneficencia, en las que la ley se ocupa de precisar las disposiciones testamentarias.

Así, lo que se deja para objeto de beneficencia es válido, aun cuando no sea para determinadas personas. Estas asignaciones, según el Código, se darán al establecimiento de beneficencia que el Presidente de la República designe, prefiriendo a los del lugar en que vivía el testador (artículos 1056.2 y 3), lo que hoy importa que tales asignaciones, como se dijo en su momento, vayan en beneficio del Fondo Nacional de Salud.

Lo que se asigna al alma del testador se entiende dejado para fines de beneficencia, por lo que se rige por las reglas dadas para ellos anteriormente (artículo 1056.4).

Lo que se deja a los pobres se entiende que está destinado a la parroquia del testador (artículo 1056.5).

Por fin, lo que se asigna indeterminadamente a los parientes se entenderá asignado a los consanguíneos del grado más próximo, según el orden de sucesión abintestato, teniendo lugar el derecho de representación en conformidad a las reglas legales, salvo que a la fecha del testamento haya habido uno solo en este grado, pues entonces se entenderán llamados al mismo tiempo los de grado inmediato (artículo 1064).

321. DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA ASIGNACIÓN. Al igual que el asignatario, la asignación que a él se le hace debe ser determinada o determinable. Puede tratarse de una institución de heredero universal o de cuota, o bien de la institución de un legatario de especie o de género. Cualquiera sea el caso, la asignación debe estar claramente identificada, pues de otra forma la disposición se tiene por no escrita. A este respecto señala el inciso primero del artículo 1066 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”.<sup>442</sup>

Excepcionalmente –y al igual de lo que ocurre con el asignatario– cuando la asignación está destinada a la beneficencia se permite cierto grado de indeterminación, la que es suplida por la ley. En estos casos, los incisos segundo y tercero del artículo 1066, permiten que el juez, oyendo al defensor de obras pías y a los herederos, determine la cuota o especies que deban invertirse en ello, habida cuenta de la naturaleza de los objetos, de las otras disposiciones del testamento y de las fuerzas de la parte del patrimonio de que el testador pudo disponer libremente. Esto supone, en todo caso, que sí esté determinada la institución de beneficencia escogida, o que sea determinable de conformidad a las reglas señaladas en el artículo 1056.

322. FORMA EN QUE DEBE EXPRESARSE LA VOLUNTAD. La voluntad debe ser expresada en el testamento de manera clara e inequívoca. Por eso el artículo 1060 establece que no vale disposición alguna testamentaria que el testador no haya dado a conocer de otro modo que por sí o no, o por una señal de afirmación o negación, contestando una pregunta. En otros términos, el testador debe señalar cuál es su voluntad. Si se limita a decir sí o no contestando una pregunta que le hace, por ejemplo, el funcionario autorizante del testamento, dicha disposición no vale. Lo mismo acontece si el testador se limita a efectuar una señal con sus

<sup>442</sup> Haciendo aplicación muy estricta de este requisito, la Corte Suprema, en fallo de 5 de enero de 2009, ha entendido que es ineficaz como legado de especie o cuerpo cierto la asignación en que se singulariza la cosa legada solamente bajo la indicación de que se encuentra en determinada ciudad sin expresar su dirección o la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo; indicando sólo que se legaba al asignatario “la casa y sitio en la ciudad de Graneros” (*Aedo Morales con Medina Rizzo y otra*, Rol N° 6667/2007). La solución no es tan clara. Si bien la regla del artículo 1061 exige que la especie sea determinada o por indicaciones del testamento pueda “claramente” determinarse, lo cierto es que si a la muerte del causante no existen otras especies en su patrimonio que muevan a confusión, la conclusión de restarle valor al legado se vuelve algo dudosa; más todavía si los herederos singularizan el bien en el trámite de la posesión efectiva y con ese mérito lo inscriben a su nombre.

manos o su cabeza, se entiende por la ley que ello no es suficiente manifestación de voluntad.<sup>443</sup>

323. NO VALEN LAS DISPOSICIONES CAPTATORIAS. Según lo señalado en el artículo 1059.1, las disposiciones captatorias no valdrán, entendiéndose por aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos (artículo 1059.2).

El objetivo final es asegurar la plena libertad de la voluntad del testador a la hora de disponer de sus bienes para después de sus días, evitando que una disposición por causa de muerte quede vinculada o subordinada a la que efectúa otra persona.<sup>444</sup>

Cabe preguntarse qué acontece si el testador señala que deja algo a un heredero o legatario a condición de que éste, a su turno, lo nombre asignatario, pero acontece que a la época de otorgar su testamento el heredero o legatario ya había nombrado como asignatario al testador. Al respecto señala MESSINEO que la inva-

<sup>443</sup> Dice CLARO SOLAR que "nadie tiene que intervenir para preguntar al testador si instituye heredero a tal o cual persona, muy especialmente si no tuviera herederos forzosos; o para preguntarle si deja a tal otra persona un legado; o para recordarle si no era su intención hacer tal o cual disposición". "Si el testador está enfermo de gravedad y su estado no le permite hacer él sus disposiciones, quiere decir que no se halla en situación de testar; pero no sería admisible obtener sus declaraciones de última voluntad por medio de un sí o de un no o de una señal afirmativa o negativa, como contestación a las preguntas que le hicieran por personas presentes interesadas en obtener una respuesta afirmativa" (ob. cit., T. 14, N° 804, p. 353).

<sup>444</sup> En idéntico sentido señala el artículo 783 del Código Civil uruguayo que "es nula toda disposición captatoria". "Se entenderá por tal aquella en que el testador asigne alguna parte de sus bienes a otro, a condición de que éste le deje por testamento parte de los suyos". "Tampoco valdrá la disposición en que, bajo cualquier nombre o concepto, se deja a uno el todo o parte de los bienes, para que los aplique o invierta con arreglo a instrucciones reservadas que le hubiere comunicado el testador". De la misma forma dispone el artículo 794 del Código Civil español que "será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona". También el artículo 635 del Código italiano señala que "es nula la disposición a título universal o particular hecha por el testador a condición de ser a su vez asignatario en el testamento del heredero o legatario".

En cambio, en Argentina, en ausencia de una norma expresa, afirma BORDA que "cabe preguntarse si también en nuestro derecho es nula la disposición que contiene la condición captatoria. Creemos que no. En primer lugar, las nulidades son de interpretación restrictiva, de tal modo que no podría fundarse la invalidez en la circunstancia de que la cláusula es inmoral, si esa inmoralidad no fuere patente. No es éste el caso. No vemos nada de inmoral en la circunstancia de que dos personas se instituyan recíprocamente herederos y que una de ellas, o las dos, hagan de esa reciprocidad una condición de validez. Lo que nuestra ley prohíbe es el testamento conjunto, porque él tiene como consecuencia limitar la libre revocabilidad del acto. Pero si cada uno de los que redactan su testamento mantiene, como en nuestro caso, el derecho a revocarlo, nada se opone a la validez de la cláusula de reciprocidad. Más aún: si algo pudiera verse de condenable en dicha cláusula, es la conducta del testador, que ha pretendido inducir al otro a otorgar un testamento recíproco; pero resulta que, por hipótesis, esa persona ha fallecido cuando el caso se plantea. Sería injusto hacer recaer sobre el beneficiario la culpa del testador" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 297).

lidez de la condición captatoria no opera "si resulta que el beneficio esperado por el testador y solicitado mediante condición captatoria, estaba de hecho conseguido al tiempo del testamento, porque ya el instituido había espontáneamente favorecido, en el propio testamento, al disponente; falta, aquí, el carácter captatorio de la disposición, en cuanto la misma no puede obrar sobre el ánimo del instituido".<sup>445</sup>

324. LA ELECCIÓN DEL ASIGNATARIO NO PUEDE QUEDAR AL PURO ARBITRIO AJENO. Señala el artículo 1063 que la elección de un asignatario, sea absolutamente, sea de entre cierto número de personas, no dependerá del puro arbitrio ajeno. La elección por un tercero será absoluta si el testador dice, por ejemplo, que deja su casa a quien designe Juan. La elección por un tercero será de entre un grupo de personas cuando el testador diga, por ejemplo, que deja una cosa a aquel de los hijos de María que señale Diego. El testamento es un acto personalísimo (artículos 1003 y 1004), por lo tanto, la determinación total del asignatario por un tercero implicaría la delegación de esta facultad, lo que no está permitido.<sup>446</sup>

Con todo, debe hacerse notar que lo que se impide por el artículo 1063 es que la designación del asignatario quede al "puro arbitrio ajeno", quedando sentada la posibilidad de que el asignatario sea designado por un tercero en la medida que esta designación no quede a su solo arbitrio, y que pueda fundarse en ciertas bases que señale el testador.<sup>447</sup>

325. ES POSIBLE DEJAR UNA ASIGNACIÓN CUYO CUMPLIMIENTO DEPENDA DEL ARBITRIO DE UN LEGATARIO O HEREDERO. Ha quedado dicho antes que la elección de un asignatario no puede quedar entregada al puro arbitrio de un tercero. En cambio, sí sería posible que el cumplimiento de una asignación, que es efectuada directamente por el testador, quede subordinada a la decisión de un heredero o legatario. Tal sería el caso si dijera el testador que deja una suma de dinero a Pedro, si un heredero determinado estima conveniente y necesario que se lo en-

<sup>445</sup> *Manual...*, T. VII, cit., pp. 134 y 135.

<sup>446</sup> Así también se ha resuelto en Francia, a pesar de la ausencia de una norma expresa. Según explican los MAZEAUD que la jurisprudencia ha entendido que es imposible que el causante encomiende la elección de los sucesores a terceros, pues siendo el testamento un acto personalísimo, es el propio testador quien debe regular la transmisión de sus bienes designando a las personas que lo sucedan, no pudiendo abandonar esta facultad en terceras personas (*Leçons...*, cit., pp. 313 y 314).

<sup>447</sup> Explica MEZA BARROS que tal sería el caso de una asignación que se deja al alumno de una Facultad de Derecho que presenta el mejor trabajo sobre un determinado tema, el que será calificado por el Director de la Facultad. La designación, sostiene el autor, depende de un tercero, pero no de su puro arbitrio (*Manual...*, cit., p. 183).

treguen. La asignación es hecha por el testador, pero su cumplimiento queda gobernado por la decisión de un heredero o legatario.

A este respecto dispone el artículo 1067 que si el cumplimiento de una asignación se dejare al arbitrio de un heredero o legatario, a quien aprovecharse rehusarla, será el heredero o legatario obligado a llevarla a efecto, a menos que pruebe justo motivo para no hacerlo así.<sup>448</sup>

De acuerdo al inciso segundo del artículo 1067, el provecho de un ascendiente o descendiente, de un cónyuge o de un hermano o cuñado, se reputará, para el efecto de esta disposición, provecho de dicho heredero o legatario. De esta forma al heredero o legatario le resultará provechoso no dar cumplimiento a la asignación que estableció el testador siempre que al no haber lugar a ella el objeto de la asignación vaya en su beneficio o en favor de las personas mencionadas en el inciso segundo del artículo 1067. Así, si el testador nombra heredero universal a Pedro, y además establece un legado de una determinada suma a favor de Martín, suma que se le pagará si Pedro lo estima necesario o conveniente, a Pedro le resultará provechoso rechazar el cumplimiento de la asignación, ya que la suma no pagada por decisión suya irá en su propio beneficio. En este caso, el heredero está obligado a dar cumplimiento a la asignación que dispuso el causante, salvo que pruebe justo motivo en contra.

A la inversa, si de rehusar la asignación no resultare utilidad al heredero o legatario, no será obligado a justificar su resolución cualquiera que sea. Es el caso de que se deje un bien a Pedro o Martín a elección de cierto asignatario. Estos últimos no tienen obligación de justificar las razones por las que escogen a uno u otro asignatario, ya que en nada le produce provecho que sea uno u otro quien reciba la asignación; o si se dice por el testador que en caso de que el heredero o legatario rechacen cumplir la asignación a favor de la persona que indicó el testador, esa asignación será para otro asignatario que designa el testador.<sup>449</sup>

El problema con el artículo 1067 es que resulta contradictorio con lo establecido en el artículo 1063. Mientras el primero impide que el asignatario sea elegido por un tercero a su arbitrio, el segundo lo permite parcialmente. Cree SOMARRIVA que en este caso corresponde aplicar el artículo 24 del Código, según el cual deben interpretarse los pasajes oscuros y contradictorios de la ley del modo más conforme

<sup>448</sup> Señala al respecto CLARO SOLAR que "cuando el cumplimiento de la asignación es dejado al arbitrio de un heredero o legatario, entiende la ley que no se ha dejado al simple capricho o simpatías de ese heredero o legatario, sino que el testador ha depositado en él su confianza y se ha atenido a su conciencia y prudencia; y para juzgar de la oposición de ese heredero o legatario al cumplimiento de la asignación, toma en cuenta el provecho que de rehusarla pueda o no resultar para él" (ob. cit., T. 14, N° 818, p. 365).

<sup>449</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 818, p. 366.

al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. "Y ¿cuál es el espíritu de la legislación? Nos parece que no es otro sino considerar el testamento como un acto personalísimo; así lo revelan los artículos 999, 1003, 1004 y 1059. El artículo 1004 nos dice que la facultad de testar es indelegable; en el fondo, en el artículo 1067 habría una delegación parcial de la facultad de testar. Por estas razones, estimamos más de acuerdo al espíritu general de la legislación el artículo 1063 y estimamos que en caso de conflicto con el 1067 debe primar el primero. Esto siempre deja campo de aplicación al precepto para el caso, por ejemplo, de que se alegue justo motivo para no cumplir la asignación".<sup>450</sup>

326. LAS ASIGNACIONES SE TRANSMITEN CON EL GRAVAMEN QUE PESE SOBRE ELLAS. Dispone el artículo 1068.1 que la asignación que por faltar el asignatario se transfiera a distinta persona, por acrecimiento, sustitución u otra causa, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles, y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente.

De esta forma "la ley ha dictado para todos estos casos una regla general única: la asignación al pasar a distinta persona llevará consigo todas las obligaciones y cargas transmisibles que la afectan y con las cuales habría debido adquirirla el asignatario llamado en primer lugar: esas obligaciones y cargas tendrán que ser cumplidas por la persona que ocupará el lugar del asignatario que falta como si a ella se le hubieran impuesto, a pesar de ser tan diversas las causas que dan lugar a esta subrogación de personas de los asignatarios".<sup>451</sup>

De paso, la misma norma permite que una asignación sea aceptada y otra repudiada, lo que es distinto de aceptar una parte de la asignación y repudiar otra, situación vedada por el artículo 1228.

En todo caso, la asignación que por demasiado gravada hubieren repudiado todas las personas sucesivamente llamadas a ella por el testamento o la ley, se deferirá en último lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes.

327. CLASIFICACIÓN DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS. Las asignaciones testamentarias pueden clasificarse en puras y simples o sujetas a modalidades; en a título universal y a título singular, y en voluntarias o forzosas.

328. ASIGNACIONES PURAS O SIMPLES Y LAS SUJETAS A MODALIDADES. La regla general es que las asignaciones testamentarias sean puras o simples, es decir, no sujetas a

<sup>450</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 248.

<sup>451</sup> *Ibidem*, N° 821, p. 369.

modalidades. Producirán sus efectos normales de inmediato, sin limitaciones temporales o alteraciones respecto de la forma en que deban cumplirse. Excepcionalmente pueden estar sujetas a modalidades como la condición, el plazo o el modo.<sup>452</sup>

329. ASIGNACIONES A TÍTULO UNIVERSAL Y A TÍTULO SINGULAR. Las asignaciones a título universal son las que importan una institución de heredero. En éstas el asignatario adquiere todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del causante o una cuota de ellos (artículos 951.2 y 954). Las asignaciones a título singular implican la institución de legatario. En éstas el asignatario sólo adquiere una o más especies o cuerpos ciertos, o una o más especies indeterminadas de cierto género (artículos 951.3 y 954).

Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Los herederos son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas (artículo 1097).

Los asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de herederos, son legatarios: no representan al testador; no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan. Lo cual, sin embargo, se entenderá sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de la que pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma (artículo 1104).

330. ASIGNACIONES FORZOSAS Y ASIGNACIONES VOLUNTARIAS. Las asignaciones, según la obligatoriedad que asiste al testador para efectuarlas, se dividen en voluntarias y forzosas.

Las asignaciones voluntarias son aquellas en que el testador dispone de libertad para hacerlas o no. Es él quien decide si las efectúa y cómo las hace.

Las asignaciones forzosas, en cambio, 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. Son de este tipo los alimentos que se deben por ley a ciertas personas; las legítimas, y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge (artículo 1167).

<sup>452</sup> La regla no es universal, algunas legislaciones no admiten que una asignación pueda estar sujeta a plazo, condición o modo. Es el caso del Código Civil cubano, cuyo artículo 498 señala que "los legados no pueden ser condicionales ni a término y se adquieren desde la muerte del testador".

## CAPÍTULO 28 ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS CONDICIONALES

331. CONCEPTO Y REGLAMENTACIÓN. Según el inciso segundo del artículo 1070, las asignaciones testamentarias condicionales son aquellas que dependen de una condición, esto es, de un hecho futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no ocurre o si acaece el negativo.

El testamento, como cualquier otro acto jurídico, puede estar subordinado al cumplimiento de condiciones, las que pueden ser de cualquiera de las categorías señaladas en los artículos 1474 a 1479. Excepcionalmente, y como se dice más adelante, el legislador impide que una asignación testamentaria esté subordinada a una determinada condición, por estimar que ella no puede quedar sometida a ciertos hechos futuros o inciertos.

Dispone el artículo 1070.3 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. Recíprocamente, el artículo 1493, del Título de las obligaciones condicionales, señala que las disposiciones del Título IV del Libro III, sobre asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes. De modo que las normas de ambos títulos de libros diferentes del Código deben aplicarse recíprocamente *mutatis mutandi*, es decir, con las variaciones que en cada caso se impongan por la diversa materia en las que se hace su aplicación. Además, y dado lo previsto en el artículo 1079, deben aplicarse las normas de la propiedad fiduciaria contenidas en el Título VIII del Libro II, ya que se trata, a fin de cuentas, de la propiedad sujeta al gravamen de pasar a otras manos de cumplirse una condición.

En lo que atañe a la regulación de las asignaciones testamentarias condicionales, como se dice en seguida, el Código se refiere particularmente a ciertas condiciones que pueden estar anexas a la asignación testamentaria de que se trate.

332. CONDICIÓN QUE CONSISTE EN UN HECHO PRESENTE O PASADO. Dispone el artículo 1071 que la condición que consiste en el cumplimiento de un hecho presente o pasado no suspende el cumplimiento de la disposición. Si existe o ha existido se mira como no escrita; si no existe o no ha existido, no vale la disposición. Lo pasado, presente o futuro se entenderá con relación al momento de testar, a menos que se exprese otra cosa.

Agrega el artículo 1072 que si la condición que se impone para tiempo futuro, consiste en un hecho que se ha realizado en vida del testador, y el testador al tiempo de testar lo supo, y el hecho es de los que pueden repetirse, se presumirá que el testador exige su repetición; si el testador al tiempo de testar no lo supo, y el hecho es de aquellos cuya repetición es imposible, se mirará la condición como cumplida; y si el testador no lo supo, se mirará la condición como cumplida, cualquiera sea la naturaleza del hecho

La condición por definición es un hecho futuro e incierto; por consiguiente, si se trata de un hecho que existe o existió, la condición se tiene por no escrita, y la asignación pasa a ser pura o simple; si el hecho no existe o no ha existido, no vale la asignación testamentaria.

Ahora, puede acontecer que se ponga como condición un hecho que ya ha ocurrido al momento en que se dictó el testamento. En este caso hay que distinguir entre si el testador lo supo o no lo supo.

Si supo del cumplimiento del hecho y éste es repetible, se entiende que el testador deseó que se repitiese. Si no es repetible, se mira la condición como cumplida. Por ejemplo, si el testador deja \$ 1.000.000 a María a condición de que sea madre, y ocurre que al momento de testar María ya lo era, debe entenderse que el testador deseó que María volviera a serlo, puesto que es un suceso que el testador conoció y que puede repetirse.

Por el contrario, si el testador deja \$ 1.000.000 a Juan a condición de que Francia ganara el mundial de fútbol del año 1998, la condición se tiene por cumplida, ya que es un hecho que el testador supo y que no es susceptible de repetición.

Finalmente, si el testador no supo de la verificación del hecho, la condición se mirará como cumplida, sea el hecho o no repetible. Así se tendrá la condición por cumplida si el testador no supo que María ya había sido madre a la fecha del testamento o que Francia había ganado el mundial de fútbol en el año 1998. En estos casos es indiferente que el hecho futuro e incierto sea o no susceptible de repetición, la condición se considera cumplida por el hecho de haber el testador ignorado que el hecho ya se había producido cuando otorgó su testamento.<sup>453</sup>

<sup>453</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, Nº 848, p. 398.

333. CONDICIÓN DE NO IMPUGNAR EL TESTAMENTO. En los términos del artículo 1073, la condición de no impugnar el testamento, impuesta a un asignatario, no se extiende a las demandas de nulidad por algún defecto en su forma. Por lo tanto, distingue la ley entre la no impugnación por razones de fondo o de forma.

Por ejemplo, se le deja \$ 1.000.000 a Juan a condición de que no impugne el testamento. Si Juan impugna el testamento por cualquier razón que no sea el incumplimiento de las solemnidades, queda sin efecto su asignación; por el contrario, si Juan impugna el testamento precisamente porque adolece de incumplimiento de las solemnidades, no caduca su asignación, a menos, obviamente, que de prosperar su impugnación el testamento quede sin efecto en aquella parte en que se le instituye legatario por la suma de \$ 1.000.000. La razón de esta solución es que la condición de no impugnar el testamento por adolecer de defectos formales resultaría contraria a las reglas que imponen las solemnidades necesarias para la validez del testamento que deben cumplirse en su otorgamiento.<sup>454</sup>

334. CONDICIÓN DE CONTRAER O NO CONTRAER MATRIMONIO. La condición de contraer o no matrimonio no siempre es válida. En los términos de los artículos 1074 y 1077, la condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio se tendrá por no escrita, salvo que se limite a señalar que no se debe contraerlo antes de la edad de 18 años o menos; o salvo que sea una condición de no casarse con una persona determinada, pues en tales casos la condición vale. De la misma forma la condición de contraer matrimonio con una determinada persona es válida, y suspenderá la adquisición de la asignación.

En todo caso, de conformidad al artículo 1076, lo anterior no se opone a que se provea a la subsistencia de una persona mientras permanezca soltera, dejándole por ese tiempo un derecho a usufructo, de uso o de habitación, o una pensión

<sup>454</sup> Al respecto señala BORDA que las cláusulas que impongan la condición de no impugnar el testamento "deben ser miradas con desconfianza; a veces procuran impedir que el legitimario impugne un testamento que lo perjudica; y más comúnmente se dan cuando ha habido captación de voluntad por un tercero. Así, por ejemplo, una persona logra obtener del causante, débil y enfermo, que lo instituya heredero; para evitar el riesgo de que los herederos legítimos impugnen el testamento aduciendo la insanía del testador, o las maniobras tendientes a captar su voluntad, incluyen algunas mandas a favor de aquéllos, con la condición de que no le impugnen y bajo pena de perder sus beneficios si así lo hicieren". "No cabe ninguna duda que tales cláusulas deben tenerse por no escritas si tienden a impedir que el heredero legal defienda su legítima, puesto que el derecho a ésta surge de la ley y no de la voluntad de las partes. Igualmente debe aceptarse que tal condición no impide a los beneficiarios atacar al testamento por vicios de forma, por falta de capacidad del disponente del heredero instituido o por dolo o violencia ejercida sobre el testador. Hay un interés público comprometido en que tales cuestiones se diluciden. Toda prohibición de impugnar el testamento por estas causales debe tenerse por no-escrita" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 292).

periódica. En otras palabras, es posible que el testador disponga en el testamento que se deja un usufructo, un uso o habitación o le asigne una pensión periódica mientras permanezca soltera, o si se quiere, a condición de que permanezca soltera.<sup>455</sup>

335. CONDICIÓN DE PERMANECER EN ESTADO DE VIUEDAD. Dispone el artículo 1075 que se tendrá 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. Así, si el marido en el testamento asigna algo a su cónyuge bajo la condición de que permanezca soltera, dicha condición se tiene por no escrita, pudiendo la mujer volver a casarse conservando el derecho a la asignación. Sin embargo, la mujer no podrá hacerlo cuando tenga hijos de su anterior matrimonio.<sup>456</sup>

Vale aquí lo antes dicho respecto del artículo 1076, en el sentido que esto no se opone a que se constituya en favor una persona un usufructo, uso o habitación, o bien se le asigne una pensión periódica, en la medida que permanezca viuda.

336. ES VÁLIDA LA CONDICIÓN DE ABRAZAR UN ESTADO O PROFESIÓN CUALQUIERA. Valdrá la condición de abrazar un estado o profesión cualquiera aunque sea incompatible con el estado de matrimonio. Así lo dice expresamente el artículo

<sup>455</sup> Podría ser interesante plantearse qué ocurre en el evento de que una persona, posiblemente una mujer se mantenga soltera a los efectos de permanecer en el goce del derecho o de la pensión que se le asignó por testamento, pero que en los hechos se une establemente a un hombre que provee sus necesidades. Es evidente, dada la época del Código Civil, que el sentido de la disposición testamentaria es que la mujer pueda disponer de un sustrato patrimonial del que carece, dado que no ha contraído matrimonio, y que ella cesa cuando la mujer lo hace. En este evento, y para evitar que se viole la voluntad del testador, podría recurrirse al criterio de interpretación previsto en el artículo 1069, en virtud del cual puede estarse más al fondo de la disposición que a las palabras que en ella se han utilizado, de lo que podría concluirse que la voluntad del testador fue, precisamente, que la asignación cesara tan pronto las necesidades que podía afectar a la mujer soltera desaparecieran.

<sup>456</sup> La solución no es universal. El artículo 636 del Código Civil italiano señala que es "ilícita la condición que impide la primera nupcias o la posterior". "Sin embargo, el legatario de usufructo o de uso, o de habitación o de pensión, o de otra prestación periódica para el caso o para el tiempo de soltería o de viudez, no puede gozar de ella sino durante la soltería o la viudez". En cambio, señala el artículo 793 del Código Civil español que "la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido el viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de éste". "Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo". Las excepciones, previstas en el inciso primero de esta norma, que otorgan valor a este tipo de condición, han sido criticadas por la doctrina española, al no ajustarse a los parámetros actuales sobre la licitud de estos hechos (cfr. LASARTE, *Principios...*, cit., p. 112).

lo 1077, junto con hacer válida la condición ya vista de casarse o no casarse con persona determinada. Sería válida, por ejemplo, la condición impuesta en el testamento de que el asignatario se hiciera sacerdote, aun cuando este estado sea incompatible con el estado matrimonial, lo que supone, por tanto, no contraer matrimonio por parte del asignatario.<sup>457</sup>

337. CONDICIONES RESOLUTORIAS Y SUSPENSIVAS. La condición a cuyo cumplimiento puede estar subordinada una asignación testamentaria puede ser resolutoria o suspensiva. Asignación testamentaria sujeta a condición suspensiva es aquella que mientras no acontece el hecho futuro e incierto suspende la adquisición del derecho que por el testamento se asigna. En cambio, asignación sujeta a condición resolutoria es aquella en que verificado el hecho futuro e incierto previsto por el testador se extingue el derecho otorgado en el testamento (artículo 1479).

338. CONDICIÓN RESOLUTORIA. Se suele afirmar que estas condiciones presentan poco interés<sup>458</sup>, incluso en algunos sitios se pone en duda que pueda existir institución de heredero bajo esta modalidad<sup>459</sup>. Se trata del asignatario que se hace propietario de las cosas que le han sido asignadas por el testamento, pero sujeto a la condición de extinguirse este derecho si se verifica el hecho futuro e incierto que el testador previó. El asignatario en estas condiciones sería en buenas cuentas un propietario fiduciario, quedando sujeto a todas las normas que le resulten aplicables en estas circunstancias (artículo 1079). Son condiciones de este tipo la de no contraer matrimonio o la de permanecer en estado de viudedad en los casos en que ello es posible, por cuanto el asignatario adquiere lo asignado, pero sujeto a la verificación de este hecho futuro e incierto. Los efectos de este tipo de condiciones son diferentes según la condición se encuentre pendiente, fallida o cumplida.

<sup>457</sup> Fuera de estas condiciones expresamente tratadas por el Código Civil en este párrafo, la doctrina ha señalado que existen otras condiciones que el testador en principio no podría imponer al asignatario, como la de no aceptar con beneficio de inventario (artículo 1249); la condición de no enajenar el bien asignado cuando no se comprometa el derecho de un tercero (artículo 1126); la condición de no dividir el o los bienes asignados (artículo 1317); las condiciones que pretendan gravar la legítima o las mejoras (artículos 1192 y 1195) o la que impide el ejercicio de un derecho de usufructo (artículos 766 N.º 2 y 768) (cfr. DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., T. I, pp. 532 y ss.).

<sup>458</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 254.

<sup>459</sup> Así ocurría en el Derecho romano que, bajo el principio "*semel heres, semper heres*", impedía la institución de heredero bajo condición o plazo resolutorios.



339. CONDICIÓN RESOLUTORIA PENDIENTE, FALLIDA Y CUMPLIDA. Mientras la condición resolutoria está pendiente, el asignatario es propietario, y puede, en consecuencia, ejercitar todos los actos de un dueño puro y simple, sujeto empero a las limitaciones propias de la propiedad fiduciaria. La asignación bajo condición resolutoria no suspende la adquisición del derecho de que se trate; recuérdese lo dicho en su momento sobre la delación de las asignaciones, en el sentido de que la norma contenida en el artículo 956.2 exclusivamente vale para las condiciones suspensivas, pero no para las asignaciones sujetas a condición resolutoria, ya que en ellas el heredero o legatario adquiere con la muerte del causante, pero sujeto su derecho a resolución. En consecuencia, el asignatario se hará dueño de su asignación y de los frutos que de ella emanen, sin que tenga la obligación de restituirlos cuando se cumpla la condición, a menos que el testador disponga lo contrario (artículo 1488). De la misma forma, el asignatario bajo condición resolutoria puede solicitar e intervenir en la partición de la herencia; así se desprende del artículo 1319, que solamente impide requerir la partición al asignatario bajo condición suspensiva mientras penda la condición, permitiendo al resto de los asignatarios proceder a ella.

Si falla la condición resolutoria, el dominio se consolida completamente, y pasa a ser asignatario puro y simple. Termina de este modo toda posibilidad de que él pierda su calidad de asignatario por la verificación del hecho futuro e incierto previsto por el testador.

Si la condición se cumple, la asignación se extingue de pleno derecho, debiendo el asignatario restituir la cosa a quien corresponda (artículo 1487). Las enajenaciones que hubiere efectuado se resuelven, con las limitaciones derivadas de los derechos que puedan hacer valer los adquirentes de ellos (artículos 1490 y 1491).

340. ASIGNACIÓN SUJETA A CONDICIÓN SUSPENSIVA. En caso de una herencia o legado sujetos a condición suspensiva, su delación queda subordinada a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, que sólo una vez verificado tiene la virtualidad de producir la delación de la asignación de que se trate. Mientras la condición suspensiva está pendiente no se produce la delación de la asignación, dado que, de conformidad a lo previsto en el artículo 956.2, si el heredero o legatario es llamado condicionalmente, la delación sólo se produce una vez que se verifica el cumplimiento de la condición.

341. CONDICIÓN SUSPENSIVA PENDIENTE. En consonancia con lo prevenido en el artículo 956, el artículo 1078 dispone que las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva no confieren al asignatario derecho alguno mientras

pende la condición, sino el de implorar las providencias conservativas necesarias<sup>460</sup>. Como se aprecia, la condición suspensiva, como su nombre lo indica, suspende la adquisición del derecho de que se trata por parte del asignatario, de lo que se derivan, como lógica consecuencia, una serie de efectos de gran importancia.<sup>461</sup>

a) El asignatario debe existir al momento de cumplirse la condición prevista por el testador. Recuérdese que, de conformidad a lo señalado en el artículo 962, es incapaz de suceder quien no exista al tiempo de abrirse la sucesión, y si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, es necesario, además, que exista en el momento de cumplirse la condición.

b) Si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno (artículo 1078.2).<sup>462</sup>

c) Los frutos que devengue la cosa durante el tiempo en que la condición se encuentra pendiente no pertenecen al asignatario, ya que no es dueño de ella, a menos que el testador se los conceda mediante disposición expresa (artículo 1078.3), dichos frutos pertenecerán a la sucesión o a la persona que el testador designe.<sup>463</sup>

<sup>460</sup> A pesar de que la generalidad de la doctrina nacional entiende que la condición puede estar pendiente, fallida o cumplida, cree RODRÍGUEZ que "la condición suspensiva sólo puede hallarse pendiente, puesto que si se ha cumplido ha dejado de ser tal condición y lo mismo ocurre cuando está fallida: simplemente no hay condición alguna que afecte a la asignación (...). Por lo tanto, la condición suspensiva sólo puede encontrarse pendiente, jamás cumplida ni fallida, porque en dichos estados la condición, en cuanto hecho futuro e incierto, ha desaparecido" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 165 y 166).

<sup>461</sup> De allí que se haya resuelto que si un acreedor del asignatario condicional le embarga los bienes hereditarios, es admisible la tercera entablada por el resto de los herederos, puesto que se ha procedido en contra de bienes que, mientras no se cumpla la condición, no pertenecen al heredero ejecutado (RDJ, T. 12, 1, p. 185).

<sup>462</sup> Esta regla excepciona el principio sentado para las obligaciones condicionales en el inciso primero del artículo 1492, que señala que el derecho del acreedor que fallece en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición se transmite a sus herederos; y lo mismo sucede con la obligación del deudor. Sin embargo, es concordante con el inciso segundo de la misma norma, cuando señala que esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos. La razón para esta diversa solución legal está contenida en el artículo 962 ya estudiado, según el cual, para suceder a una persona es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, y si la asignación es condicional, es necesario además existir al tiempo de cumplirse la condición. Si el asignatario condicional fallece antes de cumplirse la condición, quiere decir que a ese momento no existía, por lo que es incapaz de suceder.

<sup>463</sup> La regla del inciso tercero es excepcional respecto del efecto retroactivo de la condición cumplida que, en este caso, queda sin vigencia. De aplicarse dicho efecto, los frutos pertenecerían al asignatario condicional por considerarse que fue el dueño desde la muerte del causante. En todo caso, la norma es concordante con lo resuelto en el artículo 1488 para las condiciones resolutorias, que sanciona que verificada una de estas condiciones no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario.

d) El asignatario bajo condición suspensiva, al no adquirir mientras no se verifique el hecho futuro e incierto, no puede solicitar la partición de la herencia (artículo 1319).

e) A pesar de lo anterior, el asignatario condicional puede repudiar la asignación antes del cumplimiento de la condición, puesto que de conformidad a lo señalado en el artículo 1226.2, muerto el causante "se podrá repudiar toda asignación, aunque sea condicional y esté pendiente la condición".

342. CONDICIÓN SUSPENSIVA CUMPLIDA. Una vez cumplida la condición suspensiva nace el derecho para el asignatario condicional a la herencia o el legado, pudiendo exigirla de manos de quien se encuentre, con la limitante señalada en el inciso tercero del artículo 1078, de que no tendrá derecho a los frutos a menos que el testador expresamente se los haya concedido. El número 1 del artículo 1338 insiste en esta misma solución al señalar que "los frutos percibidos después de la muerte del testador, durante la indivisión, se dividirán del modo siguiente: Los asignatarios de especies tendrán derecho a los frutos y acciones de ellas desde el momento de abrirse la sucesión; salvo que la asignación haya sido desde día cierto, o bajo condición suspensiva, pues en estos casos no se deberán los frutos, sino desde ese día, o desde el cumplimiento de la condición; a menos que el testador haya expresamente ordenado otra cosa".

La regla en verdad resulta de bastante lógica. Si el asignatario condicional no adquiere mientras no se cumple la condición, no puede hacerse dueño de los frutos que produce la cosa asignada. Dichos frutos pertenecen al propietario. Pero una vez cumplida la condición el asignatario deviene en dueño, adquiriendo los frutos que produzca la cosa.

343. CONDICIÓN SUSPENSIVA FALLIDA. Si la condición suspensiva prevista por el testador falla, porque es o se hace imposible, o porque transcurre el plazo máximo para que pueda verificarse el hecho, se extingue la expectativa que tenía el asignatario condicional, y deberán alzarse cualesquiera de las medidas conservativas que hubiese solicitado.

Dice el artículo 1480 que "si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida". Agrega el artículo 1481 que esta regla se aplica aun a las disposiciones testamentarias. "Así, cuando la condición es un hecho que depende de la voluntad del asignatario, y de la voluntad de otra persona, y deja de cumplirse por algún accidente que la hace imposible, o porque la otra persona de cuya voluntad depende no puede o no quiere cumplirla, se tendrá por fallida, sin embargo de que el asignatario haya estado por su parte dispuesto a cumplirla". "Con todo, si

la persona que debe prestar la asignación se vale de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse, o para que la otra persona de cuya voluntad depende en parte su cumplimiento, no coopere a él, se tendrá por cumplida".

Se pone el artículo 1480 en el caso de una condición mixta, esto es, aquella que depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o un acaso (artículo 1477). Tal sería el caso de que dijese el testador, por ejemplo, que deja una casa a Pedro a condición que se case con María. La condición depende en parte de la voluntad del asignatario (Pedro) y en parte de la voluntad de un tercero (María). Si María fallece o simplemente no quiere casarse con Pedro, la condición falla y no hay lugar a cumplir la asignación. Ahora, si las personas que deben cumplir con esta asignación, por ejemplo, los otros herederos, se valen de medios ilícitos para que la condición no pueda cumplirse o para que la persona cuya voluntad es necesaria para que se cumpla la condición no coopere con ello, como si los herederos dieran muerte a María o la sobornaran con dinero para que no se casara con Pedro, la condición se tendrá por cumplida, ya que nadie puede aprovecharse de su propio dolo.<sup>464</sup>

<sup>464</sup> Cfr. RDJ, T. 39, 1, p. 148 y T. 53, 1, p. 130.



cambio, es el que se sabe va a llegar, pero no se sabe cuándo, como el día en que una persona fallezca.

A partir de estas categorías, el Código Civil, en el párrafo tercero del Título V del Libro IV, artículos 1080 y siguientes, regula las asignaciones desde día o hasta día, o sea, subordinadas las primeras a plazos suspensivos, o gobernadas, las segundas, por plazos extintivos. Asimismo, distingue el Código en esta materia las asignaciones subordinadas a días determinados.

345. CERTIDUMBRE Y DETERMINACIÓN DEL DÍA. Cuando el Código Civil se refiere a la certidumbre o incertidumbre del día, está asumiendo que no hay entera certeza de que el hecho a que se subordina la asignación acontezca. Si el día es cierto, quiere decir que existe certeza de que en algún momento llegará, aun cuando no se sepa cuándo acontecerá ello. En cambio, el día es incierto cuando existe incertidumbre acerca de si llegará o no y, en tal caso, el día deja de ser un plazo y pasa a ser una condición.

Por otro lado, la determinación o indeterminación del día dice relación con la circunstancia de si se sabe cuándo va a llegar ese día. Si se sabe perfectamente el momento en que va a llegar el día, como si se fija como plazo el 15 de abril de tal año, el plazo es determinado. Pero si se sabe que el día va a llegar, pero no se sabe cuándo, como la fecha en que una persona morirá, el día es indeterminado.

346. LOS PLAZOS EN LAS ASIGNACIONES POR CAUSA DE MUERTE. Tomando en cuenta lo antes dicho, el artículo 1081 diferencia cuatro tipos de plazos: el cierto y determinado, el cierto e indeterminado, el incierto y determinado y el incierto e indeterminado.

347. DÍA CIERTO Y DETERMINADO. Plazo cierto y determinado es aquel que necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como el día de tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador (artículo 1081.1). Así puede decir el testador que deja su casa a Martín desde el día 5 de junio de tal año o que se la deja hasta esa fecha.

Según el artículo 1084, 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 de reclamarla antes de que llegue el día. De suerte que, en el ejemplo, Martín adquiere la propiedad de la casa desde la muerte del causante y, por lo mismo, puede disponer de ella incluso por causa de muerte, pero dada la modalidad impuesta por el testador, no puede exigir su entrega antes de la llegada del plazo.

El asignatario que tenga la cosa en el intervalo de tiempo será un usufructuario, dado que tiene la cosa sujeta a plazo cierto y determinado. El asignatario a plazo, por lógica consecuencia, es un nudo propietario, ya que tiene la propiedad de la cosa asignada y puede enajenarla, pero no puede reclamarla ni usarla ni gozarla.<sup>467</sup>

Si el testador impone expresamente la condición de existir el asignatario en ese día, esto es, al día en que debe entregársele la cosa, se sujetará a las reglas de las asignaciones condicionales. En este caso sobreviene la incertidumbre acerca de si el asignatario existirá a ese día, por lo que la asignación se transforma en condicional, aplicándose las reglas ya vistas.

Por su parte, el artículo 1087 dispone que la asignación hasta día cierto, sea determinado o no, constituye un usufructo a favor del asignatario. De modo que si el testador señala que deja su casa a Martín por el plazo de cinco años, lo que este asignatario tiene es un usufructo por cinco años sobre la casa. La nuda propiedad del inmueble, si el testador no dice otra cosa, pertenece al resto de la sucesión del causante. Al cabo de los cinco años cesa el usufructo y se consolida la nuda propiedad a favor de los herederos.

348. DÍA CIERTO E INDETERMINADO. El día es cierto pero indeterminado si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona (artículo 1081.2). A este respecto señala el inciso primero del artículo 1085 que la asignación desde día cierto pero indeterminado es condicional, y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día. Por ejemplo, dice el testador que deja su casa a Pedro desde que fallezca Luis. La asignación es condicional en la medida que envuelve el hecho futuro e incierto de que exista Pedro a la época en que muera Luis. No es el testador el que introduce una condición en estos términos, sino que la propia ley impone la incertidumbre, al exigir que a la fecha en que venza el plazo, que se sabe que va a llegar, esté vivo el asignatario. De ahí que SOMARRIVA afirme que "la incertidumbre la introduce la ley al presumir en el testador esa condición que no ha expresado".<sup>468</sup>

En todo caso, de conformidad al inciso segundo del artículo 1085, si se sabe que ha de existir el asignatario en ese día, como cuando la asignación es a favor de un establecimiento permanente, como una Municipalidad o el Fisco, tendrá lugar lo prevenido en el inciso primero del artículo 1084. Así las cosas, será como si la asignación fuese hecha desde día cierto y determinado, por lo que dará al asig-

<sup>467</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 194.

<sup>468</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 260.

natario, desde el momento de la muerte del testador; la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no la facultad de exigirla antes de que llegue el día.

Ahora bien, si la asignación se hace hasta día cierto pero indeterminado, por disposición del ya señalado artículo 1087, la asignación constituye un usufructo a favor del asignatario, por las razones y con las consecuencias ya indicadas.

349. DÍA INCIERTO Y DETERMINADO. El día es incierto pero determinado si puede llegar o no, pero, suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día que una persona cumpla veinticinco años (artículo 1081.3). Tal cosa acontecerá cuando el testador señale, por ejemplo, que deja una casa a Josefa desde que cumpla 18 años o bien hasta que cumpla los 18 años. El día es incierto, pues no se sabe si va o no a llegar, pero es determinado, por cuanto si llega se sabe perfectamente cuándo.

Según el artículo 1086, la asignación desde día incierto y determinado o no, es siempre condicional, pues supone la existencia del asignatario al día en que llegue el plazo previsto. Siendo de esta manera, no cabe sino concluir que en la especie se está ante un fideicomiso, ya que las personas que detentan la cosa por el tiempo que va desde la muerte del testador hasta el cumplimiento de la condición (que a falta de designación del testador será el resto de los herederos), la tendrán sujeta a la condición resolutoria de pasar a otra persona si se verifica el hecho futuro e incierto.<sup>469</sup>

Agrega el artículo 1088 que la asignación hasta día incierto pero determinado, unido a la existencia del asignatario, constituye usufructo; salvo que consista en prestaciones periódicas. Así, si el testador señala que deja su casa a Roberto hasta que cumpla los 30 años de edad, Roberto es un usufructuario. A falta de otra designación por parte del testador, los nudos propietarios son los otros herederos. En la especie no se sabe si Roberto cumplirá los 30 años, pero si los cumple, se sabe cuándo. Si Roberto cumple los 30 años, se termina su usufructo y se consolida la propiedad. Si Roberto no llega a cumplir los 30 años, acontece lo mismo, pues el usufructo termina anticipadamente y no se transmite a sus herederos.

En cambio, si se trata de pensiones periódicas, como si el testador dijere en su testamento que deja una pensión alimenticia anual a Pedro hasta los 18 años, no hay ningún usufructo sobre nada, solamente asiste a Pedro el derecho personal de exigir el pago de dicha pensión.

Si el día previsto en la asignación testamentaria está unido a la existencia de otra persona que el asignatario, se entenderá concedido el usufructo hasta la fecha en que, viviendo la otra persona, llegaría para ella el día. Tal sería el caso en que el testador dice, por ejemplo, que deja su casa a María hasta que su hijo Juan cumpla 18 años. María será usufructuaria de la casa hasta la fecha en que su hijo Juan cumpla esa edad o la hubiere cumplido. Esto último es perfectamente concordante con lo previsto en el inciso segundo del artículo 804, que dispone que si el usufructo se ha constituido hasta que una persona distinta del usufructuario llegue a cierta edad, y esa persona fallece antes, durará sin embargo el usufructo hasta el día en que la persona hubiere cumplido esa edad, si hubiese vivido.

350. DÍA INCIERTO E INDETERMINADO. 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 (artículo 1081.4). Dice a este respecto el artículo 1083 que el día incierto e indeterminado es siempre una condición y se sujeta a las reglas de las condiciones.

La asignación desde día incierto e indeterminado está sujeta a condición suspensiva. Dice por ejemplo el testador que lega su casa a Pedro si se casa con María. Es obvio que no se sabe si dicho evento va o no a acontecer ni se sabe cuándo. En este caso, por lo tanto, se configura un fideicomiso. El asignatario condicional es el fideicomisario, ya que tiene la expectativa de adquirir la cosa si se verifica la condición, en tanto que quien tenga la cosa hasta ese momento es el propietario fiduciario, que tiene el *dominio* sujeto a condición resolutoria.

Si la asignación se hace hasta día incierto e indeterminado también es condicional. Si el testador dice que deja su parcela a Pedro hasta que María se case, el día es incierto e indeterminado, puesto que no se sabe si va a llegar ni cuándo. También se configura en este caso un fideicomiso, pero el propietario fiduciario es el asignatario Pedro, quien tiene la cosa, pero sujeta a la condición resolutoria de que se case María. El fideicomisario será quien designe el testador, si es que lo designa; en caso contrario serán fideicomisarios los herederos que compongan la sucesión.

<sup>469</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 196 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 175.

## CAPÍTULO 30

### ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS MODALES PROPIAMENTE TALES

351. CONCEPTO Y REGLAMENTACIÓN. El modo, también llamado carga o cargo<sup>470</sup>, está reglamentado entre nosotros a propósito de las asignaciones testamentarias. No existe, fuera de los artículos 1089 a 1096 (párrafo 4, Título IV, Libro III), otra reglamentación específica para esta institución.

El Código en esta materia ha seguido los postulados doctrinarios que sostienen que se trata de una institución propia de los actos unilaterales y gratuitos, y no de las convenciones onerosas. En estas últimas, la forma especial o particular en que debe ejecutarse una prestación no puede técnicamente revestir la forma de un modo, sino que precisamente es la obligación tal como la han convenido las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad. De allí que en ellas, lo que pudiera calificarse de modo, no sería más que el contenido de la prestación.

Con todo, el artículo 1493 explica que las disposiciones del Título IV del Libro Tercero, sobre las asignaciones testamentarias condicionales y modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes, de lo que puede colegirse, sin dificultades, que el modo también puede estar presente dentro de una convención.<sup>471</sup>

<sup>470</sup> Cfr. MAZEAUD, *Leçons...*, cit., pp. 621 y ss.

<sup>471</sup> Así por lo demás lo concluye la doctrina (cfr. ABELIUK, *Las obligaciones*, T. I, cit., p. 446 y ss. y RAMOS PAZOS, R., *De las obligaciones*, Santiago, 1999, p. 210). A este mismo respecto sostiene RODRÍGUEZ que "es perfectamente posible en un contrato oneroso (artículo 1440) distinguir la contraprestación y la carga o gravamen de carácter modal. En un contrato de compraventa de un cuadro, por ejemplo, puede imponerse al comprador de un determinado gravamen de carácter modal, lo cual sucederá si éste queda sujeto a la carga de tener que facilitar el cuadro adquirido, periódicamente, para ser expuesto en ciertas exposiciones. En este caso, la obligación correlativa asumida por el comprador es la de pagar el precio, pero sin perjuicio de ello se impone la obligación modal diversa de la contraprestación. Estimamos que, en el ejemplo propuesto, no pueden confundirse las obligaciones del comprador, que representan la contrapartida de las que asume el vendedor, con la carga modal. Esta última está establecida en favor de un tercero (el que tiene derecho a exigir la cosa periódicamente para exhibirla) y no tiene un contenido patrimonial determinado. Por lo mismo, hay una clara diferenciación entre la obligación esencial y la obligación modal impuesta al comprador" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 178).

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, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada.

De la norma antes citada debe rescatarse la expresión "fin especial", que es precisamente lo que determina y configura la asignación modal. Por eso es que puede decirse que el modo es el fin especial que el asignatario debe dar a lo que se le ha dejado por causa de muerte. En términos más generales, se puede afirmar que el modo es la especial manera en que debe cumplirse una prestación.

352. NATURALEZA JURÍDICA DEL MODO. Como lo expresa el propio artículo 1089, el modo no es una condición suspensiva. Con esto el Código Civil quiere decir que se asigna algo a una persona con el objeto que lo destine a un fin especial o que haga algo particular con ello; no se impide la adquisición del objeto asignado, a diferencia de lo que ocurre con la condición suspensiva según antes se ha explicado, que sí impide que se adquiera la asignación, lo que solamente acontecerá cuando se cumpla la condición. En el caso de la asignación modal el asignatario adquiere el objeto asignado de inmediato, es decir, con la muerte del causante, pero con la carga de emplearlo en el fin que le ha señalado el testador<sup>472</sup>. Aún más, de acuerdo al artículo 1091, para que la cosa asignada modalmente se adquiera no es necesario prestar fianza o caución de restitución para el caso de no cumplirse el modo.<sup>473</sup>

<sup>472</sup> Afirma RODRÍGUEZ que "salta a la vista el problema de si puede imponerse un modo a un usufructuario que es dueño de su derecho, pero mero tenedor de la cosa sobre la cual recae. Pensamos, por lo mismo, que no es posible constituir un modo sobre un derecho de usufructo, porque la ley es clara al exigir que la "cosa" sea de dominio del asignatario modal" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 180). No parece que la conclusión pueda ser compartida. El derecho de usufructo también es una cosa, una cosa incorporal, como lo señala el artículo 583, pero es una cosa. Por lo mismo, el usufructo en cuanto cosa también puede ser gravado con un modo. Tal sería el caso, por ejemplo, si el testador asigna el usufructo de un fundo a Pedro con la carga de que reciba en él a los hijos de Marta o que destine ciertos frutos al pago de una pensión en favor de determinadas personas.

<sup>473</sup> Explica RODRÍGUEZ que "sea que la asignación modal se haya instituido con cláusula resolutoria o si ella, para adquirirla el asignatario no está obligado a afianzar ni a caucionar la restitución de la cosa. Es obvio que la restitución sólo puede operar cuando existe cláusula resolutoria. Pero el asignatario no está obligado ni a caucionar el cumplimiento de la obligación que impone el modo. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 183).

Desde este punto de vista, el modo es una obligación impuesta al asignatario y no una suerte de ruego, recomendación o consejo<sup>474</sup>. Si el testador se limita a sugerir la forma en que podrían emplearse las cosas heredadas o legadas, ello no será un modo. En cambio, si se dice que deben ser empleadas en un fin particular, tal disposición jurídicamente constituye una obligación para el asignatario modal.

En todo caso, no se trata de una obligación tal como se la concibe en la teoría general de las obligaciones, en donde claramente puede distinguirse una parte que es la acreedora y otra la deudora, puesto que, en el caso del modo, el beneficiario puede ser el testador, el propio asignatario (artículo 1092) o personas indeterminadas, las que, por lo mismo, no pueden ser consideradas como acreedoras de la obligación impuesta en el testamento<sup>475</sup>. Por eso que, si bien se trata de una obligación para el asignatario, no siempre puede identificarse en ella la presencia del correlativo acreedor, tal como ocurre en sede contractual.<sup>476</sup>

353. BENEFICIARIOS. Como se advertía, los eventuales beneficiarios del modo pueden ser múltiples. Podría tratarse del propio testador, del asignatario, de terce-

<sup>474</sup> "No se debe confundir el modo, que implica obligatoriedad para el gravado, con el simple ruego o consejo, que carece de poder vinculante. Los antiguos llamaban al cargo *modus qualificatus*, en tanto que al simple consejo lo llamaron *modus simplex*" (PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 668). Sin embargo, no siempre será fácil diferenciar un mero consejo de un verdadero modo. Señala BORDA que "muchas veces se presenta la duda de si la expresión utilizada por el testador importa un cargo o un simple ruego. Es frecuente, en efecto, que los testadores, por una razón de deferencia, consideración, delicadeza de trato, utilicen una fórmula que tiene apariencia de ruego, pero que en verdad importa una manifestación de voluntad" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 318). Tal acontecería si dijere el testador, por ejemplo, ruego a mi legatario Pedro, a quien he dejado mi parcela de Olmué, que acoja en ella a los hijos de Andrés. La duda debiera resolverse a favor de la obligatoriedad de la disposición, pues parece ser que es lo que más se ajusta a lo querido por el testador.

<sup>475</sup> En contra sostiene RODRÍGUEZ que "no parece posible afirmar que el modo pueda estar establecido a favor de la persona indeterminada. En efecto, el artículo 1096 del Código Civil dice: Siempre que haya de llevarse a efecto la cláusula resolutoria, se entregará a la persona en cuyo favor se ha constituido el modo... Por otra parte, el artículo 1291 del Código Civil resuelve el caso que se presenta cuando la asignación modal es instituida a sujeta indeterminado, dándole ya sea al Ministerio Público, al defensor de obras pías y al onlinario eclesiástico, en su caso, facultades para exigir el cumplimiento de la obligación modal: Nada de extraño tiene esta regla en presencia de lo previsto en el artículo 1056 del mismo Código, que suple la insuficiencia de la asignación cuando no se designa al asignatario, tratándose de herencias o legados instituidos a favor de establecimientos de beneficencia, al alma del testador o a los pobres en general. Por lo dicho es forzoso concluir que la indeterminación del asignatario, en casos excepcionales, la suple la ley" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 190).

<sup>476</sup> No obstante lo señalado, hay quienes han defendido que la obligación que impone el modo al asignatario es una obligación civil en todo semejante a las obligaciones contractuales (Así, RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 189).

ros o bien de la sociedad en general. De forma que es perfectamente posible que el asignatario modal no sea el beneficiario del modo y que los beneficiarios de éste no sean herederos o legatarios. De allí que afirme MESSINEO que "el *modus* en el testamento es el medio técnico para beneficiar *mortis causa* a una persona, aun sin necesidad de llamarla a la sucesión en calidad de heredero o legatario"<sup>477</sup>. La cuestión reviste particular importancia para determinar quiénes son las personas que pueden demandar el cumplimiento del modo impuesto por el testador:

a) Si el beneficiario del modo es el propio testador, como si por ejemplo deja una suma de dinero para que se construya una estatua o monumento en su memoria, hay que entender que el beneficio es con relación al alma o memoria del difunto. En este caso el cumplimiento podrá ser demandado por el albacea (artículo 1270), por los otros herederos (artículo 1271) o por cualquier persona a que pueda aprovecharle la resolución de la asignación, al quedar ella sin efecto por su incumplimiento (artículo 1096.1 *in fine*).

b) Si el beneficiario del modo es el propio asignatario modal, como si se le deja algo a una persona para que lo invierta en una casa en la que vive o realice un viaje, lo cierto es que no hay obligación propiamente dicha, puesto que el artículo 1092 se encarga de señalar que si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria. Teóricamente no existiría en este caso quien pueda exigir el cumplimiento del modo. Sin embargo, si existiera cláusula resolutoria por el incumplimiento, los otros herederos podrían instar a la resolución, pues, en tal caso, la asignación quedaría sin efecto, pasando a engrosar la masa hereditaria, lo que los beneficiaría (artículo 1096.1).

c) Si el beneficiario del modo es un tercero, como si el testador deja una casa a Juan para que acoja en ella a los hijos menores de María, pueden demandar su cumplimiento del modo el propio tercero, el albacea o los herederos. En este caso debe resaltarse que el tercero solamente es beneficiario del modo, pero en caso alguno es del testamento, es decir, no es heredero ni legatario<sup>478</sup>. Los hijos de María no son asignatarios por causa de muerte, sino que beneficiarios del modo. Por consiguiente, los requisitos de capacidad y dignidad y de estar suficientemen-

<sup>477</sup> *Manual...*, T. VII, cit., p. 138.

<sup>478</sup> En este sentido señala MESSINEO que "el beneficiario del *modus*, cuando éste consiste en una obligación de dar o de hacer, es acreedor no de la herencia, sino del que sufre la carga (heredero o legatario)" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 138).

te determinado para suceder solamente deben concurrir en el asignatario modal, en el ejemplo Juan, mas no en el beneficiario del modo.<sup>479</sup>

d) Si el beneficiario del modo es la sociedad en general, como si se deja una suma de dinero para que se construya un hospital, dado el fin de beneficencia pública que se persigue, pueden reclamar su cumplimiento, conforme al artículo 1291, el defensor público, el eclesiástico o el defensor de obras pías, según los casos y el tipo de obra de que se trate.

354. CUMPLIMIENTO. En materia del cumplimiento del modo impera la regla del artículo 1069, relativa a la interpretación de la voluntad del testador. De tal forma que el modo debe ser cumplido en la forma en que el testador lo deseó o presumiblemente lo quiso. Sin embargo, existen ciertas normas particulares a este respecto, que básicamente son las siguientes:

a) No pueden ejecutarse los modos imposibles, ininteligibles o inductivos a hechos ilegales o inmorales, pues, en tal caso, no vale la disposición testamentaria (artículo 1093.1). Resulta del todo curioso que lo que no valga sea "la disposición testamentaria" y no sólo el modo, pues no resulta para nada claro por qué, si el causante deja algo a un heredero o legatario y le impone una carga ilícita, deba quedar sin efecto toda la asignación y no únicamente lo que resulta ilícito<sup>480</sup>. Ahora, si el modo es imposible de cumplir en la forma especial en que lo previó el testador, sin culpa del asignatario, puede cumplirse de otra forma análoga debidamente aprobada por el juez con citación de los interesados (artículo 1093.2). Si el modo se hace enteramente imposible de cumplir sin culpa del asignatario, subsis-

<sup>479</sup> Cfr. RDJ, T. 6, 1, p. 481; T. 11, 1, p. 21; T. 12, 1, p. 107 y T. 53, 1, p. 325. Esta última cuestión no deja de ser interesante, ya que a través de ella podrían burlarse las incapacidades para suceder, pues podría asignarse algo a una persona capaz con el modo de hacer algo en beneficio del incapaz, contraviniendo de este modo las reglas sucesorias. En este caso no podría argumentarse que el beneficiario del modo no reúne los requisitos de capacidad o de determinación para suceder, por cuanto ellos pueden faltar respecto de él. La única opción, si es que se le considera conducente, será la de solicitar la nulidad de la asignación con fundamento en el artículo 966, argumentando que se trata de una disposición en favor de persona incapaz que ha sido disfrazada por la interposición de otra persona.

<sup>480</sup> Norma semejante a la chilena está contenida en el artículo 564 del Código Civil argentino, que dispone que "si el hecho que constituye el cargo fuere imposible, ilícito o inmoral, no valdrá el acto en que el cargo fuese impuesto". De la misma forma dispone el artículo 3608 que "en las disposiciones testamentarias, toda condición o carga, legal o físicamente imposible, o contraria a las buenas costumbres, anula la disposición a que se halle impuesta". La doctrina ha sido muy crítica de esta solución. Sostiene BORDA que "si esta solución es deplorable en materia de condición, en nuestro caso es francamente inexplicable. El cargo no hace a la adquisición misma del derecho, como la condición, sino que es un elemento accesorio separable de él; por tanto, su nulidad no debería en ningún caso dar lugar a la invalidez de la institución de heredero o legado" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 321). En el mismo sentido, PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 675.



te la asignación sin la carga modal (artículo 1093.3), se trataría, a fin de cuentas, de una asignación pura o simple.

b) En el evento que el testador no haya determinado suficientemente la forma y el tiempo especial en que debía ejecutarse el modo, puede determinarlos el juez, siguiendo en lo posible la voluntad del testador y dejando un beneficio para el asignatario modal equivalente a la quinta parte del valor de la cosa asignada (artículo 1094). Este beneficio mínimo para el asignatario, en virtud de lo señalado en el número 6 del artículo 86 de la Ley General de Bancos, no rige si el asignatario modal es un banco. Si tal cosa acontece, el juez no estará obligado a otorgarle o dejarle al banco un beneficio mínimo.

c) Finalmente, 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 (artículo 1095).

355. INCUMPLIMIENTO DEL MODO. Para determinar los efectos que acarrea el incumplimiento del modo por culpa del asignatario llamado a hacerlo, debe distinguirse si existe o no cláusula resolutoria.

Según lo señalado en el artículo 1090.1, en las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo. De forma que en virtud de ella se opera una auténtica resolución por incumplimiento. El asignatario que no ha cumplido con esta especial carga que le impuso el causante deberá restituir a la masa las cosas asignadas y sus frutos.

Esta cláusula resolutoria, o al menos el efecto antes señalado, debe ser explícita en el testamento. Dice el inciso segundo del artículo 1090 que "no se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa". La diferencia con lo previsto en el artículo 1489 es manifiesta. Mientras según aquél en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por una de las partes lo pactado, en el caso de las asignaciones modales sólo se entiende que esta condición está presente cuando el testador expresamente la haya señalado.

Se exceptúa de la mención expresa de la cláusula resolutoria o su efecto el caso en que el asignatario modal sea un banco. Dispone el inciso primero del número 6 del artículo 86 de la Ley General de Bancos que los bancos podrán desempeñar comisiones de confianza y como tales podrán "ser asignatarios modales cuando el modo ha sido establecido en beneficio de terceros. En tales casos se entenderá que la asignación modal envuelve siempre cláusula resolutoria".

De manera que si no hay cláusula resolutoria expresada por el testador, salvo el caso señalado, no cabe aplicar la resolución de la asignación modal si el asignata-

rio no cumple, y solamente podrá demandarse el cumplimiento del modo, y sólo si ello es procedente.

En efecto, si no existe cláusula resolutoria, y el beneficiario es el propio asignatario, no habrá consecuencia alguna en su contra, ya que al respecto el modo no impone obligación (artículo 1092). De la misma forma, si el beneficiario del modo es otra persona, ella solamente podrá exigir su cumplimiento forzado de conformidad a las reglas generales o la correspondiente indemnización de perjuicios, pero no podrá solicitar la resolución de la asignación modal.<sup>481</sup>

En cambio, si existe cláusula resolutoria, la situación es diferente. Existiendo esta cláusula —de conformidad a lo previsto en el artículo 1096— tanto los beneficiarios del modo, así como los herederos, podrían solicitar la resolución de la asignación, ya que ello determinará que a los beneficiarios del modo se les entregue una suma proporcionada al objeto, y que el resto del valor de la cosa asignada acrezca a la herencia, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa.

Debe llamarse la atención sobre este particular efecto. No se trata simplemente de que la asignación con modo quede sin efecto, sino que el beneficiario del modo obtiene una ventaja patrimonial equivalente a la que el cumplimiento del mismo le hubiere valido, y sólo el resto es lo que acrece a la herencia.

Como nadie puede aprovecharse de su propia torpeza, el inciso segundo del artículo 1096 establece que el asignatario a quien se ha impuesto el modo no gozará del beneficio que pudiera resultarle de la disposición precedente. Esta regla se aplica aparentemente incluso cuando el beneficiario del modo sea el propio asignatario, ya que el precepto no distingue. De forma que si el único beneficiario del modo no cumple y los restantes asignatarios solicitan la resolución, el acrecimiento que experimente la herencia no podría beneficiar a este asignatario, ya que nadie podría aprovecharse de su propia torpeza o negligencia.<sup>482</sup>

El plazo para solicitar la resolución del modo, a falta de norma especial, debe entenderse que es de cinco años según la regla general del artículo 2515, plazo que debe contarse desde que el modo fue incumplido por parte del asignatario.<sup>483</sup>

<sup>481</sup> Cfr. ABELIUK, *Las obligaciones*, T. I, cit., p. 448.

<sup>482</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 588. De la misma forma señala RODRÍGUEZ que "no es aventurado pensar que la resolución de la asignación arrastra consigo la pérdida de todo beneficio para el asignatario modal, debido a que ella se extingue por su propio hecho" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 184 y 185. En contra CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, N° 971, p. 477.

<sup>483</sup> Cfr. RDJ, T. 15, 1, p. 601.

CAPÍTULO 31  
ASIGNACIONES A TÍTULO UNIVERSAL

356. CONCEPTO. Asignatario por causa de muerte es todo aquél a quien se hace una asignación, sea testamentaria o legal (artículo 953). De forma que la expresión más general a este respecto es precisamente la de asignatario, ya que con ella se designa a una persona llamada por la ley o por el testamento en la sucesión de otra, sea un heredero o un legatario.

El asignatario es un heredero cuando la asignación en su favor es una herencia y es legatario cuando esa asignación está constituida por un legado. En el primer caso se dice que la asignación es a título universal y, por lo mismo, el asignatario también lo es a título universal. En el segundo caso, la asignación es a título singular, y el asignatario, por lo mismo, lo es a título singular (artículos 951 y 954).

Por consiguiente, y como antes se ha dicho, lo que determina la diferencia entre un heredero y un legatario no es el nombre con el que es llamado, sino que el tipo de asignación con la que es beneficiado por la ley o por el testamento. Siempre que el asignatario suceda al causante en el todo o una parte alícuota de sus bienes, será un heredero. Por el contrario, siempre que el asignatario suceda al causante en determinados bienes en especie o en género, será legatario.

No es relevante para los efectos de la determinación de heredero o legatario la forma en que haya sido calificado o llamado por el causante en el testamento. Puede que el causante haya dicho que nombra legatario a Pedro y que en tal virtud le deja todos o un tercio de sus bienes. En este caso el asignatario es heredero, por cuanto sucede al causante en todos sus bienes o en una parte de ellos, según el caso. De la misma forma puede acontecer que el causante diga en el testamento que nombra su heredero a Pedro, y tal calidad le deja o un bien determinado o una determinada cantidad de objetos de un mismo género. Naturalmente, en este caso el asignatario lo será a título singular y no universal, aun cuando el testamento lo califique como heredero.<sup>484</sup>

<sup>484</sup> Explican DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que "históricamente, existen dos sistemas para designar al heredero. El romano, eminentemente subjetivo. Es heredero el que el testador así lo denominó, indepen-

Dispone el artículo 951.2 que se sucede a título universal cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad tercio o quinto. Agrega el artículo 954 que las asignaciones a título universal se llaman herencias. Termina el artículo 1097 señalando que los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Estos herederos, según el caso, pueden ser herederos universales, de cuota, de remanente, legales, testamentarios, voluntarios o forzosos.

357. HEREDEROS UNIVERSALES. Los herederos universales son aquellos herederos que son llamados a la sucesión del difunto sin designación de cuotas. Dispone el artículo 1098 que el asignatario que ha sido llamado a la sucesión en términos generales que no designan cuotas, como "Sea Fulano mi heredero", o "dejo mis bienes a Fulano", es heredero universal. Siempre que se suceda al difunto en todo su patrimonio o en una parte de él, pero sin designación de cuotas, el heredero es un heredero universal.

Pueden existir, en consecuencia, varios herederos universales en una misma herencia, en la medida que sean llamados a ella sin designación de cuota. Así ocurre cuando el testador dice "instituyo herederos a Pedro, Martín y Josefa". En este caso, y de conformidad al artículo 1098.3, si son varios los herederos instituidos sin designación de cuota, dividirán entre sí por partes iguales la herencia o la parte que de ella les toque. De modo que si hay tres herederos universales, a cada uno de ellos le corresponde un tercio de la herencia, lo que no quiere decir que hayan sido llamados en un tercio de la herencia. En este caso los tres concurren como herederos universales y no como herederos de cuota, por cuanto no han sido llamados con señalamiento de ella.

Si el asignatario es solamente uno, es obvio que sólo este heredero universal llevará la totalidad de la herencia; pero si son varios, como en el ejemplo antes señalado, cada uno de ellos llevará una parte equivalente al resultado de dividir la

totalidad del *as* hereditario por el número de herederos designados. Lo que acontece es que el derecho a esta parte de la herencia no viene por la designación del testador o la ley, sino que es el resultado de la concurrencia de varios herederos sobre la totalidad de la herencia. Por lo mismo, el proceso de división de la herencia en tantas partes como herederos universales haya en el caso concreto no los priva de este carácter.

Por otro lado, debe recordarse también que todo heredero universal es asignatario universal, pero que no todo asignatario universal es heredero universal. El heredero de cuota es un asignatario universal por cuanto sucede al causante en una parte de su patrimonio, pero no es heredero universal en la medida que se le ha indicado una cuota en la que sucede, y no sucede al causante en todo su patrimonio. Su derecho no es a la totalidad de la herencia, sino que a una parte alícuota debidamente establecida por el testador.

358. HEREDEROS DE CUOTA. Los herederos de cuota son aquellos que resultan llamados en una cuota determinada de la herencia del causante. Lo que los caracteriza y permite diferenciarlos de los herederos universales es precisamente que éstos son llamados con señalamiento preciso de cuota. Así ocurre cuando el causante expresa que deja un tercio de la herencia a Pedro, un tercio a Martín y un tercio a Josefa. Si el causante llama a varias personas por partes iguales, se ha resuelto que no son herederos de cuota sino que herederos universales, ya que no hay señalamiento de cuota<sup>485</sup>. En cambio, se ha resuelto que si se llama a un heredero en un porcentaje de la herencia, como el 30%, sí hay señalamiento de cuota, por lo que el heredero lo es de cuota.<sup>486</sup>

No interesa para esta calificación el beneficio económico que en definitiva les reporte la sucesión del causante, puesto que puede ocurrir que un heredero de cuota lleve más que un heredero universal. Así, si el causante dice que instituye herederos a Pedro, Martín y Josefa, son herederos universales, y a fin de cuentas llevarán un tercio cada uno. Pero si dice que deja su herencia en una mitad a Pedro y en la otra mitad a Martín, son herederos de cuota, y cada uno lleva más que cada heredero universal.

359. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN ANTERIOR. El régimen jurídico de los herederos universales y de cuota es básicamente el mismo, en la medida que ambos, por ser herederos, son continuadores de la personalidad del causante, res-

Continuación nota <sup>484</sup>

dientemente que le haya asignado todo el *as* hereditario, una parte alícuota del mismo o sólo una o varias especies determinadas. El germánico u objetivo, en el cual el heredero se determina por la naturaleza de la asignación y no por el nombre que se le atribuya en el acto de última voluntad. Nada importa, para este sistema, el nombre que el testador le haya atribuido. Lo que interesa es si le ha dejado todo el *as* hereditario o una cuota del mismo" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 232). Como resulta obvio, Bello se apartó del sistema romano y siguió el germánico, en el cual, como se explica, la distinción entre heredero y legatario es de fondo y no de forma o por llamamiento.

<sup>485</sup> Cfr. RDJ, T. 20, 1, p. 211.

<sup>486</sup> Cfr. GT, 1928, s. 111, p. 709.

ponden por las deudas hereditarias y adquieren el dominio y la posesión de la herencia por la muerte del causante. Sin embargo, la gran diferencia está en que el derecho de acrecimiento solamente opera en favor de los herederos universales y no de los de cuota. El derecho de acrecimiento importa que lo que correspondía en la herencia a los herederos que faltan aumenta la porción de los restantes asignatarios.

Si el testador señala que deja su herencia a Pedro, Pablo y Gregorio, y a la muerte del testador falta Gregorio, lo que a él le hubiera cabido en la herencia, si no se hubiere designado un sustituto, pasa a engrosar o a acrecer la porción de los que no faltan, por lo que Pedro y Pablo llevarán la mitad cada uno. Si, por el contrario, señala el testador que deja un tercio de la herencia a Pedro, otro tercio a Pablo y un tercio final a Gregorio, y falta Gregorio, la cuota de éste no aumenta la parte de los otros, sino que ella, como ya se verá, a falta de sustitutos, corresponde a los herederos abintestato del causante.

Esto acontece porque los herederos de cuota no han sido llamados a la totalidad de la herencia, ellos no tienen vocación universal y, como consecuencia, si uno de ellos falta, su parte no puede ir en beneficio de los que no fueron llamados a ella.

La única posibilidad de acrecimiento que tienen los herederos de cuota es al interior de la propia cuota. Si el causante ha asignado una cuota a varios herederos, y uno de ellos falta, la parte del que falta acrece a la de los otros. Así, si el causante dice que un tercio de la herencia es para Pedro, el otro para Martín y el tercio restante es para María, Isabel y Josefa, y falta María, su parte acrece a la de Isabel y Josefa.

360. HEREDEROS DE REMANENTE. Aunque los artículos 1099 y 1100 se refieren a los herederos de remanente, ellos no están definidos claramente. Los herederos de remanente pueden ser entendidos como aquellos herederos que son llamados por el testamento o la ley después de efectuadas las disposiciones testamentarias, en la parte en que el testador no dispuso de sus bienes. En verdad no constituyen una categoría independiente de heredero, pues, a la larga, o son herederos universales o de cuota. Lo que los caracteriza es que llevan lo que resta de la herencia luego de aplicado el testamento.

361. CLASIFICACIÓN DE LOS HEREDEROS DE REMANENTE. Los herederos de remanente pueden ser testamentarios o legales, según sean llamados por el testador o por la ley, y pueden ser además universales o de cuota, dependiendo de si sólo se instituyeron legados en el testamento o también se señalaron cuotas.

a) Heredero de remanente testamentario universal. El heredero de remanente testamentario universal es aquel que concurre cuando el testador ha instituido legados, pero además dispone del resto de los bienes no en forma de legados ni en cuotas, sino que de una manera global o general. Por ejemplo, dice el testador: "dejo mi automóvil a Pedro, mi casa a Pablo, mi bote a Martín, y, el resto de mis bienes se los dejo a María". María es heredera de remanente testamentaria universal, porque es llamada en el testamento y porque no se la llama con señalamiento de cuota. Si hubiere más de un heredero en estas circunstancias, porque dijo el testador, por ejemplo, "dejo el resto de mis bienes a Josefa e Isabel", ellas son herederas universales, gozando del derecho a acrecer si una de ellas falta.

b) Heredero de remanente testamentario y de cuota. El heredero testamentario de remanente y de cuota es aquel que se genera cuando el causante en su testamento asigna cuotas a ciertos asignatarios y además instituye un heredero por el remanente sin señalarle cuota. En este caso, dispone el artículo 1098.2 que si el heredero universal concurre con herederos de cuota, se entenderá heredero de aquella cuota que con las designadas en el testamento complete la unidad o entero, y según el artículo 1099, si las otras asignaciones son de cuota, el asignatario del remanente es heredero de la cuota que reste para completar la unidad. Por ejemplo, el testador dice: "dejo un tercio de mis bienes a Pedro y un tercio a Pablo, y del resto el heredero será Martín". Este último es heredero de remanente testamentario y de cuota, concretamente en un tercio, pues es llamado en el testamento y por una cuota.

Interesante resulta aclarar qué acontece si los herederos que se encuentran en esta situación son dos o más. Por ejemplo, porque señala el testador que el resto de sus bienes se los deja a Pedro y Pablo. Señalan los DOMÍNGUEZ que éstos serían herederos de cuota<sup>487</sup>; así también lo señala el inciso segundo del artículo 1098, al señalar que "se entenderá heredero de aquella cuota que con las designadas en el testamento complete la unidad o el entero". MEZA BARROS señala por su parte que aun cuando el heredero en esta condición reciba "la cuota que falte para enterar la unidad, el heredero de remanente no es heredero de cuota sino universal porque su llamamiento está hecho en términos generales que no expresan cuota"<sup>488</sup>.

La verdad es que pareciera relativamente claro que si un heredero es llamado de esta forma, deviene en heredero de cuota, por lo que si es uno solo, no goza del derecho de acrecimiento en el evento que falten los otros herederos de cuota. En

<sup>487</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., p. 243.

<sup>488</sup> *Manual...*, cit., p. 188.

cambio, si son dos o más los herederos llamados por el testador de esta forma, acontece que entre ellos son herederos universales de la cuota que les corresponde, por lo que si falta alguno de ellos, sí tienen derecho a acrecer en el interior de la cuota. Así lo confirma el artículo 1148, que señala que el acrecimiento tiene lugar "entre los consignatarios de una misma parte o cuota". Por consiguiente, si falta uno de ellos, la parte del que falta acrece a la del otro, y sin faltan ambos, su cuota no acrece la del resto de los herederos de cuota designados por el testador, ella corresponderá a los sustitutos que puedan haberse designado en el testamento o se repartirá de conformidad a las reglas de la sucesión intestada.

c) Heredero del remanente legal y universal. El heredero de remanente legal y universal es aquel que es llamado por la ley cuando el testador solamente dispone a título singular de ciertos bienes y nada dice del resto. Según el artículo 1100.2, si en el testamento no hubiere asignación alguna a título universal, los herederos abintestato son universales. Por ejemplo, dice el testador: "dejo mi auto a Pedro y mi casa a Martín", y nada señala en el resto del patrimonio. En este caso, en el resto del patrimonio son llamados los herederos abintestato, los que lo son universales y legales, por cuanto son llamados por la ley y sin señalamiento de cuota.

d) Heredero de remanente legal y de cuota. Heredero de remanente legal y de cuota es aquel que es llamado por la ley por el remanente cuando en el testamento sólo se asignan cuotas y todas ellas no enteran la unidad. Dispone el artículo 1100.1 que si no hubiere herederos universales, sino de cuota, y las designadas en el testamento, no componen todas juntas unidad entera, los herederos abintestato se entienden llamados como herederos del remanente. Por ejemplo, "dice el testador: instituyo heredero en un cuarto de mis bienes a Pedro y en otro cuarto a Martín", y nada dice del resto. En la parte restante sucederán los herederos abintestato que la ley designa, los que serán herederos de cuota. En este caso, si falta alguno de los herederos designados por el testador, no hay derecho de acrecer entre ellos, pues existen designaciones de cuota o se les considera herederos de cuota. Si fueren varios los herederos de remanente designados por el testador, entre ellos sí existe derecho de acrecer. Si el testador dice, por ejemplo, "dejo una cuarta parte de mis bienes a Pedro" y nada dice del resto, los herederos legales de los tres cuartos restantes son de cuota. Si falta uno de los varios herederos que la ley llama a la cuota no asignada, la parte del que falta sí acrece a la de los otros, puesto que entre ellos no existe designación de cuotas.

362. CASO EN QUE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS COMPLETEN O SUPEREN LA UNIDAD DE LA HERENCIA. Puede acontecer que el testador efectúe en el testamento una serie de asignaciones que en su conjunto superen la unidad, como

si dice que deja un tercio de sus bienes a Pedro, un tercio a Pablo, un tercio a Martín y le resto a Isabel. En este caso las asignaciones de cuota completan el entero, pero la asignación del resto lo supera. Las reglas de los artículos 1101 y 1102 resuelven estos problemas según la forma en que se efectúen los llamamientos en el testamento, y diferenciando si otro heredero es llamado como heredero del remanente o heredero universal.

a) Si un heredero es llamado como heredero del remanente, y si las designaciones de cuota completan la unidad, el heredero de remanente nada lleva en la herencia, puesto que la verdad es que no existe remanente. Dispone el artículo 1101, *in fine*, que si las cuotas completan la unidad, el heredero universal lleva una parte en la herencia según la fórmula allí establecida; a menos que sea instituido como heredero del remanente, pues entonces nada tendrá.

La situación en el caso del ejemplo propuesto es la siguiente: Isabel es llamada como heredera del remanente; remanente que no existe, porque las cuotas completan la unidad, por lo que en definitiva nada lleva en la herencia.

b) Si un heredero es llamado como heredero universal y las cuotas designadas en el testamento completan o exceden la unidad, el heredero universal se entenderá instituido heredero en una cuota cuyo numerador sea la unidad y el denominador el número total de herederos (artículo 1101). Reducidas las cuotas a un común denominador, incluso las computadas según el artículo precedente, se representará la herencia por la suma de los numeradores, y la cuota efectiva de cada heredero por su numerador respectivo (artículo 1102).

La situación es la siguiente: el testador señala, por ejemplo, que deja la mitad de sus bienes a Pedro, un tercio lo deja a Pablo y un cuarto a Martín e instituye heredera universal a Isabel. En este caso Isabel es llamada como heredera universal, y no como heredera del remanente, por lo que deben aplicarse las reglas de los artículos 1101 y 1102.

Para resolver este problema, el primer paso es determinar la cuota del heredero universal. Esta cuota, según el artículo 1101, para el ejemplo, es de un cuarto, ya que el numerador es la unidad y el denominador el número total de herederos, es decir, cuatro.

El segundo paso, según el artículo 1102, es determinar el mínimo común denominador de todas las cuotas. En el caso del ejemplo, este mínimo común denominador es doce.

El tercer paso es expresar lo que le corresponde a cada heredero según este denominador. A Pedro le corresponde la mitad, es decir, 6/12. A Pablo, un tercio, es decir, 4/12. A Martín y a Isabel un cuarto a cada uno, es decir, 3/12 para cada cual.

El cuarto paso, según el artículo 1102, será el de sumar todos los numeradores para representar la herencia, suma que en este caso es de 16.

En quinto lugar, se expresa cada cuota por su numerador respectivo, y que es lo que cada heredero lleva en la herencia. Así Pedro lleva 6/16, Pablo 4/16, Martín 3/16 e Isabel 3/16. En otras palabras, la herencia se divide en dieciséis partes, seis para Pedro, cuatro para Pablo, tres para Martín y tres para Isabel.

De esta forma lo que en verdad acontece es que se reducen todas las cuotas en forma proporcional con el objeto que todos los herederos designados por el testador lleven parte en la herencia.

363. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REFORMA DEL TESTAMENTO. Concluye el párrafo 5 del Título IV del Libro III señalando en el artículo 1103 que todo lo dicho en este título se entiende sin perjuicio de la acción de reforma que la ley concede a los legitimarios y al cónyuge sobreviviente. Esto, porque el testador puede haber vulnerado las asignaciones forzosas consistentes en las legítimas o las mejoras, caso en que los legitimarios disponen de la acción de reforma del testamento destinada a restaurar lo que corresponde de conformidad a ellas.

La alusión de la norma al cónyuge sobreviviente es una inadvertencia de la Ley N° 19.585. A partir de ella el cónyuge sobreviviente es un legitimario, por lo que bastaba que la norma se refiriese a los legitimarios. Antes de esta ley la referencia al cónyuge sobreviviente se justificaba en la medida que tenía derecho a reformar el testamento en cuanto vulnerase su derecho a la porción conyugal, asignación forzosa que ya no existe.

## CAPÍTULO 32 ASIGNACIONES A TÍTULO SINGULAR O LEGADOS

364. CONCEPTO. De acuerdo a lo señalado en los artículos 951, 954 y 1104, los legatarios o asignatarios a título singular son aquellos que suceden al causante en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo. Estos asignatarios a título singular, con cualesquiera palabras con que se les llame y aun cuando en el testamento se les califique de herederos, son legatarios: no representan al testador; no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confieran o impongan. Lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos y de la que pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma.

De esta forma, para determinar cuándo se está en presencia de un legado, se ha seguido el mismo criterio objetivo que toma el Código para la determinación de cuándo se está ante una herencia. Lo que determina que una persona sea legatario no es la forma cómo sea llamada por el testador, sino que la naturaleza misma de la asignación. Si se le asignan especies o cuerpos ciertos o cosas indeterminadas de un género determinado, el asignatario es un legatario. Poco importa que habiéndole asignado estas cosas el testador lo haya llamado como heredero, por el tipo de asignación es un legatario.

Tampoco es relevante que el legatario haya resultado más o menos beneficiado que un heredero. El testador podría haber dispuesto de todos sus bienes en forma de legados, y no obstante ello haber designado, además, un heredero universal. En este caso el heredero poco o nada llevará en la herencia, resultando beneficiados únicamente los legatarios. Incluso más, este heredero podría verse enfrentado a las deudas hereditarias, cosa que los legatarios harán sólo de manera subsidiaria.

A pesar de esta aparente claridad legal en los artículos 951, 954 y 1104, la precisión de la noción de legado no es del todo fácil, pues si bien estas normas sugieren la idea que el legado es un acto testamentario por el que se le deja un bien o un número de bienes a una persona, ello no siempre es así. Muchas veces el

legado sobrepasa el mero acto de asignar una cosa a otro por testamento, y muchas veces además el carácter de sucesor del legatario resulta dudoso. Así el legado puede tener por objeto no sólo cosas corporales, sino que también derechos y acciones (artículo 1127); también puede tener por finalidad pagar una deuda que se mantiene con otro; para lo que se instituye legatario al propio acreedor (artículo 1131); puede tener por objeto alzar una garantía o condonar una deuda (artículo 1128), o incluso disponer la adquisición de una cosa para ser entregada al legatario (artículos 1106 y 1107). De estos casos aparece que el legado no siempre es un acto por el cual se deja una cosa a un asignatario, sino que imponen obligaciones de una naturaleza más amplia, de allí que se les llame también mandas o cargas testamentarias.

Asimismo, resulta que, ocasionalmente, es difícil sostener que el legatario sea un sucesor del causante, pues si el causante lega una cosa que no le pertenece, o impone a los herederos la obligación de adquirir una cosa para ser dada al legatario, o condona o paga una deuda a través del testamento, en verdad no es muy claro el carácter de sucesor por causa de muerte del legatario. No resulta muy explicable que el legatario pueda suceder al causante en el dominio de una cosa que no le pertenecía, o que el deudor liberado o el acreedor pagado mediante la asignación de una cosa pasen a suceder al causante.<sup>489</sup>

Por eso el legado puede tener muy variados efectos: Real, obligacional, liberatorio o extintivo. Tiene efecto real cuando atribuye el dominio de una cosa o de un derecho real o personal. Su efecto es obligacional cuando impone una obligación de dar, hacer o no hacer. Tendrá efecto liberatorio cuando implique la remisión de una deuda. Por fin, tendrá mérito extintivo cuando por medio de él el testador, titular de un derecho real abdica de él, sin que por ello pase a los que son los herederos.<sup>490</sup>

365. CARACTERÍSTICAS. De las asignaciones a título singular pueden destacarse las siguientes características:

a) Los legatarios no son sucesores en la titularidad del patrimonio del causante. No lo representan ni son continuadores de su personalidad (artículo 1104).

b) Los legatarios solamente tienen una responsabilidad subsidiaria por las deudas hereditarias (artículo 1104.2).

<sup>489</sup> En contra de los legados como una forma de sucesión por causa de muerte: GUZMÁN BRITO, A., *El concepto de legado en el Derecho Civil chileno*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 22, 2, 2008, pp. 70 a 72. Véase también GUZMÁN, *Identities...*, cit., pp. 49 y ss.

<sup>490</sup> Cfr. GUZMÁN BRITO, A., *La tipología de los legados en el Derecho Civil chileno*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 27, 2006, en particular, pp. 57 y ss.

c) La asignación a un legatario supone una expresa disposición testamentaria; no existen legados legales ni tácitos.<sup>491</sup>

d) Los legatarios puede que adquieran el dominio del bien que es legado, como los legatarios de especies o cuerpos ciertos, o puede que solamente adquieran un derecho personal para exigir la entrega de las cosas objeto de la asignación, que es el caso de los legados de género.

e) Los legados pueden ser adquiridos en virtud del derecho de transmisión. Dispone el artículo 957 que "si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido". Por consiguiente, si un legatario fallece sin haberse pronunciado sobre si acepta o rechaza la asignación, tal derecho pasa a sus herederos, pero no a sus propios legatarios.

366. COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE LEGADO. El Código Civil, aunque en forma poco sistemática, ha sido sumamente amplio a la hora de precisar las cosas que pueden ser objeto de un legado.

Pueden legarse:

a) Las cosas corporales como las incorporales, consistentes en meros derechos y las acciones (artículo 1127).<sup>492</sup>

<sup>491</sup> Sin perjuicio de ello, algunos autores piensan que existirían, excepcionalmente, legados instituidos por ley como ocurriría con los alimentos que se deben por ley a ciertas personas según los artículos 1167 y 1168 (cfr. RODRIGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 195). GUZMÁN también cree que es posible la existencia de legados impuestos por la ley. Tal acontecería en los casos de los artículos 1106 y 1107 del Código Civil, referidos al legado de adquisición y el legado de cosa ajena, respectivamente. En estos casos, según el Código, si no es posible cumplir con la adquisición de la cosa legada en el testamento, se cumplirá la disposición dando al legatario el precio de lo que ella valga (*El concepto de legado...*, cit., pp. 62 a 64). Sin embargo, no parece que en estos casos haya un legado legal. En las dos situaciones señaladas existe un testamento en que se dispone la asignación. Lo que ocurre es que ella no puede ser cumplida en la forma en que exactamente lo señaló el causante, por lo que es la ley la que resuelve, en ese caso, como debe procederse, siendo lo más natural que se deba entregar el precio de la cosa al legatario. Esto no implica que el legado tenga su origen en la ley; la fuente es sin dudas el testamento. Si no hay testamento derechamente estos legados no tienen lugar.

<sup>492</sup> Como se dijo con ocasión de las excepciones al principio de sucesión en la persona, de conformidad al artículo 15 de la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, también es transmisible el derecho moral de autor al cónyuge sobreviviente y a los sucesores abintestato del autor. Según GUZMÁN, "esta disposición no significa que el derecho moral no pueda hacer parte de una sucesión testamentaria ni ser objeto de legados; sólo implica que, cuando es testamentaria la sucesión, el derecho se radica en los instituidos que, de no haber sido eficaz el testamento, hubieran sucedido abintestato, mas no de los demás que no hubiesen sucedido de ese modo en caso de no ser eficaz el testamento, sin perjuicio de que el resto del acervo se radique en todos los instituidos por el testamento, de acuerdo con las reglas generales; y que si el testador lega el derecho, sólo lo puede legar al cónyuge o a quienes le hubieran podido suceder abintestato, pero no a otros" (cfr. *Las cosas incorporales...*, cit., p. 191).

b) Las cosas presentes y las futuras (artículo 1113).

c) Por regla general, sólo se pueden legar las cosas propias. Bajo ciertas condiciones muy precisas, como se verá, también pueden legarse las cosas ajenas (artículo 1107).

d) Las cosas singulares, que es la regla general, pero también ciertas universalidades jurídicas, como un establecimiento comercial.<sup>493</sup>

e) Cree GUZMÁN que también podría legarse un derecho real de herencia. Según sostiene, no cabría oponer como objeción que como el derecho real de herencia es una universalidad, su legado del mismo sería en verdad una institución de heredero, pues no sería así, ya que "el derecho real de herencia, aunque recaiga sobre una universalidad, es en sí mismo un objeto cierto y determinado".<sup>494</sup>

367. COSAS QUE NO PUEDEN SER OBJETO DE LEGADO. Por su parte, según lo sancionado en el artículo 1105, no pueden ser objeto del legado las siguientes cosas:

a) Las cosas que no son susceptibles de ser apropiadas según el artículo 585. Esto resulta obvio, pues se trata de una norma de carácter general respecto del objeto de los actos y contratos. Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional.

b) Los bienes nacionales de uso público, o de propiedad estatal o municipal.

c) Las cosas destinadas al culto divino, aun cuando los particulares pueden legar los derechos que tengan en ellas y que no sean intransmisibles según el Derecho canónico.

d) No pueden legarse las partes de un edificio que no pueden separarse de él sin deterioro.

Con todo, la indicación del artículo 1105 no agota en ningún caso las cosas que no pueden legarse, pues por regla general tampoco pueden legarse las cosas que no pertenecen al testador (artículo 1107). De conformidad a las reglas generales que regulan el objeto y el objeto ilícito de los negocios jurídicos, pueden quedar excluidas de ser legadas otras cosas, como libros, láminas o pinturas cuya circulación es prohibida (artículo 1466) o las cosas cuya adquisición está prohibida, como ciertas armas y explosivos (artículos 10 y 1466)<sup>495</sup>. Tampoco pueden

<sup>493</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>494</sup> *Ibidem*, p. 192 y en *Identidades...*, cit., p. 59.

<sup>495</sup> En este sentido dispone el artículo 865 del Código español que "es nulo el legado de cosas que están fuera del comercio". La regla también está sentada en el artículo 3751 del Código argentino, cuando

legarse los derechos de usufructo, uso y habitación, ya que ellos se extinguen con la muerte de su titular (artículos 806.1 y 819.1). Tampoco se puede legar una servidumbre, prenda o hipoteca independientemente del predio dominante o del crédito a que acceden; pero legado el predio dominante o el crédito, se entiende legada la servidumbre, la hipoteca o la prenda, sin necesidad de mención especial.<sup>496</sup>

Ahora bien, si al momento de confeccionarse el testamento la cosa era susceptible de ser legada, pero antes de la muerte del causante pierde esta condición, el legado no es válido. En torno a esta cuestión, señala CLARO SOLAR que "si la cosa legada era susceptible de ser legada en el momento de testar, y después de otorgado el testamento en que fue legada y antes de deferirse el legado pasara a ser incapaz de ser legada, el legado no vale porque la calidad o estado actual de la cosa hace imposible su entrega (...). El art. 1105 no consulta expresamente este caso; pero la salvedad que hace en términos generales 'a menos que la causa cese antes de deferirse el legado' para el caso opuesto, nos permite establecer *a contrario sensu* que la cosa legada debe ser capaz de ser legada en el momento en que el legatario debe ser llamado a recibirla".<sup>497</sup>

368. ESPECIES DE LEGADOS. Siguiendo el criterio impuesto por el inciso tercero del artículo 951, los legados pueden serlo de especie o cuerpo cierto o de género. En los primeros el objeto legado es precisamente una especie o cuerpo cierto; en los segundos el objeto legado está constituido por una cosa indeterminada de un género determinado.

369. EL LEGATARIO DE ESPECIE. Respecto del legatario de especie se pueden puntualizar varias cuestiones de relevancia:

a) Estos legatarios adquieren la propiedad del legado por la sola muerte del causante, por lo que si se trata de bienes inmuebles, la inscripción conservatoria solamente cumple la función de mantener la historia fidedigna de la propiedad, pero no tiene el mérito de operar una tradición, ya que el modo no es éste sino que la sucesión por causa de muerte.

b) Los legatarios de especie solamente pueden ostentar la posesión material a que se refiere el artículo 700 una vez que se le entregue la especie o cuerpo cierto por parte del o los obligados a hacerlo, pero no adquieren la posesión legal, la que

Continuación nota <sup>495</sup>  
dispone que "pueden legarse todas las cosas y derechos que están en el comercio, aun las que no existen todavía, pero que existirán después".

<sup>496</sup> Cfr. GUZMÁN, *Las cosas incorporales...*, cit., p. 192.

<sup>497</sup> *Ob. cit.*, T. 15, N° 1043, p. 55.



solamente compete a los herederos (artículos 688 y 722); ni la posesión efectiva, ya que ella sólo se le confiere a los herederos del causante, pero no a sus legatarios.<sup>498</sup>

c) Según el artículo 1118, los legatarios de especie adquieren el dominio del bien en el estado en que se encuentra al tiempo de la muerte del testador, comprendiendo los utensilios necesarios para su uso y que existan con ella.

d) Estos legatarios disponen, en defensa de sus derechos, de la acción reivindicatoria para conseguir la entrega de la cosa por parte de los herederos o de manos de quien se encuentre, pues se trata de un dueño no poseedor.<sup>499</sup>

e) Los legatarios de especie o cuerpo cierto se hacen dueños de los frutos de la cosa legada desde que fallece el causante. A este respecto dispone el artículo 1338 N° 1 que los asignatarios de especies tendrán derecho a los frutos y acciones de ellas desde el momento de abrirse la sucesión, salvo que la asignación haya sido hecha desde día cierto o bajo condición suspensiva, pues en estos casos no se deberán frutos, sino desde ese día o desde el cumplimiento de la condición, a menos que el testador expresamente haya ordenado otra cosa.<sup>500</sup>

370. EL LEGATARIO DE GÉNERO. La situación del legatario de género es harto distinta que la del legatario de especie. Estos legatarios:

a) No adquieren la propiedad de las cosas legadas por la muerte del causante. En este evento solamente adquieren un derecho personal para que se le entreguen las cosas que le fueron legadas, adquiriendo el dominio solamente a partir de la tradición que de ellas les hagan los obligados al pago del legado.

b) Tampoco adquieren la posesión de estas cosas sino hasta que le son entregadas, caso en el que solamente se configurará la posesión material de ellas. No adquieren la posesión legal ni se les confiere la efectiva.

c) No gozan de la acción reivindicatoria para que se le entreguen las cosas legadas. Ellos no son los dueños de las cosas que les fueron legadas, por lo que solamente disponen de una acción personal para exigir su entrega.

d) Los legatarios de género tienen derecho a los frutos desde que la persona obligada a entregar las cosas se constituye en mora. Dispone el artículo 1338 N° 2 que los legatarios de cantidades o géneros no tendrán derecho a ningunos frutos, sino desde el momento en que la persona obligada a prestar dichas canti-

dades o géneros se hubiere constituido en mora; y este abono de frutos se hará a costa del heredero o legatario moroso.<sup>501</sup>

371. DE LOS LEGADOS EN PARTICULAR. El Código Civil, en el párrafo sexto, Título IV del Libro III, particularmente entre los artículos 1106 a 1134, contiene una serie de normas bastante reglamentarias destinadas a regular ciertos tipos especiales de legados o a complementar estas especiales reglamentaciones. Lamentablemente esta regulación no es del todo armónica o sistemática, ya que no sigue un orden del todo lógico. Ni comienza por los legados más importantes, ni por los más habituales; tampoco contiene una ordenación basada en legados de especie o de género, o en algún otro criterio, sino que pasa de un tipo de legado a otro diferente.

A continuación se trata de cada uno de estos legados o normas complementarias en el orden que el propio Código los menciona.

372. EL LEGADO DE ADQUISICIÓN. De acuerdo al artículo 1106, "podrá ordenar el testador que se adquiriera una especie ajena para darla a alguna persona o para emplearla en algún objeto de beneficencia; y si el asignatario a quien se impone esta obligación no pudiere cumplirla porque el dueño de la especie rehúsa enajenarla o pide por ella un precio excesivo, el dicho asignatario será sólo obligado a dar en dinero el justo precio de la especie". Agrega en el inciso segundo: "y si la especie ajena legada hubiere sido antes adquirida por el legatario o para el objeto de beneficencia, no se deberá su precio, sino en cuanto la adquisición hubiere sido a título oneroso y a precio equitativo".<sup>502</sup>

<sup>501</sup> No basta para que el obligado a la entrega de los bienes legados esté en mora, que el testador le haya fijado un plazo para la entrega, puesto que para que ello ocurra, según el artículo 1551 N° 1, es necesario que el plazo haya sido estipulado, cosa que en la especie no ha ocurrido, sino que el plazo sería fijado unilateralmente por el testador. Por ello sería necesario, según la regla tercera del precepto, recurrir a la interpelación judicial.

<sup>502</sup> En sentido muy parecido señala el artículo 3754 del Código Civil argentino que "si el testador ordenare que se adquiriera una cosa ajena para darla a alguna persona, el heredero debe adquirirla y darla al legatario; pero si no pudiese adquirirla porque el dueño de la cosa rehusare enajenarla, o pidiese por ella un precio excesivo, el heredero estará sólo obligado a dar en dinero el justo precio de la cosa. Si la cosa ajena legada hubiese sido adquirida por el legatario, antes del testamento, no se deberá su precio sino cuando la adquisición hubiese sido a título oneroso, y a precio equitativo". Al respecto señala PÉREZ LASALA que "la primera parte de esta disposición aclara el sistema del Código: el legado de cosa ajena es, en principio, nulo; pero no hay inconveniente en legar la cosa ajena, siempre que en el testamento se le imponga expresamente al heredero la obligación de adquirirla y entregarla al legatario. La validez del legado de cosa ajena depende, pues, de la formulación del legado, por lo que se reduce a un problema meramente formal". "Este legado otorga un derecho de crédito a favor del legatario. Una vez adquirida la cosa por el heredero, el legatario seguirá teniendo un derecho de crédito sobre ella, que se transformará en derecho de propiedad una vez que el heredero efectúe la transmisión de la cosa juzgada" (*Curso...*, cit., p. 707).

<sup>498</sup> Cfr. RDJ, T. 22, 1, p. 161.

<sup>499</sup> Cfr. RDJ, T. 6, 1, p. 436.

<sup>500</sup> En el caso de la condición suspensiva no se trata más que de la aplicación de lo sancionado en el artículo 1078.3, que priva al asignatario condicional de los frutos que se hubieren percibido en el intertanto, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario.

373. LEGADOS DE COSA AJENA. El principio en esta materia está sentado por el artículo 1107: el legado de especie que no es del testador, o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, no vale. Dice el precepto que "el legado de especie que no es del testador, o del asignatario a quien se impone la obligación de darla, es nulo; a menos que en el testamento aparezca que el testador sabía que la cosa no era suya o del dicho asignatario; o a menos de legarse la cosa ajena a un descendiente o ascendiente del testador o a su cónyuge; pues en estos casos se procederá como en el del inciso 1. del artículo precedente".<sup>503</sup>

Por consiguiente, la regla general es que el legado de cosa ajena es nulo<sup>504</sup>. Por excepción es válido en los siguientes casos: 1. Si aparece en el testamento que el testador tuvo conocimiento de estar legando una cosa ajena. 2. Si el legado es en favor de un ascendiente, descendiente o cónyuge del testador.

En ambos casos, según lo previsto al final del artículo 1107, y en el inciso primero del artículo 1106 al cual se remite, se entiende que se impone a los herederos o al asignatario gravado la obligación de adquirir la especie legada. En el evento que su dueño se negare a enajenarla o pidiera un precio excesivo, dicho asignatario será sólo obligado a dar en dinero el justo precio de la especie. Si, posteriormente, después de la muerte del testador, el asignatario obligado al pago de la especie la adquiere, la debe al beneficiario de la asignación, pero no puede reclamarla si no es restituyendo el precio que con anterioridad se le había dado a cambio de ella (artículo 1109).

Un tercer caso de excepción es el previsto en el artículo 1108, según el cual 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. En otras palabras, en este caso, a pesar de que al momento del testamento la cosa era ajena, se valida el legado si después la adquirió el testador o el asignatario.<sup>505</sup>

<sup>503</sup> Dispone el artículo 861 del Código Civil español que "el legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación. La prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena corresponde al legatario". En cambio, el artículo 1021 del Código francés es más radical al respecto, señalando que "cuando el testador hubiera legado una cosa ajena, el legado será nulo, conociera o no el testador que ésta no le pertenecía".

<sup>504</sup> Señalan ROZAS, ALLENDE, ASTÁBURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS que "el caso al cual se hace referencia en este artículo es de nulidad por error en cuanto al dominio de la cosa legada. El legislador da aquí una solución enteramente distinta al de la venta de cosa ajena" (ob. cit., p. 335).

<sup>505</sup> En sentido parecido al señalado dice el artículo 862 del Código español que "si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado". "Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento". Más radical, en cambio, resulta el artículo 3752 del Código argentino, que dispone que "el testador no puede legar sino sus propios bienes. Es de ningún valor todo legado de cosa ajena cierta y determinada, sepa o no el testador que no es suya, aunque después adquiriese la propiedad de ella".

El cuarto caso de excepción, si es que así se le puede llamar, es el de los legados que efectúa cualquiera de los cónyuges respecto de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal. De acuerdo al artículo 1743, "si el marido o la mujer dispone, por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad, 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; pero en caso contrario sólo tendrá derecho para perseguir su precio sobre la sucesión del testador".

374. LEGADO DE CUOTA. Es perfectamente posible que el testador legue la cuota que le pertenece en una especie o cuerpo cierto<sup>506</sup>. Podría disponer, por ejemplo, que los derechos que le corresponden en un predio, que ascienden a un tercio, sean para un determinado legatario, o decir, simplemente, que lega los derechos que le corresponden en el predio a tal o cual persona. Más problemático puede resultar el caso en que deje todo un bien a algún legatario en circunstancias que solamente le pertenecen al testador algunos derechos en él. A este respecto dispone el artículo 1110 que si el testador no ha tenido en la especie legada más que una parte, cuota o derecho, se presumirá que no ha querido legar más que esa parte, cuota o derecho<sup>507</sup>. Lo mismo se aplica a la cosa que un asignatario es obligado a dar y en que sólo tiene una parte, cuota o derecho.<sup>508</sup>

<sup>506</sup> Sobre el legado de cuota, SILVA SEGURA, E., *Acciones, actos y contratos sobre cuota indivisa*, Santiago, 1970, pp. 271 y ss.

<sup>507</sup> La jurisprudencia ha entendido que al no distinguir la norma, ella se aplica tanto al caso en que exista una comunidad sobre una cosa singular como al que el bien forme parte de una comunidad universal (cfr. RDJ, T. 27, 1, p. 297). Así también lo ha resuelto la doctrina (cfr. SOMARRIVA, *Indivisión y Partición*, cit., p. 123). En un sentido semejante al artículo 1110, dispone el artículo 864 del Código Civil español que "cuando el testador, heredero o legatario tuviesen sólo una parte o un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado a esta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero".

La norma contenida en el artículo 1743, relativa a la sociedad conyugal, excepciona de alguna manera esta regla. Como se ha dicho, esta norma señala que si el marido o la mujer dispone, por causa de muerte, de una especie que pertenece a la sociedad, 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; pero en caso contrario sólo tendrá derecho para perseguir su precio sobre la sucesión del testador. Los DOMÍNGUEZ estiman que esta norma es aplicable solamente cuando se dispuso durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero no cuando ella ya se ha disuelto, puesto que, en ese caso, recuperaría su imperio el artículo 1110 (cfr. *Derecho sucesorio*, cit., pp. 769 y 770). En igual sentido, RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 208, y SOMARRIVA, *Indivisión y partición*, cit., pp. 127 y 128. En sentido contrario, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Santiago, 1935, p. 377.

<sup>508</sup> Se ha discutido si este inciso segundo se aplica solamente al caso en que se imponga al legatario la obligación de dar la cosa o también en general a los herederos cuando no se haya impuesto en el testamento

La norma se aplica sea que sobre la cosa legada exista una comunidad singular o bien que forme parte de una comunidad universal, en la medida que el artículo 1110 no efectúa ninguna distinción a este respecto<sup>509</sup>. Como se aprecia, en la especie la ley establece una presunción que es meramente legal, en el sentido que el causante solamente ha querido disponer de los derechos que tenía en el bien, pero podría acontecer que del testamento aparezca una voluntad diferente, caso en el que no sería posible aplicar la solución establecida por este artículo.<sup>510</sup>

Ahora bien, si entre la fecha del testamento y la fecha de la apertura de la sucesión sobreviene la partición, debe distinguirse según si la cosa fue adjudicada al testador o a un tercero. Si lo fue a un tercero se trataría del legado de cosa ajena, nulo por regla general según ya se ha dicho<sup>511</sup>. Si fue íntegramente adjudicada al testador, la opinión dominante en la doctrina es que únicamente se entiende legada la cuota que antes de la partición el testador tenía en ella, no existiendo razón para pensar que el legado se ve incrementado con todo el objeto<sup>512</sup>. Si en la partición solamente se asignó al testador una cuota, sólo subsiste el legado en esa parte o cuota.<sup>513</sup>

375. CASO EN EL QUE SÓLO SE INDIQUE EL LUGAR EN EL QUE LA COSA SE ENCUENTRA. Es posible que el testador individualice la cosa que lega sobre la base del lugar en que ella está guardada. En este caso, si la cosa está en el lugar señalado, no hay problema, pero si no lo está pueden existir dudas. Según el artículo 1111, si

Continuación nota <sup>508</sup>

dicha obligación a un asignatario en particular. La Corte Suprema en fallo de mayoría ha resuelto lo primero (cfr. RDJ, T. 27, 1, p. 297). En contra, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., en comentario a la referida sentencia. También SILVA SEGURA, ob. cit., p. 275.

<sup>509</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Indivisión y partición*, cit., p. 123. En igual sentido, SILVA SEGURA, ob. cit., p. 272. Así también lo ha entendido alguna sentencia (cfr. RDJ, T. 28, 1, p. 297, con comentario aprobatorio de ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.).

<sup>510</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Indivisión y partición*, cit., pp. 123 y 124.

<sup>511</sup> Cfr. SILVA SEGURA, ob. cit., p. 279. SOMARRIVA entiende que en este caso el legado debería entenderse revocado en virtud de lo señalado en el artículo 1135. Cree el autor que el legado solamente sería nulo si la especie legada formara parte de una comunidad universal, pues en tal caso, de conformidad a los artículos 718 y 1344, se reputa que el testador jamás ha tenido parte alguna en ese bien, con lo que se configuraría un legado de cosa ajena que se regiría por lo previsto en el artículo 1107 (cfr. *Indivisión y partición*, cit., p. 125).

<sup>512</sup> En este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., en RDJ, T. 27, 1, p. 305; SOMARRIVA, *Indivisión y partición*, cit., p. 125 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 205. En contra, DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, para quienes el efecto declarativo y retroactivo de la partición y la voluntad presunta del testador hacen que el legatario sea dueño de la totalidad del objeto legado (cfr. *Derecho sucesorio*, cit., p. 762).

<sup>513</sup> Así RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 205 y SOMARRIVA, *Indivisión y partición*, cit., p. 125.

la cosa no se encuentra en el mencionado sitio pero sí en otro, igual se debe la especie, y si no está ni en ese sitio ni en ningún otro, se debe una especie de mediana calidad del mismo género, pero sólo si el legatario es de aquellas personas mencionadas en el artículo 1107. En los casos restantes el legado queda sin efecto.

376. EL LEGADO DE COSA FUNGIBLE. La regla general es que si el testador lega cosas pertenecientes a un género y que sean fungibles, indicará el número de cosas comprendidas en el legado. Dirá, por ejemplo, que lega tres caballos, cinco mil acciones o algo por el estilo.

Sin embargo, conforme al artículo 1112, si no se menciona cantidad, el legado no vale, a menos que se indique el lugar en el que se encuentra, caso en el que se entenderá legado todo lo que exista en dicho sitio. La solución es evidente. De lo contrario habría indeterminación del objeto del legado. Dice la norma que “el legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determine de algún modo, no vale”, agregando que “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, dado caso que el testador no haya determinado la cantidad; o hasta concurrencia de la cantidad determinada por el testador, y no más (...) si la cantidad existente fuere menor que la cantidad designada, sólo se deberá la cantidad existente, y si no existe allí cantidad alguna de dicha cosa fungible, nada se deberá”.

Con todo, y a pesar de estas reglas particulares, el propio artículo 1112 señala que vale el legado en los siguientes casos:

a) Valdrá siempre el legado de la cosa fungible cuya cantidad se determine por el testador, a favor de las personas designadas en el artículo 1107, esto es, descendientes, ascendientes y cónyuge del testador.

b) No importa que la cosa legada no se encuentre en el lugar señalado por el testador, cuando el legado y el señalamiento de lugar no forman una cláusula indivisible. Así el legado de “treinta fanegas de trigo, que se hallan en tal parte”, vale, aunque no se encuentre allí trigo alguno; pero el legado de “las treinta fanegas de trigo que se hallarán en tal parte”, no vale sino respecto del trigo que allí se encontrare, y que no pase de treinta fanegas.<sup>514</sup>

<sup>514</sup> A este respecto señala el artículo 3760 del Código Civil argentino que “el legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determine de algún modo, es de ningún valor. 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, si él no ha designado la cantidad; y si la ha designado, hasta la cantidad designada en el testamento. Si la cantidad existente fuese menor que la designada, sólo se deberá la existente, y si no existe allí cantidad alguna de la cosa fungible, nada se deberá”.

377. LEGADO DE COSA FUTURA. De conformidad al artículo 1113, el legado de una cosa futura vale, con tal que llegue a existir. La regla es similar a la contenida en el artículo 1813 respecto de la venta de las cosas que no existen, y concordante con el artículo 1461, que dispone que no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino que también las que se espera que existan.<sup>515</sup>

378. LEGADO DE UNA ESPECIE ENTRE MUCHAS DEL TESTADOR. Es posible que el testador se limite a señalar que lega una cosa al asignatario sin determinar cuál de ellas es de entre las varias que pueden pertenecerle. En este evento, conforme al artículo 1114, se debe al legatario una de mediana calidad y valor entre las comprendidas en el legado<sup>516</sup>. "Si de muchas especies que existan en el patrimonio del testador, se legare una sin decir cuál, se deberá una especie de mediana calidad o valor entre las comprendidas en el legado".<sup>517</sup>

Lo mismo vale para los legados de género conforme al artículo 1115, que dispone que "los legados de género que no se limitan a lo que existe en el patrimonio del testador, como una vaca, un caballo imponen la obligación de dar una cosa de mediana calidad o valor del mismo género".

Si se legó una cosa entre varias que el testador creyó tener, y no se ha dejado más que una, según el artículo 1116.1, se deberá la única cosa que se ha dejado.

Si no ha dejado ninguna, no vale el legado, salvo en favor de las personas mencionadas en el artículo 1107, caso en el que se les debe una de mediana calidad, aunque el testador les haya concedido la elección (artículo 1116.2).

<sup>515</sup> En sentido semejante señala el artículo 3751 del Código Civil argentino que "pueden legarse todas las cosas y derechos que están en el comercio, aun las que no existen todavía, pero que existirán después".

<sup>516</sup> Resulta curioso que la norma hable de especies, pues lo que caracteriza a este tipo de cosas es que se encuentran completamente singularizadas o determinadas; es lo que permite diferenciarlas de las cosas simplemente genéricas. Por lo mismo, resulta un contrasentido decir que lo legado es una especie sin que se determine en el testamento cuál es. Por eso es que dicen ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS que "en nuestra opinión, el legado a que se refiere este artículo es de género, y no hace otra cosa que aplicar las normas generales sobre obligaciones de esta clase (artículo 1059) y sobre legados de género a que se refiere el artículo siguiente" (ob. cit., p. 343).

<sup>517</sup> En el mismo orden de ideas el artículo 1022 del Código Civil francés señala que "cuando el legado fuera de cosa indeterminada, el heredero no estará obligado a darla de la mejor calidad, ni tampoco podrá ofrecerla de la peor". De la misma forma el artículo 3756 del Código Civil argentino señala que "el legado de cosa indeterminada, pero comprendida en algún género o especie determinada por la naturaleza, es válido, aunque no haya cosa de ese género o especie en la herencia. La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad superior o inferior, habida consideración al capital hereditario, y a las circunstancias personales del legatario".

Sin embargo, si la cosa legada es de aquellas cuyo valor no tiene límites, como una casa o una hacienda de campo, y no existe ninguna del mismo género entre los bienes del testador, nada se debe ni aun a las personas mencionadas en el artículo 1107.<sup>518</sup>

379. ELECCIÓN DE LA COSA LEGADA POR EL OBLIGADO AL PAGO O EL LEGATARIO. Es posible que la elección de la cosa que se lega quede radicada en el asignatario obligado al pago del legado, en el propio legatario o incluso en un tercero. Es lo que se denomina legado de opción o de elección. Según el artículo 1117, si la elección de una cosa entre muchas se diere expresamente a la persona obligada o al legatario, podrá respectivamente aquélla o éste ofrecer o elegir a su arbitrio. Si el testador cometiere la elección a tercera persona, podrá ésta elegir a su arbitrio; y si no cumpliere su encargo dentro del tiempo señalado por el testador o en su defecto por el juez, tendrá lugar la regla del artículo 1114.<sup>519</sup>

Este tipo de legado se diferencia del denominado legado alternativo. Este último se configura cuando el causante entrega al legatario o al obligado al pago la elección entre dos o más cosas que el propio testador señala<sup>520</sup>. En el caso del legado de opción o elección, lo que acontece es que el testador no individualiza suficientemente la cosa de entre las muchas que tiene, como si dice que lega el caballo que elija el legatario. En cambio, en el legado alternativo el testador señala específicamente las cosas entre las que puede elegir el legatario o el obligado al pago, como si dijere que le deja el automóvil o el velero.

Explica ALBALADEJO que "se trata de un legado frecuente en la práctica, principalmente otorgado por causantes que desean que el legatario reciba algo suyo

<sup>518</sup> Entienden ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS que tomando en cuenta los ejemplos señalados en la propia norma, la expresión "una cosa cuyo valor no tiene límite" se refiere a cosa de un género, que por su gran variedad es imposible determinar la calidad mediana de la cosa que debe darse en pago (cfr. ob. cit., p. 346).

<sup>519</sup> Regla semejante está contenida en el artículo 876 del Código Civil español, que señala que "siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero o al legatario, el primero podrá dar, o el segundo elegir, lo que mejor les pareciere". También el artículo 3757 del Código Civil argentino, que dispone que "siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero o al legatario, podrá el heredero en el primer caso, dar lo peor, y en el segundo, el legatario escoger lo mejor". Sin embargo, el artículo 3759 de este último Código se aparta de esa solución en lo que hace a la posible elección del legado por parte de un tercero, ya que dispone que "El legado no puede dejarse al arbitrio de un tercero, pero puede el testador dejar al juicio del heredero el importe del legado y la oportunidad de entregarlo".

<sup>520</sup> Dice BORDA que "legados alternativos son aquellos que ofrecen al heredero, o en su caso, al legatario, la oportunidad de elegir entre dos o más objetos. Ejemplo: lego mi biblioteca o mi colección de cuadros, un capital determinado o una renta vitalicia" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 418).

como recuerdo o testimonio de afecto, y dejan de sus bienes de cierto tipo, uno a escoger".<sup>521</sup>

El legado alternativo, de efectuarse por el testador, debiera regirse por las normas de las obligaciones alternativas, de lo que se colige que la elección será del legatario, a menos que el testador haya dejado el derecho de escoger a la persona que ha impuesto la carga de pagarle (artículo 1550.2).<sup>522</sup>

380. LEGADO DE UN PREDIO. Según el artículo 1119, 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; y si lo nuevamente legado formare con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no puede dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valieren más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá este segundo valor al legatario; si valieren menos, se deberá todo ello al legatario con cargo de pagar el valor de las agregaciones. Pero el legado de una unidad de tierra, como mil metros cuadrados, no crecerá en ningún caso por la adquisición de tierras contiguas, y si aquélla no pudiere separarse de éstas, sólo se deberá lo que valga. Si se lega un solar (parte de terreno dedicada a construir en él) y después el testador edifica en él, sólo se deberá el valor del solar.

La norma no deja de ser llamativa. En principio podría pensarse que cuando se lega un inmueble quedan comprendidas en el legado las cosas que le son accesorias<sup>523</sup>. Así lo señala claramente el artículo 1118, al disponer que "la especie lega-

da 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"<sup>524</sup>. Por lo mismo, si el dueño del terreno, esto es, el causante, construyó en él entre la fecha del testamento y su muerte, lo lógico sería entender que estas agregaciones pertenecen también al legatario.

Con todo, la regla del artículo 1119 se separa de esta solución, que sin mucha claridad, sienta reglas diferentes según si las cosas agregadas después de haberse hecho el testamento son o no separables del predio. Si las cosas agregadas se pueden separar del predio, los terrenos y edificios no quedan comprendidos en el legado. Si las cosas agregadas por el testador forman con el predio un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, es necesario diferenciar si estas agregaciones valen más o menos que el predio. Si las agregaciones valen más que el predio, se debe el valor del predio antes de las agregaciones; en cambio, si las agregaciones valen menos que el predio, al legatario corresponde todo, quien deberá a los herederos el valor de las agregaciones.

381. LEGADO DE UNA PARTE DE UN PREDIO. Según lo sancionado en el artículo 1120, "si se deja parte de un predio, se entenderán legadas las servidumbres que para su goce o cultivo le sean necesarias". La norma hace sistema con lo dispuesto en el número 5 del artículo 1337, según el cual en la división de los fundos se establecerán las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce.

382. LEGADO DE UNA CASA O HACIENDA CON LO COMPRENDIDO EN ELLA. En el caso de que lo legado sea una casa o hacienda con lo comprendido en ella, según lo señalado en el artículo 1121, no se entienden comprendidas en el legado las cosas enumeradas en el inciso segundo del artículo 574, sino que 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. En uno y otro caso no se deberán de los demás objetos contenidos en la casa o hacienda, sino los que el testador expresamente designare.

De acuerdo al inciso segundo del artículo 574, en los muebles de una casa no se comprenderá el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o

<sup>521</sup> *Curso...*, T. V, cit., pp. 330 y 331. Más escéptico sobre el particular se manifiesta LASARTE, quien afirma que "la existencia de legados alternativos puros (por muchos precedentes históricos que tengan, que ciertamente los tienen) más parece una entelequia que otra cosa, sin que exista ni siquiera una sentencia del Tribunal Supremo sobre la materia" (*Principios...*, cit., p. 174).

<sup>522</sup> Esta es la regla que sienta el artículo 3758 del Código Civil argentino al disponer que "en los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones alternativas". La misma solución está contenida en el artículo 874 del Código español, que dispone que "en los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador".

<sup>523</sup> El inciso primero de esta norma es seguido casi literalmente por el artículo 3762 del Código Civil argentino que dispone que "si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado después del testamento no se comprenden en el legado; y si lo nuevamente agregado formase con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valiesen más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá al legatario el valor del predio; si valiesen menos, se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones, plantaciones o mejoras". En cambio, apartándose de esta solución, señala el artículo 1019 del Código Civil francés que "cuando el que hubiera legado la propiedad de un inmueble, la hubiera aumentado mediante adquisiciones, estas adquisiciones, por muy próximas que fueran en el tiempo, no serán consideradas, sin una nueva disposición, como parte del legado". "La regla contraria se aplicará a las mejoras, a las nuevas construcciones realizadas en la finca legada, o a un cercado cuyo recinto hubiera aumentado el testador".

<sup>524</sup> Norma parecida está contenida en el artículo 883 del Código Civil español, que dispone que "la cosa legada deberá ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador". También dispone el artículo 3761 del Código Civil argentino que "la especie legada se debe en el estado que exista al tiempo de la muerte del testador, comprendiendo los útiles necesarios para su uso, que existan en ella".

artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa<sup>525</sup>. Todas estas cosas no quedan comprendidas, por consiguiente, en el legado.

383. LEGADO DE UN CARRUAJE. Si se lega un carruaje, según los términos del artículo 1122, se entienden legados en este caso también los arneses y las bestias de que el testador solía servirse para usarlo y que al tiempo de su muerte existían con él.

384. LEGADO DE UN REBAÑO. Si lo que se lega por el testador es un rebaño, de conformidad a lo sancionado en el artículo 1123, solamente se entienden legados en este caso los animales de que se componga el mismo a la muerte del testador y no más.

La solución legal no deja de llamar la atención. Los rebaños son una universalidad de hecho, esto es, un conjunto de bienes que no obstante tener su singularidad, jurídicamente son considerados como un todo. Desde este punto de vista un rebaño —así como las bibliotecas u otros conjuntos de bienes en esta condición— se consideran como diferentes a los individuos que los componen. De allí que debiera entenderse que cuando se lega una universalidad de este tipo, deberían quedar comprendidos todos los individuos que los componen y no sólo los que existían al tiempo del testamento, pues lo legado es el conjunto y no los individuos aisladamente considerados.

385. LEGADO DE UNA MISMA COSA A VARIAS PERSONAS. Es posible que el testador asigne un mismo objeto a dos o más personas, con o sin designación de cuotas. Así podrá, por ejemplo, legar su casa a Pedro y Juan, o legar su casa a Pedro en un tercio, a Martín en un tercio y a Josefa en el tercio restante. Como es natural, en estos casos se formará una comunidad de legatarios respecto del objeto que les fue legado, quienes podrán solicitar la partición de conformidad a las reglas generales.

En conformidad al artículo 1124, si se legan a varias personas distintas cuotas de un misma cosa, se seguirán para la división de ésta las reglas del párrafo precedente, esto es, el párrafo quinto del título sexto, relativo a las asignaciones a título

<sup>525</sup> Naturalmente resolver qué cosas quedan comprendidas efectivamente dentro del legado es una cuestión de cada caso y de la interpretación que del testamento se haga. A este respecto puede verse lo resuelto en GT, 1879, s. 2068, p. 1447; GT, T. II, s. 1145, p. 744, GT, 1912, T. II, s. 1268, p. 1035 y RDJ, T. 67, 1, p. 113.

universal. Para la determinación de las cuotas de cada legatario, en el caso de que no haya claridad en el testamento, deben aplicarse las normas allí contenidas. Así, si las cuotas no completan la unidad, la cuota que falte corresponderá a los herederos abintestato. En el evento de que las cuotas excedan la unidad, se procederá conforme lo indican los artículos 1101 y 1102.<sup>526</sup>

386. LEGADOS DE ESPECIES GRAVADAS CON PRENDA O HIPOTECA. Cuando el testador lega una cosa que está gravada con un derecho real, no existe duda, de conformidad al artículo 1125, que la especie legada pasa al legatario con el derecho real de que se trate. De suerte que si la cosa está gravada con un derecho real de garantía como lo es la hipoteca o la prenda, el legatario la adquiere con ese gravamen y, por lo mismo, es obligado al pago de la deuda que con ellas se garantizó, ya que siendo derechos reales, el derecho de persecución da acción en contra de cualquiera que tenga en su poder la cosa que con ellos se grava<sup>527</sup>. Tampoco es dudoso que si luego de efectuar el legado el testador grava la cosa con una prenda o hipoteca u otro derecho real no extingue el legado, pero el legatario la adquirirá con dicho gravamen (artículo 1135.3).<sup>528</sup>

La cuestión se encamina, entonces, a resolver si una vez pagada la deuda y salvado el bien de la acción de los acreedores, el legatario puede repetir en contra de los herederos.<sup>529</sup>

<sup>526</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 197 y ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., p. 360.

<sup>527</sup> El inciso tercero del artículo 867 del Código Civil español señala que "cualquiera otra carga, perpetua o temporal, a que se halle afectada la cosa legada, pasa con ésta al legatario; pero en ambos casos las rentas y los intereses o réditos devengados hasta la muerte del testador son carga de la herencia". Agrega el artículo 868 que "si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan".

<sup>528</sup> La solución es la misma del artículo 3755 del Código Civil argentino, que señala que "si la cosa legada estaba empeñada o hipotecada antes o después del testamento, o gravada con un usufructo, servidumbre, u otra carga perpetua, el heredero no está obligado a librarla de las cargas que la gravan". La misma regla está en el artículo 1020 del Código francés, según el cual "si, antes o desde el testamento, la cosa legada hubiera sido hipotecada como consecuencia de una deuda de la sucesión, o incluso por la deuda de un tercero, o si hubiera sido gravada con un usufructo, aquel que deba pagar los legados no estará obligado a saldar dicha deuda, a menos que hubiera sido encargado de ello por una disposición expresa del testador".

<sup>529</sup> Algo más claros resultan los incisos primero y segundo del artículo 867 del Código Civil español, que disponen en esta materia que "cuando el testador legare una cosa empeñada o hipotecada para la seguridad de alguna deuda exigible, el pago de ésta quedará a cargo del heredero. Si por no pagar el heredero lo hiciera el legatario, quedará éste subrogado en el lugar y derechos del acreedor para reclamar contra el heredero". En Argentina señala ZANNONI que "el art. 3755 establece que si la cosa legada estaba empeñada o hipotecada antes o después del testamento, o gravada con su usufructo, servidumbre, u otra

En general parece existir consenso en que si el testador manifestó su voluntad de gravar al legatario con el pago de la prenda o la hipoteca, el legatario no tendría derecho de repetición en contra de los herederos.<sup>530</sup>

En el caso inverso, esto es, cuando esta voluntad del testador de gravarlo personalmente no se manifiesta, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1366, habría que diferenciar según si el gravamen se constituyó para beneficiar al propio testador o a un tercero.

Si el gravamen es en beneficio del propio testador, por ejemplo porque hipotecó su propiedad para obtener un préstamo bancario, se aplica lo previsto en el artículo 1366.1, según el cual 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 gravarle, es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos. Solución coherente con el artículo 2429.2, que establece el derecho del tercer poseedor de la finca hipotecada que ha pagado la deuda, a subrogarse en los derechos del acreedor en contra del deudor. En consecuencia, el legatario que paga a los acreedores hipotecarios o prendarios que se dirigieron en su contra se subroga en los derechos de éstos para dirigirse en contra de los herederos. La solución se justifica toda vez que las deudas hereditarias se transmiten a los herederos, por ser los continuadores de la personalidad del causante, lo que no acontece con los legatarios.

#### Continuación nota 529

carga perpetua, el heredero no está obligado a librarla de las cargas que la gravan. La hipótesis del precepto son básicamente dos: el legado de una cosa sobre la cual un tercero ejerce el dominio útil –usufructo, y por extensión, derecho real de uso o de habitación– o que reconoce una servidumbre. En este caso la disposición es clara: los herederos no están obligados a obtener la liberación del usufructo o la redención de la servidumbre (...) Pero la segunda hipótesis es más dudosa. Si el testador lega una cosa que se encuentra afectada o que afecte más tarde a un derecho real de garantía hipoteca, prenda, y por extensión, anticresis, dispone el art. 3755 que el derecho no está obligado a librar del gravamen. ¿Qué significa exactamente esta disposición? A nuestro juicio, el legatario de una cosa gravada soporta el gravamen, pero no la deuda. Esto significa que el legatario es un tercer poseedor frente al acreedor, sometido al régimen del art. 3162 y ss. del Código Civil y, en consecuencia, si paga la deuda a su vencimiento, podrá reclamar de cada uno de los herederos la repetición de conformidad con las normas generales, es decir, de acuerdo con su cuota hereditaria” (*Manual...*, cit., pp. 681 y 682).

<sup>530</sup> El testador puede gravar expresamente al legatario con el pago de esta deuda. Según el artículo 1104, el legatario no tiene más cargas que las que expresamente se le impongan, de modo que el testador puede gravarlo con este pago. Además puede gravarlo de manera tácita. El inciso tercero del artículo 1135 establece que la prenda, hipoteca o censo constituido sobre la cosa legada no extingue el legado, pero la grava con dicha prenda, hipoteca o censo (cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 292). Sin embargo, esta última posibilidad resulta discutible y dudosa según lo que señala el artículo 1366.1, que permite la subrogación del obligado al pago de la hipoteca o prenda sólo en el caso de que el testador “no haya expresamente querido gravarle”.

En cambio, si el gravamen garantizaba la deuda de un tercero, por ejemplo si el testador hipotecó su propiedad para garantizar una deuda ajena, según el artículo 1366.2, el legatario no tendrá acción contra los herederos. Solución que parece natural, pues “el testador nada debía y ninguna deuda transmitió a sus herederos; lo que ha pagado el legatario es la deuda de un extraño, y en contra de ese deudor extraño tendrá acción el legatario para el reembolso de lo que por él pagó”<sup>531</sup>. Así el legatario en definitiva no soportará el pago de la deuda, puesto que, según lo previsto en el artículo 2429, el tercer poseedor de la finca hipotecada que paga la deuda se subroga en los derechos de los acreedores en contra del deudor.<sup>532</sup>

Con todo, algunos autores han ido más lejos, sosteniendo que en ciertos casos el legatario ni siquiera tendrá acción contra el deudor personal de la obligación que fue garantizada con la prenda o la hipoteca, debiendo asumir, en este caso el legatario, el pago de la deuda. Ello acontecería cuando el testador expresamente haya querido gravar al legatario con el pago de una deuda ajena. En este caso se trataría en verdad de una especie de legado a favor del tercero deudor, que se beneficia con el pago que debe hacer de su deuda el legatario.<sup>533</sup>

387. LEGADOS CON CLÁUSULA DE NO ENAJENAR. De acuerdo al artículo 1126, si se lega una cosa con la calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita.

Se recoge el principio sostenido por la doctrina, según el cual las cláusulas de no enajenar pueden llegar a ser válidas en la medida que su objetivo sea proteger el interés de un tercero que se beneficia con la prohibición de enajenar el bien. En consecuencia, en principio la cláusula se tiene por no escrita, a menos que la enajenación afecte el derecho de un tercero.<sup>534</sup>

<sup>531</sup> BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., p. 550.

<sup>532</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 293. Según ABELIUK, no cabría aplicar en la especie el Nº 2 del artículo 1610, dado que el precepto es limitativo, por cuanto solamente se refiere a la compra de un bien raíz y no puede extenderse a otros títulos translativos de dominio, por lo que dentro de lo posible ellos deben ser encuadrados dentro de los otros preceptos que permiten la subrogación (cfr. *Las obligaciones*, T. II, cit., p. 550).

<sup>533</sup> En este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad del legatario de especie gravada con prenda o hipoteca*, RDJ, T. 24, primera parte, p. 108.

<sup>534</sup> Señala PÉREZ LASALA que “el fundamento de la prohibición estriba en el repudio del dominio inalienable, que produce vinculaciones, con el consiguiente estancamiento de la riqueza”. “Si la enajenación compromete un derecho de tercero, se acepta la cláusula prohibitiva mientras el derecho subsiste. Sería éste el caso del legado de una finca con cargo de pagar una renta vitalicia a determinada persona.

Se sigue aquí la línea del artículo 1964, que señala que el pacto de no enajenar la cosa arrendada, aunque tenga la cláusula de nulidad de la enajenación, no dará derecho al arrendatario sino para permanecer en el arriendo, hasta su terminación natural. También es la regla del artículo 2031, según el cual no vale en la constitución del censo el pacto de no enajenar la finca acensuada, ni otro alguno que imponga al censuario más cargas que las expresadas en este título. También es la regla del artículo 2415, que dispone que el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario.<sup>535</sup>

388. LEGADO DE CRÉDITO. El artículo 1127, luego de declarar que pueden legarse no sólo las cosas corporales, sino los derechos y acciones, agrega, en su inciso segundo, que por el hecho de legarse el título de un crédito, se entenderá que se lega el crédito. De modo que si se lega, por ejemplo, el pagaré de la deuda, lo legado es el crédito, lo que, por cierto, no significa que no pueda legarse el crédito mismo.

En estos casos el deudor, en principio, se libera pagando al legatario del crédito o a los herederos del causante. El primero adquiere la propiedad del crédito desde la muerte del testador, ya que se trata de un legado de especie, por lo que, desde ese momento, está facultado para recibir el pago. Los herederos, por su parte, son los continuadores de la personalidad del difunto, por lo que también están legalmente habilitados para recibir el pago. En este segundo caso, y en el evento que así haya acontecido, el legatario del crédito podrá dirigirse en contra de los he-

Continuación nota <sup>534</sup>

Dado que esa carga sólo tiene el carácter de obligación personal, se podría asegurar su cumplimiento insertando en el testamento una cláusula de no enajenar la finca legada; la enajenación perjudicaría, entonces a un tercero —el acreedor de la renta—, y de ahí la validez de la prohibición" (*Curso...*, cit., p. 704).

<sup>535</sup> En cambio, le otorgan valor a las cláusulas de enajenar el artículo 751, según el cual la propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte, pero en uno y otro caso con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución bajo las mismas condiciones que antes. No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso, si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte la que determine el día de la restitución. Lo propio acontece con el artículo 759.2, según el cual "no podrá el usufructuario arrendar ni ceder su usufructo, si se lo hubiese prohibido el constituyente, a menos que el propietario le releve de la prohibición". También le otorga valor a las cláusulas de no enajenar el artículo 1432.1, que prescribe "la resolución, rescisión y revocación de que hablan los artículos anteriores, no dará acción contra terceros poseedores, ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino cuando en escritura pública de la donación (inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas donadas lo hubiere exigido), se ha prohibido al donatario enajenarlas, o se ha expresado la condición".

rederos para el pago de lo que a él se le debe. Todo lo anterior, a menos que se haya notificado al deudor del causante que el titular del crédito es ahora el legatario, caso en el que el deudor solamente podría pagar al legatario, pues, de lo contrario, corre el riesgo que deba pagar nuevamente.<sup>536</sup>

Deja claro también el inciso tercero de la norma que el legado del crédito comprende los intereses devengados<sup>537</sup>. Pero también debe agregarse que legado un crédito se incluyen en él las prendas, hipotecas y fianzas que lo aseguran, así como los privilegios para su cobro y las excepciones reales que lo favorecen, salvo las excepciones personales del acreedor que hace el legado.<sup>538</sup>

Es interesante señalar que, en este caso, la ley contiene una forma de revocación tácita del legado, ya que el inciso tercero del artículo 1127 dispone que el crédito no subsiste sino en la parte que no hubiere recibido el testador. De forma que si el testador, antes de morir, recibió un pago, la deuda se extinguió en aquella parte y solamente puede entenderse legado el resto. Si recibió el pago del total, el legado debe entenderse revocado completamente.

389. LEGADO AL DEUDOR DE COSA DADA EN PRENDA. En los términos del artículo 1128, si la cosa 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 caso el testador no es el dueño de la cosa que lega, sino que el dueño de ella es el propio legatario<sup>539</sup>. El Código entiende que lo que se ha querido es extinguir la prenda, pero no la obligación que con ella se garantizaba, salvo que de las disposiciones testamentarias se desprenda una cosa diferente.<sup>540</sup>

Nada impide, en todo caso, que el testador que es acreedor hipotecario o prendario, derechamente remita el derecho real que garantiza su crédito, y tal

<sup>536</sup> Así SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 295.

<sup>537</sup> La solución se extiende también a los intereses futuros respecto del momento en que se haga eficaz el legado, pues una vez que ello ocurre el legatario tiene derecho a ellos no ya por su derecho en el legado sino por su titularidad en el crédito, que es *mutatis mutandi*, lo que explica el artículo 684 del Código Civil (cfr. GUZMÁN, *Identidades...*, cit., p. 62).

<sup>538</sup> *Ibidem*.

<sup>539</sup> En igual sentido señala el inciso segundo del artículo 871 del Código Civil español que "por el legado hecho al deudor de la cosa empeñada sólo se entiende remitido el derecho de prenda".

<sup>540</sup> Cree RODRIGUEZ que la misma regla contenida en el artículo 1128 para la prenda debe hacerse extensiva a la hipoteca e incluso a la fianza (cfr. *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 213). Véase también GUZMÁN, *Identidades...*, cit., pp. 59 y 60.



como acontece con la remisión entre vivos, ello no implica que se condone la deuda (artículo 1654.2).<sup>541</sup>

390. LEGADO DE CONDONACIÓN O LIBERACIÓN. El legado de condonación consiste en que mediante el testamento el causante perdona, libera o condona una deuda a uno de sus deudores (*liberatio legata*), caso en el que la obligación se extingue por el modo remisión (artículos 1652 y ss.)<sup>542</sup>. Este legado, según el artículo 1129, solamente va a producir sus efectos desde la muerte del testador, ya que si antes de ella el testador demanda judicialmente el pago, o acepta el pago que se le ofrece, no puede el deudor aprovecharse de la condonación, pues, a fin de cuentas, ha existido una revocación tácita del legado<sup>543</sup>. Con todo, si este pago se efectuó sin noticia o consentimiento del testador, puede el legatario reclamar lo pagado.

Complementando el artículo 1129, señala el artículo 1130 que 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<sup>544</sup>. La expresión "suma" de que se vale la norma podría hacer suponer que el legado de liberación se reduce exclusivamente a las obligaciones de dar una cantidad de dinero. Ello no es así. Tal expresión no implica que no pueda condonarse por medio de un legado todo tipo de obligaciones.<sup>545</sup>

<sup>541</sup> Cfr. GUZMAN, *Idemidades...*, cit., p. 64.

<sup>542</sup> Varias formas diferentes podría asumir este legado de condonación o liberación. Podría acontecer que el testador derechamente remitiera el crédito de que gozaba en contra del legatario. Sin embargo, también se produciría este efecto cuando el testador lega al asignatario el crédito que tenía en su contra, ya que en tal evento el legatario pasará a ser deudor y acreedor a la vez, extinguiéndose la deuda por confusión. Pero todavía podría acontecer que el testador legara a su deudor la suma o cantidad que éste le debe, caso en el que el legatario sería acreedor respecto de los herederos por la suma legada y deudor de ellos por la cantidad que debía al causante, caso en el que la deuda debe considerarse extinguida por compensación.

<sup>543</sup> Esta solución está expresamente señalada en el artículo 870 del Código Civil español, que dispone que "el legado de un crédito contra tercero, o el de perdón o liberación de una deuda del legatario, sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador". Agrega el artículo 871.1 del mismo Código que "caduca el legado de que se habla en el artículo anterior si el testador, después de haberlo hecho, demandare judicialmente al deudor para el pago de su deuda, aunque éste no se haya realizado al tiempo del fallecimiento".

<sup>544</sup> La misma regla está contenida en el artículo 872 del Código Civil español, que señala que "el legado genérico de liberación o perdón de las deudas comprende las existentes al tiempo de hacerse el testamento, no las posteriores".

<sup>545</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1114, p. 101.

391. LEGADO EFECTUADO AL ACREEDOR. El Código recoge la posibilidad de que en el testamento se legue algo a quien era acreedor del causante. En este evento dispone el artículo 1131 que 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.<sup>546</sup>

Si así se expresare o apareciere, se deberá reconocer la deuda en los términos que lo haya hecho el testador, o 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. La solución es obvia. No puede obligarse al acreedor que reciba en pago de su crédito lo que el causante le lega; ello atentaría contra el principio de la identidad del pago. Sólo si el acreedor lo acepta podrá recibir en pago de su crédito la cosa legada, de lo contrario podrá optar por demandar su crédito en la forma en que daba cuenta la obligación.

392. LEGADO DE PAGO DE LO NO DEBIDO. En los términos del artículo 1132, si el testador manda pagar lo que cree deber y no debe, la disposición se tendrá por no escrita. Si los herederos, por inadvertencia, procedieran a este pago, tendrán derecho a exigir su devolución en los términos de los artículos 2295 y siguientes.

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. Si se pagare este exceso, los herederos podrían solicitar igualmente su devolución.<sup>547</sup>

393. LEGADO DE CONFESIÓN DE DEUDA. En lo que se refiere a la confesión de una deuda en el testamento, es necesario distinguir si en los hechos existe o no un principio de prueba por escrito respecto de la deuda que se condona.

Si no existe este principio de prueba por escrito, la condonación se traduce simplemente en un legado común y gratuito. En el evento de que exista esta prueba, habrá deuda confesada en el testamento.

Dispone el artículo 1133 que 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

<sup>546</sup> La regla es la misma que está prevista en el artículo 873 del Código Civil español, que señala: "El legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente. En este caso el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado".

<sup>547</sup> "Esta intención de donar el exceso debe ser claramente expresada, puesto que las donaciones no se presumen; y como la disposición testamentaria tiene por objeto pagar lo que el testador debe, lo natural es suponer que sólo erróneamente se ha indicado como deuda una suma mayor que la adeudada" (CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1118, p. 103).

que los otros legados de esta clase. Esta norma es una reiteración de lo expresado en el artículo 1062, que para los efectos de las inhabilidades que afectan al notario autorizante del testamento, sus parientes, funcionarios, testigos y parientes de éstos, dispone que el acreedor cuyo crédito no conste sino por testamento será considerado como legatario para las disposiciones del artículo 1061.

Esto tiene importancia en varios aspectos: si el acreedor es considerado legatario, queda afecto a las inhabilidades dispuestas en el artículo 1061 si fuere alguna de las personas allí señaladas. No así si fuere un acreedor hereditario. Por otro lado, si es considerado propiamente acreedor, ocurre que su crédito es una baja general de la herencia según el artículo 959 N° 2. Finalmente, si el crédito del acreedor es considerado legado, está afecto al pago del impuesto a las herencias, donaciones y asignaciones, cosa que no ocurre si solamente es tenido por acreedor del testador.

La exigencia de un principio de prueba por escrito se justifica para considerar que efectivamente se trata de un legado, dado que de lo contrario el testador podría siempre burlar los derechos de los asignatarios forzosos y del Fisco, declarando en el testamento deudas que en verdad no existen. Existiendo deudas declaradas en el testamento, ellas serían bajas generales, que, habida su naturaleza, deberían ser satisfechas o aseguradas en su pago para determinar el acervo líquido o partible. De esta forma podría el testador disponer de todo su patrimonio vía reconocimiento de deudas inexistentes.<sup>548</sup>

394. LEGADO DE ALIMENTOS. El Código se refiere al legado de alimentos exclusivamente a propósito de los alimentos voluntarios, ya que los alimentos que se deben por ley son asignaciones forzosas y, como tales, están sujetos a reglas especiales en los artículos 1168 y siguientes. Además, debe recordarse que estos alimentos constituyen una baja general según lo previsto en el artículo 959 N° 4, cosa que no acontece con los alimentos voluntarios, los que se pagan con cargo a la parte de libre disposición.

Dice el artículo 1134 que si se legaren alimentos voluntarios sin determinar su forma y cuantía, se deberán en la forma y cuantía en que el testador acostumbraba suministrarlos a la misma persona; y a falta de esta determinación, se regularán 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.

<sup>548</sup> En todo caso el mecanismo no es muy eficiente, pues basta para conseguir la calificación de deuda hereditaria un principio de prueba por escrito, con lo que para el testador se facilita en mucho el fraude si es que desea incurrir en él: bastará que se extienda un documento firmado por el testador en el que se suponga una deuda que no existe en los hechos.

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.<sup>549</sup>

Si se legare una pensión anual para la educación del legatario, durará hasta que cumpla dieciocho años, y cesará si muere antes de cumplir esa edad.<sup>550</sup>

395. EL PRELEGADO<sup>551</sup>. Se llama prelegado al legado que se hace a favor de uno de los herederos. Resulta entonces en este caso que un heredero es instituido, a la vez, legatario en la misma herencia, de modo que este asignatario concurrirá en ella en una doble calidad y en forma simultánea: la de heredero y la de legatario.<sup>552</sup>

<sup>549</sup> Un interesante caso fue resuelto en esta precisa materia por la sentencia de la Corte Suprema de fecha 22 de mayo de 2008. Un testador, con cargo a la cuarta parte de libre disposición de su herencia, asignó a la que había sido su pareja por muchos años, una pensión periódica, mensual y vitalicia de \$ 300.000. Agregando que el albacea o el partidor debería constituir un capital suficiente para que la pensión se pagase de manera reajustada, debiendo pagarse preferentemente con la renta de arrendamiento de un determinado inmueble. Ante la falta de pago, la asignataria demandó a los herederos, obteniendo sentencias favorables en primera y en segunda instancia, las que calificaron esta asignación como un legado de alimentos voluntarios. Los herederos recurrieron de casación en el fondo, argumentando, entre otras cosas, que esta asignación era de pensión periódica, pero no de alimentos, pues ello no lo había dicho el testador. La Corte, al rechazar la casación, señaló que "la distinción entre los legados de alimentos voluntarios y los de pensiones periódicas, sólo interesa para los efectos de la determinación de su monto. Si el legado de pensiones periódicas, cuyo no es el caso, no indica la cuantía de dichas pensiones, el legado es nulo por indeterminación del objeto; de este modo, si el testador no señala la cuantía de las prestaciones periódicas que ordena dar, el juez no puede suplir su voluntad. En cambio, en el caso de alimentos voluntarios, el juez está llamado a completar la voluntad del testador, según se desprende del artículo 1134 del Código Civil". Por lo mismo "no se advierte en la especie que los jueces del grado hayan incurrido en las infracciones de ley (...) al resolver que la asignación de que se trata reviste el significado de un alimento voluntario, pues sólo se le está dando una calificación jurídica a la disposición consiguiente". "Que en todo caso, vale la pena precisar que la asignación que se ha ordenado pagar en estos autos, debe ser pagada una vez enteradas las deudas hereditarias y en la medida que no se afecten las asignaciones forzosas. En efecto, no existe preferencia alguna para el pago del crédito derivado de este tipo de asignaciones, por lo que detraídas las deudas hereditarias y una vez cubiertas las asignaciones forzosas, habían de ser pagadas con cargo a la parte de libre disposición que le pudiera caber, si existiesen bienes suficientes para ello" (*Melis con Arecco y otros*, Rol N° 160/2007).

<sup>550</sup> Norma muy semejante al artículo 1134 es el artículo 879 del Código Civil español, que señala: "El legado de educación dura hasta que el legatario sea mayor de edad. El de alimentos dura mientras viva el legatario, si el testador no dispone otra cosa. Si el testador no hubiere señalado la cantidad para estos legados, se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia. Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas por vía de alimentos, se entenderá legado la misma cantidad, si no resultare de notable desproporción con la cuantía de la herencia".

<sup>551</sup> Véase GUZMÁN BRITO, A., *El prelegado en el Derecho Civil chileno*, Colección de estudios de Derecho Civil en Homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo, Alejandro Guzmán Brito, (editor científico), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2008, pp. 251 y ss.

<sup>552</sup> Algún autor entiende que también habría prelegado —aunque anómalo— cuando el testador impone a un heredero en particular el pago de un legado a otro heredero, es decir, la obligación no gravaría la masa

No es el caso de que el testador, a través de una disposición propia de una partición hecha en el testamento, señale las cosas con las que se debe enterar la cuota de un heredero. Si el testador señala que deja un tercio de la herencia a Pedro, un tercio a Martín y un tercio a Josefa, y que cada parte se enterará con los bienes tales o cuales, no existe en verdad un prelegado, puesto que los asignatarios son solamente herederos, y lo único que ha hecho el testador es la división de sus bienes entre ellos, pero no tienen en caso alguno el carácter de legatarios.<sup>553</sup>

A diferencia de lo que acontece en otros sitios, nuestro Código Civil no se refiere expresamente a esta institución. El inciso segundo del artículo 890 del Código Civil español señala que "el heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla". También el artículo 661 del Código Civil italiano señala que "el legado a favor de uno de los herederos y a cargo de toda la herencia se considera legado por el monto entero"<sup>554</sup>. En Argentina, en cambio, al igual que en Chile, no existe

#### Continuación nota <sup>552</sup>

hereditaria o el conjunto de los herederos sino que a un heredero en particular. En este sentido señala MESSINEO que esta tesis parece aceptable, ya que la figura del prelegado se hace característica, principalmente por la persona beneficiada con la asignación testamentaria, que es heredero y legatario al mismo tiempo, siendo secundario que "el gravado sea la herencia entera o lo sea uno (o más) de los herederos" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 440). En cambio, para BORDA "esta idea resulta difícil de comprender. Si lo que quiere el testador es favorecer a uno de los herederos en un bien determinado, ¿por qué ha de poner a cargo de uno de los coherederos su pago y entrega, cuando el legado surte sus efectos directos? Si el testador pusiera el beneficio a cargo de uno o varios herederos, hay cargo, no legado. Muy diferente es el papel del prelegado a cargo de la masa. Pues en este caso, dicha manda se rige *jure legati* y no *jure hereditatis*" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 381).

<sup>553</sup> En este sentido afirma MESSINEO que "para que exista prelegado es también necesario que todo lo que el heredero recibe, constituya un valor que exceda la cuota correspondiente a él por ley; o bien por testamento; en caso diverso, aunque se califique como prelegado, aquel valor debiendo ser imputado a la cuota, no es prelegado. Por tanto, hay lugar a establecer, de hecho, si existe, o no, prelegado; y solamente en caso afirmativo, se aplicarán los principios especiales que regulan este instituto singular; de no ser así, tendremos, no el prelegado, sino la anteparte; esto es, la cantidad a cuenta de cuota hereditaria, a imputarse sobre ésta" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 439). Pero como anota BORDA "muchas veces será dudoso si la intención del causante ha sido hacer un prelegado o una simple asignación integrante de la porción de un heredero. La cuestión debe ser resuelta por el Juez, de acuerdo con las circunstancias del caso y la voluntad presunta del testador. Empero, si estos elementos de juicio no dieran una solución clara, pensamos que debe considerarse que hay una simple atribución de un bien a la porción del heredero y no un prelegado; de esta manera se favorece una solución que tiende a mantener las porciones hereditarias fijadas por el causante y a conservar el equilibrio entre los coherederos" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 383).

<sup>554</sup> "En Derecho romano, el prelegado era completamente ineficaz en el caso de heredero único por concurrir dos causas de adquisición lucrativa respecto de un mismo objeto, una de las cuales, la del legado, no podía tener eficacia por absoluta subordinación a la otra. Cuando existían varios herederos y el prelegado estaba ordenado a cargo de toda la herencia, el mismo era parcialmente ineficaz, esto es, lo era en la medida en que la prestación correspondía al mismo favorecido. Las consecuencias de esta concepción, rigurosa-

una referencia particular al prelegado, lo que no ha implicado que la doctrina entienda que esta ausencia normativa no impide que sea posible otorgar un legado en estas condiciones.<sup>555</sup>

Entre nosotros, pareciera que la ausencia de una norma particular tampoco debe significar que no sea procedente el prelegado; de hecho algunos infieren del artículo 1229, que permite aceptar una asignación y repudiar otra, que el prelegado es admitido. Lo propio acontecería en virtud del artículo 1198, que ordena la imputación de los legados a las legítimas.<sup>556</sup>

Sin embargo, conviene dejar en claro que la situación prevista en el artículo 1198.1, en cuanto a que lo legado a un legitimario se imputa a su legítima, no es propiamente una hipótesis de prelegado, por cuanto lo que caracteriza a esta institución es la subsistencia, por separado, de la asignación a título universal con la asignación a título singular, de modo que herencia y legado coexistan respecto de una misma persona. Ello no sucede en el caso del legitimario, por cuanto respecto de él el legado se imputa a lo que le corresponde a título de legítima. Para que se produjera la hipótesis de prelegado, será necesario que el legado se haga a favor de un heredero voluntario, a fin de evitar que aquél se termine imputando a la parte que al heredero forzosamente le corresponde en la herencia. Tal acontecerá, por ejemplo, si el testador indica que deja la mitad de su herencia a su hermano Pedro, a quien, además, deja su automóvil.<sup>557</sup>

#### Continuación nota <sup>554</sup>

mente lógica, pero, por lo mismo de efectos completamente imprevisibles en el terreno de la justicia, han provocado el abandono de la regulación romana del prelegado en todos los Códigos modernos" (PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, T. V, Vol. 2, cit., p. 407).

<sup>555</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 381.

<sup>556</sup> Así, DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 740 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 226 y 227.

<sup>557</sup> Se discute si el prelegado tiene relevancia cuando existe un solo heredero. Señalan los DOMÍNGUEZ que "hay que admitir que habiendo un solo heredero, el prelegado resulta absurdo, porque el gravado con la carga sería el propio heredero. Sólo tendría sentido si la herencia, por renuncia del instituido, pasara al sustituto, que vendría a ser el gravado con la manda" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 740). En cambio, afirma RODRÍGUEZ que lo anterior "no nos parece una objeción importante, porque el único heredero podría repudiar esta calidad y aceptar el legado, en cuyo caso serán llamados a la sucesión los herederos intestados que correspondan. Estimamos, además, que en el caso analizado se puede siempre repudiar una asignación y aceptar otra, porque de la naturaleza de ambas disposiciones se desprende que el testador ha facultado al heredero-legatario para repudiar separadamente. De aquí resulta de toda evidencia que el asignatario múltiple puede optar por el legado en función de la responsabilidad subsidiaria que le impone la ley" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 227). En parecido sentido afirma MESSINEO que "en verdad, es concebible también un prelegado a favor del único heredero. El mismo puede tener una función práctica, para el caso en que la institución de heredero sea inválida (suponiendo válido el prelegado), o para el caso en que el prelegatario renuncie a la herencia, pero no renuncie al prelegado" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 439).

Como consecuencia de que el asignatario sea llamado como heredero y legatario en forma separada, se producen ciertas consecuencias: a) El asignatario puede aceptar la herencia y repudiar el legado y viceversa. b) Las cargas o condiciones impuestas al asignatario como heredero no lo afectan en cuanto legatario. c) El asignatario, en cuanto heredero, concurre al pago de las deudas hereditarias en proporción a la parte o cuota que le cabe en la herencia; en cambio como legatario solamente tiene una responsabilidad subsidiaria.<sup>558</sup>

396. EL SUBLEGADO. Como se verá a propósito del pago de las deudas testamentarias, en la mayoría de los casos el cumplimiento de los legados es de responsabilidad del conjunto de los herederos y, a veces, queda encomendada la ejecución de este pago al albacea que haya podido designar el causante. Sin embargo, es posible que el testador imponga la obligación de cumplir con el legado a un heredero o a un legatario en particular. Esta situación, en la que el pago del legado se impone a uno o varios legatarios, se denomina sublegado.<sup>559</sup>

Esta posibilidad está expresamente admitida en nuestro Código Civil, aun cuando sin la denominación de sublegado. Dispone el inciso primero del artículo 1360 que "las cargas testamentarias no se mirarán como carga de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a alguno o algunos de los herederos o legatarios en particular". Por su parte señala el artículo 1364

<sup>558</sup> Cfr. PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 696 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., "Comentarios al artículo 890 del Código Civil español", en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 1049.

<sup>559</sup> Muchos códigos admiten la figura del sublegado. Dice el artículo 858 del Código Civil español que "el testador podrá gravar con mandas y legados, no sólo a su heredero, sino también a los legatarios". "Éstos no estarán obligados a responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor del legado". De la misma forma la primera parte del artículo 662 del Código Civil italiano señala que "el testador puede poner la prestación del legado a cargo de los herederos o bien, a cargo de uno o varios legatarios". Los artículos 1417 y 1421 del Código colombiano reproducen las normas de los artículos 1360 y 1364 del Código chileno.

En Argentina, en cambio, no se admite que se grave a un legatario con legados. Sostiene BORDA que "en nuestro derecho, el legado pesa sobre los herederos y legatarios de cuota; es decir, sobre el conjunto de la masa hereditaria. Ha seguido el Código en este punto el sistema del derecho romano clásico que fuera adoptado también por el Código Napoleón. En el derecho moderno, en cambio, tiende a privar la idea de que el gravado por el legado puede ser tanto un heredero como otro legatario particular, aunque se admite normalmente y a falta de disposición expresa en contrario, lo es primero (C. Civil alemán, art. 2147; español, art. 857; el suizo, art. 484; italiano, art. 662; mexicano, art. 1394; uruguayo, art. 905). A nuestro juicio, este sistema parte de un error de concepto sobre la naturaleza del legado. Las mandas se distinguen de los cargos precisamente en que aquéllas importan una transmisión directa de derechos del testador al beneficiario, en tanto que el segundo se traduce en un derecho de reclamar del gravado el pago de la liberalidad. Por tanto, si el pago del legado particular, o de un heredero (con prescindencia de los demás), deja de ser un beneficio directo, para transformarse en un crédito que se puede reclamar de alguien, no en carácter de heredero y sucesor, sino de obligado. Hay cargo no legado" (*Tratado...*, T. II, cit., pp. 374 y 375).

que "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". De estas normas se desprende, inequívocamente, que un legatario puede ser gravado por el testador para el pago de otro legado.<sup>560</sup>

397. EXTINCIÓN DE LOS LEGADOS. Los legados, en cuanto asignaciones testamentarias a título singular, pueden extinguirse sea por causas generales, sea por causas particulares.

Son causas generales aquellas que afectan a la totalidad del testamento y, por lo tanto, junto con producir la extinción del legado, producen la extinción de las otras disposiciones testamentarias. Así acontece cuando el testamento es declarado nulo por sentencia judicial; cuando siendo un testamento privilegiado caduca por no haberse cumplido las condiciones necesarias para su valor dentro de los plazos previstos en la ley, o cuando es revocado totalmente por el testador.

En cambio, existen causas particulares de extinción de los legados, que son aquellas que no afectan a la generalidad del testamento, sino que dicen relación solamente con la asignación a título singular, como cuando se produce la revocación tácita de los legados o cuando se destruye la especie legada.

En lo que hace a la revocación tácita de los legados, sólo cabe remitirse a todo lo dicho sobre el particular con ocasión de la revocación del testamento y, particularmente, a lo expuesto en torno a la revocación del legado de crédito (artículo 1127); a la revocación del legado de condonación (artículo 1129); a la revocación por enajenación de la cosa legada y a la revocación por alteración sustancial de la cosa legada (artículo 1135).

398. LA DESTRUCCIÓN DE LA ESPECIE LEGADA. Dispone el artículo 1135.1 que "por la destrucción de la especie legada se extingue la obligación de pagar el legado".

Sin embargo, con el solo tenor de la norma no quedan resueltas todas las cuestiones que a este respecto pueden generarse.

<sup>560</sup> Afirma RODRÍGUEZ que en estos casos 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. Todo ello corresponde, casi estrictamente, a los presupuestos consignados en el artículo 1449 del Código Civil. El estipulante sería el testador, el estipulado 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" (*Instituciones...*, Vol. 1; cit., p. 228).

Desde luego debe entenderse la expresión destrucción no en un sentido estricto, sino que en uno amplio. No se producirá la extinción del legado sólo cuando acontezca su ruina material, como la pérdida total del vehículo o la muerte del caballo fina sangre que se han legado. También habrá destrucción cuando se produce la desaparición de estas cosas del patrimonio del testador, como cuando el bien fue expropiado o realizado en venta forzada.<sup>561</sup>

Tomando en cuenta que en materia de cosas genéricas rige el principio de que el género no perece, resulta claro que la norma solamente puede estar referida a la destrucción de una especie o cuerpo cierto<sup>562</sup>. Si el causante ha legado un caballo, la muerte de alguno de los ejemplares que tenía el causante no deviene en la extinción del legado.<sup>563</sup>

También está claro que si la especie o cuerpo cierto se destruye completamente antes de la muerte del testador, el legado se extingue. La razón es que la asignación queda sin objeto<sup>564</sup>. Pero si la cosa solamente sufre deterioros, el legado no se extingue, debiendo recibir el legatario la cosa en el estado en que se actualmente se encuentra (artículo 1118).

En cambio, si la pérdida de la especie o cuerpo cierto se produce con posterioridad a la muerte del causante, será necesario distinguir si dicha destrucción se produjo por caso fortuito o por culpa de los herederos.

Si la pérdida —o incluso los deterioros— de la especie o cuerpo cierto es fortuita (*sine culpa haeredis*), los herederos quedan liberados de la obligación de pago del

legado por haberse éste extinguido. De conformidad a las reglas generales, corresponderá la prueba del caso fortuito a quien lo alega. En este caso, tomando en cuenta que el legatario se hizo dueño de la especie o cuerpo cierto desde el momento mismo de la muerte del causante, acontecerá que la cosa pereció para el dueño (*res perit domino*).

Por el contrario, si la especie o cuerpo cierto no se destruyó —o deterioró— por caso fortuito o fuerza mayor, sino que por culpa de los herederos o de las personas obligadas al pago del legado, acontece que la obligación de pago no se extingue, sino que ella varía de objeto, pues el deudor será obligado a indemnizar al propietario.

<sup>561</sup> Se ha discutido si en caso de expropiación el legatario tiene derecho a la indemnización que por ello se paga. Entiende BORDA que si esta indemnización fue percibida por el propio testador, no es posible pensar que el legado subsista. Más dudosa resulta la cuestión si la cosa fue expropiada en vida del testador pero el pago se efectúa después de muerto. En este caso, siguiendo a FASSI, se inclina por entender que dicha suma pertenece al legatario subsistiendo por tanto el legado, produciéndose una especie de subrogación real de la suma pagada a la especie legada. De la misma forma el legatario tendría el derecho a la indemnización que paga la compañía de seguros por la pérdida de la cosa legada, siempre en el entendido que ello acontezca después de la muerte del testador (cfr. *Tratado...*, T. II, cit., pp. 482, 483 y 484).

<sup>562</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1131, p. 110 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 204.

<sup>563</sup> Si el testador ha efectuado un legado alternativo, pudiendo el legatario escoger la especie o cuerpo cierto de entre varios que le señala el causante (artículo 1117), siguiendo la regla que sienta el artículo 1504 para las obligaciones alternativas, habrá que concluir que el legado se extingue solamente si se destruyen todas las cosas entre las que el legatario podía escoger.

<sup>564</sup> Si la destrucción ha sido obra de terceros, cabe preguntarse si la acción indemnizatoria por el daño causado corresponde a los herederos o al legatario. Parece predominar la idea de que esta acción compete a los herederos en calidad de continuadores de la personalidad del causante y en la medida que el legado ha quedado sin objeto (cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 483). Sin embargo, la solución en justicia no es del todo clara. De hecho el parágrafo 2169 del Código Civil alemán concede esta acción indemnizatoria al legatario.

CAPÍTULO 33  
EL DERECHO DE ACRECIMIENTO

399. CONCEPTO. Según lo señalado en los artículos 1147 y 1148, puede decirse que el derecho de acrecimiento es aquel que opera en el caso en que existan dos o más asignatarios en un mismo objeto llamados sin designación de cuotas, en virtud del cual la parte del asignatario que falta se agrega o aumenta la parte que corresponde a los otros.<sup>565</sup>

En efecto, de acuerdo al artículo 1147, "destinado un mismo objeto a dos o más asignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de éste se junta a las porciones de los otros, se dice acrecer a ellas".

Además, conforme al artículo 1148, "este acrecimiento no tendrá lugar entre los asignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado: cada parte o cuota se considerará en tal caso como un objeto separado; y no habrá derecho de acrecer sino entre los coasignatarios de una misma parte o cuota". "Si se asigna un objeto a dos o más personas por iguales partes, habrá derecho de acrecer".

400. REQUISITOS. Para que opere el derecho de acrecimiento es necesario que: *a)* la sucesión sea testada; *b)* que sean llamados dos o más asignatarios; *c)* que estos asignatarios sean llamados a un mismo objeto; *d)* que el llamamiento se haga sin designación de cuotas; *e)* que falte uno o más de los asignatarios designados; *f)* que no se haya designado un sustituto para el asignatario que falta, y *e)* que el acrecimiento no haya sido prohibido por el testador.

401. SUCESIÓN TESTADA. Resulta una afirmación común que el derecho de acrecimiento solamente tiene lugar en la sucesión testada. Así lo comprobaría su reglamentación, ubicada en el párrafo 8 del Título IV del Libro III, relativo a las

<sup>565</sup> Dice ALVEAR que es "aquél en virtud del cual los llamados por acto gratuito a la totalidad de un mismo objeto sin designación de partes, aumentan su porción con la del que falta" (ALVEAR URRUTIA, J., *Derecho de acrecer*, en RDJ, T. 26, 1, p. 24).

asignaciones testamentarias, y precisamente establecida a continuación de los legados y donaciones revocables. Por otro parte, se agrega que las normas contenidas en los artículos 1147 a 1155 razonan sobre la base de la existencia de un testamento<sup>566</sup>. Así también lo han declarado en alguna ocasión los tribunales.<sup>567</sup>

Sin embargo, al respecto no existe entera uniformidad, ya que algunos autores explican que este derecho, por la fuerza de las cosas, opera en ambas sucesiones, sin que tenga demasiada relevancia la ubicación de la reglamentación en el Código, ni que su articulado se refiera particularmente al acrecimiento en la sucesión testada.<sup>568</sup>

Explican DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que “es cierto que el acrecimiento aparece reglamentado en las asignaciones testamentarias. Mas, por la fuerza de las cosas, se presenta también en la sucesión intestada. Llamados, por ejemplo, los ascendientes legítimos del difunto a recoger los bienes relictos y uno de ellos repudia, la delación queda abierta para los restantes y ellos sólo se llevan todo el *as* hereditario, o la porción o asignación destinada a los ascendientes por el derecho de acrecer, sin perjuicio de que por el derecho de representación o transmisión se excluya, en la sucesión legítima y en ciertos casos, el acrecimiento”. “Confirmación de lo expuesto es la disposición del art. 1190, según el cual “si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad o exheredación, porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho de representarle, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria, y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros”<sup>569</sup>

Como puede apreciarse, lo que está en discusión es si el fenómeno que se produce en la sucesión intestada —consistente en que la parte que hubiere corres-

pondido al heredero que falta beneficia a los que no faltan— es un suceso que tiene lugar porque en este tipo de sucesión opera el derecho de acrecimiento, o por la simple lógica de las cosas en la construcción legal de la sucesión intestada, según la cual los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, y en donde la no concurrencia de algunos de ellos beneficia a los otros. En términos simples, se discute si en la sucesión intestada existe el derecho de acrecer o sencillamente se trata de un acrecimiento de hecho.

En este sentido pareciera que lleva la razón ALBALADEJO cuando afirma que “plantada así la discusión, resulta un tanto bizantina”<sup>570</sup>. Desde el punto de vista de los beneficiados con el aumento de su porción hereditaria, poco importa si ello se produce en virtud de un derecho de acrecer o de un acrecimiento de hecho. Aun cuando se entendiera que en la especie hay un derecho de acrecimiento, parece que ello no reviste mucha utilidad, ya que si fuese así, para lo único que ello podría servir es para la aplicación de las normas de los artículos 1147 y siguientes a la sucesión intestada, pero ello resulta harto inútil, ya que estas normas, como se ha dicho, razonan sobre la base de la existencia de un testamento y de lo que dijo o no dijo el testador, cuestión que, como resulta obvio, no acontece en la sucesión intestada.

402. LLAMAMIENTO DE DOS O MÁS ASIGNATARIOS. Resulta inherente a la institución del acrecimiento la presencia de más de un asignatario. Si solamente existiese uno y faltare, su porción no podría acrecer a la de otro asignatario que no existe. En este caso, y si no hubiere sustitutos, la sucesión se regirá por las reglas de la sucesión intestada (artículo 980).

403. LOS ASIGNATARIOS DEBEN SER LLAMADOS A UN MISMO OBJETO. Es requisito del acrecimiento que los asignatarios sean llamados respecto de un mismo objeto. La expresión “objeto” no designa realmente una sola cosa, sino que está usada por la ley como sinónimo de asignación, por lo que puede tratarse de objetos singulares o también de universalidades.<sup>571</sup>

Es posible que exista un llamamiento conjunto, pero ello no determina necesariamente que exista el derecho de acrecimiento. Dispone el artículo 1149.2 que se entenderán por conjuntos los coasignatarios asociados por una expresión copulativa como Pedro y Juan, o comprendidos en una denominación colectiva, como

<sup>570</sup> *Curso...*, T. V, cit., p. 65.

<sup>571</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 871 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 309 y 310. Así también lo ha resuelto la jurisprudencia: cfr. GT, 1887, s. 3093, p. 2098 y RDJ, T. 20, 1, p. 211.

<sup>566</sup> Cfr. BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., p. 432; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 213; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 309 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 78.

<sup>567</sup> Cfr. RDJ, T. 52, 1, p. 42.

<sup>568</sup> Discusión semejante se ha dado en España. Sobre el particular, ALBALADEJO, *Curso...*, T. V, cit., pp. 64 y ss.; LASARTE, *Principios...*, cit., pp. 26 y ss., y PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., pp. 390 y ss. Ello a pesar de que el artículo 981 del Código hispano señala que “en las sucesiones legítimas la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos”. En Italia se admite sin inconvenientes que el acrecimiento opera también en la sucesión intestada (cfr. MESSINEO, *Manual...*, T. VII, cit., p. 375).

<sup>569</sup> *Derecho sucesorio*, cit., pp. 864. (La referencia a los ascendientes legítimos, después de la Ley Nº 19.585, solamente debe entenderse efectuada a los ascendientes). En igual sentido, señala CLARO SOLAR que “el derecho de acrecimiento, aunque nuestro Código se ocupa de él especialmente al tratar de las asignaciones testamentarias, está establecido de un modo general para las dos clases de sucesión por causa de muerte: para la sucesión testamentaria, obra de la voluntad del testador, y para la sucesión legítima o abintestato, obra directa de la ley. Además está establecido, no sólo para las asignaciones a título singular, sino también para las asignaciones a título universal” (ob. cit., T. 15, Nº 1189, p. 146).

los hijos de Pedro. Según el inciso primero, en estos casos los coasignatarios conjuntos se reputarán por una sola persona para concurrir con otros coasignatarios, y la persona colectiva formada por los primeros, no se entenderá faltar, sino cuando todos éstos faltaren.

Los autores enseñan que el llamamiento conjunto puede ser de tres tipos: verbal, real o mixto.

a) Es solamente verbal (*verbis tantum*) cuando en una cláusula testamentaria se llama a varios asignatarios en un mismo objeto pero con designación de cuota, como si el testador señala que deja un tercio de un fundo a Pedro, un tercio a Pablo y un tercio a Martín<sup>572</sup>. Para algunos también hay conjunción simplemente labial cuando los asignatarios son llamados en una misma cláusula testamentaria, pero a objetos diferentes, como si el testador dice que deja su casa de Viña del Mar a Pedro y la de La Serena a Martín<sup>573</sup>. En ninguno de estos casos existe derecho de acrecimiento, dado que la conjunción es meramente verbal o labial, pero no es real. Según el artículo 1148, el acrecimiento no tiene lugar entre los coasignatarios de distintas partes o cuotas en que el testador haya dividido el objeto asignado, ya que en tal caso cada parte o cuota se considerará un objeto separado.

b) La conjunción real (*re tantum*) se presenta cuando dos o más asignatarios son llamados a un mismo objeto en distintas partes o cláusulas del testamento o en una misma parte, pero en distintas frases. Dice el testador en una cláusula, por ejemplo, que deja su fundo a Pedro y en otra deja el mismo fundo a Pablo; o dice el testador: "dejo mi fundo a Pedro, también se lo lego a Pablo"<sup>574</sup>. En estos casos hay derecho de acrecimiento, puesto que el artículo 1149 señala que habrá derecho a acrecer sea que se llame a los asignatarios en una misma cláusula o en cláusulas separadas de un mismo instrumento testamentario.

El caso es distinto si este llamamiento se hace en instrumentos separados. En principio, según el inciso segundo del artículo 1149, el llamamiento anterior se presumirá revocado en toda la parte que no fuere común con el llamamiento posterior. Así, si en un primer testamento se deja el fundo a Pedro, y en un segundo testamento se le deja el mismo fundo a Pablo, el testamento posterior revoca el anterior. En este caso no hay derecho a acrecimiento. Sin embargo, podría acontecer que el segundo testamento se limitase a agregar asignatarios a un mismo objeto, caso en el que pasarían a ser varios los asignatarios de un mismo objeto,

<sup>572</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 470 y 471 y DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 872 y 873.

<sup>573</sup> Así MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 215 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 313.

<sup>574</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 470 y LASARTE, *Principios...*, cit., p. 26.

teniendo lugar el acrecimiento en lo que fuesen comunes el primer llamamiento con el segundo.

c) El llamamiento conjunto es mixto cuando es tanto verbal como real (*re e verbis*). Ello acontece cuando en una misma cláusula testamentaria se llama a varios coasignatarios a un mismo objeto sin designaciones de cuota, configurándose el caso más claro en el que opera el derecho de acrecimiento. Dice el testador, por ejemplo: "dejo mi fundo a Pedro, Martín y Josefa". La parte que correspondería al que falta acrece la parte que les corresponde a los otros.

404. PUEDE TRATARSE DE UN LEGADO O DE UNA HERENCIA. El derecho de acrecimiento tiene lugar tanto respecto de las herencias como de los legados; no existe limitante alguna a este respecto. Se puede llamar como heredero sin designación de cuota a uno o más asignatarios y si uno de ellos falta su parte acrecerá a la de los otros. Así acontecerá si el testador dice, por ejemplo, que un tercio de su herencia se la deja a Pedro y a Martín. Asimismo, se puede llamar como legatarios a varias personas respecto del mismo objeto, y si uno de ellos falta su parte acrecerá a la del resto. Tal sucederá si dice que un automóvil se lo deja a Josefa y a Martín.

405. ES FUNDAMENTAL QUE EL LLAMAMIENTO SE HAGA SIN DESIGNACIÓN DE CUOTAS. Es requisito del acrecimiento que el testador no haya designado la cuota de la asignación que corresponde a cada asignatario. La razón es que si se les ha designado una cuota en la que suceden al causante, la idea es que no lleven más que la cuota que se les ha señalado y, si existiere acrecimiento, ocurriría que llevarían más que lo que se les asignó literalmente<sup>575</sup>. Si el testador señala que deja un tercio de sus bienes a Pedro, un tercio a Martín y un tercio a Josefa, se entiende que el testador deseaba que cada uno de ellos llevase esa parte en los bienes de su patrimonio, por lo que si uno de ellos falta, no tiene lugar el acrecimiento. Por el contrario, si el testador señala que deja sus bienes a Pedro, Pablo y Martín, sin señalar cuotas o porcentajes, se entiende que su voluntad ha sido la de que ellos sean en general sus asignatarios, sin atribuir importancia a las cuotas que cada uno de ellos llevará en la herencia.<sup>576</sup>

<sup>575</sup> Señala MESSINEO que si hay designación de cuotas, viene a faltar el presupuesto principal del acrecimiento, que es el llamamiento de los asignatarios al todo (cfr. *Manual...*, T. VII, cit., p. 373).

<sup>576</sup> Con respecto al fundamento del derecho a acrecer, la doctrina se divide entre los defensores de la tesis subjetiva y la objetiva. Para la primera, el derecho de acrecer encuentra su fundamento en la voluntad del disponente. Si el causante ha dividido su herencia o sus asignaciones en cuotas debidamente establecidas, se debe precisamente a que su intención es que cada asignatario no lleve en la sucesión más que lo que él le ha asignado. En cambio, si el testador no ha efectuado designaciones de cuotas es porque su propósito



Pueden presentarse dudas en dos situaciones que están previstas en el artículo 1148, que son el caso en que se llame a los asignatarios por partes iguales y la hipótesis en que se llame a los asignatarios a una misma cuota sin explicar o decir lo que llevan dentro de ella.

406. CASO EN QUE SE LLAMA A LOS ASIGNATARIOS POR PARTES IGUALES. En el caso en que se llame a los asignatarios por partes iguales, pueden existir dudas acerca de si el llamamiento se ha hecho con o sin designación de cuotas. Al margen de cualquier discusión doctrinaria y aun cuando parezca que en definitiva hay en el hecho designación de cuotas, se ha resuelto expresamente por la ley que en este caso preciso tiene lugar el acrecimiento. Dice el inciso segundo del artículo 1148 que "si se asigna un objeto a dos o más personas por iguales partes, habrá

Continuación nota 576

ha sido llamar al heredero a toda la asignación, sin limitar su participación a una cuota de lo asignado (cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, T. V, cit., p. 51). De acuerdo a la tesis objetiva, "el derecho de acrecer no aparece por el hecho de que el llamamiento solidario haga presumir la voluntad del causante en el sentido de que, de haber podido, a uno solo de los conjuntos le habría concedido todo el objeto, sino porque aquella llamada cumulativa confiere a cada asignatario un derecho inicial sobre toda la herencia o cosa legada, de la misma manera que el heredero romano tenía derecho a toda la herencia". "La voluntad del testador sirva tan solo para determinar si hay o no llamamiento conjunto; pero luego queda agotada esa voluntad. Lo que entra en juego es la situación jurídica resultante de esa conjunción cuando uno de los sucesores falta, no formando ya parte la voluntad del testador, en el acrecimiento. Por eso ciertos autores, suponiendo que cada uno de los llamados tiene derecho igual y al total hablan de un *ius non decrecendi* más bien que de un *ius accrescendi*" (DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 861). En esta línea comenta LASARTE que "modernamente, sin embargo, la teoría subjetiva ha sido criticada. No basta, se afirma, remitirse a una base tan aleatoria e incierta como la voluntad presunta del causante, sino que ha de requerirse que, de alguna manera, tengan lugar un llamamiento o vocación cumulativa a unos mismos bienes por parte del testador, pues de otra manera la inseguridad llegaría a ser la nota dominante, al faltar cualquier elemento objetivo que justifique el derecho de acrecer. En dicha línea, se insiste en que la voluntad presunta es un mero presupuesto y que la vocación cumulativa sería la real y verdadera manifestación de la voluntad del causante concreto cuya disposición testamentaria se considera" (*Principios...*, cit., p. 25). Afirman los DOMÍNGUEZ que "el fundamento del derecho de acrecer, por lo tanto, está en la *voluntad expresa*, que ha llamado a varios a toda la asignación y a cada uno en particular, por lo que deferida la asignación en su integridad a todos ellos, si falta uno el llamamiento subsiste para los restantes a la integridad del objeto asignado. El acrecimiento se produce así, no en la cuota vacante, que no llega a existir, sino más acertadamente en el *título* que tenía el asignatario, bien de la sola disposición de la ley o del testamento del difunto, para legitimar más adelante la aceptación. Las cuotas vienen a resultar con posterioridad a la aceptación y ha llegado la hora *concurso partes finis*" (p. 863). El propio LASARTE, asumiendo una posición ecléctica, afirma que "en realidad, ambos elementos se complementan. La experiencia histórica ha hecho que el legislador, basándose en la voluntad presunta, regule el derecho de acrecer, pero por supuesto se requiere que la vocación hereditaria concreta permita entender que el testador no ha excluido el juego del derecho de acrecer, sin que obviamente en la actualidad pueda considerarse determinantes los formulismos tradicionales del Derecho romano. Por lo que, en definitiva, interesa analizar los requisitos de aplicación del derecho de acrecer" (*Ibidem*).

derecho de acrecer"<sup>577</sup>. Incluso se ha resuelto que si se deja una herencia por mitades, hay lugar al acrecimiento, dado que decir por mitades es lo mismo que decir por partes iguales.<sup>578</sup>

407. CASO EN QUE SE LLAMA A DOS O MÁS ASIGNATARIOS EN UNA MISMA CUOTA, PERO SIN DETERMINAR LO QUE LLEVAN DENTRO DE ELLA. Puede suceder que el testador llame a dos o más asignatarios en una misma cuota, pero sin determinar lo que a cada asignatario le cabe dentro de ella, como si el testador asignara un tercio de su herencia a Pedro, un tercio a Pablo y un tercio a Martín e Isabel. En este caso, según la parte final del inciso primero del artículo 1148, solamente hay derecho de acrecimiento entre los asignatarios conjuntos de una misma cuota, pero no entre los restantes, en este caso entre Martín e Isabel.

408. DEBE FALTAR UNO O MÁS DE LOS ASIGNATARIOS DESIGNADOS. Si bien está claro que para que opere el derecho de acrecimiento debe faltar uno de los asignatarios llamados, el Código no señala cuándo se entiende que ello acontece. No obstante lo anterior, debe entenderse que ello tiene lugar cuando el asignatario es incapaz o indigno de suceder o cuando repudia la herencia del causante. Así acontecería, por ejemplo, cuando el asignatario muere antes que el causante. Al momento de producirse la delación de la herencia el asignatario designado faltará y su parte acrecerá a la de los otros.

409. POSIBLE COLISIÓN CON EL DERECHO DE TRANSMISIÓN. Para que la muerte del asignatario dé lugar al acrecimiento, es necesario que se produzca antes del fallecimiento del causante, dado que si el deceso del asignatario que falta se produce después, no hay lugar al acrecimiento. En ese caso en verdad el asignatario no faltó al momento de producirse la delación de la herencia. Tanto es así que el

<sup>577</sup> Al respecto afirma BORDA que "por nuestra parte, pensamos que no es posible atarse a las palabras ni a ideas preconcebidas. Lo único esencial es la interpretación de la voluntad del causante; y esa interpretación surgirá, no sólo del detalle de las palabras empleadas, sino de todo el contexto del testamento y de las circunstancias del caso, de las relaciones entre el causante y los colegatarios, del fundamento de la manda, etc. Pero es indudable que el atribuir una cosa a dos o más personas por partes iguales no impide el derecho de acrecer. Es igual decir: dejo a Juan y a Pedro mi campo de Azul que decir dejo a Juan y a Pedro mi campo Azul por partes iguales, o para que se lo dividan en partes iguales. Para cualquier testador que no sabe de discusiones bizantinas, pero que tiene sentido común, lo mismo da decir una cosa que otra. La intención ha sido idéntica, la solución debe ser igual. En principio, pues, hay que reconocer en todos los casos el derecho de acrecer" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 472).

<sup>578</sup> Cfr. RDJ, T. 52, 1, p. 42. Cuenta el fallo con un comentario favorable de BARRIGA ERRÁZURIZ, G.

artículo 1153 declara que para el evento de que el asignatario haya muerto sin aceptar o repudiar la asignación, el derecho de transmisión establecido por el artículo 957 excluye el derecho de acrecer. Por lo que frente a la concurrencia de los dos derechos prima el derecho de transmisión por sobre el de acrecimiento.

En verdad este derecho de transmisión prima por sobre el de acrecimiento y no lo excluye como lo señala el artículo 1153. Esto porque si los herederos del asignatario que falta repudian la asignación que a él le correspondía, habrá derecho de acrecer a favor de los herederos que sí concurren, lo que implica que no es que el derecho de acrecimiento quede definitivamente excluido, sino que sólo resulta postergado.

410. POSIBLE COLISIÓN CON EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN. Según la opinión tradicional, no podría existir conflicto entre el derecho de acrecimiento y el de representación, puesto que el acrecimiento solamente operaría respecto de la sucesión testamentaria, y la representación se aplica exclusivamente dentro de la sucesión intestada.

Pero aun para los que opinan de esta manera es inevitable reconocer que el artículo 1190 señala expresamente que si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad o exheredación, y no tiene descendencia con derecho a representarle, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria, y contribuirá a formar las legítimas rigorosas de los otros. De modo que en estos casos no cabe más que concluir que el derecho de representación prima por sobre el derecho de acrecimiento. Si son tres los legitimarios y uno de ellos muere antes del causante, dejando dos hijos, lo que ocurre es que su parte en la mitad legitimaria no pasa a engrosar la porción de los otros, porque no opera el acrecimiento, en atención a que existe descendencia con derecho a representar al asignatario que falta. La parte de este asignatario corresponderá a los descendientes que legalmente lo representan. Por tanto, prima el derecho de representación por sobre el acrecimiento.

411. NO DEBEN EXISTIR SUSTITUTOS. Señala el artículo 1163 que el derecho de sustitución excluye al de acrecimiento. La razón es simple: si existe un sustituto; no hay lugar al acrecimiento, porque el asignatario no falta. Dirá el testador, por ejemplo, que deja su fundo a Pedro y a Josefa, pero si falta Josefa, la sustituirá en sus derechos Martín.

412. EL ACRECIMIENTO NO DEBE HABER SIDO PROHIBIDO POR EL TESTADOR. Dispone el artículo 1155 que el testador podrá en todo caso prohibir el acreci-

miento. En el evento de que el testador prohíba el acrecimiento, la parte del asignatario que falta corresponderá a los herederos intestados que tenga el causante.

413. EFECTOS DEL ACRECIMIENTO. Son efectos del acrecimiento los siguientes:

a) La porción que correspondía al asignatario que falta engrosa o aumenta la parte de los otros asignatarios.

b) Como el acrecimiento es un derecho accesorio, ocurre que el asignatario puede conservar su propia porción y repudiar la que se le defiere por acrecimiento; pero no puede repudiar la primera y aceptar la segunda (artículo 1151). Esta misma regla demuestra que el derecho de acrecimiento es un derecho renunciabile, y que —entre nosotros— no opera de *ipso iure*.<sup>579</sup>

c) Según el artículo 1152, la porción que acrece lleva todos sus gravámenes consigo, excepto los que suponen una calidad o aptitud personal del coasignatario que falta. Se trata de una reiteración de lo señalado en el artículo 1068.1, que explica que la asignación que por faltar el asignatario se transfiere a distinta persona, por acrecimiento, sustitución u otra causa, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transferibles, y el derecho a aceptarla o repudiarla separadamente.

d) En el caso que la asignación conjunta comprenda un usufructo, uso habitación o pensión periódica, el artículo 1154 establece que los coasignatarios conservan el derecho de acrecer, mientras gozan de ellos; y ninguno de estos derechos se extingue hasta que falte el último asignatario. Es una buena aplicación de lo señalado en el artículo 1150, que explica que los asignatarios conjuntos se reputan por una sola persona para concurrir con otros asignatarios, y la persona colectiva formada por los primeros no se entenderá faltar sino cuando todos ellos faltan. En este caso no se entenderá faltar el titular de estos derechos mencionados en el artículo 1154, sino cuando falten todos ellos.

e) El derecho de acrecimiento es transferible. En Chile no caben dudas al respecto. Dispone el inciso tercero del artículo 1910 que “cediéndose una cuota

<sup>579</sup> No en todas partes es de la misma forma. En Italia, por disposición expresa del inciso primero del artículo 676, el acrecimiento opera *ipso iure*, o sea, sin que el interesado deba tomar la iniciativa para promoverlo o para conseguir la parte no adquirida por el asignatario que falta. De acuerdo al inciso segundo, lo anterior implica que los asignatarios que se sustituyen, subintran, también, en las obligaciones y en las cargas del llamado, salvo que se trate de las obligaciones de carácter personal. Al respecto señala MESSINEO que “aun pudiendo renunciar al acrecimiento, ya que se trata de un poder, los efectos de la renuncia no pueden impedir la aplicación del art. 676, parágrafo, que acabamos de recordar. Por tanto, la renuncia al acrecimiento podrá impedir, respecto del renunciante, los efectos activos del acrecimiento, no los pasivos” (*Manual...*, T. VII, cit., p. 374).

hereditaria se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa". De modo que si un coheredero dispone de sus derechos hereditarios y luego de ello falta otro de los coherederos, es el cesionario a quien aprovecha esta ausencia, y no al cedente.<sup>580</sup>

<sup>580</sup> En otros sitios, ante la ausencia de una norma expresa, la doctrina ha llegado a conclusiones diferentes de la sentada por el Código Civil chileno. Así, por ejemplo, MESSINEO señala en Italia que "el derecho de acrecer, como accesorio de la cualidad de heredero, debe considerarse inalienable" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 372).

## CAPÍTULO 34 DERECHO DE SUSTITUCIÓN

414. CONCEPTO Y CLASES. En términos generales el derecho de sustitución es el que tiene un asignatario para reemplazar a otro que falta cuando así lo ha señalado expresamente el testador.<sup>581</sup>

Según el artículo 1156.1, la sustitución puede ser de dos clases: vulgar y fideicomisaria.

La sustitución vulgar, conforme al inciso segundo del artículo 1156, es aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepte, o que, antes de deferírsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual.

En cambio, según el artículo 1164, la sustitución es fideicomisaria cuando se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria.

415. OTRAS CLASES DE SUSTITUCIÓN. Históricamente han existido otras formas de sustitución y, de hecho, algunas de ellas subsisten en el Derecho comparado.

Una de estas formas es la sustitución pupilar, que consiste en nombrarle por el testador un heredero al hijo impúber para el evento de que este último falleciere antes de llegar a la pubertad.<sup>582</sup>

<sup>581</sup> Señala en este sentido PUIG BRUTAU que las sustituciones "son las disposiciones de última voluntad por las que dos o más personas son llamadas a la herencia o al legado, no para que sean herederos o legatarios conjuntamente, sino para que unos lo sean y otros los suplan si llegan a faltar, o para que primero o con carácter de preferente lo sean unos y otros lo sean después" (*Fundamentos...*, T. V, Vol. 2, cit., p. 513).

<sup>582</sup> Señala ALBALADEJO que "la llamada sustitución pupilar consiste en que, por derogación de la regla de que el testamento es acto personalísimo que sólo lo puede realizar el propio interesado, se autoriza a que los padres y demás ascendientes puedan hacerlo por sus descendientes menores de catorce años para el caso de que mueran antes de llegar a esta edad (que es la necesaria para poder testar)" (*Curso...*, T. V, cit., pp. 261 y 262). A este respecto dispone el artículo 775 del Código Civil español que "los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad".

La sustitución ejemplar, también llamada *cuasi pupilar*, consiste en la facultad que tienen los padres de nombrarle un heredero a su hijo demente, para el evento de que éste fallezca sin haber recuperado la razón<sup>583</sup>. Lo que ocurre es que un impúber no puede hacer testamento; en consecuencia, siempre muere intestado. La sustitución pupilar está dirigida a evitar este efecto.<sup>584</sup>

La sustitución recíproca era la que se efectuaba entre unos mismos herederos, de modo que se llamaba a unos a falta de los otros, sea de manera vulgar, pupilar o fideicomisaria. No se trata en verdad de una forma autónoma de sustitución, sino que una combinación de las anteriores.

Finalmente existió la sustitución compendiosa, que comprendía, simultáneamente, una sustitución vulgar y una fideicomisaria y que, como es obvio, tampoco tiene una configuración independiente de las otras.<sup>585</sup>

<sup>583</sup> El mismo ALBALADEJO indica que "la sustitución *ejemplar* (llamada así porque se introdujo a *ejemplo* de la pupilar) consiste en que aquellas personas pueden también testar por sus descendientes mayores de catorce años que hayan sido declarados incapaces por falta de cabal juicio (arts. 776, 1º y 663, 2º). Como se ve, no tienen de común con la *sustitución vulgar* sino el nombre. Pues en ésta la *sustitución* es de un instituido, que no hereda, por un *suplente* que se le nombra; mientras que en aquellas la *sustitución* es de una persona que *testa por otra* (*sustituyendo* a ésta) (...). Con lo dicho queda claro que la sustitución pupilar-ejemplar no es realmente una disposición (como la herencia o legado) que se contenga en el testamento, sino un caso de testamento hecho, no por el interesado, sino por la otra persona" (*Curso...*, T. V, cit., p. 262). Respecto de este tipo de sustitución, dice el artículo 776.1 del Código Civil español que "el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental". Agrega en su inciso segundo que "la sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón".

Por su parte, sostiene ZANNONI que "tanto la sustitución pupilar como la ejemplar conservan un valor histórico. La primera tuvo un claro sentido en el antiguo derecho romano en tanto el *pater familias* al instituir heredero para su hijo impúber que estaba bajo su potestad, disponía en realidad de *sus propios bienes*, ya que los bienes del hijo no eran sino los que éste recibiese del *pater*. Ello resulta claramente de varios pasajes de Cicerón al reseñar las costumbres romanas. Y es más: quizá esta sustitución, como se ha sugerido, surgió de la costumbre por la cual el *pater* al instituir a su hijo hacía a la vez una sustitución vulgar y una pupilar, en favor de la misma persona. En cuanto a la sustitución ejemplar —llamada también *substitutio iustinaena* o *cuasipupilar*— constituyó la culminación (en el derecho de Justiniano precisamente) de la sustitución que por rescripto, autorizaba al *pater* a hacer testamento por su hijo púber, que por cualquier causa se encontrase impedido de testar por sí mismo. El favor, que era el principio excepcional según resulta de un pasaje de Paulo, concluyó siendo una facultad de orden general para el padre en el caso de que el hijo fuese incapaz de testar por causa de demencia. En ambos supuestos, como se ve, el testamento del *pater* suplía la incapacidad del hijo" (*Manual...*, cit., pp. 601 y 602).

<sup>584</sup> Cfr. GUZMÁN, *Derecho Privado Romano*, T. II, cit., p. 461.

<sup>585</sup> En una nota al Proyecto de 1841, BELLO justificaba la exclusión de las sustituciones pupilar y ejemplar de la siguiente forma: "Trátase en este título de la sustitución vulgar solamente, ni en el Proyecto se designa con el nombre de sustitución ninguna otra que la *vulgar*. La *recíproca* no se diferencia de ésta. La *pupilar* ha parecido deber abolirse por las razones siguientes: Nada más injusto que la facilidad concedida al padre de testar por el hijo impúber sobreviviente para el caso de fallecer este hijo antes de llegar a la

Debe señalarse, además, y como se dirá más adelante, que la sustitución fideicomisaria que existió históricamente, y que aún perdura en algunas partes del mundo, no es la que define el artículo 1164 del Código Civil, sino que una distinta. La sustitución fideicomisaria es entendida, fuera de nuestro medio, como aquella en que el testador impone al heredero la obligación de conservar la herencia y trasmitirla, a su muerte, a otra u otras personas por él indicadas.

### Sección 1 La sustitución vulgar

416. CONCEPTO Y REQUISITOS. Como se ha anunciado, la sustitución vulgar es aquella que tiene lugar cuando el testador designa un asignatario sustituto para el evento que falte el asignatario por él designado en el testamento (artículo 1156.2). Para que ella tenga lugar se requieren tres condiciones: *a)* que se trate de una sucesión testamentaria; *b)* que la designación del o los sustitutos sea expresa, y *c)* que falte el asignatario designado.

417. LA SUSTITUCIÓN SOLAMENTE OPERA EN LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA. No opera la sustitución en la sucesión intestada. Esto es natural, pues, al margen de estar tratada la sustitución dentro de las asignaciones testamentarias (párrafo 9 del Título IV, relativo este último a las asignaciones testamentarias), este derecho supone una declaración de voluntad del causante por la que designa al sustituto de la asignación respecto de la que falta el asignatario inicialmente previsto. Ello implica, por tanto, la existencia de un testamento en el que se haga esta designación, no pudiendo tener lugar este derecho en la sucesión intestada.

#### Continuación nota <sup>585</sup>

pubertad, disponiendo no sólo de los bienes que por su muerte le trasmitía, sino de cualesquiera otros de que el hijo fuese dueño al tiempo de la suya, i lo que aún parece más duro, disponiendo de ellos arbitrariamente, pues aún podía, lo que el mismo hijo no hubiere podido testando, pasar en silencio a la madre". "Limitada la sustitución pupilar a los bienes a que el padre transmita al hijo (i no creemos que en nuestro siglo haya alguno que quisiese llevarla más allá) o se aplica a los bienes que debe el padre dejar al hijo en razón de legítima (que el Proyecto de la Comisión es la mitad de lo que hubiera cabido *ab intestato*), o a los bienes de que el padre pueda disponer a su arbitrio, que es la otra mitad toda entera. Nombrarle sustituto pupilar en los primeros es gravar la legítima, i contravenir a un principio. No alcanzamos razón alguna que justifique la excepción". "En cuanto a la parte de bienes de que el padre pueda disponer a su arbitrio, la sustitución pupilar es innecesaria, porque puede dejarlos al hijo con todas las cargas que quiera, i por consiguiente, con la de sustitución si el hijo fallece en edad pupilar". "La sustitución *ejemplar*, en que se nombra sustituto al mentecato o furioso, para en caso de que fallezca antes de cobrar el juicio, fue establecida, como lo dice su nombre, a ejemplo de la pupilar, i militan contra ella las mismas razones. Si recae sobre la legítima, es injusta; si sobre la cuota de bienes de que el testador puede disponer a su arbitrio, es innecesaria".

418. LA DESIGNACIÓN DEL SUSTITUTO DEBE EXPRESARSE. Es necesario que el testador expresamente haya señalado un sustituto que ocupe el lugar del asignatario inicialmente previsto. No es posible suponer una designación o presumirla. Dispone el artículo 1162 que si el asignatario fuere descendiente del testador, los descendientes del asignatario no por eso se entenderán sustituidos a éste; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria.<sup>586</sup>

419. FORMAS DE DESIGNACIÓN DE LOS SUSTITUTOS. La designación que hace el testador del o los sustitutos, si bien siempre debe ser expresa, puede asumir distintas formas. Puede ser directa o indirecta y, además, y puede ser individual o múltiple.

420. SUSTITUCIÓN DIRECTA O INDIRECTA. Señala el artículo 1158 que la sustitución puede ser de varios grados, como cuando se nombra a un sustituto directo, y otro al primer sustituto. Así ocurre cuando, por ejemplo, dice el testador que deja su casa a Pedro, y si falta a Juan, y si éste también llegare a faltar, la casa se la deja a Martín. El primer sustituto es directo o de primer grado; el segundo indirecto o de segundo grado.

421. SUSTITUCIÓN INDIVIDUAL O MÚLTIPLE. Explica el artículo 1159 que se puede sustituir uno a muchos y muchos a uno. En este sentido el sustituto puede ser uno solo, caso en el cual, obviamente, la sustitución es individual. Por ejemplo, señala el testador que deja su casa a Pedro, y a falta de éste a Juan. Pero los sustitutos podrían ser varios, por ejemplo, si en lugar de designarse solamente a Juan se designa como sustitutos a Juan, Esteban y Luis, o si indica el testador que deja su casa a Pedro, y a falta de él, a los hijos de Pedro. Asimismo, los asignatarios podrían ser varios, y ser solamente uno el sustituto, pues puede decir el testador, por ejemplo, que deja su casa a Pedro y Antonio, y a falta de ellos a Martín.

422. EL ASIGNATARIO DEBE FALTAR. Para que opere la sustitución es necesario que falte el asignatario inicialmente previsto por el testador. El artículo 1156.2 señala algunos de los casos en que se entiende faltar el asignatario. Ello acontece cuando el heredero o legatario no acepta la asignación, cuando ha muerto o por

<sup>586</sup> La diferencia con el derecho de representación es manifiesta. En la sucesión intestada, si falta el asignatario llamado por la ley a suceder al causante, puede ser representado por su descendencia en los casos en que ello es posible. Por el contrario, en la sucesión testada, la sustitución debe estar expresamente prevista. Si el testador deja su casa a su hijo Pedro, y éste falta, no por ello pasa a ser sustituido por sus hijos; para que ello ocurra debe haberlo señalado expresamente el testador.

cualquier otra causa se extinga su derecho eventual. En esta última expresión quedan comprendidos todos los casos de indignidad e incapacidad para suceder.<sup>587</sup>

Puede ocurrir que el asignatario falte por una causa distinta de la prevista por el testador. En tal caso se entiende que el sustituto vale también para este evento, salvo que el testador expresamente haya señalado lo contrario. Dispone el artículo 1157 que la sustitución que se hiciera expresamente para algunos de los casos en que pueda faltar el asignatario, se entenderá hecha para cualquiera de los otros en que llegare a faltar; salvo que el testador haya expresado voluntad contraria. "Se entiende que el testador que ha previsto un caso en que puede faltar el asignatario no ha querido excluir a los demás"<sup>588</sup>. De modo que si el testador señala que deja su casa a Pedro, pero que si éste fallece antes de producirse la apertura de la sucesión, la casa será para Juan, operará esta sustitución a pesar de que Pedro no haya fallecido, pero se haya hecho inhábil para sucederlo, por ser indigno o incapaz; todo a menos que el propio causante haya dispuesto una cosa diferente en el testamento. Esto demuestra, de acuerdo a CLARO SOLAR, que la sustitución, en estos casos, "tiene como fundamento la presunta voluntad de que el disponente habría también dispuesto para tales casos de la sustitución que establece para el caso o casos especialmente considerados; pero tal presunción no podría existir contra la voluntad del mismo disponente que expresa que no sería aplicable al caso o casos que él indica".<sup>589</sup>

Pero, de conformidad a lo señalado en el inciso final del artículo 1156, "no se entiende faltar el asignatario que una vez aceptó, salvo que se invalide la aceptación". En este caso, lo que acontece en verdad es que el asignatario no falta. En este sentido la disposición está demás. Aun cuando el asignatario se arrepintiera de haber aceptado, no puede prescindir de su carácter de heredero o legatario, salvo que logre acreditar que fue llevado a aceptar con vicio de su voluntad, o que la aceptación le causa lesión grave, a virtud de disposiciones testamentarias de las que no tenía noticia al tiempo de haber aceptado<sup>590</sup>, o salvo que siendo incapaz

<sup>587</sup> En Argentina explica PÉREZ LASALA que "cualquier hecho que le impida suceder al primer llamado es, en principio, suficiente para producir el llamamiento del sustituto. Estos hechos se reducen siempre a dos: que el instituido no quiera (*casus voluntatis*) y que no pueda (*casus impotentiae*)". El art. 3725 dice al respecto: "La sustitución simple y sin expresión de casos comprende los dos: el caso en que el heredero instituido no quiera aceptar la herencia y el caso en que no pudiera hacerlo. La sustitución para uno de los dos casos comprende también el otro" (*Curso...*, cit., p. 685).

<sup>588</sup> MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 218.

<sup>589</sup> Ob. cit., T. 15, N° 1320, pp. 221 y 222.

<sup>590</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1314, p. 218.

de aceptar por sí solo, no se haya cumplido con las formalidades habilitantes del caso.

423. CONCURRENCIA DE LA SUSTITUCIÓN CON EL DERECHO DE TRANSMISIÓN. Teóricamente podría acontecer que concurran los derechos de sustitución y transmisión en una misma situación de hecho. El derecho de transmisión opera en ambos tipos de sucesión, en tanto que el de sustitución solamente en la sucesión testada, lo que deja este campo común de acción. Esta hipótesis se daría cuando abierta la sucesión del causante, el asignatario designado fallece sin haber aceptado o repudiado la asignación, y el testador había designado sustitutos para el caso de faltar el asignatario.

En este caso, se entiende que en verdad no falta el asignatario, pues el derecho de aceptar o repudiar se transmite a sus herederos. Dispone el artículo 1163 que el derecho de transmisión excluye al de sustitución. La verdad es que, más que excluirlo, lo cierto es que el derecho de transmisión prefiere al de sustitución, pues podría acontecer que los herederos del asignatario inicial, que falleció sin aceptar o repudiar la asignación, la repudien, caso en el que se configura la situación prevista para que opere el derecho de sustitución, falta el primer asignatario, pudiendo ser sustituido por quien o quienes hayan sido designados para este efecto. En síntesis, así como la transmisión prefiere al acrecimiento (artículo 1153), la transmisión también prefiere al de sustitución (artículo 1163).

424. CONCURRENCIA DE LA SUSTITUCIÓN CON EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN. En principio sería imposible que concurran conjuntamente el derecho de sustitución con el de representación. El primero solamente tiene lugar en la sucesión testada, en tanto que el segundo sólo opera en la sucesión abintestato, por lo que no podría haber conflicto entre ellos.

Sin embargo, puede presentarse el problema respecto de la mitad legítimaria y, en tal caso, el derecho de representación excluye a la sustitución que pueda haber señalado el testador. Por ejemplo, dice el testador que deja la mitad legítimaria a sus hijos Pedro y Pablo, pero en el evento que falte Pedro será sólo heredero Pablo. Si Pedro tiene descendencia con derecho de representarlo, ocurre que el derecho de representación prefiere al de sustitución, y los hijos de Pedro le representan, quedando sin efecto la designación de sustituto que efectuó el causante. Si Pedro no tiene descendencia con derecho a representarlo, la sustitución tampoco produce efecto, pues, en virtud de lo prevenido en el artículo 1190, la parte del que falta se agregará a la mitad legítimaria, y contribuirá a formar las

legítimas rigurosas de los otros, en este caso Pablo. Luego, Pablo no adquiere en su calidad de sustituto, sino que por el acrecimiento legal previsto en el artículo 1190.

425. CONCURRENCIA DE LA SUSTITUCIÓN CON EL DERECHO DE ACRECIMIENTO. Es posible que en una misma sucesión concurran conjuntamente el derecho de sustitución y el de acrecimiento. Naturalmente que ello sólo puede acontecer en una sucesión testada, ya que es allí en donde tienen aplicación estos derechos. Tal ocurrirá, por ejemplo, cuando el testador deje un mismo objeto a dos o más asignatarios sin designación de cuota, y además señale un sustituto para el caso de que falte alguno de ellos. Si hubiere designación de cuotas no operaría el derecho de acrecimiento. Dice el testador, por ejemplo: "dejo mi casa a Pedro y Martín, y si falta alguno de ellos será sustituido por Josefa". En este caso, si falta uno de los asignatarios iniciales, podría existir una colisión de derechos: el derecho de acrecimiento en favor de Pedro o Martín según el caso, y el derecho de sustitución de Josefa. Según el artículo 1163, el derecho de sustitución excluye al de acrecimiento, aunque mejor dicho, el de sustitución prefiere al de acrecimiento, puesto que si el sustituto repudia la asignación, falta, y en tal evento operará el derecho de acrecimiento.

## Sección 2

### La sustitución fideicomisaria

426. CONCEPTO Y REGLAMENTACIÓN. Como se ha dicho, el artículo 1164 señala que la "sustitución fideicomisaria es aquella en que se llama a un fideicomisario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona posea en propiedad fiduciaria". Para el Código, en consecuencia, y como su nombre lo indica, la sustitución fideicomisaria no es otra cosa que un fideicomiso, puesto que, según la definición del artículo 1164, se trata de una asignación que se le hace a una persona que está sujeta a la eventualidad de pasar a otras manos si se cumple una condición resolutoria. De hecho, el inciso segundo del artículo 1164 señala que "la sustitución fideicomisaria se regula por lo dispuesto en el título *De la propiedad fiduciaria*".

427. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN EL DERECHO ROMANO Y COMPARADO. No obstante lo señalado por el artículo 1164, la sustitución fideicomisaria que existió históricamente, e incluso la que existe en algunas legislaciones a nivel mundial, no es exactamente la asignación testamentaria sujeta a la condición re-

solutoria de pasar a otras manos si se verifica el hecho futuro e incierto. Históricamente la sustitución fideicomisaria es aquella en que una persona, denominada sustituto, recibe una herencia o un legado luego de que un primer beneficiado disfrutó de la misma asignación hasta su muerte, fecha en que la misma asignación pasa a esta nueva persona.<sup>591</sup>

El fideicomiso tuvo su origen en Roma, como fórmula de evadir las incapacidades para suceder que afectaban a ciertas personas. En estos casos, el causante efectuaba la asignación por causa de muerte a un sujeto capaz con la carga de que la traspasara al incapaz. En un principio el cumplimiento de tal carga quedaba entregado a la buena fe de quien recibía la asignación del causante, persona que recibía el ruego del causante (*fides*) y quedaba obligada "en conciencia" a cumplir con la carga que se le había impuesto; de allí que se utilizaran las expresiones *fidei tuae committio* (encomiendo a tu conciencia).<sup>592</sup>

Explica en Argentina PÉREZ LASALA que "la sustitución fideicomisaria es la disposición testamentaria en virtud de la cual el testador le impone al heredero la obligación de conservar la herencia y transmitirla, a su muerte, a otra u otras personas por él indicadas. El concepto se aplica, igualmente, cuando el gravamen de conservación y transmisión se refiere al legatario, afectando la cosa legada"<sup>593</sup>. En el mismo sentido, señala ZANNONI que "en la sustitución fideicomisaria el testador se propone impedir la disponibilidad de los bienes hereditarios por parte del instituido, ordenando que a la muerte de éste (llamado *fiduciario* o *fideicomisario*) esos bienes se desieran a un sustituido que el mismo testador ha determinado y nombrado. Esta sustitución fue muy utilizada en el derecho feudal, permitiendo que, generación tras generación, determinados bienes se conservasen dentro de la familia: se favorecería, así, el sostenimiento de los *mayorazgos* y *vinculaciones* en general (...). Mediante la sustitución fideicomisaria el testador *impone* a su heredero un determinado sucesor. El derecho moderno, a partir de la codificación, ha reputado, en principio, económica y socialmente nocivo el obstáculo que la prohibición de disponer de los bienes significa para la circulación de la riqueza (especialmente si se trata de inmuebles), lo que llevaría a la reconstitución de las llamadas *manos muertas*, repudiadas por la Revolución Francesa a partir del decreto de 10 de octubre de 1789 que desamortizó los bienes del clero a disposición de la Nación y de la Asamblea Constituyente, como libres de toda carga".<sup>594</sup>

<sup>591</sup> Cfr. SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, traducción de Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, pp. 308 y 309.

<sup>592</sup> Cfr. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, *Tratado de los derechos reales*, T. II, cit., p. 88 y 89.

<sup>593</sup> *Curso...*, cit., p. 688.

<sup>594</sup> *Manual...*, cit., pp. 602 y 603.

En Argentina esta sustitución fideicomisaria está prohibida. Señala el artículo 3770 que "la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución de heredero, ni los derechos del llamado antes".<sup>595</sup>

En España, la noción de sustitución fideicomisaria es la misma que en Argentina, pero, a diferencia de lo que acontece en ese país, la legislación le reconoce valor a este tipo de asignaciones testamentarias. Dispone el artículo 781 del Código Civil hispano que "las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador"<sup>596</sup>. Al respecto explica ALBALADEJO que "a diferencia de la vulgar, en que se nombra un heredero (o legatarios) en vez de otro (si A no hereda, herede B), la fideicomisaria consiste en nombrar uno para después que lo haya sido otro (así, sea A mi heredero mientras viva, y a su muerte pase mi herencia [toda o parte de ella] a B). El testador que ordena esta sustitución fideicomisaria, se llama fideicomitente; el primer heredero, fiduciario, y el segundo, fideicomisario"<sup>597</sup>. En Italia ella se

<sup>595</sup> Apoyando la prohibición de la sustitución fideicomisaria, sostiene BORDA que "se comprende que, llegado ese extremo, la sustitución fideicomisaria no podía subsistir. En primer lugar es una forma de crear *manos muertas*, propiedades inalienables, extraídas de la circulación económica, beneficiosas quizá para una persona o familia, pero contrarias al interés social. Además, según ya se dijo, importan crear un orden sucesorio voluntario, que se superpone al legal y lo desvirtúa, con todos los inconvenientes del caso, entre los cuales el más notorio es que desaloja un régimen igualitario y democrático en la distribución de la herencia, por otro fundado en la desigualdad y el privilegio. Las sustituciones fideicomisarias sin límite de tiempo eran una expresión de conceptos feudales. Pero resultan incompatibles con las ideas democráticas actuales" (*Tratado...*, T. II, cit., p. 351).

<sup>596</sup> Criticando la disposición, señala LASARTE que "con semejante descripción, sin embargo, nuestro Código ofrece una aproximación inicial extraordinariamente pobre de la sustitución fideicomisaria, como ha resaltado hasta la saciedad la doctrina. De una parte, no llega ni siquiera a indicar que el *tercero* contemplado en dicha fase es también heredero (el heredero fideicomisario), al tiempo que, de otra parte, sugiere que la suerte y eficacia de la sustitución depende de *el encargo* hecho por el testador al primer llamado, cuando verdaderamente la designación de ambos herederos sucesivos la lleva a cabo el propio testador (o fideicomitente). Siendo así, ambos son herederos del testador, aunque lo sean de forma sucesiva en el tiempo, quedando obligado el primero de ellos a conservar los bienes hereditarios a favor del segundo" (*Principios...*, cit., p. 137).

<sup>597</sup> *Curso...*, T. V, cit., p. 266. Respecto de la persistencia de este tipo de sustitución, señala PUIG BRUTAU, reproduciendo a ROCA SASTRE, que "España dio una nota de admirable serenidad frente al vendaval asolador de los fideicomisos que desencadenó la Revolución Francesa. Nuestra legislación supo abstenerse de adoptar la solución simplista de prohibir radicalmente las sustituciones fideicomisarias (...) el legislador español prefirió discriminar entre los diversos tipos de fideicomisos y concretarse a suprimir únicamente los dos de tipo de mayorazgo o vinculación perpetua. En el uso de la sustitución fideicomisaria no vio nada execrable, sino en el abuso de ella, principalmente en la forma que, aprovechando la dosis de vinculación que el fideicomiso por sí contiene, lo transformaba en una vinculación de carácter perpetuo" (*Fundamentos...*, T. V, Vol. 2, cit., pp. 532 y 533).

admite en casos muy restringidos y condicionados, siendo la regla general el que sean inválidas.<sup>598</sup>

428. LA SITUACIÓN EN CHILE. Como se ha dicho varias veces, en Chile la sustitución fideicomisaria es aquella asignación que se le hace a una persona pero sujeta a pasar a otras manos cuando se verifique una condición. No se prevé; como ocurre en otros sitios, que se le asigne una herencia o un legado a una persona hasta su muerte, fecha en la cual la asignación pase a otro sujeto que se indica en el testamento.

Si de hecho se efectuare una asignación testamentaria de esta naturaleza o en estos términos, ella no sería nula, como acontece en algunos sitios. En estos casos se produciría una situación harto particular, en la que, en un mismo momento, se generarían un usufructo y un fideicomiso.

Si el testador efectúa una asignación a un heredero o legatario, con la carga de conservarla hasta su muerte, fecha en que el objeto asignado pasará a otro asignatario que designa el testador, no se estaría en presencia de una condición sino que de un plazo. La muerte de una persona no es una condición, ya que no es un hecho incierto, se trata de un plazo cierto pero indeterminado (artículo 1081).

Por consiguiente, en este evento se trataría de un usufructo en beneficio del primer heredero o legatario, ya que el artículo 1087 señala, en su inciso primero, que la asignación hasta día cierto, sea determinado o no, constituye un usufructo a favor del asignatario. Al fallecimiento del primer asignatario, este derecho de usufructo termina (artículo 806), produciéndose de tal forma la consolidación de la propiedad a favor del nudo propietario.<sup>599</sup>

<sup>598</sup> Señala MESSINEO, comentando las graves limitaciones impuestas por el artículo 692 del *Código* a este tipo de sustituciones, que "en cuanto a las razones de política legislativa de la prohibición general y de la consiguiente nulidad de la sustitución fideicomisaria, basta decir que el legislador considera no deseable, por económica y socialmente nocivo, el obstáculo que la prohibición de disponer de los bienes —explícita implícita, en la sustitución fideicomisaria— significará para la circulación económica de ellos (especialmente si son inmuebles), provocando la restitución de aquella mano muerta (o sea, inmovilización de la riqueza) que, durante el período feudal, había perturbado por varios siglos la economía, especialmente territorial. La conservación de los bienes en la familia —razón principal de la sustitución fideicomisaria— había sido también el medio para sostener el instituto del mayorazgo; el cual era, por otra parte, causa de disparidad de trato entre los descendientes y, por tanto, visto con no buenos ojos por los legisladores modernos" (*Manual...*, T. VII, cit., pp. 122 y 123).

<sup>599</sup> Así se ha resuelto que "la asignación testamentaria por la vida del asignatario, o sea hasta un día cierto e indeterminado, como es el de la muerte de una persona, importa la constitución de un usufructo; muerte que, en el caso resuelto, era la del propio instituido" (RDJ, T. 4, 1, p. 53).

Pero en estos casos acontece, además, que se produce un fideicomiso desde el punto de vista del segundo asignatario<sup>600</sup>. En la especie, la asignación está sujeta a la condición de que al día de la muerte del primer asignatario exista el segundo. Dispone el artículo 738 que "el fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la época de la restitución". "A esta condición de existencia pueden agregarse otras copulativa o disyuntivamente". Si a una persona se le asigna una herencia o un legado a partir de la fecha de la muerte de otra persona, a quien se le dejó aquella misma cosa en ese intervalo de tiempo, la asignación estará sujeta a que al día del fallecimiento del primer asignatario viva el segundo. "La asignación desde día cierto pero indeterminado, es decir, del día que se sabe llegará pero no cuándo (como la muerte), es condicional y envuelve la condición de existir el asignatario ese día"<sup>601</sup>. De suerte que el segundo asignatario, el sustituto, tendrá el carácter de un fideicomisario, en circunstancias que el primero tiene el carácter de usufructuario. Se da, en este caso, la circunstancia prevista en el artículo 736, según el cual "una misma propiedad puede constituirse a la vez en usufructo a favor de una persona y en fideicomiso a favor de otra".

Pero si lo anterior resulta relativamente claro, no lo es tanto a quién debe restituirse la propiedad en este caso, o sea quién es nudo propietario respecto del primer instituido y quién es el propietario fiduciario en lo que se refiere al segundo asignatario. Si el testador dice que deja su herencia a Pedro hasta su muerte, fecha en la cual ella será para Martín, Pedro será usufructuario y Martín fideicomisario, ¿quién es nudo propietario y quién propietario fiduciario? La única respuesta posible es que tienen este carácter los herederos del causante que no sean Pedro y Martín. Respecto del fideicomiso, dice el artículo 748 que "cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos". En este caso, no habiéndose designado un propietario fiduciario y habiendo muerto el constituyente, serán propietarios fiduciarios los herederos del causante, sean testamentarios o intestados. En el caso del usufructo, la regla debe ser la misma, el nudo propietario debiera ser el constituyente del usufructo, pero como ha muerto, tendrán dicha calidad los herederos testamentarios o intestados.

429. DESIGNACIÓN DE SUSTITUTOS PARA EL FIDEICOMISARIO. Dispone el artículo 1165.1 que "si para el caso de faltar el fideicomisario antes de cumplirse la

<sup>600</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 14, Nº 939, pp. 451 y 452.

<sup>601</sup> ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, *Tratado...*, T. II, cit., p. 106.



condición, se le nombran uno o más sustitutos, estas sustituciones se entenderán vulgares, y se sujetarán a las reglas de los artículos precedentes”.

La regla no es sino la aplicación del principio contenido en el artículo 745, según el cual “se prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra”. “Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros”.

Si el testador señala que deja su casa a María, para que una vez muerta ella pase a Jonás, y al fallecimiento de éste pase a Luis, a cuya muerte corresponderá a Felipe, acontece que se constituyen fideicomisos sucesivos. La sanción debiera ser la nulidad absoluta, pero la ley sanciona este acto con la ineficacia de los fideicomisos posteriores al primero que tenga lugar. Si muerta María la casa pasa a Jonás, carecen de todo derecho el resto de los nombrados en el testamento, pues su expectativa se extingue definitivamente. Pero si antes de la muerte de María fallece Jonás, Luis y Felipe serán sus sustitutos de acuerdo a la regla del artículo 1165, quienes concurren al faltar el primer llamado.

430. LOS DERECHOS DE LOS FIDEICOMISARIOS NO SE TRANSMITEN. Muerto el fideicomisario antes del cumplimiento de la condición, nada transmite. Ni el fideicomisario de primer grado, ni sustituto alguno llamado a ocupar su lugar, transmiten su expectativa si faltan (artículo 1165.2). Esta es la misma regla contenida en el artículo 762, que dispone que “el fideicomisario que fallece antes de la restitución, no transmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa, que pasa *ipso iure* al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere”.

La regla también es la misma contenida en el inciso segundo del artículo 1492 respecto de las asignaciones testamentarias condicionales, según la cual estos derechos no se transmiten a los herederos del asignatario. Finalmente es la misma regla establecida en el artículo 1078, según la cual las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de implorar las providencias conservativas necesarias. Si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno.

431. LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA NO SE PRESUME. La sustitución no debe presumirse fideicomisaria, sino cuando el tenor de la disposición excluye manifiestamente la vulgar (artículo 1166). En otras palabras, si los términos del testamento son ambiguos y resulta dudoso si la asignación implica una sustitución vulgar o una fideicomisaria, debe entenderse que es vulgar.

## CAPÍTULO 35

### SÍNTESIS SOBRE LA CONCURRENCIA DE VARIOS DE LOS DERECHOS TÍPICOS DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

432. EXPLICACIÓN. Con ocasión del estudio de cada uno de los derechos típicos de la sucesión por causa de muerte, se ha explicado en qué tipo de sucesión concurre cada uno de ellos y cómo son o no preferentes respecto de los otros. Sin embargo, a modo de síntesis puede ser de utilidad exponer un panorama general.

433. TRANSMISIÓN, SUSTITUCIÓN Y ACRECIMIENTO. El derecho de transmisión prefiere a los derechos de sustitución y acrecimiento, y entre estos dos prefiere la sustitución al acrecimiento (artículo 1163). Asimismo, la transmisión también prefiere al acrecimiento (artículo 1153). Luego, en primer lugar está la transmisión, luego la sustitución y finalmente el acrecimiento.

434. REPRESENTACIÓN, SUSTITUCIÓN Y ACRECIMIENTO. En principio sería imposible que un conflicto surgiera entre los derechos de representación, sustitución y acrecimiento, ya que la representación solamente opera en la sucesión intestada, y los otros dos en la testada. Sin embargo, esta concurrencia podría producirse dentro de la mitad legítimaria. Así el testador podría decir que deja la mitad legítimaria a sus dos hijos, Andrés y Sofía, y que si falta Sofía, que tiene hijos, su porción será para Esteban. En estos casos prima el derecho de representación por sobre los derechos de acrecimiento y sustitución. En el ejemplo, si falta Sofía, es representada en lo que a ella le corresponde por su descendencia, y no operará ni acrecimiento ni sustitución. Si falta Sofía y también sus hijos, su parte acrece a la legítima de Andrés en virtud de lo prevenido en el artículo 1190, y no opera la sustitución establecida con el causante.

435. REPRESENTACIÓN Y TRANSMISIÓN. La única posibilidad teórica faltante es que concurren en una misma sucesión el derecho de transmisión y el de representación. Sin embargo, dicha posibilidad en verdad no existe, puesto que no es posible que efectivamente concurren en la misma sucesión ambos derechos.

Es verdad que la transmisión opera tanto en la sucesión testada como en la intestada, y que la representación solamente tiene lugar dentro de la sucesión intestada, lo que deja un campo común de acción que es precisamente la sucesión abintestato. No obstante, ello no es suficiente para que ambos derechos colisionen.

Para que opere el derecho de transmisión es necesario que el asignatario fallezca después de que lo haga el causante, pero sin haber aceptado o repudiado la asignación. Así lo exige el artículo 957. En cambio, para que tenga lugar el derecho de representación es necesario que el asignatario haya fallecido antes que el causante. Aquí, como se entiende, lo que interesa es que falte el representado por muerte y no por otra causa, ya que lo que conecta la transmisión con la representación es la muerte del primer asignatario.

Si el asignatario fallece antes que el causante, tiene lugar el derecho de representación; si fallece después, sin haber aceptado, o repudiado, opera el derecho de transmisión. Si el asignatario fallece después que el causante habiendo ya aceptado, no tiene lugar el derecho de transmisión. Lo mismo acontece si el asignatario es indigno, incapaz o ha sido desheredado, en tales casos no opera el derecho de transmisión, el que sólo tiene lugar cuando falta el asignatario por muerte. En estos casos podría operar el derecho de representación, pero no el de transmisión. Como se ve, no existe conflicto posible.

Luego, representación y transmisión no se colisionan. Cada uno de ellos, por separado, puede chocar con el de acrecimiento y sustitución. En ambos casos priman por sobre éstos y, entre éstos, prefiere la sustitución por sobre el acrecimiento.

## CAPÍTULO 36

## LA SUCESIÓN PARTE TESTADA Y PARTE INTESTADA

436. PROBLEMAS QUE PRESENTA UNA SUCESIÓN MIXTA. Entre nosotros es posible que una sucesión pueda ser totalmente intestada, totalmente testada o bien parte testada y parte intestada. Es factible, por ejemplo, que el testador solamente disponga de parte de sus bienes, como si se limitara a hacer algunos legados y nada dice respecto del resto de sus bienes; o que disponga de una parte de su herencia guardando silencio en el resto, como si señalara que la cuarta de libre disposición será para tal o cual persona sin decir nada más. Dice expresamente el inciso segundo del artículo 952 que la sucesión de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada, con lo que queda claro que son admisibles las sucesiones mixtas.<sup>602</sup>

<sup>602</sup> Varias son las legislaciones que se han apartado de la regla romana según la cual una misma sucesión no podía ser parte testada y parte intestada (cfr. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones...*, cit., pp. 574 y 575). En Alemania explica KIPP que "la sucesión legal y la voluntaria pueden coexistir una al lado de la otra. El causante puede nombrar un heredero parcial. En tal caso, para una parte del caudal relicto vale la disposición *mortis causa*, y para el resto la sucesión legat. No rige en el BGB la regla romana contraria: *Nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decere potest* (Inst. 2. 14. 5, D. 50. 17. 7)" (*Tratado...*, T. V, Vol. 1, cit., p. 21). En España dispone el número 2 del artículo 912 que "la sucesión legítima tiene lugar "cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes de que no hubiese dispuesto". A este respecto señala LASARTE que "nuestro Código, siguiendo la propia tradición histórica del *ius commune* y con absoluto olvido de la regla romana que establecía la incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la sucesión intestada (*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*), parte de la base de que la sucesión intestada no tiene lugar sólo cuando no hay testamento, sino incluso en los supuestos en que existiendo disposiciones testamentarias del causante válidas y efectivas, la voluntad del testador no agota de forma íntegra y total el caudal hereditario" (*Principios...*, cit., p. 303). En Italia acontece otro tanto. En virtud de lo señalado en los artículos 457.2, 677.1 y 734 del *Codice*, señala MESSINEO que es "concebible que coexistan los dos indicados modos de vocación (sucesión testamentaria y legítima); esto ocurre cuando, con las atribuciones patrimoniales dispuestas por testamento, no quedan agotados los bienes hereditarios y exista un margen de no-atribuidos" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 38). En Inglaterra "la sucesión es parcialmente intestada cuando el causante no dispuso de todos sus bienes y derechos por medio de testamento, cosa que con frecuencia sucede a raíz de la ineficacia de la disposición voluntaria del remanente. En estos supuestos, las restantes disposiciones testamentarias eficaces se mantienen y se abre la sucesión intestada por el resto; en cualquier caso, el testamento prevalece en todos aquellos puntos en los que pueda desplegar su eficacia" (cfr. ANDERSON, ob. cit., p. 1251).

En lo que se refiere a este tipo de sucesiones, resultan relevantes tres extremos: a) la forma en que se divide la herencia del causante; b) la situación de los asignatarios que suceden a la vez por testamento y por ley, y c) la suerte de las asignaciones forzosas en este tipo de sucesiones.

Casi todas estas cuestiones están contenidas y resueltas en el artículo 996.

437. FORMA EN QUE SE DIVIDE LA HERENCIA. En lo que se refiere a la forma en que debe dividirse la herencia entre los asignatarios, explica el artículo 996.1 que cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y abintestato, se cumplirán las disposiciones testamentarias, y el remanente se adjudicará a los herederos abintestato según las reglas generales. Por consiguiente, lo primero que procede es aplicar las disposiciones testamentarias, y una vez hecho, en el resto o remanente se aplican las disposiciones legales sobre sucesión intestada, concretamente los órdenes de sucesión.

438. SITUACIÓN DE LOS QUE SUCEDEN POR TESTAMENTO Y POR LEY. Dada la regla antes señalada, puede darse el caso de que existan asignatarios con derecho a suceder en virtud del testamento y también por las disposiciones legales sobre la materia, es decir, puede ocurrir que una misma persona sea asignataria testamentaria y asignataria legal, reuniéndose en un solo sujeto títulos diferentes para suceder. Así, por ejemplo, si el testador tiene tres hijos, e indica en su testamento que deja su casa a su hijo José, y nada dice del resto, acontece que José será asignatario testamentario respecto de la casa, y, en el resto de la herencia, se aplicarán los órdenes de sucesión, y él, junto a sus hermanos, concurrirán en el primer orden, sucediendo al causante legalmente.

En el caso antes indicado surge la duda de cómo sucede esa persona al causante. Según lo señalado en el artículo 996.2, los que suceden por testamento y abintestato imputarán a la porción que les corresponda abintestato lo que recibieron por testamento, sin perjuicio de retener toda la porción testamentaria, si cediere a la otra.

El precepto se ha prestado para confusiones innecesarias o casi artificiales. Lo que ordena la norma es dividir toda herencia en la forma en que resulte de aplicar las disposiciones sobre la sucesión intestada, y determinar la parte o cuota que le corresponde a cada heredero en el *as* hereditario, y no sólo la parte de la que no se ha dispuesto. A la parte que les corresponda a los que suceden por testamento y ley, debe imputárseles lo que recibieron por concepto de testamento.

Piénsese en dos herederos que no son legítimos, por ejemplo, dos hermanos del causante: Pedro y Pablo. La herencia en total es de \$ 10.000.000. En el testa-

mento el causante asigna \$ 2.000.000 a Pedro, y nada más dice. En este caso, como lo indica el artículo 996.1, debe cumplirse primeramente el testamento y, en el resto, se aplican las disposiciones legales. Ocurre que ambos hermanos, además, suceden al causante legalmente, ya que son llamados en el tercer orden de sucesión (artículo 990). Por esta razón, según el inciso segundo del artículo 996, debe determinarse lo que a cada cual le cabe de conformidad al orden sucesorio. Como los hermanos carnales suceden por partes iguales quiere decir que le corresponden \$ 5.000.000 a cada uno. Sin embargo, a la parte de Pedro debe imputarse lo que le corresponde por testamento, de modo que en los hechos solamente le corresponden \$ 3.000.000. Así el heredero testado y el intestado llevan lo mismo.<sup>603</sup>

En este tipo de sucesiones nace la razonable incógnita acerca de si lo asignado por el testador a uno de los herederos es con el propósito de mejorar la situación de ese heredero respecto de los otros o si solamente ha querido que la parte que legalmente le corresponde a ese asignatario se pague con lo que se asigna por testamento. El Código resuelve este problema entendiendo que lo que se asigna al heredero testamentario es a cuenta o con cargo a lo que le corresponde en la herencia; es como si la asignación se hiciera en pago de lo que al heredero le corresponde en la herencia, una especie de disposición particional.<sup>604</sup>

Esta regla de imputación también está prevista expresamente en el artículo 1198.1, cuando señala que todos los legados, todas las donaciones, hechas a un legítimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora. De suerte que todo cuanto se asigne en el testamento a un legítimario se entiende hecho con cargo a lo que le corresponde legalmente, salvo que el testador haya manifestado una intención diferente.

<sup>603</sup> Así lo entiende la generalidad de la doctrina: CLARO SOLAR, ob. cit., T. 13, N° 210, pp. 198 y 199; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 729 y 730; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 94 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 167 y 168.

La redacción del artículo 996.1 podría sugerir que una vez aplicado el testamento sólo en el remanente tienen lugar las reglas de sucesión intestada, y en lo que en ello pudiese corresponderle al heredero testamentario se le imputa lo que ya recibió por el testamento. De esta forma, en el ejemplo propuesto Pedro llevaría sus dos millones por el testamento, ascendiendo el remanente a ocho millones, que sería lo que habría que repartir según las reglas de la sucesión intestada. En dicho reparto a Pedro le corresponderían cuatro millones, a los que se debieran imputar los dos que ya recibió, llevando, en la práctica, solamente cuatro millones y no cinco. Los seis restantes serían para el otro hermano. Como se comprende fácilmente con esta lectura, no solamente no se beneficia al heredero que sucede por testamento y en virtud de la ley, sino que se le perjudica gravemente.

<sup>604</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 13, N° 210, p. 198 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 94.

La verdad es que esta solución parece no ser la más convincente, ya que si el testador se ha tomado el trabajo de hacer testamento y asignarle algo a un asignatario y no a los otros, cabe suponer que ello se debe a que ha querido beneficiarlo de algún modo. A fin de cuentas, con esta solución legal el asignatario testamentario ningún beneficio obtiene con el hecho de tener este carácter, ya que, en el mejor de los casos, llevará lo mismo que los otros herederos, puesto que el sistema de imputaciones impide que lleve más que éstos.<sup>605</sup>

Sin perjuicio de lo antes dicho, si lo que se asignó por testamento a un heredero es más de lo que le correspondería en la sucesión intestada, este heredero podrá retener toda esta porción testamentaria. Así, si en el testamento el causante asignó a Pedro la suma de \$ 6.000.000, que es más de lo que le correspondía en la sucesión intestada, puede retenerla, correspondiéndole a Pablo el resto, esto es, la suma de \$ 4.000.000.

Todo esto es sin perjuicio de lo que disponga en términos explícitos el causante, puesto que el artículo 996.3 señala que prevalecerá sobre todo ello la voluntad expresa del testador en lo que de derecho corresponda.

De suerte que el testador podría señalar, por ejemplo, que la parte que recibieron los herederos por testamento no se les impute a lo que les corresponde por las reglas generales de la sucesión intestada, o que lo que les asigna es sin perjuicio de lo que les corresponde en la sucesión intestada. En la primera situación antes señalada, Pedro recibiría \$ 2.000.000 por testamento, más \$ 4.000.000 por lo que le toca en la sucesión intestada, llevando a fin de cuentas la suma de \$ 6.000.000, lo que sí lo deja en relación de privilegio respecto de los otros herederos, que solamente llevarán la parte que les corresponde en la sucesión intestada.

Como expresa SOMARRIVA, "en realidad el Código invirtió los términos lógicos, pues exige declaración expresa del testador para hacer compatible la sucesión testamentaria íntegra con la abintestato íntegra. La solución debió haber sido la contraria, porque si el testador hace una asignación testamentaria, es evidentemente con el deseo de favorecer a los herederos nombrados en el testamento".<sup>606</sup>

<sup>605</sup> De allí que sostenga RODRÍGUEZ que "no es lógico, creemos nosotros, que admitiendo que las asignaciones testamentarias prefieren a las asignaciones intestadas, quien es instituido heredero por el testador y concurre, además, en el remanente de los bienes como heredero abintestato, nada gane en razón de la disposición de última voluntad que representa el deseo del causante. Lo equitativo habría sido que, pagada la asignación testamentaria, concurrieran en el remanente los herederos intestados señalados en la ley. De este modo el favorecido lo sería realmente, al percibir la asignación testamentaria y una asignación intestada" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 280).

<sup>606</sup> *Derecho sucesorio*, cit., pp. 168 y 169.

Debe tenerse presente en todo caso que si bien el testador puede establecer que lo que lleva el heredero testamentario no se impute a lo que a ese heredero le corresponde en la sucesión intestada, tal posibilidad no es absoluta. El inciso tercero del artículo 996 deja claramente establecido que esta voluntad prevalecerá "en lo que de derecho corresponda". Esto significa que mediante este expediente el causante no puede vulnerar las asignaciones forzosas, y la no imputación de lo asignado por testamento dispuesta por el testador no puede lesionar lo que legalmente corresponde al resto de los asignatarios.

De modo que si el causante tiene dos hijos, un patrimonio de \$ 10.000.000 en el que se incluye un automóvil que vale \$ 7.500.000 no puede señalar que deja el automóvil a uno de sus hijos sin perjuicio de lo que a él le corresponda en la sucesión intestada, ya que aquello lesionaría la legítima rigurosa del otro hijo, que asciende a \$ 2.500.000.

439. SITUACIÓN DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS EN LAS SUCESIONES MIXTAS. A partir de la Ley N° 19.585 dispone el inciso final del artículo 996 que "en todo caso la regla del inciso primero se aplicará una vez enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia".

La norma se explica porque la redacción del inciso primero del artículo 996 podría inducir a pensar que no hay espacio para el pago de las asignaciones forzosas. Si lo primero que debe hacerse es cumplir con el testamento y lo segundo es la aplicación de los órdenes de sucesión, podría resolverse que no se aplican en estos casos las asignaciones forzosas.

Nada más lejano de lo correcto. Lo primero que debe pagarse son las asignaciones forzosas, concretamente, como lo dice el inciso final, las legítimas y las mejoras. No se mencionan los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, primera asignación forzosa según el artículo 1167. Ello se explica porque las asignaciones alimenticias forzosas, de conformidad al artículo 959 N° 4, son una baja general de la herencia, trámite necesario para pasar del acervo ilíquido al acervo líquido o partible.

En todo caso, la nueva norma es criticable por dos razones: primero, por su ubicación y, segundo, por su contenido.

En lo que hace a su ubicación, este inciso debió ser el segundo del artículo 996, ya que hace buena relación con lo prevenido en el inciso primero y no con el resto de los incisos. De hecho este inciso comienza señalando que "en todo caso la regla del inciso primero se aplicará una vez...".

En lo que se refiere a su contenido, la norma en verdad no se justifica. Cuando ella no existía no habían dudas que las asignaciones forzosas debían ser enteradas

aun cuando el artículo 996 no las mencionara, pues no era ni es conclusión aceptable que, por el hecho de disponerse de parte de los bienes y no del total de ellos, puedan vulnerarse las asignaciones forzosas. De otra parte, el artículo 996 ya insinuaba que prevalecían en todo caso las asignaciones forzosas, al mencionar en su inciso tercero que la voluntad del testador puede prevalecer "en lo que de derecho corresponda", lo que significa, como se ha dicho, que el testador en caso alguno puede vulnerar las asignaciones forzosas por este expediente.<sup>607</sup>

La limitación que se comenta implica que cuando haya una sucesión parte testada y parte intestada, y existan legitimarios, la aplicación de las normas del artículo 996 solamente puede redundar en una libre disposición de una cuarta parte de la herencia, pues, en el resto, debe respetarse la mitad legítima y la cuarta de mejoras.

440. CONCURRENCIA DE LEGITIMARIOS CON QUIENES NO LO SEAN. Hasta antes de la Ley N° 10.271 de 1952, se presentaba un problema con la sucesión mixta, ya que el artículo 996 resultaba contradictorio con lo preceptuado en el artículo 1191. Según el inciso primero de este último artículo, acrece a la legítima rigurosa toda aquella parte de que el testador ha podido disponer a título de mejoras, o con absoluta libertad, y no ha dispuesto o ha quedado sin efecto la disposición. De modo que, según esta norma, si el testador se limitaba a disponer de la mitad legítima a favor de algunos de sus herederos legitimarios, y nada decía respecto del resto de la herencia, ella acrecería a la mitad legítima y se repartía entre los legitimarios. Solución distinta de la señalada en el artículo 996, que indica que en tal caso primero se aplica el testamento, y en la parte intestada se aplican las normas sobre la sucesión intestada.

Si en los hechos concurrían como herederos legitimarios con quienes no lo fueren, y el causante se limitaba a señalar que asignaba la mitad legítima a sus legitimarios, acontecía que la regla del artículo 996 no podía aplicarse, pues el resto de la herencia acrecía a la mitad legítima y los legitimarios llevaban toda la herencia, quedando el resto de los herederos sin participar en la herencia.

El caso típico era el de la concurrencia del hijo natural con un cónyuge sobreviviente. El hijo natural era legítimo, no así el cónyuge sobreviviente. Si el testador decía en su testamento que dejaba la mitad legítima a su hijo natural, aplicando el artículo 1191, resultaba que acrecía a ella todo aquello de que el testador no había dispuesto, con lo que el hijo natural llevaba toda la herencia.

<sup>607</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ, *Las reformas...*, cit., p. 116.

Pero, en aplicación del artículo 996, ocurría que el hijo natural llevaba la mitad legítima y, en el resto, se aplicaba el antiguo artículo 990, es decir, el saldo de la masa partible se dividía por mitades, una para el hijo natural y la otra para el cónyuge. Pero como el hijo natural sucedía por testamento y abintestato, a lo que llevaba en la sucesión intestada había que imputarle lo que le correspondía en el testamento, lo que determinaba que llevase la mitad de la herencia el hijo natural y el resto el cónyuge sobreviviente.

Para evitar este problema, la Ley N° 10.271 agregó el actual inciso final al artículo 1191, que señala que si concurren, como herederos, legitimarios con quienes no lo sean, sobre lo preceptuado es este artículo prevalecerán las reglas contenidas en el Título II de este Libro, es decir, priman las reglas de la sucesión intestada y, concretamente, las reglas de la sucesión parte testada y parte intestada, ambas ubicadas en el Título II al que hace referencia el precepto.

Por lo tanto, en el caso que en una sucesión parte testada y parte intestada concurren legitimarios con quienes no lo sean, prevalece lo señalado en el artículo 996 por sobre lo previsto en el artículo 1191, no habiendo lugar al acrecimiento señalado en este último a favor de los legitimarios.

Sin embargo, esta regla actualmente será de escasísima aplicación. Hoy por hoy es prácticamente imposible que concurren como herederos legitimarios con quienes no lo sean, pues, después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585, todos los que la ley llama como herederos en un mismo orden o son todos legitimarios o no lo es ninguno.

En efecto, en el primer orden se llama a los descendientes como herederos determinantes y al cónyuge sobreviviente como concurrente. Todos ellos son legitimarios. En el segundo orden se llama a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente, todos como determinantes, y todos son legitimarios. En el tercero, cuarto y quinto orden, todos los llamados como herederos no son legitimarios. Por consiguiente, no es posible que concurren herederos con quienes no lo sean. Si solamente hay legitimarios y el testador se limita a asignar por testamento la mitad legítima a favor de ellos, el resto de la herencia acrece a ella, y resultan todos favorecidos con el incremento. Si no tiene legitimarios, sencillamente no será aplicable el artículo 1191 por razones obvias.

Como se explica más adelante (N° 483) el único caso en que podría conservar vigencia la regla del inciso final del artículo 1191 es la hipótesis en que exista un adoptado de conformidad a la Ley N° 7.613, y solamente en la medida que se estime que este adoptado no es un hijo más. Si se entiende que es un hijo más del causante, como algunos lo sugieren, el problema no se presenta, ya que tendrá el carácter de legítimo. Por el contrario, si se estima que tiene el

carácter de heredero solamente en su calidad de adoptado, y el causante se limita a disponer de la mitad legitimaria a favor de sus legitimarios, habría que aplicar, antes que el acrecimiento del inciso primero del artículo 1191, la regla de su inciso tercero, debiendo procederse a distribuir la herencia conforme lo previene el artículo 996.<sup>608</sup>

## CAPÍTULO 37 LAS ASIGNACIONES FORZOSAS

441. CONCEPTO. Dice el artículo 1167.1 que las asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no la ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.<sup>609</sup>

La norma no dice que las disposiciones testamentarias que controviertan o violen las asignaciones forzosas sean nulas, sino que se expresa que la ley suple el silencio del testador aun perjudicando las disposiciones que el testador haya hecho. Lo que preocupa al Código es que las asignaciones forzosas sean debidamente enteradas. No es primordial anular el testamento en todo o parte, sino que ellas se cumplan. El testamento en el que se violan las asignaciones forzosas en rigor no es nulo. Lo que acontecerá en estos casos es que habrá lugar a la reducción de las asignaciones testamentarias en todo aquello que sea necesario para dar cabida a las asignaciones forzosas, reformando el testamento en cuanto sea necesario y en la medida que así lo demanden los legitimarios. No se está, en consecuencia, en presencia de una acción de nulidad, aun cuando el efecto respecto de las cláusulas testamentarias sea semejante al que ella produce, sino que se está ante una acción de reforma, que deja subsistente el testamento en todo aquello que no viole las asignaciones forzosas.<sup>610</sup>

442. LAS DIFERENTES ASIGNACIONES FORZOSAS. Según lo señalado en el artículo 1167.2, son asignaciones forzosas:

- a) Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;
- b) Las legítimas;

<sup>609</sup> Sobre este tema FUENZALIDA CORREA, O., *Las asignaciones forzosas*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1918 y PINOCHET CONTRERAS, O., *Asignaciones forzosas*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1926.

<sup>610</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1356, p. 257.

<sup>608</sup> Cfr. ÁLVAREZ, *La filiación...*, cit., p. 132.

c) La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge.<sup>611</sup>

443. FUNDAMENTO DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS. Las asignaciones forzosas no tienen otro fundamento que limitar la libertad de testar para proteger el interés familiar que existe en la sucesión por causa de muerte. Como se ha dicho antes, en la sucesión por causa de muerte converge el interés del causante, que se traduce en la suerte de su patrimonio para después de sus días. Pero también concurre aquí el interés de los familiares más cercanos, que, de manera directa o indirecta, se supone, han contribuido a la formación de este patrimonio. El objeto de estas asignaciones es dar protección a estos familiares y al cónyuge, a fin de garantizarles participación en el patrimonio que, en teoría, han contribuido a crear.<sup>612</sup>

444. LAS ASIGNACIONES FORZOSAS Y LA LIBERTAD DE TESTAR. Como se comprende, las asignaciones forzosas están directamente relacionadas con la cuestión de la libertad de testar.

La libertad de testar es la facultad que tiene el causante para disponer en la forma en que desee de su patrimonio, para que esta disposición tenga efecto para después de su muerte.

A este respecto, y desde un punto de vista doctrinario, existen dos posiciones contrapuestas. Algunos propician la libertad absoluta de testar; otros, por el contrario, solamente promueven una limitada libertad. De acuerdo a la primera tesis, es necesario que los potenciales herederos del causante conozcan que no les está garantizado que van a suceder a su causante, lo que los motivará a forjar su propio patrimonio, cosa que no harán si se les asegura la sucesión del causante. Los segunda corriente supone que la libertad absoluta de testar es muy peligrosa, ya que un causante desapegado de su familia puede privarla del patrimonio que ha contribuido a formar, resultando mucho más conveniente que exista una libertad limitada de testar, en uso de la cual el causante pueda introducir cualquier mejora o corrección que desee respecto de sus herederos. Estas dos corrientes han dado lugar a sendas soluciones sobre el particular.

<sup>611</sup> La Ley N° 19.585 suprimió el N° 2 del artículo 1167, que incluía como asignación forzosa la porción conyugal. Tal asignación a favor del cónyuge sobreviviente desapareció al adquirir éste el carácter de legitimario.

<sup>612</sup> Sobre el particular SAAVEDRA ALVARADO, R., *Autonomía de la voluntad y protección de la familia frente a la actual realidad sucesoria: La búsqueda de nuevos equilibrios entre dos principios fundamentales*, Estudios de Derecho Civil II, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué (2006), Hernán Corral Talciani y María Sara Rodríguez Pinto (coordinadores), Santiago, 2007, pp. 113 y ss.

445. LOS MODELOS SOBRE LA LIBERTAD DE TESTAR. A nivel mundial existen sistemas diversos que recogen de mayor o menor medida la libertad de testar. Se distinguen, básicamente, dos tipos de modelos: los denominados de libre disposición o de libertad de testar, y los modelos de legítimas o de libertad restringida para testar.<sup>613</sup>

446. MODELOS DE LIBRE DISPOSICIÓN O DE LIBERTAD DE TESTAR. El sistema de libertad de testar, en su versión más emblemática o pura, se caracteriza porque el testador tiene completa libertad para nombrar o designar a las personas que beneficia con el testamento y para distribuir entre ellos los bienes de la forma que más le plazca. En este modelo el testador no tiene la obligación de reservar cierta parte de la herencia o determinados bienes para algunos parientes en particular. A lo más se le impone la obligación de dejar alimentos a las personas que legalmente tienen derecho a ellos. Es el sistema que rige, en general, en Inglaterra, Canadá, en la mayor parte de Estados Unidos de América y en algunos países de nuestro entorno, como México, Costa Rica y Guatemala.<sup>614</sup>

Una variante de este sistema de libertad completa para testar la constituye el modelo de libre distribución de los bienes entre determinadas personas. En este esquema el testamento es una especie de elemento transmisor del patrimonio del causante, ya que en virtud de él se señala a qué personas, dentro de las que es posible, el causante asigna sus bienes. En otros términos, el causante no tiene completa libertad para determinar quiénes serán sus herederos, sino que solamente puede escogerlos de un grupo de parientes que la ley determina, pero entre ellos puede hacer la distribución que quiera. Así podrá dejar todo a todos los parientes que la ley señala, o todo a uno solo de ellos. Este era, por ejemplo, el sistema que recogió el Código Civil soviético de 1922.

<sup>613</sup> Véase PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 779 y ss.

<sup>614</sup> El Derecho inglés desconoce la institución de las legítimas. En tal ordenamiento no se reserva ninguna parte de los bienes ni al cónyuge ni a determinados parientes del causante. La única protección en beneficio de ciertas y determinadas personas son las *family provisions*, por medio de las cuales los tribunales, discrecionalmente, pueden disponer en favor de los dependientes del causante que lo requieran lo necesario para sobrevivir, manteniendo las condiciones de vida que tenían antes del fallecimiento del *de cuius*. Esta solicitud debe ser presentada dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión, aun cuando el plazo puede ser prorrogado. Para ello deben probar sus necesidades y que lo que les ha tocado en la herencia no responde a las necesidades que actualmente tienen. Están facultados para requerir esta orden de manutención el cónyuge viudo (o *civil partner*); el ex cónyuge (siempre que no se haya casado nuevamente), el conviviente (*cohabitant*), los hijos del causante; menores o adultos que el causante hubiere tratado como hijos y los dependientes del causante. Todo ello de conformidad con la *Provision for family and dependants Act* de 1975; la *Law Reform (succession) Act* de 1995 y la *Civil Partnership Act* de 2004 (cfr. ANDERSON, ob. cit., pp. 1245, 1246 y 1275 a 1278).

447. SISTEMA DE LEGÍTIMAS O DE LIBERTAD RESTRINGIDA DE TESTAR. En el sistema de legítimas o de libertad restringida de testar, el causante carece de libertad para escoger a sus asignatarios y para distribuir entre ellos la herencia, pues existen ciertos parientes, denominados legitimarios, que tienen derecho a cobrar una determinada parte dentro del caudal hereditario, llamada porción "de legítima" o "legítima".

En este modelo se distinguen varias modalidades. La forma más pura consiste en la distribución forzosa de la legítima, que es una cuota determinada de la herencia, variable de acuerdo al número de hijos, como en el caso de Francia, Portugal y Uruguay<sup>615</sup>. Pero también hay una fórmula en que la cuota de legítima es invariable, y siempre tiene la misma entidad, como en Suiza, Austria, Noruega, Brasil y Venezuela.

Una variante de este sistema de libertad restringida lo constituye el sistema de distribución forzosa compartido con otro de libre distribución dentro de la cuota de legítima, denominado sistema de mejora. En este modelo se distingue una parte de legítimas y una parte de libre disposición. Dentro de la legítima se distingue una porción que debe ser necesariamente asignada a los parientes y en la cuantía que la ley señala, y otra porción con la que el causante puede mejorar la situación de alguno de ellos.

Este es el modelo que rige en España, Argentina, Chile, Colombia y Perú. Estas porciones son variables<sup>616</sup>. En el caso chileno, la legítima alcanza a la mitad de la herencia, la parte de mejora a una cuarta parte y el resto es de libre disposición.

448. LA SOLUCIÓN CHILENA. En Chile, como se sabe, no existe libertad absoluta de testar. Andrés Bello era partidario de esta solución, quizá influenciado por el pensamiento de los autores ingleses, país en el que existe plena libertad de

<sup>615</sup> Dispone el artículo 887 del Código Civil uruguayo que "habiendo un solo hijo legítimo o natural reconocido o declarado tal o descendencia con derecho a representarle, la porción legitimaria será la mitad de los bienes; si hay dos hijos, las dos terceras partes; si hay tres o más hijos, las tres cuartas partes. Dicha porción legitimaria se dividirá por partes iguales entre los legitimarios que concurran. No habiendo hijos legítimos ni naturales reconocidos o declarados tales ni descendencia con derecho a representarlos, la mitad de la herencia será la legítima de los ascendientes (artículos 885, numeral 3º). Lo que resta del acervo, deducida la porción legitimaria según lo dispuesto en los precedentes incisos, es la parte de los bienes de que el difunto ha podido disponer en vida o en muerte, a favor de cualquiera, aunque sea extraño. Lo que cupiese a cada uno de los herederos forzosos en la porción legitimaria, será su legítima rigurosa".

<sup>616</sup> En el caso español, el artículo 808 del Código Civil señala que "constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición".

testar. Sin embargo, estas ideas no fructificaron en Chile, por la oposición que ellas tuvieron en nuestro medio, debido a lo tradicional que resultaba el sistema de libertad restringida, propio del Derecho español, y a lo violento que parecía en ese momento que el testador pudiese disponer de todo su patrimonio en favor de terceros que ni siquiera eran sus familiares.

Sostenía BELLO a este respecto que: "...en el establecimiento de las legítimas, la filosofía no parece estar de acuerdo con la legislación. Aquel antiguo principio de los Romanos *Pater familias uti legassit... ita jus est*, sería la regla que podría seguirse, si no fuese preciso transigir con las preocupaciones".

"En el corazón de los padres tiene el interés de los descendientes una garantía mucho más eficaz que la protección de la ley; y el beneficio que deben éstos alguna vez a la intervención del legislador, es más que contrapesado por la relajación de la disciplina doméstica, consecuencia necesaria del derecho perfecto de los hijos sobre casi todos los bienes del padre. No se diga que la desheredación legal remedie este inconveniente. ¿Qué padre, con entrañas de tal, querrá sacar a la luz pública la criminalidad de su hijo, criminalidad cuya afrenta recae en el mismo y sobre toda una familia?"

"Las legítimas no fueron conocidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica. Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de la Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América; y tal vez no hay países donde sean más afectuosas y tiernas las relaciones de familia, más santo el hogar doméstico, más respetados los padres, o procurados con más ansia de la educación de los hijos. El legislador de la Luisiana, que ha copiado en parte las disposiciones del Código Civil francés, y de los Códigos Españoles, ha adoptado las legítimas, pero con modificaciones considerables. Cuanto más suave el yugo de las leyes, más poderosa es menester que sea la venerable judicatura que la naturaleza confiere a los padres".

"Y ¿cómo suplir el afecto paternal o filial se llegase alguna vez a extinguirse? Si pasiones depravadas hacen olvidar lo que se debe a aquellos de quienes hemos recibido el ser o a quienes lo hemos transmitido, ¿de qué sirven las precauciones del legislador? Cabalmente a la hora de la muerte, cuando callan las pasiones malélicas, cuando revive con toda su fuerza el imperio de la conciencia, es cuando menos se necesita su intervención. Difunda las luces, estimule la industria, refrene por medios indirectos la disipación y el lujo pues los medios directos está demostrado que nada pueden; y habrá proveído suficientemente al bienestar de los descendientes. A los hombres en cuyo pecho no habla con bastante energía la naturaleza, no faltarán jamás ni tentaciones ni medios de frustrar las restricciones legales".



“El estableciendo de legítimas no sólo es vicioso porque es innecesario pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad, sino porque, complicando las particiones, suscitando rencillas y pleitos en el seno de las familias, retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera una vez acarrearles”.

“A pesar de estas consideraciones que creemos justificadas por la experiencia, ha conservado este Proyecto las legítimas, aunque acercándose más al nivel de las Partidas y de la legislación romana, que al del Fuero Juzgo, el Fuero real y las leyes de Toro”.<sup>617</sup>

CLARO SOLAR estimaba también más conforme a “los principios fundamentales del derecho el sistema de libertad de testar, porque esa libertad permite al testador cumplir con el conjunto de deberes que las relaciones de su vida le han creado y que los más elementales principios de justicia reclaman que sean cumplidos; porque el derecho de personalidad y el de libertad, que se fundan en la naturaleza racional y moral del hombre, hacen necesario el que pueda disponer por actos de última voluntad de las relaciones destinadas a sobrevivirle; y no deben, por lo mismo, ser objeto de limitaciones legales y arbitrarias, y porque, como acto de dominio referente a los bienes debe cada disposición mortis causa ser respetada, como todos los demás actos de disposición inherentes al dominio, la donación y demás contratos de enajenación, gratuitos u onerosos, ejecutados, entre vivos (...) El sistema de libertad de testar tiene así su base en la naturaleza misma del hombre; mientras el sistema de legítimas y mejoras descansa únicamente en la ley civil que lo establece precisamente para limitar la facultad de libre disposición del testador, que el hombre tiene naturalmente”.<sup>618</sup>

Sin embargo, el propio CLARO SOLAR anota que “decidióse el legislador chileno por este sistema de legítimas; pero ni siquiera lo aceptó en su forma pura,

<sup>617</sup> Nota de BELLO al artículo 1343, número 4, del proyecto de 1853. También partidario de la libertad de testar, señala BARROS ERRÁZURIZ que “esa libertad sirve para fomentar la virtud y reprimir el vicio de la familia; hace más respetable la autoridad de los padres; permite a éstos atender en la distribución de los bienes no sólo a los méritos de los hijos sino también a otras circunstancias y necesidades; ya ha demostrado prácticamente sus ventajas para la buena formación de la familia, en los pueblos donde se ha aplicado (...) Pero temerosa la ley de que una liberalidad indiscreta impidiera proveer a la subsistencia de los llamados en primer lugar a suceder abintestato y de que seducidos los padres por los halagos de algún interesado sacrificaran las afecciones naturales, creyó conveniente arreglar el derecho de herencia entre ascendientes y descendientes, fijando y señalando las causas que les hacen indignos de heredar, a fin de evitar el abandono de los padres y la ingratitud de los hijos. De aquí nace la institución de las legítimas, que es una grave limitación a la facultad de testar” (ob. cit., p. 589).

<sup>618</sup> Ob. cit., T. 15, N° 1348, p. 245.

en que una porción de los bienes hereditarios ha de pasar forzosamente a ciertas personas y distribuirse entre las designadas por la ley en forma que ésta determina; y de la otra porción puede el testador disponer a su arbitrio; sino que dividió por mitad dicha porción restringiendo en una de sus partes la libre disposición del testador quien debe dejarla necesariamente a uno o más de sus descendientes legítimos, a los que pueda dejarla a título de mejora, si son legítimos o como especial asignación si no tienen tal carácter, pero que no puede dejarla a extraños el testador que tiene descendientes legítimos, único orden de sucesión en que hay mejoras (...) Este sistema mixto de legítimas y mejoras reduce así considerablemente la libertad de testar del testador que en orden de sucesión de los descendientes legítimos queda reducida a la cuarta parte de los bienes”.<sup>619</sup>

Otros, en cambio, creen ver en el sistema de legítimas el mejor modelo, al compatibilizar los intereses del testador y de sus familiares más cercanos. En este sentido expresa BORDA que “durante siglos fue tema preferido de discusión, si era más conveniente el sistema de absoluta libertad de disposición de los bienes o si, por el contrario, era preferible establecer una legítima. En favor del primero se aducía que el derecho de propiedad es absoluto y por tanto, no es posible limitar las potestades del propietario; que de mayor coherencia y unidad a la familia, al robustecer considerablemente la autoridad paterna; que la posibilidad de dejar todos los bienes a un hijo (por lo común el mayor) permite mantener el rango y el poder de la familia; que se impide la subdivisión excesiva de los inmuebles, lo que importa inutilizarlos desde el punto de vista económico. Todos estos argumentos resultan hoy inactuales. Ya nadie concibe la propiedad como un derecho absoluto; la potestad del Estado de regular y limitar los derechos de los propietarios es en nuestros días indiscutible. En lo que atañe a la autoridad paterna, es indudable que su facultad para disponer libremente de sus bienes le permitía mantener una mayor sujeción de los hijos a su voluntad; pero no es deseable una autoridad fundada en el interés o en el miedo, ni fomentar un ejercicio arbitrario de ella, ni mantenerla aún después de que los hijos hayan llegado a la mayoría de edad. Por lo demás, como el causante tiene a su disposición la porción disponible, podrá premiar con ella al buen hijo, o favorecer al necesitado, sin incurrir en excesos o exclusiones repudiabiles. Ni puede hablarse ya de la conveniencia de mantener el rango de la familia, pues ello repugna a la conciencia democrática moderna. La posibilidad de que el padre, sin otra causa que una razón de orgullo o una pretensión de poderío, desherede a varios hijos para concentrar todos los

<sup>619</sup> Ob. cit., T. 15, N° 1347, pp. 244 y 245.

bienes en cabeza del mayor, es inconciliable con el espíritu de igualdad de que están animadas las sociedades contemporáneas. En cuanto al peligro de la excesiva subdivisión, ello lo es sólo cuando conduce a dividir lo que constituye una unidad económica. La solución es, por tanto declarar ésta indivisible (...) La institución de la legítima responde a un poderoso sentimiento de justicia. Forma parte de la lucha contra el privilegio en que están empeñadas las masas en el mundo entero. La discusión en torno a ella está ya superada. Sólo en Inglaterra, la mayor parte de los Estados Unidos y Canadá se mantiene el sistema de la libre disposición de los bienes".<sup>620</sup>

La libertad de testar en Chile, como se dice, se ve limitada por las asignaciones forzosas que el testador está obligado a hacer. La parte de libre disposición, en principio, está reducida a una cuarta parte del acervo líquido, si es que existen legitimarios, ya que ello determinará que sean asignatarios de la mitad legitimaria. Mediante la cuarta de mejoras, el testador puede beneficiar a sus descendientes, ascendientes o cónyuge, pero no a otras personas, sean parientes o extraños. Así las cosas, la libertad de testar queda limitada solamente a la cuarta parte de la herencia. Sin embargo, puede que toda la herencia sea de libre disposición si no existen asignatarios de la mitad legitimaria o de la cuarta de mejoras. Asimismo, en aplicación de la libertad de testar, se permite que el causante desherede a uno o más de sus legitimarios, mediante una cláusula expresa en la que se le priva del todo o de parte de su legítima en virtud de causa legal.<sup>621</sup>

449. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS. El artículo 1167, así como los que lo siguen, sugiere que las asignaciones forzosas solamente tienen aplicación en la sucesión testada. Resulta obvio que al ser ella una asignación que el testador está obligado a hacer opera como un límite a la facultad que éste tiene

<sup>620</sup> *Tratado...*, cit., T. II, pp. 84 y 85.

<sup>621</sup> En un enfoque crítico de esta situación, escribe DOMÍNGUEZ que "resulta sin embargo contraria a la realidad social el mantener hasta el límite ese principio familiar de limitación a la libertad dispositiva del dueño de los bienes. Mediante la existencia de asignaciones forzosas amplísimas. Estas ya no se justifican por la necesidad de proteger a la familia legítima que podía quedar sin medios de vida ante liberalidades desproporcionadas del causante, que fue lo que originó en el derecho romano, sino que sólo subsisten ante una firme creencia que lo natural es que los bienes vayan a la familia a la muerte del causante, como si ésta tuviese un derecho sobre tales bienes aún en vida del causante. ¿Qué rol cumple, por ejemplo, la legítima, si los hijos son ya personas muy mayores con una vida formada y con un destino que ellos mismos ya se han trazado y en el que poca influencia podría tener la adquisición de algunos bienes del causante? Desde luego, ya no es necesaria para la mantención de esos hijos, porque ninguna obligación patrimonial ha de tener el padre frente a ellos. Por otra parte, incentiva a éste a disponer de sus bienes en vida como lo cree conveniente, generando así, muchas veces, futuros litigios y problemas entre los hermanos, pues para así hacerlo debe recurrir a simulación de actos onerosos entre vivos" (*Principios...*, cit., p. 234).

para escoger a sus asignatarios y distribuir la herencia entre ellos de la mejor manera que estime.

Con todo, ello no es exactamente así, ya que las asignaciones forzosas también tienen aplicación en la sucesión intestada.

Lo que ocurre es que las asignaciones forzosas tienen una configuración mucho más nítida en la sucesión testada, ya que allí ellas se presentan como asignaciones muy identificadas en su procedencia y cuantía. En cambio, en la sucesión intestada, la parte de la herencia que corresponde a las asignaciones forzosas está, en general, comprendida dentro de lo que la ley asigna a cada asignatario, lo que no permite identificarlas con la misma claridad, pero ello no quiere decir que sólo sean procedentes en la sucesión testada.

Así acontece con las legítimas y mejoras, en donde lo que se asigna en la sucesión intestada a los que tienen el carácter de legitimarios es más que lo que corresponde estrictamente como asignación forzosa. Respecto de los alimentos que se deben por ley, en general se les considera una deuda hereditaria más que una asignación por causa de muerte, según se desprende sin mayor dificultad de lo señalado en el artículo 959 N° 4.<sup>622</sup>

Buena demostración de lo que se dice es lo prevenido en los incisos dos y tres del artículo 988. En este artículo se regula el primer orden de sucesión intestada, pero de acuerdo a los incisos señalados, la distribución de la herencia entre los asignatarios intestados se hace teniendo en cuenta la asignación forzosa denominada legítima. En este orden sucesorio el cónyuge sobreviviente, si es que lo hay, recibirá una porción que, por regla general, es equivalente al doble de lo que por "legítima rigorosa o efectiva" corresponda a cada hijo. Si hubiere sólo un hijo, la cuota del cónyuge será igual a "la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo". Pero en ningún caso la porción que corresponda al cónyuge bajará de la cuarta parte de la herencia, o de la cuarta parte "de la mitad legitimaria" en su caso. Correspondiendo al cónyuge sobreviviente la cuarta parte de la herencia o de "la mitad legitimaria", el resto se dividirá entre los hijos por partes iguales.

450. MECANISMOS DE PROTECCIÓN PARA LAS ASIGNACIONES FORZOSAS. En un sistema sucesoral como el nuestro siempre está la posibilidad de que el causante, consciente o involuntariamente, trate de violentar o incumplir las asignaciones forzosas. Para evitar o corregir esta posibilidad existen una serie de medios destinados a salvaguardar la integridad de estas asignaciones forzosas, que deben considerarse instituciones de orden público.

<sup>622</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 898 y 899 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 433.

1. El modo más directo es a través de la acción de reforma del testamento, por la cual los legitimarios solicitan la adecuación de éste a las asignaciones forzosas (artículo 1216).

2. La formación del primer y segundo acervo imaginario, mediante los cuales se protege de los legitimarios de las donaciones excesivas que se hagan a otro asignatario o a terceros (artículos 1185 a 1187).

3. La prohibición de sujetar las legítimas a modalidades que pudieran gravarlas de alguna forma (artículo 1192).

4. La posibilidad de declarar interdicto por demencia o disipación al causante, con lo que se podría prevenir que el causante dilapide el patrimonio (artículos 442 y siguientes y 456 y siguientes).

5. La insinuación de las donaciones irrevocables puede servir para impedir un acto de desprendimiento que no guarde relación con las fuerzas patrimoniales del donante, y que pudieran lesionar los derechos de sus herederos (artículo 1401).

6. La limitación de las donaciones por causa de matrimonio que podrían lesionar el patrimonio del contrayente y, por añadidura, los derechos de sus herederos (artículo 1788).

7. La limitación que tiene el causante a la hora de tasar sus bienes en el testamento, a fin de que por este expediente se termine perjudicando a un heredero al atribuirle un sobreprecio a los bienes que se le adjudican o infravalorar los bienes que se le adjudican al resto (artículo 1197).

8. La partición que haga el causante en el testamento no puede ir contra derecho ajeno (artículo 1318).

9. La regla según la cual si lo que se asigna por concepto de alimentos que se deben por ley fuere más cuantiosa de lo que por las circunstancias corresponda, el exceso se imputa a la parte de libre disposición, con el objeto que este exceso no perjudique las asignaciones forzosas del resto (artículo 1171).

451. LA PÉRDIDA DE LAS ASIGNACIONES FORZOSAS. Las asignaciones forzosas no son absolutas. Si bien es cierto el testador está obligado a respetarlas, la ocurrencia de ciertos hechos puede determinar que el testador quede liberado de esta obligación y que el beneficiario de la asignación forzosa pierda el derecho a ella.

Así el legitimario podrá perder el derecho a su legítima si es desheredado por el testador en virtud de causa legal debidamente comprobada (artículo 1207).

Asimismo, la calidad de legitimario puede perderse en los casos del 1182.2. No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicial-

mente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203.

Tampoco será legitimario el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial (artículo 904).

Finalmente, el asignatario de alimentos forzosos perderá el derecho a ellos en caso de injuria atroz (artículos 324, 968 y 979).

CAPÍTULO 38  
LOS ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY A CIERTAS PERSONAS

452. CONCEPTO. Cuando el artículo 1167 N° 1 señala que son asignaciones forzosas los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, se está refiriendo exclusivamente a los alimentos forzosos, es decir, a aquellos que les corresponden a las personas que tengan un título legal para exigir del causante una pensión alimenticia. En otras palabras, se trata de los alimentos que se les deben a algunas de las personas mencionadas en el artículo 321 del Código Civil.

Esto excluye a los alimentos voluntarios, que son aquellos que el causante buenamente proporcionaba a quien en verdad carecía de un título legal para exigiéndoselos. El causante, desde luego, puede asignar alimentos voluntarios a alguna persona, pero tal asignación no es una asignación forzosa. Según se ha dicho, de conformidad al artículo 1134, constituyen un legado. Asimismo, señala el artículo 1171.1 que las asignaciones alimenticias en favor de personas que por ley no tengan derecho a alimentos, se imputarán a la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. Y si las que se hacen a los alimentarios forzosos fueren más cuantiosas de lo que en las circunstancias corresponda, el exceso se imputará a la misma porción de bienes.

453. FORMA EN QUE SE PAGAN LOS ALIMENTOS FORZOSOS. La regla general es que los alimentos que se deben por ley constituyen una baja general de la herencia según lo señalado en el artículo 959 N° 4. Asimismo, señala el artículo 1168, en su primera parte, que los alimentos que el difunto ha debido por ley a ciertas personas, gravan la masa hereditaria. Esto demuestra que la obligación alimenticia es intransmisible, dado que ella no pasa a los herederos del *de cuius*, sino que la obligación grava la masa hereditaria.<sup>623</sup>

<sup>623</sup> En contra GUZMÁN, para quien la obligación alimenticia sí es transmisible, puesto que la muerte del causante alimentante no la extingue, y es posible, a pesar de su muerte, que el alimentario la cobre. Para GUZMÁN, la circunstancia de que los herederos no deban soportar con su propio patrimonio el pago de esta

Sin embargo, pueden darse otras dos situaciones diferentes:

Por una parte es posible que existan pensiones alimenticias que se devengaron oportunamente, pero que no se hayan pagado a la fecha de la muerte del causante. En esta hipótesis, dichos alimentos también gravan el acervo ilíquido, pero no por ser alimentos que se deban por ley, sino por ser una deuda hereditaria del causante. No se imputan al acervo ilíquido en virtud del artículo 959 N° 4, sino que ello se hace en virtud del N° 2 del referido precepto.

Por otra parte, puede ocurrir que el causante haya impuesto, como lo explica la segunda parte del artículo 1168, la obligación de pagar los alimentos a uno o más de los partícipes en la sucesión. En este caso, excepcionalmente, y por disposición del testador, la obligación alimenticia pasa a los herederos especialmente gravados, y no grava la totalidad de la herencia. No por ello dejan de ser alimentos forzosos, pues el causante debe respetar la asignación. Habrá de entenderse que el testador tendría que asignar una parte de los bienes a ese heredero para satisfacer estas necesidades alimenticias, no pudiendo afectarse otra asignación forzosa. No podría pensarse, por ejemplo, que el heredero deba pagar los alimentos con cargo a su legítima, puesto que ello resultaría contradictorio con el artículo 1192, que impide cualquier gravamen que afecte a la legítima.<sup>624</sup>

Continuación nota <sup>623</sup>

deuda, y que ella solamente grave la masa hereditaria, no demuestra la intransmisibilidad, pues una cosa sería el hecho de que una obligación sea transmisible, y otra diversa serían los límites de la responsabilidad por ella. Es más, según sostiene, la obligación alimenticia no es más que una deuda hereditaria que no grava los bienes propios de los herederos, por lo que es una figura híbrida, ya que a pesar de ser una deuda hereditaria, no sigue la regla propia de ellas, cual es el deber ser soportada por los herederos *ultra vires hereditatis*, o sea con recursos propios (Cfr. GUZMÁN BRITO, A., *La doble naturaleza de deuda hereditaria y asignación hereditaria de los alimentos debidos por ley a ciertas personas*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 35, 2, 2008, en particular, pp. 317, 318, 319, 323 y 327).

<sup>624</sup> Cuestión interesante resulta determinar si en el evento de que el causante imponga pagar estos alimentos a uno de los herederos, resulta liberada el resto de la sucesión de esta obligación, quedando por tanto radicada exclusivamente en el o los herederos escogidos al efecto. Buena parte de los autores cree que el alimentario en este caso no dispondría de acción en contra de la sucesión, es decir, del conjunto de herederos, sino que sólo podrá demandar los alimentos al asignatario gravado (cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1370, p. 269; BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., p. 568 y DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 911). Pero podría pensarse que aquello puede ser perjudicial para el asignatario de alimentos, ya que podría imponerse la obligación alimenticia a quien carece de recursos para pagarla. Sostienen ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS que "creemos, sin embargo, que cuando el causante se los impone a un determinado asignatario siguen siendo una baja general si el alimentario prefiere proceder contra la masa de bienes. De no ser así, sería muy fácil burlar las asignaciones alimenticias forzosas imponiendo la obligación a un asignatario insolvente" (ob. cit., p. 430). En el mismo sentido, RODRÍGUEZ, quien reconociendo lo discutible de la cuestión afirma que "esta modalidad de pago de la asignación no es obligatoria para el asignatario, pudiendo rechazarla (le es inoponible), de acuerdo con lo explicado. En caso de que el asignatario de alimentos acepte como deudor al asignatario gravado, quedarán liberados los

454. ¿QUÉ HA DE ENTENDERSE POR ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY? Ya se ha dicho que lo que constituye la asignación forzosa son los alimentos forzosos, concretamente, como dice el Código, "los alimentos que se deben por ley a ciertas personas". Pero de lo que aquí se trata es de precisar en qué situación se considera que estos alimentos están en este estado. Al respecto se pueden presentar cuatro situaciones distintas:

a) Que el causante estuviere pagando en vida los alimentos en virtud de una sentencia judicial que lo había condenado a ello o en razón de una transacción celebrada al efecto. En este caso no cabe duda de que se trata de alimentos debidos como asignación forzosa.<sup>625</sup>

b) También parece no haber duda de que si el alimentario demandó en vida al causante y obtuvo sentencia favorable después de su fallecimiento, los alimentos así concedidos constituyen una asignación forzosa<sup>626</sup>, puesto que, según el artículo 331, los alimentos se deben desde la primera demanda, es decir, con efecto retroactivo, por lo que se concluye que se trataba de alimentos que el causante debía en vida.<sup>627</sup>

c) En tercer lugar, es posible que el causante pagara voluntariamente alimentos a una persona que tenía título legal para demandarlos, pero no lo había hecho. En esta hipótesis ya no existe la misma claridad. Algunos piensan que en este caso sería indiscutible que los alimentos son una asignación forzosa<sup>628</sup>, reconociéndolo así en alguna ocasión la jurisprudencia, aunque de manera minoritaria<sup>629</sup>. Otros, con mejor razón, se inclinan definitivamente por la negativa, señalando que para que exista la obligación alimenticia ella debe estar determinada por sentencia

Continuación nota <sup>624</sup>

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 todos ellos, en razón de la carga que afecta a uno de los asignatarios" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 369).

<sup>625</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 904; GUZMÁN, *La doble...*, cit., p. 315; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 336; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 289 y 290 y ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., p. 429. Cfr. también RDJ, T. 3, 1, p. 294 y T. 47, 1, p. 211.

<sup>626</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 904; GUZMÁN, *La doble...*, cit., p. 315; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 290 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 336.

<sup>627</sup> En este sentido también RDJ, T. 37, 2, p. 17 y T. 51, 1, p. 405.

<sup>628</sup> Así CLARO SOLAR, ob. cit., T. 13, N° 182, p. 166; ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., p. 429 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 336.

<sup>629</sup> Cfr. RDJ, T. 23, 2, p. 36 y T. 37, 2, p. 17.

judicial, cosa que no acontece en estos casos. Ni la masa hereditaria ni los herederos en particular podrían ser obligados al pago de alimentos respecto de un título que no fue hecho valer en vida del causante y sin que exista una sentencia judicial que establezca la pretensión, única manera de dotarla de certeza en cuanto a su existencia y extensión<sup>630</sup>. Así también lo ha resuelto la jurisprudencia mayoritaria.<sup>631</sup>

d) La última posibilidad es que el alimentario hubiere tenido un título para demandar al causante, pero no lo hubiere hecho en vida de aquél ni tampoco éste se los pasaba voluntariamente. En otras palabras, es el caso del que solamente tenía la posibilidad de demandar la causante, pero nada más que eso. La generalidad de la doctrina se inclina por pensar que es claramente improcedente que en este caso se considere que los alimentos que se deben por ley sean una asignación forzosa. Ello implicaría que los herederos nunca podrían tener la certeza de que no van a ser demandados por quien legalmente le asistía el derecho de hacerlo respecto del fallecido, implicando, por lo demás, que de esta forma la obligación alimenticia se transmitiría a los herederos del causante.<sup>632</sup>

455. CONDICIONES QUE DEBEN CONCURRIR EN EL ASIGNATARIO DE ALIMENTOS FORZOSOS. Fuera de lo antes dicho, en el sentido de que debe existir un título legal que lo habilite para demandar alimentos del causante, afirma el profesor RODRÍGUEZ<sup>633</sup> que, además, es necesario que se verifiquen ciertas condiciones en el asignatario de alimentos, a saber:

<sup>630</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 904 y 905, y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 289 y 290. Cree GUZMÁN que esta hipótesis debiera ser asimilada a una transacción en la que se precave un litigio eventual. Dicha transacción sobre alimentos futuros requiere de aprobación judicial (art. 2451). Si esta aprobación no existe, como será lo habitual, la transacción es ineficaz, por lo que los alimentos no tendrían la condición de forzosos para estos efectos y entonces no se deben (cfr. *La doble...*, cit., p. 331).

<sup>631</sup> A este respecto resolvió la Corte Suprema que para que pueda producirse el efecto de que los alimentos que el difunto debía por ley a ciertas personas graven la masa hereditaria, es indispensable que aquél los haya debido, o sea, que se encuentre establecida su obligación alimenticia. Por esta razón es necesario comprobar que el difunto estaba obligado a prestar alimentos por sentencia judicial o por instrumento auténtico o, al menos, que existía pendiente una demanda de alimentos en contra suya cuando ocurrió el fallecimiento. No puede, pues, accionarse originariamente contra los herederos, porque resultaría que personas distintas de las indicadas en el artículo 321 del Código Civil tendrían derecho a exigir alimentos, aparte de que la obligación alimenticia deriva de una relación personalísima de parentesco, que no puede existir con los herederos del alimentante (RDJ, T. 51, 1, p. 405). En el mismo sentido cfr. GT, 1885, s. 355, p. 192; 1885, s. 3753, p. 2225; RDJ, T. 3, 1, p. 294 y T. 47, 1, p. 211.

<sup>632</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 904 y 905; GUZMÁN, *La doble...*, cit., p. 315; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 336 y 337 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 289 y 290.

<sup>633</sup> Cfr. *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 288 y ss.

a) Que el alimentario no sea a la vez asignatario de alguna otra parte de la herencia, sea en virtud de la ley o del testamento, puesto que, en tales casos, el alimentario no carecería, al menos teóricamente hablando, de lo necesario para su subsistencia. Si la asignación hereditaria que le corresponde al alimentario no alcanzare para cubrir sus necesidades, ella tendría el mérito de rebajar el monto de los alimentos sin llegar a extinguirlos. Pero no serían compatibles ambas asignaciones hereditarias.<sup>634</sup>

b) Que de conformidad a las reglas generales que rigen la obligación alimenticia, no varíen las circunstancias que motivaron la concesión de los alimentos, pues si ella cambia, pueden reducirse o incluso extinguirse los alimentos (artículo 332).

c) Que el asignatario de alimentos no haya incurrido en causal de injuria atroz, caso en el que, según el artículo 324, perdería el derecho a los alimentos, norma que se complementa con lo preceptuado en el artículo 979, cuando dispone que la incapacidad o indignidad no priva al heredero o legatario excluido de los alimentos que la ley le señale; pero en los casos del artículo 968 no tendrá ningún derecho de alimentos. De acuerdo al inciso segundo del artículo 324, "sólo constituyen injuria atroz las conductas descritas en el artículo 968".<sup>635</sup>

d) Que el alimentario exista no sólo al momento de producirse la apertura de la sucesión, sino que además durante todo el tiempo durante el cual se devenguen las pensiones a que le da derecho la ley, ya que de lo contrario o será incapaz de suceder al causante, en el primer caso, o terminará el derecho a seguir percibiendo la pensión alimenticia en virtud de lo previsto en el artículo 332, en el segundo caso.

<sup>634</sup> En idéntico sentido sostiene CLARO SOLAR que "las personas a quienes se debe alimentos pueden ser herederas del alimentante, y aun herederos legítimos (...) Así un padre legítimo puede estar suministrando alimentos a su hijo al tiempo de su fallecimiento; y como el hijo, que suponemos capaz y digno de heredar al padre, ha de recibir la legítima que le corresponde, no habrá que deducir del acervo dejado por el padre los alimentos, porque recibe una asignación mucho mayor, y subsistirían ya las circunstancias que determinaron la fijación de la pensión alimenticia (...) Los descendientes legítimos son siempre llamados a la herencia de su ascendiente, a menos que hayan dado motivo a ser desheredados o se constituyan incapaces o indignos. En estos últimos casos podrían demandar alimentos si sus actos no importan injuria atroz; la ley declara expresamente que no pierden su derecho a alimentos y por lo mismo sus pensiones alimenticias, como asignaciones forzosas gravarán la masa de bienes. En los casos normales, los derechos que la ley les reconoce como legítimos les quitan el derecho a alimentos, porque les aseguran recursos mucho más abundantes que las pensiones alimenticias, haciendo desaparecer las condiciones que determinaron la pensión alimenticia (...) Lo mismo ocurrirá con los ascendientes legítimos si son herederos del descendiente difunto; pero en caso de ser excluidos de la sucesión por descendientes del difunto; o de ser incapaces o indignos o haber sido desheredados, pueden también demandar alimentos, salvo el caso de injuria atroz, alimentos que deberán deducirse del acervo o masa de bienes dejados por el difunto" (ob. cit., T. 13, N° 184, p. 168).

<sup>635</sup> Cfr. también CLARO SOLAR, *ibídem*.

456. FORMA EN QUE SE PAGAN LOS ALIMENTOS QUE SE DEBEN POR LEY. El Código se ha limitado a señalar que los alimentos que se deben por ley constituyen una asignación forzosa, mas nada ha señalado respecto de la manera o forma en que materialmente deben pagarse.

Según las reglas generales, corresponderá al juez ordenar la forma en que ello debe efectuarse (artículo 333). Así, podrá disponerse que de la masa hereditaria se separe un capital que sea suficiente como para generar una pensión periódica, capital que se reintegrará a la masa una vez que cese el derecho de alimentos<sup>636</sup>. Podría también conferirse un derecho de usufructo sobre un bien hereditario, o podría establecerse cualquier otra forma en que se allanen los herederos a satisfacer esta obligación alimenticia<sup>637</sup>, como por ejemplo, un derecho de uso o habitación en algún bien de la herencia, con tal que ello sea aceptado por el alimentario. En todo caso, nada impide que la forma y cuantía en que deben pagarse los alimentos y la forma en que debe asegurarse su pago, sean producto de un convenio especialmente celebrado al efecto entre los herederos y los alimentarios.<sup>638</sup>

457. RESPONSABILIDAD DE LOS ASIGNATARIOS DE ALIMENTOS POR LAS DEUDAS. Explica el artículo 1170 que los asignatarios de alimentos no estarán obligados a devolución alguna en razón de las deudas o cargas que gravaren el patrimonio del difunto; pero podrán rebajarse los alimentos futuros que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo.

En consecuencia, los alimentos devengados, hayan o no sido percibidos, no están sujetos a reducción ni a devolución por parte del alimentario, so pretexto de que es necesario hacer frente a las deudas de la herencia. Únicamente pueden reducirse las pensiones futuras, pero sólo en el evento de que se considere que ellas son desproporcionadas con relación a la cuantía del patrimonio.<sup>639</sup>

Este artículo 1170, aparentemente, está en contradicción con otros dos: con el artículo 959 N° 2 y con el artículo 1363.

Podría dudarse de la utilidad de este precepto teniendo en cuenta que el artículo 959 establece, en su número 2, que son bajas generales las deudas de la herencia, y el número 4 señala que lo son también los alimentos forzosos, de lo que se colige que primero se pagan las deudas hereditarias y luego los alimentos

<sup>636</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 912 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 335.

<sup>637</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 912.

<sup>638</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 13, N° 185, p. 168.

<sup>639</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 338.

forzosos. Efectivamente, por regla general, las deudas se pagan antes que los alimentos que se deben por ley. Sin embargo, no existe contradicción entre ambos preceptos, dado que lo que señala el artículo 1170 es para el evento en que surjan deudas que no hubiesen sido canceladas. Habiéndose ya pagado algunas pensiones o habiéndose ellas devengado, no habrá lugar a devolución ni a reducción, salvo en lo que se refiere a las pensiones futuras.<sup>640</sup>

En segundo término, señala el inciso final del artículo 1363 que los legados estrictamente alimenticios a que el testador esté obligado por ley, no entrarán a contribución sino después de todos los otros, de lo que parece desprenderse que los legatarios de alimentos deben contribuir a las deudas de la herencia. La verdad es que ello no es así. Los legatarios de alimentos no tienen responsabilidad alguna por las deudas de la herencia y no han de restituir ninguna cantidad para solventarlas. La regla es la misma que en el caso del artículo 1170, los legatarios de alimentos forzosos solamente contribuyen mediante la reducción de los alimentos futuros, pero ello solamente en el evento de que sea estrictamente necesario y sobre la base de que ya se han rebajado todos los otros legados.<sup>641</sup>

<sup>640</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 296 y 297. Sostienen DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que "es posible que los alimentos que estaban siendo pagados por el causante, sigan pagándose por los herederos hasta antes que se conozca, por el inventario del patrimonio relicto, que hay deudas que no permiten seguir cubriéndolos. Como ya hay pensiones pagadas, pudiera pensarse que el alimentario debería restituir las para pagar las deudas hereditarias; pero es a ello a que se opone el art. 1170. Son los alimentos futuros los que habrán de reducirse en forma proporcional a lo que efectivamente pueda pagarse e incluso podría desaparecer la obligación alimenticia si ya no hay patrimonio con que enterarlos" (*Derecho sucesorio*, cit., pp. 912 y 913).

<sup>641</sup> Cfr. BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., pp. 569 y 570; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 913; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 230; SOMARRIVA, *Derecho Sucesorio*, cit., p. 338 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 296 y 297.

CAPÍTULO 39  
LAS LEGÍTIMAS

*Sección 1*  
*Aspectos generales*

458. CONCEPTO. De acuerdo al artículo 1181, la legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos. Los legitimarios son además asignatarios forzosos (artículo 1167).<sup>642</sup>

Debe observarse que la ley indica que la legítima es una "cuota" de los bienes del difunto; esto es, una parte alícuota del patrimonio. Ello implica que los beneficiarios de esta asignación tienen la calidad de herederos, ya que suceden al causante en una cuota de sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, lo que, conforme a los artículos 951 y 1097, determina su carácter de asignatarios universales y, por consiguiente, de herederos. Por lo mismo, la legítima es una asignación de herencia.<sup>643</sup>

459. LOS LEGITIMARIOS. Dice el artículo 1182, reformado por la Ley N° 19.585, que son legitimarios:

1. Los hijos, personalmente o representados por su descendencia;
2. Los ascendientes; y
3. El cónyuge sobreviviente.

<sup>642</sup> El artículo 806 del Código Civil español dice que "legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos". En semejante sentido señala el artículo 884 del Código Civil uruguayo que "llámase legítima la parte de bienes que la Ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que esté no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación".

<sup>643</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1436, p. 364.



460. LOS HIJOS PERSONALMENTE O REPRESENTADOS POR SU DESCENDENCIA. Al igual como acontece en el primer orden de sucesión —reglado por el artículo 988— los hijos pueden concurrir personalmente o representados por su descendencia. Es por ello que se puede sostener que son legitimarios los descendientes del causante.

Quedan comprendidos dentro de la expresión hijos tanto los matrimoniales como los no matrimoniales; ambos tienen el carácter de legitimarios a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585. También quedan comprendidos los adoptados de conformidad a la Ley N° 19.620, los que, como se sabe, pasan a tener el estado civil de hijos respecto de los adoptantes, de allí su incuestionable carácter de legitimarios.

La cuestión no es irrelevante, pues significa que si el causante ya no tiene hijos pero sí nietos, o incluso bisnietos, éstos son sus legitimarios, por lo que su libertad de testar resulta igualmente debilitada en beneficio de estos parientes que también son sus asignatarios forzosos. En otras palabras, la imposibilidad del causante para disponer libremente de sus bienes se proyecta no sólo en sus hijos, sino que incluso en los descendientes de grado más lejano que el de aquéllos.

461. LOS ASCENDIENTES. Dentro de la expresión ascendientes quedan incluidos todos los parientes en esa condición, sea o no que tal calidad emane de un matrimonio. De modo que son llamados como legitimarios en la sucesión del causante su padre y su madre, estén o no unidos en matrimonio, así como sus abuelos, bisabuelos y tatarabuelos, sin limitaciones.

Con todo, como antes se ha dicho, y como se insiste más adelante, la aplicación de las reglas de la sucesión intestada impone aplicar también el artículo 989, según el cual los llamados a la sucesión del causante son los ascendientes más próximos, lo que implica que los ascendientes de grado más cercano excluyen a los de grado más lejano. Si hay varios ascendientes en el mismo grado, ellos concurren conjuntamente y llevan lo que a los ascendientes corresponda por partes iguales. Si solamente hubiere un ascendiente de grado más próximo, sólo él tiene el carácter de legitimario, excluyendo al resto. No opera en la línea ascendente el derecho de representación.

Acaso lo más relevante respecto de los ascendientes, sea la regla prevista en el inciso segundo del artículo 1182, en cuya virtud “no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203”.

Como se explicó con ocasión del examen del segundo orden de sucesión (artículos 989 y 994), el artículo 203 del Código Civil establece una sanción en

contra del padre que se ha opuesto a la determinación de su paternidad o maternidad en el juicio de filiación, sanción que consiste en privarlo de todos los derechos que por el solo ministerio de la ley le pudieran corresponder respecto de la persona y bienes del hijo. De acuerdo a su inciso primero “cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del padre o madre, aquél o ésta quedará privado de la patria potestad y, en general, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del hijo o de sus descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia y de ello se dejará constancia en la subinscripción correspondiente”.

Tratándose de una sucesión intestada, el artículo 994 parece dejar claro que esta sanción afecta solamente al padre o madre que se opuso a la determinación de la filiación, pero no se extiende al resto de los ascendientes. De modo que los abuelos del causante conservarían los derechos hereditarios sobre los bienes de su nieto, aun cuando su hijo no los tenga. A este respecto no cabe más que remitirse a todo lo dicho en ese lugar sobre la regla del artículo 203.

Sin embargo, en lo que hace al carácter de legitimarios de los ascendientes, la ley se aparta del criterio sentado por el artículo 994, pues la inhabilidad no sólo afecta al padre o madre que se opuso a la demanda de filiación, sino que también al resto de los ascendientes de ese padre o madre.

En efecto, dispone el artículo 1182.2 que no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye “o de la que deriva su parentesco”, ha sido determinada contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. La expresión “o de la que deriva su parentesco” ilustra hartó bien la idea de que los ascendientes quedan privados de la posibilidad de concurrir en la mitad legitimaria del hijo fallecido, ya que es precisamente de ese vínculo de filiación del que deriva su parentesco con el causante.<sup>644</sup>

<sup>644</sup> Cfr. en este sentido ABELIUK, *La filiación...*, cit., p. 632; CORRAL, *Determinación...*, cit., p. 71 y RODRIGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 307. En contra MUÑOZ, quien cree que “el art. 1182 del Código Civil, sin embargo, al introducir la limitación que comentamos, incurre en una impropiedad, ya que parece extender la sanción a los ascendientes, en general, lo que implicaría que éstos se ven afectados por los actos de sus hijos, contra los cuales hubo que entablar demanda para la determinación de su paternidad o maternidad (...) La verdad es que, en nuestra opinión, si se hace una interpretación armónica de las normas que se refieren al tema, debiéramos concluir que la mencionada sanción debe entenderse circunscrita al padre o madre respectivo, ya que así se plantean los arts. 994 y 203 del C. Civil, y resulta difícil pensar que en esta parte específica el legislador hubiera querido variar la norma” (MUÑOZ SÁNCHEZ, A., *Aspectos sucesorios de la reforma, en El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al Derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585*, Universidad de Chile, Santiago, 1999, p. 157).

462. EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE. Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.585, el cónyuge sobreviviente pasó a ser legitimario. Hasta antes de ello el cónyuge sobreviviente solamente tenía derecho a una porción conyugal, equivalente a la cuarta parte de los bienes del difunto, si no había descendientes legítimos, o al doble de lo que por legítima rigurosa o efectiva correspondía a cada hijo, si había descendientes legítimos (antiguo artículo 1178). Además, el cónyuge sobreviviente era llamado como heredero en el segundo, tercer y cuarto orden de sucesión (antiguos artículos 989, 990 y 991). Se imputaban a su porción conyugal los bienes propios que pudiera tener, los que le hubieren correspondido por concepto de gananciales y los que pudiere recibir como heredero abintestato del difunto. La porción conyugal solamente era compatible con las asignaciones testamentarias con que el difunto hubiere beneficiado a su marido o mujer (antiguo artículo 1176).

Esta situación, como se dice, ha cambiado radicalmente al concurrir el cónyuge ahora como legitimario. Hoy en día, a este respecto el cónyuge sobreviviente se rige por las reglas generales aplicables a todo legitimario, sin que tenga que imputarse a lo que le corresponde en la herencia del difunto sus bienes propios, los gananciales que haya recibido o el crédito de participación en los gananciales. Se ha producido una clara desconexión entre el régimen de bienes y el sistema sucesorio, que tantas confusiones generaba anteriormente. Los bienes o derechos que puedan corresponderle al cónyuge sobreviviente con ocasión de la sociedad conyugal, la participación en los gananciales o la separación de bienes, no inciden en su situación como heredero.<sup>645</sup>

Naturalmente que si ha existido divorcio en los términos de la nueva Ley de Matrimonio Civil (N° 19.947), los cónyuges pierden el estado civil de casados, con lo que pierden el derecho de sucederse entre sí. Lo propio acontece si el matrimonio ha sido anulado. Es aplicable aquí todo lo dicho con ocasión del primer orden de sucesión.<sup>646</sup>

Asimismo, *ex* artículo 1182.2, tampoco será legitimario si por culpa ha dado ocasión a la separación judicial. La regla es muy similar a la contenida en el artículo 994, según la cual el cónyuge que por su culpa ha dado lugar a la separación judicial no tendrá parte alguna en la herencia abintestato de su mujer o marido.<sup>647</sup>

<sup>645</sup> Cfr. ABELIUK, *La filiación...*, cit., p. 343.

<sup>646</sup> Véase todo lo dicho a este respecto con ocasión de la pérdida de los derechos hereditarios del cónyuge sobreviviente al tratar del primer orden de sucesión.

<sup>647</sup> Según el artículo 6 transitorio de la Ley de Matrimonio Civil, "las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, ten-

Para que opere esta especial forma de indignidad, es necesario que el cónyuge sobreviviente haya dado lugar a la separación judicial por su culpa. Si el que dio lugar a ella fue el difunto, el sobreviviente conserva intactos sus derechos como heredero. Da lo mismo la gravedad de la causal, lo único relevante en verdad es si el cónyuge sobreviviente dio lugar a ella en forma culpable.

A este respecto señala el inciso primero del artículo 35 de la Ley de Matrimonio Civil (N° 19.947) que "el derecho de los cónyuges a sucederse entre sí no se altera por la separación judicial. Se exceptúa el caso de aquel que hubiere dado lugar a la separación por su culpa, en relación con el cual el juez efectuará en la sentencia la declaración correspondiente, de la que se dejará constancia en la subinscripción".

Como se explicó con ocasión de la indignidad prevista en el artículo 994, y a propósito de los órdenes de sucesión, si los cónyuges que se han separado judicialmente reanudan su vida en común, recuperan su estado civil de casados. De acuerdo al artículo 38 de la ley en cuestión, "la reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, pone fin al procedimiento destinado a declarar la separación judicial o a la ya decretada, y, en este último caso, restablece el estado civil de casados". Así las cosas, si se ha producido este fenómeno y se han cumplido con los requisitos previstos en el artículo 39 para que el cese de la separación sea oponible a terceros, los que habían estado separados recuperan su estado civil de casados, y el cónyuge que dio lugar a la separación por su culpa recupera su carácter de legitimario.

463. DISTRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA ENTRE LOS DISTINTOS LEGITIMARIOS. Muerto el causante es posible que existan varios o todos los legitimarios mencionados en el artículo 1182. En este caso, se hace necesario precisar cómo concurren ellos a la distribución de la legítima. Basta con pensar en un sujeto casado y con hijos que tiene a sus padres vivos. Muerta esta persona, tienen vocación sucesoria, en calidad de legitimarios, sus descendientes, sus ascendientes y su cónyuge.

Según el artículo 1183, los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada. De modo que las reglas a aplicar para determinar cuáles son los legitimarios que suceden al causante dentro de todos los que potencialmente tienen esa calidad, son las contenidas esencialmente en los órdenes de sucesión y en el derecho de representación.

Debe observarse que lo que dispone el artículo 1183 es que la legítima se distribuirá entre los legitimarios de conformidad a las reglas de la sucesión intestada,

Continuación nota <sup>647</sup>

drán el estado civil de separados, y se regirán por lo dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia".

y no que la legítima se distribuye de conformidad a las reglas de la sucesión abintestato. En otros términos, a la distribución de la legítima solamente concurren los legitimarios y no todos los herederos que llama la ley en la sucesión intestada de una persona. Así las cosas, solamente serán aplicables en función de lo señalado en el artículo 1183 el primer y segundo orden de sucesión (artículos 988 y 989), ya que con ellos se agotan los legitimarios. El resto de los órdenes de sucesión no es aplicable, en la medida que los herederos que en ellos se llama no son legitimarios.<sup>648</sup>

De esta forma, los legitimarios concurrirán de la siguiente manera:

De acuerdo al artículo 988, los hijos del causante, personalmente o representados por su descendencia, excluyen a todos los otros legitimarios y, por lo mismo, llevarán todo lo que por esta asignación les corresponda. Si además hay cónyuge sobreviviente, éste llevará el doble de que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo, a menos que haya solamente un solo hijo, caso en el que la porción que corresponde al cónyuge sobreviviente es igual a la legítima rigorosa o efectiva que corresponda a ese hijo. Pero en ningún caso la porción que corresponde al cónyuge sobreviviente bajará de la cuarta parte de la mitad legitimaria. Si el causante dispuso de la cuarta de mejoras y de la parte de libre disposición, ellas no acrecerán a la mitad legitimaria, por lo que, en este caso, la porción que corresponde al cónyuge sobreviviente por concepto de legítima, no puede ser inferior a la cuarta parte de la mitad legitimaria. Si el causante no dispuso de la cuarta de mejoras, ni de la parte de libre disposición, y se limitó por el testamento a asignar la mitad legitimaria a sus legitimarios, o si habiendo dispuesto de estas cuartas quedó sin efecto dicha disposición, ellas acrecen a la mitad legitimaria, y en tal evento al cónyuge sobreviviente no le podrá corresponder menos de una cuarta parte de la herencia.

Si no hay descendientes, se pasará al orden de los ascendientes y/o el cónyuge sobreviviente (artículo 989). Si hubiere ascendientes y cónyuge, la porción correspondiente a legítima se dividirá en tres partes, dos para el cónyuge y una para los ascendientes. Si solamente hay ascendientes, ellos se llevan la totalidad de la legítima, y si sólo hay cónyuge sobreviviente, será éste quien se lleve toda esta porción.

<sup>648</sup> Esta prevención resultaba harto más relevante antes de la Ley N° 19.585, pues ahora ha perdido importancia práctica aunque no conceptual. Hoy en los órdenes de sucesión no se produce la concurrencia de legitimarios con quienes no lo sean, pues, hecha la excepción de la incierta situación del adoptado de conformidad a la Ley N° 7.613, en los dos primeros órdenes de sucesión solamente concurren legitimarios, y en el resto sólo herederos que no tienen el carácter de legitimarios.

Si no hay ascendientes, descendientes o cónyuge, no hay legitimarios y, por lo mismo, no hay legítima, siendo la totalidad de la herencia de libre disposición.

464. DISTRIBUCIÓN DEL RESTO DE LA HERENCIA. Distribuida la mitad legitimaria de conformidad a las reglas antes señaladas, el resto de la herencia no se reparte de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada, sino que se divide entre los asignatarios de la manera que lo indique el testador.

El testador podrá asignar la cuarta de mejoras de la manera que mejor estime entre sus descendientes, ascendientes o cónyuge. El artículo 1195 señala a este respecto que de la cuarta de mejoras puede hacer el testador la distribución que quiera entre estas personas; podrá pues asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta con exclusión de los otros.

Otro tanto acontece con la cuarta de libre disposición, con la diferencia que respecto de ella ni siquiera existe la obligación de hacer su distribución entre ciertos parientes que señale la ley. Respecto de ella el causante elige a los asignatarios y entre ellos hace la distribución que mejor le plazca.

Con todo, como se ha dicho y se insiste más adelante, debe tenerse presente que de conformidad a lo señalado en el artículo 1191, si el testador no dispone del todo o parte de la cuarta de mejoras o de la parte de libre disposición, ellas acrecen a la mitad legitimaria. De esta forma acontece que la mitad legitimaria, así aumentada, se distribuirá entre los legitimarios de conformidad a las reglas de la sucesión intestada. Por lo tanto, en este caso, ocurre que el resto de la herencia se distribuye entre los legitimarios según a lo señalado en el artículo 1183, pero no porque aquello sea obligatorio, sino que como obvia consecuencia de no haber dispuesto el testador de todo o parte de la cuarta de mejoras y de la parte de libre disposición.

465. CLASIFICACIÓN DE LAS LEGÍTIMAS. Como ya se ha advertido en numerosas ocasiones, la legítima se divide en legítima rigorosa y legítima efectiva. Se trata de cada una de ellas por separado.

### *Sección 2* *La legítima rigorosa*

466. CONCEPTO. Legítima rigorosa es a la que se refiere el artículo 1184, que dice que la mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa. De allí que se

diga que la legítima rigurosa es la que le cabe al legitimario en la mitad legitimaria de la herencia.

Como se comprende sin mayores dificultades, la determinación de lo que a cada legitimario corresponde en la herencia por concepto de legítima rigurosa, implicará determinar previamente el acervo sobre el que se efectúa el cálculo. En otros términos, para precisar lo que "rigurosamente" corresponde a cada legitimario en la mitad legitimaria, es necesario, previamente, establecer el activo líquido de la herencia.

467. DETERMINACIÓN DE LA MITAD LEGITIMARIA. Señala el artículo 1184 que para determinar la mitad legitimaria deben hacerse dos operaciones previas: primero, las deducciones ordenadas en el artículo 959; es decir, las bajas generales de la herencia; y, en seguida, las agregaciones ordenadas por los artículos 1185 a 1187; o sea, las agregaciones que dan lugar a los acervos imaginarios.

Hechas estas deducciones y agregaciones se determina el patrimonio del causante, quedando fijada la base de cálculo de la mitad legitimaria: correspondiendo ella a la mitad de esta base. Luego, la mitad legitimaria puede corresponder a la mitad del acervo líquido o partible, a la mitad del primer acervo imaginario o a la mitad del segundo acervo imaginario. Esta mitad se dividirá entre los distintos legitimarios.

468. LA REPRESENTACIÓN OPERA SÓLO RESPECTO DE LOS LEGITIMARIOS QUE SEAN DESCENDIENTES. Dispone el artículo 1183, que los legitimarios concurren, son excluidos y representados según el orden y las reglas de la sucesión intestada. Queda claro, en consecuencia, que el derecho de representación tiene cabida en lo que hace a la distribución de la mitad legitimaria.

Sin embargo, tal posibilidad solamente se da respecto de los legitimarios que tienen el carácter de descendientes, y no respecto de los ascendientes ni del cónyuge sobreviviente. Por disposición del artículo 986, solamente hay lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos. Como los hermanos del muerto no son legitimarios, no cabe que concurren en la especie, ni personalmente ni representados. Entonces solamente es posible que concurren representados los hijos del causante. El cónyuge del difunto o los ascendientes, sólo pueden concurrir personalmente, pero no representados por su descendencia.

En consecuencia, la concurrencia en la mitad legitimaria de los legitimarios que sean hijos del causante, puede ser por cabeza o estirpes. Según el artículo 985, ello implica que los que suceden por representación heredan en todos casos por

estirpes, es decir, que cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que hubiera cabido al padre o madre representado en la mitad legitimaria. Por el contrario, los que no suceden por representación suceden por cabezas; esto es, toman entre todos y por iguales partes la porción que les corresponde en la mitad legitimaria.

469. DISTRIBUCIÓN DE LA CUARTA DE MEJORAS Y DE LA CUARTA DE LIBRE DISPOSICIÓN. Una vez establecida la mitad legitimaria, para determinar la forma en que se distribuye el resto de la herencia, es necesario diferenciar si existen o no descendientes, ascendientes o cónyuge del causante.

470. NO EXISTEN NI DESCENDIENTES NI ASCENDIENTES NI CÓNYUGE DEL CAUSANTE. Después de la reforma introducida por la Ley N° 19.585, dispone el inciso segundo del artículo 1184 que "no habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio".

Con esta redacción se pretendió poner término a la larga discusión que se había originado a partir de la Ley N° 10.271, en el sentido de si para que se formara la cuarta de mejoras era o no necesario que hubiesen descendientes legítimos. Con el actual tenor de la norma, queda absolutamente claro que para que se forme la cuarta de mejoras basta con que exista algún eventual asignatario de mejoras, y no es necesario que sea descendiente. Si no hay ni cónyuge ni ascendientes ni descendientes, no se forma cuarta de mejoras, pero si hubiere alguno de ellos, dicha cuarta se forma.

Sin embargo, la redacción que le dio al artículo 1184 la Ley N° 19.585 no fue afortunada, llegando a decir algo en verdad erróneo. En efecto, según la redacción del inciso segundo si no hay legitimarios, "la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio". Pero lo que en realidad acontece es que si no hay legitimarios, no es solamente la mitad de lo que el testador podría disponer libremente, sino que de toda la herencia.

Por consiguiente, hoy en día o solamente una cuarta parte de la herencia es de libre disposición o lo es toda la herencia, no existiendo la posibilidad prevista en el artículo 1184.2 en torno a que sólo la mitad de la herencia sea de libre disposición.

471. EXISTEN DESCENDIENTES, ASCENDIENTES O CÓNYUGE DEL CAUSANTE. La otra posibilidad es que el causante haya dejado descendientes, ascendientes y/o cónyuge. Para este caso, dice el inciso tercero del artículo 1184 que "habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, previas las referi-

das deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; 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, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio.

Esta redacción no hace más que ratificar la idea según la cual para que se forme la cuarta de mejoras basta que exista cualquier potencial asignatario de ella, sea un descendiente, sea un ascendiente o sea el cónyuge sobreviviente. Cualquiera de ellos que esté vivo a la muerte del causante y sea digno y capaz de sucederlo, determinará que se forme la cuarta de mejoras.

Asimismo, se ratifica la idea ya explicada según la cual para computar estas cuartas, es necesario fijar el acervo sobre el cual ellas se van a calcular, pudiendo ser el acervo líquido o partible, el primer acervo imaginario o el segundo acervo imaginario. De esta forma, estas cuartas podrán ser calculadas sobre cualquiera de estos tres acervos.

472. CARACTERÍSTICAS DE LAS LEGÍTIMAS RIGOROSAS. Dentro de las características más relevantes de la legítima rigurosa, puede destacarse el hecho de que: a) son una asignación forzosa; b) no pueden ser objeto de modalidad o gravamen; c) puede el testador señalar los bienes con los que se entera, y d) tienen preferencia absoluta de pago.

473. LAS LEGÍTIMAS SON UNA ASIGNACIÓN FORZOSA. Dice claramente el artículo 1167 N° 2 que las legítimas son una asignación forzosa. Esto significa, en los propios términos del artículo 1167, que son una asignación que el testador está obligado a hacer, y que si no las hace, la ley las suple aun en perjuicio de otras disposiciones testamentarias expresas.

Explica SOMARRIVA que esta obligatoriedad no solamente se manifiesta ante el testador, sino que incluso ante el propio beneficiario de la legítima, ya que, al menos mientras viva el causante, el legitimario no puede renunciar a ella. A este respecto señala el inciso segundo del artículo 1226 que "se mirará como repudiación intempestiva, y no tendrá valor alguno, el permiso concedido por un legitimario al que le debe la legítima para que pueda testar sin consideración a ella". Esto en armonía con lo previsto en el inciso primero del artículo 1463, según el cual "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".<sup>649</sup>

Sin embargo, las referidas normas no parecen que establecer un régimen especial de indisponibilidad anticipada de la legítima en cuanto a legítima, pues lo cierto es que todo pacto que recaiga sobre el derecho a suceder a una persona viva, excepción hecha de lo previsto en el artículo 1204, se encuentra en esta situación, esté o no este pacto referido a la legítima. Un hermano del causante, que naturalmente no tiene la calidad de legitimario y que por lo mismo no tiene derecho a legítima, no puede renunciar a los derechos hereditarios que podrían corresponderle en esa sucesión mientras viva el *de cuius*. Tampoco podrían hacerlo los sobrinos del causante, o el resto de los colaterales o cualquier otro pariente, con independencia que sean o no legitimarios.

474. LA LEGÍTIMA NO PUEDE SER OBJETO DE MODALIDAD O GRAVAMEN. EXCEPCIONES. Dice el artículo 1192 que la legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno. Esto es perfectamente comprensible. Si la legítima fuera susceptible de modalidades o gravámenes, podría ser evadida fácilmente por el testador mediante el expediente de establecer graves condiciones, largos plazos o diversas modalidades que hicieran imposible su adquisición por el legitimario. También se podrían establecer gravámenes a favor de terceros que impidan al legitimario el goce de los bienes que le pudieran corresponder por concepto de legítima<sup>650</sup>. Esta imposibilidad es lo que se denomina intangibilidad de la legítima, ya que ella resulta intocable para el testador. Por consiguiente, la legítima es una asignación pura y simple, y no puede estar sujeta a modalidades.<sup>651</sup>

<sup>650</sup> De allí que BARROS ERRAZURIZ diga que "con cargo a ella no puede imponer el testador el pago de legados ni establecer fideicomisos, sustituciones u otras condiciones. Si el testador pudiera gravarla con estas cargas, quedaría burlado el objeto que persigue el legislador al instituir las legítimas como una asignación forzosa" (ob. cit., pp. 594 y 595).

<sup>651</sup> Algunos doctrinadores entienden que además de esta intangibilidad cuantitativa de la legítima, existe otra, que es su la intangibilidad cualitativa, que significa que el legitimario no sólo tiene derecho a una porción libre de toda clase de gravámenes impuestos mediante testamento, sino además derecho a recibir su legítima con bienes de la herencia. Es el caso de UGARTE, quien afirma que "los bienes comprendidos en la legítima, son una parte de la masa hereditaria, y que el derecho de propiedad de los legitimarios recae directamente sobre los bienes que componen la masa, sin perjuicio de la cuota que corresponde a cada uno de los coherederos. Como consecuencia de ello, en el momento mismo de la muerte del causante nace una comunidad formada por los legitimarios y, de haberlos, por los demás herederos, en que cada uno de ellos es —conjuntamente con los demás— dueño del total de los bienes hereditarios. Ahora bien, si los legitimarios son dueños de los bienes que conforman la comunidad hereditaria, es evidente que en el acto de partición deben adjudicarse algunos de los bienes de que antes han sido codueños, en la proporción que les corresponda". Agrega que "el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima no significa que el causante no pueda enajenar libremente sus bienes en vida, por el contrario, puede desprenderse de ellos a título oneroso, pero en tal caso deberá transmitir el valor de lo obtenido en las correspondientes enajenaciones a sus legitimarios, si su valor subsiste al momento de su muerte; por otra parte, el causante puede

<sup>649</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., p. 352.

Esta intangibilidad de las legítimas, al decir de la doctrina, se extiende incluso a las donaciones entre vivos en favor de un legitimario, pues la ley entiende que estas donaciones son un anticipo de la legítima y, por lo mismo, se imputan a lo que le corresponda al legitimario por este concepto (artículo 1198). De allí que el inciso segundo del artículo 1192 permite que el resto de las asignaciones testamentarias puedan ser gravadas de la forma que el testador lo estime conveniente, excepto lo que se haya asignado a un asignatario "bajo la forma de donaciones entre vivos".<sup>652</sup>

Poco importa que la modalidad o el gravamen vaya en beneficio o en perjuicio del propio legitimario, ni si los motivos que tiene el testador para establecerlos sean legítimos, razonables o de justicia, pues lo cierto es que, a este respecto, el Código es harto categórico en la materia.<sup>653</sup> Si estos gravámenes o modalidades se constituyeran deben ser consideradas como carentes de valor.

Continuación nota <sup>651</sup>

desprenderse de sus bienes a título gratuito mientras no atropelle las legítimas. En definitiva, lo que importa es que los bienes que se encontraban o debían encontrarse dentro del patrimonio del causante al momento de la delación de la herencia son el objeto preciso del derecho real de herencia de los legitimarios y pasan a formar parte instantáneamente de la comunidad hereditaria" (UGARTE VIAL, J., *Protección de la legítima contra legados de cuerpo cierto*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 34, 2, 2007, p. 254). En todo caso, y como reconoce UGARTE, no todos comparten esta conclusión. Así, indica MESSINEO que "tiende a prevalecer —sobre todo en la jurisprudencia— la opinión de que la intangibilidad de la legítima está garantizada por la ley en la cantidad, pero no en la especie de los bienes (el legitimario tiene derecho a un determinado valor, no a una determinada composición de su cuota). De manera que, el legitimario que venga a la sucesión con otros llamados, no puede pretender que la porción de legítima, a él correspondiente, contenga una parte de todos los bienes, que forman el caudal hereditario; y el legitimario que venga por sí solo a la sucesión, no puede pretender accionar en reducción, solamente para asegurar a la propia legítima la participación en todos los bienes que componen el patrimonio del difunto. Todo esto puede deducirse del hecho de que la voluntad del *de cuius* es vinculada, solamente en el sentido de no poder atentar a la porción de bienes que la ley asegura a los legitimarios, pero no en el sentido de que no pueda enajenar determinados bienes o no pueda disponer de ellos por testamento" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 202). Incluso otros autores que expresamente se refieren a la intangibilidad cualitativa de la legítima, la entienden de una manera diferente, señalando que ella es la que se refiere "tanto a la preterición del legitimario como al derecho del mismo de ser satisfecho con bienes que se hallen libres de cargas y gravámenes de cualquier tipo" (YSAS SOLANES, M., en *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 2006, p. 190).

<sup>652</sup> "Si el testador hace a un legitimario alguna donación entre vivos, no puede imponerle un gravamen, porque considerase esa donación un anticipo de su legítima, todo gravamen infringiría tal 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. Esa asignación, puede establecer los gravámenes que quiera, porque ya no se trata de imponer alguna modalidad a la legítima. Lo mismo debería ocurrir, pensamos, si se trata de una disposición entre vivos a otro título que adelanto de legítima" (DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 978).

<sup>653</sup> Esta misma solución es abundante en el Derecho comparado. Establece el artículo 813 del Código Civil español que "el testador no podrá privar a los herederos de su legítima, sino en los casos expresamente

Con todo, y sin perjuicio de lo antes dicho, existen hoy día dos casos, a lo menos, en que la legítima puede resultar sometida a una modalidad o gravamen: el primero es el previsto en el artículo 86 de la Ley General de Bancos, y, el segundo, es el señalado en la nueva regla décima del artículo 1337 del Código Civil.

475. EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY GENERAL DE BANCOS. Fuera del Código Civil existe una excepción, más bien aparente, al principio de la intangibilidad de la legítima. El artículo 86 N° 7 de la Ley General de Bancos, D.F.L. N° 252 de 1960, reformado por la Ley N° 19.528 de 1997, hoy D.F.L. N° 3 de 1997, establece que los bancos, en ejercicio de comisiones de confianza, podrán "ser administradores de los bienes que se hubieren donado o que se hubieren dejado a título de herencia o legado a capaces o incapaces, sujetos a la condición de que sean administrados por un banco. Podrán sujetarse a esta misma forma de administración los bienes que constituyen la legítima rigurosa, durante la incapacidad del legitimario. Las facultades del banco respecto a dichos bienes serán las de un curador adjunto cuando no se hubiere establecido otra cosa en la donación o en el testamento".<sup>654</sup>

Parte de la doctrina considera esta una excepción, al quedar sometida la legítima a un régimen de administración que escapa de la mano del propio legitimario, y que es dispuesta por el testador.<sup>655</sup> Pero lo cierto es que, en rigor, no existe en la especie la imposición de una modalidad o gravamen que prive al incapaz de la legítima.

Debe observarse que esta posibilidad solamente cabe cuando el legitimario sea una persona incapaz, puesto que el inciso primero del número 7 del artículo 86, se aplica a cualquier herencia o legado que no sea una legítima. La legítima se rige

Continuación nota <sup>653</sup>

determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo". En semejante sentido señala el artículo 894 del Código Civil uruguayo que "la legítima rigurosa no admite gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie". Asimismo, el Código Civil argentino en su artículo 3598 señala que "el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este Título. Si lo hiciera, se tendrán por no escritas".

<sup>654</sup> Debe tenerse presente que ello es solamente posible en la medida que el legitimario sea una persona incapaz. Así, se resolvió en su momento que si la legítima era una mujer separada de bienes, el testador no pudo entregar la administración de su legítima a un banco por el temor a que los bienes fueran dilapidados por el marido de ella, dado que ella no es una persona incapaz, por lo mismo, no cabe recurrir a la administración de un banco (cfr. RDJ, T. 37, 1, p. 68).

<sup>655</sup> Así MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 258; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 318 y SOMARRIVA, *Derecho Sucesorio*, cit., p. 353.

por el inciso segundo de la norma y no por el primero. Si no se hiciera esta designación por el testador, la administración de lo que corresponda por concepto de legítima tampoco la tendría el incapaz, sino que el administrador de los bienes del incapaz. Con esta disposición lo único que ocurre es que se reemplaza un administrador de bienes ajenos por otro, de lo que se colige que en verdad la excepción es más aparente que real.<sup>656</sup>

476. LA REGLA DEL N° 10 DEL ARTÍCULO 1337 DEL CÓDIGO CIVIL. A partir de la Ley N° 19.585 dispone el artículo 1337 del Código Civil que: "el partidor liquidará lo que a cada uno de los coasignatarios se deba, y procederá a la distribución de los efectos hereditarios, teniendo presentes las reglas que siguen": N° 10 "con todo, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto". "Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios". "El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II". "El derecho a la adjudicación preferente de que habla esta regla no puede transferirse ni transmitirse".

Este derecho de adjudicación preferente a favor del cónyuge sobreviviente, en los hechos, puede llegar a ser un serio gravamen sobre las legítimas, especialmente por la posibilidad que se le confiere al cónyuge sobreviviente para que se constituyan en su favor derechos de uso o habitación en los bienes que no le sean adjudicados en propiedad.

La situación no es tan extraña. Debe tenerse presente que, en medios como el nuestro, normalmente el único bien de relevancia dentro de la familia es la casa

<sup>656</sup> De esta forma lo estimaba CLARO SOLAR con respecto a la letra h) del artículo 1 de la Ley N° 4.827, de 17 de febrero de 1930, sobre bancos. Señalaba este autor que "esta disposición legal permite asegurar, la buena administración de los bienes de la legítima rigurosa durante la incapacidad del donatario o legitimario, en que debe seguramente hallarse bajo guarda. El banco reemplaza en la administración al tutor o curador. No es, por tanto, un caso de excepción a la regla de que la legítima rigurosa no admite modalidades ni gravamen de ninguna especie" (ob. cit., T. 15, N° 1535, p. 460). En igual sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 977.

que le sirve de residencia a sus miembros. En esas circunstancias, al fallecer el causante, su patrimonio está representado casi exclusivamente por este bien. Teniendo presente esto, es más que evidente que los derechos que le correspondan al cónyuge sobreviviente en la herencia del difunto serán inferiores al valor de la casa que ha servido de residencia a la familia, y, en ese escenario, como no puede adjudicársela con cargo a sus derechos hereditarios, puede solicitar que se le otorgue un derecho de habitación en ella, lo que, en los hechos, va a gravar con un derecho real la legítima del resto.<sup>657</sup>

Basta con imaginarse a un matrimonio con un hijo que sólo tiene una casa por un valor de \$ 50.000.000. En este caso, los derechos de madre e hijo alcanzan un 50% para cada uno, lo que en efectivo, arroja un total de \$ 25.000.000 para cada uno. Es obvio que los derechos del cónyuge sobreviviente no le alcanzan para adjudicarse toda la vivienda en su favor, por lo que podrá pedir que sobre lo que no le sea adjudicado en propiedad se constituya un derecho real de habitación. Este derecho recaerá sobre toda la casa, y no sobre una parte, y será gratuito y vitalicio. Como se comprende, la parte que le corresponde al hijo por concepto de legítima, resulta, en los hechos, gravada.<sup>658</sup>

477. EL TESTADOR PUEDE SEÑALAR LOS BIENES CON LOS QUE SE PAGA LA LEGÍTIMA. Según el artículo 1197, el testador puede indicar los bienes con que haya de hacerse el pago de la legítima, pero no puede delegar esta facultad a persona alguna, ni tasar los valores de dichas especies. La intangibilidad de la legítima no impide al testador indicar los bienes con los que ha de enterarse la legítima.

El objeto de esta disposición es permitirle al testador hacer una distribución de sus bienes, pero se trata de evitar que mediante una tasación poco real perjudique a algunos de los legitimarios y beneficie a otros. Sería hartamente fácil que el testador diera una mayor valoración a los bienes que le asigna a un legitimario en pago de su legítima, con lo que claramente lo estaría perjudicando en relación con los bienes de los que el testador se vale para pagar las legítimas de los otros legitimarios, los que incluso podrían estar tasados en un valor menor al real.

<sup>657</sup> En el mismo sentido COURT MURASSO, E., *El derecho de adjudicación preferente en la nueva regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil*, en *Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de extensión jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, p. 153.

<sup>658</sup> Este efecto no se produciría, si se entiende, como lo hacen algunos, que los derechos de uso y habitación que pueden constituirse en beneficio del cónyuge sobreviviente, deben serlo con cargo a su cuota hereditaria, pues, en este caso, no se lesionaría el derecho de los otros legitimarios. Sin embargo, como se dice más adelante (N° 835), parece que esta interpretación no es posible, ya que contraviene claramente el texto de la ley.

La circunstancia que el testador señale los bienes con los que se paga la legítima no transforma al legitimario en un legatario, su condición de heredero se mantiene en los términos señalados por el artículo 1181. El legitimario conceptualmente sigue llevando una cuota de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del causante, lo que en los términos de los artículos 951 y 1097 determina su carácter de heredero. La circunstancia que —en una disposición que implica un acto de partición— señale los bienes con los que debe enterarse la legítima, no lo convierten en legatario.

El problema que se suscita a este respecto viene dado por el artículo 1318, que faculta al testador para hacer la partición de sus bienes, cuestión imposible si no se le permite hacer tasación de ellos. Así, no sería posible hacer la partición en virtud de lo señalado en el artículo 1197, que impide tasar los bienes.<sup>659</sup>

Con todo, parece que sí es posible que en este caso el testador tase sus bienes, conservando el derecho los legitimarios para solicitar la reforma del testamento cuando hayan sido perjudicados con la tasación de los bienes para efectos de la partición. Si el testador no hace partición, sino que se limita a indicar los bienes con los que se paga la legítima, no podría entonces hacer tasación de ellos.<sup>660</sup>

478. LAS LEGÍTIMAS GOZAN DE PREFERENCIA ABSOLUTA PARA SU PAGO. Que las legítimas gocen de preferencia absoluta para su pago se desprende de los artículos 1189, 1193 y 1194, relativos, todos, al pago de las legítimas, tema del que se trata más adelante.

Según lo señalado en el artículo 1189, “si la suma de lo que se 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”. Esto implica, sin mayores dudas, que la legítima goza de preferencia para el pago respecto a las otras asignaciones sean forzosas o voluntarias, por lo que si existe déficit deberá completarse, antes que nada, lo que a los legitimarios corresponde por concepto de legítima.

En este mismo espíritu dispone el inciso primero del artículo 1193 que “si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse en la

proporción que corresponda entre los legitimarios”. En el mismo sentido dispone el inciso segundo de la misma norma 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 artículo 988, la diferencia deberá pagarse también con cargo a la cuarta de mejoras”.

En otros términos, lo que goza de preferencia para ser pagado es la legítima, incluso respecto de otra asignación forzosa como lo es la cuarta de mejoras. De suerte que si con lo que se ha asignado para el pago de la legítima no alcanza para enterarla, lo que falte se sacará de la cuarta de mejoras.

Por su parte, señala el artículo 1194 que “si las mejoras (comprendiendo el exceso o la diferencia de que habla el artículo precedente, en su caso) no cupieren en la cuarta parte del acervo imaginario, este exceso o diferencia se imputará a la cuarta parte restante, con preferencia a cualquier objeto de libre disposición, a que el difunto la haya destinado”. Esto implica que si el déficit de la masa hereditaria no permite enterar la cuarta de mejoras, los bienes que falten no se toman de las legítimas sino de la parte de libre disposición. Se mantiene así la preferencia de pago de la legítima respecto de la mejora y de la parte de libre disposición.

Con el solo propósito de evitar incertidumbres, dígame por ahora, que en atención a lo prevenido en el artículo 1194, la cuarta de mejoras también goza de preferencia de pago respecto de la parte de libre disposición, de modo que si con lo que se asigna no alcanza a pagarse el déficit, gravará la parte de libre disposición.

479. EL LLAMADO ACRECIMIENTO DE LEGÍTIMA RIGOROSA A LEGÍTIMA RIGOROSA. Es posible que alguno o algunos de los legitimarios no puedan o no quieran suceder al causante, y que, además, no tengan descendencia que pueda o quiera representarlo. En este evento, lo que acontece es que la mitad legitimaria se divide, simplemente, entre los legitimarios que no faltan. Es lo que algunos denominan el acrecimiento de legítima rigorosa a legítima rigorosa. A este respecto dispone el artículo 1190 que “si un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad o exheredación, o porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho de representarle, dicho todo o parte se agregará a la mitad legitimaria, y contribuirá a formar las legítimas rigorosas de los otros”.

Da lo mismo la causa por la que falte el legitimario llamado, lo concreto es que, en este caso, si no lleva la totalidad o una parte de lo que le corresponde en la mitad legitimaria ella acrece al resto y beneficia a todos los otros legitimarios que no faltan.

Para que haya lugar a este acrecimiento se requieren dos condiciones: que falte uno de los legitimarios y que no tenga descendencia con derecho de representarlo.

<sup>659</sup> Así ALESSANDRI RODRÍGUEZ, F., *Partición de bienes*, Santiago, 1940, p. 90.

<sup>660</sup> Cfr. ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., p. 489; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 987; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 388 y 389 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 355 e *Indivisión y partición*, cit., pp. 255 y 256. La jurisprudencia no ha sido del todo clara; a veces ha reconocido la posibilidad del testador de tasar los bienes para los efectos de efectuar la partición en el testamento (cfr. GT, 1890, segundo semestre, s. 4497, p. 1419 y RDJ, T. 18, 1, p. 330, con votos disidentes), y en otras ha considerado nula esta tasación (cfr. GT, 1913, primer semestre, s. 267).



Normalmente el legitimario que falta no lleva nada de la cuota que le corresponde en la mitad legitimaria, así ocurre cuando es incapaz, indigno, repudia la asignación o cuando ha sido completamente desheredado<sup>661</sup>. Pero puede acontecer que solamente esté privado de una parte de esta cuota, como señala el artículo 1190, cosa que acontece cuando ha sido desheredado en parte de lo que le corresponde según lo señalado en el artículo 1207.

Por otro lado, para que opere este especial acrecimiento es condición que el legitimario que falta no tenga descendientes con derecho a representarlo, pues prima aquí la representación por sobre el acrecimiento. Si hay representantes, lo que acontece es que, por una ficción legal, se entiende que el legitimario no falta. Si son varios los representantes ellos suceden por estirpes y no por cabeza, dado que no lo hacen personalmente sino que por derecho de representación, por lo que entre todos llevan la parte o cuota que correspondía al hijo o descendiente que representan.

### Sección 2 La legítima efectiva

480. CONCEPTO. Puede acontecer que el testador pudiendo disponer de todo o parte de la cuarta de mejoras y/o de la parte de libre disposición, no lo haga, o lo haga pero que tal disposición quede sin efecto. En estos casos, la consecuencia que legalmente se produce es que la parte de que no dispuso o cuya disposición quedó sin efecto, acrece a la mitad legitimaria y contribuye a formar las legítimas de los legitimarios, resultado éstas de mayor cuantía. Se produce así un acrecimiento desde el exterior de la mitad legitimaria, distinto del que se produce hacia el interior cuando falta uno de los legitimarios. Señala el artículo 1191 que "acrece a las legítimas rigurosas toda aquella porción de 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".

Por lo mismo, se puede decir que legítima efectiva es la porción que corresponde a cada legitimario en la mitad legitimaria aumentada por la parte de mejoras y/o de libre disposición de que el testador no dispuso, y si lo hizo, quedó sin efecto la disposición.

<sup>661</sup> También quedaría privado de la totalidad de lo que le corresponde en la mitad legitimaria, según la parte segunda del artículo 114, el legitimario menor de dieciocho años que se casare sin el asentimiento de sus ascendientes estando obligado a obtenerlo.

481. BENEFICIARIOS. El acrecimiento antes señalado beneficia obviamente a todos los legitimarios, dado que ven aumentada su participación en la herencia, sean ellos descendientes, ascendientes o cónyuge sobreviviente.<sup>662</sup>

482. DISTRIBUCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EFECTIVAS. El inciso primero del artículo 1184, solamente se refiere a la distribución de las legítimas rigurosas, pero nada dice, ni allí ni en otro lugar, acerca de la forma en que se distribuyen las legítimas efectivas. Sin embargo, no puede caber duda de ninguna clase en orden a que las legítimas efectivas siguen la misma regla de distribución de las legítimas rigurosas. La mitad legitimaria aumentada por no haber dispuesto el causante de la cuarta de mejoras y/o de la parte de libre disposición, o por haber quedado sin efecto dicha disposición, se distribuye de la forma ordenada en el artículo 1183; esto es, de conformidad a las reglas de la sucesión intestada. En aplicación de la misma regla, los descendientes podrán suceder personalmente o representados por su descendencia, es decir, podrán concurrir por cabeza o por estirpes. Los ascendientes y el cónyuge sobreviviente solamente podrán concurrir personalmente y no representados.<sup>663</sup>

483. PRIMAN POR SOBRE ESTE ACRECIMIENTO LAS REGLAS DE LA SUCESIÓN INTESTADA. Dispone el inciso tercero del artículo 1191, que si concurren, como herederos, legitimarios con quienes no lo sean, sobre lo preceptuado en este artículo prevalecerán las reglas contenidas en el Título II de este Libro, es decir, las normas de la sucesión intestada.

Como se ha dicho a propósito de la sucesión parte testada y parte intestada (Nº 440), este inciso fue agregado por la Ley Nº 10.271 de 1952, con el objeto

<sup>662</sup> Hoy día este tema resulta bastante obvio, pero no siempre lo fue. Antes de la Ley Nº 18.802, cuando había descendientes legítimos, la porción conyugal del cónyuge sobreviviente se calculaba y pagaba con cargo a la mitad legitimaria (artículo 1178), pero el acrecimiento previsto en el artículo 1191 no lo beneficiaba por disposición expresa del inciso segundo. Esto en la medida que el cónyuge sobreviviente no era legitimario. La Ley Nº 18.802 eliminó el inciso segundo del artículo 1191, con lo que el cónyuge sobreviviente pasó a beneficiarse de este acrecimiento a los efectos de calcular su porción conyugal. Por otra parte, la misma ley eliminó del inciso segundo del artículo 1178 la regla según la cual la porción conyugal, cuando había descendientes legítimos, se imputaba a la mitad legitimaria. Hoy día, con la Ley Nº 19.585, el cónyuge sobreviviente es un legitimario, y lo que le corresponde por este concepto se calcula y paga con cargo a la legítima rigorosa o efectiva.

<sup>663</sup> De esta forma lo resolvía el proyecto de 1853. El inciso segundo del artículo 1351, después de regular el acrecimiento de la legítima rigorosa, señalaba que "dicha porción se divide entre los legitimarios a prorrata de lo que les cupiere en razón de sus legítimas rigurosas". Así también lo cree la doctrina (cfr. BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., p. 596 y así también lo ha resuelto en alguna ocasión la jurisprudencia (cfr. GT, 1915, primer semestre, s. 106, p. 233).

de evitar una contradicción entre el artículo 996, relativo a las sucesiones mixtas, y el acrecimiento previsto en el artículo 1191. Si el causante se limitaba a disponer de la mitad legitimaria y nada decía del resto de la herencia, según el artículo 996 en ella se aplicaban las normas de la sucesión intestada; en cambio, según el 1191, ellas acrecían a la mitad legitimaria. Esto perjudicaba a los herederos que no eran legitimarios, porque el acrecimiento beneficiaba a los que eran legitimarios del causante. Los que solamente eran herederos no legitimarios quedaban sin parte en la herencia por el acrecimiento a la mitad legitimaria.

Por eso la Ley N° 10.271 agregó este inciso. De acuerdo a él, si la sucesión es enteramente intestada, se aplican los órdenes de sucesión, pero si la sucesión es parte testada y parte intestada, y concurren como herederos legitimarios con quienes no lo sean, se aplica el artículo 996, y no tiene lugar el acrecimiento previsto en el artículo 1191.

El inciso tercero del artículo 1191 pierde sentido cuando solamente concurren legitimarios. En este caso se produce el acrecimiento a la mitad legitimaria de las otras partes de la herencia sin perjuicio para los otros herederos que no sean legitimarios, ya que ellos no existen. Asimismo, si solamente hay herederos no legitimarios, no hay mitad legitimaria, ella no se forma, y, por lo mismo, no hay acrecimiento posible hacia ella de las otras partes de la herencia.

Lo anterior es lo que determina que hoy en día la regla carezca prácticamente de aplicación. En la actualidad es virtualmente imposible que concurren como herederos legitimarios con quienes no lo sean, pues después de la reforma de la Ley N° 19.585 las personas que la ley llama como herederos en un mismo orden o son todos legitimarios o no lo es ninguno.

Como se dijo, en el primer orden se llama a los descendientes como herederos determinantes y al cónyuge sobreviviente como concurrente. Todos ellos son legitimarios. En el segundo orden se llama a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente, todos como herederos determinantes, y todos ellos son legitimarios. En los restantes órdenes sucesorios ninguno de los llamados como herederos son legitimarios. Por lo mismo, no es verosímil que en la sucesión concurren herederos con quienes no lo sean. Si solamente hay legitimarios y el testador se limita a asignar por testamento la mitad legitimaria a favor de ellos, el resto acrece a ella, y resultan todos favorecidos con el incremento de legítima rigurosa a efectiva. Si el causante carece de legitimarios, sencillamente no será aplicable el artículo 1191, ya que ni siquiera habrá lugar a la formación de legítimas.

Virtualmente el único caso en que podría conservar aplicación la regla del inciso final del artículo 1191, es en el evento de que exista un adoptado de conformidad a la Ley N° 7.613, y sólo en la medida que se estime que este adoptado

no es un hijo más. Si se resuelve, como algunos lo creen, que es un hijo más del causante, el problema no se presenta, ya que tendrá el carácter de legitimario<sup>664</sup>. Pero, en caso inverso, si se entiende que tiene el carácter de heredero solamente en su calidad de adoptado, y el causante se limita a disponer de la mitad legitimaria a favor de sus legitimarios, habrá que aplicar, antes que el acrecimiento del inciso primero del artículo 1191, la regla de su inciso tercero, debiendo procederse a distribuir la herencia conforme lo previene el artículo 996.<sup>665</sup>

<sup>664</sup> De allí que quienes creen que el adoptado de conformidad a la Ley N° 7.613 es un hijo más del causante, consideren derechamente que hoy en día la regla del inciso final del artículo 1191 carece de completa aplicación. En este sentido dice RODRÍGUEZ que "esta disposición carece de toda relevancia a partir de la Ley N° 19.585. En efecto, respecto de mitad legitimaria no existe caso alguno en que concurren herederos legitimarios con quienes no lo son, ya que la existencia de un legitimario excluye todo llamamiento a quien no tiene esta calidad. Con antelación a la Ley N° 19.585 aquello era posible, ya que el cónyuge que no era legitimario, concurría entonces con los hijos legítimos (primer orden regular) y con los ascendientes (segundo orden regular), lo propio ocurría con los hermanos legítimos que concurrían con los hijos naturales que sí eran legitimarios (tercer orden regular). Por otra parte, dicho inciso tenía por objeto evitar que los herederos no legitimarios (el cónyuge y hermanos legítimos), cuando concurrían con herederos legitimarios, fueran perjudicados, como consecuencia del acrecimiento a la mitad legitimaria de toda aquella parte de que el causante pudiendo disponer a su arbitrio no dispuso o si lo hizo quedó sin efecto su disposición. En consecuencia, esta disposición se coloca hoy día en un supuesto imposible y debe considerarse un segundo error de la Ley N° 19.585. Sería de desear que el error y el contenido en el inciso segundo del artículo 1184 fuere corregido en el futuro, ya que en alguna medida confunde los lineamientos fundamentales del sistema sucesorio" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 317). En igual sentido señala MEZA BARROS que "hasta la dictación de la Ley N° 19.585, era posible por aplicación del antiguo artículo 990, que comparecieran en la herencia legitimarios y otros herederos que no tenían tal carácter. Para solucionar ese problema, la Ley N° 10.271 introdujo un último inciso en el art. 1191: Si concurren como herederos, legitimarios con quienes no lo sean, sobre lo preceptuado en este artículo prevalecerán las reglas contenidas en el Título II de este Libro. Hoy día, el art. 990 dispone que si el difunto no hubiere dejado descendientes, ni ascendientes ni cónyuge, le sucederán sus hermanos, por lo que no cabe plantearse hipótesis de que concurren, abintestato, legitimarios con quienes no lo sean. No obstante ello, el legislador de la Ley N° 19.585 no suprimió la modificación que había introducido la Ley N° 10.271" (*Manual...*, cit., pp. 260 y 262).

<sup>665</sup> Cfr. ALVAREZ, *La filiación...*, cit., p. 132.

El testador puede disponer libremente de su patrimonio, pero no puede disponer de aquél en perjuicio de sus herederos forzosos. En consecuencia, el testador no puede disponer de su patrimonio en perjuicio de sus herederos forzosos.

El testador puede disponer libremente de su patrimonio, pero no puede disponer de aquél en perjuicio de sus herederos forzosos. En consecuencia, el testador no puede disponer de su patrimonio en perjuicio de sus herederos forzosos.

**CAPÍTULO 40**

**LA CUARTA DE MEJORAS**

El testador puede disponer libremente de su patrimonio, pero no puede disponer de aquél en perjuicio de sus herederos forzosos. En consecuencia, el testador no puede disponer de su patrimonio en perjuicio de sus herederos forzosos.

**Sección 1**

**De la cuarta de mejoras**

484. CONCEPTO. En términos amplios puede decirse que la mejora es una asignación por la cual el testador puede beneficiar la situación económica de su cónyuge o uno o más de sus descendientes o ascendientes. De allí precisamente su denominación "mejora": en virtud de esta asignación uno o más de estos asignatarios están en "mejor" situación que el resto.

En términos específicos, y teniendo en cuenta lo señalado en los artículos 1167 N° 2, 1184 y 1195, la mejora puede ser entendida como una asignación forzosa, ascendente a la cuarta parte del *as* hereditario, que el causante puede asignar en todo o en parte a su cónyuge y/o a todos o a algunos de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios. La porción de mejoras ascenderá a la cuarta parte o del acervo líquido, o del primer acervo imaginario o del segundo acervo imaginario, según el caso.<sup>666</sup>

485. BENEFICIARIOS. Después de las reformas introducidas por las Leyes N° 10.271, de 1952; N° 18.802, de 1989, y N° 19.585, de 1994, a los artículos 1167, 1184 y 1195 acontece que son beneficiarios de la cuarta de mejoras los descendientes, los ascendientes y el cónyuge del causante.

Originariamente ésta era una asignación forzosa con la que el causante solamente podía mejorar la situación de uno o más descendientes legítimos. La Ley N° 10.271, cuyo propósito fue mejorar la situación de los hijos naturales, los agregó a ellos como beneficiarios. Muchos años más tarde, la Ley N° 18.802, que mejoró la situación del cónyuge sobreviviente, incorporó también a éste como

<sup>666</sup> Véase SCHMIDT HOTT, C., *La cuarta de mejoras*, en *Temas de Derecho*, Universidad Gabriela Mistral, 8, 2, 1993, pp. 25 y ss.

posible beneficiario de la asignación. Finalmente, la Ley N° 19.585 incorporó como potenciales beneficiarios de la cuarta de mejoras a los ascendientes del causante. De esta forma, se ha ido ampliado la libertad de testar del causante, pues ha ido creciendo el número de eventuales asignatarios de la cuarta de mejoras<sup>667</sup>. Dentro del círculo de parientes más cercanos al causante solamente están omitidos, al menos por ahora, los hermanos.

A este efecto dispone en la actualidad el número 3 del artículo 1167 que la cuarta de mejoras es una asignación forzosa que tiene lugar en la sucesión de los "descendientes, de los ascendientes y del cónyuge" del difunto. Dice por su parte el inciso final del artículo 1184 que habiendo descendientes, cónyuge o ascendientes del difunto, la masa de bienes se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; 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, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio. Finalmente, dispone el inciso primero del artículo 1195 que de la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus "descendientes, su cónyuge y sus ascendientes"; podrá pues asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta con exclusión de los otros.

Cabe destacar que estas personas, para ser beneficiarios de la cuarta de mejoras, no es necesario que sean legitimarios. Así lo dice con harta claridad el artículo 1184.3, cuando señala que una cuarta parte de la herencia estará destinada a 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". Esta última frase elimina cualquier discusión en orden a si es o no necesario que los ascendientes o descendientes beneficiarios deban ser además legitimarios: ello definitivamente no es necesario. El causante podría asignar esta cuarta, en todo o parte, por ejemplo, a uno o más de sus nietos, a pesar de que los hijos del causante estén vivos. Como se sabe, estos nietos no son legitimarios, al verse excluidos por su propio padre, hijo del *de cuius*, pero sí son potenciales asignatarios de la cuarta de mejoras.

486. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEJORAS. Tradicionalmente de la cuarta de mejoras se han predicado las siguientes características: *a)* se trata de una asigna-

<sup>667</sup> Algunos han estimado que la libertad de testar si bien se ha ampliado por un lado, se ha restringido por otro, pues si bien es efectivo que ha crecido el número de beneficiarios de la cuarta de mejoras, es también cierto que de alguna manera se le restringe, ya que el testador debe respetar la asignación en beneficio de un mayor número de personas (cfr. RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 353).

ción forzosa; *b)* no se presume, y *c)* admite, aunque de manera restringida, modalidades o gravámenes, siempre que lo sean a favor de los que la ley considera asignatarios de la cuarta de mejoras.

487. LA CUARTA DE MEJORAS ES UNA ASIGNACIÓN FORZOSA. Dice claramente el artículo 1167 N° 3 que la cuarta de mejoras es una asignación forzosa en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge. De modo que, como se ha dicho antes, basta con que exista un eventual asignatario de esta cuarta para que ella se forme y el testador, si desea disponer de la cuarta de mejoras, debe hacerlo a favor de alguno de ellos. Si el testador no dispone de esta cuarta a favor de estos sujetos sino que en beneficio de otras personas, procederá la acción de reforma del testamento. A este efecto señala el artículo 1220 que "si el que tiene descendientes, ascendientes o cónyuge dispusiere de cualquiera parte de la cuarta de mejoras a favor de otras personas, tendrán también derecho los legitimarios para que en eso se reforme el testamento, y se les adjudique dicha parte". En este sentido, y como anota CLARO SOLAR, la cuarta de mejoras es una asignación forzosa sólo en cuanto no puede el testador asignarla a personas diferentes a las señaladas en la ley.<sup>668</sup>

Si el testador no dispone del todo o parte de esta cuarta, como tantas veces se ha dicho, en virtud de lo prevenido en el artículo 1191, lo no asignado acrece a la mitad legitimaria, contribuyendo a formar la legítima efectiva.

488. LA CUARTA DE MEJORAS NO SE PRESUME. La asignación del todo o parte de la cuarta de mejoras por parte del testador a uno o más de los beneficiarios legales de ella, requiere de declaración expresa. No basta con la existencia del testamento, ni que en él se haga una asignación a favor de uno de los beneficiarios de mejoras, sino que es además condición que se señale en el testamento o en otro acto auténtico que la asignación se hace a título de mejora; de lo contrario se entenderá efectuada a título de legítima.

Según el artículo 1198.1, por regla general "todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora". Agrega por su parte el inciso primero del artículo 1203 que "los desembolsos hechos para el pago de las deudas de un legitimario, que sea descendiente, se imputarán a su legítima; pero sólo en cuanto hayan sido

<sup>668</sup> Cfr. ob. cit., T. 15, N° 1542, p. 467.

útiles para el pago de dichas deudas". Continúa su inciso segundo señalando que "si el difunto hubiere declarado expresamente por acto entre vivos o testamento ser su ánimo que no se imputen dichos gastos a la legítima, en este caso se considerarán como una mejora". Concluye el inciso tercero disponiendo que "si el difunto en el caso del inciso anterior hubiere asignado al mismo legitimario a título de mejora alguna cuota de la herencia o alguna cantidad de dinero, se imputarán a dicha cuota o cantidad; sin perjuicio de valer en lo que excedieren a ella, como mejora, o como el difunto expresamente haya ordenado".<sup>669</sup>

De lo anterior se desprende que si el causante efectúa a una asignación testamentaria, o efectúa una donación revocable o irrevocable a una persona que es su legitimario, ella se imputa a su legítima, a menos que el testador o donante disponga que se impute a su mejora. Por el contrario, si el causante efectúa una asignación o donación a quien no es su legitimario, aun cuando sea su descendiente, ascendiente o cónyuge, ella no se imputa a las mejoras, gravando en definitiva la parte de libre disposición.<sup>670</sup>

Por consiguiente, la mejora no se presume, es necesario que el testador señale en el testamento, o en otro acto entre vivos, que la asignación que efectúa a uno o más de los beneficiarios de esta porción de la herencia se hace con el propósito de mejorar a ese asignatario; de lo contrario la asignación no se tendrá efectuada a título de mejoras.<sup>671</sup>

489. LA DENOMINADA MEJORA TÁCITA. Algunos doctrinadores han entendido, siguiendo ciertas líneas de pensamiento del Derecho comparado, que entre nosotros sería posible que la mejora fuere tácita. En efecto, si bien resulta claro que la mejora no se presume y requiere de una declaración expresa del testador en el sentido que ella se asigna a uno de sus potenciales beneficiarios, no sería necesario que esa declaración efectuada en el testamento u otro instrumento auténtico, tenga que revestir de fórmulas sacramentales, siendo posible que se interprete lo señalado por el causante en el sentido de ser la asignación efectuada a título de mejoras.

Así lo confirmaría el artículo 1203.2, cuando, interpretando la voluntad del testador, señala que si el difunto hubiere declarado expresamente por acto entre

<sup>669</sup> El antecedente de esta regla de la no presunción de la mejora se encuentra en la leyes de Toro recogidas en el actual artículo 825 del Código Civil español, según el cual "ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, a favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar".

<sup>670</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 358.

<sup>671</sup> Cfr. GT, 1915, s. 106, p. 233.

vivos o testamento ser su ánimo que no se imputen dichos gastos a la legítima, en este caso se considerarán como una mejora. Lo que acontece es que la ley considera algo como mejora en circunstancias de que no existió una declaración formal en ese sentido, señalando únicamente el causante ser su voluntad el que estos gastos no se imputasen a la legítima.

Lo mismo ocurriría en el artículo 1193, que prescribe en su inciso primero que "si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios". La asignación excesiva grava la cuarta de mejoras aun cuando el testador nada hubiere dicho a este respecto.

En estos dos casos, la voluntad del causante de mejorar a alguno de los beneficiarios de la cuarta de mejoras, no aparece en forma expresa, sino que es la ley la que colige de ciertas declaraciones del donante o testador que no señalan que es su voluntad mejorar a un asignatario o asignarle la cuarta de mejoras, representando hipótesis de mejoras tácitas.<sup>672</sup>

490. LA CUARTA DE MEJORAS, POR REGLA GENERAL, NO ADMITE MODALIDADES Y GRAVÁMENES. Como ha quedado dicho, de acuerdo al artículo 1192, las legítimas no admiten condición, plazo, modo o gravamen alguno, sea a favor de terceros o en beneficio del propio asignatario. Parecida es la situación de las mejoras, en las que por regla general no se admiten modalidades o gravámenes, a menos que vayan en beneficio del propio asignatario. Como explica CLARO SOLAR, las mejoras dependen en parte, y no de manera insignificante, de la voluntad del testador, ya que es él quien en definitiva determina si dispone o no de la cuarta de mejoras y la forma en que lo hace<sup>673</sup>. Por lo mismo, no debe sorprender que si decide efectuar la asignación puede sujetarla a ciertas modalidades o gravámenes siempre que vayan a favor de un asignatario de mejoras.

Dispone el inciso segundo del artículo 1195 que "los gravámenes impuestos a los partícipes de la cuarta de mejoras serán siempre en favor del cónyuge, o de uno o más de los descendientes o ascendientes del testador"<sup>674</sup>. Luego, son posibles

<sup>672</sup> En este sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1011 y ss. y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 358 y 359. Sin embargo, otros autores se limitan, simplemente, a señalar que la mejora requiere de declaración expresa (cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 398 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 263).

<sup>673</sup> Cfr. ob. cit., T. 15, N° 1542, pp. 466 y 467.

<sup>674</sup> En semejante sentido dispone el artículo 824 del Código Civil español que "no podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan a favor de los legitimarios o sus descendientes".

los gravámenes en esta asignación forzosa, pero condicionados a que ellos beneficien a los que la ley considera asignatarios de la cuarta de mejoras. Las modalidades solamente serán admisibles en la medida que no lesionen la asignación forzosa misma, puesto que ningún tipo de modalidad puede atentar en contra de ella.

En consecuencia, lo que se impide son los gravámenes sobre la mejora a favor de quienes no son beneficiarios de esta asignación; es decir, a favor de quien no sea cónyuge, ascendiente o descendiente del difunto. Partiendo de la base que el testador puede hacer la distribución que estime pertinente de la mejora entre los beneficiarios de ella, pudiendo si quiere asignarla toda a uno solo de los beneficiarios, se explica que también pueda gravarla siempre que ello no beneficie a terceros. Se compatibiliza de esta forma la libertad de testar que a este respecto se le reconoce al causante con el carácter de asignación forzosa que tiene la cuarta de mejoras.<sup>675</sup>

Si el testador señala que deja con cargo a la cuarta de mejoras una casa a su hijo con la obligación de vivir en ella; o bajo la condición de que contraiga matrimonio, o se la asigna hasta una fecha cierta, la asignación es válida. De la misma manera si con cargo a la cuarta de mejoras le asigna una casa a su hijo, pero la grava con un usufructo en beneficio del cónyuge sobreviviente o de un ascendiente del testador, por ejemplo su padre, la asignación también es válida, ya que el gravamen favorece a un asignatario de la cuarta de mejoras. Por el contrario, si con cargo a la cuarta de mejoras el testador asigna la nuda propiedad del inmueble al hijo, pero lo grava con la obligación de pagar una pensión a favor de un tercero que no es asignatario de mejoras, tal gravamen no es válido, dado que el tercero no es asignatario de la cuarta de mejoras.

Un gravamen válido es el ya citado artículo 86 N° 7 de la Ley General de Bancos, D.F.L. N° 252 de 1960, reformado por la Ley N° 19.528 de 1997, hoy D.F.L. N° 3 de 1997, que establece que los bancos, en ejercicio de comisiones de confianza, podrán "ser administradores de los bienes que se hubieren donado o que se hubieren dejado a título de herencia o legado a capaces o incapaces, sujetos a la condición de que sean administrados por un banco. Podrán sujetarse a esta misma forma de administración los bienes que constituyen la legítima rigorosa, durante la incapacidad del legitimario. Las facultades del banco respecto a dichos bienes serán las de un curador adjunto cuando no se hubiere establecido otra cosa en la donación o en el testamento".

<sup>675</sup> Dice RODRÍGUEZ que "esta limitación es lógica y necesaria. Si se ha limitado la capacidad del difunto para disponer de esta cuarta parte de sus bienes, obligándolo a distribuirla entre determinadas personas, presuntivamente muy cercanas a él, la única forma de evitar que este destino no se cumpla es limitar, también, los gravámenes de que pueda ser objeto, en beneficio de las personas favorecidas con dichas asignaciones" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 360).

En aplicación del inciso primero del precepto citado, sería posible que los bienes que conforman la mejora fueren entregados a un banco para los efectos de su administración, sea el beneficiario de ella capaz o incapaz. Solución diferente de la impuesta para las legítimas por el inciso segundo, que solamente podría ser gravada de esta forma cuando, según ya se dijo oportunamente, el legitimario sea una persona incapaz.<sup>676</sup>

491. DISTRIBUCIÓN DE LA CUARTA DE MEJORAS. El testador tiene completa libertad para decidir si en el testamento dispone o no de la cuarta de mejoras. Se sabe que si no lo hace, en virtud de lo prevenido en el artículo 1191, esta cuarta acrece a la mitad legitimaria y contribuye a formar las legítimas. Si decide hacerlo, el causante tiene completa libertad para distribuir la cuarta de mejoras entre todos o algunos de los asignatarios de ella. La única limitación a este respecto viene dada por el hecho que con ella se debe beneficiar únicamente a las personas señaladas en la ley, descendientes, ascendientes o cónyuge, pero no a otras personas aunque sean parientes.

Dispone a este respecto el artículo 1195.1 que "de la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus descendientes, su cónyuge y sus ascendientes; podrá pues asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta con exclusión de los otros". De esta forma el causante puede asignar la cuarta de mejoras a todos ellos por partes iguales o diferentes, o bien asignarla toda ella a uno solo de estos beneficiarios. Así podría asignarla toda ella únicamente a su cónyuge, o distribuirla entre sus hijos o sus padres. Como se ha dicho, no es necesario que el asignatario deba ser legitimario. Así lo señala con toda claridad el inciso final del artículo 1184, cuando explica que una cuarta parte de los bienes tiene por objeto que el difunto querido favorezca a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, "sean o no legitimarios". Por lo mismo, el causante podría asignar toda esta cuarta parte a sus nietos, a pesar de estar vivos sus propios hijos. De la misma forma podría asignarla a sus padres o abuelos, en todo o parte, aun cuando estén vivos los hijos del causante. Estas últimas personas, no obstante ser descendientes o ascendientes del causante, no son sus legitimarios, por cuanto, por aplicación del artículo 1183, resultan excluidos de la sucesión en la legítima, por otros legitimarios de grado preferente, pero ello no les impide ser asignatarios de la cuarta de mejoras.

<sup>676</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1017; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 360 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 399.

## Sección 2

## El pacto de no mejorar

492. CONCEPTO. Hay un objeto ilícito en los actos y contratos que recaigan sobre el derecho a suceder a una persona viva. Tal es la regla sentada por el inciso primero del artículo 1463 según la cual "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". El inciso segundo agrega que "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*". Queda así prohibida entre nosotros la sucesión contractual o pactada, resultando vedados no sólo los pactos de institución de heredero o legatario, sino que la renuncia o aceptación anticipada de una asignación o la cesión de los derechos en la sucesión de una persona que no ha fallecido.

Esta regla tiene una calificada excepción en lo que hace a la cuarta de mejoras. El inciso primero del artículo 1204, de manera restringida, permite un muy definido tipo de pacto sucesorio. El inciso segundo de este precepto declara que "cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor". En otras palabras, el único pacto sobre sucesión posible en Chile, es el reglado en el inciso primero del artículo 1204, el resto de los pactos de esta naturaleza adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito (artículo 1682).

En este sentido queda claro que el inciso segundo del artículo 1463 incurre en una impropiedad cuando sugiere que pueden existir convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario. Ello no es posible, pues lo único que se permite es la convención que consista en no disponer de la cuarta de mejoras.

Dispone el inciso primero del artículo 1204, que "si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos a su cónyuge o a alguno de sus descendientes o ascendientes, que a la sazón era legitimario, no donar ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviniera a su promesa, el favorecido con ésta tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara".

Así las cosas, el pacto de no mejorar puede ser definido como aquel contrato solemne, por el cual una persona se compromete para con uno o más de sus legitimarios, a no donar ni disponer por testamento del todo o parte de la cuarta de mejoras.

493. OBJETIVO DEL PACTO DE NO MEJORAR. Como salta a la vista, el objeto del pacto está constituido por una obligación de no hacer; esto es, la no disposición de la cuarta de mejoras por parte del causante. Sin embargo, éste es su objeto pero no su finalidad. Como se comprende, poco sentido tiene un contrato de esta especie que, al menos una vez celebrado; no otorga ventajas patrimoniales inmediatas a los contratantes. No es la hipótesis de una compraventa, permuta, donación o arrendamiento, en los cuales los beneficios del contrato son perceptibles de manera inmediata. En el caso del pacto de no mejorar el objetivo es que el testador fallezca sin disponer de la cuarta de mejoras. Ello determinará que, de conformidad a lo señalado en el artículo 1191, la cuarta de mejoras acrezca a la mitad legitimaria, lo que favorece al legitimario beneficiario del pacto, pues su participación en la herencia por este concepto, se verá aumentada. De esta forma, el futuro causante garantiza al legitimario con el que contrata que tendrá derecho a legítima efectiva y no rigorosa.

Debe observarse que el futuro causante solamente puede obligarse a no disponer de la cuarta de mejoras, pero no puede prometer asignársela a tal o cual legitimario, ni tampoco extender el pacto a la parte de libre disposición. Si así aconteciere, el contrato sería nulo absolutamente por objeto ilícito (artículos 1463 y 1682).

494. REQUISITOS DEL PACTO DE NO MEJORAR. El pacto de no mejorar supone la concurrencia de una serie de condiciones, sin las cuales carece de valor: *a)* Debe constar por escritura pública; *b)* solamente puede favorecer a ciertas personas; *c)* el beneficiario del pacto debe ser legitimario; *d)* el pacto debe tener sólo por objeto no disponer de la cuarta de mejoras, y *e)* debe existir el legitimario beneficiado al momento de la apertura de la sucesión.

495. EL PACTO DE NO MEJORAR ES SOLEMNE. La solemnidad de este pacto consiste en que debe otorgarse por escritura pública. Se trata de una formalidad exigida por la ley en consideración a la naturaleza del acto que se otorga y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o celebran. Su omisión producirá la nulidad absoluta del contrato (artículo 1682).

496. EL PACTO SOLAMENTE PUEDE FAVORECER A CIERTAS PERSONAS. La promesa de no disponer de la cuarta de mejoras sólo puede ser hecha a favor del cónyuge, de uno o más ascendientes o de uno o más descendientes. No podría ser hecha, por ejemplo, a favor de un hermano o un primo del causante. A ellos en nada les beneficia el acrecimiento de legítima rigorosa a efectiva, por la sencilla razón de que no son legitimarios.

497. EL BENEFICIARIO DEL PACTO DEBE SER LEGITIMARIO. No basta para los efectos del pacto de no mejorar que la persona beneficiada con él sea uno de los asignatarios de cuarta de mejoras, esto es cónyuge, ascendiente o descendiente del difunto, sino que es además necesario que al momento de otorgar el pacto tenga la calidad de legitimario. Así lo deja claro la frase del artículo 1204 "que a la sazón era legitimario", lo que implica que al momento de celebrarse el negocio el favorecido debe, en ese momento, tener el carácter de legitimario y no encontrarse excluido por la presencia de otros legitimarios de mejor derecho por aplicación de la regla del artículo 1183.

Si el futuro causante tiene hijos, cónyuge y ascendientes, este pacto lo podrá celebrar únicamente con todos o algunos de sus hijos o su cónyuge, pero no con sus ascendientes, quienes resultan excluidos por la presencia de otros legitimarios de mejor derecho. No tendría sentido otorgar el pacto en beneficio de quien no es legitimario, puesto que a esa persona no podría resultar favorecida ni con la legítima rigorosa ni con la efectiva.

498. EL PACTO DEBE TENER POR OBJETO NO DISPONER DE LA CUARTA DE MEJORAS. Como se ha dicho antes, el artículo 1204 es una verdadera excepción a la regla del artículo 1463, de allí que deba ser aplicada en forma restrictiva. Solamente es posible pactar con el beneficiario que no se dispondrá por testamento de la cuarta de mejoras, y no, por ejemplo, que ella se asignará a determinada persona, o que no se dispondrá de la cuarta de libre disposición: aquello no es válido.<sup>677</sup>

499. DEBE EXISTIR EL LEGITIMARIO BENEFICIADO AL MOMENTO DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN. No dice expresamente el artículo 1204 que el asignatario beneficiado con el pacto deba existir al momento de producirse la apertura de la sucesión, pero resulta necesario para que el pacto pueda producir sus efectos.

Si se favoreció con este pacto al cónyuge o a un ascendiente, y acontece que a la apertura de la sucesión ellos han muerto o el cónyuge dio lugar a la separación judicial por su culpa, el pacto no puede tener efectos.<sup>678</sup>

<sup>677</sup> Otras legislaciones admiten este pacto con mayor amplitud. Así por ejemplo el inciso primero del artículo 826 del Código Civil español señala que "la promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida". Como se aprecia, el pacto puede tener por objeto no solamente el no disponer de la cuarta de mejoras, sino que también puede tener como finalidad el mejorar a determinado heredero. Por eso dice ALBALADEJO que "la mejora no sólo puede *concederse*, sino *prometerse que se concederá a alguno o que no se mejorará a otros*" (*Curso...*, T. V, cit., p. 372).

<sup>678</sup> En este sentido explica RODRÍGUEZ que "puede ocurrir que este pacto se celebre con un legitimario que posteriormente pierda la calidad de tal o no exista al momento de abrirse la sucesión. Ello sucederá si

Sin embargo, si el pacto se otorgó en beneficio de un descendiente que es legitimario, la situación es distinta. El descendiente, como se sabe, puede concurrir en la sucesión del difunto personalmente o representado por su descendencia, lo que no acontece con el cónyuge sobreviviente y los ascendientes. Si el descendiente favorecido con el pacto ha fallecido antes de la apertura de la sucesión, quienes lo representen podrán beneficiarse del pacto que celebró su respectivo padre o madre que no pudo suceder.

500. EFECTOS DEL PACTO DE NO MEJORAR. En lo que hace a los efectos del pacto previsto en el artículo 1204; esto es, a los derechos y obligaciones que él genera, debe diferenciarse según el pacto es o no cumplido por el testador.

Si el convenio entre el futuro causante y el beneficiario del pacto es respetado; es decir, el causante no dispone de la cuarta de mejoras, se cumplirá naturalmente el objetivo buscado con la celebración del pacto. La cuarta de mejoras, en virtud de lo señalado en el artículo 1191, acrecerá a la mitad legitimaria y contribuirá a formar la legítima efectiva del beneficiario del pacto, pero también del resto de los legitimarios. En efecto, si se cumple el pacto, no solamente resulta favorecido el legitimario que lo suscribió, sino que todos los legitimarios, ya que aun cuando no concurrieron al otorgamiento del convenio, igual resultan beneficiados por el acrecimiento, no siendo posible su exclusión.

Por el contrario, si el causante no cumple el pacto, y dispone del todo o parte de la cuarta de mejoras, no se cumple naturalmente el objeto buscado con esta promesa. En este caso, la sanción no es la ineficacia de la disposición hecha por el testador, sino que el beneficiario del pacto tendrá derecho a que los asignatarios de la cuarta de mejoras le enteren lo que le habría valido el cumplimiento, a prorrata de lo que su infracción les aprovechará<sup>679</sup>. De esta forma, si al beneficiario con el pacto le hubiere correspondido \$ 1.000.000 por concepto de legítima rigorosa, pero \$ 1.500.000 como legítima efectiva, podrá dirigirse en contra del o

Continuación nota <sup>678</sup>

se celebra con el cónyuge y, posteriormente por ejemplo, se decreta el divorcio perpetuo o temporal por una causa que le es imputable, perdiendo su calidad de legitimario (artículo 1182). En tal caso, como es obvio, el pacto no surtirá efecto alguno, porque el cónyuge perderá la condición que le permitirá acceder a la mitad legitimaria. Por consiguiente, para que el pacto tenga efectos es necesario que el legitimario con el cual se celebró esta convención exista y conserve la calidad de tal al momento de abrirse a la sucesión. En otros términos debe existir el legitimario al momento de celebrarse el pacto y de abrirse la sucesión del causante" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 363).

<sup>679</sup> Es diferente en España, en dicho país por lo señalado en el inciso segundo del artículo 826, "la disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto".



los beneficiarios de la cuarta de mejoras, a fin de que le paguen los \$ 500.000 que habría obtenido si el causante hubiera cumplido su promesa.<sup>680</sup>

A diferencia del caso anterior, el único que puede ejercer este derecho es el beneficiario del pacto y no el resto de los legitimarios. Estos últimos solamente deberán conformarse con su legítima rigurosa, pero no podrán reclamar a los asignatarios de la cuarta de mejoras el pago de su legítima efectiva, posibilidad reservada solamente para el legitimario que haya sido favorecido con el pacto del artículo 1204 o para quienes lo representen en esa sucesión.

<sup>680</sup> MEZA BARROS lo explica de la siguiente forma: "Supóngase que el causante tenía tres hijos A, B y C. Prometió a A no disponer de la cuarta de mejoras y dispuso de ella totalmente a favor de B. A tiene derecho para demandar de B el tercio de la referida cuarta. Por ejemplo:

Acervo líquido o imaginario	\$ 120.000
Mitad legitimaria	\$ 60.000
Cuarta de mejoras	\$ 30.000
Cuarta libre de disposición	\$ 30.000

A tiene derecho a demandar de B lo que le habría correspondido si el causante no hubiera dispuesto de la cuarta de mejoras, o sea, la cantidad de \$ 10.000" (*Manual...*, cit., pp. 265 y 266).

## CAPÍTULO 41 DE LOS ACERVOS IMAGINARIOS EN GENERAL

501. ACERVO SOBRE EL QUE SE CALCULAN LAS LEGÍTIMAS Y LAS MEJORAS. El Código Civil, luego de regular las legítimas y mejoras, específicamente en lo que dice relación con su noción, beneficiarios, alcance y cuantía, crea un procedimiento para fijar las bases sobre las que ellas se calculan, o, si se quiere, establece un sistema por el que se fija el acervo sobre el que se determinan las legítimas y las mejoras. En otros términos, una vez establecido el alcance y la cuantía de estas asignaciones forzosas, se determina la base sobre la que ellas se calculan, configurándose así el acervo en el cual ellas deberán ser establecidas.

Como se explicó oportunamente, el patrimonio del causante pasa por distintas etapas dependiendo de las deducciones o agregaciones de las que sea objeto. Se distinguen de esta forma el acervo común o bruto, el acervo ilíquido, el acervo líquido o partible, el primer acervo imaginario o colación y el segundo acervo imaginario.

Para arribar al acervo líquido será necesario efectuar las deducciones a que se refiere el artículo 959 del Código Civil complementado por el artículo 4° de la Ley N° 16.271. Para obtener el primer acervo imaginario o colación será necesario efectuar las agregaciones previstas en el artículo 1185 y, finalmente, para conseguir el segundo acervo imaginario, será menester efectuar las agregaciones previstas en el artículo 1186.

En este orden de cosas, las legítimas y las mejoras pueden determinarse sobre el acervo líquido, o sobre el primer acervo imaginario, o sobre el segundo acervo imaginario, según los casos. Si no han existido donaciones a favor de legitimarios o extraños, ellas se calcularán sobre el acervo líquido. Si han existido donaciones en beneficio de legitimarios, estas asignaciones forzosas deberán determinarse sobre la base del primer acervo imaginario o colación. Por fin, si ha habido donaciones excesivas a favor de terceros, estas asignaciones forzosas deberán calcularse tomando como base el acervo líquido o el primer acervo imaginario según el caso. El primero de estos acervos siempre existirá; los otros solamente habrá que formarlos si existen donaciones del causante a favor de legitimarios o terceros.

Así pues, los acervos imaginarios no siempre estarán presentes. Normalmente sólo habrá lugar a la formación del acervo común o bruto, del ilíquido y del líquido. Sólo habrá lugar a la formación del primer y segundo acervo imaginario en la medida que hayan existido donaciones por parte del causante a favor de legitimarios o de extraños, que es, en definitiva, lo que determinará la necesidad de confeccionarlos.

Dispone el artículo 1184 que “la mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa”.

Las deducciones a que alude el precepto no son otras que las bajas generales de la herencia, y que permiten transitar desde el acervo ilíquido al acervo líquido o partible. Las agregaciones, en cambio, son las acumulaciones que deben efectuarse al acervo líquido, y que están representadas por el valor de las donaciones efectuadas por el causante o por la acumulación del exceso de ellas, según se trate de formar el primer o segundo acervo imaginario.

Por otro lado, dispone el artículo 1185 que “para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión”. Esta acumulación del valor de las donaciones en beneficio de los legitimarios del causante, dará lugar al denominado primer acervo imaginario o colación. En este caso, las legítimas y mejoras se calcularán sobre la base del acervo así determinado; es decir, debidamente incrementado por la agregación imaginaria del valor de estas donaciones.

Finalmente, el artículo 1186 señala que “si el que tenía a la sazón legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a la cuarta parte de la suma formada por este valor y el del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras”.

La agregación de este exceso al acervo líquido o al primer acervo imaginario, dará lugar a la formación del segundo acervo imaginario. En esta hipótesis las legítimas y las mejoras se calcularán sobre el acervo así reconstruido; esto es, aumentado por la acumulación imaginaria de lo excesivamente donado por el causante a favor de extraños.

502. DENOMINACIÓN. La denominación de acervos imaginarios, atribuida a MIGUEL LUIS AMUNÁTEGUI<sup>681</sup>, se ha prestado desde antiguo para las críticas de la doctrina. En general se ha estimado por los autores que la expresión “imaginario” supone algo que solamente tiene cabida en la imaginación y que, por consiguiente, no es real. Por lo mismo, no sería propio denominar a estos acervos como imaginarios, pues las acumulaciones que se efectúan para configurarlos serían efectivas y reales.

A este respecto señala FABRES que “más peligrosa aún, es la expresión *acervo imaginario*, empleada para significar la masa de bienes del difunto que ha recibido las acumulaciones que ordena la ley. *Imaginario*, en el sentido usual de la palabra, es lo que sólo tiene existencia en la realidad; y así se dice: *mal imaginario* el que sólo existe en la mente o fantasía del individuo. Sin embargo, el acervo a que nuestro Código da el calificativo de *imaginario*, es el más real y positivo, es el más cuantioso de los acervos, puesto que es aquel que ha recibido las acumulaciones. Llamar, pues, imaginario a este acervo, es una especie de paradoja (...) No obstante, el contexto del artículo nos revela que el legislador no ha incurrido en el defecto de tomar la palabra *imaginario* en el sentido que acabamos de atribuirle; y que con dicha palabra sólo ha querido significar el procedimiento que debe emplearse para formar el acervo. En efecto, la ley ha querido decirnos que la acumulación se hace agregando *valores*, no imaginarios sino reales y positivos, pero sin que se tomen físicamente las especies u objetos para unirlos a los otros bienes dejados por el difunto. La acumulación debe hacerse entonces en *números* o por medio de operaciones aritméticas; lo mismo que se hace con los créditos que deja el testador o el difunto, los cuales se computan numéricamente sin que haya necesidad de cobrarlos a los deudores. Podemos, entonces, decir que el legislador ha querido que las acumulaciones figuren en el acervo, del mismo modo que si fueran créditos personales del difunto o de la sucesión; a esta operación la llama *imaginaria*, y de aquí el epíteto de *imaginario* que da el acervo definitivo, que se halla en estado de dividirse en las distintas porciones determinadas por el artículo 1184”<sup>682</sup>.

<sup>681</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1022, y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 363.

<sup>682</sup> FABRES, J. C., *Obras completas*, T. II, *La porción conyugal según el Código Civil chileno*, Santiago, 1908, pp. 53 y 54. Sin embargo, hay autores que consideran esta denominación como correcta, pues, por una parte, en la especie existe una acumulación meramente numérica, intelectual o mental pero no material, y, por otra, el propio Código emplea la expresión “se acumularán imaginariamente” (Así RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 331). En el mismo sentido expresan DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que “con todo, el término acervo imaginario no es de tal impropiedad como se ha sostenido. Si con él se quiere

Esta operación de acumular las cosas que fueron donadas por el causante en el Derecho comparado se denominó colación, y que algunos autores en Chile utilizan para referirse específicamente al primer acervo imaginario. Expresa ALBALADEJO que "colación o traer a colación es la operación consistente en que lo que una persona recibió gratuitamente de otra en vida del que se lo dio, se cuente, sumándolo a la herencia que de éste queda al morir, y se impute en la porción sucesoria que corresponda al adquirente en dicha herencia, de forma que lo tome de menos de los bienes que el donante dejó a su fallecimiento".<sup>683</sup>

Continuación nota <sup>682</sup>

oponer la colación a la reducción de las donaciones, términos que son usuales en el Derecho comparado y que ya usaba el Proyecto español de 1851 (arts. 648 y 649). Se trata por lo demás de un concepto muy constante en la doctrina comparada, en especial cuando para la defensa de la legítima o de la reserva, se ha previsto una colación en valor, por compensación o por toma de menos (*rappori en valeur ou moins prenant* del Derecho francés) frente a una efectiva colación en especie (*rappori en nature*). Con dicha expresión se quiere insistir en la idea de que se trata de una mera agregación de valores aritméticos y no de bienes efectivos" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 1023). También se ha afirmado que "carecen de razón los que así piensan y no se fijan que el legislador no ha incurrido en el defecto de tomar la palabra imaginario en el sentido que ellos creen y esto se desprende el contenido mismo del artículo, y el legislador al emplear dicha palabra ha querido solamente significar el procedimiento que debe emplearse para formar el acervo. La ley ha querido decirnos que la acumulación se hace agregando valores, no imaginarios sino reales y positivos, pero sin que se tomen físicamente las especies u objetos para unirlos a los otros bienes dejados por el difunto. La acumulación se hace por consiguiente en número o por medio de operaciones aritméticas, lo mismo que se hace con los créditos que deja el testador o el difunto, los cuales se computan numéricamente sin que haya necesidad de cobrarlos a los deudores" (GONZÁLEZ A., R., *De la institución de las legítimas ante el Derecho Romano y ante nuestro Código Civil, y en especial de la formación de los acervos*, memoria, Santiago, 1919, p. 43).

<sup>683</sup> Cfr. *Curso...*, T. V, cit., p. 184. En igual sentido expresa PÉREZ LASALA que "la colación supone computar en la masa partible el valor de las donaciones que el causante le ha hecho en vida a un heredero forzoso que concurre con otros herederos forzosos, e imputar en su propia porción ese valor, para compensar a los demás herederos en bienes hereditarios equivalentes a los que le fueron donados al colacionante, es decir, al heredero donatario. La computación es una agregación o adición contable del valor de lo donado al caudal relicto. La imputación supone la aplicación del valor donado a la cuota hereditaria del colacionante. Por ejemplo, si un causante con dos herederos forzosos le ha donado a uno de ellos una cosa por valor de 1.000, y al morir deja 3.000, habrá que computar el valor donado al caudal relicto, lo cual sumará un total de 4.000. A cada heredero le corresponderá 2.000, pero como uno de ellos recibió en vida 1.000, se imputará ese valor a su porción, de manera que la parte del heredero colacionante estará formada por 1.000 de los bienes correspondientes al caudal relicto y 1.000 del valor colacionado" (*Curso...*, cit., p. 361).

El propio FABRES complementando su crítica a la expresión acervos imaginarios, señala que "en la legislación española esta operación de acumular o hacer acumulaciones, se llamaba colacionar o traer colación, y se efectuaba también en valores o por medio de operaciones aritméticas. Nuestro Código no ha alterado en nada la sustancia, sólo ha cambiado de terminología; y a la verdad que comprendemos la ventaja del cambio: colacionar en especie o *in natura*, se distingue sin dificultad de colacionar en valores o numéricamente, y esto es más lógico, más perceptible; en tanto que las frases colacionar o acumular efectiva o imaginariamente no presentan con tanta facilidad la misma distinción, pues la que aquí se llama acumulación imaginaria, es real y efectiva, y sólo tiene de imaginario el procedimiento, más no la sustancia o el resultado definitivo" (ob. cit., pp. 54 y 55).

503. LA FORMACIÓN DE ESTOS ACERVOS PROCEDE EN LA SUCESIÓN TESTADA Y EN LA INTESADA. Podría pensarse, en una primera aproximación, que siendo el objeto del primer y del segundo acervo imaginario la protección de las legítimas y las mejoras, su formación es únicamente procedente en la medida que la sucesión sea testada. Siendo las legítimas y las mejoras asignaciones forzosas (artículo 1167) habría que entender que ellas son asignaciones que el testador está obligado a hacer, y que si no las efectúa la ley las suple aun en perjuicio de disposiciones testamentarias expresas. Se trata de asignaciones típicas de la sucesión testamentaria, ya que, a fin de cuentas, son las que la ley impone al testador, representando una clara limitación a su libertad de testar.

Sin embargo, como se dijo en su momento, las asignaciones forzosas también tienen cabida dentro de la sucesión intestada. Lo que acontece es que ellas, en ese tipo de sucesión, pasan normalmente desapercibidas, por cuanto están comprendidas dentro de lo que el legislador asigna a las personas que llama en cada orden de sucesión, concretamente en el primero y en el segundo. Lo que en ellos se asigna a los descendientes, ascendientes y cónyuge, todos legitimarios, es más de lo que les correspondería como mínimo en una sucesión testada.

De esta forma, podría acontecer que en una sucesión intestada el causante vulnere la igualdad entre los legitimarios o la integridad de las legítimas y mejoras, mediante donaciones en beneficio de algún legitimario en particular o a favor de terceros. Si el causante ha hecho tales donaciones, a pesar de no haber testamento, de todas maneras se formarán estos acervos imaginarios, a fin de reconstruir, imaginaria o contablemente el patrimonio del causante, y una vez hecho, calcular allí el monto de las legítimas y las mejoras, para establecer, con este patrón, cuánto es en verdad lo que debiera haberles tocado a estos asignatarios. Como señala FABRES, el acervo imaginario debe formarse siempre que haya legitimarios "y que se forma de la misma manera en todos los órdenes de sucesión de legitimarios, sin distinción alguna, porque en realidad este acervo imaginario es el de que dispone el testador o la ley; y debe formarse, por consiguiente, tanto en la sucesión testada como en la intestada".<sup>684</sup>

<sup>684</sup> Ob. cit., p. 85.

CAPÍTULO 42  
DEL PRIMER ACERVO IMAGINARIO O COLACIÓN

504. CONCEPTO. Después de la reforma introducida por la Ley N° 19.585, dispone el artículo 1185 que “para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión”. Agrega su inciso segundo que “las cuartas antedichas se refieren a este acervo imaginario”.

En consecuencia, lo que ordena la norma es la colación o acumulación al acervo partible de las donaciones efectuadas por el causante a favor o beneficio de alguno o algunos de sus legitimarios. Por lo mismo, el primer acervo imaginario puede ser definido como el que se forma por la acumulación imaginaria al acervo líquido del valor de aquello que se haya donado por el causante a uno o más legitimarios en razón de legítima o mejora.

505. OBJETIVO. La finalidad de la formación de este primer acervo imaginario es la de mantener la igualdad entre los diferentes legitimarios. Es fácil comprender que el causante podría crear un serio desequilibrio entre los legitimarios por el expediente de efectuar donaciones a favor de alguno de ellos y no de los otros. Es posible imaginar que el causante, con el objeto de beneficiar a un legitimario en particular, por ejemplo una hija, le haga donación de parte de sus bienes, de suerte que al fallecer el donante, los bienes que queden en su patrimonio se repartan entre los legitimarios, incluida la hija donataria. De esta forma, lo que acontece en los hechos es que un legitimario, en este caso la hija, resulta claramente beneficiado en comparación al resto, al llevar una mayor parte del patrimonio del difunto. Por esta razón, es necesario recomponer el patrimonio del causante mediante la acumulación imaginaria del valor de lo que él donó a estos asignatarios forzosos, con el propósito de calcular las legítimas y las mejoras en el patrimonio así configurado.

Por ello dice BARROS ERRÁZURIZ que “se llama colación a la acumulación que se hace al acervo líquido, de las donaciones revocables e irrevocables hechas a los legitimarios, para ajustar entre ellos las legítimas a las proporciones de la ley”.<sup>685</sup>

Ahora bien, este sistema de acumulaciones imaginarias resultaría en verdad insuficiente si no se encontrara debidamente complementado con un sistema de imputaciones. El sistema chileno funciona globalmente de la siguiente forma: primero se hacen las acumulaciones imaginarias de todas las donaciones al acervo partible. Luego, sobre el acervo de esta manera determinado, se calculan las legítimas y mejoras de cada asignatario. Finalmente, a la legítima y mejora de cada asignatario se le imputa lo que este asignatario recibió por concepto de donación.

Mediante este expediente se mantiene el equilibrio entre los legitimarios. De no existir estas imputaciones, no habría bienes suficientes en la masa hereditaria como para pagar las legítimas y mejoras, puesto que ellas han sido calculadas sobre una masa imaginaria, en la que se han considerado valores que en verdad no están en el patrimonio del causante.

Lo anterior explica que el inciso primero del artículo 1198 disponga que “todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora”.

Es por lo mismo que todas las cosas que resulten imputables a las asignaciones forzosas deben ser previamente acumuladas al acervo partible, puesto que todo lo que resulta acumulable a este acervo posteriormente deberá ser imputado a lo que el asignatario lleve por concepto de legítima o mejora.

506. REQUISITOS. Para que se forme el primer acervo imaginario o colación, es necesario que concurren tres condiciones: *a)* primero es necesario que, al tiempo de abrirse la sucesión, existan legitimarios; *b)* segundo, es también menester que el causante haya hecho donaciones a alguno de los que son sus legitimarios, y *c)* tercero, es también necesario que las donaciones efectuadas al legitimario lo hayan sido a título de legítima o mejora.

507. PRESENCIA DE LEGITIMARIOS A LA DELACIÓN DE LA HERENCIA. La primera condición, esto es, la presencia de legitimarios al momento de la delación de la herencia, es obvia. La finalidad de la formación de este acervo es proteger la igualdad de los legitimarios entre sí, de modo que si no hay legitimarios la formación

de este acervo carece de sentido. Da lo mismo quiénes sean estos legitimarios; puede ser el cónyuge, los descendientes o los ascendientes del causante, en la medida que tengan la calidad de legitimarios al día en que se efectúan las donaciones.<sup>686</sup>

508. OTORGAMIENTO DE DONACIONES EN FAVOR DE UNO O MÁS LEGITIMARIOS. En segundo término, es también necesario para que se forme este primer acervo imaginario, que el causante haya efectuado donaciones en beneficio de uno o más de sus legitimarios. Es precisamente esta circunstancia la que puede generar diferencias patrimoniales entre ellos.

Puede acontecer que al momento en que el donante hace la donación, el donatario no tenga la calidad de legitimario, pero que la adquiera después. En este caso, se desprende del inciso primero del artículo 1200, que la donación resultará acumulable en la medida que esa persona adquiera el carácter de legitimaria. Dice el precepto que “si se hiciera una donación, revocable o irrevocable, a título de legítima, a una persona que no fuere entonces legitimaria del donante, y el donatario no adquiriere después la calidad de legitimario, se resolverá la donación”. A *contrario sensu*, si el donatario adquiere después la condición de legitimario, la donación no se resuelve y debe ser acumulada al acervo partible.

Asimismo, si se hace una donación a un legitimario, y éste posteriormente pierde dicha calidad, la donación deberá acumularse a las legítimas de quienes lo representen en la sucesión del difunto. Disponen a este respecto los incisos segundo y tercero del artículo 1200 que se resolverá la donación si se hubiere hecho a título de legítima, al que era entonces legitimario, pero después deje de serlo por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación o por haber sobrevenido otro legitimario de mejor derecho. Si el donatario ha llegado a faltar de cualquiera de esos modos, las donaciones imputables a su legítima se imputarán a la de sus descendientes. Si no tiene descendencia con derecho a representarla, su porción acrece a la del resto de los legitimarios (artículo 1190).

En sentido semejante señala el artículo 1201 que “se resolverá la donación revocable o irrevocable que se hiciera a título de mejora a una persona que se creía descendiente o ascendiente del donante y no lo era”. Al resolverse la donación ella no es acumulable al acervo partible. “Lo mismo sucederá si el donatario, descendiente o ascendiente del donante, ha llegado a faltar por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación”. “También se resolverá la donación revocable que se hiciera a título de mejora a una persona que se creía cónyuge y no lo era, o si ha

<sup>685</sup> Ob. cit., p. 599.

<sup>686</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1033; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 365 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 332.

llegado a faltar por incapacidad, indignidad o repudiación". En estos casos, no es posible que el que falta a la sucesión sea representado por su descendencia. El derecho de representación opera solamente cuando se aplican las reglas de la sucesión intestada, y en este caso se trata de la asignación de la cuarta de mejoras, la que, como es obvio, no admite representación. Por lo demás, si el que falta es el cónyuge o un ascendiente, mucho menos habrá lugar a la representación, habida cuenta que ese tipo de relaciones de familia no admiten el derecho de representación sucesoria.

509. LAS DONACIONES DEBEN SER A TÍTULO DE LEGÍTIMA O MEJORA. Resulta claro, a la luz del artículo 1185, que para formar el primer acervo imaginario sólo se acumulan al acervo partible las donaciones "hechas en razón de legítimas o mejoras". Sin embargo, como la ley no lo explicita, no está tan claro qué es lo que debe entenderse por donaciones efectuadas en razón de legítimas o mejoras.<sup>687</sup>

En primer lugar deben entenderse efectuadas en razón de legítimas las donaciones que el causante hizo a un legitimario. La ley las entiende como adelanto de lo que al legitimario corresponde por legítima. A este respecto dispone el artículo 1198 que, por regla general, "todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora"<sup>688</sup>. Si bien ésta es una norma sobre imputaciones y no sobre acumulaciones, es aplicable en este proceso de cálculo imaginario, puesto que, como ya se ha señalado, el sistema de acumulaciones al acervo partible se complementa con uno de imputaciones a las legítimas y mejoras, de modo que las donaciones que se acumulan al acervo partible para el cómputo del acervo imaginario luego se imputan a lo que el asignatario beneficiado con la donación debe llevar en la herencia. Por lo mismo, lo que se imputa a la legítima según el artículo 1198 debió previamente ser acumulado imaginariamente al acervo partible según el artículo 1185. Así las cosas cualquier donación que el causante haya

<sup>687</sup> Según RAMOS, esto quiere decir, simplemente, que se trata de aquella asignación efectuada a una persona que al tiempo de abrirse la sucesión tenía la calidad de legitimario del donante (cfr. *Sucesión...*, cit., p. 124). CLARO SOLAR, por su parte, afirma que son las efectuadas a un legitimario sea con cargo a su legítima sea con cargo a mejora (cfr. ob. cit., T. 15, N° 1484, pp. 408 y 409).

<sup>688</sup> Sin embargo, por disposición del inciso segundo y del inciso tercero no se imputan a la legítima los gastos hechos para la educación de un descendiente, los que no se imputan a ninguna asignación que le corresponda al descendiente y tampoco se imputarán los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre.

hecho a un legitimario, es una donación hecha "en razón de legítima", ya que esa donación se va a imputar posteriormente a lo que a dicho asignatario le corresponda por concepto de legítima en la sucesión del causante.<sup>689</sup>

Por otro lado, de acuerdo a lo dicho en los artículos 1198 y 1203, deben entenderse hechas en razón de mejoras las donaciones efectuadas a un legitimario en las que el propio donante o causante señaló que se hicieron con cargo a la cuarta de mejoras.<sup>690</sup> Dispone a este respecto la parte final del citado artículo 1198.1, que las donaciones se imputarán a la legítima del legitimario, "a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora". La misma regla se desprende del artículo 1203, que señala que "los desembolsos hechos para el pago de las deudas de un legitimario, que sea descendiente, se imputarán a su legítima; pero sólo en cuanto hayan sido útiles para el pago de dichas deudas". "Si el difunto hubiere declarado expresamente por acto entre vivos o testamento ser su ánimo que no se imputen dichos gastos a la legítima, en este caso se considerarán como una mejora". "Si el difunto en el caso del inciso anterior hubiere asignado al mismo legitimario a título de mejora alguna cuota de la herencia o alguna cantidad de dinero, se imputarán a dicha cuota o cantidad; sin perjuicio de valer en lo que excedieren a ella, como mejora, o como el difunto expresamente haya

<sup>689</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1043 y 1044; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 247 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 367 y 368.

<sup>690</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1478, p. 398 y DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1043 y 1044.

Cabría preguntarse por qué razón la ley también ordena la acumulación de las donaciones a título de mejora, en circunstancias que si el objeto del primer acervo imaginario es proteger la igualdad entre los legitimarios, nada impide que el causante asigne toda o parte de la cuarta de mejoras a un legitimario, rompiendo la igualdad que entre ellos establece la ley. Pero lo que acontece en estos casos es que si no se hiciera la acumulación de las donaciones hechas en razón de mejoras, la igualdad entre legitimarios quedaría rota. Imagínese el caso de un causante con un patrimonio de 200, con dos legitimarios, que en vida hizo una donación de 50 a uno de ellos con cargo a mejora. Cuando fallece el donante deja un patrimonio de 150. Si la acumulación de lo donado no se hace, ocurre que esos 150 deberán ser divididos de la siguiente forma: 75 para legítimas, 37,5 para mejoras y 37,5 para la parte de libre disposición. Luego cada legitimario llevará por concepto de legítimas y mejoras la cantidad de 56,25 (75 + 37,5 : 2). Si se suman esos 56,25 a los 50 que el legitimario recibió por donación a título de mejora ocurre que él lleva en total 106,25. Se cuestionará entonces que esa misma donación que se le hizo al legitimario, podría haberle sido hecha en el testamento bajo la fórmula de mejora, pero acontece que, en ese evento, la porción de mejora sería inferior. En efecto, si el caudal es de 200, la cuarta de mejoras asciende a 50. Por consiguiente ese legitimario llevaría en total solamente 100, los 50 que le corresponden en la mitad legitimaria y los 50 que lleva por mejora. En consecuencia, resulta que en el primer caso, a título de legítimas, mejoras y donación lleva 106,25, y en este segundo caso lleva solamente hasta 100. A fin de evitar estos desajustes se explica que lo que se dona a título de mejora a un legitimario deba ser acumulado al acervo líquido.

ordenado". De todo esto se desprende que lo que se dona al legitimario con cargo a mejora, primero se acumula al acervo líquido o partible para formar el primer acervo imaginario, y luego, en el proceso de pago de legítimas y mejoras, se le imputa a lo que al legitimario corresponda en la sucesión.

Por el contrario, si el causante efectúa donaciones en favor de un legitimario pero con cargo a la parte de libre disposición, no procede su acumulación a los efectos de formar el primer acervo imaginario. Ellas no pueden entenderse efectuadas ni en razón de legítimas ni de mejoras. Esto porque a su respecto en nada incide la calidad de legitimario del donatario; perfectamente pudieron ir tales donaciones en beneficio de un extraño, las que nunca podrían considerarse hechas en razón de legítimas o mejoras. Sin embargo, es posible que las donaciones hechas a un legitimario con cargo a la cuarta de libre disposición, den lugar a la formación del segundo acervo imaginario, si se dan los demás requisitos para ello, en la medida que desde este punto de vista el donatario ocupa la misma calidad que tendría un tercero extraño que no tiene el carácter de legitimario.<sup>691</sup>

De todo lo anterior resulta que se acumularán al acervo líquido todas las donaciones efectuadas a un legitimario sea que nada haya dicho el causante, sea que haya declarado que la donación se hizo con cargo a mejoras; y no se acumularán, en cambio, las donaciones efectuadas a un legitimario habiendo señalado el causante que ellas se hicieron con cargo a la parte de libre disposición.

Ahora bien, zanjada la cuestión de las donaciones hechas a legitimarios, cabe preguntarse si se acumulan también al acervo partible las donaciones hechas por el causante a un asignatario de mejora que no es legitimario, ya que, mal que mal, la donación beneficia a un potencial asignatario de mejora y podría pensarse que es una donación hecha "en razón de mejora". En opinión de MEZA BARROS, seguida en la primera edición de esta obra, la respuesta es afirmativa, por lo que ellas debieran acumularse. Explica el señalado profesor que "cuando la donación se hace a un descendiente no legitimario, no puede haber dificultades: la donación deberá entenderse necesariamente a título de mejora. La donación a un nieto cuyo padre vive y puede y quiere suceder, tiene que entenderse hecha a este título".<sup>692</sup>

Sin embargo, un enfoque más reflexivo y adecuado de la cuestión hace dudar de que si el causante hizo una donación a un asignatario de mejoras, que no es a

la vez legitimario, resulte justificado que ella deba acumularse al acervo partible a los efectos de computar las cuartas a que alude el artículo 1184.

Como se expuso antes, el sentido del primer acervo imaginario es evitar el perjuicio que se puede ocasionar a uno de los legitimarios producto de las donaciones que el causante haya hecho a otros legitimarios<sup>693</sup>. Si uno de ellos ha recibido donaciones del causante y no los otros, es claro que el legitimario que es además donatario concurre en mejor situación en la sucesión, por cuanto tendrá las donaciones que recibió del *de cuius* más lo que le corresponde en la herencia por concepto de legítima. Pero este desequilibrio entre legitimarios no se produce si las donaciones se han hecho en beneficio de personas que, a pesar de ser potenciales asignatarios de mejora, no son legitimarios. En este caso todos los legitimarios concurrirán en iguales condiciones respecto de sus legítimas; ninguno de ellos habrá sido beneficiado o perjudicado con relación a los otros por las donaciones a favor de asignatarios de mejoras no legitimarios. Por esto, y como se dijo en el número precedente, para que se forme el primer acervo imaginario es necesario que existan donaciones a favor de uno o más legitimarios, pues si la donación no es a un legitimario no se produce el desequilibrio patrimonial que entre ellos se quiere evitar. Por otro lado, y como se dijo en su momento<sup>694</sup>, la mejora no se presume, requiere de una declaración del testador en el sentido que la asignación se hace a ese título. De suerte que si el causante nada ha dicho a este respecto no puede suponerse que por el solo hecho de donarse alguna cosa a un potencial asignatario de mejora que no es legitimario, dicha donación deba entenderse "en razón de mejora". Eso sería tanto como presumir que el causante ha querido mejorar a un asignatario sin haberlo declarado así en ninguna parte, lo que contraría la regla según la cual la mejora no debe presumirse.

Con todo, y al igual como acontece con las donaciones hechas a legitimarios, es posible que las que se hacen a un eventual asignatario de mejoras que no es legitimario, den lugar a la formación del segundo acervo imaginario, que es el que se forma no para evitar el perjuicio a un legitimario frente a donaciones a otro legitimario, sino que el que se configura para proteger la integridad de las legítimas de las donaciones efectuadas a quienes no son legitimarios. Esto sucede porque el asignatario de mejoras que ha recibido una donación, y que no es legitimario, tiene la misma calidad que ocuparía un extraño en la sucesión, por lo que si las donaciones son excesivas podrían comprometer la integridad de las legítimas.

<sup>691</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1043; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 367 y 368 y RDJ, T. 46, p. 1.

<sup>692</sup> *Manual...*, cit., p. 249.

<sup>693</sup> V. *supra* No 505.

<sup>694</sup> V. *supra* No 488.

¿Y qué ocurre si el causante ha declarado que la donación que hace a un asignatario de mejora que no es legitimario, la hace con cargo a mejora? ¿Debe o no acumularse imaginariamente dicha donación al acervo partible a los efectos de formar el primer acervo imaginario? La cuestión es dudosa. En este caso resulta clara la intención del testador de mejorar al asignatario, por lo que la respuesta debiera ser positiva. Si el testador le ha otorgado la calidad de imputable debiera estarse a ello y por lo mismo debiera acumularse. Sin embargo, parece que tal conclusión tampoco se aviene con el sentido del primer acervo imaginario, cual es mantener la igualdad entre los legitimarios. Si bien es cierto el propósito de mejorar es claro, no es menos cierto que el equilibrio entre legitimarios no resulta alterado por la existencia de esta donación, ya que ninguno de ellos llevará más o menos que los otros por el hecho de que el causante haya donado algo a quien no es legitimario, aunque lo haya hecho con cargo a mejoras. El beneficiario no es un legitimario sino que sólo un asignatario de mejora, por lo que la donación que lo favorece no tiene la virtud de generar un desajuste entre los que sí son legitimarios. Podrá oponerse que si se hacen estas donaciones y no se acumulan la cuantía de la legítima resultará afectada; pero para evitar eso, como se ha dicho, no está el primer acervo imaginario, sino que el segundo. Por la formación de este último se protege a los legitimarios de donaciones excesivas efectuadas a terceros. De suerte que si las donaciones a favor de no legitimarios existieran, ellas debieran ser tenidas en cuenta no para los efectos del primer acervo imaginario sino que para la formación del segundo.

510. LA ACUMULACIÓN DE LAS DONACIONES REVOCABLES. Gran controversia doctrinaria ha suscitado la inclusión de las donaciones revocables en el artículo 1185. El estatuto que a ellas les otorga el Código Civil ha puesto en tela de juicio que puedan ser en verdad acumuladas al acervo líquido para los efectos de la construcción del primer acervo imaginario. Las opiniones transitan desde los que creen que ellas siempre deben acumularse hasta los que piensan que jamás debe hacerse, sin faltar los que consideran que tal acumulación queda condicionada a la circunstancia de que los bienes donados hayan sido efectivamente entregados por el donante al donatario.

En efecto, de conformidad a lo señalado en el artículo 1136, "donación revocable es aquella que el donante puede revocar a su arbitrio" y son lo mismo que una donación por causa de muerte. Ellas se oponen a las donaciones entre vivos, que son lo mismo que donación irrevocable.

Por otro lado, según el artículo 1140.1, "por la donación revocable, seguida de la tradición de las cosas donadas, adquiere el donatario los derechos y contrae las

obligaciones de usufructuario", y según el artículo 1141, "las donaciones revocables a título singular son legados anticipados, y se sujetan a las mismas reglas que los legados", y "si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable".

De esto se desprende que el donatario de una donación revocable no se hace dueño de las cosas que le son donadas mientras el causante no haya fallecido, sino que sólo adquiere el usufructo de aquellas cosas. Adquirirá el dominio de ellas una vez que fallezca el donante sin haber revocado la donación. A este respecto señala el artículo 1144 "las donaciones revocables se confirman, y dan la propiedad del objeto donado, por el mero hecho de morir el donante sin haberlas revocado, y sin que haya sobrevenido en el donatario alguna causa de incapacidad o indignidad bastante para invalidar una herencia o legado; salvo el caso del artículo 1137, inciso 2º".

A partir de lo anterior, y dentro del espectro doctrinario, la mayor parte de la doctrina opina que las donaciones revocables, a pesar de lo dicho en el artículo 1185, no deben ser acumuladas para los efectos de la conformación del primer acervo imaginario<sup>695</sup>. No es que las donaciones por causa de muerte no se consideren, sino que técnicamente no cabe colacionarlas. La razón es que los bienes donados en forma revocable no han salido del patrimonio del causante, y siguen, por ello, figurando en el acervo líquido, no pudiendo ser traídas a colación y agregarlas, ya que ello implicaría que sean tenidas en cuenta dos veces. Explica FABRES que las cosas donadas revocablemente "no están fuera del patrimonio del difunto, sino que por el contrario, forman parte del acervo o masa de bienes que deja al difunto al tiempo de su muerte. Sabido es que las donaciones revocables no confieren al donatario, durante la vida del donante, la propiedad de la cosa donada, sino que sólo el derecho de usufructo (artículo 1140), y de usufructo precario; lo que implica forzosamente que la nuda propiedad queda en el patrimonio de donante, y forma parte de él al tiempo de su muerte".<sup>696</sup>

<sup>695</sup> Señala MEZA BARROS que "los bienes donados revocablemente permanecen en el patrimonio del donante, aunque éste haga entrega en vida al donatario de tales bienes. La entrega de las cosas donadas otorga al donatario los derechos y obligaciones de usufructuario (...) la acumulación importaría considerarlos dos veces" (*Manual...*, cit., pp. 243 y 244). DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ afirman que "no es correcta la afirmación del art. 1185 en el sentido que han de colacionarse las donaciones revocables hechas a un legitimario, porque el valor de las cosas donadas está en el patrimonio del donante y, por lo tanto, integrado en el acervo líquido, de modo que no es posible volverlas a agregar" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 1037). En igual sentido CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1477, pp. 396 y 397 y FABRES, ob. cit., p. 74. Pareciera ser esta también la opinión de PINOCHET CONTRERAS, *Asignaciones forzosas*, cit., p. 116.

<sup>696</sup> Ob. cit., p. 74.



Por el contrario, SOMARRIVA entiende que solamente se acumulan al acervo partible las donaciones revocables en la medida que los bienes donados hayan sido entregados al donatario. Sostiene el autor que "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 en la masa de bienes, y por esta razón deberán acumularse a ella (...) El texto mismo de la ley no permite otra interpretación, pues dice que las donaciones se acumulan según el estado de las cosas donadas al tiempo de la "entrega", lo cual indica claramente que el legislador discurre sobre la base de haber sido entregadas las cosas donadas al donatario en vida del donante: De no ser así, las cosas donadas están material y jurídicamente en el patrimonio del causante y no procede acumulación de ninguna especie".<sup>697</sup>

En cambio, estima RODRÍGUEZ que las opiniones anteriores no son correctas, puesto que siempre se impone la acumulación al acervo partible de todas las donaciones en razón de legítimas o mejoras, sean ellas revocables o irrevocables. Sostiene este autor que "las donaciones revocables que se hacen en razón de legítimas y mejoras salen del patrimonio del causante, en el cual transfiere el dominio de las cosas comprendidas en ellas al donatario. Ello se deduce claramente de lo previsto en el artículo 1146 del Código Civil, que después de reglamentar las donaciones revocables de la manera que queda dicha, agrega: 'Las disposiciones de este párrafo, en cuanto conciernen a los asignatarios forzosos, están sujetas a las excepciones y modificaciones que se dirán en el título 'De las asignaciones forzosas'. Si el legislador anticipa que estas donaciones serán objeto de modificaciones y excepciones al tratar las asignaciones forzosas, y el artículo 1185 dispone que ellas se acumulan 'según el estado en que hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de entrega' es porque dichos bienes han salido del patrimonio del donan-

<sup>697</sup> *Derecho sucesorio*, cit., pp. 366 y 367. De la misma forma sostiene este autor que deben acumularse al acervo partible los legados, cuando el causante los haya entregado en vida al legatario, puesto que de conformidad al artículo 1141, si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable (pp. 369 y 370). Parece ser ésta también la nueva opinión de PINOCHET CONTRERAS cuando sostiene que "el art. 1185 ordena acumular imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas al tiempo de la entrega. En consecuencia, las cosas donadas revocablemente a los legitimarios, que no se entregan al donatario en vida del donante, no se acumulan al acervo de ningún modo". Agrega que "las donaciones revocables entregadas al donatario antes de morir el donante, pasan *ipso iure* al patrimonio del donatario, y después, cuando hay que computar las cuartas del art. 1184, se efectúa la operación de acumularlas imaginariamente al acervo líquido" (PINOCHET CONTRERAS, O., *La porción conyugal, las legítimas y los acervos imaginarios*, Santiago, 1965, p. 104).

te y se incorporan al patrimonio del donatario. Agréguese a lo anterior el hecho de que el artículo 1198 ordena que 'todos los legados, todas las donaciones revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenían entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en el legado o la donación ha sido hecha a título de mejora'. O sea, hay una norma expresa que ordena la acumulación como si la cosa fuere del donatario y otra norma, también expresa, que reconociendo este dominio ordena imputar esta donación a la legítima del donatario. ¿Qué duda cabe, entonces, que la donación revocable, cuando ella se hace a un legitimario, sale del patrimonio del causante, debiendo imputarse después, al momento de la apertura de la sucesión, a su legítima?".<sup>698</sup>

511. BENEFICIARIOS DEL PRIMER ACERVO IMAGINARIO. La determinación de quiénes resultan favorecidos con el incremento que experimenta el acervo líquido por la acumulación de lo donado a los legitimarios por el causante, es una cuestión que también ha dado lugar a interpretaciones distintas.

La cuestión se suscita porque el artículo 1185 establece que esta acumulación se efectúa "para computar la cuartas de que habla el artículo precedente"; esto es, las dos cuartas que conforman la mitad legitimaria, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición. De esta forma, acontecería que la acumulación imaginaria beneficia a todos los asignatarios, tanto los legitimarios como los asignatarios de mejoras e incluso los asignatarios de la cuarta de libre disposición.

El problema es que el artículo 1199 señala que "la acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en razón de legítimas o de mejoras, para el cómputo 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". La última frase del precepto, lleva a concluir, contrariamente a lo antes señalado, que la acumulación de las donaciones efectuadas por el causante en beneficio de los legitimarios, solamente beneficiará a los asignatarios de las legítimas y las mejoras, pero nunca a los que lo sean de la parte de libre disposición.

La mayoría de nuestros autores coincide en que la acumulación al acervo líquido de lo donado por el causante a uno o más legitimarios sirve para determinar no sólo el monto de la mitad legitimaria, y de la cuarta de mejoras, sino que también la cuarta de libre disposición, las que no serán calculadas solamente sobre la base del acervo líquido sino que sobre la base del primer acervo imaginario. De esta forma tanto los asignatarios de legítimas y mejoras como los de la parte de libre disposición resultan beneficiados con el aumento contable del acervo líquido.

<sup>698</sup> *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 332 y 333.

En general, los autores hacen primar la regla del artículo 1185 según la cual la acumulación de las donaciones al haber relicto se debe hacer para "computar las cuartas" a las que se refiere el artículo 1184, y que no son otras que las dos cuartas que conforman la mitad legitimarias, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición. A este respecto sostienen los DOMÍNGUEZ, que "nos parece de toda evidencia y sin lugar a mayores discusiones que la acumulación de donaciones irrevocables, hechas en vida por el causante a un legitimario, sirve para determinar el *quantum*, tanto de la mitad legitimaria como la cuarta de mejoras, si procede, y el de la porción libremente disponible. En otros términos, la porción de legítima, la de mejora y la de libre disposición se calculan no sobre el patrimonio relicto, sino sobre dicho patrimonio aumentado por el *donatum* (...) No nos parece posible sostener que la colación de donaciones irrevocables sólo sirva para fijar la legítima y la porción de mejora, mas no la de libre disposición (...) No hay dos masas para calcular las asignaciones forzosas de legítima y mejora por un lado y la parte de libre disposición por el otro. El art. 1185 y el propio art. 1199 señalan claramente que la acumulación se hace para formar las cuartas, es decir, todas ellas. Aquél directamente y ésta, al referirse a él (...) Puede extrañar que el art. 1199 sólo haga referencia a las donaciones irrevocables y no a las revocables, no obstante que el art. 1185 ordena acumular ambas. Pero según se dijo, las donaciones irrevocables son las únicas que efectivamente han de agregarse a lo relicto, pues los bienes donados revocablemente están en dicho patrimonio al morir el causante. De allí que el art. 1199 haga referencia sólo a aquéllas y no a éstas".<sup>699</sup>

Si se acepta esta solución ¿cómo explicar el artículo 1199 que ordena que la acumulación de las donaciones no aproveche a los asignatarios que lo sean a otro título que de legítima o mejora? Existe acuerdo entre los defensores de esta solución, que estos asignatarios, que no lo son a título de legítima y mejora, se benefician con el aumento contable que experimenta el acervo ilíquido, y su porción deberá calcularse sobre el acervo así incrementado. Pero ellos, por no ser los legi-

<sup>699</sup> *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1063, 1064 y 1065. En igual sentido RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 338 a 340. Sostiene FABRES en esta línea que "no podemos sostener que la acumulación de las dichas donaciones irrevocables, no aproveche en ningún sentido a los asignatarios que lo son a otro título que el de legítima o mejora: el dar tal significado al artículo 1199, nos conducirá a consecuencias de todo tipo inaceptables; y felizmente la letra de la ley nos permite darle una interpretación racional y justa, que mantenga la armonía de las diversas disposiciones del Código sobre la materia (...) Esto es lo que llamamos provecho de *computación* o de *cuantía*, por cuanto el provecho consiste en que se aumente el caudal o el valor de la asignación (...) En consecuencia, y usando de la fórmula ya expresada, el artículo 1199 no priva (...) a los otros asignatarios del provecho de *computación* o de *cuantía* en la acumulación de las donaciones irrevocables hechas a legitimarios; sólo les priva del provecho de *solución* o de *pago*" (ob. cit., pp. 106, 109, 110 y 111).

timados de la colación, no pueden ni pedirla ni beneficiarse para el pago de sus respectivas asignaciones, es decir, no pueden pagarse sus asignaciones con el valor de dichas acumulaciones. Su único provecho radica, en verdad, en que como las donaciones que se acumularon se imputarán a la legítima o mejora del donatario, acontecerá que la colación impedirá que las asignaciones con cargo a la parte de libre disposición resulten mermadas, al no verse de esta forma afectados los bienes asignados por el causante a la parte de libre disposición. Si esta imputación no existiere, ocurriría que los legitimarios, al no haber bienes suficientes en la herencia para el pago de todas las legítimas y mejoras, tendrían que pagarse con los bienes asignados por el causante con cargo a la parte de libre disposición, cosa que la colación y posterior imputación impiden, y le permiten a estos asignatarios de la cuarta de libre disposición, mantener intactas sus asignaciones.<sup>700</sup>

Por el contrario, SOMARRIVA entiende que solamente aprovecha a la parte de libre disposición la acumulación de las donaciones revocables, pero no las de las irrevocables. Cree el autor que la letra del artículo 1199 impide completamente sostener que la acumulación de las donaciones irrevocables pueda beneficiar a los asignatarios de la parte de libre disposición. Esta acumulación solamente aprovecharía a los legitimarios y mejoreros y a nadie más; "pero como el precepto se refiere únicamente a las donaciones irrevocables, quiere decir que respecto de las revocables recupera su vigor el argumento del art. 1185; en consecuencia, la acumulación de las donaciones revocables beneficiará a la cuarta de libre disposición".<sup>701</sup>

<sup>700</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1073. Explica FABRES que "la acumulación de lo donado irrevocablemente en razón de legítimas o de mejoras, no aprovecha a los acreedores hereditarios"; y después agrega: "ni a los asignatarios que lo sean a otro título que el de legítima o mejora (...) De manera que aquello en que no aprovecha la acumulación a los acreedores hereditarios, es exactamente aquello en que no se aprovecha la misma acumulación a los asignatarios; la privación de provecho es, en el sentido de la ley claramente expresado, en un todo igual para los unos y para los otros; no sería lógico hacer diferencia alguna entre ellos (...) Es así que a los acreedores hereditarios no se puede privar de otro provecho que el de *solución* o de *pago*; luego, la ley no ha querido privar a los asignatarios de otra clase de provecho (...) El artículo 1199 puede traducirse en estos términos: "Los acreedores hereditarios no pueden no pueden pagarse de sus créditos con las donaciones irrevocables hechas a los legitimarios; y los asignatarios que lo sean a otro título que el de legítima o de mejora, tampoco pueden pagarse de sus asignaciones con dichas donaciones. Sólo los asignatarios de legítima o de mejora, tienen derecho a ser pagados con los bienes o valores de las expresadas donaciones si no hay en el acervo otros bienes de que echar mano". Tal es el significado que genuinamente se desprende de las palabras de la ley, y tal propósito que ella revela" (ob. cit., pp. 106, 111 y 112).

<sup>701</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 368.

Las consecuencias de seguir una u otra postura son ejemplificadas por MEZA BARROS de la siguiente forma:

El causante deja bienes por valor de \$ 60.000; en vida donó a su hijo Juan \$ 100.000 e instituyó un legado a favor de un extraño por \$ 30.000.

*Continúa nota*

512. LAS DONACIONES SE ACUMULAN EN VALOR Y NO EN ESPECIE. En Chile la acumulación de las donaciones no es en especie; esto es, los donatarios no tienen que acumular a la masa hereditaria los bienes que les fueron donados para que se proceda al cómputo de las legítimas y las mejoras. La acumulación en nuestro país es en valor; es decir, se agrega al acervo líquido el valor de las cosas donadas, pero ellas no se acumulan físicamente a la masa de bienes.<sup>702</sup>

El artículo 1185 señala que las donaciones se acumularán según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión.

La referencia a la actualización prudencial del valor de las donaciones a la época de la apertura de la sucesión, fue incorporada por la Ley N° 19.585. Hasta antes de ella la formación del primer acervo imaginario podía carecer de todo efecto práctico, ya que el fenómeno de la desvalorización monetaria producido entre la fecha de la entrega del objeto donado y la fecha de la apertura de la sucesión, podía hacer que el valor a colacionar fuere irrelevante. De allí que la doctrina reclamase su modificación.<sup>703</sup>

Continuación nota 701

Si no se practica la acumulación o ésta no beneficia en absoluto a la cuarta de libre disposición, ésta ascendería sólo a \$ 15.000. En cambio, practicada la acumulación, he aquí el resultado: acervo líquido \$ 60.000; donación irrevocable \$ 100.000; acervo líquido \$ 160.000; cuarta de libre disposición \$ 40.000.

El legado podrá pagarse íntegramente y, aún quedará un saldo de la cuarta de libre disposición.

Peró supóngase que el legado asciende a \$ 80.000, que excede de la cuarta disponible: El legatario no podrá pagarse íntegramente de su legado, carecerá de acción para reclamar que se le complete la asignación y, en suma perderá \$ 40.000.

Por este motivo, pues, influye la acumulación para determinar la cuantía de la parte disponible a que debe imputarse el legado, pero no alcanza el provecho a su pago o solución.

Si se estima que la parte de libre disposición no aprovecha en absoluto de la acumulación, el cálculo sería el siguiente: acervo líquido \$ 60.000; donación irrevocable \$ 100.000; acervo imaginario; \$ 160.000; mitad legítima \$ 80.000; cuarta de mejoras \$ 40.000; cuarta de libre disposición \$ 40.000.

La cuarta de libre disposición se habría aumentado indebidamente en \$ 25.000 que deben distribuirse entre la mitad legítima y la cuarta de mejoras a que sólo aprovecharía la acumulación y resultaría: mitad legítima \$ 96.666,66; cuarta de mejoras \$ 48.333,33; cuarta de libre disposición \$ 15.000,00; fracción que se desprecia \$ 1; Total: \$ 160.000,00 (*Manual...*, cit., pp. 278 y 279).

<sup>702</sup> Esto no siempre ha sido así. Explica PÉREZ LASALA que en "el derecho romano, el desplazamiento era crediticio; suponía para el colacionante la obligación de aportar la cosa donada al caudal relicto. En el derecho germánico, en cambio, se producía un desplazamiento real de lo donado a la masa partible, un tránsito dominical del donatario a la comunidad de los herederos forzosos" (*Curso...*, cit., pp. 363 y 364). La misma solución chilena es la más extendida hoy. Dispone el artículo 1045.1 del Código Civil español que "no han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino su valor al tiempo en que se evalúan los bienes hereditarios".

<sup>703</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ, *Las reformas...*, cit., pp. 121 y 122.

Paréceme razonable lo sostenido por RODRÍGUEZ en el sentido que la actualización que debe considerarse a estos efectos es la del valor en dinero de lo donado, y no las variaciones del valor intrínseco que pueda experimentar el objeto donado<sup>704</sup>. Esto implica que solamente debe considerarse la actualización monetaria, pero no pueden traerse a colación los cambios que haya experimentado el valor mismo del objeto donado. Si se ha donado un paquete accionario, cuyo valor a la fecha de la donación era de \$ 1.000.000, y a la fecha de la apertura de la sucesión vale \$ 10.000.000, por el alza en el valor de las acciones, lo que debe ser considerado a estos efectos es la suma de \$ 1.000.000 debidamente corregida por el índice de precios al consumidor, que puede ser harto menor a la suma de \$ 10.000.000.

513. LIBERALIDADES NO ACUMULABLES PARA LA CONFIGURACIÓN DEL PRIMER ACERVO IMAGINARIO. Si bien es cierto el artículo 1185 dispone que deben acumularse al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hay ciertas liberalidades que no se acumulan al patrimonio del causante para el cómputo de las cuartas a que se refiere el artículo 1184. Valga decir que estas liberalidades tampoco serán imputadas a lo que al asignatario le corresponda por concepto de legítima, por lo mismo, se volverá respecto de cada de ellos al tratar del pago de las legítimas y mejoras.

a) De conformidad al inciso segundo del artículo 1188, no se toman en cuenta a estos efectos los regalos moderados, autorizados por la costumbre en ciertos días y casos, ni los dones manuales de poco valor.

b) Tampoco son acumulables los regalos hechos a un legitimario descendiente del causante con ocasión de su matrimonio. Señala el artículo 1198.3 que no se tomarán en cuenta para dichas imputaciones los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre. Esto encuentra causa no sólo en las razones de orden social, sino en que estos regalos no se hacen con el propósito de aventajar a un legitimario por sobre los otros. Estos regalos son de estilo y se les hacen a todas las personas que se encuentran en esa situación. Por lo mismo, habría que concluir que estos presentes no serán acumulables en la medida que en su cuantía se encuadren dentro de lo que puede considerarse habitual. Si tales regalos resultan desproporcionados en atención a las fuerzas patrimoniales del causante, podrían ser colacionados.

c) Los gastos en que haya incurrido el causante con ocasión de la educación de un legitimario descendiente, tampoco son acumulables al acervo partible para el

<sup>704</sup> Cfr. *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 337 y 338.

cómputo de las legítimas y mejoras. Dispone el inciso segundo del artículo 1198 que “los gastos hechos para la educación de un descendiente no se tomarán en cuenta para la computación de las legítimas, ni de la cuarta de mejoras, ni de la cuarta de libre disposición, aunque se hayan hecho con la calidad de imputables”. Esta exclusión resulta obvia. Los gastos en que se incurren por este capítulo no pueden ser considerados una asignación por causa de muerte ni un beneficio para el legitimario, ellos son una obligación que la ley impone a los padres respecto de los hijos, y a falta de los padres a los abuelos.

d) De conformidad al artículo 1203.1 “los desembolsos hechos para el pago de las deudas de un legitimario, que sea descendiente, se imputarán a su legítima; pero sólo en cuanto hayan sido útiles para el pago de dichas deudas”. Como estos pagos se imputan a la legítima del asignatario, antes que ello también deben ser acumulados imaginariamente al acervo partible, pero sólo en la medida que hayan sido útiles. Si no lo han sido tales pagos no pueden ser acumulados.

e) No se acumulan tampoco al acervo partible para estos efectos, los frutos de las cosas donadas. De acuerdo a lo previsto en artículo 1205 “los frutos de las cosas donadas, revocable o irrevocablemente, a título de legítima o de mejora, durante la vida del donante, pertenecerán al donatario desde la entrega de ellas, y no figurarán en el acervo; y si las cosas donadas no se han entregado al donatario, no le pertenecerán los frutos sino desde la muerte del donante; a menos que éste le haya donado irrevocablemente y de un modo auténtico no sólo la propiedad sino el usufructo de las cosas donadas”.

## CAPÍTULO 43 EL SEGUNDO ACERVO IMAGINARIO

514. CONCEPTO. Las bases conceptuales del denominado segundo acervo imaginario están contenidas en los artículos 1186 y 1187. De acuerdo al primero “si el que tenía a la sazón legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a la cuarta parte de la suma formada por este valor y el del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras”. Por su parte, según el inciso primero del artículo 1187, “si fuere tal el exceso que no sólo absorba la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigurosas, o la cuarta de mejoras, tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios, en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por las más recientes”.

Como se advierte, se trata de una nueva hipótesis de acumulación. Esta vez lo que se acumula al acervo líquido o al primer acervo imaginario, según el caso, es el exceso de lo donado irrevocablemente por el causante a extraños. Si el *de cujus* no hizo donaciones en razón de legítimas o mejoras esta nueva acumulación se hará al acervo líquido. Pero si las hizo, primero se acumularán al acervo líquido esas donaciones para formar el primer acervo imaginario o colación; y, una vez hecho, a él se hará la acumulación prevista en el artículo 1187 para formar el segundo acervo imaginario. De esta manera, el segundo acervo puede ser definido como el que se formó mediante la acumulación imaginaria al acervo líquido o al primer acervo imaginario de lo excesivamente donado entre vivos por el causante a extraños.

515. OBJETIVO. La finalidad de la formación de este acervo es la protección de la integridad de las legítimas y las mejoras de los actos de disposición gratuitos del causante a favor de terceros. No se trata de impedirle la posibilidad de efectuar donaciones, ello siempre será posible como atribución propia derivada del derecho de dominio. El objeto, en este caso, es impedir que esa facultad que le reco-

noce el ordenamiento jurídico se ejerza de una manera tan abusiva que pueda redundar en el perjuicio de los derechos de las asignatarios forzosos. Es fácil entender que el causante podría deshacerse de todos sus bienes mediante donaciones en beneficio de terceros, con lo que las asignaciones forzosas, particularmente las legítimas y las mejoras, serían una mera ilusión.

Para evitar este perjuicio, la ley ordena que, a los efectos de computar las legítimas y las mejoras, se acumulen al acervo líquido o al primer acervo imaginario, según el caso, todo aquello que se considera donado en forma excesiva, para así salvaguardar estas asignaciones forzosas. En seguida, si aún así no fuere posible pagarlas, habida cuenta que los bienes existentes en la masa hereditaria son insuficientes, permite que las donaciones excesivas puedan ser dejadas sin efecto a instancias de los legitimarios o los asignatarios de mejora, en todo lo que sea necesario para pagarlas íntegramente.

516. REQUISITOS. Para que proceda la formación de este segundo acervo imaginario es necesario que: *a)* existan legitimarios a la fecha en que se hayan hecho las donaciones; *b)* que haya legitimarios al momento de producirse la apertura de la sucesión; *c)* que el causante haya hecho donaciones irrevocables a extraños, y *d)* que estas donaciones resulten excesivas.

517. EXISTENCIA DE LEGITIMARIOS A LA FECHA EN QUE SE HACEN LAS DONACIONES. El artículo 1186 comienza señalando que “si el que tenía a la sazón legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños...”. Esto implica que, al momento en que se efectúan las donaciones a favor de terceros, el causante debe haber tenido legitimarios. Da lo mismo quiénes son estos legitimarios: pueden ser sus ascendientes, descendientes o su cónyuge, la cuestión es que el causante debe tenerlos.

La exigencia resulta obvia. Como ya se ha dicho, la finalidad de este segundo acervo imaginario es la de proteger las legítimas, lo que hace natural que solamente proceda su formación en la medida que el donante haya tenido legitimarios. Si no los hubiere tenido, nada hace pensar que la donación pudiera perjudicar a quien no existe en ese momento. De esta forma, si a la fecha de la donación no hay legitimarios, pero después el causante llega a tenerlos, por ejemplo porque tiene hijos o contrae matrimonio, no es procedente la formación de este segundo acervo; tales donaciones no pudieron perjudicarlos en sus derechos.<sup>705</sup>

<sup>705</sup> Al respecto afirma BORDA que “la solución es justa. Supóngase un hombre soltero, dueño de una considerable fortuna; es dador, hace importantes donaciones. La ley no tiene por qué crearle obstáculos

518. ES NECESARIO QUE EXISTAN LEGITIMARIOS A LA APERTURA DE LA SUCESIÓN. La exigencia de que al momento de la muerte del causante haya legitimarios también está implícita en el artículo 1186. Este acervo se forma para computar las legítimas y las mejoras. Si no hay legitimarios al momento de la apertura de la sucesión no proceden estas asignaciones forzosas y, por lo mismo, este acervo no se configura.

Si lo anterior es pacífico, se ha discutido, en cambio, si los legitimarios que existen al momento en que se hacen las donaciones deben ser los mismos que concurren al momento en que se produce la apertura de la sucesión. Inicialmente los autores se inclinaron por la afirmativa. En este sentido sostuvo CLARO SOLAR, siguiendo la opinión de FABRES, que “son los legitimarios que existían a la sazón, según las palabras de la ley, los que pueden considerarse perjudicados con las donaciones excesivas que el donante haya hecho a personas no legitimarios: los que no existían en el momento de las donaciones no pueden invocar un perjuicio que no han podido sufrir; y esto basta a nuestro juicio como fundamento jurídico de la solución adoptada”.<sup>706</sup>

Sin embargo, no parece ser esto necesario, y no es tampoco la opinión de la doctrina más reciente, que viene considerando que no es condición de la formación de este segundo acervo imaginario, que los legitimarios que deben estar presentes a la época de la apertura de la sucesión sean los mismos que existían a la fecha en que las donaciones se hicieron. Así, por ejemplo, señalan DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que “no es requisito que los legitimarios que existan al tiempo de las donaciones sean los mismos que existían al tiempo de la apertura de la sucesión.

#### Continuación nota <sup>705</sup>

a su generosidad, en miras a la eventualidad de que más tarde tenga hijos; por lo demás, los donatarios que han recibido bienes de quien no tenía limitación para donar, han podido disponer de ellos, consumirlos. Si más tarde nace un hijo, sería injusto hacerles restituir lo que recibieron”. La misma solución la extiende el autor para el evento que el donante contraiga después matrimonio, “puesto que este acto es constitutivo de estado; y no sería posible que las liberalidades hechas por el causante quedaran afectadas por la acción del cónyuge cuyo título a la herencia es posterior a ella”. Distinto sería el caso, afirma, del hijo extramatrimonial que nació antes de que el causante efectuara la donación pero que fue reconocido después, pues “el reconocimiento voluntario o judicial de un hijo extramatrimonial es declarativo de estado; el título en el cual el hijo funda su acción es anterior a las donaciones, si nació antes que ellas se hicieran, aunque el reconocimiento sea posterior” (*Tratado...*, T. II, cit., pp. 120 y 121).

<sup>706</sup> Ob. cit., T. 15, Nº 1492, pp. 421 y 422. Sin embargo, a diferencia de FABRES, estima este último que tal solución no aplica si los legitimarios que habían a la fecha en que se efectuaron las donaciones era de dos clases distintas. Así, por ejemplo, si el causante tenía, al momento en que hizo las donaciones, descendientes y ascendientes, y fallecen todos los descendientes antes que el causante, sería procedente la formación del segundo acervo imaginario a favor de los ascendientes, aun cuando al momento en que se efectuaron las donaciones no hubieran tenido el carácter de legitimarios por haber sido excluidos por los descendientes, pues las donaciones que hizo el causante los perjudican a ambos (cfr. ob. cit., Nº 1495, p. 423).

La ley no lo exige y las razones para proteger las legítimas son las mismas, haya iguales legitimarios en los dos momentos, o los haya distintos, pudiendo los últimos ser incluso de mejor derecho".<sup>707</sup>

519. EL CAUSANTE DEBE HABER EFECTUADO DONACIONES IRREVOCABLES. El artículo 1186 restringe la acumulación a lo excesivamente donado de manera irrevocable. La frase "donaciones entre vivos" es de suyo indicadora a este respecto. Las donaciones revocables no se acumulan en la medida que ellas están dentro del patrimonio del difunto, de modo que se hace innecesario agregarlas.<sup>708</sup>

520. LAS DONACIONES, POR REGLA GENERAL, DEBEN SER EN BENEFICIO DE UN EXTRAÑO. La exigencia de que las donaciones sean en beneficio de un tercero está dada por el tenor literal del artículo 1186 que habla, precisamente, de "donaciones entre vivos a extraños", lo que obviamente excluye a los donatarios que sean legitimarios. Las donaciones que se hagan a estos últimos se acumulan para la formación del primer acervo imaginario según antes se ha dicho.<sup>709</sup>

Con todo, como se dijo en su momento, es posible que el donante haya hecho la donación a favor de un legitimario, pero con cargo a la parte de libre disposición. En este caso, la donación no es imputable ni a su legítima ni a su mejora. Estas donaciones no están hechas "en razón de legítimas o de mejoras". El legitimario, a este respecto, es un extraño. De suerte que, aun cuando no lo diga el artículo 1186, si han existido donaciones irrevocables en beneficio de un legitimario, pero que han sido hechas con cargo a la parte de libre disposición de la herencia, ellas deben ser acumuladas para el cómputo del segundo acervo imaginario.<sup>710</sup>

521. LAS DONACIONES DEBEN SER EXCESIVAS O CUANTIOSAS. No siempre que haya habido donaciones irrevocables a favor de extraños procederá la formación de este segundo acervo; es necesario, además, que, siguiendo la regla que a este respecto sienta el artículo 1186, ellas hayan sido excesivas o cuantiosas.

<sup>707</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 1080. También RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 341. En el mismo sentido explica SOMARRIVA que el grueso de la doctrina "afirma que no importa cuáles sean los legitimarios al tiempo de la donación y cuáles al fallecimiento del causante, pues la ley solamente exige que existan legitimarios en ambos momentos" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 375).

<sup>708</sup> Incluso de esta forma RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 341.

<sup>709</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1489, pp. 416 y 417; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., 1084 y 1085; RAMOS, *Sucesión...*, cit., p. 126 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 375.

<sup>710</sup> En este mismo sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1084 y 1085 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 340.

Las donaciones son excesivas cuando el valor de todas las donaciones efectuadas exceda de la cuarta parte de la suma formada por las donaciones y el acervo al que se acumulan. Así, sumadas el total de las donaciones al acervo partible o líquido, ellas se considerarán excesivas si son más de la cuarta parte de la cantidad final; de lo contrario no tendrán este carácter. Asimismo, sumadas el total de las donaciones al primer acervo o colación, ellas se considerarán excesivas si son más de la cuarta parte de la cantidad final; en caso inverso, no revestirán del carácter de excesivas.

Al igual de lo que acontece en el caso del primer acervo imaginario, y a pesar de que la ley no lo diga de modo explícito, el valor a considerar para las donaciones que se acumulan es el que tenían las cosas donadas al tiempo de la entrega, debiendo cuidarse de actualizar prudencialmente su valor a la fecha de la apertura de la sucesión. Como también se ha dicho, lo que se actualiza es el valor de la donación, con independencia de las fluctuaciones del precio intrínseco del objeto donado. Si lo donado fueron obras de arte o acciones, lo que debe tomarse en cuenta es lo que valían esas cosas a la época de la entrega, y actualizar ese precio a la fecha de la apertura de la sucesión, prescindiendo del hecho de que aquellas cosas, por cuestiones de mercado, valgan en la actualidad mucho más o incluso menos.<sup>711</sup>

522. HIPÓTESIS QUE PUEDEN RESULTAR DE LA ACUMULACIÓN DE LAS DONACIONES IRREVOCABLES. Hecha la acumulación prevista en el artículo 1186 podrán presentarse tres situaciones distintas. La primera es que las donaciones entre vivos, efectuadas a favor de terceros no sean excesivas. La segunda es que tales donaciones sean excesivas, pero que no lesionen las legítimas y las mejoras, caso en el que procederá la formación del segundo acervo imaginario, a fin de reducir la parte de libre disposición, pero no habrá lugar a la acción de inoficiosa donación. La tercera posibilidad es que las donaciones irrevocables en beneficio de extraños sean tan excesivas que no solamente lesionen la parte de libre disposición, sino que además perjudiquen las legítimas y las mejoras, caso en el que se formará el segundo acervo imaginario y habrá lugar a la acción de inoficiosa donación.

523. LAS DONACIONES ENTRE VIVOS A FAVOR DE EXTRAÑOS NO SON EXCESIVAS. Como se ha dicho, la primera posibilidad, luego de efectuada la acumulación del valor total de las donaciones hechas por el causante en beneficio de terceros, es que ellas no resulten excesivas. Tal será lo que ocurra si el valor de todas estas donaciones no supera la cuarta parte de la suma formada por este valor más el del acervo al que se acumula.

<sup>711</sup> En este sentido, DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1082 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 342.

Por ejemplo, si el valor del acervo líquido o el primer acervo imaginario es de \$ 1.000.000, y el valor de las donaciones en beneficio de terceros es de \$ 200.000, la suma de ambas cantidades es de \$ 1.200.000. La cuarta parte de esa cantidad es \$ 300.000, cantidad que es superior al monto de las donaciones efectuadas.

En este caso, no obstante que haya donaciones a favor de terceros y la presencia de legitimarios al momento en que se hicieron y a la fecha de la apertura de la sucesión, no se forma el segundo acervo imaginario. Esto, porque la ley entiende que la cuantía de estas donaciones se enmarca dentro de la libertad que se le reconoce al causante para disponer con libertad de lo que le pertenece.

524. LAS DONACIONES ENTRE VIVOS A FAVOR DE EXTRAÑOS SON EXCESIVAS. La segunda posibilidad, como se dice, es que las donaciones efectuadas por el causante en beneficio de extraños sean excesivas, al superar la cuarta parte de la suma formada por la adición del valor total de estas donaciones al del acervo partible o al del primer acervo imaginario.

Tal sería el caso, por ejemplo, de un acervo partible o primer acervo imaginario que asciende a \$ 5.000.000, habiendo donaciones irrevocables en favor de extraños por la suma total de \$ 3.000.000. En este caso, la suma de ambos valores arroja un total de \$ 8.000.000, siendo su cuarta parte la cantidad de \$ 2.000.000, suma que es superada en \$ 1.000.000 por las donaciones. Este \$ 1.000.000 es el exceso, y es lo que debe acumularse contablemente al acervo del causante para computar las legítimas y mejoras. De modo que el segundo acervo imaginario, en este caso, alcanzaría a \$ 6.000.000. La mitad legitimaria ascendería, por consiguiente, a \$ 3.000.000; la cuarta de mejoras a \$ 1.500.000 y la cuarta de libre disposición a \$ 1.500.000.

El problema es que en el acervo no hay materialmente \$ 6.000.000, sino que solamente \$ 5.000.000; es decir, debe repartirse más de lo que en verdad existe. Es precisamente en este punto en donde se aprecia la utilidad de la formación de este segundo acervo. Primeramente deben pagarse en forma íntegra, y con cargo a lo que hay en la herencia, las legítimas y las mejoras. De esta forma, se pagan ellas completamente; en este caso deben cubrirse los \$ 4.500.000 con cargo a legítimas y mejoras, sobrando solamente \$ 500.000 que pasarán a constituir la parte de libre disposición.

En consecuencia, el efecto práctico que se produce en esta hipótesis es que se reduce la parte de libre disposición del causante que inicialmente era de \$ 1.250.000 y que quedó reducida por este procedimiento solamente a \$ 500.000.

Si el causante dispuso de la cuarta de libre disposición, asignándola en su conjunto a determinadas personas, lo que le corresponda al asignatario será solamen-

te lo que reste después de pagadas íntegramente las legítimas y mejoras. Ahora, si el causante instituyó legados con cargo a la parte de libre disposición, éstos deben reducirse en todo lo que sea necesario para dar cumplimiento a las legítimas y mejoras así computadas. Los legados que tienen preferencia de pago se enterarán completamente en la medida que alcance para ello, luego se pagarán los comunes. Si no alcanzare para proceder de esta forma, todos los legados de una misma categoría deberán reducirse proporcionalmente.

De todo esto resulta, a fin de cuentas, que lo excesivamente donado por el causante se imputa a la parte de libre disposición, y esto es lo que está implícito en el artículo 1187 cuando dice que "si fuere tal el exceso que no sólo absorba la parte de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio...". De esta suerte, lo que en verdad indican los preceptos de los artículos 1186 y 1187, es que si existe déficit para el pago de legítimas y mejoras, este faltante debe sacarse de la parte de libre disposición, aun en perjuicio de disposiciones testamentarias expresas, puesto de lo que se trata, es de pagar íntegramente las asignaciones forzosas.

525. LAS DONACIONES ENTRE VIVOS A FAVOR DE EXTRAÑOS SON TAN EXCESIVAS QUE LESIONAN LAS LEGÍTIMAS Y MEJORAS. La tercera posibilidad a que conduce el artículo 1187, es que las donaciones efectuadas por el causante en beneficio de extraños sean tan cuantiosas que no solamente impliquen la reducción de la parte de libre disposición, sino que además perjudiquen el pago de las legítimas y mejoras. Tal situación se dará cuando las donaciones sean de un valor que supere la cuarta parte de la cantidad formada por la suma de ese valor con el del acervo del causante.

Así, por ejemplo, si el valor del acervo era de \$ 1.000.000 y las donaciones ascienden a \$ 2.000.000, la suma de ambos valores da un total de \$ 3.000.000. La cuarta parte de esta suma es \$ 750.000, con lo que las donaciones la superan en \$ 1.250.000. Esta suma es el exceso que se acumula al acervo líquido o primer acervo imaginario, resultando un total de \$ 2.250.000.

La mitad legitimaria demandará el pago de \$ 1.125.000; la cuarta de mejoras implicará el pago de \$ 562.500 y una suma igual para la parte de libre disposición.

El problema se encuentra en que en la herencia solamente existe \$ 1.000.000 y el pago de las asignaciones forzosas implica el pago de \$ 1.687.500. De esta forma ha habido donaciones inoficiosas por la suma de \$ 687.500.

Surge aquí la acción de inoficiosa donación cuyo objeto es dejar sin efecto las donaciones efectuadas por el causante a favor de terceros extraños, en todo lo necesario para poder completar las asignaciones forzosas.

CAPÍTULO 44  
LA ACCIÓN DE INOFICIOSA DONACIÓN

526. CONCEPTO. En atención a todo lo señalado en el capítulo anterior, y sin perjuicio de lo que más adelante se dice sobre el efecto preciso de la acción de inoficiosa donación y a sus titulares, en términos generales ella puede definirse como la que se concede a los legitimarios y a los asignatarios de mejoras para que las donaciones entre vivos que efectuó el causante a extraños, sean dejadas sin efecto en todo aquello que lesionen las legítimas o las mejoras.

Esta acción, denominada por los romanos como querrela *inofficiosae donationis vel dotis*, y como acción de reducción de donaciones en el Derecho comparado, supone que previamente se forme el segundo acervo imaginario con todos los requisitos que ello impone. Solamente así podrá determinarse si las donaciones irrevocables efectuadas por el causante en beneficio de terceros resultan tan excesivas que llegan a lesionar las legítimas o las mejoras. Sólo si se produce este fenómeno será necesario reconstruir el patrimonio del causante, a fin de que ellas se paguen íntegramente, trayendo a la masa el exceso del valor los bienes que fueron donados en perjuicio de estas asignaciones forzosas.

527. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE INOFICIOSA DONACIÓN. En Chile, como en otras partes del mundo, no está clara la naturaleza jurídica que tiene la acción de inoficiosa donación, dado que la cuestión no ha sido resuelta claramente por la ley. El asunto no es intrascendente, por las consecuencias jurídicas que de ello se derivan.

Algunos doctrinadores parecen asumir que la acción de inoficiosa donación es una acción de nulidad. La califican de rescisoria, tal como lo hace expresamente el artículo 1425, cuando señala que "son rescindibles las donaciones en el caso del artículo 1187". De esta forma, la acción de inoficiosa donación sería una acción de nulidad, concretamente de nulidad relativa, cuyo objeto debiera ser el de dejar sin efecto la donación en todo lo que resulte excesiva.<sup>712</sup>

<sup>712</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 256 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 378 y 378.



El problema es que ésta no podría ser una acción de nulidad, pues aquello supondría que las donaciones que se van a dejar sin efecto, nacieron con un vicio o defecto, cuestión que en la especie no acontece. Las donaciones nacen válidas a la vida del derecho, y su validez resulta comprometida no por la presencia de un vicio originario, sino que por circunstancias posteriores, como si el causante ha hecho o no otras donaciones, si la cuantía de estas donaciones es o no excesiva, si hay o no legitimarios a la apertura de la sucesión, etc., todas circunstancias que no dicen relación con una infracción de los elementos constitutivos de los actos jurídicos. De la misma forma es sabido que el Código chileno no es suficientemente certero a la hora de utilizar expresiones como nulidad, rescisión, resolución y revocación, de modo que no parece del todo aceptable sacar una conclusión como la señalada a partir de la palabra rescisión.

Es por lo mismo que algunos piensan que se trata de una acción resolutoria, dado que la donación "queda, en cierto modo, sujeta al evento de no ser excesiva al momento de la muerte del donante"<sup>713</sup>. Otros, en cambio, entienden que se trata de una acción de inoponibilidad, en la medida que su objeto no es dejar sin efecto la donación "sino recuperar el exceso de lo donado por el *de cuius*"<sup>714</sup>.

La cuestión de la naturaleza jurídica incide también directamente en el objeto de la acción, pues tampoco resulta claro si a través de ella se persigue la restitución en especie de las cosas excesivamente donadas, o si se pretende el pago en efectivo de aquella parte en que la donación resulta excesiva.

Pereciera que todas las tesis anteriores conducen a la restitución en especie de las cosas donadas, ya que si la donación resulta anulada o resuelta o se le considera inoponible al legitimario, éste podrá reclamar la cosa misma donada. Con todo, y como se dice más adelante, domina entre nosotros la idea de que por medio de ella el actor tiene derecho a que el donatario le abone el exceso de lo donado, en todo lo que sea necesario para completar lo que le corresponde legalmente en la herencia.

528. TITULARES DE LA ACCIÓN. No existe duda respecto a que están legitimados activamente para deducir esta acción los legitimarios, puesto que el artículo 1187 expresamente se las concede.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina entiende que esta acción también corresponde a los asignatarios de mejoras. El artículo 1187 prescribe que habrá

lugar a esta acción cuando el exceso de lo donando menoscabe "las legítimas rigorosas, o la cuarta de mejoras". De modo que si se ha asignado la cuarta de mejoras a algún beneficiario de ella, aun cuando no sea legitimario, por ejemplo porque está excluido por la presencia de otros de grado preferente, él también podrá ejercer esta acción, pues la ley no habría podido darles el derecho a ser asignatarios de mejoras y negarles la acción para hacer respetar su asignación.<sup>715</sup>

No le corresponderá la acción, en cambio, a ni a los acreedores del difunto<sup>716</sup>, ni a los acreedores de los asignatarios de legítimas o mejoras.<sup>717</sup>

Siendo de la manera señalada, surge la cuestión de si existe o no un orden para que estos titulares ejerzan la acción; es decir, si ella corresponde primero a los beneficiarios, a los legitimarios y luego a los asignatarios de mejoras, al revés o bien a todos conjuntamente. Ello sólo tiene relevancia, como se comprende, en los casos en que haya asignatarios de mejoras que no sean legitimarios.

El Código no señala un orden preestablecido. El artículo 1187 se limita a conceder esta acción si se han lesionado las legítimas o las mejoras. La construcción de un orden a este respecto importaría la introducción de un requisito no establecido por la ley, lo que no parece posible de hacer. De esta forma, podrán intentar la acción primero los asignatarios de mejoras para el cómputo de sus asignaciones y luego los legitimarios, o bien al revés.

En cualquier caso, la acción únicamente puede interponerla el legitimario o asignatario de mejora para enmendar el perjuicio de su propia asignación, y no la de los restantes. Si los otros perjudicados con las donaciones no hacen valer sus derechos, su parte no acrece a la del asignatario que intentó con éxito la acción.

529. SUJETOS PASIVOS. La acción de inoficiosa donación se dirige en contra del o los donatarios beneficiados con las donaciones excesivas. Respecto de ellos debe procederse en un orden inverso a las fechas de sus donaciones; es decir, en contra de los más recientes, primero, y de los más antiguos, después. La regla se justifica,

<sup>713</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., Nº 1501, p. 433; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1092 y 1093 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 379. En contra RODRÍGUEZ, quien sostiene que "los sujetos activos de la acción o pretenses son exclusivamente los legitimarios. El artículo 1187 lo dice en términos formales y explícitos. Por consiguiente, la legitimación activa sólo corresponde a los legitimarios y en caso alguno a otras personas. Lo señalado es de toda lógica, puesto que lo que procura con la formación de este acervo es proteger a los herederos legitimarios ante la posibilidad de que el causante haya hecho donaciones que sobre pasan la parte de libre disposición" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 346).

<sup>716</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 122 y PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 841 y 842.

<sup>717</sup> En contra, BORDA, para quien los acreedores de los herederos podría hacerlo por vía de la acción subrogatoria (*Tratado...*, T. II, cit., p. 122).

<sup>713</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1092.

<sup>714</sup> RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 345 y CASTELLÓN MUNTA, J. A., *Nuevas consideraciones acerca de la teoría de la inoponibilidad*, Gaceta Jurídica, 129, p. 13.

puesto que han sido las donaciones más recientes las que han ido perjudicando las asignaciones forzosas<sup>718</sup>. Si las donaciones se han hecho simultáneamente deberían ser ellas reducidas proporcionalmente.<sup>719</sup>

530. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN DE INOFICIOSA DONACIÓN. La acción de inoficiosa donación es una acción personal, renunciabile, prescriptible, transferible y transmisible.

Siendo una acción personal, solamente puede intentarse en contra del donatario de la donación excesiva, y no en contra de los terceros que puedan haber adquirido los bienes donados. Como se ha dicho antes, no pueden ser destinatarios pasivos de esta acción los terceros a quienes el donatario transfirió los bienes que le donaron en su oportunidad. En cambio, sí podrían ser sujetos pasivos los herederos de los donatarios según las reglas generales.

La acción de inoficiosa donación puede ser renunciada expresa o tácitamente en la medida que ello no está prohibido por la ley y solamente mira al interés del renunciante<sup>720</sup>. Con todo, no puede ser renunciada antes de la muerte del causante. Ello implicaría una especie de renuncia a las legítimas o las mejoras, que son las asignaciones que se ven afectadas por las donaciones excesivas.

Siendo una acción transmisible y transferible, puede pasar a los herederos de los legitimarios y los asignatarios de mejoras, y puede corresponder a los cesionarios de estos asignatarios.

No existiendo una regla que diga lo contrario, esta acción está sujeta a la prescripción extintiva, aun cuando no existe consenso respecto del plazo aplicable. Ello depende de la naturaleza jurídica que a ella se le atribuya.

Para quienes creen que se trata de una acción de nulidad, el plazo de prescripción aplicable es el de cuatro años previsto en el artículo 1691 para la nulidad relativa. En este caso puede resultar dudoso desde cuándo se cuentan estos cuatro años. La primera opción es que ello se haga desde la fecha de la donación que se impugna. Como se comprende, ello puede redundar en que la acción prescriba antes de nacer, puesto que ella no puede ser ejercida antes de que muera el causante; por lo demás, solamente a la fecha de la muerte del causante se podrá estable-

<sup>718</sup> Es la misma regla que sienta el párrafo 2329 Código Civil alemán. A igual solución ha llegado la doctrina argentina a pesar de la ausencia de una norma semejante a la nuestra en el Código de ese país (cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 125 y 126 y ZANNONI, *Manual...*, cit., pp. 514 y 515).

<sup>719</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 126.

<sup>720</sup> Explica BORDA que, en todo caso, tratándose de la renuncia tácita la voluntad de declinar la acción debe ser inequívoca, ya que una cosa es que la renuncia pueda ser tácita y otra distinta que deba o pueda presumirse (cfr. *Tratado...*, T. II, cit., p. 123).

cer con alguna claridad si las donaciones fueron o no excesivas. Por lo mismo, pareciera que este plazo debe ser contado desde la apertura de la sucesión.

Quienes piensan que se trata de una acción resolutoria, aplican el plazo de prescripción general de cinco años previsto en el artículo 2515, que se contará desde la fecha de la apertura de la sucesión.<sup>721</sup>

531. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE INOFICIOSA DONACIÓN. Por curioso que pueda parecer, entre nosotros no están del todo claro los efectos que produce la acción de inoficiosa donación. Esta cuestión, como se comprende, se encuentra indisolublemente ligada al objeto que a ella se le atribuya.

Si el objeto de la acción de inoficiosa donación es la de obtener el reintegro del bien donado al patrimonio del causante, la sentencia que la acoja producirá este preciso efecto, generando el derecho para los legitimarios o asignatarios de mejoras que les permita obtener esta restitución en especies. Si así fuere se deberá determinar si eventualmente esta acción da derecho a perseguir las cosas donadas que hayan sido enajenadas por el donatario a terceros. Por el contrario, si se concluye que el propósito de esta acción es simplemente obligar a los donatarios a que restituyan el exceso de lo donado, a fin de que se enteren las legítimas y las mejoras, éste será el efecto que produzca el fallo que acoja la pretensión del legitimario o asignatario de mejoras que la intentó, no pudiendo los asignatarios de legítimas o mejoras exigir de los donatarios la restitución material, sino que solamente el pago de lo que excesivamente se les donó por el causante.<sup>722</sup>

El artículo 1187 señala que esta acción se concede "para la restitución de lo excesivamente donado", lo que hace suponer que el donatario, que ha perdido el pleito, debe pagar a la masa todo el dinero necesario para completar las legítimas y las mejoras. En otros términos, el objeto de la acción no es el de dejar sin efecto la donación en todas sus partes y de obtener el reintegro material del bien donado a la masa hereditaria, sino que el propósito es obtener de los donatarios una suma de dinero que corresponde al exceso de lo donado y que el donatario debe enterar.

<sup>721</sup> ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS sostienen, a este respecto, que esta acción "prescribe según las reglas generales en materia de prescripción extintiva. Esto es, en cinco años contados desde que la obligación se hace exigible. Creemos que la obligación se hace exigible al abrirse la sucesión, es decir, al fallecer el causante" (ob. cit., p. 475). Por su parte, RODRÍGUEZ, que defiende la tesis de la inoponibilidad, no establece una regla especial en este extremo (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 347).

<sup>722</sup> En Alemania, de conformidad al párrafo 2329 del BGB, el donatario responsable debe restituir lo que le fue donado por el causante de conformidad a las reglas del enriquecimiento injusto, pero puede evitar la restitución de la cosa pagando en dinero el importe necesario. Esta regla ha sido calificada como acertada por la doctrina (cfr. KIPP, *Tratado...*, T. V, Vol. 2, cit., pp. 151 y 152).

Confirma esta interpretación el inciso segundo del artículo 1187, cuando señala que “la insolvencia de un donatario no gravará a los otros”. La única manera de entender bien la referencia a la insolvencia del donatario es suponiendo que éste carece de los fondos necesarios para enterar el pago de lo que debe a los legitimarios o mejoreros.

El problema con lo anterior es que el artículo 1425 señala que “son rescindibles las donaciones en el caso del artículo 1187”, lo que sugiere que toda la donación queda sin efecto, debiendo restituirse el bien donado al patrimonio del que salió. No obstante, el texto de este último precepto no puede ser concluyente, pues es sabido que en el Código Civil chileno, el uso de las expresiones resolución y rescisión no es todo lo técnico que fuere deseable, y dichos conceptos suelen estar utilizados en forma confusa.

Es por lo anterior que la mayor parte de la doctrina entiende que el efecto de esta acción es el de restituir lo excesivamente donado, y no el bien donado. Así sostiene RODRÍGUEZ que “el Código Civil es claro en cuanto a que la acción se deduce para que se restituya lo excesivamente donado y no la especie donada, porque bien puede ocurrir que el exceso referido sea una parte del valor de la cosa donada. No se trata, tampoco, de una acción real, sino personal, que se deduce en contra de los donatarios, sea que conserven o hayan enajenado el bien objeto de la donación. El artículo 1425 es poco significativo, debido a que son muchos los casos en nuestro Código Civil en los cuales se confunde la naturaleza de la acción”<sup>723</sup>. Siendo de esta forma, no cabe plantearse qué sucede si las cosas donadas han pasado a terceros, puesto que el propósito no es recuperarlas ni de manos del donatario ni de manos del tercero, sino que la finalidad es que el donatario le pague al actor lo necesario para enterar su asignación forzosa.

En cambio, creen los DOMÍNGUEZ que “el Código contiene un sistema de reducción en especie y sólo subsidiariamente podría pretenderse una reducción en valor, como en el caso de enajenación de lo donado, ya que siendo la acción de inoficiosidad personal, no puede alcanzar a terceros adquirentes (...) Nos fundamos para ello en que el art. 1425 menciona la situación del art. 1187 como una causal de rescisión y el art. 1432 termina con una regla general aplicable para

<sup>723</sup> *Instituciones...*, cit., Vol. I, p. 345. Explica CLARO SOLAR que los donatarios tendrán que restituir “lo que sea necesario para el entero de las mejoras y de las legítimas, devolviendo hasta la totalidad de su donación si es necesario” (ob. cit., T. 15, N° 1502, p. 433). De la misma forma señalan ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS que “el objeto de la acción de inoficiosa donación, como lo dice el artículo que comentamos, es restituir lo excesivamente donado. Es decir, la donación subsiste en la parte que no es excesiva. Por consiguiente, creemos que lo que debe restituir el donatario es el dinero necesario para evitar el menoscabo de las legítimas y de la cuarta de mejoras” (ob. cit., pp. 474 y 475). En igual sentido SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 379.

todos los precedentes: “La resolución, rescisión y revocación de que hablan los artículos anteriores, no dará acción contra terceros poseedores, ni para a extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino en casos siguientes” (inc. 1°). La regla sólo se justifica si se refiere a una reducción en especie, es decir, a una restitución de los objetos donados. Si existiere una restitución en valor, la disposición no tendría sentido alguno, ya que si sólo ha de devolverse un valor, es de toda evidencia que ni hay acción en contra de terceros poseedores, ni puede suponerse que se extingan los gravámenes constituidos a favor de terceros (...) Por lo demás, la reducción en especie, aunque originada en una simple acción personal, es el sistema que responde a los orígenes romanos de la institución, tal cual la concibió el Código”<sup>724</sup>.

532. LA INSOLVENCIA DE UN DONATARIO. El inciso segundo del artículo 1187 dispone que “la insolvencia de un donatario no gravará a los otros”.

Esto implica que si uno de los legitimarios carece de los medios para enterar lo que ha sido excesivamente donado, y que ya ha sido determinado por la sentencia dictada en el juicio en que se entabló la acción de inoficiosa donación, esta obligación no pasa a los otros donatarios o a quienes el donatario demandado pueda haber enajenado la cosa donada<sup>725</sup>. En estos casos debe respetarse el orden esta-

<sup>724</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 1099. Al respecto señala BORDA que “consideramos conveniente la regla legal según la cual la restitución debe ser en especie, pues sólo así se puede asegurar a los herederos forzosos contra las maniobras de los donatarios. Supongamos que un padre, distanciado de sus hijos por vivir en concubinato con una mujer le hace donación a ésta de una parte sustancial de su patrimonio; luego la concubina, para eludir la acción de los hijos vende esos bienes y oculta el dinero. Los legitimarios quedarían burlados si no se reconoce el efecto reipersecutorio de la acción” (*Tratado...*, T. II, cit., pp. 128 y 129). En la Argentina, la posibilidad de perseguir la cosa donada respecto de terceros adquirentes, es admitida por la doctrina sobre la base del artículo 3955, ubicado dentro de las normas de la prescripción, según el cual “la acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante”. No es que la acción de reducción de las donaciones sea real, sino que por haberse resuelto la donación surge el derecho para los herederos de recuperar la cosa de manos de terceros (cf. BORDA, *ibidem*, pp. 137, 138 y 140 y ZANNONI, *Manual...*, cit., pp. 521 y 522). Tratándose de bienes muebles la posibilidad de perseguirlos de manos de terceros quedaría vedada por el artículo 2412, según el cual “la posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida”. En palabras de PÉREZ LASALA “la restitución en especie no admite excepciones en nuestro derecho, si la cosa existe en el patrimonio del donatario, siempre que las partes no acepten otra solución” (*Curso...*, cit., p. 843).

<sup>725</sup> La solución para este problema no es universal. En ausencia de normas expresas se ha venido resolviendo que ante la insolvencia del donatario el perjuicio debe recaer sobre los donatarios anteriores, única manera de evitar el perjuicio de la legítima, ya que las liberalidades del causante no pueden afectarla (cf. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 127 y 128).

blecido en el artículo 1187 respecto de los donatarios obligados a enterar el faltante para completar las legítimas y las mejoras. Si alguno de ellos carece de los bienes necesarios para ello, no se sigue con los otros, y serán en definitiva, los asignatarios forzosos, los que deberán soportar la pérdida.<sup>726</sup>

<sup>726</sup> Dice CLARO SOLAR que "si el donatario que recibió una donación importante, a quien por la fecha de la donación le correspondía restituir lo que hubiere recibido, se hace insolvente, no se podría perseguir al donatario inmediatamente anterior o a otro anterior para el pago del saldo. La insolvencia de un donatario no gravará a los otros, dice la ley, porque éstos han podido recibir legítimamente sus donaciones. Sólo puede perseguirse al donatario más antiguo cuando el donatario posterior ha restituido lo que él recibió y queda aún sin cubrirse parte del exceso de lo donado; o descontando la parte que corresponda restituir al donatario más reciente, dado el monto de su donación" (ob. cit., T. 15, N° 1502, p. 433). En Alemania la cuestión ha sido resuelta de la misma forma, pues de la incapacidad para hacer la prestación debida que pueda afectar al donatario posterior no debe responder el anterior (cfr. KIPP, *Tratado...*, T. V, Vol. 2, cit., p. 152).

## CAPÍTULO 45 PAGO DE LAS LEGÍTIMAS Y LAS MEJORAS

533. CONCEPTO. El pago de las legítimas o las mejoras es el acto por el cual se procede a enterarlas con los bienes disponibles en la herencia.

Como antes ha quedado dicho, las legítimas y las mejoras se calculan, según los casos, sobre el acervo líquido, sobre el primer acervo imaginario o sobre el segundo acervo imaginario. Ellos constituyen la base de cálculo de estas asignaciones forzosas. Una vez que esto ha acontecido, es necesario proceder a enterarlas.

Para el pago de legítimas y mejoras deben tenerse en cuenta las donaciones, legados u otras asignaciones con las que se hubiere beneficiado a los legitimarios y asignatarios de mejora, siempre que estas asignaciones se imputarán a lo que les corresponde por concepto de legítima o mejora. Si estas otras asignaciones o donaciones no existen, no hay problema alguno y deberá enterarse completamente la legítima o la mejora. Por el contrario, si hubieren existido tales donaciones o asignaciones, ellas deben imputarse a lo que legalmente corresponde a título de legítima o mejora, recibiendo el legitimario o asignatario de mejoras solamente la diferencia o complemento.

Lo cierto es que las acumulaciones dispuestas en los artículos 1185 y siguientes, y que dan lugar al primer y segundo acervo imaginario, son una operación claramente diferente a las imputaciones que se hacen a la legítima o mejora que corresponde a cada asignatario. Es fácil comprender que una cosa es acumular a la masa hereditaria las donaciones que hizo el causante a los legitimarios o a extraños, y otra diferente es imputar a cada asignatario forzoso las cosas que a él le fueron donadas, legadas o dejadas en herencia. Sin embargo, el Código Civil, no obstante tratar de estas operaciones, no las diferencia con nitidez, ni las configura de una manera sistemática, lo que no implica que tales operaciones no deban ser debidamente distinguidas.

534. IMPUTACIONES A LAS LEGÍTIMAS Y MEJORAS. La principal regla en materia de imputaciones está contenida en el inciso primero del artículo 1198, según el

cual "todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora".

Lo anterior implica, a fin de cuentas, que todo cuanto se haya donado, legado o, según algunos, dejado por concepto de herencia a un legitimario, deberá ser descontado de lo que le corresponde por concepto de legítima. Se trata, en consecuencia, de una operación contable, mediante la cual, a lo que teóricamente le corresponde del acervo líquido, primer acervo imaginario o segundo acervo imaginario, se le descuenta lo que ya ha sido asignado o donado por el causante.

535. IMPUTACIÓN DE DONACIONES REVOCABLES E IRREVOCABLES. Se descuentan de lo que a cada legitimario corresponde a título de legítima, todo lo que el causante haya donado a ese legitimario de forma revocable o irrevocable. Señala el artículo 1198.1 que deben imputarse a la legítima todas las donaciones revocables o irrevocables que se hubieren hecho a un legitimario que tenía la calidad de tal. Aplicando la regla del artículo 1185, las donaciones deben acumularse según el valor que las cosas donadas tuvieron al tiempo de la entrega, cuidando de actualizar prudencialmente el valor de tales donaciones a la época de la apertura de la sucesión.

536. IMPUTACIÓN DE LEGADOS. Se imputan también a la legítima los legados con que el causante hubiere beneficiado al legitimario. Lo señala expresamente el artículo 1198.1.

537. IMPUTACIÓN DE HERENCIAS. El artículo 1198 señala con claridad que se imputan a las legítimas las donaciones de todo tipo hechas al legitimario y los legados con que lo haya beneficiado el testador. Sin embargo, nada dice de si se imputan o no a la legítima las asignaciones a título universal que el causante haya dejando al legitimario, como, por ejemplo, si el testador se limita a decir que le deja la mitad de sus bienes. No es la situación en que el testador asigna a un legitimario el todo o parte de la cuota de libre disposición, pues si así fuere resulta obvio que la asignación no se entiende hecha con cargo a la legítima o mejora, sino que, precisamente, a la parte de la que el testador puede disponer con libertad.

No parece que exista razón alguna para excluir las asignaciones a título universal de la regla sentada por el artículo 1198, pues en verdad no parece razonable que los legados efectuados a un legitimario se imputen a su legítima pero no las herencias. De modo que si se imputan a la legítima los legados con mayor razón

debieran imputarse las asignaciones a título universal. Por otro lado, si se imputan las donaciones revocables, incluso las que lo sean a título universal —que constituyen una verdadera institución de heredero (artículo 1142.1)— no se comprende cómo no debieran imputarse las asignaciones testamentarias constitutivas de herencia.<sup>727</sup>

Sin embargo, no lo ha entendido de esta forma la Corte Suprema, la que al menos una vez ha resuelto que no cabe imputar a la legítima las asignaciones a título universal con las que se ha favorecido a un legitimario, las que deben pagarse con cargo a la parte de libre disposición.<sup>728</sup>

538. IMPUTACIÓN DE LOS DESEMBOLSOS HECHOS POR EL CAUSANTE PARA EL PAGO DE LAS DEUDAS DE ALGÚN LEGITIMARIO QUE SEA DESCENDIENTE. Fuera de las imputaciones ordenadas por el artículo 1198, señala el artículo 1203 que "los desembolsos hechos para el pago de las deudas de un legitimario, que sea descendiente, se imputarán a su legítima; pero sólo en cuanto hayan sido útiles para el pago de dichas deudas". "Si el causante hubiere señalado que no se imputen estos desembolsos a su legítima se considerarán como una mejora". "Si en este caso se hubiere asignado al mismo legitimario a título de mejora alguna cuota de la herencia o alguna cantidad de dinero, se imputarán a dicha cuota o cantidad; sin perjuicio de valer en lo que excedieran a ella, como mejora, o como el difunto expresamente haya ordenado".

Lo que justifica este precepto es el principio de igualdad entre los legitimarios. Es fácil entender que el pago de lo que un descendiente debe a un tercero le produce o puede producir un beneficio patrimonial importante, pues cambia la situación de su patrimonio al eliminar o disminuir su pasivo. Es por esto que dichos pagos serán imputables sólo en la medida que sean útiles para el legitimario, y no cuando no le hayan reportado utilidad alguna. Si el legitimario descendiente vio extinguida la deuda que le era exigible, es evidente que el pago le ha sido útil. Por el contrario, si la deuda no le era exigible, por ejemplo porque se trataba de una obligación natural, el pago no habrá sido útil, no siendo procedente imputación alguna.<sup>729</sup>

<sup>727</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1561, p. 487; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1111 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 382.

<sup>728</sup> Cfr. RDJ, T. 38, 1, p. 24. Hay nota crítica de BARRIGA ERRÁZURIZ y favorable de SANTA MARÍA S.

<sup>729</sup> En aplicación de esta regla se ha resuelto que el cesionario de una legítima debe aceptar que se imputen a ella las deudas que el causante pagó al legitimario que le cedió sus derechos (cfr. RDJ, T. 7, 1, p. 437).

539. COSAS QUE NO SE IMPUTAN A LAS LEGÍTIMAS. A pesar de la generalidad del artículo 1198, hay ciertas cosas que no obstante el beneficio que reportan para el legitimario, no se imputan a su legítima. Ellas son: *a)* las cosas que el donante o testador ordene imputar a la cuarta de mejoras o de libre disposición; *b)* los gastos de educación de un descendiente; *c)* las donaciones por causa de matrimonio o de costumbre, y *d)* los frutos de las cosas donadas.

540. LAS COSAS DONADAS QUE EL DONANTE O TESTADOR MANDA IMPUTAR A LA CUARTA DE MEJORAS O DE LIBRE DISPOSICIÓN. Los legados, donaciones y desembolsos que el testador expresamente haya cargado a la parte de mejoras no se imputan a lo que al legitimario le corresponde a título de legítima. Según el artículo 1198.1, el testador puede disponer que una donación o legado se impute a la mejora, en este caso, como es obvio, no hay imputación a la legítima, sino que a la parte de mejoras. La misma regla está presente en el inciso segundo del artículo 1203, en lo que hace a los gastos en que incurre el causante al pagar deudas del descendiente. Dice la norma que si el difunto hubiere declarado expresamente por acto entre vivos o testamento ser su ánimo que no se imputen dichos gastos a la legítima, se considerarán como una mejora. En otras palabras, no es que estos gastos no se imputen a nada; no se imputan a legítimas, pero sí a mejoras.

De la misma forma, y aun cuando el Código no lo diga expresamente, no se imputarán ni a la legítima ni a la mejora las asignaciones, donaciones o desembolsos que el testador haya dispuesto se imputen a la parte de libre disposición. El testador tiene la facultad de disponer de una parte de la herencia en forma enteramente libre. Es evidente que si en el testamento o donación se señala que ellas deben imputarse a dicha parte no existe razón alguna para imputarlas ni a la legítima ni a la mejora. De igual manera puede limitarse a señalar que no se impute ni a la legítima ni a la mejora, caso en el que la asignación gravará la parte de libre disposición.<sup>730</sup>

541. LOS GASTOS EN EDUCACIÓN DE UN DESCENDIENTE DEL CAUSANTE. No se imputan tampoco a la legítima, según el artículo 1198.2, los gastos en educación de un descendiente, aun cuando se hayan hecho con la calidad de imputables. Señala el precepto que “sin embargo, los gastos hechos para la educación de un descendiente no se tomarán en cuenta para la computación de las legítimas, ni de la cuarta de mejoras, ni de la cuarta de libre disposición, aunque se hayan hecho

con la calidad de imputables”. Como se advierte la regla es harto diferente de las anteriores. No es aquí el causante quien dice que no habrá imputación, sino que es la ley la que indica que tales gastos no deben ser nunca considerados, ni siquiera a lo que se asigna con cargo a la parte de libre disposición. Entiende el legislador que éstos son gastos en los que el causante ha tenido el deber de incurrir, y que, por lo mismo, no pueden ser entendidos como una asignación por causa de muerte.

542. LOS PRESENTES HECHOS A UN DESCENDIENTE CON OCASIÓN DE SU MATRIMONIO Y OTROS REGALOS DE COSTUMBRE. Según el artículo 1198.3, no se imputan a la legítima de un asignatario que sea descendiente del causante, los presentes que el causante le haya hecho con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre. Como se ha dicho antes, si el monto de las cosas así donadas superan lo que habitualmente se acostumbra donar en estas ocasiones, puede considerarse su acumulación.

543. LOS FRUTOS DE LAS COSAS DONADAS. No se acumulan al acervo líquido o al primer acervo imaginario, según lo previsto en el artículo 1205, los frutos de las cosas donadas, los que pertenecen al donatario desde el momento de la entrega de ellas. Por la misma razón, los frutos no se imputan a lo que corresponda al legitimario por concepto de legítima o mejora. “Los frutos de las cosas donadas, revocable o irrevocablemente, a título de legítima o de mejora, durante la vida del donante, pertenecerán al donatario desde la entrega de ellas, y no figurarán en el acervo; y si las cosas donadas no se han entregado al donatario, no le pertenecerán los frutos sino desde la muerte del donante; a menos que éste le haya donado irrevocablemente y de un modo auténtico no sólo la propiedad sino el usufructo de las cosas donadas”.

El artículo 1205 contiene tres reglas diferentes.

De acuerdo a la primera regla, todos los frutos de las cosas donadas, ya sea revocable o irrevocablemente, a título de legítima o de mejora, pertenecerán al donatario desde la entrega de ellas, y no figurarán en el acervo; es decir, no se acumulan al acervo del causante ni se imputan a la legítima o mejora del donatario. Esto, porque todos los frutos que se devengan desde el día de la entrega pertenecen al donatario, sea porque es propietario absoluto en el caso de la donación irrevocable, sea porque es un usufructuario en el caso de la donación revocable.<sup>731</sup>

<sup>731</sup> Por ejemplo, si el padre donó al hijo un inmueble, y el hijo lo dio en arriendo, a la muerte del padre no cabe colacionar las rentas de arrendamiento que ha obtenido el hijo en el tiempo que ha ido desde la donación a la muerte del padre, pues esas rentas le pertenecen por ser dueño del inmueble y no por sucesión por causa de muerte ni por donación.

<sup>730</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1112 y 1113 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. I, cit., p. 375.

En segundo lugar, si las cosas donadas no se han entregado al donatario, no le pertenecerán los frutos. Esto, porque no es dueño de estas cosas sino desde que se efectúa su tradición. Los frutos de estas cosas que no fueron entregadas pertenecieron al causante, y están en su patrimonio, por lo que ni se acumulan al acervo ni se imputan a legítimas o mejoras.

Finalmente, se establece una regla de excepción, según la cual los frutos pertenecerán al donatario a pesar de no haberle sido entregada la cosa que se le dona irrevocablemente, cuando se acredite de "un modo auténtico" que se ha donado no sólo la propiedad, sino que además los frutos que produzca la cosa. En este caso los frutos de la cosa donada pertenecerán al donatario desde la fecha de la donación y no serán imputables a su legítima, a pesar de no haberse entregado.<sup>732</sup>

544. LAS DONACIONES EFECTUADAS A OTRO LEGITIMARIO. Según el artículo 1202, no se imputan a la legítima de una persona las donaciones o las asignaciones testamentarias que el difunto haya hecho a otra, salvo el caso del artículo 1200, inciso 3, es decir, exceptuado el caso en el legítimo fue representado por otra persona, evento en que las donaciones o asignaciones testamentarias con las que se benefició a ese legítimo se imputarán a las legítimas de quienes lo representan en la sucesión.

La regla resulta bastante obvia, y acaso podría no existir y las conclusiones serían las mismas. Las donaciones o asignaciones que el causante haya hecho a un legítimo solamente le serán imputables a su legítima, y en caso alguno a las legítimas de otros legítimos. Sin embargo, puede acontecer que el legítimo llegue a faltar por indignidad, incapacidad, desheredamiento o repudiación. En este caso, de conformidad a las reglas generales, podrá ser representado por su descendencia, quien llevará la legítima del legítimo que falta. Pues bien, en este caso, las cosas que fueron donadas o asignadas por el causante al legítimo excluido de la sucesión se imputarán a la legítima que pasó a los que lo representan. No se trata, por tanto, de una excepción, sino que de la aplicación de las reglas generales, pues la imputación se sigue haciendo a la legítima del legítimo que falta.

545. SITUACIONES QUE PUEDEN PRESENTARSE AL TÉRMINO DEL PROCESO DE IMPUTACIONES. Determinado el acervo sobre el que se calculan las legítimas y

<sup>732</sup> Sostiene CLARO SOLAR que "en la expresión de un modo auténtico la ley excluye la prueba testimonial sobre la intención del donante de donar expresamente el usufructo; exige que aparezca del contrato mismo de donación, o del testamento, o de escritura pública especial que tal ha sido la intención del donante o testador" (ob. cit., T. 15, N° 1578, p. 496).

mejoras, y establecidas las imputaciones que corresponden a cada asignatario, es posible que se presenten varias hipótesis diferentes, las que darán lugar a soluciones también distintas. Estas situaciones son básicamente las siguientes:

- a) Las imputaciones calzan perfectamente con lo que corresponde al legítimo.
- b) Las imputaciones son de inferior valor a lo que toca al legítimo.
- c) Las imputaciones exceden la legítima y gravan la mejora.
- d) Las imputaciones exceden la legítima, la mejora y gravan la parte de libre disposición.
- e) Las imputaciones superan la legítima, la mejora y la parte de libre disposición.
- f) No existe forma de completar las legítimas y las mejoras.

546. LAS IMPUTACIONES CALZAN PERFECTAMENTE CON LO QUE CORRESPONDE AL LEGITIMARIO. La primera situación que puede presentarse, y acaso la más ideal, es que todo lo que ha de imputarse a la legítima del asignatario corresponda exactamente con lo que le corresponde dentro del acervo. Por ejemplo, si al legítimo, recompuesto el patrimonio del causante mediante el proceso de acumulaciones, le tocaba \$ 1.000.000, y se le efectuaron donaciones o legados precisamente por esa cantidad, las imputaciones coincidirán con lo que le corresponde.

En este caso el asignatario conservará lo donado o se le entregará lo que se le ha legado y no se producirán otros efectos a este respecto. Acontecerá, a fin de cuentas, que el causante habrá hecho a su respecto una partición, mediante la donación o asignación de bienes por un valor de lo que precisamente le corresponde a ese asignatario en la herencia.

547. LAS IMPUTACIONES SON DE INFERIOR VALOR A LO QUE TOCA AL LEGITIMARIO. La segunda posibilidad en este proceso es que las cosas a imputar a la legítima del asignatario sean de inferior valor a lo que en la herencia le corresponde al legítimo. Se tratará del caso más frecuente, y se presentará cuando lo que se dio o asignó por el causante al asignatario es de menor valor de lo que le corresponde por concepto de legítima.

En este caso señala el artículo 1206.1 que "si el donatario de especies que deban imputarse a su legítima o mejora, le cupiere definitivamente una cantidad no inferior a lo que le valgan las mismas especies, tendrá derecho a conservarlas y exigir el saldo, y no podrá obligar a los demás asignatarios a que le cambien las especies, o le den su valor en dinero". El legítimo o asignatario de mejoras retiene lo que se le asignó o donó anticipadamente y tiene el derecho al complemento por lo no cubierto por ellas.

En definitiva, es la hipótesis en que al legitimario se le donó o legó menos de lo que en verdad le corresponde en el *as* hereditario. Tendrá derecho entonces a exigir el complemento de lo que sea necesario para enterar lo que legalmente le corresponde. Si al legitimario le correspondía \$ 1.000.000 y el causante le donó o legó bienes por \$ 300.000, tendrá derecho a exigir que se le pague la diferencia ascendente a \$ 700.000. Este asignatario retendrá las especies que le fueron donadas y tendrá derecho a pedir la entrega de las que se le legaron y, además, podrá demandar el pago del complemento.

548. LAS IMPUTACIONES EXCEDEN LA LEGÍTIMA Y GRAVAN LA MEJORA. La tercera situación que puede darse es que las cosas a imputar a las legítimas sean de mayor valor de lo que al asignatario le corresponde por este concepto y afecten a la cuarta de mejoras. Es el caso excepcional, y en el que lo que se ha dado o asignado al legitimario es superior a lo que le corresponde por concepto de legítima. En este evento, según los artículos 1189 y 1193, el saldo o exceso se imputará al resto de la herencia, concretamente a la parte de mejoras.

De conformidad al artículo 1189, "si la suma de lo que se 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". De acuerdo al artículo 1193 "si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios"; agrega en su inciso segundo 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 artículo 988, la diferencia deberá pagarse también con cargo a la cuarta de mejoras".

La idea de ambos artículos es básicamente la misma: frente a la falta de bienes en la mitad legitimaria para pagar las legítimas, habida cuenta que las imputaciones a la legítima superan el valor de ellas, lo que falté se sacará de la parte de mejoras. Conforme al artículo 1189 si hay déficit de bienes para pagar las legítimas se "sacará de los bienes con preferencia toda otra inversión"; pero, con mayor precisión dice el artículo 1193, si los bienes que deben imputarse son de mayor valor de lo que al legitimario corresponde, el exceso se imputa a la cuarta de mejoras.<sup>733</sup>

<sup>733</sup> No se justifica en la actualidad la presencia de dos artículos que establezcan una regla semejante. Ello se debe solamente a razones históricas. Antiguamente, sólo los descendientes podían ser asignatarios de la cuarta de mejoras. La regla general estaba prevista en el artículo 1189, y la situación de los legitimarios descendientes estaba en el 1193. Hoy en día, los dos preceptos podrían ser uno solo (cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 388 y 389).

Por ejemplo, si el acervo partible es de \$ 700.000 y el causante donó a su hijo mayor por la suma de \$ 300.000, y nada donó a su hijo menor, acontece que el primer acervo imaginario asciende a \$ 1.000.000. La mitad legitimaria es de \$ 500.000; la cuarta de mejoras de \$ 250.000, y la parte de libre disposición también de \$ 250.000. A cada hijo le corresponde la mitad de la mitad legitimaria, esto es \$ 250.000. Pero ocurre que a la parte del hijo mayor debe imputarse la suma de \$ 300.000 que excede su parte en la mitad legitimaria por la suma de \$ 50.000. Esta última cantidad se imputa o se saca de la cuarta de mejoras.

Con todo, no está claro cómo se hace esta imputación a la cuarta de mejoras, pues hay diversas interpretaciones de la frase contenida en el artículo 1193, según la cual el exceso se imputará a la cuarta de mejoras "sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios".

Parece que lleva la razón SOMARRIVA cuando afirma que lo que procede en estos casos es imputar el exceso a toda la cuarta de mejoras y lo que reste de ella, hecha la imputación antes señalada, se distribuirá entre los legitimarios proporcionalmente, que es lo que quiere indicar la parte final del inciso primero del artículo 1193 cuando dice que "...sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios". De modo que en el ejemplo propuesto, a cada hijo corresponderán \$ 100.000 de la cuarta de mejoras, que no es más que el saldo de ella dividida, en este caso, por dos.<sup>734</sup>

De acuerdo a esta tesis, podría acontecer que las imputaciones efectuadas a un legitimario sean de tal magnitud, que por sí solas consuman la totalidad de la cuarta de mejoras, no llevando nada de ella el resto de los legitimarios. Esto no debe ser considerado como arbitrario, pues debe recordarse que el causante tuvo absoluta libertad para disponer de la cuarta de mejoras entre sus descendientes, ascendientes o cónyuge. De modo que no podría parecer criticable que con una donación o asignación a favor de un legitimario se consuma, en su favor, la totalidad de la cuarta de mejoras.

Sin embargo, no es ésta la interpretación de la mayoría de los autores. Creen que la frase "sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios", implica que antes de imputarse el exceso a la cuarta de mejoras, ésta debe dividirse por el número de legitimarios que exista y, una vez hecho, imputarse el exceso sólo a la parte de las mejoras que corresponda a ese legitimario. De esta forma sería imposible que el exceso consumiera completamente la cuarta de mejoras a favor del legitimario a quien se hizo la donación o asignación, siendo solamente posible que consuma la parte que a él le corresponda en la cuarta de

<sup>734</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., pp. 387 y 388.



mejoras. Todo ello a menos que el testador disponga en forma expresa una cosa diferente, pues, en tal caso, ella prevalece sobre la voluntad presunta.<sup>735</sup>

De modo que en el ejemplo antes señalado, teniendo en cuenta que la cuarta de mejoras asciende a \$ 250.000, ella debe ser dividida en dos, pues son dos los legitimarios, lo que arroja un total de \$ 125.000 para cada uno de ellos. Será a esa parte que se impute el exceso de \$ 50.000. El legitimario donatario llevará solamente \$ 75.000 de la cuarta de mejoras (\$ 125.000 menos los \$ 50.000 de exceso), y el otro hijo llevará sus \$ 125.000 íntegros.

El inciso segundo del artículo 1193 debe su actual contenido a la Ley N° 19.585. La verdad es que no parecía del todo necesario, puesto que podría haberse llegado a la misma conclusión sin que él existiera. El cónyuge es un legitimario, y, como tal, tiene todos los derechos que a ellos les corresponden. Sea que lo que le corresponda equivalga al doble de lo que por legítima efectiva o rigurosa le toque a cada hijo, sea que su legítima ascienda a una cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso, lo que lleva es en razón de legítima y, por lo mismo, si lo que se le ha asignado es menos de lo que le toca, como cualquier legitimario, tiene derecho a que el déficit se pague de la cuarta de mejoras.<sup>736</sup>

549. LAS IMPUTACIONES EXCEDEN LA LEGÍTIMA, LA MEJORA Y GRAVAN LA PARTE DE LIBRE DISPOSICIÓN. Por otra parte, puede ocurrir que las imputaciones no sólo superen las legítimas y graven las mejoras, sino que sean de tal magnitud que afecten a la parte de libre disposición, que es la situación prevista en el artículo 1194. Se trata del caso en que el exceso de lo donado o asignado no solamente

<sup>735</sup> Sostienen DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, que "por medio de la imputación a esa cuarta no puede alterarse la repartición igualitaria de la misma si el causante no ha hecho atribuciones de ella en uso de voluntad dispositiva. Por lo mismo, el máximo que podría imputarse al legitimario que recibió liberalidades más allá de su cuota de legítima, será la porción que le correspondería en la cuarta y no puede llegar de ese modo a cubrirse para él sólo la integridad de ella, porque también han de participar los demás titulares, y quedando siempre a salvo las atribuciones hechas por el causante. Así, si existieron los hijos legítimos y una cuarta de mejoras, calculada luego de determinarse el acervo imaginario, de cien a cada hijo corresponde de ella cincuenta, si el causante no la ha distribuido de otro modo. Pues bien, cubierta por imputaciones la parte de legítima de uno de esos hijos, si quedare aun un saldo de sesenta, no podría imputársele a título de mejora sino cincuenta y el saldo de diez se imputará a la cuarta de libre disposición (art. 1194). Esta es, a nuestro modo de ver, la forma correcta de interpretar el art. 1193" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 1119). En igual sentido CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, N° 1551, p. 477; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 267 a 269 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 1, cit., pp. 380, 381 y 382.

<sup>736</sup> Pareciera que este inciso no ha quedado bien ubicado. El inciso primero razona sobre la base de que las asignaciones o donaciones superen lo que al legitimario corresponde por concepto de legítima, en cambio este nuevo inciso se refiere a una situación distinta, cual es que al cónyuge se le haya asignado menos de lo que legalmente le corresponde.

supera la legítima del asignatario, sino que además copa lo que a él le corresponde en dicha cuarta y aún hay exceso que, en este caso, se imputa a la parte de libre disposición.

Dice este artículo que "si las mejoras (comprendiendo el exceso o la diferencia de que habla el artículo precedente, en su caso), no cupieren en la cuarta parte del acervo imaginario, este exceso o diferencia se imputará a la cuarta parte restante, con preferencia a cualquier objeto de libre disposición, a que el difunto la haya destinado".

Esta conclusión es natural si se tiene en cuenta el carácter de asignación forzosa de las legítimas y mejoras. El testador está obligado a hacerlas, y si no las hace, las suple la ley, aun en perjuicio de disposiciones legales expresas. Por eso dice el artículo que de la parte de libre disposición se sacará lo que falte con preferencia a cualquier otra inversión; es decir, aun antes de pagar las asignaciones con cargo a esta parte de libre disposición. De modo que si por el proceso de imputaciones no alcanza para pagar con la legítima, se gravará la parte de mejoras, y si todavía es insuficiente, se pasará a la parte de libre disposición.

550. LAS IMPUTACIONES SUPERAN LA LEGÍTIMA, LA MEJORA Y LA PARTE DE LIBRE DISPOSICIÓN. Puede acontecer que las imputaciones de donaciones u otras asignaciones superen la legítima, la mejora y la parte de libre disposición. En otras palabras, la donación o asignación con la que se favoreció al legitimario es tan grande que su pago supera lo que a él le toca en la mitad legitimaria, pero además la cuarta de mejoras y la de libre disposición. Por ejemplo, tal acontecerá cuando el causante tiene dos hijos, un acervo líquido de \$ 1.000.000 y ha hecho donaciones a uno de ellos por \$ 9.000.000. En este caso, lo mínimo que debería llevar el hijo no donatario es de \$ 2.500.000 que equivale a la mitad de la mitad legitimaria calculada sobre el primer acervo imaginario<sup>737</sup>. Por su parte, al hijo donatario lo más que podría haberle tocado en la herencia era la suma de \$ 7.500.000 que corresponden a la mitad de la mitad legitimaria, la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición. Por lo tanto recibió \$ 1.500.000 de exceso, en tanto que el otro hijo tiene un déficit, precisamente de \$ 1.500.000, ya que tiene para pagarse un millón que es lo que hay en la herencia, y el resto es déficit.

<sup>737</sup> Se sigue en el ejemplo la ya explicada tesis de SOMARRIVA en torno a la interpretación del artículo 1193, según la cual las imputaciones que excedan la legítima pueden gravar la totalidad de la cuarta de mejoras, y no solamente la parte que en ella le quepa al legitimario. Recuérdese que en la interpretación mayoritaria el exceso de la legítima no podría gravar la totalidad de la cuarta de mejoras, de modo que en ese caso, el legitimario no donatario llevaría más que la mitad de la mitad legitimaria, esto es \$ 3.750.000.

Resulta aplicable, en este caso, el inciso segundo del artículo 1206 que señala que "si le cupiere definitivamente una cantidad inferior al valor de las mismas especies, y estuviere obligado a pagar un saldo, podrá a su arbitrio hacer este pago en dinero, o restituir una o más de dichas especies, y exigir la debida compensación pecuniaria por lo que el valor actual de las especies que restituya excediere el saldo que se debe".

551. NO EXISTE FORMA DE COMPLETAR LAS LEGÍTIMAS Y LAS MEJORAS. Finalmente, puede ocurrir que no haya forma de completar las legítimas o las mejoras. Este es el caso en que no hay posibilidad de ejercer acciones de inoficiosa donación ni es posible que los legitimarios puedan devolver el exceso (por ejemplo, por ser insolventes ni conservar las donaciones que se le hicieron). Según el artículo 1196 "si no hubiere como completar las legítimas y mejoras, calculadas en conformidad a los artículos precedentes, se rebajarán unas a otras a prorrata".

Crean los DOMÍNGUEZ que cuando haya de procederse a esta rebaja proporcional, ello deberá hacerse tanto respecto de las legítimas como de las mejoras, en la medida que ambas son asignaciones forzosas de igual entidad, por lo que no procede que primeramente se enteren las legítimas si se puede, y si ello no es posible se reduzcan proporcionalmente las mejoras.<sup>738</sup>

Sin embargo, la solución resulta dudosa. Como antes se ha dicho, y es aceptado por la generalidad de la doctrina, las legítimas gozan de preferencia de pago. Por otro lado, el artículo 1189 expresamente señala que si lo que se 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". Finalmente, no parece que pueda resultar acorde con el sistema de protección de los legitimarios que si hay tres hijos que no alcanzan a pagarse de lo que por legítima les corresponde, se pague, por ejemplo, algo de las mejoras con las que el testador benefició a sus nietos.

## CAPÍTULO 46

## EL DESHEREDAMIENTO O EXHEREDACIÓN

552. CONCEPTO. El desheredamiento, según el artículo 1207, es una disposición testamentaria en la que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima.<sup>739</sup>

Esta posibilidad que la ley entrega al testador encuentra causa en que la protección de los asignatarios forzosos, en concreto los legitimarios, no está exenta de límites. Si bien se grava al testador con la obligación de asignarles una parte de sus bienes, ello lo será en la medida que aquéllos tengan una conducta acorde con los cercanos lazos de familia que los ligan con el causante. Cuando estos cánones de correcta conducta se violan gravemente, la ley autoriza a que el causante los prive de lo que por ley les corresponde en la herencia, en el bien entendido que debe existir un régimen de reciprocidad entre lo que el causante les debe y lo que ellos deben al causante. Si este equilibrio se rompe por la mala conducta que ellos tienen hacia el testador, no se justifica que la ley les mantenga la protección que les brinda.<sup>740</sup>

Como se comprende, el desheredamiento es propio de los sistemas en que no existe libertad de testar. Allí donde el causante puede disponer con libertad de sus bienes le bastará con otorgar un testamento en el que no se incluya a la persona que ha tenido una conducta que lo ha distanciado del causante<sup>741</sup>. Sin embargo,

<sup>739</sup> Sobre el particular BARRÍA MORALES, A., *Del desheredamiento*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1916.

<sup>740</sup> Esta institución aparece ya en el Código de Hammurabi (entre el 2300 al 2000 a. C.) como facultad del padre sometida a la confirmación del juez después de comprobada la indignidad del desheredado (arts. 168 y 169) (cfr. VALLET DE GOYISOLO, J., *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, *Las legítimas*, Madrid, 1974, p. 653).

<sup>741</sup> Sin embargo, la solución no es absoluta. En Estados Unidos, país en el que existe completa libertad de testar, si el padre quiere excluir a sus hijos de la sucesión, debe desheredarlos, ya que si sólo no los menciona en el testamento, la ley entiende que ello se debe a una inadvertencia o descuido accidental. De modo que si el causante no quiere que lleven nada, no es suficiente con preterirlos en el testamento, es además menester que sean desheredados, porque de lo contrario se establece para ellos una porción del

<sup>738</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., p. 1121.

en los sistemas en donde no existe libertad absoluta de testar, al encontrarse limitada por la presencia de asignaciones forzosas, es necesario que, en virtud de causa legal debidamente acreditada, el testador excluya al asignatario indeseado<sup>742</sup>. De allí que casi todas las legislaciones que establecen asignaciones forzosas, contemplan la figura del desheredamiento.<sup>743</sup>

553. REQUISITOS. Señala el inciso segundo del artículo 1207 que no valdrá el desheredamiento que no se conformare a las reglas que en este título se expresan. Ello implica que: *a)* el desheredamiento debe hacerse por testamento; *b)* debe existir causa legal de desheredación; *c)* la causal debe ser expresada en el testamento, y *d)* es necesario que se acrediten los hechos que constituyen esta causal en un juicio.

554. EL DESHEREDAMIENTO DEBE HACERSE POR TESTAMENTO. Que el desheredamiento deba hacerse por testamento, emana del artículo 1207.1, cuando señala que el desheredamiento es una "disposición testamentaria".

Se trata efectivamente de una disposición testamentaria y no de una mera declaración, pues el objeto de esta cláusula es pronunciarse respecto de una cuestión de evidente carácter patrimonial. Una buena demostración de esta circunstancia es que el desheredamiento puede ser revocado, lo que no sería admisible, por regla general, si se tratase de una declaración testamentaria.

Continuación nota <sup>741</sup>

patrimonio que normalmente corresponde a lo que habrían llevado en la sucesión intestada del causante (cfr. LECERÉN, *El sistema...*, cit., pp. 215 y 216).

<sup>742</sup> Explica FERRERO que "la desheredación es una consecuencia directa de la legítima. Cuando no existe, por tener el causante la libre disposición de todos sus bienes, no opera la desheredación. Los herederos no forzados pueden ser excluidos sin que el testador exprese causa alguna; pues, precisamente, en este caso tendrá el testador la libre disposición de la totalidad de sus bienes. No obstante su relación imbricada con la legítima, la desheredación priva al heredero no sólo de ésta sino también de la parte alcuota de la herencia que le corresponda. Le hace perder el carácter de heredero; es decir, deroga su vocación hereditaria" (*Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 631). En igual sentido firma BORDA que "la desheredación únicamente puede afectar la legítima. Para la porción disponible no es necesario echar mano del recurso, siempre ingrato, de desheredar" (*Tratado...*, T. I, cit., pp. 134 y 135).

<sup>743</sup> Dispone el artículo 848 del Código Civil español que "la desheredación sólo podrá tener lugar por algunas de las causas que la ley expresamente señala". El artículo 3744 del Código Civil argentino dispone que "el heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida, por efecto de la desheredación, por las causas designadas en este título, y no por otras aunque sean mayores". El artículo 896 del Código Civil uruguayo señala que "la desheredación es una disposición testamentaria, por la causal se priva o excluye de su legítima al heredero forzoso". El artículo 742 del Código Civil peruano dispone que "por la desheredación el testador puede privar de la legítima al heredero forzosos que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas en la ley". El artículo 2166.1 del Código portugués dispone que "el causante podrá en el testamento, con expresa declaración de causa, desheredar al heredero legítimo, privándolo de la legítima", cuando se verifique alguna de las causas que allí se indican.

Por lo mismo, no es válido el desheredamiento que se haga en instrumento privado o público que no tenga el carácter de testamento, pero sí el que está contenido en un testamento privilegiado.

555. EXISTENCIA DE UNA CAUSA LEGAL. Las causas de desheredación están expresadas taxativamente en el artículo 1208.

La norma comienza indicando que los descendientes no pueden ser desheredados sino por las causales que allí se mencionan. Su inciso final señala, en cambio, que los descendientes y el cónyuge solamente pueden serlo por cualquiera de las tres primeras causales. En consecuencia, trátase de ascendientes, de descendientes o del cónyuge sobreviviente, su exclusión por medio del desheredamiento requiere de causal expresa.

No hay otras causas de desheredamiento más que las señaladas en el artículo 1208, aun cuando la conducta del heredero sea incluso más grave de las allí señaladas; por lo mismo no será posible desheredarlo si no se enmarca dentro de alguna de ellas. Como lo dice el artículo 3744 del Código argentino: solamente se puede desheredar por esas causales "y no por otras aunque sean mayores".

Siendo situaciones de excepción, las causales tienen un carácter limitativo, deben ser interpretadas restrictivamente y no admiten una interpretación amplia ni una aplicación analógica.<sup>744</sup>

556. DEBE EXPRESARSE LA CAUSAL EN EL TESTAMENTO ESPECÍFICAMENTE. Según el artículo 1209 no valdrá ninguna de las causas de desheredación mencionadas en el artículo 1208, si no se expresa en el testamento específicamente. No es necesario que se mencione por el testador el número del artículo 1208 en que se funda para desheredar, pues ello sería exigirle conocer con detalle el Código Civil, basta con que el testador señale o describa los hechos que constituyen la causal y en forma sustancial<sup>745</sup>. Será tarea posterior determinar si esos hechos son o no motivo para la desheredación.

De lo anterior se desprende que el testador no puede desheredar condicionalmente, o para el evento que lleguen a suceder los hechos que implican causal de desheredación. La causa de la privación de la legítima debe existir al momento de otorgarse la disposición testamentaria<sup>746</sup>. Para desheredar, los hechos deben haber acontecido. Cosa distinta es que, habiendo acontecido los hechos, el testador

<sup>744</sup> Así FERRERO, *Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 638.

<sup>745</sup> Cfr. KIPP, *Tratado...*, T. V, Vol. I, cit., p. 166.

<sup>746</sup> Cfr. *ibídem*, p. 165.

desherede condicionalmente, por ejemplo, señalando que habiéndose configurado la causal de desheredación, queda desheredado tal o cual legitimario si no se retracta en un plazo que se señala o realiza determinado hecho. De esta forma, lo que en verdad acontece es que lo que resulta condicionado no es el desheredamiento, sino que el perdón por parte del causante.

557. PRUEBA DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA CAUSAL EN JUICIO. De acuerdo al inciso primero del artículo 1209 no valdrá el desheredamiento si la causal "no se hubiere probado judicialmente en vida del testador, o las personas a quienes interesare el desheredamiento no la probaren después de su muerte"...

De lo anterior se desprende sin dificultades que se requiere de un juicio en el que se establezcan los hechos que dan lugar a la causal de desheredación. Puede ser un juicio civil o penal que tenga lugar en vida del testador o uno 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 el que se establecieron estos hechos, bastará que el causante los indique en el testamento. Por el contrario, si hubo agresión y las lesiones, y el testador estableció estos hechos en el testamento, pero no existió el proceso criminal, el resto de los herederos interesados deberá iniciar un juicio destinado a demostrar la existencia de los hechos.

El juicio en el que se establece la causal de desheredamiento, puede ser el de reforma de testamento iniciado por el desheredado con el fin de que se cambie el testamento en aquella parte en la que se le deshereda o bien puede ser un litigio especialmente iniciado por el resto de los herederos con el propósito que se declare que el legitimario ha sido correctamente desheredado.<sup>747</sup>

¿Qué acontece mientras pende el juicio? Según ZANNONI "aunque el desheredado controvierta la existencia de la causa invocada por el testador para desheredarlo, su exclusión lo priva del llamamiento *ipso iure*. Aunque se trata de un heredero forzoso; es decir, de un legitimario, carece provisionalmente de voca-

<sup>747</sup> No está expresamente previsto en nuestro Código la posibilidad de que sea el propio causante quien inicie un juicio en contra del legitimario destinado específicamente a establecer la veracidad y certeza que invoca para desheredarlo. Cosa distinta acontece en el artículo 751 del Código peruano, según el cual "el que deshereda puede interponer demanda contra el desheredado para justificar su decisión. La demanda se tramita como proceso abreviado. La sentencia que se pronuncie impide contradecir la desheredación". Esta acción de desheredación sólo puede intentarse cuando el causante haya, previamente, otorgado un testamento en el que hace uso de la posibilidad de desheredar al legitimario (cfr. FERRERO, *Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 650). Agrega el artículo 752 del mismo Código que "en caso de no haberse promovido juicio por el testador para justificar la desheredación, corresponde a sus herederos probar la causa, si el desheredado o sus sucesores la contradicen".

ción y quienes accionan podrán obtener medidas precautorias en la acción para evitar que el desheredado pueda invocar título de heredero"<sup>748</sup>. En igual sentido señala BORDA que mientras dura el proceso el desheredado "carece de título hereditario, no recibe la posesión de la herencia de pleno derecho, puesto que ha sido privado de ella por el testador. Es verdad que puede impugnar la disposición testamentaria, pero hasta que el Juez declare que no se ha probado la causa de desheredación invocada por el causante, él no puede reclamar los bienes".<sup>749</sup>

Excepcionalmente no se requiere de juicio, cosa que acontece, según el inciso segundo del artículo 1209, cuando el desheredado no reclame su legítima dentro de los cuatro 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.

En general se considera que la solución antes señalada se justifica siempre que la inactividad del desheredado constituye una suerte de renuncia tácita a su asignación. El resto de los herederos se encontrarán en posesión tranquila de la herencia sin perturbaciones, por lo que no parecería conveniente imponerles a ellos—sin perjuicio que quieran hacerlo—que inicien un pleito destinado a acreditar los hechos que configuran la causal de desheredamiento.

558. CAUSALES DE DESHEREDAMIENTO. Como antes se ha dicho, las causales de desheredamiento están taxativamente enumeradas en la ley. No hay otras razones para desheredar que no sean las establecidas en el artículo 1208. Como se ha dicho, todas estas causales son aplicables a los descendientes del causante, y solamente algunas de ellas, las tres primeras del artículo 1208, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente.

Como podrá observarse, se trata de causas muy semejantes a las de indignidad para suceder previstas en el artículo 968 del Código Civil, que, de conformidad al inciso segundo del artículo 324, son conductas que constituyen injuria atroz. Se trata de situaciones de mucha gravedad y que requieren, por tanto, de hechos muy fuertes de parte del desheredado. A ello debe sumarse la circunstancia que

<sup>748</sup> *Manual...*, cit., p. 104.

<sup>749</sup> *Tratado...*, cit., T. I, p. 142. Así también lo entienden entre nosotros DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, quienes con ocasión del examen de las diferencias entre la indignidad y el desheredamiento, afirman que "el desheredado carece de título a la herencia. No es llamado a ésta (...) El desheredado, estando fuera de la sucesión, debe intentar una demanda se desea integrarse al fenómeno sucesorio, mediante la acción de reforma de testamento (...) La indignidad pide una sentencia ejecutoriada para que el indigno quede fuera de la sucesión. Esta sentencia no se precisa para el desheredado, el que, en cierto caso, sino reclama dentro de los cuatro años su legítima, queda para siempre separado de la sucesión del difunto" (*Derecho sucesorio*, cit., pp. 1162 y 1163).

los hechos deben ser probados suficientemente en juicio. Todo ello hace que la configuración y prueba de estas causales no sea fácil.

Como en otros lugares, se prefirió el sistema de enumeración taxativa al de una causa general. Se ha entendido que este último modelo da lugar a demasiados litigios destinados a establecer si hay o no mérito para desheredar.<sup>750</sup>

559. INJURIA GRAVE. De acuerdo al número 1 del artículo 1208, es causal de desheredamiento el haber cometido el legitimario 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.

Esta causa de desheredamiento es similar a la causal de indignidad señalada en el número 2 del artículo 968, según la cual es indigno de suceder al causante "el que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada".

La causal de desheredamiento es la injuria grave, comportamiento que si bien está enunciado, no está ni descrito ni definido por la ley. Naturalmente, la expresión injuria no está tomada en su significación penal, sino que es utilizada como sinónimo de la expresión daño o perjuicio, tal como se hace en la definición de dolo del artículo 44. Por consiguiente, podrá ser desheredado quien haya cometido un grave daño en contra de las personas que menciona la norma. Equivale a la expresión "atentado grave" de la que se vale el artículo 968 N° 2 para configurar la causal de indignidad. Como se comprende, la determinación final de si se está en presencia de un daño y de la gravedad de éste es una cuestión de hecho que, como tal, deberá ser apreciada por los tribunales del fondo.

560. AUSENCIA DE SOCORRO. De acuerdo a lo señalado en el número 2 del artículo 1208, el legitimario podrá ser desheredado por el causante "por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo".

Es parecida esta causal de desheredamiento a la señalada como causa de indignidad en el número 3 del artículo 968, de conformidad a la cual es indigno de suceder al causante "el consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo".

Deriva esta posibilidad de la infracción al deber señalado en el artículo 223, que prevé que "aunque la emancipación confiera al hijo el derecho de obrar inde-

pendientemente, queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitare sus auxilios". "Tienen derecho al mismo socorro todos los demás ascendientes, en caso de inexistencia o de insuficiencia de los inmediatos descendientes". Si el descendiente no cumple con este deber, puede ser desheredado. Lo propio se extiende a los ascendientes y al cónyuge. Es obligación de los padres velar por el cuidado de los hijos (artículos 224 y siguientes), y de los cónyuges auxiliarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida (artículos 131 y siguientes).

La destitución a que se refiere el precepto está claramente referida a la falta de auxilio alimenticio por parte del desheredado. Cabe entender que el causante se encuentra en estado de destitución cuando carece de los medios para subsistir, y el desheredado no hace nada por auxiliarlo.

Para que esta causal tenga aplicación, debe suponerse un cambio radical de circunstancias. Si el causante estuvo en algún momento demente y no fue socorrido, es de suponer lógicamente que ahora ha sido rehabilitado o se recuperó, pues de lo contrario su testamento sería nulo por incapacidad (artículo 1005 números 4 y 5). Por otro lado, si el causante careció en algún momento de lo necesario para subsistir, es necesario que su fortuna haya cambiado y tenga ahora bienes, puesto que en caso contrario, el desheredamiento no pasaría de ser una ironía de parte del causante.

Ahora bien, todo lo anterior se subordina a la circunstancia de que el legitimario desheredado haya tenido la posibilidad de socorrer al causante; de allí la expresión "pudiendo" con la que finaliza el precepto. Si el legitimario estaba igualmente privado de la razón o carecía de bienes para poder darle todo lo que el causante merecía, no se hace procedente el desheredarlo.

561. TENTATIVA DE IMPEDIR EL TESTAMENTO. Señala el número 3 del artículo 1208 que podrá ser desheredado el legitimario que se haya valido de fuerza o dolo para impedirle testar al causante.

Esta causal corresponde, más o menos, a la causal de indignidad para suceder prevista en el número 4 del artículo 968, según la cual es indigno de suceder al causante "el que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar". Difieren en todo caso, en ciertas cuestiones. Desde luego en el caso del desheredamiento solamente se sanciona a quien trató de impedir el testamento, y no al que obtuvo en su favor una disposición testamentaria. Por otro lado, en el caso del desheredamiento el propósito del legitimario resultó frustrado, toda vez que no pudo impedirle al causante testar, la mejor

<sup>750</sup> Cfr. KIPP, *Tratado...* T. V, Vol. 1, cit., p. 164.

prueba de ello es la existencia del testamento en la que se le deshereda. Por lo mismo queda comprendido en la causal quien trató de impedir con fuerza o dolo que el causante hiciera el testamento, sin lograrlo.

562. HABERSE CASADO SIN EL CONSENTIMIENTO DE UN ASCENDIENTE. Según lo previsto en la regla 4<sup>a</sup> del artículo 1208, un descendiente puede ser desheredado "por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo".

De acuerdo al artículo 107, "los que no hubieren cumplido dieciocho años no podrán casarse sin el consentimiento expreso de sus padres; si faltare uno de ellos, el del otro padre o madre; o a falta de ambos, el del ascendiente o de los ascendientes de grado más próximo". "En igualdad de votos contrarios preferirá el favorable al matrimonio". Se trata de uno de los impedimentos impeditivos para contraer matrimonio. Su infracción no produce la nulidad del matrimonio, sino que acarrea otras sanciones civiles distintas de la nulidad. En este caso, la sanción es que puede ser desheredado no sólo por quien debía consentir, sino que por cualquier otro ascendiente.

Asimismo, si el causante muere intestado, el que se ha casado sin el necesario asenso matrimonial solamente llevará la mitad de lo que le hubiere correspondido en la herencia. En efecto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 114 "el que no habiendo cumplido dieciocho años se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, podrá ser desheredado, no sólo por aquel o aquellos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes". "Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto".

Con todo, las sanciones para esta persona no terminan allí, puesto que el ascendiente que debía consentir el matrimonio de su descendiente podrá revocar por esta razón las donaciones que le hubiere hecho. A este respecto dispone el artículo 115 que "el ascendiente sin cuyo necesario consentimiento se hubiere casado el descendiente, podrá revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho". "El matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de otra persona, no priva del derecho de alimentos".

563. CONDUCTAS ILÍCITAS DEL DESCENDIENTE. Como última causal de desheredamiento, la regla 5<sup>a</sup> del artículo 1208 establece varias conductas que son diferentes. Dispone que podrá desheredarse a un descendiente "por haber cometido un delito que merezca pena aflictiva; o por haberse abandonado a los vicios o

ejercido granjerías infames; a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado".

Delitos que merecen pena aflictiva son los sancionados con tres años y un día de presidio o reclusión. Evidentemente también será causal de desheredamiento si se trata de delitos que merezcan pena mayor. Debe tratarse de un delito, y no de un cuasidelito.

Obviamente se requiere de una sentencia condenatoria, dado que la manera de probar que un sujeto ha cometido un delito es mediante la correspondiente sentencia penal que lo establezca. Mas no está claro si dicha sentencia debe encontrarse firme a la fecha del desheredamiento. La lógica de las cosas hace suponer que ella debe estar ejecutoriada, pues de lo contrario, el sujeto podría ser desheredado y ser posteriormente absuelto.<sup>751</sup>

De la misma forma, no está claro si para el desheredamiento es necesario que el sujeto sea efectivamente condenado a pena aflictiva, o basta con que el delito merezca ser sancionado con pena aflictiva, aun cuando se le imponga una pena menor. El actual tenor literal del artículo parece indicar lo segundo.<sup>752</sup>

Que el descendiente se haya entregado a los vicios no tiene una connotación precisa, y será cuestión de cada caso darle su correcta dimensión. En todo caso, cabe suponer que el descendiente da lugar a la causal cuando lleva una vida licenciosa, se dedica inmoderadamente al juego, se embriaga con habitualidad o se entrega a las drogas o a la delincuencia. Lo relevante es que no se trate de una conducta meramente ocasional, sino que debe revestir caracteres de habitualidad, así se desprende de la expresión "haberse abandonado a los vicios".

Finalmente, el descendiente podrá ser desheredado si ha ejercido granjerías infames. La granjería es la ganancia que se obtiene traficando. La expresión infame implica que se trata de algo muy malo y vil. Se incurrirá en esta conducta por parte del desheredado si se dedica al tráfico de blancas, o es proxeneta, si es traficante de drogas, o de especies robadas o ilícitas.

<sup>751</sup> No es, en cambio, esta la opinión de RODRÍGUEZ, para quien el contexto de la norma permite entender que el sujeto puede ser desheredado con el mérito de la sentencia de primera o segunda instancia, a pesar de no estar ejecutoriada, pues de lo contrario, a pesar de que el desheredado cometió el crimen, no podría desheredarlo por estar pendiente la ejecutoria de la sentencia (cfr. *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 26).

<sup>752</sup> Con la redacción anterior a la Ley N° 19.585, que exigía que al desheredado se le hubiere "aplicado algunas de las penas designadas en el número 7 del artículo 267", se pronunciaba en contra CLARO SOLAR, quien entendía que "para que el descendiente pueda ser desheredado por esta causa es necesario que haya sido condenado por el delito y se le haya aplicado una de las penas indicadas; no bastaría la simple comisión del delito y que en la acusación se pida se le aplique alguna de dichas penas, porque podría aplicársele una pena inferior y en tal caso no se hallaría comprendido dentro de los términos de la causa que produce el desheredamiento" (ob. cit., T. 15, N° 1608, p. 526). En igual sentido sostienen DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, que "para el desheredamiento lo que interesa es la pena impuesta" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 1152).

Todas las causales señaladas en esta última regla no son aplicables si el desheredado logra demostrar que "el testador no cuidó de su educación". En tal caso, la ley supone que todos estos malos hábitos provienen de la falta de aquella educación que el testador estaba obligado a proporcionarle y que no le dio en lo que era necesario.

564. EL DESHEREDAMIENTO Y LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER<sup>753</sup>. Como se advierte de todo lo dicho, existe una conexión bastante grande entre el desheredamiento y la indignidad para suceder. En ambos casos lo que acontece es que una persona queda excluida de la sucesión del causante en virtud de haber incurrido en conductas graves que lesionan directa o indirectamente al causante o a sus familiares cercanos. De hecho, y como se dijo, existe bastante cercanía entre las causales de indignidad para suceder y las que son de desheredamiento.

De allí que muchos hayan pensado que no se justifica mantener un régimen diferenciado para ambas instituciones, y que sería hartó más conveniente fusionarlas en una sola. Así las cosas, lo que no se hace por desheredamiento se obtendría por medio de la indignidad<sup>754</sup>. En este sentido, acaso resulte ilustrativo el artículo 899 del Código Civil uruguayo cuando dispone que "todas las causas de indignidad para suceder (artículo 842) lo son también respectivamente de desheredación". Más demostrativo resulta todavía el caso de ciertos países como Francia, Italia, México o Venezuela, en los que sus respectivos códigos civiles omiten toda referencia a la desheredación, siendo ella absorbida por la indignidad para suceder.

Con todo, hay quienes están por la mantención del actual sistema, en el que coexisten el desheredamiento y la indignidad para suceder. Sostiene BORDA que "la desheredación debe mantenerse con independencia de la indignidad. Ante todo, porque es la institución típica, la que mejor expresa la razón final y verdadera de la exclusión del heredero, que la voluntad del causante, como lo prueba la circunstancia de que aun en la hipótesis de indignidad el perdón deja sin efecto la exclusión. En segundo lugar, porque hay ciertos agravios que no son suficientemente graves como para excluir *ministerio legis*, al culpable, pero que pueden autorizar al testador (único que puede medir con justeza la hondura de la ofensa) a desheredarlo; tal es el caso de las injurias o, en las legislaciones que lo admiten, la vida deshonesto del descendiente. Por último, la desheredación permite negar *ab initio*, desde el momento mismo de la muerte, la posesión de la herencia, lo que no ocurre con la indignidad. Por todos estos motivos y por una razón de respeto hacia una larga

<sup>753</sup> Véase JORDANO FRAGA, F., *Indignidad sucesoria y desheredación*, Granada, 2005.

<sup>754</sup> Véase FERRERO, *Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., pp. 631 y 632.

tradición jurídica, la mayor parte de las legislaciones han conservado la desheredación como institución autónoma<sup>755</sup>. De hecho, esta solución se mantiene en muchos códigos civiles, como el de Alemania, España, Portugal y Colombia.

En todo caso, debe indicarse que existen diferencias entre el desheredamiento y la indignidad para suceder: a) La indignidad para suceder opera en ambas sucesiones; en cambio el desheredamiento solamente tiene cabida en la sucesión testada. b) Pueden llegar a ser indignos de suceder todos los asignatarios, pero solamente los legitimarios pueden ser desheredados por el causante. c) La indignidad pueden alegarla los herederos del causante, mientras que la desheredación la invoca el propio causante. d) Las causas de indignidad son hartó más extensas que las de desheredación. e) El indigno pierde todo su derecho en la sucesión, en tanto que el legitimario puede ser parcialmente desheredado.

565. LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DEL DESHEREDAMIENTO<sup>756</sup>. La acción de que dispone el desheredado para impugnar su desheredamiento es la de reforma del testamento, según se desprende del artículo 1217.2, particularmente de su inciso segundo. Dice este precepto que "en general, lo que por ley corresponde a los legitimarios y lo que tienen derecho a reclamar por la acción de reforma, es su legítima rigorosa, o la efectiva en su caso". "El legitimario que ha sido indebidamente desheredado, tendrá, además, derecho para que subsistan las donaciones entre vivos comprendidas en la desheredación".<sup>757</sup>

<sup>755</sup> *Tratado...*, T. I, cit., p. 148. En parecido sentido señala ALBALADEJO que podría pensarse que es inútil tener causas de desheredación diferentes de las de indignidad, "ya que para que el indigno no pueda suceder no hay que desheredarlo, puesto que no puede suceder precisamente porque es indigno de suceder. Sin embargo, aparte de que lo que abunde no dañe, en la práctica quizás no va mal permitir que el testador invoque la causa de indignidad como justificación de por qué priva de la legítima al que incurrió en ella, y, esto presupuesto, hay ciertos efectos distintos, entre ser indigno y ser desheredado por una de las causas que, siendo también de indignidad, aduzca el testador" (*Curso...*, T. V, cit., pp. 386 y 387).

<sup>756</sup> Véase VILALTA NICUESA, A. y MÉNDEZ TOMÁS, R., *Acción de impugnación de la desheredación*, Barcelona, 2001.

<sup>757</sup> No existe entre nosotros una acción especialmente concebida para impugnar el desheredamiento, al estilo de lo que acontece, por ejemplo, en Perú, en donde el artículo 750 del Código Civil contiene la denominada acción de contradicción. Dispone el precepto que "el derecho a contradecir la desheredación corresponde al desheredado o a sus sucesores y se extingue a los dos años, contados desde la muerte del testador o desde que el desheredado tiene conocimiento del contenido del testamento". Aun cuando pareciera que se trata de una mera regla de prescripción, la doctrina entiende que allí se contiene una verdadera acción de contradicción del desheredamiento (cfr. FERRERO, *Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., pp. 648 y 649). Algo semejante acontece en Portugal, en donde el artículo 2167 del Código señala, bajo el título de impugnación de la desheredación, que "la acción de impugnación de la desheredación con fundamento en la inexistencia de la causa invocada, caduca a los dos años contados desde la apertura del testamento".

Debe observarse que este precepto está ubicado, precisamente, en el párrafo segundo del Título VI del Libro III, relativo a la acción de reforma del testamento. Por otro lado, el inciso primero señala que lo que se reclama mediante esta acción es la legítima rigorosa o efectiva que corresponde a los legitimarios. Luego, se dice en el inciso segundo que el desheredado tendrá derecho a reclamar "además" las donaciones entre vivos comprendidas en la desheredación. Así las cosas, acontece que si el desheredado puede reclamar además las donaciones, es porque en lo principal reclama su legítima de la que fue privado mediante el testamento.

Lo que pide a fin de cuentas el desheredado es que se modifique el testamento en cuanto se le deshereda, debiendo quedar instituido como heredero en su legítima.

No es, en consecuencia, la acción de petición de herencia la que debe intentar el desheredado, sino que la de reforma del testamento<sup>758</sup>. Sin perjuicio de ello, si prospera la reforma del testamento, y el resto de los herederos se resiste a la entrega de lo que le corresponde, procederá en contra de ellos la petición de herencia. De hecho, parece perfectamente posible que ellas se entablen conjuntamente, quedando subordinada la petición de herencia al éxito de la primera acción.

566. EFECTOS DEL DESHEREDAMIENTO. Se refiere a los efectos de la exheredación el artículo 1210. Dice la norma que "los efectos del desheredamiento, si el desheredador no los limitare expresamente, se extienden no sólo a las legítimas, sino a todas las asignaciones por causa de muerte y a todas las donaciones que le haya hecho el desheredador": "Pero no se extienden a los alimentos, excepto en los casos de injuria atroz". Rige aquí la voluntad del testador. Se le reconoce a éste la facultad para limitarlos. Si no lo hiciera, se producirán los efectos que la ley señala.<sup>759</sup>

Si el testador no limita los efectos del desheredamiento se entiende que éste es total, lo que determina las siguientes consecuencias:

a) El desheredado queda privado de su legítima. Éste es el efecto fundamental y que por definición corresponde al desheredamiento, pues mediante él se priva al legitimario de todo o parte de su legítima. Quedan aquí comprendidas tanto la legítima rigorosa como la legítima efectiva (artículos 1207 y 1210).

<sup>758</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 30.

<sup>759</sup> No era así en el Derecho Romano, en donde la desheredación era absoluta, esto es, con respecto a toda la herencia. No cabían, pues, desheredamientos parciales (cfr. GUZMÁN, *Derecho Privado Romano*, T. II, cit., p. 464). Con la redacción de los artículos 1208, 1210 y 1211 se elimina la discusión que existe en otros sitios en torno a si proceden desheredaciones parciales. Así ocurre, por ejemplo, en España (cfr. VALLET DE GOITYSOLO, J. B., *¿Cabe la desheredación parcial?*, en *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. I, Madrid, 1980, pp. 142 y ss.).

b) Por otro lado, el desheredado queda privado de toda otra asignación por causa de muerte. Naturalmente esas asignaciones no están contenidas en el testamento en el que se hace el desheredamiento, pero sí pueden estarlo en un testamento anterior (artículo 1210).

c) Queda privado el desheredado de todas las donaciones que le haya hecho el causante (artículo 1210).

d) No se extienden en cambio los efectos a los alimentos, salvo los casos de injuria atroz. De conformidad al artículo 324 solamente son causales de injuria atroz las mencionadas en el artículo 968. Cuando exista coincidencia entre la causa del desheredamiento con algunas de las contenidas en el artículo 968, el desheredado perderá, además, el derecho de alimentos (artículo 1210.2).

e) Pierde el desheredado el derecho al pago con beneficio de competencia. Según lo señalado en el artículo 1625 el "beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buena mente puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna". En atención a lo señalado en el número 1 del artículo 1626, "el acreedor es obligado a conceder este beneficio a sus descendientes o ascendientes; no habiendo éstos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de desheredación". De suerte que si estas personas han dado lugar al desheredamiento perderán el derecho de pagar con beneficio de competencia.

f) Si un padre ha quedado desheredado, según lo señalado en el artículo 250 N° 3, queda privado del derecho legal de goce de los bienes que pasen al hijo por esta causa. Dice la norma en cuestión que "la patria potestad confiere el derecho legal de goce sobre todos los bienes del hijo, exceptuado las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad". En estos casos, el goce corresponderá al otro padre o al propio hijo, en conformidad con los artículos 251 y 253.<sup>760</sup>

<sup>760</sup> Sostiene RODRÍGUEZ que "observamos en este punto una cierta inconsistencia, derivada de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585. En efecto, si el derecho de goce pasa al otro cónyuge y existe entre ambos sociedad conyugal, los frutos de estos bienes aprovecharán en cierta medida al desheredado, lo cual contraviene los fines de la ley. Por eso era más coherente la reglamentación anterior, que distinguía si había o no sociedad de bienes entre los padres del menor; o si existía régimen de participación en los gananciales o separación de bienes" (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 33). No parece que exista la inconsistencia señalada. El inciso tercero del artículo 252 indica que "cuando este derecho corresponda a la madre casada en sociedad conyugal, ésta se considerará separada parcialmente de bienes respecto de su ejercicio y de lo que en él obtenga. Esta separación se regirá por las normas del artículo 150". De esta manera se evita que el padre desheredado se beneficie con los frutos de los bienes que pasan al hijo.



567. DESTINO DE LAS ASIGNACIONES QUE CORRESPONDÍAN AL DESHEREDADO. El destino de la legítima de la que es privado el legitimario es diferente según si éste tiene o no descendientes. Si el desheredado tiene descendencia con derecho de representarlo, su legítima pasa a ellos de conformidad a los artículos 986 y 987.<sup>761</sup> Si el desheredado no tiene descendencia con derecho de representarlo, opera el acrecimiento de legítima rigurosa a legítima rigurosa previsto en el artículo 1190, y se distribuirá entre el resto de los legitimarios. Si no hay otros legitimarios no hay acrecimiento, y se aplican entonces en la legítima las reglas de la sucesión intestada según el artículo 996, salvo que el testador, junto con desheredar, haya dispuesto de esta parte de los bienes en favor de otra persona.

568. REVOCACIÓN DEL DESHEREDAMIENTO. Según lo previsto en el artículo 1211, el desheredamiento puede ser revocado total o parcialmente de conformidad a las reglas generales y al igual que las otras disposiciones testamentarias, pero no en forma tácita por haber intervenido reconciliación; ni probando que hubo intención de revocarlo.

Luego, la revocación del desheredamiento es necesariamente testamentaria<sup>762</sup>. No es suficiente la sola reconciliación entre el causante y el legitimario que fue desheredado; si ella se ha producido, pero no se ha revocado el desheredamiento mediante un acto testamentario, aquél se mantiene.<sup>763</sup>

<sup>761</sup> En general las legislaciones siguen esta misma solución. El artículo 755 del Código peruano señala que "los descendientes del desheredado heredan por representación la legítima que correspondería a éste si no hubiere sido excluido. El desheredado no tiene derecho al usufructo ni a la administración de los bienes que por esta causa adquieran sus descendientes que sean menores de edad o incapaces". El artículo 857 del Código español prescribe que "los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima". El artículo 3749 del Código Civil argentino dispone que "los descendientes del desheredado, heredan por representación y tienen derecho a la legítima que éste hubiera tenido de no haber sido excluido. Pero el desheredado no tendrá derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes". El artículo 902 del Código Uruguayo señala que "los hijos del descendiente desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo legal y administración de los bienes que por esta causa hereden".

<sup>762</sup> La regla no es universal. Hay legislaciones que expresamente admiten la revocación del testamento por actos que no sean testamentos. Así, el artículo 753 del Código Civil peruano señala que "la desheredación queda revocada por instituir heredero al desheredado o por declaración expresada en el testamento o en escritura pública. En tal caso, no produce efecto el juicio anterior seguido para justificar la desheredación".

<sup>763</sup> Es diferente la solución que entrega el artículo 3750 del Código Civil argentino, según el cual "la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho a desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha". En idénticos términos señala el artículo 856 del Código Civil español que "la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto

La revocación del desheredamiento podrá ser expresa o tácita. Será expresa cuando en un nuevo testamento el causante diga que deja sin efecto el desheredamiento que hizo en un testamento anterior; será tácita cuando en un nuevo testamento instituya al desheredado como heredero de la legítima.

La revocación puede ser además total o parcial. Es total cuando el desheredamiento se revoca en todas sus partes; y parcial, cuando solamente lo altera en alguna parte, como si se redujera el desheredamiento a parte de la legítima.

Si en el nuevo testamento el causante se limita a asignar algo al desheredado que no sea toda su legítima, no parece que todo el desheredamiento anterior deba quedar sin efecto, y habrá que entender que solamente queda sin efecto en esa parte; se tratará de una revocación tácita pero parcial.

Si la revocación está contenida en un testamento privilegiado, cuestión perfectamente posible, ella caducará junto con el testamento mismo y no tendrá valor alguno.

Pareciera que una vez revocada la desheredación aquélla no podría ser dejada sin efecto en razón de los mismos hechos. En otras palabras, el causante no podría renovar la desheredación, o si se quiere no tendría la facultad de revocar la revocación. Para ello tendrían que ocurrir nuevos hechos que también fueran causa de desheredación.<sup>764</sup>

#### Continuación nota <sup>763</sup>

la desheredación ya hecha". Lo propio entiende la doctrina alemana a partir del párrafo 2337 del BGB. Explica KIPP que "el perdón ha tenido lugar cuando el causante dio a conocer de cualquiera manera al legitimario, que ya no tenía intención de sacar consecuencias perjudiciales para el autor del agravio" (*Tratado...*, T. V, Vol. 1, cit., p. 165). En cambio, el artículo 904 del Código uruguayo sigue al Código chileno, al disponer que "la desheredación podrá revocarse como las otras disposiciones testamentarias; pero no se entenderá revocada tácitamente por haber intervenido reconciliación; ni el desheredado será admitido a probar que hubo intención de revocarla".

<sup>764</sup> De esta forma lo resuelve expresamente el artículo 754 del Código peruano, cuando señala que "revocada la desheredación no puede ser renovada sino por hechos posteriores". La norma ha sido criticada por la doctrina, pues la cuestión no radica precisamente en la ocurrencia de los hechos, sino que en el conocimiento que de ellos tuvo el testador, puesto que el causante solamente podría perdonar los hechos que ha conocido, pero podrían haber algunos anteriores que desconoce (cfr. FERRERO, *Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 654).

CAPÍTULO 47  
LA ACCIÓN DE REFORMA DEL TESTAMENTO

569. CONCEPTO. Se define la acción de reforma de testamento como aquella de que gozan los legitimarios para que se modifique el testamento en todo lo que no respete lo que a ellos les corresponde por concepto de legítimas y mejoras.

A este respecto dice el artículo 1216.1 que “los legitimarios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán intentar la acción de reforma (ellos o las personas a quienes se hubieren transmitido sus derechos), dentro de los cuatro años contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios”.

Por su parte, agrega el artículo 1220, que “si el que tiene descendientes, ascendientes o cónyuge dispusiere de cualquiera parte de la cuarta de mejoras a favor de otras personas, tendrán también derecho los legitimarios para que en eso se reforme el testamento, y se les adjudique dicha parte”.

No es, en consecuencia, una acción de nulidad del testamento, el cual es válido, sino que es una mera acción de modificación, cuyo objetivo es enmendarlo para que se conforme a las asignaciones forzosas que no se han respetado. Se trata, como se ha dicho, de un medio directo para protegerlas.<sup>765</sup>

570. ACCIÓN PERSONAL. La acción de reforma del testamento es una acción personal y no real. Ella debe intentarse en contra de los asignatarios instituidos como tales por el causante en perjuicio de los asignatarios forzosos, a quienes no se les han respetado sus asignaciones.

Se diferencia en este aspecto de la acción de petición de herencia que, por su naturaleza real, puede intentarse en contra de cualquiera que se encuentre en posesión de la herencia.

<sup>765</sup> Entre nosotros RODRÍGUEZ califica a la acción de reforma del testamento como una verdadera acción de inoponibilidad (cfr. *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 78 y 79 y 80 y 81).

Lo anterior, en cualquier caso, no impide que se puedan deducir conjuntamente ambas acciones, ellas son compatibles. Así, podrá deducirse en primer lugar la acción de reforma de testamento, y, para el caso que ella sea acogida, se deduce además la de petición de herencia en contra de quien se encuentre en posesión de la herencia. El fenómeno es semejante al que acontece cuando se deducen conjuntamente la acción de nulidad o de resolución de contrato y la acción reivindicatoria en contra del tercero que está en posesión del objeto del contrato.<sup>766</sup>

571. ACCIÓN PATRIMONIAL. La acción de reforma del testamento es una acción patrimonial y no de familia o extrapatrimonial. De ello se sigue que es renunciable, transferible, transmisible (artículo 1216.1) y se extingue por la prescripción.

En lo que hace a la renuncia se aplica la regla general para estos efectos establecida en el artículo 12, según la cual son renunciables todos los derechos en la medida que miren al interés personal del renunciante y que su renuncia no esté prohibida por la ley. La renuncia a la acción de reforma del testamento no está prohibida, y solamente mira al interés del asignatario forzoso cuyos derechos no han sido respetados por el testamento. Obviamente ella sólo podrá ser renunciada una vez que se haya abierto la sucesión y se conozca el testamento. Una renuncia efectuada en vida del causante importa un acto que trata sobre el derecho a suceder a una persona viva y, por lo mismo, contiene objeto ilícito en los términos del artículo 1463. Ello sería tanto como que el legitimario renunciara anticipadamente a su asignación.

Por otra parte, se trata de una acción transferible. El legitimario, una vez muerto el causante, puede ceder sus derechos en la sucesión a un tercero o a otro heredero. En esta cesión queda comprendida la acción de reforma, pasando el cesionario a ser su titular.

Además es una acción transmisible<sup>767</sup>. Este carácter queda completamente claro a la luz de lo dicho en el propio artículo 1216. Pero la verdad es que la referencia a "las personas a quienes se hubieren transmitido sus derechos", no es una particularidad de esta acción, y resulta innecesaria, dado que a la misma solución conducen las reglas generales sobre transmisión de los derechos y acciones.

<sup>766</sup> Cfr. RDJ, T. 23, 1, p. 73.

<sup>767</sup> Cfr. RDJ, T. 14, 1, p. 241 y T. 23, 1, p. 73.

572. ACCIÓN PRESCRIPTIBLE. La acción de reforma del testamento, es una acción prescriptible. De conformidad a lo señalado en el artículo 1216, ella prescribe en cuatro años contados desde que sus titulares tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios.<sup>768</sup>

La primera cuestión relevante a este respecto, es que para que la prescripción comience a correr se requiere del cumplimiento copulativo de dos circunstancias: que los legitimarios afectados hayan tomado conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios. El cumplimiento de uno solo de estos hechos, por tanto, no da inicio al plazo de prescripción. Quien alegue la prescripción tendrá la obligación de acreditar el momento en que el demandante tuvo conocimiento de estas dos circunstancias.<sup>769</sup>

Siendo un plazo de corto tiempo no debiera suspenderse en favor del legitimario incapaz (artículo 2524). Sin embargo, el inciso segundo del artículo 1216, sienta la regla según la cual si el demandante no tiene la libre administración de sus bienes, la prescripción se cuenta desde el día que la adquiera. Señala la norma en cuestión que "si el legitimario, a la apertura de la sucesión, no tenía la administración de sus bienes, no prescribirá en él la acción de reforma antes de la expiración de cuatro años contados desde el día en que tomare esa administración".

¿Hasta cuándo podría estar pendiente este plazo? Puede ocurrir que el legitimario perjudicado no tome conocimiento del testamento y de su calidad de legitimario, por ejemplo, porque se encontraba fuera del país y no tenía noticias del causante. Puede que pasen muchos años hasta que el legitimario excluido o perjudicado adquiera plena capacidad. ¿Existe un plazo máximo de espera al estilo de la regla establecida en los artículos 1692.3, 1757.4 ó 2520.2, según la cual el plazo no puede pasar de diez años? Los autores en general no establecen este plazo máximo, de lo cual debiera colegirse que podría estar permanentemente suspendido. Sin embargo, atendidos los criterios de certeza y seguridad jurídica, no parece ser ésta una conclusión aceptable, resultando mucho más lógico estimar que el plazo de prescripción no puede pasar de diez años.

<sup>768</sup> Cree RODRÍGUEZ que la acción de reforma del testamento no estaría sujeta a un plazo de prescripción, sino que se trataría de un plazo de caducidad, con todo lo que ello implica (cfr. *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 83 y 84). No es esta, en cambio, la opinión de la mayoría de nuestros autores (cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 15, Nº 1639, pp. 544 y 545; BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., pp. 620 y 621; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1172 y 1173; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 292 y 293 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 420 y 421). Tampoco es la de nuestra jurisprudencia, que ha señalado que el plazo del artículo 1216 es de prescripción (cfr. Corte Suprema, 7 de mayo de 2003, *Hernández y otro con Fernández*, Rol Nº 1820/2002).

<sup>769</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1172 y 1173. En contra SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 421 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 93.

En todo caso, este término puede resultar inaplicable si hay otros herederos que han entrado en posesión de la herencia. En este caso no bastará con que el legitimario perjudicado entable una acción de reforma del testamento, sino que será necesario que, además, deduzca una acción de petición de herencia, pues la reforma del testamento será la base de la acción de petición de herencia. La acción de reforma del testamento es meramente declarativa, pero no permite la recuperación material de los bienes que corresponden al legitimario perjudicado, para ello debe intentar la acción de petición de herencia en contra de quienes la posean a título de herederos<sup>770</sup>. Acontece que esta última podría ser inoperante, por haber adquirido los poseedores de la herencia la propiedad de ella por prescripción adquisitiva de diez años (artículo 2512 N° 1) o bien una de cinco años si se obtuvo la posesión efectiva de la herencia (artículos 704 y 1269). De suerte que, con independencia de los problemas que genera el inicio del plazo de prescripción de esta acción, su eficacia estará subordinada a que el resto de los herederos no haya adquirido por prescripción adquisitiva.

573. OBJETO Y TITULARES DE LA ACCIÓN. El objeto de la acción de reforma de testamento, en términos generales, es siempre la modificación del testamento, pero la reforma que se solicita no siempre será la misma, en la medida que ella puede estar encaminada a obtener cuestiones distintas. Así podrá servir para impugnar el desheredamiento; para reclamar la legítima rigorosa o efectiva; o bien para solicitar las mejoras. La misma circunstancia determina que el titular en cada caso sea una persona perfectamente determinada.

574. RECLAMACIÓN DEL DESHEREDAMIENTO. En primer término, la acción de reforma del testamento puede tener como objeto la impugnación del desheredamiento de un legitimario. Como se dijo al tratar del desheredamiento, en Chile la acción prevista en el Código Civil para este objeto es la de reforma del testamento.

Lo anterior se desprende sin mayores dificultades del inciso segundo del artículo 1217, según el cual “el legitimario que ha sido indebidamente desheredado, tendrá, además, derecho para que subsistan las donaciones entre vivos comprendidas en la desheredación”. La expresión “además” hay que entenderla con relación al inciso primero del precepto, según el cual el legitimario tiene derecho a reclamar su legítima rigorosa y su legítima efectiva. En este caso, como se comprende, lo que se persigue es que el testamento sea cambiado en aquella parte que

priva al legitimario de su legítima, lo que a su turno traerá como lógica consecuencia que adquiera su derecho a legítima rigorosa o efectiva según los casos.<sup>771</sup>

Como lo indica el precepto antes señalado, por esta misma vía el desheredado puede reclamar la mantención de las donaciones entre vivos que le fueron hechas por el causante y que el desheredamiento privó de efectos (artículo 1210).

En estas hipótesis, como se comprende sin mayores dificultades, el legitimado activo de la acción de reforma de testamento es el legitimario desheredado.

575. RECLAMACIÓN DE LEGÍTIMA RIGOROSA O EFECTIVA. La acción de reforma del testamento puede tener por objeto reclamar la totalidad de lo que le corresponde al legitimario por legítima rigorosa o efectiva, cuando lo que se le ha asignado en el testamento no equivale a lo que según la ley en la sucesión le corresponde.<sup>772</sup> Así lo expresa claramente el inciso primero del artículo 1217, cuando señala que “en general, lo que por ley corresponde a los legitimarios y lo que tienen derecho a reclamar por la acción de reforma, es su legítima rigorosa, o la efectiva en su caso”.

Se reclamará la legítima rigorosa cuando los derechos del legitimario han sido desconocidos en beneficio de otros legitimarios de iguales derechos a los del reclamante.

Así acontecerá, por ejemplo, cuando teniendo dos hijos el testador instituya heredero universal a uno de ellos, y al otro le hace una asignación menor, por ejemplo, un legado de poco valor. En este caso, el hijo legatario de una especie menor, solamente puede reclamar su legítima rigorosa, es decir, su parte en la mitad legitimaria. No puede reclamar legítima efectiva, por cuanto el testador dispuso de la cuarta de mejoras y de la parte de libre disposición en beneficio de su otro hijo. En estas partes el otro hijo está bien instituido como heredero, y, en tal caso, ni la cuarta de mejoras ni la cuarta de libre disposición acrecen a la mitad legitimaria, sino que son asignaciones bien hechas a favor de un descendiente.

<sup>771</sup> Afirma RODRÍGUEZ que el desheredado no requiere ni es titular de esta acción de reforma, pues, mientras no exista el juicio destinado a excluirlo de la sucesión mediante la prueba de la causal, no puede ser apartado de ella (cfr. *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 88). La verdad es que aquello implicaría suponer que la desheredación no produce efectos sino hasta que se terminen los juicios en que se acreditan las causales invocadas para ello. Como se ha dicho antes, desde un punto de vista técnico doctrinario, se sostiene que el desheredado, por el solo hecho del desheredamiento, queda excluido de la sucesión, y si él lo estima, podrá impugnar ese desheredamiento. La manera de efectuar esa impugnación, como lo indica, sin lugar a mayores dudas el inciso segundo del artículo 1217, es mediante la acción de reforma. Así lo entiende nuestra doctrina.

<sup>772</sup> Sobre la posibilidad de reclamar legados que lesionan la legítima, véase UGARTE, *Protección...*, cit., pp. 258 y ss.

<sup>770</sup> Cfr. Corte Suprema, 2 de junio de 1999, *Fernández con Echavarría y otro*, Rol N° 2061/1998.

Nótese, en el ejemplo, que el testador asigna un legado a uno de los hijos. Si nada le hubiera dejado el testador habría omitido a un legitimario, y en tal hipótesis se estaría ante la preterición de un legitimario, lo que en los términos del artículo 1218 implica que el legitimario omitido se entiende instituido heredero en su legítima. En tal caso, como se dirá más adelante y aunque una reciente sentencia de la Corte Suprema señale lo contrario, no es necesario entablar la acción de reforma del testamento, ya que legalmente esta persona es heredero en lo que le corresponde por concepto de legítima.

Por la acción de reforma del testamento se reclamará la legítima efectiva cuando el causante haya dispuesto de la mitad legitimaria en perjuicio de uno de los legitimarios, pero en beneficio de otras personas que no son legitimarios.

Así, por ejemplo, acontecerá si el causante que tiene un hijo nombra heredera universal de sus bienes a una amiga, y se limita a dejar un legado pequeño a su único hijo. En este caso, la tercera no es ni puede ser asignataria legal de la mitad legitimaria ni de la cuarta de mejoras; solamente podría serlo de la parte de libre disposición. En tal evento, el hijo podrá solicitar que se reforme el testamento y que se le instituya como heredero de la mitad legitimaria debidamente acrecida por la parte de mejoras. No alcanzará el acrecimiento a la parte de libre disposición, siempre que en esa parte la tercera está bien instituida como heredera, pues el causante podía disponer libremente de esa cuota de la herencia.

En otros términos, el legitimario perjudicado podrá, mediante la acción de reforma del testamento, reclamar la legítima rigurosa acrecida solamente por la cuarta de mejoras, pero nunca por la parte de libre disposición.

En estos casos, por tanto, el titular de la acción es el legitimario al que no se le asignó lo que legalmente le corresponde en razón de legítima.

576. RECLAMACIÓN DE LA CUARTA DE MEJORAS. Se puede perseguir a través de esta acción de reforma del testamento, también la cuarta de mejoras. Los legitimarios que sean asignatarios de mejoras pueden solicitar, conforme lo señala el artículo 1220, que se reforme el testamento en cuanto no se respeta la cuarta de mejoras. Como antes se ha indicado, dice este precepto que "si el que tiene descendientes, ascendientes o cónyuge dispusiere de cualquiera parte de la cuarta de mejoras a favor de otras personas, tendrán también derecho los legitimarios para que en eso se reforme el testamento, y se les adjudique dicha parte".

Esta posibilidad se presentará siempre que el testador haya dispuesto de la cuarta de mejoras a favor de personas que no son legalmente asignatarios de ella. Si el causante deja la cuarta de mejoras a un extraño o a uno de sus hermanos, los legitimarios podrán requerir que se modifique el testamento en esa parte, en la

medida que el testador podría haberla asignado únicamente a su cónyuge, o a todos o algunos de sus descendientes o ascendientes, pero no a sus hermanos o extraños.

Debe tenerse presente que en este caso la acción solamente corresponde a los legitimarios del causante, y no a los potenciales asignatarios de la cuarta de mejoras. Un nieto, que es virtual asignatario de la cuarta de mejoras, no puede pedir la reforma si no es legitimario, por estar vivo su padre. En otros términos, los que tengan el carácter de descendientes o ascendientes, pero que no son legitimarios por ser excluidos por otros de grado preferente, no gozan de esta acción.

Lo anterior no resulta sólo del hecho de que el artículo 1220 mencione como titulares de la acción exclusivamente a los legitimarios, sino que la conclusión es de toda lógica si se tiene en cuenta que estos descendientes o ascendientes, que no son legitimarios, no habrían tenido derecho a la cuarta de mejoras sino en virtud de una disposición expresa del testador que se las asignara en todo o parte.

Si una de estas personas pudiese solicitar la reforma del testamento, ningún provecho de ello obtendría. Esta cuarta de mejoras no iría en su beneficio, sino que favorecería a los que son legitimarios. Si el causante asigna toda esta cuarta o una parte a un tercero que legalmente no es asignatario de ella, ningún interés tienen los que no son legitimarios en que tal asignación quede sin efecto, pues, en caso de que prospere la reforma, dicha cuarta parte no irá en su beneficio, sino que solamente irá a favor de los legitimarios. Por ejemplo, si el testador, que tiene un hijo y un nieto, deja la cuarta de mejoras a un tercero, el nieto no tiene la acción de reforma, pues nada gana con impugnar esta asignación, por cuanto, si bien es un potencial asignatario de ella, lo cierto es que no le fue otorgada por el testador, de suerte que aun cuando se modificara el testamento, nada ganaría con ello; nada iría en su provecho.

Por consiguiente, en estos casos, solamente son titulares de la acción de reforma del testamento, el cónyuge sobreviviente, y los descendientes y ascendientes del testador, en la medida que sean legitimarios.

577. ¿SON TITULARES DE LA ACCIÓN LOS ASIGNATARIOS DE ALIMENTOS FORZOSOS? Algún sector de la doctrina ha sostenido que, aun cuando no lo diga el Código, son titulares de la acción de reforma del testamento los asignatarios de alimentos forzosos. Fundan su aserto en que se trata de una asignación forzosa, al estilo de las legítimas y mejoras. Nada autorizaría, en consecuencia, a limitar la acción de reforma a los legitimarios para reclamar sus legítimas o mejoras.<sup>773</sup>

<sup>773</sup> En este sentido sostiene CLARO SOLAR que "la acción de reforma persigue así en su primer lugar el respeto de las legítimas, pero también expresa la ley más adelante que la misma acción compete a los

No parece que lo anterior sea de recibo. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas son una asignación forzosa que, en los términos del artículo 959 N° 4, constituye una baja general de la herencia. De ello se sigue que es una de las deducciones que debe hacerse al acervo ilíquido o bruto para operar el tránsito al acervo partible, líquido o haber relicto. Las asignaciones testamentarias, e incluso las legales, se hacen sobre el acervo partible; esto es, sobre el patrimonio del causante una vez efectuadas las bajas generales. Así lo dice sin ninguna duda el artículo 959 en su encabezado. Por lo mismo, no tiene sentido entregarles a los asignatarios de alimentos la acción de reforma del testamento. Sus asignaciones de alimentos son una baja previa al efectuar cualquier pago de otras asignaciones.<sup>774</sup>

578. SUJETO PASIVO DE LA ACCIÓN DE REFORMA. La acción de reforma de testamento debe intentarse en contra de aquellos que resultaron instituidos por el causante como herederos o legatarios en perjuicio del asignatario forzoso que demanda. De esta forma, el sujeto pasivo podrá ser uno solo o podrán ser varios, todo dependerá de lo que haya hecho el testador.

Si el testador tenía cónyuge y dejó la cuarta de mejoras a un hermano y la parte de libre disposición a un tercero, el cónyuge solamente podrá entablar la acción en contra del hermano, ya que ha sido éste el que resultó mal instituido en la

cuarta de mejoras. Pero bien podría acontecer que los legitimados pasivos sean todos los herederos. Tal cosa ocurriría, por ejemplo, si el causante que solamente tenía un hijo, le asigna un legado que no cubre ni su legítima rigorosa ni su legítima efectiva, y designa herederos de todo el resto a cuatro extraños, todos los que resultan beneficiados en perjuicio del legitimario. Los sujetos pasivos de la acción de reforma serán todos estos herederos.

Continuación nota <sup>773</sup>

legitimarios respecto de la cuarta de mejoras (...) Las únicas asignaciones forzosas sobre las cuales guarda silencio son las asignaciones alimenticias forzosas; pero ello no significa que los asignatarios de alimentos debidos por ley estén sometidos a lo que quiera el testador disponer en su testamento; y como las asignaciones alimenticias forzosas gravan toda la masa hereditaria y deben deducirse del acervo o masa de bienes dejados por el difunto antes de toda distribución de la herencia, para formar el acervo líquido de que, según la expresión legal, dispone el testador o la ley, no podrá decirse, que el testador por el solo hecho de no hacer asignaciones de alimentos y pasar en silencio a los alimentarios, los priva de su derecho y les hace imposible obtenerlo no dándoles la acción de reforma. Los alimentos forzosos son obligatorios para el testador y si hace las asignaciones testamentarias respectivas, se suplen sus disposiciones haciéndose la deducción de ellas antes de partir los bienes según las disposiciones del testamento, lo que en el hecho importará una reforma de testamento (...) Al referirnos a la acción de reforma hemos dicho por esto, que ella tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales que establecen estas asignaciones, en sus diversas clases, sin desconocer naturalmente que las legítimas sean las principales y que en primer término y el más importante, esta acción corresponda a los legitimarios" (ob. cit., T. 15, N° 1638, p. 544). También afirma MEZA BARRROS que "guarda la ley silencio respecto de las asignaciones alimenticias forzosas. Constituyen una baja general y, por consiguiente, los alimentarios tienen derecho a que se deduzcan antes de llevar a cabo las disposiciones del testamento, lo que en el hecho importará una reforma del mismo" (*Manual...*, cit., p. 289).

<sup>774</sup> En igual sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1168 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, cit., Vol. 2, p. 91.

579. CONCEPTO. La preterición es el haber sido pasado en silencio un legitimario. En este caso, según el artículo 1218, al omitido se le entiende instituido como heredero en su legítima, y conserva las donaciones revocables que no hubieren sido revocadas. Dice el precepto que "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".

No se trata, entonces, de una acción de nulidad del testamento o del resto de las instituciones de heredero hechas por el testador, sino que la ley entiende que el omitido ha sido instituido heredero en su legítima.<sup>775</sup>

El tipo de legítima que estas personas pueden reclamar es diferente según como haya dispuesto de los bienes por parte del causante. Si se dejó todo a un tercero, los preteridos pueden reclamar la legítima efectiva; es decir, la mitad legitimaria más la cuarta de mejoras, pero no la parte de libre disposición, pues, en esta parte,

---

<sup>775</sup> Diferente a lo que ocurre, por ejemplo, en el Perú, en donde el artículo 806 del Código Civil contempla una verdadera nulidad testamentaria, al disponer que "la preterición de uno o más herederos forzosos, invalida la institución de herederos en cuanto resulte afectada la legítima que corresponde a los preteridos. Luego de haber sido pagada ésta, la porción disponible pertenece a quienes hubieren sido instituidos indebidamente herederos, cuya condición legal es la de legatarios". También ocurría algo así en el Código Civil argentino hasta antes de la reforma introducida por la Ley N° 17.711. Antes de ella decía el artículo 3715 que "la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o que nazcan, muerto el testador, anula la institución del heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas". Después de la referida reforma dice el precepto que "la preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido". Respecto de esta modificación afirma BORDA que "la solución del Código no se justificaba. Mientras no se esté en la zona en que el régimen de transmisión de bienes tiene carácter imperativo, la voluntad del causante debe recuperar todo su imperio, y la preocupación del legislador y de los jueces debe ser prestarle el máximo de vigencia práctica" (*Tratado...*, T. II, cit., pp. 347 y 348).

los terceros estarían bien instituidos como herederos. Por el contrario, si se ha omitido a uno de los legitimarios en beneficio de otros, el omitido tiene derecho solamente a la legítima rigurosa, pero no a la efectiva, puesto que el resto de los legitimarios estarían bien instituidos como herederos en esa parte, al haber sido beneficiados por la cuarta de mejoras y por la parte de libre disposición.

580. LA NOCIÓN DE "PASAR EN SILENCIO". Con todo, no resulta suficientemente claro qué es en verdad lo que significa haber sido pasado en silencio el legitimario. Desde luego no parece significar que el nombre del legitimario aparezca en el testamento, por cuanto dicho nombre puede aparecer sin que se le haga asignación de ninguna clase. Resulta obvio que se entiende que el legitimario aparece en el testamento en la medida que esté vinculado a una asignación que a él se le haga.<sup>776</sup>

En una primera aproximación podría pensarse, y así lo entienden algunos autores, que el legitimario es pasado en silencio cuando no es considerado para nada en el testamento; esto es, ni se le instituye heredero, ni se le deshereda ni se le nombra en ningún sentido.<sup>777</sup>

Sin embargo, pareciera que lo correcto no es la mención o no en el testamento, sino que lo relevante es si al legitimario se le ha o no asignado algo con cargo a lo que le corresponde por concepto de legítima. De esta forma debiera entenderse preterido un legitimario si: *a)* no se le menciona en el testamento y tampoco se le hicieron donaciones irrevocables en vida del causante; *b)* se le menciona en el testamento, pero nada se le asigna en él ni tampoco nada se le donó en vida del causante, y *c)* cuando se le hacen en el testamento donaciones revocables o se le dejan legados, pero con cargo a mejoras o a la parte de libre disposición; esto es, no con cargo a su legítima.

En todas estas hipótesis, el legitimario ha sido pasado en silencio no por no haber sido mencionado en el testamento, sino porque no se le asigna lo que por concepto de legítima le corresponde.

Si al legitimario se le hicieron donaciones entre vivos, que completan lo que le corresponde a título de legítima, aun cuando no haya sido mencionado en el

<sup>776</sup> La noción de preterición según explica VALLET DE GOYTISOLO, varía en distintos períodos de la Historia del Derecho, y también en el Derecho comparado, en términos que ha oscilado entre el deber de no preterir y el deber de no desheredar sin justa causa. A veces ha implicado no ser desheredado pero tampoco instituido heredero. Otras veces ha supuesto no recibir nada del causante ni por testamento ni por otro acto, pero sin que al desheredado se le haya apartado formalmente de la sucesión. Finalmente, ser preterido ha significado no haber sido siquiera mencionado por el causante (cfr. *Limitaciones...*, p. 584).

<sup>777</sup> Así, MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 293 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 425 y 426.

testamento no puede considerarse preterido, por cuanto se le ha asignado lo que legalmente le corresponde. No tendría mucho sentido decir que a este sujeto se le entiende instituido como heredero en su legítima si a fin de cuentas nada llevará por ese concepto, pues se le deberá imputar a ello lo que le fue donado por el causante de manera irrevocable (artículo 1198).

Si el causante mencionó al legitimario en el testamento, pero nada le asignó, es obvio que ha sido preterido, por cuanto, como antes se dijo, lo que importa no es la aparición del nombre del legitimario en el testamento, sino si es beneficiado o no con alguna asignación. Si el testador menciona al legitimario simplemente para expresarle el afecto que por él siente, pero nada le asigna por ningún concepto, debe entenderse este legitimario preterido.

Finalmente, si al legitimario se le hacen asignaciones con cargo a la parte de libre disposición o incluso con cargo a la cuarta de mejoras; esto es, ordenándose a fin de cuentas que no se imputen a su legítima, de todas formas habría preterición, por cuanto no se le ha asignado lo que le corresponde a título de legítima, y, a este respecto, ha sido pasado en silencio.<sup>778</sup>

581. LA ACCIÓN DEL LEGITIMARIO PRETERIDO. El legitimario preterido es heredero por el solo ministerio de la ley. Es ella la que lo entiende instituido como asignatario de lo que le corresponde en razón de legítima. El derecho del legitimario que ha sido pasado en silencio no emana del testamento sino que de la ley. Por lo mismo no requiere, porque es innecesaria, la acción de reforma del testamento. 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.

Sin embargo, no lo ha entendido de este modo la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha resuelto que el heredero preterido debe ejercer la acción de reforma del testamento. Se ha dicho que la legitimaria "silenciada como fue en el testamento mencionado y entendiéndose heredera legitimaria del causante, a fin de asegurar la asignación forzosa que le cabía en el bien hereditario motivo de los legados, debió, como efectivamente lo hizo en esta causa por la vía de la reconvencción, ejercer la acción de reforma en su favor del referido testamento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1216 del Código Civil, la cual, como se explicó fue rechazada por los jueces de fondo por estar prescrita".<sup>779</sup>

<sup>778</sup> Cfr. en este sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1128 y 1129.

<sup>779</sup> Sentencia de fecha 7 de mayo de 2003, *Hernández y otro con Fernández*, Rol N° 1.802/2002. El criterio es parecido en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 2 de junio de 1999, *Fernández con Echavarría y otro*, Rol N° 2061/1998.



582. CONCEPTO. La acción de petición de herencia está reglamentada en el párrafo 4 del Título VII del Libro del Código. El artículo 1264, el primero del párrafo en cuestión, dice que "el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorpóreas; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños".<sup>780</sup>

La acción de petición de herencia es una acción real que la ley confiere al heredero que no está en posesión de la herencia, en contra del que la posee también a título de heredero, para que al demandante se le reconozca su derecho a ella y en atención a dicha calidad le sean restituidos los bienes corporales e incorpóreas que la componen.

Esta acción reconoce entonces dos requisitos básicos de procedencia. Por una parte, se requiere que una o más personas posean la totalidad o una parte de la herencia sin ser los herederos o sin serlo exclusivamente. Por otro lado, se necesita

<sup>780</sup> Las definiciones doctrinarias abundan. MEZA BARROS dice que es "la que corresponde al heredero para que se le reconozca su derecho a la totalidad o parte de la herencia y se le restituyan los bienes que la componen de que el demandado está en posesión, atribuyéndose la calidad de heredero" (*Manual...*, cit., p. 332). RODRÍGUEZ señala que "es la acción mediante la cual el dueño de una herencia reclama la posesión de la misma de un falso heredero, a fin de que reconociéndosele tal calidad, se le restituyan todos los bienes que componen la universalidad de su dominio" (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 96). CLARO SOLAR indica que "es la acción que tiene el heredero contra el que se dé por tal para que se le reconozca su derecho a la totalidad de la herencia o a parte de ella y se le restituyan las cosas hereditarias de que el demandado se halla en posesión" (ob. cit., T. 16, N° 1941, p. 234). Fuera de nuestro medio dice BONNECASE que es "una acción real, concedida al heredero contra una persona que posee total o parcialmente la sucesión, pretendiendo tener derecho a ella" (ob. cit., p. 590). Explica MAZEAUD que "la acción de petición de herencia es la acción que opondrá a dos partes que pretenden la una y la otra tener derechos inconciliables a la totalidad o a una cuota-parte de la sucesión" (*Leçons...*, cit., p. 496).

que el o los actores tengan la calidad de herederos respecto de toda la herencia o una parte de la ella.

Aun cuando no lo diga expresamente el artículo 1264, el objeto básico de esta acción es que se le reconozca el carácter de heredero al actor, carácter que le está siendo desconocido total o parcialmente por otras personas que pueden no tener la calidad de herederos o que únicamente pueden tenerla en una parte, pero ocupan la totalidad de la herencia. Es precisamente de este reconocimiento previo de la calidad de heredero, de lo que se sigue como lógica consecuencia que quienes no lo son o solamente lo sean en parte son condenados a restituir toda la herencia o la parte que ocupan indebidamente al demandante.

583. OBJETO. El tenor del artículo 1264 indica que el objeto de la acción de petición de herencia es la adjudicación de la herencia al que pruebe su derecho en ella. Lo que el Código quiere decir con estas expresiones es que mediante esta acción lo que se busca es establecer o reconocer el verdadero carácter de heredero que asiste al demandante, lo que no implica que efectivamente exista una adjudicación de los bienes hereditarios, al estilo de lo que acontece en un proceso de partición.

Así las cosas, resulta claro que esta acción tiene un doble propósito, pues, por una parte, persigue el reconocimiento judicial del carácter de heredero y, por otra que los falsos herederos sean condenados a la entrega o restitución de las cosas que componen la herencia.<sup>781</sup>

Es claro que mediante esta acción puede reclamarse o la totalidad de una herencia o parte de ella que está siendo ocupada por falsos herederos. La expresión “adjudique” que usa el artículo 1264, equivale a “reconocimiento o declaración” de que se tiene derecho a la herencia que se reclama. La acción tiene por finalidad

la restitución material de las cosas hereditarias que componen la asignación. “Es indiferente que el demandante describa pormenorizadamente las cosas hereditarias, basta que deduzca acción de petición de herencia para que todas las cosas que componen la herencia sean litigiosas, pudiendo en la ejecución del fallo individualizarse estas especies”.<sup>782</sup>

Pero cabría preguntarse si mediante esta acción pueden reclamarse bienes concretos que estén siendo poseídos por terceros en el carácter de herederos.

A nuestro entender, ninguna duda cabe de aquello. Mediante la acción de herencia no sólo se puede reclamar la herencia entera o una cuota de ella, sino que es posible que se demanden bienes en particular que estén en poder de terceros, a condición que estos terceros los ocupen invocando un pretendido, aunque falso, carácter de herederos. No es necesario que se recurra, en este caso, a la acción reivindicatoria. Ella solamente será procedente en contra de terceros en la medida que ellos retengan una cosa singular no en el carácter de herederos, sino que aleguen tenerla en su poder a otro título, como si las adquirieron de un falso heredero. La universalidad de la acción de petición de herencia, no se opone a que por ella se puedan reclamar bienes individualmente considerados.<sup>783</sup> En el Derecho romano era claro que podía ejercerse la acción de petición de herencia respecto del poseedor “de toda la herencia o alguna cosa hereditaria singular”.<sup>784</sup>

En efecto, lo que se discute a través de una acción de petición de herencia es, precisamente, si el demandante tiene o no el carácter de heredero, y si los demandados tienen o no esta cualidad. El debate, en consecuencia, versa sobre esta precisa condición. Si un tercero tiene en su poder uno o varios bienes muebles alegando que los tiene por ser heredero del causante, la acción en su contra es la de petición de herencia, por cuanto mediante ella se le discutirá dicha calidad. Por el contrario, si el tercero los tiene en su poder porque los adquirió de un falso heredero, la acción en su contra no es la de petición de herencia, pues aquél no invoca el carácter de heredero.<sup>785</sup>

<sup>782</sup> Corte Suprema, 19 de enero de 2009, *García Barria con García Mansilla*, Rol N° 5655/2007.

<sup>783</sup> Dice BORDA que a esta acción “se la llama comúnmente universal, porque tiende a la restitución de la universalidad de derechos y acciones que componen una herencia. Es un error derivado de la concepción del patrimonio como una universalidad de derecho (...) En verdad, lo que se reclama no es una abstracción, sino los objetos concretos que componen la herencia, fundándose la acción en una razón que es común a todos” (*Tratado...*, T. II, cit., p. 348). Señalan en este mismo sentido AUBRY y RAU, que la acción de petición de herencia puede dirigirse también en contra del que posee, en calidad de sucesor universal, un solo objeto hereditario, no siendo procedente, en este caso, la acción reivindicatoria (cfr. *Cours...*, T. VI, cit., p. 430).

<sup>784</sup> GUZMÁN, *Derecho privado romano...*, T. II, cit., p. 567.

<sup>785</sup> Por eso es correcta la sentencia de la Corte Suprema de 13 de septiembre de 2004, cuando distingue ambas acciones, al señalar que “analizados los antecedentes de autos y en especial los argumentos dados por

<sup>781</sup> Explica CLARO SOLAR “la acción de petición de herencia tiene un doble objeto, el reconocimiento de la calidad de heredero que el demandante deberá haber probado en el juicio y consecuentemente la restitución de las cosas hereditarias poseídas por el demandado y que constituyen el patrimonio dejado por el difunto, no únicamente las cosas pertenecientes a la persona de cuya sucesión se trata y consistentes tanto en bienes corporales como incorporales” (ob. cit., T. 16, N° 1946, p. 238). En el mismo sentido resolvió la Corte Suprema el 29 de enero de 2009, que del tenor de la primera parte del artículo 1264 se desprende, que la acción de petición de herencia “no sólo tiene por objeto la adjudicación de la herencia y la restitución de las cosas hereditarias poseídas por el demandado y que constituyen todo o parte del patrimonio dejado por el difunto, sino también el reconocimiento de la calidad de heredero, cuestión que el demandante deberá probar en el juicio. El artículo 1264 del Código Civil no exige expresamente, ni se desprende de su texto, que sea indispensable entablar la acción de petición de herencia conjuntamente con otra que le deba servir de basamento. En otras palabras, la aludida acción tiene un doble propósito, pues por una parte persigue el reconocimiento judicial de la calidad de heredero y, por otra, que las personas contra las que se dirige, sean o no falsos herederos, sean condenados a la entrega o restitución de las cosas que componen la herencia” (c. 4) (LegalPublishing 41726).

En este sentido explica BARROS ERRÁZURIZ que "la acción de petición de herencia es distinta de la acción reivindicatoria. Hay acción de petición de herencia cuando el demandado que ocupa los bienes de la herencia, en todo o parte, se pretende también heredero y objeta el título del reclamante. Hay reivindicación cuando el demandado pretende tener derecho a la cosa no como heredero, sino por haberla adquirido por tradición en vista de un título de donación, compraventa o permuta, emanado del difunto o de un tercero. Poco importa el número de los objetos reclamados: la petición de herencia puede entablarse para obtenerse la restitución de un solo bien hereditario, y por la reivindicación puede reclamarse un número considerable de objetos. Lo sustancial es el título que invoca el demandado: si invoca su calidad de heredero para justificar su posesión; o sea, si lo que se discute entre las dos partes es la *calidad de heredero*, hay juicio de petición de herencia; si invoca su *calidad de dueño* por otros títulos distintos del de herencia, hay juicio de reivindicación".<sup>786</sup>

Si bien ésta es la solución que parece correcta desde un punto de vista teórico, los riesgos de una sentencia que rechace la demanda de petición de herencia respecto de bienes individualmente considerados, con fundamento el carácter universal de esta acción, hacen aconsejable que deducir ambas acciones, la de petición de herencia y la reivindicatoria, una en subsidio de la otra.<sup>787</sup>

#### Continuación nota 785

Los recurrentes para fundar su recurso, se advierte que el mismo se ha sustentado en un evidente error de derecho, pues confunde la herencia que es una universalidad y respecto de la cual se ha ejercido la acción de petición de herencia, con la acción reivindicatoria consagrada en el artículo 1268 del Código Civil, que no ha sido deducida en autos. En efecto, los actores han intentado una acción de petición de herencia, que está destinada a obtener el reconocimiento de su derecho en la universalidad jurídica de la herencia y a la consiguiente restitución de los bienes que la componen conforme a sus derechos y no a la restitución de una cosa hereditaria reivindicable que haya pasado a terceros" (c. 11) (LegalPublishing 30865).

<sup>786</sup> Ob. cit., p. 642. En el mismo sentido explica ALBALADEJO que la acción de petición de herencia es aquella que sirve para "recobrar la herencia entera, parte de ella o bienes concretos de la misma", y que ella no tiene que dirigirse necesariamente "a reclamar la herencia entera, y ni siquiera una parte global de la misma, sino que puede encaminarse a recobrar sólo bienes hereditarios concretos, con tal de que la reclamación se base, no en que *son* del reclamante, sino en que *forman parte de lo que heredó del causante*" (*Curso...*, T. V, cit., p. 199). Siguiendo esta misma línea, señalan DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que la acción de petición de herencia "puede tener por objeto cosas específicas, que eran del causante, ahora del dueño de la herencia. Se le desconoce al propietario del derecho real de herencia su calidad de tal y, por ello, se le niega la restitución. El que las posee sostiene que ello sucede por ser heredero del *de cuius*. ¿Cuál es el dueño de la herencia? Según la respuesta, prosperará o no la acción de petición de herencia; pero no puede ser desestimada sólo porque se pretenden cosas específicas, si la causa de pedir se apoya en el derecho de herencia, al igual que la negativa de restituir" (*Derecho sucesorio*, cit., pp. 1180 y 1181).

En este mismo sentido se ha resuelto que "la acción de petición de herencia, no obstante su universalidad, no pierde este carácter porque ella se refiere a algunos bienes de la herencia" (RDJ, T. 62, 1, p. 321).

<sup>787</sup> En semejante sentido LASARTE, *Principios...*, cit., p. 363.

584. CARACTERÍSTICAS. La acción de petición de herencia presenta una serie de características que son de relevancia, tanto en el plano sustantivo como en el procesal. Ordinariamente se predica de la acción de petición de herencia el ser: *a)* una acción real; *b)* divisible; *c)* mueble, y *d)* patrimonial. De esto último deriva que se trata de una acción: *e)* renunciable, *f)* transmisible, *g)* transferible y *h)* prescriptible.

585. ACCIÓN REAL. La acción de petición de herencia es una acción real. Esa es su naturaleza jurídica. Entre nosotros ninguna duda cabe. Emanada del derecho real de herencia y participa de este carácter (artículo 577). De eso se sigue que ella no se ejerce en contra con quien el demandante tenga un vínculo jurídico previo, sino que se entabla en contra de cualquiera que ocupe la herencia en el carácter de heredero.<sup>788</sup>

586. ACCIÓN MUEBLE. En los términos del artículo 580 las acciones se reputan muebles o inmuebles según sea la cosa en la que han de ejercerse. Mediante la acción de petición de herencia se reclama, como se ha dicho, la herencia. El problema está en que la herencia no es mueble ni inmueble, al ser una universalidad jurídica que no se identifica con los bienes, derechos y obligaciones que individualmente la componen. No obstante ello, existe relativo consenso en que este derecho se gobierna por el estatuto de los bienes muebles, por ser éstas las normas más generales. Siendo así, la acción de petición de herencia, en la medida que por ella se reclama un bien que se rige por la normativa de los muebles, es una acción mueble.

Con todo, entre nosotros tal conclusión no es de mucha importancia. Lo anterior podría resultar relevante para la determinación del tribunal competente, según lo prevenido en los artículos 134 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales. Pero lo que acontece es que en esta materia existe una regla particular en el artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales. Según ella, será juez competente para conocer del juicio de petición de herencia el del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto con arreglo a lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil. De acuerdo a esta regla, la sucesión en los bienes de una

<sup>788</sup> Es diferente en aquellos lugares en los que la ley no ha precisado la naturaleza de esta acción, lo que ha permitido el surgimiento de diversas doctrinas que tratan de solucionar este vacío. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Francia, Italia, España y Argentina, en donde la doctrina se divide en torno a la naturaleza, real, personal o incluso mixta de la acción de petición de herencia. Aún más, ha llegado a plantearse que no sería ni una acción real ni personal ni siquiera mixta, sino que tendría una naturaleza particular, propia del derecho de sucesiones (cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 349 y 350; CORDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, cit., T. II, pp. 39 a 42; LASARTE, *Principios...*, cit., pp. 364 y 365 y MAZEAUD, *Leçons...*, cit., p. 498).

persona se abre en el último domicilio del causante, siendo el tribunal de ese lugar el competente para conocer de la petición de herencia. De allí que nada importe para este efecto la naturaleza mueble o inmueble que se le atribuya a esta acción.

587. ACCIÓN DIVISIBLE. La acción de petición de herencia es divisible, en la medida que puede ser deducida por separado por cada uno de los herederos que no está en posesión de la herencia en contra de los que se encuentren ocupándola<sup>789</sup>. No es condición que todos los herederos la ejerzan conjuntamente, ni que la ejerzan en contra de todos los que están poseyéndola. La sentencia que se obtenga en cada uno de estos litigios será inoponible a los que no han participado de él, en virtud del efecto relativo de las sentencias judiciales (artículo 3.2).<sup>790</sup>

588. ACCIÓN RENUNCIABLE. La acción de petición de herencia mira solamente al interés del heredero que no está en posesión de la herencia, y su renuncia no está prohibida por la ley, por lo que el heredero, siendo plenamente capaz, puede renunciar a ella (artículo 12).

589. ACCIÓN TRANSFERIBLE. La acción de petición de herencia puede ser transferida ya a título oneroso ya a título gratuito. Ello acontecerá cuando el heredero cede su derecho real de herencia a un tercero, que puede ser u otro heredero o un tercero extraño a la sucesión del causante. En esta cesión queda comprendida la acción de petición de herencia, pues quien cede sus derechos hereditarios cede "todo el beneficio económico que ellos significan. Y dentro de ese beneficio eco-

<sup>789</sup> Cfr. JOSSEAND, *Cours...*, T. III, cit., p. 542 y MAZEAUD, *Leçons...*, cit., p. 498.

<sup>790</sup> En lo que existe menos consenso, en cambio, es si esta divisibilidad es o no aplicable cuando habiendo más de un heredero, un solo de ellos demanda de petición de herencia por el total. Para algunos, en esta circunstancia el tribunal no podría desestimar la demanda a pretexto que el actor no es el único heredero, por eso la acción sería indivisible (cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1184). Para otros, esto no es una manifestación de una supuesta indivisibilidad de la acción, ya que en el caso propuesto, si el actor acredita solamente que es heredero en una parte de la herencia, el tribunal no puede extender la sentencia más allá del derecho del actor, y solamente puede condenar a la restitución en lo que es heredero (cfr. RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 98 y ss.).

Explica MAZEAUD en Francia que la divisibilidad de la acción significa solamente la ausencia de poder de representación de uno de los herederos por los otros. Pero la jurisprudencia admite que un sucesor a título universal demande, y pueda llevar su demanda respecto del conjunto de la herencia, aun cuando por la presencia de coherederos no tenga más que una cuota en la referida herencia. El demandante, actuado por todos, no pretende representar a sus coherederos, sino que preservar la mayor cantidad de bienes posibles, a fin de que su cuota parte no se vea disminuida en la partición. El demandado no podría cuestionar esta actuación, por cuanto él no tiene derecho alguno sobre los bienes de la sucesión (cfr. *Leçons...*, cit., p. 498).

nómico va incluida la acción de petición de herencia. Resulta lógico, entonces, que el cesionario de los derechos hereditarios pueda invocarla para proteger el beneficio pecuniarios que significa la herencia".<sup>791</sup>

590. ACCIÓN TRANSMISIBLE. El heredero que fallece sin haber intentado esta acción, la transmite por causa de muerte a sus herederos. Debè recordarse que los herederos suceden al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles. La acción de petición de herencia es un derecho que asiste al heredero y su transmisión, a sus propios herederos, no está prohibida por la ley.<sup>792</sup>

591. ACCIÓN PRESCRIPTIBLE. La prescripción de la acción de petición de herencia está abordada especialmente en los artículos 704, 1269 y 2512 N° 1. De acuerdo al artículo 1269, "el derecho de petición de herencia expira en diez años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 704, podrá oponer a esta acción la prescripción de cinco años". Por su parte, señala el inciso final del artículo 704 que "al heredero putativo a quien por decreto judicial o resolución administrativa se haya otorgado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto o resolución; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido legalmente ejecutado". Por fin, la regla 1ª del artículo 2512 dispone que el derecho de herencia se adquiere "por la prescripción extraordinaria de diez años".

Se desprende de lo anterior que existen dos plazos distintos para la prescripción de esta acción, uno de diez años y otro de cinco años. Sin embargo, a esta fácil conclusión están asociadas algunas dudas que, a pesar de antigüedad, siguen concurriendo hasta ahora.

592. LA PRESCRIPCIÓN DE CINCO AÑOS. La prescripción de cinco años opera a favor del falso heredero a quien por decreto judicial o resolución administrativa se haya otorgado la posesión efectiva de la herencia. Dicha resolución judicial o administrativa, según los casos, le servirá de justo título para su posesión, lo que le permitirá adquirir por prescripción en un plazo inferior. En consecuencia, el heredero putativo que ha obtenido la posesión efectiva, adquiere el derecho real de herencia por prescripción de cinco años, con lo que, según la

<sup>791</sup> SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 478.

<sup>792</sup> Cfr. CÓRDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, T. II, cit., p. 45. "Si el heredero fallece antes de haber entablado la acción de petición de la herencia, puede deducirla su heredero, pues así como se transmite el derecho de aceptar o repudiar la herencia deferida y que no se discute al difunto, se transmite la acción que éste tenía para reivindicar su calidad de heredero" (CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 1950, p. 240).

regla del artículo 2517, la prescripción adquisitiva de un derecho hace extinguir la acción para reclamar de él.

593. **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.** En el caso de la prescripción de cinco años, no caben dudas de que se trata de una prescripción adquisitiva. El heredero putativo, al haber obtenido la posesión efectiva de los bienes, se ha hecho de un justo título para poseer, lo que lo habilita para adquirir, por usucapión.

Siendo así, el derecho del verdadero heredero no se extingue por el simple transcurso del tiempo, sino que lo pierde porque otra persona lo ha adquirido por prescripción. A este respecto se hace aplicable la regla del ya citado artículo 2517, según la cual "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho". Sería imposible en este caso con el mero transcurso de los cinco años para extinguir la acción. Para que ello sea posible es necesario que se haya obtenido la posesión efectiva y como consecuencia de ello el derecho real de herencia haya sido adquirido por otro.<sup>793</sup>

Como corolario de lo antes señalado, acontecerá que a quien sea demandado de petición de herencia no le bastará con alegar haber adquirido por prescripción el derecho real de herencia, sino que conforme a la jurisprudencia reiterada de los tribunales deberá deducir una demanda reconventional en contra del actor con el objeto de obtener del tribunal esta declaración de prescripción. En este caso, al igual como acontece con quien pretende haber adquirido el dominio de la especie que se le reivindica, no es suficiente con oponer la excepción de prescripción, sino que será necesario alegarla como acción, única forma en la que el tribunal podrá declarar que a favor del falso heredero ha operado la prescripción adquisitiva.

Es por ello que el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, que permite oponer la excepción de prescripción en cualquier estado del juicio, hasta antes de la citación para oír sentencia, en primera instancia, o hasta antes de la vista de la causa en segunda, sería solamente aplicable a la prescripción extintiva, pero no a la adquisitiva, pues, si así fuere, no habría forma de someter el conocimiento de esta cuestión al lato conocimiento.

594. **PRESCRIPCIÓN ORDINARIA.** Tratándose de la prescripción de cinco años a la que se refiere el artículo 1269, tampoco existen dudas en la doctrina en torno a que ella es una prescripción ordinaria y no extraordinaria.

<sup>793</sup> Cfr. ABELIUK, *Las obligaciones*, T. II, cit., p. 1212; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 1997, pp. 272 y 273 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 479. También así la Corte Suprema en su fallo de reemplazo de 29 de enero de 2009 (c. 3, 4 y 5) (LegalPublishing 41726) y la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de 7 de mayo de 2008 (c. 2 y 6) (LegalPublishing 39169).

Como se dijo con ocasión de la adquisición del derecho real de herencia por prescripción, existen dos razones para arribar a esta conclusión. Por una parte, el artículo 2512 dice expresamente que la prescripción de diez años es extraordinaria, por lo que no cabe más que concluir que la de cinco es ordinaria. Por otra parte, el inciso final del artículo 704 indica que el decreto judicial o la resolución administrativa que confiere la posesión efectiva, opera como justo título para el falso heredero; y la noción de justo título es propia de la posesión regular, la que desemboca en la prescripción adquisitiva ordinaria y no a la extraordinaria.

En cualquier caso, no debe olvidarse que para que opere la prescripción adquisitiva ordinaria no basta con el justo título, sino que es necesaria la buena fe del prescribiente (artículo 702). Este tipo de prescripción supone que el falso heredero es un poseedor regular, ya que es ésta la única clase de posesión que da lugar a la prescripción adquisitiva ordinaria (artículo 2507). En consecuencia, al falso heredero no le bastará con exhibir ante el actor la posesión efectiva que haya conseguido, sino que será necesario establecer si ha estado o no de buena fe. Si no ha estado de buena fe, por ejemplo, porque obtuvo la posesión efectiva sabiendo que existían otros herederos de mejor o igual derecho, su posesión no es regular, aun cuando tenga el justo título, y no podrá adquirir por prescripción ordinaria de cinco años.<sup>794</sup>

Como consecuencia de lo antes dicho, ocurre que esta prescripción se suspende en beneficio de los incapaces, la mujer casada en sociedad conyugal, la herencia yacente y entre cónyuges, todo en los términos del artículo 2509.<sup>795</sup>

595. **FECHA DESDE LA QUE SE CUENTA EL PLAZO DE CINCO AÑOS.** Podría dudarse, y de hecho en la jurisprudencia se aprecian claras dudas, respecto a si el plazo de prescripción de cinco años al que se refiere el artículo 1269 se cuenta desde que se concede la posesión efectiva por decreto judicial o por resolución administrativa, o si dicho plazo corre desde que el referido decreto es inscrito en el registro de propiedad, en el primer caso, o en el registro nacional de posesiones efectivas, en el segundo caso. Incluso más, podría plantearse la posibilidad de que la prescripción se cuente no desde alguna de estas fechas, sino que desde que se tomó la posesión material de la herencia, aun cuando la posesión efectiva se haya obtenido posteriormente.

Pareciera que lo lógico es que la prescripción debiera contarse desde que se reúnen en manos del falso heredero el *corpus* y el *animus* respecto de la herencia

<sup>794</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1191; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 106 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 480.

<sup>795</sup> Cfr. RDJ, T. 50, 2, p. 70 y más recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 3 de agosto de 2007, Rol N° 9876/2006.

que posee. Es en ese momento en el que se dan las condiciones necesarias como para que el falso heredero pueda comenzar su posesión.

Sin embargo, tratándose de la situación especialmente prevista en el inciso final del artículo 704 tal conclusión no parece la más correcta. No debe obviarse que esta norma exige la posesión efectiva como justo título. Él se requiere para adquirir la posesión regular; y ella solamente comienza cuando éste se tenga y no antes. Si un falso heredero está poseyendo, sin justo título, es un poseedor irregular, sólo tiene el *corpus* y el *animus*, pero nada más. Si luego de ello obtiene la posesión efectiva; esto es, obtiene el justo título, solamente a partir de ese momento tendrá la posesión regular. No puede agregarse a ella el tiempo en que el falso heredero estuvo poseyendo irregularmente. El plazo de cinco años, desde este punto de vista, solamente puede contarse desde que existe el justo título, es decir, la posesión efectiva de la herencia.

Despejado lo anterior, subsiste la duda en torno al momento preciso desde el que se cuentan los mencionados cinco años.

Pareciera que lo que exige el inciso final del artículo 704 es que al heredero putativo "se haya dado la posesión efectiva". La posesión efectiva se da mediante el decreto judicial correspondiente o la resolución administrativa librada por el Servicio de Registro Civil. La posterior inscripción de estas actuaciones no es un requisito complementario para que se entienda concedida la posesión efectiva. Ella se confiere cuando el órgano judicial o administrativo competente la otorga a quien la solicita, y no cuando esta resolución es registrada en donde corresponda. Los trámites posteriores a la fecha de ese decreto o resolución, ya sea su publicación, la facción y protocolización del inventario, fijación y pago de impuestos y las inscripciones generales y especiales que la ley dispone, en nada alteran dicha fecha de iniciación que la ley señala inequívocamente. Es por ello que el plazo debe contarse desde que se confiere la posesión efectiva.<sup>796</sup>

596. PRESCRIPCIÓN DE DIEZ AÑOS. La prescripción de diez años opera a favor del falso heredero a quien no se le ha otorgado la posesión efectiva de la herencia.

<sup>796</sup> Cfr. RDJ, T. 49, 1, p. 338 y T. 98, 2, p. 107; GJ, N° 255, p. 93; FM, N° 238, p. 237 y GJ, N° 121, p. 46. En igual sentido DÍAZ BALTRA, *De la petición de herencia y de otras acciones del heredero*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1933, p. 156; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1193; RAMOS, *Sucesión...*, cit., p. 29 y ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., p. 616. En contra RDJ, T. 50, 1, p. 362; sentencias de la Corte Suprema de fecha 2 de abril de 1997, *Fisco con Julio Insunza*, Rol N° 31.688; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de fecha 10 de mayo de 1990, *Iglesias y otros con Fisco*, Rol N° 6414; Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 28 de agosto de 2000, *Pinto con sucesión de Luis Pinto*, Rol N° 16.196 y GJ, N° 182, p. 83.

Este falso heredero tiene únicamente el *corpus* y el *animus*, pero carece de una resolución judicial o administrativa que obre como un justo título para que su posesión sea regular y, en consecuencia, no está habilitado para adquirir por prescripción de cinco años.

597. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O EXTINTIVA. Si en el caso de la prescripción de cinco años no caben dudas de que se trata de una prescripción adquisitiva, algo más dudosa puede resultar la solución en el caso de la prescripción de diez años.

El artículo 1269 señala que "el derecho de petición de herencia expira en diez años". La expresión "expira" sugiere que esta prescripción es extintiva. Bastaría que se cumplan estos diez años para que se extinguiera la acción, aun cuando nadie haya poseído la herencia en este período. De hecho, así se ha resuelto.<sup>797</sup>

Sin embargo, la doctrina es uniforme en el sentido contrario. Desde luego, no se entiende para nada bien por qué si la prescripción de cinco años es adquisitiva, la de diez años debiera ser extintiva. Por otro lado, el N° 1 del artículo 2512 señala que el derecho real de herencia se adquiere por prescripción extraordinaria de diez años, lo que sugiere que, en aplicación del artículo 2517, esta acción solamente se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho. Si así no fuere, la aplicación del artículo 2517 quedaría reducida en verdad a la acción reivindicatoria, lo que, dado el tenor de este artículo, no parece razonable.<sup>798</sup>

<sup>797</sup> Cfr. RDJ, T. 33, 1, p. 406; sentencia de la Corte Suprema de fecha 28 de octubre de 2003, *González y otros con González y otras*, Rol N° 4391/2002 y el fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 17 de diciembre de 2007 (LegalPublishing 37947).

<sup>798</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 1996 y 1997, pp. 271 y ss.; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1193; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 105 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 480 y 481. En ese mismo sentido se resolvió por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 17 de marzo de 2009, que "de acuerdo a lo que dispone el artículo 2517 del Código Civil, toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva de ese mismo derecho. Lo anterior, en el caso de autos, significa que la acción para reclamar el derecho real de herencia, esto es la de petición de herencia, consagrada en el artículo 1264 del Código Civil, no se extingue por sí sola, por el solo transcurso del tiempo, sino cuando la herencia es adquirida por otra persona por prescripción adquisitiva, poniendo de esta manera término al derecho del verdadero heredero. La prescripción adquisitiva del derecho real de herencia, extintiva de la acción de petición del mismo derecho, puede operar por el transcurso de 10 años o de cinco años, en este último caso cuando al heredero putativo se le ha concedido la posesión efectiva de la herencia". "En esas condiciones, la parte demandada para enervar la acción de petición de herencia deducida en su contra, era menester que alegara y acreditara que había adquirido el derecho real de herencia por el modo de adquirir de la prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria, lo que debió hacer deduciendo la respectiva demanda reconvenzional, lo que no hizo, según se advierte del examen de los autos. Lo anterior, conduce a la conclusión que corresponde rechazar la excepción de prescripción opuesta en el libelo de contestación de la demanda" (c. 1 y 2) (LegalPublishing 41721).

Siendo así, al igual como acontece con la prescripción de cinco años, el derecho del verdadero heredero no se extingue por el simple transcurso del tiempo, sino que sólo lo pierde cuando otra persona lo adquiera por usucapión.<sup>799</sup>

Como consecuencia de lo antes dicho, y de la misma manera que en la prescripción de cinco años, acontecerá que al poseedor que no tiene la posesión efectiva de la herencia que pertenece a otro, no le será suficiente alegar en su defensa la excepción de prescripción, sino que deberá deducir una demanda reconvenzional en contra del demandante, con el objeto de obtener del tribunal esta declaración de prescripción, o bien, si no es demandado, se verá en la necesidad de iniciar en contra de los verdaderos herederos un juicio declarativo de prescripción adquisitiva.

598. PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA. Tratándose de la prescripción de diez años no existen dudas de que ella es una prescripción extraordinaria. Lo dice expresamente la regla primera del artículo 2512, según la cual el derecho de herencia se adquiere por prescripción extraordinaria de diez años.

Como consecuencia del carácter extraordinario de esta prescripción, sucede que ella no se suspende en beneficio de las personas enumeradas en el artículo 2509.

599. FECHA DESDE LA QUE SE CUENTA EL PLAZO DE DIEZ AÑOS. Al igual como ocurre con la prescripción de cinco años, puede haber dudas, y de hecho las hay, respecto del momento en que se inicia el plazo de la prescripción de diez años. Naturalmente que aquí no se considera la fecha de la posesión efectiva, en la medida que ella no ha sido otorgada al poseedor de la herencia o habiendo sido otorgada el poseedor carece de buena fe, lo que hace su posesión irregular. En cambio, sí puede discutirse si este plazo se inicia con la delación de la herencia; esto es, con la muerte del causante (artículo 955), o si comienza desde que el falso heredero toma posesión material de ella.

Como antes se ha dicho, en este caso resulta harto claro que la prescripción debiera contarse desde que se reúnen en manos del falso heredero el *corpus* y el *animus*. Es en ese momento en el que se dan las condiciones necesarias como para

<sup>799</sup> En este sentido resolvió la Corte Suprema, el 28 de marzo de 2007, que "la acción de petición de herencia no prescribe por su no ejercicio, sino que ella, en cuanto nace del derecho de herencia, prescribe con el mismo derecho. Así las cosas aquélla se extingue cuando un tercero, por medio de la prescripción adquiere el derecho de herencia. De este modo el artículo 2517 del Código Civil adquiere plena aplicación. Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho. Ahora bien, según el artículo 1269 del mismo Código, para que expire el derecho de petición de herencia, es necesario el transcurso de diez años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del artículo 704, agrega la misma disposición podrá, oponer a esta acción la prescripción de cinco años" (c. 3) (LegalPublishing 36243).

que el falso heredero pueda comenzar su posesión. La sola delación de la herencia no significa que la posesión de la herencia la adquieran otras personas. Por lo demás, la delación de la herencia se produce solamente a favor de los que son herederos, y no de los falsos herederos.<sup>800</sup>

La jurisprudencia, sin embargo, ha sido vacilante en este punto. Algunas sentencias, las más antiguas, han resuelto que este plazo de diez años se cuenta desde la muerte del causante<sup>801</sup>. En cambio, sentencias posteriores, con mejor juicio, han resuelto que el día inicial de este plazo no es el de la delación de la herencia, sino el del día en que el falso heredero ha entrado en la posesión hereditaria.<sup>802</sup>

600. TITULARES DE LA ACCIÓN. La acción de petición de herencia corresponde al que probare un derecho en la herencia (artículo 1264). Quedan comprendidos como titulares de esta acción solamente los que tengan la calidad de herederos; sean ellos universales o de cuota, testamentarios o abintestato<sup>803</sup>. Corresponde incluso al heredero que haya sucedido por derecho de representación, transmisión, acrecimiento o sustitución.<sup>804</sup>

De la misma forma, esta acción corresponde a los donatarios de una donación revocable a título universal. La donación revocable de todos los bienes o de una cuota de ellos se mirará como una institución de heredero, que sólo tendrá efecto desde la muerte del donante (artículo 1142). Como se considera que el donatario

<sup>800</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1193 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 107. En contra DÍAZ BALFRA, *De la petición...*, cit., pp. 153 y ss.

<sup>801</sup> Cfr. RDJ, T. 16, 1, p. 216 y T. 33, 1, p. 406.

<sup>802</sup> Cfr. RDJ, T. 50, 1, p. 70 y fallo de la Corte Suprema de 28 de marzo de 2007 (c. 4) (LegalPublishing 36243). También la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de 10 de mayo de 1990, *Iglesias y otros con Fisco*, Rol N° 6.414, y el fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 17 de diciembre de 2007, que resuelve que "no es aceptable, como lo pretende el demandado, que el plazo de prescripción debe contarse desde que se produjo la delación de la herencia con la muerte del causante, ya que mientras un tercero no tome posesión de la herencia no existe un sujeto pasivo en contra de quien hacer valer la acción y en consecuencia, el plazo de diez años debe contarse desde la fecha que el demandado tomó posesión material de la herencia del causante" (c. 8) (LegalPublishing 37947).

<sup>803</sup> Cfr. RDJ, T. 63, 2, p. 104. Explica LASARTE que "la condición de heredero ha de tenerse en el momento de ejercitar la acción, aunque el título hereditario no tenga carácter definitivo, como puede ocurrir en el caso de institución de heredero sometido a condición resolutoria o en el supuesto de sustitución fideicomisaria" (*Principios...*, cit., p. 362). No acontece lo mismo con el heredero sujeto a condición suspensiva, pues él no puede entablar esta acción, pues el efecto propio de la condición suspensiva le impide la adquisición del derecho, y si no tiene el derecho en la herencia menos puede gozar de la acción de petición de herencia (cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 482).

<sup>804</sup> Cfr. CÓRDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, T. II, cit., p. 44 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 482.

de una donación revocable a título universal es un heredero, es obvio que también goza de la acción de petición de herencia.<sup>805</sup>

Finalmente, gozan de la acción de petición de herencia los cesionarios de un derecho real de herencia, puesto que, como ya se ha dicho, esta acción queda incluida en la cesión. Quien cede sus derechos hereditarios transfiere todo el beneficio económico que ellos significan, y dentro de ello va incorporada la acción de petición de herencia.

En cambio, no son titulares de la acción de petición de herencia los legatarios, por no ser herederos.<sup>806</sup>

Si el legatario lo es de especie o cuerpo cierto, él adquiere el dominio de la especie legada con la muerte del testador, y como tal dispondrá de la acción reivindicatoria en contra del que se encuentre en actual posesión de la cosa que le fue legada. En consecuencia, no tiene ni requiere la acción de petición de herencia.

Si el legatario lo es de género, no adquiere el dominio de las cosas legadas por la muerte del causante, solamente adquiere un crédito en contra del conjunto de los herederos o del heredero a quienes el testador le impuso la obligación de pagar el legado, pero no en contra de los que no sean herederos. De ahí que solamente disponga de una acción personal para exigir el pago y no de una acción real.

601. SUJETO PASIVO DE LA ACCIÓN. La acción de petición de herencia se intenta contra el que “ocupe la herencia en calidad de heredero”; es decir, en contra del que se dice heredero y no lo es o no lo es completamente (artículo 1264). Es el que se denomina falso heredero y que se identifica con el *possessor pro herede*.<sup>807</sup>

Está en esta condición todo el que controvierta el título de heredero del actor, invocando que él es el verdadero heredero del causante en todo o parte.<sup>808</sup> Tam-

<sup>805</sup> Resolvió la Corte de Apelaciones de San Miguel, el 10 de marzo de 2003, que “de los términos del artículo 1264 del Código Civil se desprende que la acción de petición de herencia se entabla contra el que ocupa la herencia invocando la calidad de heredero, y desconociendo al demandante tal calidad. Del mismo modo es posible enderezar esta acción contra el o los cesionarios del que se supone heredero, como ha ocurrido en la especie, pudiendo también asumir el rol de sujeto pasivo quien posee bienes específicos y determinados de la herencia y siempre que lo haga atribuyéndose el carácter de heredero” (c. 9). La Corte Suprema desestimó los recursos deducidos el 13 de septiembre de 2004 (LegalPublishing 30865).

<sup>806</sup> Cfr. GT, 1866, N° 1285, p. 554.

<sup>807</sup> En todo caso, la expresión “falso heredero” no resulta la más apropiada, pues el pleito puede terminar con una sentencia que desestime la acción por considerar que el demandado es heredero y que no lo es, en cambio, el actor. Además, puede que el demandado sea heredero en parte, y no en todos los bienes que ocupa.

<sup>808</sup> La jurisprudencia es reiterada en este sentido: GT, 1884, s. 1556, p. 975; 1887, s. 2275, p. 1821; 1888, s. 166, p. 101; RDJ, T. 50, 1, pp. 70 y 68, 2, p. 51.

bién lo está quien ha obtenido la posesión efectiva de la herencia no siendo en verdad heredero o siéndolo sólo en una parte; el que ocupa toda la herencia considerándose heredero, aunque no tenga la posesión efectiva, en circunstancias que solamente es heredero en una parte, y el que posee sólo una cuota de la herencia en circunstancias que no tiene derecho a ninguna parte de ella. “La ley no deniega la acción de petición de herencia entre coherederos, sino que se limita a exigir que la persona contra quien se dirige ocupe la herencia en calidad de heredero, sea que revista o no tal calidad” (...) “la acción de petición de herencia es una acción propia de los asignatarios a título universal, esto es, de los herederos, pues sólo ellos suceden a este título y sea que los hagan en todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles del difunto o en una cuota de ellos. Pues bien, si el que entabla la acción es heredero universal, puede demandar el reconocimiento de su calidad de heredero del total de la herencia y pedir la restitución de todas las cosas que la componen y que el o los demandados tengan en su poder; y si es sólo heredero de cuota, puede únicamente demandar el reconocimiento de su calidad de heredero de esa cuota y la restitución pro indiviso de los efectos de la sucesión solamente por la cuota que tiene en ésta. El heredero de cuota tiene el mismo derecho que el heredero universal o el heredero único para deducir la acción de petición de herencia, por cuanto uno y otro se comprenden en la expresión de que se sirve la ley: el que probare su derecho a una herencia. De lo anterior se desprende que si no hay motivo alguno para privar de la acción al heredero de la mitad, del tercio o del quinto de una herencia, cuyo derecho le desconoce el poseedor del patrimonio hereditario, es porque la ley también concede la acción cuando ésta se dirige contra un verdadero heredero que le niega al demandante su derecho a la cuota que le corresponde en la misma herencia”.<sup>809</sup>

Si lo anterior es claro, existen dudas en cambio respecto de si la acción de petición de herencia puede ser entablada en contra de un cesionario de los derechos hereditarios o en contra del que posea la herencia sin título de heredero.

a) Situación del cesionario de derechos hereditarios. Puede acontecer que el falso heredero haya cedido a un tercero los derechos que pretendía tener en la herencia, con lo que surge la cuestión de si ese tercero puede ser sujeto pasivo de la acción de petición de herencia.

La letra del artículo 1264 sugiere que no, por cuanto se refiere exclusivamente al que ocupe la herencia “en calidad de heredero”, y el cesionario de estos derechos, en rigor, no la ocupa en esa calidad, sino que en la de cesionario.

<sup>809</sup> Corte Suprema de 29 de enero de 2009, c. 4 (LegalPublishing 41726).



Con todo, y con razón, los autores se uniforman en el sentido de que el cesionario de estos pretendidos derechos hereditarios sí puede ser demandado de petición de herencia. No puede negarse que él entra a reemplazar a quien se los cedió en una especie de subrogación personal<sup>810</sup>. De hecho, no debe olvidarse que el que cede a título oneroso un derecho de herencia, sin especificar los efectos de que se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero (artículo 1909). Ello implica que en la cesión se ha estimado, naturalmente, esa condición de heredero, que podría frustrarse si un verdadero heredero, accionando de petición de herencia en contra del cesionario, gana el juicio.

b) Situación del que posee la herencia sin título. Muchos más problemas ofrece la determinación de si la acción de petición de herencia procede en contra del *possessor pro possessore*; esto es, quien simplemente posee los efectos hereditarios, pero que no invoca el carácter de heredero, sino que, o no invoca título, o invoca cualquiera que no es el de heredero.

La doctrina más tradicional, sobre la base del tenor literal del artículo 1264, entiende que la acción de petición de herencia no es posible en contra de estas personas. En contra de ellos solamente podría ser procedente la acción reivindicatoria. El argumento es sencillo. En el juicio hereditario se discute acerca de la calidad de heredero, si esa calidad no es controvertida, debido a que el que posee los bienes no la desconoce o no la cuestiona, sino que simplemente se opone sin tener título o por tener un título diferente del de heredero, no es procedente la acción de petición de herencia<sup>811</sup>. En este sentido se encuadran todas las sentencias ya citadas, cuando declaran que esta acción debe entablarse en contra el que ocupe la herencia en calidad de heredero.

Sin embargo, una interpretación más amplia de la acción de petición de herencia no excluye la posibilidad de que ella pueda ser intentada en contra del que está ocupando la herencia aun cuando no lo haga con el título de heredero o simplemente que lo haga sin ningún título. No parecen haber justificaciones de fondo como para que la acción de petición de herencia sólo pueda entablarse contra quien invoca carácter de heredero, pues resulta harto más lógico que si ella procede en contra del que alega calidad de heredero, con mayor y mejor razón es procedente en contra del que ocupa la herencia no en el carácter de heredero.

En el Derecho romano se admitía la posibilidad de que acción de petición de herencia fuera entablada en contra del que poseyendo la herencia no lo hiciera

<sup>810</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1223; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 111 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 483.

<sup>811</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., N° 1954, p. 243 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 333 y 334.

con el carácter de heredero. Señala ARANGIO-RUIZ que se recurre a la *petitio hereditatis* "cuando otro posee las cosas pro herede (= comportándose como heredero, esté o no convencido de serlo), o también *pro possessore*, es decir, sin ningún principio o justificación, así como puede poseer un sujeto de mal vivir (*praedo*), o quien de mala fe proclama un título manifiestamente insuficiente"<sup>812</sup>. En el mismo sentido explica VOLTERRA que "es famosa, en este sentido, D. 5, 3, 9, que afirma que la *hereditatis petitio* puede ser propuesta por el heredero contra aquel que ejerce un derecho correspondiente ya al *de cuius* o que posee la cosa hereditaria *pro herede* o *pro possessore*"<sup>813</sup>. Va incluso más lejos SCHULZ, sosteniendo que "cuando el poseedor había adquirido la cosa objeto del litigio por virtud de un título singular —por ejemplo por venta y *mancipatio*— no tenía que discutir la condición de heredero del actor y aceptar un *iudicium* de *petitione hereditatis*, pues en tal caso la acción procedente era la *rei vindicatio*. Sin embargo, podía aceptar también un *iudicium* de *petitione hereditatis* promovido por el actor. Es por tanto, erróneo, afirmar que la *hereditatis petitio* únicamente se dé en contra de un pro herede o un pro *possessor possessore*"<sup>814</sup>.

De allí que algunos doctrinadores se vengán pronunciando abiertamente sobre la procedencia de esta acción en contra de quienes no invocando el carácter de herederos ocupen todo o parte de la sucesión. Explica LASARTE que "ante la eventualidad de que el poseedor de los bienes hereditarios pudiera dejar de alegar el título de heredero, sin invocar ningún otro, es obligado aceptar que se encuentra también legitimado pasivamente el poseedor de la herencia que no alegue ningún título (*possessor pro possessore*)"<sup>815</sup>.

Entre nosotros, afirma RODRÍGUEZ, que "el verdadero heredero puede deducir acción de petición de herencia independientemente de las excepciones que haga

<sup>812</sup> Ob. cit., p. 633. Afirma GUZMÁN, que la acción de petición de herencia procede en contra del que posea *pro herede* o *pro possessore*. "Posee *pro herede* el que cree ser heredero y no lo es, tenga o no título de heredero (...) posee *pro possessore* el que, teniendo en su poder la herencia, o una parte de ella o cosas hereditarias singulares, no dispone del título de heredero, pero tampoco de alguna otra causa para tener; típicamente posee de esta manera el ladrón (...) en general, poseen *pro possessore* todos aquellos que ocupan de cualquier modo una herencia en todo o en parte, o cosas hereditarias, sin *causa possessionis* típica, sabiendo que no son herederos" (GUZMÁN, *Derecho privado romano*, T. II, cit., pp. 567 y 568).

<sup>813</sup> Ob. cit., p. 794.

<sup>814</sup> Ob. cit., pp. 293 y 294.

<sup>815</sup> *Principios...*, cit., pp. 362 y 363. Explica FERNÁNDEZ que "la doctrina científica, influida por el paralelismo existente entre la acción de petición de herencia y la reivindicatoria viene admitiendo la legitimación pasiva del mero detentador de los bienes hereditarios" (FERNÁNDEZ ARROYO, M., *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona, 1992, p. 193). De la misma forma VAN BIERVLIET, *Cours...*, T. I, Vol. II, cit., p. 218.

valer el demandado. De modo que lo que interesa es que se trate de un heredero que no está en posesión de su herencia correspondiéndole, siendo indiferentes las razones que alegue en su favor el demandado para enervar la acción. Probando el heredero que tiene la calidad de tal y que su derecho no ha prescrito, deberá hacerse lugar a la acción, sin que pueda rechazarse porque el sujeto pasivo alegue una excepción diversa de su propia calidad de heredero. (...) Creemos que no existe ninguna acción que se encuentre subordinada a las alegaciones o defensa del demandado. Para obtener judicialmente es necesario que se acrediten los presupuestos de la acción y que no se alegue y pruebe de contrario un hecho incompatible con ellos (...) De lo dicho se desprende que el artículo 1264, al indicar que la acción se dirige contra otra persona que ocupa la herencia en calidad de heredero, no hace más que describir el escenario más frecuente, pero no único, que se dará en este tipo de juicios”.<sup>816</sup>

Se ha resuelto en el mismo sentido señalado que “la disposición del art. 1264, del Código Civil, es de suyo clara: si el demandante prueba que él es el verdadero heredero o legítimo dueño de una herencia en juicio contradictorio con aquel que la ocupa, con título aparente o sin él, esa prueba trae como consecuencia que se le adjudique la herencia”.<sup>817</sup>

Esta doctrina se ha mantenido en la sentencia de la Corte Suprema de 30 de junio de 2007. Ocurrió que una mujer con varios hijos contrajo matrimonio, por lo que a su muerte la sobrevivieron sus hijos y su cónyuge. Al poco tiempo, falleció su marido, por lo que la hermana de éste solicitó y obtuvo para sí la posesión efectiva de los bienes quedados a su fallecimiento, entre los que se incluían los bienes que había adquirido durante la unión con su mujer, con exclusión de los hijos de ésta. Los hijos de la causante demandaron de petición de herencia a la hermana del que había sido su padrastro, a fin de que se les reconociese su calidad

de herederos y que ella fuera condenada a la restitución de la cuota hereditaria que les correspondía. Tanto en primera como en segunda instancia, la demanda fue desestimada, bajo el argumento de que la acción deducida no era la correcta, ya que la demandada no tenía los bienes en su poder invocando la calidad de heredera de la difunta, sino que como heredera de su hermano que fuera el marido de aquélla. Sin embargo, la Corte Suprema, en su fallo de casación, señaló que “conforme lo ha establecido la doctrina, la acción de petición de herencia puede deducirse en contra de quien posee la herencia invocando la calidad de heredero, sin serlo y en contra del cesionario del falso derecho de herencia, por encontrarse en la misma situación de su cesionario o causante. La pregunta a responder es si la acción de autos puede deducirse en contra de quien detenta la herencia haciendo valer derechos incompatibles con el heredero, ya que tal como se ha establecido en esta causa, la demandada ocupa el bien objeto de la herencia y, si bien no lo hace en calidad de heredera” de la difunta, lo efectúa en su calidad de heredera de su hermano, cónyuge de aquélla, teniendo la posesión inscrita del mismo. En este sentido, “esta Corte es del parecer que, habiendo probado los actores que detentan la calidad de herederos de la causante, que su derecho no ha prescrito, y que le asisten derechos en la calidad reconocida respecto del bien individualizado, corresponde acoger la demanda, sin que la calidad que detenta la demandada sea óbice para ello, en atención a que nadie puede poseer más derechos que los que se le han transmitido”. Al no resolverlo así debe concluirse que se había infringido el artículo 1264 del Código Civil, pues desconoció el derecho de los demandantes a la herencia de su causante, en la cuota que a ella correspondía en el bien que poseía la demandada (c. 8 y 9).<sup>818</sup>

602. EFECTOS: La sentencia que acoge la acción de petición de herencia produce una serie de consecuencias entre las partes del litigio, principalmente en lo que guarda relación con el reconocimiento del carácter de heredero del actor, con la restitución de las cosas objeto de la demanda y con las prestaciones mutuas que recíprocamente se deben.

En esta materia, y especialmente en lo que se relaciona con las prestaciones mutuas, el Código Civil toma en consideración si el ocupante de la herencia estaba de buena o mala fe. De acuerdo a lo señalado en el artículo 1266 “a la restitución de los frutos y al abono de mejoras en la petición de herencia, se aplicarán las mismas reglas que en la acción reivindicatoria”. Estas normas so-

<sup>816</sup> Agrega el autor la siguiente ejemplificación: “Deducida la acción, podría el demandado excepcionarse sosteniendo que adquirió los bienes que componen la herencia de su legítimo dueño, el cual, a su vez, los había adquirido por acto entre vivos de un tercero. O bien que detenta materialmente los bienes que componen la herencia por obra de un mandato de administración que le confiere la facultad de mantenerlos en su poder. O bien que se tiene el carácter de albacea y heredero ha sido llamado condicionalmente. En todos estos casos y cuantos puedan imaginarse, la acción está bien entablada y el juez, en su sentencia dará lugar a ella o la rechazará conforme al mérito de las alegaciones formuladas, pero no sobre la base de que el demandado no se ha atribuido la calidad de falso heredero” (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 112). En igual sentido entiende DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que la acción de petición de herencia es procedente en contra del que ocupa sin título, “esta situación se la encuentra en las fuentes romanas. Se admitía como sujeto pasivo de la acción al que simplemente sostenía que poseía la herencia, aunque sin título alguno” (*Derecho sucesorio*, cit., p. 1124).

<sup>817</sup> RDJ, T. 62, 1, p. 1, p. 321.

<sup>818</sup> LegalPublishing 36546.

bre prestaciones mutuas establecidas en los artículos 904 y siguientes del Código Civil, son de aplicación general. No sólo valen para la acción reivindicatoria y la de petición de herencia, sino que también para las prestaciones mutuas que nacen con ocasión de la declaración de nulidad de un contrato (artículo 1687.2) y las que puedan nacer a propósito de la accesión de mueble a inmueble (artículo 669).

Estas reglas, a objeto de precisar qué acontece con los frutos, mejoras y deterioros producidos, introducidos o realizados durante el tiempo que las cosas estuvieron en poder del poseedor vencido, diferencian, en forma general, entre poseedores de buena y mala fe. Este es el parámetro central de la reglamentación sobre prestaciones mutuas, y en donde, como es natural, el poseedor de buena fe resulta más favorecido, o si se quiere, menos castigado, que el que se encuentra de mala fe.

En lo que hace concretamente a la acción de petición de herencia, la doctrina es uniforme en el sentido que la buena fe del poseedor de la herencia implica que aquél la ha estado poseyendo en la creencia de que es el verdadero y único heredero, pues tiene la convicción que la ha adquirido por los medios legítimos, exento de fraude y de todo otro vicio (artículo 706). Si el falso heredero tiene la conciencia o el conocimiento de que ha estado ocupando una herencia que legalmente no le pertenecía, por existir otros herederos testamentarios o intestados de mejor derecho, o porque comparte el carácter de heredero con otras personas, no puede ser considerado como poseedor de buena fe, por cuanto aquello resulta incompatible con la persuasión de haber obrado correctamente.<sup>819</sup>

Si un sujeto sabe que no es heredero, o por lo menos que no es el único, ya que existe un testamento en el que se efectúan determinadas asignaciones a favor de otras personas, no parece acorde con la buena fe que solicite y obtenga para sí la posesión efectiva de estos bienes, efectuado las inscripciones del caso en su favor, con total prescindencia del testamento, como si éste no existiera. De la misma

<sup>819</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 1960 y 1961, pp. 246 y 247; DÍAZ BALTRA, *De la petición...*, cit., pp. 170 y 171; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1229 y 1230; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 115 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 485. En este sentido, VÉLEZ SARDFIELD, en nota al artículo 3426 del Código Civil argentino, escribió que “el que toma una sucesión a la cual sabe que no tiene ningún derecho, se encuentra, por su solo hecho, sometido a la obligación de restituirla inmediatamente al legítimo heredero, y debe, por su mala fe, ser considerado como constituido en mora desde el primer momento de la ocupación de las cosas hereditarias”. En un sentido semejante anota FERNÁNDEZ ARROYO que “podemos definir al heredero aparente de mala fe como aquel que ha aprehendido la herencia conociendo la existencia de los vicios que afectan al título en virtud del cual se considera llamado a la sucesión, o, a sabiendas de que carece de un título hereditario, tanto real como putativo e, incluso, cuando desconociendo estos extremos, la ignorancia de la legitimidad de su posesión sea imputable a su culpa grave, por tratarse de un error inexcusable” (*La acción...*, cit., p. 267).

forma, si un miembro de la familia del causante, sabiendo que existen herederos de mejor derecho, ocupa la herencia del causante en el carácter de heredero, no puede ser considerado poseedor de buena fe. De ahí que la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 27 de enero de 2009, haya resuelto que si el demandado de petición de herencia tenía conocimiento del testamento, pero de igual manera solicitó la posesión efectiva como si fuere intestada, “estaba ocultando deliberadamente la circunstancia que dicha posesión efectiva era testamentaria, y por eso debe presumirse su mala fe”, por lo cual procede revocar la sentencia de primera instancia “en cuanto resolvió que el demandado actuó de buena fe” (c. 3 y 4).<sup>820</sup>

Sin embargo, recientemente, la Corte Suprema, apartándose de esta línea, ha señalado que “el solo hecho que los demandados pudiesen haber sabido de la existencia de un testamento a favor de un tercero, que no tenía la calidad de heredero *ab intestato*, no los convierte en poseedores de mala fe de la herencia cuya posesión efectiva obtuvieron (...) más aún si interpuesta la acción de petición de herencia dedujeron reconvencción impugnando dicho testamento por ser nulo, habiéndose desestimado esa reconvencción y acogiendo la demanda sin costas, por haber tenido motivos plausibles para litigar”. En virtud de lo señalado, y en la sentencia de reemplazo, señala la Corte Suprema que se revoca el fallo recurrido en cuanto ordena restituir la herencia a la actora “en la forma señalada en el inciso 1° del artículo 907 del Código Civil y se dispone, en cambio, que dicha restitución debe hacerse en los términos del inciso 3° del citado artículo 907; esto es, en calidad de poseedores de buena fe”.<sup>821</sup>

Las afirmaciones del fallo no resultan convincentes. Desde luego, la buena fe del poseedor debe presumirse de conformidad a la regla sentada por el artículo 707, salvo los casos en que la ley establezca la presunción contraria. Esta regla se hace extensiva a los poseedores de una herencia, lo que obliga al peticionario de la

<sup>820</sup> LegalPublishing 41646.

<sup>821</sup> Sentencia de fecha 29 de mayo de 2003, *Asociación para espásticos chilenos con Gutiérrez Morn y otros*, Rol N° 918/2002. En este caso, la causante, que carecía de legitimarios, instituyó en su testamento heredera universal de sus bienes a una institución de beneficencia. No obstante ello, un grupo de sus familiares, invocando un pretendido carácter de herederos intestados, obviando el testamento, solicitó y obtuvo para sí la posesión efectiva de los bienes de la sucesión, procediéndose a las inscripciones conservatorias del caso. La heredera universal interpuso en su contra demanda de petición de herencia por considerarlos falsos herederos. Estos últimos reconviene solicitando la declaración de nulidad del testamento por supuesta inhabilidad mental de la testadora. Las sentencias de primera y segunda instancia acogieron la acción de la designataria testamentaria, considerando a los demandados como poseedores de mala fe, rechazando la reconvencción. La Corte Suprema, casando en la forma de oficio, considera que los poseedores vencidos, por el hecho de haber podido saber la existencia de un testamento, no pasan a ser poseedores de mala fe, manteniendo en el resto lo resuelto.

herencia a desvirtuarla, acreditando que el poseedor de ella tenía conciencia de que no era en verdad asignatario o no lo era de manera exclusiva.<sup>822</sup>

Es obvio que si los poseedores de la herencia tienen cabal conocimiento de un testamento, y proceden como si éste no existiera, solicitando la posesión efectiva y efectuando las inscripciones conservatorias en su favor, excluyendo al o los herederos instituidos por el testamento, no pueden ser considerados poseedores de buena fe.<sup>823</sup>

Por lo demás, solamente un desconocimiento del testamento excusable podría dar lugar a la buena fe posesoria, pues si él encuentra causa en una injustificada ignorancia o en la falta de preocupación sobre este aspecto por parte del poseedor, ello excluye definitivamente su buena fe.<sup>824</sup>

A mayor abundamiento, el hecho de que los demandados hayan deducido reconvencción en contra de la actora, requiriendo la declaración de nulidad del testamento, no parece ser la mejor demostración de buena fe. Mientras un negocio jurídico aparentemente válido no sea declarado nulo por sentencia firme, produce todos los efectos que le son propios; sólo la nulidad pronunciada en sentencia que produce la fuerza de cosa juzgada tiene la virtualidad de impedir los efectos que a este acto le son propios. Por lo mismo, pareciera mucho más acorde con el principio de la buena fe que si los herederos intestados dudan de la validez de un testamento deban deducir previamente la demanda de nulidad que corresponde, en lugar de proceder como si el testamento no existiere, pues ello es tanto como desconocer los efectos de un negocio que, en principio, es válido.

<sup>822</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. I, cit., p. 361; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1229 y 1230 y ZANNONI, *Manual...*, cit., p. 257.

<sup>823</sup> Otra cosa es que se considere como no acreditado que estos falsos herederos hayan tenido conocimiento de la existencia del testamento. En cuanto a este último aspecto, la Corte Suprema, en la sentencia de casación en la forma que se comenta, anuló el fallo recurrido, porque entendió que la resolución que consideraba a los demandados como poseedores de mala fe carecía de las razones de hecho y de derecho que justificaban tal decisión, al haber eliminado la Corte de Apelaciones de Santiago (29 de octubre de 2001, Rol N° 2433/98), el considerando de la sentencia de primera instancia que se refería a este aspecto (21° Juzgado Civil de Santiago, de fecha 21 de diciembre de 1998). Esto llama la atención, por cuanto la sentencia de primera instancia deja establecido, en otros consideraciones que no fueron objeto de modificación o supresión, que una de las demandadas, en el trámite de absolución de posiciones, dejó completamente claro que ella y los otros demandados tuvieron conocimiento antes del fallecimiento de la causante del hecho de "haberse otorgado testamento y que conocieron las disposiciones de éste", y que con posterioridad al fallecimiento de la causante el resto de los demandados le informaron "que habían acordado solicitar la posesión efectiva de la herencia en beneficio de ellos, ignorando el testamento otorgado por la causante". Parece natural que estas circunstancias debieran haber sido consideradas en la sentencia de reapello.

<sup>824</sup> Cfr. MESSINEO, *Manual...*, T. VII, cit., p. 447.

En todo caso, y aun cuando la sentencia de la Corte Suprema no lo dice de manera expresa, debe entenderse que la buena fe termina con la contestación de la demanda, es a partir de ese momento que la mala fe se hace presente (artículos 907.3 y 909.4).

603. RESTITUCIÓN DE LAS COSAS HEREDITARIAS. El principal efecto de la acción de petición de herencia acogida, es que el falso heredero deberá restituir todo o parte de lo que posee injustamente. Dice a este respecto el artículo 1264 que el objetivo de esta acción es que al demandante "se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias".

Como consecuencia de lo anterior, el falso heredero deberá restituir todo cuanto ocupe de la sucesión. Quedan comprendidas en esta restitución todas las cosas corporales o incorporales que estuvieran en poder del demandado. Si se trata de bienes inmuebles o de otros derechos inscritos, la restitución de las cosas que ampara la inscripción conlleva necesariamente dejar sin efecto las respectivas inscripciones conservatorias, toda vez que no es posible de otra forma restablecer las cosas al estado anterior a los hechos que dan origen a la acción que pretende la restitución.<sup>825</sup>

También alcanza la restitución a las cosas respecto de las cuales el causante era un mero tenedor, sea como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, usufructuario, etc. El causante, en su calidad de mero tenedor, debía restituir estos bienes a sus dueños, por lo que para proceder de esta forma ellos deben ser devueltos o entregados previamente a los herederos sobre quienes pesa ahora la obligación de restituirlos.

También, en los términos del artículo 1265, "se extiende la misma acción no sólo a las cosas que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto, sino a los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia".

Si el que poseía la herencia no era heredero en parte alguna, deberá restituir todo cuanto se encuentre en su poder, por lo que habrá que proceder a la cancelación de cualquier inscripción hereditaria que pueda existir en su favor, como la inscripción de la posesión efectiva a su nombre y las eventuales inscripciones especiales de herencia, si es que se hicieron, y hacer nuevas inscripciones a favor del heredero que ha ganado el pleito.

604. SITUACIÓN DEL OCUPANTE DE CUOTA. Si el demandado no era completamente falso heredero, sino que compartía el carácter de coheredero con el demandante, el cumplimiento de la sentencia puede no ser fácil, con la com-

<sup>825</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de septiembre de 2008 (c. 3) (LegalPublishing 40381).

plejidad adicional de que el Código no ha previsto normas especiales a este respecto.

Desde luego habrá que modificar las inscripciones hereditarias, a fin de que se hagan a nombre de ambos. A los efectos de la distribución de los bienes será necesario iniciar un juicio de partición hereditaria para hacer efectivos los derechos del heredero que no estaba en posesión de la herencia. La sentencia que se dicta en el juicio de petición de herencia no puede hacer una distribución de los bienes de la sucesión, ello es materia de una partición, sea que se haga de común acuerdo o bien a través de un juicio ante juez árbitro. El fallo se limitará a señalar que el demandante es también heredero, eventualmente la cuantía de los derechos que en la sucesión le corresponden, ordenará las cancelaciones e inscripciones que sean de rigo, y resolverá sobre las prestaciones mutuas. El resto no es materia de esta sentencia.

605. FRUTOS. En lo que hace a los frutos de las cosas que componen la masa hereditaria, el artículo 1266 hace aplicables las reglas de las prestaciones mutuas de la acción reivindicatoria (artículo 904 y ss.). A este respecto, y como se ha indicado, será necesario diferenciar si el falso heredero estaba de buena o de mala fe.

El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder (artículo 907.1). Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción: se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder (artículo 907.2).

En cambio, el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas anteriores (artículo 907.3)

Por otro lado, deben tenerse en cuenta dos reglas importantes:

a) La primera es que en toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos (artículo 907.4). De modo que sea que el poseedor de la herencia esté de buena o mala fe, en el cómputo de los frutos debe abonarse al que restituye los gastos en que ha incurrido para generarlos. Se trata, como se comprende, de una prestación del demandante en beneficio del demandado.

b) Por otra parte, no debe perderse de vista que de acuerdo a la regla del artículo 913, la buena o mala fe del poseedor de la herencia, debe apreciarse al tiempo de la percepción de los frutos. Esto implica que para juzgar si el poseedor debe o no restituir los frutos, no debe estarse a la época que entró en posesión de las cosas, sino que a la época en que percibió los frutos.

606. MEJORAS. Al igual como acontece con los frutos, para determinar lo que ocurre con las mejoras introducidas en las cosas hereditarias por el falso heredero, deben aplicarse las reglas de las prestaciones mutuas de la acción reivindicatoria (artículo 1266). De esta forma será necesario diferenciar si se trata de expensas o mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, y si el falso heredero se encontraba de buena o mala fe.

En lo que se refiere a las mejoras o expensas necesarias, sin las cuales la cosa no puede ser convenientemente conservada, puesto que se destruye o deteriora, ellas deben abonarse a todo poseedor vencido, esté de mala o de buena fe (artículo 908.1).

Estas expensas necesarias pueden ser de dos tipos, y según ello se determina el alcance de la devolución. Si estas expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieren sido realmente necesarias, pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución (artículo 908.2). Sin embargo, si las expensas se invirtieron en cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador, en este caso al heredero petionario de herencia, y se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía (artículo 908.3).

En lo que se refiere a las mejoras útiles; esto es, las que sin ser necesarias aumentan el valor venal de la cosa, para su pago debe diferenciarse según el falso heredero ha estado de buena o mala fe (artículo 909).

El falso heredero que ha estado de buena fe, tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda. El falso heredero elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo (artículo 909). En cambio, respecto de las mejoras útiles hechas después de contestada la demanda, el falso heredero de buena fe tendrá solamente los derechos que por el artículo 910 concede al poseedor de mala fe.

Por el contrario, el falso heredero poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles antes señaladas (artículo 910.1) Solamente podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados (artículo 910.2)<sup>826</sup>. La misma regla, como

<sup>826</sup> En los términos del artículo 912, se considera que la separación de los materiales es en detrimento de la cosa, cuando hubiere de dejarla en peor estado que antes de ejecutarse las mejoras; salvo en cuanto el vencido pudiere reponerla inmediatamente en su estado anterior, y se allanare a ello. Esta regla se aplica siempre que se pretendan separar mejoras útiles y voluptuarias.

se ha dicho, se aplica a las mejoras útiles que haya hecho el poseedor de buena fe después de contestada la demanda (artículo 909.4).

Las mejoras voluptuarias son las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa, en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante (artículo 911.2).

Respecto de estas mejoras voluptuarias, el verdadero heredero no será obligado a pagarlas al falso heredero sea que esté de mala o de buena fe. Este poseedor de la herencia sólo tendrá el derecho llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados (artículos 911.1, 910.2 y 912).

607. DETERIOROS. De conformidad a lo prevenido en el artículo 1267, la responsabilidad del falso heredero por los deterioros que hayan sufrido las cosas hereditarias, será determinada también sobre la base de su buena o mala fe.

El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de los deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico. Pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de los deterioros.

Luego, en dos casos será responsable el poseedor: primero, cuando ha estado de mala fe, y segundo, cuando habiendo estado de buena fe se haya enriquecido con los deterioros. Esto último acontecerá cuando, por ejemplo, procede a destruir un bosque para vender la madera o la leña, o cuando sacrifica los animales para comercializar su carne (artículo 906.2), o cuando demuele un edificio para vender los materiales.<sup>827</sup> En caso contrario, esto es si el falso heredero no se hizo más rico, no es responsable por los deterioros.

608. ENAJENACIONES. La situación de la enajenación de las cosas hereditarias también está tratada en el artículo 1267. Es posible que el falso heredero, durante el período que duró su ocupación de la herencia, incluso durante la vigencia del juicio —si es que no se adoptaron medidas precautorias— haya procedido a la enajenación de las cosas que componen la masa hereditaria. En este caso surge el problema de establecer cuál es la responsabilidad del falso heredero por estas enajenaciones y si estas cosas pueden ser o no reivindicadas de manos de terceros poseedores.

<sup>827</sup> Cfr. ZANNONI, *Manual...*, cit., p. 258.

609. RESPONSABILIDAD DEL FALSO HEREDERO POR LAS ENAJENACIONES. En lo que hace a la responsabilidad del falso heredero por las enajenaciones que haya hecho de los bienes hereditarios que estuvieron en su poder, el artículo 1267 sigue la misma regla de solución que la establecida para los deterioros de la cosa. De modo que se hace necesario diferenciar según el poseedor de la herencia se haya encontrado de buena o de mala fe.

El poseedor que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones, sino en cuanto le hayan hecho más rico. Esto implica que, por regla general, el falso heredero no tiene responsabilidad frente al verdadero heredero por estas enajenaciones. Solamente si este poseedor se ha hecho más rico con ellas será responsable frente al heredero, y sólo en la parte que se ha hecho más rico.

Pero si el falso heredero ha ocupado de mala fe las cosas hereditarias, será responsable frente al verdadero heredero de todo el importe de las enajenaciones. Esto implica que el falso heredero deberá indemnizar al verdadero por el monto de lo enajenado.

Todo lo anterior, como se dice en seguida, no implica que las enajenaciones efectuadas por el falso heredero sean oponibles al verdadero heredero, pues se trata de la enajenación de cosas ajenas, y el heredero, en lugar de solicitar las indemnizaciones que le concede el artículo 1267, puede optar por reivindicar las cosas enajenadas que hayan pasado a terceros.

610. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA DEL HEREDERO EN CONTRA DE TERCEROS POSEEDORES. En el particular caso de las enajenaciones efectuadas por el falso heredero, el artículo 1268 concede a los verdaderos herederos una acción reivindicatoria especial.

Dispone este artículo que el heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre las cosas hereditarias reivindicables, que hayan pasado a terceros, y que no hayan sido prescritas por ellos. Si prefiere usar de esta acción, conservará, sin embargo, su derecho para que el que ocupó de mala fe la herencia le complete lo que por el recurso contra terceros poseedores no hubiere podido obtener, y le deje enteramente indemne; y tendrá igual derecho contra el que ocupó de buena fe la herencia en cuanto por el artículo precedente se hallare obligado.<sup>828</sup>

<sup>828</sup> La primera parte del artículo 1268 señala esta acción reivindicatoria procede sobre las cosas hereditarias reivindicables, que hayan pasado a terceros, y que no hayan sido prescritas por ellos. La verdad es que casi todo lo dicho está de más, pues son requisitos de la acción reivindicatoria que la cosa sea susceptible de ser reivindicada; que se encuentre en poder de un tercero y que no haya sido adquirida por usucapión por este tercero (artículos 889 y ss.).

En consecuencia; no se trata de que las enajenaciones efectuadas por el falso heredero sean inválidas. Son actos dispositivos sobre cosas ajenas<sup>829</sup>. Como nadie puede trasferir más derechos de los que tiene, el falso heredero no pudo transferir un dominio del que carecía. Los actos dispositivos no son nulos, sino que inoponibles al verdadero dueño; el heredero, quien podrá reivindicar estas cosas de manos de los terceros (artículo 1815).<sup>830</sup>

Si el poseedor de la herencia estaba de buena fe, la única posibilidad del verdadero heredero es deducir una acción reivindicatoria en contra de los actuales poseedores. No puede, en este caso, hacer efectiva la responsabilidad económica del falso heredero mediante una demanda indemnizatoria, a menos que éste se haya hecho más rico con la enajenación (artículo 1267). Si éste fuera el caso, es decir, se hubiere hecho más rico, el verdadero heredero tendría en su poder dos acciones diferentes: una personal, en contra del falso heredero, para exigirle el pago de todo aquello en cuanto se hizo más rico; y otra real, en contra del actual poseedor de los bienes hereditarios, para exigirle la restitución de las cosas indebidamente enajenadas por el falso heredero.

Por el contrario, si el falso heredero actuó de mala fe, el verdadero heredero también dispone de dos acciones diferentes. La primera es una acción personal para exigirle al falso heredero el pago del valor de las enajenaciones. La segunda es la acción reivindicatoria en contra de los terceros poseedores que adquirieron de manos del falso heredero.

En otras palabras, el verdadero heredero siempre dispone de la acción reivindicatoria en contra de terceros poseedores sean de buena o mala fe. Además, tiene una acción personal en contra del falso heredero de buena fe que se hizo más rico, para que lo indemnice por todo aquello que no haya podido recuperar de manos de terceros con la acción reivindicatoria y que no exceda la parte en que el falso heredero se ha hecho más rico. Contra el falso heredero de mala fe tiene una acción personal más amplia aún, para que le complete todo lo que por el recurso contra terceros poseedores no hubiere podido obtener.

Como se aprecia, las acciones personales de indemnización y reivindicatoria no son incompatibles, pueden deducirse conjuntamente, o acaso las primeras en subsidio de las segundas. El verdadero heredero puede pedir la restitución de las cosas hereditarias y, además, la indemnización en lo no recuperado de manos de terceros. Sin embargo, lo que no puede hacer el verdadero heredero es pedir al falso heredero la totalidad del importe de la enajenación de las cosas y, asimismo,

reivindicar la cosa de manos de terceros. Esto implicaría que el verdadero heredero que demanda se enriquecería injustificadamente, pues, por un lado, obtendría el precio de las cosas de parte del falso heredero, y, por otro, recuperaría la cosa misma de manos del tercer poseedor. De ahí que estas acciones solamente sean compatibles en la medida que se reivindicuen las cosas de manos de terceros, y no se pida al falso heredero todo el valor de ellas, sino que sólo aquello que no es posible obtener de terceros.<sup>831</sup>

611. LA REIVINDICACIÓN POR PARTE DE VARIOS HEREDEROS. Puede acontecer que el verdadero heredero no sea uno solo, sino que sea más de uno, o incluso pueden ser muchos. En este caso puede complicarse el ejercicio de la acción reivindicatoria concedida por el artículo 1268 en contra de terceros. Surge de esta forma la interrogante acerca de si todos los herederos deben actuar conjuntamente, o si puede hacerlo sólo uno de ellos por todos. La doctrina no es uniforme en esta cuestión.

Algunos entienden que uno solo de los herederos podría deducir la acción reivindicatoria en contra del tercero poseedor sin la concurrencia del resto de los miembros de la sucesión. Se funda este aserto en las normas que gobiernan la comunidad. Como se sabe, al producirse la muerte del causante se forma una comunidad hereditaria, comunidad que se rige por las reglas generales; de esta forma se hacen aplicables en la especie los artículos 2081, 2078 y 2132. En virtud de ellos, se concluye que los derechos de los comuneros en la cosa común son los mismos que tienen los socios en el haber social. Por lo mismo, se entiende que cada comunero ha recibido de los otros un poder para administrar la cosa común, y entre las facultades que contendría este mandato tácito y recíproco de administración, estaría la de reivindicar la cosa común de manos de terceros.<sup>832</sup>

Por el contrario, otros estimán, acaso con mejor fundamento, que no es posible una solución de esta naturaleza. En estas circunstancias, es el derecho de propiedad en la cosa común el que se encuentra comprometido o amagado, y ese derecho no pertenece a uno solo de los herederos, sino que a todos. El artículo 893 predica que la acción reivindicatoria corresponde al que tiene la propiedad de la cosa que se reivindica, propiedad que, en este caso, pertenece a varias personas y no a una sola.<sup>833</sup>

<sup>831</sup> Es precisamente por esto que RODRÍGUEZ la denomina "acciones de residuo", puesto que por ellas no se pide el total del valor de las enajenaciones, sino que aquella parte que no ha sido obtenida de terceros (cfr. *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 119).

<sup>832</sup> *Ibidem*, pp. 125 y 126.

<sup>833</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1201 y 1202. La mayor parte de los autores entienden que la facultad de administración de la cosa común que tienen los comuneros no com-

<sup>829</sup> Cfr. RDJ, T. 2, 1, p. 358; T. 23, 2, p. 7 y T. 63, 2, p. 104.

<sup>830</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 338 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 489.

Pero ¿podría uno de los herederos por sí solo reivindicar la cuota parte que le corresponde en el bien que pasó a manos de terceros? La respuesta a esta interrogante, en teoría, dada la concepción de la comunidad universal entre nosotros, debiera ser negativa. Mientras subsiste la comunidad sobre la universalidad jurídica que es la herencia, los derechos de los comuneros no se comunican a los bienes que individualmente la componen. El heredero de un tercio no es propietario de un tercio de cada bien que forma parte de la universalidad. Solamente es titular de una cuota parte de la universalidad, que no se radica en ningún bien determinado. No se trata, en consecuencia, de reivindicar una cuota en cosa singular, sino que de reivindicar una cuota determinada de un bien que forma parte de una universalidad y que pasó a terceros.

Sin embargo, lo anterior implicaría que muchas veces el heredero que no ha participado de la enajenación del bien hereditario a terceros, quedaría burlado en sus derechos, pues no podría reivindicar el total del bien ni tampoco la cuota que a él podría corresponderle. Esto se hace mucho más evidente cuando el único bien de esa comunidad es el que fue enajenado a terceros<sup>834</sup>. Es por esto que, a pesar de algunas vacilaciones iniciales, la jurisprudencia desde hace muchos años ha venido permitiendo al heredero no poseedor reivindicar la cuota que a él pudiera pertenecerle en el bien que pasó a manos de terceros por un acto dispositivo de otro de los herederos. En otras palabras, se ha permitido la reivindicación de la cuota de una cosa singular que forma parte de una universalidad jurídica.

Por ejemplo, la Corte Suprema, en sentencia de fecha 16 de mayo de 2002, al rechazar el recurso de casación deducido en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 22 de agosto de 2001, dejó afirme la doctrina según la cual “nada obsta a que el heredero de una cuota entable acción reivindicatoria de la misma en una de las especies del *as* hereditario, el hecho de que en

Continuación nota <sup>833</sup>

prende la posibilidad de que uno solo de ellos la reivindique de manos de terceros (cfr. SILVA SEGURA, ob. cit., pp. 161 a 164). En todo caso debe destacarse que el propio SILVA SEGURA admite que un comunero pueda reivindicar su propia cuota de la cosa a pesar de que esta última forme parte de una comunidad (ob. cit., pp. 139 y ss.).

<sup>834</sup> Incluso, algunos en este caso señalan que no hay discusión posible acerca de la procedencia de la acción reivindicatoria. Así, por ejemplo, enseñan ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC que “la reivindicación de cuotas ha dado lugar a una controversia. Nadie duda de que se puede reivindicar una cuota proindiviso de una cosa singular cuando ésta constituye el único bien de la comunidad, o sea, cuando la comunidad es de objeto simple. Y no hay discusión porque existiendo un solo bien, la cuota en la masa o comunidad representa también la cuota en el objeto de ésta, en el bien mismo. Si un comunero tiene la mitad de los derechos en la comunidad, quiere decir que le pertenece la mitad del bien mismo” (*Tratado de los derechos reales*, T. II, cit., p. 265).

la partición de la herencia pueda o no corresponderle a él dicha especie, porque mientras dure la indivisión tiene derecho, en proporción a su cuota, sobre toda la herencia y sobre cada cosa de ella, además que la ley no exige semejante operación”<sup>835</sup>.

Más explícito todavía es el fallo de fecha 9 de julio de 1990 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, según el cual “el heredero puede hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias, que hayan pasado a terceros, y no hayan sido proscritas por ellos, con lo cual colocó al heredero en una posición tal que no le es necesario ejercer previamente la acción de petición de herencia. Este criterio sustentado en diversos fallos de la Excm. Corte Suprema, partiendo de la premisa que los principios jurídicos con sus consecuencias, hay que aceptarlos, pero siempre que ellos no traigan consigo situaciones injustas, por cuanto si no se permitiera reivindicar una cuota proindiviso de una cosa singular que forma parte de una universalidad jurídica, sería dejar en la indefensión al comunero que no concurrió a la enajenación, pues debería pedir el consentimiento a los que disputaron de ella, los que por cierto se negarían. Lo mismo ocurriría si el derecho del comunero quedara subordinado a la partición previa para poder ejercitar sus derechos desconocidos en un acto ejecutado por algún otro comunero”<sup>836</sup>.

La misma solución es aceptada en la sentencia de la Corte Suprema de 30 de enero de 2008, según la cual “los actores al deducir la acción reivindicatoria consagrada en el artículo 1268 del Código Civil—en relación a los derechos que a mis representados les corresponden en la propiedad antes singularizada—, lo han hecho correctamente, puesto que la determinación de la cuota o porción que en la herencia se adjudica a los demandantes, es propia del juicio de partición. En este sentido, esta Corte es del parecer que, habiendo probado los actores que detentan la calidad de herederos de la causante, que su derecho no ha prescrito, y que le asisten derechos en la calidad reconocida respecto del bien individualizado, correspondía acoger la demanda, sin que la indeterminación de los derechos del actor sea óbice para ello”<sup>837</sup>.

612. LA DOCTRINA DEL HEREDERO APARENTE. La posibilidad que tiene el verdadero heredero de dirigirse en contra de los terceros que adquirieron bienes de

<sup>835</sup> Cfr. *Jurisprudencia de la Acción Reivindicatoria*, LexisNexis, 2003, pp. 77 y ss.

<sup>836</sup> *Ibidem*, pp. 84 y ss. La misma doctrina está presente en muchos otros fallos más antiguos: cfr. RDJ, T. 9, 1, p. 139; T. 11, 1, p. 319; T. 16, 1, p. 372; T. 21, 1, p. 129; T. 24, 1, p. 277; T. 38, 1, p. 113; T. 41, 1, p. 382; T. 46, 1, p. 665; T. 47, 1, p. 336 y T. 63, 2, p. 104. En igual sentido CLARO SOLAR, ob. cit., T. 9, N° 1729, p. 392 y SILVA SEGURA, ob. cit., pp. 143 y ss.

<sup>837</sup> LegalPublishing 38149.



parte del falso heredero, no es más que una aplicación del principio de que nadie puede transferir ni transmitir más derechos de los que tiene: *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. Habida cuenta que el falso heredero no era en verdad dueño de los bienes que estaban en su poder, no pudo transferir un derecho que no tenía a terceros. De ahí que quienes adquirieron de sus manos, no se transformaron en propietarios sino que en simples poseedores.<sup>838</sup>

Acontece que estos actos de disposición, por lo mismo, no son oponibles al verdadero heredero, quien puede reivindicar las cosas hereditarias de manos de los terceros poseedores. Se trata sin más, que de la venta de una cosa ajena. Ella es válida entre las partes, pero completamente inoponible al verdadero dueño de la cosa. En este caso, el verdadero heredero ha sido privado, injusta e ilegalmente, de las cosas que le pertenecen, y ahora se encuentran en manos de terceros poseedores, por lo que pueden ser reivindicadas.

El problema es que la aplicación estricta de este general principio puede causar serios daños respecto de los terceros que han actuado de buena fe; esto es, han contratado con el falso heredero en la creencia de que era el verdadero. En muchos casos estos terceros no han podido tener la forma razonable o cerciorarse que la persona de la cual han adquirido ciertos bienes no es un real heredero.

En Chile, basta con pensar en un caso en extremo sencillo y de ordinaria ocurrencia. Uno de los miembros de la familia del causante, a pesar de existir herederos con mejor derecho, obtiene para sí la posesión efectiva de los bienes del causante. Una vez hecho aquello, realiza, a su nombre, las inscripciones que ordena el artículo 688, concretamente la inscripción de la posesión efectiva y de los inmuebles. Terminada la gestión, vende los inmuebles a terceros.

En el caso señalado, los compradores contratan, de buena fe, con quien creen que en verdad es heredero. Exhibe una resolución judicial o administrativa que lo declara como tal, y es poseedor inscrito de los inmuebles hereditarios<sup>839</sup>. Por más

<sup>838</sup> Cfr. JOSSEAND, *Cours...*, T. III, cit., pp. 546 y 547. Este principio está expresamente recogido por algunas legislaciones. Así, por ejemplo, dispone el artículo 3270 del Código Civil argentino que "nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere".

<sup>839</sup> Después de la reforma introducida por la Ley N° 19.903, de 10 de octubre de 2003, la posibilidad de que ocurra un hecho de esta naturaleza es mucho más remota. De acuerdo al artículo 6.1 de esta ley "la posesión efectiva será otorgada a todos los que posean la calidad de herederos, de conformidad a los registros del Servicio de Registro Civil e Identificación, aun cuando no hayan sido incluidos en la solicitud y sin perjuicio de su derecho a repudiar la herencia de acuerdo a las reglas generales". De ello se colige que es difícil que, tratándose de una sucesión intestada, un miembro de la sucesión pueda postergar a otros de mejor derecho, ya que la posesión efectiva se les concede a todos los que según los registros del Servicio

que los compradores revisen los títulos de las propiedades no podrán llegar a establecer que los verdaderos herederos fueron omitidos en el trámite de la posesión efectiva, y a pesar de ello quedan expuestos a una demanda reivindicatoria que estos últimos puedan deducir en su contra, en la medida que la venta que hizo el falso heredero de los inmuebles hereditarios, les es inoponible.

Como se comprende, en este escenario se colisionan dos intereses dignos de protección jurídica: por una parte, el interés del verdadero heredero, que ha perdido la posesión de lo que legalmente le corresponde y, por otro lado, converge el interés del tercer adquirente, que se ha hecho de aquellas cosas en la creencia que las adquirió de su verdadero dueño.

En el ordenamiento nacional la ley ha solucionado este conflicto a favor del verdadero heredero y no del tercero. El artículo 1268, al permitir que el verdadero heredero pueda reivindicar las cosas que pasaron a terceros estén de buena o mala fe, naturalmente que posterga el interés de estos terceros poseedores en beneficio del interés del verdadero heredero.<sup>840</sup>

No es así en otras partes del mundo. Muchos ordenamientos consideran que esta solución es inicua respecto de los terceros, y que además pone en tela de juicio la seguridad y la estabilidad de los actos jurídicos. Ningún adquirente de un

#### Continuación nota <sup>839</sup>

sean herederos, a pesar de que no hayan sido incluidos en la solicitud. Tratándose de una sucesión testada, es también difícil que un pretendido heredero intestado trate de obviar el testamento, por cuanto cuando haga la solicitud correspondiente de posesión efectiva, el Servicio deberá rechazarla, pues en su Registro Nacional de Testamentos figurará el testamento del causante, lo que obligará al interesado a solicitar la posesión efectiva en la justicia ordinaria, y en esa tramitación se hará indispensable contar con la información Registro Civil acerca de si existe o no testamento (artículos 13 y 14 de la Ley y 881 del Código de Procedimiento Civil).

En todo caso, en los hechos la situación antes descrita puede seguir produciéndose. Basta con pensar en un matrimonio que se disuelve por la muerte de la mujer, dejando ella entre sus herederos, además de su marido, a sus hijos. Los bienes inmuebles que puedan haberse adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal, seguirán inscritos a nombre del marido, con lo que éste bien puede enajenarlos a terceros, sin tomar en cuenta los derechos que a sus hijos les corresponden en ellos.

<sup>840</sup> La misma regla es la que sigue el artículo 1689 cuando señala que "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales", excepciones entre las que no se cuentan los terceros poseedores de buena fe, salvo que hayan adquirido por usucapión. La regla inversa está contenida en los artículos 1490 y 1491 con ocasión de los efectos de la resolución de contratos respecto de terceros. De acuerdo al primero "si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe". Conforme al segundo "si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública". Se concluye de esta forma que, en términos generales, la acción reivindicatoria en estos casos sólo procede en contra de terceros de mala fe, quedando a salvo los de buena fe.

bien proveniente de una sucesión podría estar suficientemente seguro que adquiere del verdadero y único heredero. Esta incertidumbre comprometería seriamente el crédito de los herederos; entraría la circulación de los bienes y haría que las enajenaciones de bienes provenientes de una herencia se hicieran en condiciones desventajosas.<sup>841</sup>

Se ha creado así la doctrina del heredero aparente. El heredero aparente es quien aparece ante terceros como el real y único heredero del causante, lo que genera en ellos la creencia de que contratan con la persona que legalmente es la continuadora legal del causante, y que adquieren, de quien corresponde, los bienes que componen la masa hereditaria, aunque así no sea. Estos terceros quedan protegidos, en función de la apariencia y de la buena fe, de la acción de los verdaderos herederos. Ello permite asegurar la validez de los actos de administración y disposición que haya efectuado el heredero aparente.

En algunos casos se protege al adquirente del heredero aparente por vía legal, como en Argentina, Perú Portugal e Italia<sup>842</sup>. En otros casos, la protección del tercero se estructura a partir de las normas generales, como ocurre en España. Por fin, en otros ordenamientos, el amparo del tercero ha sido obra de la doctrina y la jurisprudencia como en el caso de Francia. En Chile, en cambio, solamente exist-

<sup>841</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 367 y MAZEAUD, *Leçons...*, cit., p. 503.

<sup>842</sup> Señala el artículo 665 del Código Civil peruano que "la acción reivindicatoria procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos". "Si se trata de bienes registrados, la buena fe del adquirente se presume si, antes de la celebración del contrato, hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo, el título que amparaba al heredero aparente y la trasmisión de dominio en su favor, y no hubiera anotada demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos. En los demás casos, el heredero verdadero tiene el derecho de reivindicar el bien hereditario contra quien lo posea a título gratuito o sin título". De la misma forma, aunque especialmente referido a la acción de petición de herencia, dispone el artículo 2076 del Código portugués: "(Enajenación a favor de terceros) 1. Si el poseedor de bienes de la herencia dispuesto de ellos, en todo o en parte, a favor de terceros la acción de petición de herencia puede ser intentada también en contra de los adquirentes, sin perjuicio, de la responsabilidad del disponente por el valor de los bienes enajenados. 2. La acción no procede, en cambio, en contra del tercero que haya adquirido del heredero aparente, a título oneroso y de buena fe, bienes determinados o cualquier derecho sobre ellos; en este caso, estando también de buena fe, el enajenante y responde sólo el segundo por las reglas del enriquecimiento sin causa". Finalmente, señala el artículo 534 del Código Civil italiano que "el heredero puede actuar también contra los causahabientes de quien posee a título de heredero o sin título". "Quedan a salvo los derechos adquiridos, para efectos de convenciones a título oneroso con el heredero aparente, por terceros que provengan de haber contratado de buena fe". "La disposición del inciso precedente no se aplica a los bienes inmuebles y a los bienes inscritos en registros públicos, si la adquisición a título de heredero (2648) y la adquisición del heredero aparente no fueron transcritas con anterioridad a la transcripción de la adquisición por parte del heredero o del verdadero legatario, o a la transcripción de la demanda judicial contra el heredero aparente (2652 No 7)".

ten ciertos casos puntuales de protección a terceros sobre la base de la apariencia, entre los que no se cuenta el del que ha adquirido de manos de un heredero aparente.<sup>843</sup>

613. LA NOCIÓN DE HEREDERO APARENTE. En términos generales, el heredero aparente es aquel que se presenta ante terceros como heredero real, aunque dicho carácter no le corresponda legalmente. Se encuentra en posesión de la herencia y su actuar público corresponde al de un verdadero heredero.<sup>844</sup>

Sin embargo, por efecto de la sentencia que acoge la acción de petición de herencia, deducida por los verdaderos herederos, se ve en la obligación de restituir los bienes hereditarios a quien corresponda. En términos más sencillos, el heredero aparente es el que ha resultado vencido en el juicio de petición de herencia.<sup>845</sup>

La apariencia se proyecta respecto de terceros sobre la base del error común. La presentación pública como heredero de parte del que no lo es, genera la creencia contraria en los que, de buena fe y con justa causa de error, con él se relacionan. Los terceros desconocen que no se trata del verdadero heredero, desconocimiento que no encuentra causa en su negligencia, sino que en la apariencia desplegada por el tercero.

De allí que la tendencia sea solamente considerar como heredero aparente a aquel que ostente la posesión hereditaria con base en una resolución judicial o administrativa que se le ha concedido, pues de faltar este título, no podría haber de

<sup>843</sup> Sobre el particular puede consultarse el trabajo de PENAILILLO ARÉVALO, D., *La protección de la apariencia en el Derecho Civil*, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Segunda Parte, Santiago, 2002, pp. 387 y ss., en particular pp. 415 y pp. 427 y ss. También, en el mismo lugar pueden consultarse los comentarios a este trabajo de los profesores COURT MURASSO, E. (pp. 432 y ss.) y PEDRALÉS GARCÍA DE CORTÁZAR, A. (pp. 444 y ss.). Entre los casos en que se protege a los terceros de buena fe, puede citarse el de la regla cuarta del artículo 94 del Código Civil, que, refiriéndose a los efectos de la revocación del decreto de posesión definitiva de los bienes del desaparecido, señala que el interesado recobrará "los bienes en el estado que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y los demás derechos reales constituidos legalmente en ellos...". También puede citarse el artículo 976, que dispone que la acción de indignidad no pasa contra terceros de buena fe, lo que implica que los actos otorgados por el indigno ahora excluido de la sucesión en los bienes que la componen, no los afectan en sus derechos (cfr. ALVAREZ, *El heredero aparente*, cit., pp. 116 a 119).

<sup>844</sup> ALVAREZ señala que el heredero aparente es aquel que poseyendo el haz hereditario en calidad de heredero, realiza, ante el público, actos idóneos a originar la creencia fundada de que verdaderamente tiene dicha calidad. Entonces, la calidad de heredero aparente, no tanto deriva del ánimo u *opinio* de heredero que el poseedor tenga, como sobre todo, de la *opinio* o concepto general en que es tenido por su conducta externa de poseedor inequívoco, pacífico y público de la *hereditas*. Luego, el heredero aparente es quien pasa por heredero real a los ojos de todos, conduciéndose como si lo fuere efectivamente" (ALVAREZ CRUZ, R., *El heredero aparente*, en RDJ, primera parte, T. 56, p. 106).

<sup>845</sup> Cfr. CÓRDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, T. II, cit., pp. 61 y 62.

parte de los terceros un error en verdad insuperable o invencible; es este elemento el que genera la convicción en ellos acerca de que se trata del real heredero.<sup>846</sup>

El origen de esta doctrina se encuentra en las opiniones de AUBRY y RAU, para quienes, en aplicación de la regla *error comminis facit jus*, no era posible que el verdadero heredero lograra la ineficacia, respecto de terceros, de los actos del heredero aparente. Esta teoría fue confirmada por la célebre sentencia de Lancreau de Bréon, dictada por la Corte de Casación francesa el 26 de enero de 1897, según la cual las consideraciones de orden público e interés general, conducen a reconocer la validez de las ventas hechas por el heredero aparente a terceros de buena fe, y no autorizan a subordinarlas a las condiciones en que ellas fueron efectuadas y al desposeimiento que sufrió el heredero aparente por parte de los verdaderos herederos. Desde el punto de vista de los terceros, es indiferente que el heredero aparente presente su título como derivado de la ley, de la voluntad del difunto o de una resolución judicial que le confiere el carácter de heredero, incluso es irrelevante que esta apariencia se logre a través de delitos que le permitan presentarse como heredero, pues lo relevante es que haya tomado la posesión de los bienes del difunto, y que los terceros de buena fe se hayan visto expuestos a un error común e invencible, escapando de esta forma a toda acción del verdadero heredero las enajenaciones realizadas por el heredero aparente.<sup>847</sup>

614. EL VALOR DE LOS ACTOS DEL HEREDERO APARENTE. Para determinar el valor de los actos efectuados por el heredero aparente, o mejor dicho su oponibilidad al verdadero heredero, esta doctrina diferencia entre actos de administración y actos de disposición. Respecto de estos últimos se diferencia entre si ellos han sido a título oneroso o gratuito. Siempre se considera la buena fe del tercero. También se considera si los actos del heredero aparente han recaído sobre bienes muebles.<sup>848</sup>

En lo que se refiere a los actos de administración, la doctrina del heredero aparente considera que el verdadero heredero está obligado a respetarlos.<sup>849</sup> Al margen de la buena o mala fe del heredero aparente y cualquiera que sea el título

en virtud del cual este último se presenta como tal, el verdadero heredero es obligado a respetar los actos de administración que éste haya realizado en provecho de un tercero de buena fe.<sup>850</sup>

En cuanto a los actos de disposición a título oneroso de bienes inmuebles, ellos se consideran igualmente válidos y oponibles respecto del verdadero heredero, al margen de la buena o mala fe del heredero aparente, cuando este último, siendo pariente del difunto en grado hereditario toma posesión pública y pacífica de la herencia en este carácter, por ausencia o inactividad de los parientes más próximos, y en la medida que el tercero que los ha adquirido se encuentre también de buena fe.<sup>851</sup>

En lo que dice relación con los actos de disposición a título gratuito de inmuebles, ellos no pueden oponerse al heredero, quien goza, en contra de los terceros en cuyo beneficio se han enajenado los bienes, de la acción reivindicatoria, en la medida, por cierto, que los terceros no hayan adquirido por usucapión.<sup>852</sup>

<sup>850</sup> A este respecto señala el artículo 3429 del Código Civil argentino que "el heredero está obligado a respetar los actos de administración que ha celebrado el poseedor de la herencia a favor de terceros, sea el poseedor de buena o mala fe". Es irrelevante, en consecuencia, que el heredero aparente esté de buena o mala fe en su posesión. Por el contrario, y a pesar de que el precepto no lo dice, entienden los autores que naturalmente es necesaria la buena fe del tercero (cfr. ZANNONI, *Manual...*, cit., p. 261).

<sup>851</sup> Cfr. AUBRY y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., p. 437 y BONNECASE, ob. cit., p. 357. En este sentido señala el artículo 3430 del Código argentino que "los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe. Si el poseedor de la herencia hubiese sido de buena fe, debe sólo restituir el precio percibido. Si fuese de mala fe, debe indemnizar a los herederos de todo perjuicio que el acto haya causado. Será considerado tercero de buena fe quien ignore la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos". En España, la protección del adquirente de un inmueble está dada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que prescribe que "el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro". "La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro". "Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere el causante o transferente". Así pues, el adquirente de un inmueble de manos del heredero aparente, en virtud de esta norma general, podrá quedar a salvo de la acción del verdadero heredero (cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, T. V, cit., p. 206 y LASARTE, *Principios...*, cit., p. 364).

<sup>852</sup> Cfr. AUBRY y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., pp. 438 y ss. y BONNECASE, ob. cit., p. 357. Señala ZANNONI respecto de la onerosidad del acto que "tal es la solución tradicional. Entre quien quiere evitarse un perjuicio —el verdadero heredero— y el que quiere conservar el lucro —el donatario—, la ley opta por proteger al primero. O, dicho de otro modo: si la oponibilidad de los actos del heredero aparente se basa en la tutela de la buena fe y salvaguardando la seguridad de tráfico, esa seguridad no se justifica, en detrimento de las expectativas del heredero real, cuando los terceros se han beneficiado gratuitamente sin prestación alguna de su parte" (*Manual...*, cit., p. 263).

<sup>846</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 369 y ZANNONI, *Manual...*, cit., pp. 263 y 264. Sin embargo, no todos están de acuerdo en esto, pues hay quienes entienden que basta con actos de notoriedad de parte del heredero aparente (cfr. CÓRDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, cit., pp. 68 y 69).

<sup>847</sup> Cfr. BONNECASE, ob. cit., pp. 357 y 358.

<sup>848</sup> Explica MAZEAUD que de conformidad a la jurisprudencia francesa deben darse cinco condiciones para la validez de los actos efectuados por el heredero aparente: a) El acto debe haber sido a título oneroso; b) debe ser un acto a título singular; c) los terceros debe estar de buena fe; d) el error de los terceros debe ser común, y e) el error debe ser además invencible (cfr. *Leçons...*, cit., p. 504).

<sup>849</sup> Cfr. AUBRY y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., p. 437 y JOSSEAND, *Cours...*, T. III, cit., pp. 545 y 546.

En lo que atañe a los actos de disposición de bienes muebles, sea a título oneroso o gratuito, la tendencia es la de considerarlos inimpugnables por los herederos. Entiende esta doctrina que la cuestión de saber si los actos de disposición realizados por el heredero aparente de la herencia, no presenta ninguna relevancia tratándose de bienes muebles. Respecto de ellos el tercer poseedor se encuentra protegido por la regla de que en materia de bienes muebles la posesión equivale al título.<sup>853</sup>

615. LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA Y LA REFORMA DE TESTAMENTO. Se ha hecho común el estudio de las diferencias entre las acciones de petición de herencia y la de reforma de testamento, a fin de precisar con mucha exactitud los ámbitos en que operan cada una de ellas.<sup>854</sup>

a) La de reforma del testamento persigue, precisamente que se enmiende el testamento en lo que no respeta ciertas asignaciones forzosas o que se modifique en cuanto deshereda a un legitimario. El objeto de la petición de herencia es diferente, en la medida que mediante ella se pretende que se reconozca el derecho al heredero y que se restituyan los bienes de la herencia.

b) La acción de reforma del testamento es personal, solamente se puede interponer en contra de los herederos indebidamente instituidos como tales. La acción de petición de herencia es una acción real; procede en contra de cualquiera que ocupe la herencia en calidad de heredero.

<sup>853</sup> Explica ZANNONI que "respecto de los muebles rige la presunción de propiedad que emerge de la posesión (art. 2412), no imperando, por ende, el principio del *nemo plus iuris* que enuncia el art. 3270 (art. 3271). De modo que los actos de disposición que afecten a bienes muebles gozan de la tutela mobiliaria específica que garantiza el derecho de los terceros. Quedan excluidos de esta disposición los muebles registrables, en la medida en que en el dominio sobre ellos sólo se constituye mediante su registro" (*Manual...*, cit., pp. 262 y 263). En igual sentido BORDA, *Tratado...*, T. II, cjt., p. 377 y CORDOBA y SOLARI, en *Derecho sucesorio*, cit., p. 66. En España, la protección de los terceros adquirentes de bienes muebles está prevista en el artículo 464 del Código Civil, según el cual "la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea". "Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella". "Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos". "En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objeto análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio". Esta norma permite a los terceros conservar los bienes muebles adquiridos del heredero aparente (cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, T. V, cit., p. 206 y LASARTE, *Principios...*, cit., p. 364).

<sup>854</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 341 y 342; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 120 y ss. y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 491 y 492.

c) La acción de reforma corresponde exclusivamente a los legitimarios, y la de petición de herencia a todo heredero que no esté en posesión de los bienes hereditarios.

d) La acción de reforma de testamento prescribe en cuatro años contados desde que los legitimarios tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de tales. La de petición prescribe en el plazo de cinco o diez años según el falso heredero haya o no obtenido la posesión efectiva de la herencia.

En todo caso, estas acciones no son incompatibles entre sí, y puede, a veces, no ser fácil determinar cual es la que procede en la especie. Si prospera la acción de reforma puede ocurrir que los que aparentemente eran herederos pasen a ser falsos herederos, con este objeto pueden deducirse en un mismo pleito ambas acciones.<sup>855</sup>

<sup>855</sup> Cfr. RDJ, T. 23, 1, p. 73.

de la sucesión de la persona fallecida, sino que se trata de un acto de custodia y de guarda de los bienes muebles, papeles y documentos que forman parte del patrimonio de la persona fallecida, con el fin de evitar su extravío o destrucción, o su apropiación por terceros, o su desaparición, provocando un evidente perjuicio a los herederos, legatarios y acreedores hereditarios. Es por esto que la ley, como medida precautoria y conservativa, y en resguardo de los intereses de estas personas, permite que esas cosas sean debidamente guardadas bajo sello y llave por orden judicial.

CAPÍTULO 50

DE LA GUARDA Y APOSICIÓN DE SELLOS

El artículo 1222 del Código de Procedimientos Civiles establece que desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella, o se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios. De allí que se entienda esta medida como aquella que procede desde la muerte del causante y mientras no se haga inventario solemne de los bienes hereditarios, que consiste en que los bienes muebles y papeles de la sucesión sean guardados bajo llave y sello.

616. CONCEPTO. Producido el deceso de una persona, las cosas que componen su patrimonio, particularmente los bienes muebles, papeles y documentos, quedan sujetos a la posibilidad de extravío y la acción de terceros que pueden o apropiarse de ellos, o destruirlos, o hacerlos desaparecer, provocando un evidente perjuicio a los herederos, legatarios y acreedores hereditarios. Es por esto que la ley, como medida precautoria y conservativa, y en resguardo de los intereses de estas personas, permite que esas cosas sean debidamente guardadas bajo sello y llave por orden judicial.

A este efecto dispone el artículo 1222 que "desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella, o se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios". De allí que se entienda esta medida como aquella que procede desde la muerte del causante y mientras no se haga inventario solemne de los bienes hereditarios, que consiste en que los bienes muebles y papeles de la sucesión sean guardados bajo llave y sello.

La aposición de sellos no es otra cosa que la imposición de cintas de papel u otro material, hecha por el competente funcionario, en el inmueble, habitación, casa, oficio o departamento en el que se encuentran los bienes objeto de la medida, y debidamente selladas con lacre o de otra forma, en el cual se impone el sello del funcionario que practica la diligencia, de modo que no puedan retirarse sino mediante su destrucción.

Por su parte, la guarda consiste en la custodia de las llaves de los muebles, casa, habitación u oficio por parte del secretario del juzgado que decretó la medida u otra persona debidamente calificada.<sup>856</sup>

<sup>856</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 1650, p. 12.

En ciertos casos, particularmente si se trata de joyas o dinero, la custodia puede encargarse a un banco u otra persona o institución habilitada para ello.

Dada la finalidad de esta medida conservativa, ella puede ser solicitada desde el fallecimiento del causante hasta que se practique el inventario solemne de los bienes de la herencia. Si lo que se pretende es mantener la integridad de la masa hereditaria, así como la determinación precisa de los bienes que la componen, resulta lógico que una vez que se ha efectuado el inventario solemne de los bienes del difunto desaparezca gran parte de la utilidad de esta medida conservativa.

617. LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA MEDIDA. La ley ha sido bastante generosa con respecto a las personas que pueden solicitar la guarda y aposición de sellos. Siguiendo el tenor del artículo 1222 pueden requerirla todos los que tengan interés en la sucesión o se presuma que puedan tenerlo.<sup>857</sup>

Por tener interés en la sucesión quedan comprendidos cualquiera de los herederos, legatarios o acreedores hereditarios del difunto, cuyo interés en la sucesión es indiscutible. Por tener un interés presunto quedan también legitimados para requerirla los herederos condicionales, o los acreedores hereditarios condicionales o cualquier persona que alegue un derecho en contra del causante derivado de un cuasicontrato, delito o cuasidelito y que aún no esté formalmente declarado por sentencia judicial. Incluso, el cónyuge sobreviviente podrá requerirla para asegurar los derechos que le corresponden por concepto de gananciales, si estaba casado en sociedad conyugal. De la misma forma podrá requerirla si estaba casado en el régimen de participación, a fin de proteger su crédito de participación. Si bien ni los gananciales ni el crédito de participación se adquieren por causa de muerte, pueden verse afectados con la desaparición o destrucción de los bienes que están confundidos con la masa hereditaria.

Pero, además, en virtud de lo preceptuado en el artículo 1284 del Código Civil y 872 del Código de Procedimiento Civil, se extiende la facultad de solicitar la guarda y aposición de sellos al albacea designado por el testador.<sup>858</sup>

<sup>857</sup> En Italia, el cúmulo de legitimados activos es aún más amplio; pueden solicitar la colocación de sellos el ejecutor testamentario, los que tengan derecho en la sucesión, las personas que vivían con el difunto o que al momento de su muerte estaban adscritas a su servicio y los acreedores del difunto (cfr. MESSINEO, *Manual...*, T. VII, cit., pp. 442 y 443). Por su parte, el artículo 820 del Código Civil francés también da harta amplitud en la materia, al disponer que "los bienes de la sucesión pueden, en todo o en parte, ser objeto de medidas conservativas, tales como la aposición de sellos, a requerimiento de un interesado o del ministerio público, en las condiciones y siguiendo las formas determinadas por el código de procedimiento civil".

<sup>858</sup> En sentido parecido el inciso primero del artículo 1031 del Código Civil francés señala que los ejecutores testamentarios deben oponer los sellos si entre los herederos hay menores de edad, mayores sujetos a guarda o ausentes.

618. BIENES OBJETO DE LA GUARDA Y APOSICIÓN DE SELLOS. De acuerdo a lo previsto en el artículo 1222, la guarda y aposición de sellos solamente alcanza a los bienes muebles y papeles de la sucesión. No se extiende, por tanto, a los inmuebles. Estos últimos son fáciles de identificar, no pueden ser sustraídos ni pueden extraviarse, por lo que la medida no tiene mucho sentido respecto de ellos. Con todo, de forma indirecta una casa, oficina, despacho o establecimiento comercial o industrial, puede verse afectado con la medida, siempre que para asegurar los muebles y papeles que en ellos se encuentran, se disponga que sean debidamente cerrados con llave.

En lo que hace a los muebles, la regla general es que todos ellos deben ser objeto de la guarda y aposición de sellos (artículo 873 del Código de Procedimiento Civil), solamente quedan exceptuados dos grupos de bienes muebles:

a) Por una parte no serán guardados bajo sello y llave los muebles domésticos de uso cotidiano, aun cuando se hará inventario de ellos. Dispone el inciso segundo del artículo 1222 que "no se guardarán bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano, pero se formará lista de ellos". De la misma forma señala el inciso final del artículo 873 del Código de Procedimiento Civil que se exceptúan de la guarda y aposición de sellos "los muebles domésticos de uso cotidiano, respecto de los cuales bastará se forme lista". La razón de esta regla es más que evidente. La familia del causante, particularmente su cónyuge sobreviviente y sus hijos, seguirán habitando la vivienda familiar, por lo que requieren del mobiliario necesario para ello.

b) En segundo término, y como se había adelantado, es posible que el tribunal exima de la guarda y aposición de sellos al dinero y las alhajas que compongan la masa hereditaria. Esto no significa que quedan marginados de toda medida conservativa, sino que estos bienes deben ser depositados en un banco o entregados en custodia a terceros habilitados para ello. Dice el artículo 874 del Código de Procedimiento Civil que "puede el tribunal, siempre que lo estime conveniente, eximir también el dinero y las alhajas de la formalidad de la guarda y aposición de sellos. En tal caso mandará depositar estas especies en un Banco o en las arcas del Estado, o las hará entregar al administrador o tenedor legítimo de los bienes de la sucesión".

619. PROCEDIMIENTO. La solicitud de guarda y aposición de sellos, que es de jurisdicción voluntaria o no contenciosa, como se ha dicho, puede efectuarse desde que haya muerto el causante y hasta antes de que se practique el inventario solemne de los bienes. Ella debe ser efectuada por el interesado ante el juez competente, y debe practicarse con las solemnidades legales.

El juez competente es el del último domicilio del causante, a quien, de conformidad al inciso segundo del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, le corresponde conocer de todas las diligencias judiciales relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes que el difunto hubiera dejado. Con todo, de conformidad al artículo 1223, "si los bienes de la sucesión estuvieren esparcidos dentro del territorio jurisdiccional de otros jueces de letras, el juez de letras ante quien se hubiere abierto la sucesión, a instancia de cualquiera de los herederos o acreedores, dirigirá exhortos a los jueces de los otros territorios jurisdiccionales, para que procedan por su parte a la guarda y aposición de sellos, hasta el correspondiente inventario, en su caso".

Decretada que sea la medida, el tribunal procederá por sí mismo a realizar las diligencias correspondientes, pero bien puede comisionar para este efecto al secretario del tribunal o a algún notario de la comuna o agrupación de comunas, quienes se asociarán con dos testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y escribir y sean conocidos del secretario o del notario. De la misma forma el tribunal nombrará a una persona de notoria probidad y solvencia que se encargue de la custodia de las llaves, o las hará depositar en el oficio del secretario. Puede el tribunal decretar de oficio estas diligencias. Si ha de procederse a ellas en diversos territorios jurisdiccionales, cada tribunal, al mandar practicarlas, designará la persona que, dentro de su territorio, haya de encargarse de la custodia (artículo 872 del Código de Procedimiento Civil).

Según lo señalado en el artículo 875 del Código de Procedimiento Civil, "decretada la guarda y aposición de sellos, se pueden practicar estas diligencias aun cuando no esté presente ninguno de los interesados". Ahora, si comparecieren a esta diligencias terceros que pretendan oponerse a ella, no se hará lugar a dicha oposición, pues el inciso primero del artículo 873 señala que se procederá a la guarda y aposición de sellos respecto de todos los muebles y papeles que se encuentren entre los bienes de la sucesión "no obstante cualquiera oposición"<sup>859</sup>. De similar modo, si el interesado interpone recurso de alzada, se concederá sólo en el efecto devolutivo (artículo 873.3 del Código de Procedimiento Civil).

**620. TÉRMINO DE LA GUARDA Y APOSICIÓN DE SELLOS.** Esta medida conservativa del patrimonio del causante termina con la facción del inventario solemne.

A este respecto dispone el artículo 876 del Código de Procedimiento Civil que la ruptura de los sellos deberá hacerse en todo caso judicialmente, con citación de

<sup>859</sup> Así se ha resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 27 de junio de 1986, que no es posible introducir en una gestión voluntaria de inventario solemne y de guarda y aposición de sellos un juicio sumario declarativo para transformar la gestión en contenciosa (GJ, N° 72, p. 37).

las personas que pueden tomar parte en la facción del inventario, citadas en la forma que dispone el artículo 860, esto es personalmente o por avisos según los casos, salvo que por la urgencia del caso el tribunal ordene prescindir de este trámite debiendo en este caso proceder con citación del ministerio público. Se ha resuelto que la ruptura de los sellos puede decretarse incluso por el juez partidor de la herencia.<sup>860</sup>

**621. GASTOS DE LA MEDIDA.** Dispone el artículo 1224 que "el costo de la guarda y aposición de sellos y de los inventarios gravará los bienes todos de la sucesión, a menos que determinadamente recaigan sobre una parte de ellos, en cuyo caso gravarán esa sola parte"<sup>861</sup>. Se trata de una de las partidas que constituyen bajas generales de la herencia según lo señalado por el número 1 del artículo 959, con relación al número 2 del artículo 4° de la Ley N° 16.271. Ahora, si la guarda y aposición de sellos no es de interés general, sino que está referida a un bien en particular o ciertos bienes que forman parte de una asignación especial, la medida será de cargo de quien la haya solicitado, gravándose esa asignación.

**622. SANCIÓN POR LA VIOLACIÓN DE LA GUARDA O DE LOS SELLOS.** La guarda de bienes muebles y papeles es una medida decretada por resolución judicial, por lo mismo, quien no la cumpla será responsable penal del delito de desacato establecido en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, haciéndose acreedor a las penas del número 1 del artículo 262 del Código Penal.

Si se trata en particular de la violación de los sellos, el párrafo 3 del Título VI, del Libro II del Código Penal, la sanciona en sus artículos 270 y 271. De acuerdo al primero de ellos "los que hubieren roto intencionalmente los sellos puestos por orden de la autoridad pública, serán castigados con reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales". "Las penas serán reclusión menor en su grado medio y multa de seis a quince unidades tributarias mensuales cuando los sellos rotos estaban colocados sobre papeles o efectos de un individuo acusado o condenado por crimen". Agrega el segundo de estos preceptos que "si la rotura de los sellos ha sido ejecutada con violencia contra las personas, el culpable sufrirá las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

<sup>860</sup> RDJ, T. 7, 1, p. 394.

<sup>861</sup> En sentido parecido dispone el artículo 1034 del Código Civil francés que "los gastos hechos por el ejecutor testamentario por la aposición de sellos, el inventario, la cuenta y los otros gastos relativos a sus funciones serán de cargo de la sucesión".

Lo anterior, naturalmente, no obsta a que pueda hacerse efectiva la responsabilidad civil de quienes han procedido a quebrantar la guarda y aposición de sellos, si es que de ello se han seguido perjuicios para los interesados en la custodia y conservación de los bienes comprendidos en esta medida.

## CAPÍTULO 51 LA HERENCIA YACENTE

623. CONCEPTO Y REGLAMENTACIÓN. La regulación legal de la denominada herencia yacente está contenida en el párrafo 2, del Título VII, del Libro III del Código Civil, artículo 1240, dentro de las reglas particulares relativas a la aceptación de las herencias, y en el Título XXVII, del Libro I, artículos 481 a 484, relativos a las curadurías de bienes. Asimismo, se refieren a ella los artículos 885 y 886 del Código de Procedimiento Civil.<sup>862</sup>

De acuerdo al inciso primero del referido artículo 1240, "si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, ni hubiere albacea a quien el testador haya conferido la tenencia de los bienes y que haya aceptado su encargo, el juez, a instancia del cónyuge sobreviviente, o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello, o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquella no lo hubiere; y se procederá al nombramiento de curador de la herencia yacente".

A partir de ello se puede definir la herencia yacente como aquella herencia que no ha sido aceptada por algún heredero dentro de los quince días siguientes a la apertura de la sucesión, siempre que no exista albacea con tenencia de bienes designado en el testamento, o si lo hubiere, éste no haya aceptado el cargo.<sup>863</sup>

El sentido de la declaración de la herencia yacente es la protección de los acreedores hereditarios y testamentarios. Como es sabido, salvo el caso particular del

<sup>862</sup> Sobre el particular LIRA URQUIETA, M., *Algunas consideraciones sobre la herencia yacente y su curaduría*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1927.

<sup>863</sup> La noción que proporciona el artículo 1240 resulta harto más precisa que la contenida en el artículo 481 a propósito de la curaduría de bienes de la herencia yacente. Esta última norma la define como la "herencia que no ha sido aceptada". En efecto, si, por ejemplo, a los tres días de abierta la sucesión la herencia no ha sido aún aceptada, la herencia no es yacente, pues no han pasado más de quince días. De la misma forma, la herencia puede no haber sido aceptada pero no ser yacente, por existir un albacea con tenencia de bienes. En semejante sentido BORJA, L., *Estudios sobre el Código Civil chileno*, T. 7, París, 1908, p. 178.



artículo 1232, los herederos no tienen un plazo legal para aceptar o repudiar las asignaciones con las que han resultado beneficiados. Debido a ello, es perfectamente posible que un heredero impedido de aceptar, desinteresado o dudoso de la conveniencia de aceptar o no la asignación, retarde mucho un pronunciamiento sobre la materia, lo que naturalmente perjudica a los acreedores hereditarios y testamentarios, ya que no tienen en contra de quien dirigirse para hacer efectivas sus acreencias. Es precisamente por ello que se les confiere la facultad de solicitar que la herencia sea declarada yacente por resolución judicial, y se le nombre un curador de bienes de conformidad a los artículos 481 y siguientes.<sup>864</sup>

624. REQUISITOS. De lo prevenido en el artículo 1240, se desprende que para que la herencia pase a ser yacente, se requiere de las siguientes condiciones:

a) En primer término es necesario que se haya producido la apertura de la sucesión del causante.

b) En segundo lugar es también necesario que hayan transcurrido más de quince días desde la apertura de la sucesión sin que la herencia haya sido aceptada expresa o tácitamente, en todo o parte, por alguno de los herederos testamentarios o abintestato.<sup>865</sup>

c) Se requiere, además, que no se haya designado albacea, o que al albacea designado por el testador no se le haya conferido la tenencia de los bienes de la herencia o que, habiéndosele conferido esta tenencia, éste no haya aceptado el cargo en el mismo plazo.

d) Finalmente, es necesario que la declaración de herencia yacente se produzca por resolución judicial de tribunal competente.

625. TRAMITACIÓN. Aun cuando la ley establece como posibilidad que el tribunal competente, actuado de oficio, declare la herencia yacente, lo normal será que ello se produzca a requerimiento del interesado en obtener una declaración

<sup>864</sup> Señala MESSINEO que se trata de "una situación temporal y provisional, consistente en el hecho de que, aún constando que el heredero existe, él no ha aceptado y, además, no ha entrado en posesión de parte o de todos los bienes hereditarios" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 312). Alguna doctrina diferencia entre yacencia voluntaria y forzada. La primera es la que se produce en el caso en que conociéndose el heredero éste no acepta. La segunda es la que tiene lugar cuando el llamado a la herencia no está en condiciones de aceptar (*nasciturus*), o no es efectiva la delación (asignación condicional), o es desconocido el heredero, o si se suscita contienda sobre quién debe serlo, o la asignación es a favor de persona que debe determinarse (cfr. LLOBET AGUADO, J., en *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 2006, p. 30).

<sup>865</sup> En este sentido se ha resuelto que si la herencia ha sido aceptada incluso en forma tácita, por el hecho de apersonarse los herederos en un juicio seguido en contra el ahora difunto, ella no puede ser declarada yacente (Corte Suprema, 22 de octubre de 1991, *Corfo con Garrido*, Rol N° 2.323).

de esta naturaleza. A este respecto, el artículo 1240 establece una norma bastante amplia, otorgando legitimación activa al cónyuge sobreviviente, a cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, y a cualquier otra persona interesada.

El tribunal competente, de conformidad a la regla del artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, con relación al artículo 959 del Código Civil, es el que ejerce jurisdicción en el último domicilio del causante. Según lo señalado en el artículo 152 del Código Orgánico de Tribunales, el juez del mismo lugar tendrá competencia para designar al curador de la herencia que se declara yacente.<sup>866</sup>

Al tribunal deberá acreditarse que han transcurrido más de quince días de la apertura de la sucesión y que no existe heredero que haya aceptado o albacea con tenencia de bienes. La primera circunstancia es fácil de acreditar mediante el certificado de defunción del causante. La segunda es harto más difícil, pues puede ser imposible saber con exactitud si algún heredero ha aceptado, por cuanto tal aceptación puede ser tácita. El método práctico sugerido por algunos autores se reduce a pedir certificaciones en los tribunales que ejercen jurisdicción en el lugar en que falleció el causante, en orden a que ante ellos no se ha solicitado la posesión efectiva de los bienes del causante<sup>867</sup>. En la actualidad, habría que agregar como método posible la certificación del Registro Civil en orden a si ante él se ha o no solicitado administrativamente la posesión efectiva de los bienes cuando la sucesión sea intestada y se haya abierto en Chile.

La resolución judicial que declara la herencia yacente deberá ser publicada en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere. Esta publicación tiene por objeto poner en conocimiento la muerte del causante a cualquier persona que pudiese tener interés en su sucesión, ya sea porque puede tener parte en ella o porque tiene créditos que hacer valer en su contra.

Por disposición del artículo 44 del Decreto Ley N° 1939 de 1977, que dicta normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, "toda resolución judicial que declare yacente una herencia deberá ser comunicada de oficio por el Tribunal respectivo a la Dirección, la que realizará todas las dili-

<sup>866</sup> En el mismo sentido Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de abril de 2009, Rol N° 159/2007.

<sup>867</sup> El propio LIRA URQUIETA, que defiende este sistema, señala que "es indudable que no se trata de un medio perfecto, ni es posible tampoco obtenerlo; la aceptación de los herederos puede ser tácita en muchos casos, pueden haber ejecutado actos de herederos sin pedir la posesión efectiva de la herencia, puede darse el caso de un albacea con tenencia de bienes que no haya presentado el testamento dentro de 15 días, etc., etc., pero le sería imposible al Juzgado acreditar estos hechos de otro modo" (*Algunas consideraciones...*, cit., p. 44).

gencias e investigaciones necesarias para establecer si conviene o no a los intereses del Fisco solicitar la posesión efectiva de dicha herencia. La propia resolución que declare yacente una herencia contendrá la frase oficiosa a la dilección de tierras y bienes nacionales, transcribiéndose íntegramente esta resolución”.

Declarada yacente la herencia procede entonces la designación de un curador para ella. Esta curaduría será siempre dativa (artículo 481.2), pues la confiere un magistrado (artículo 353).

Si el difunto a cuya herencia es necesario nombrar curador tuviere herederos extranjeros, el cónsul de la nación de éstos tendrá derecho para proponer el curador o curadores que hayan de custodiar y administrar los bienes (artículo 482). En el caso anterior, se hará saber por oficio dirigido al efecto al cónsul respectivo la resolución que declara yacente la herencia, a fin de que en el término de cinco días proponga, si lo tiene a bien, la persona o personas a quienes pueda nombrarse curadores (artículo 886.1 del Código de Procedimiento Civil).

Si el cónsul propone curador, el magistrado discernirá la curaduría al curador o curadores propuestos por el cónsul, si fueren personas idóneas; y a petición de los acreedores, o de otros interesados en la sucesión, podrá agregar a dicho curador o curadores otro u otros, según la cuantía y situación de los bienes que compongan la herencia. Si el cónsul no hiciere designación alguna, el tribunal hará el nombramiento de oficio o a propuesta del ministerio público (artículo 886.2 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 483 del Código Civil).

626. HERENCIA YACENTE Y HERENCIA VACANTE. No es lo mismo herencia yacente que herencia vacante. Esta última es la que corresponde al Fisco de Chile en el evento que el causante no tenga otros herederos que lo sucedan. Si el Fisco acepta no puede declararse una herencia como yacente, pues fallaría el requisito para que tal cosa sea procedente.

Al respecto indica MESSINEO que “de la herencia yacente se debe distinguir una situación diversa; la que puede llamarse la herencia vacante”. “La herencia yacente presupone que no exista actualmente un heredero aceptante, pero que podrá haber aceptación de ella, sin embargo, que esa aceptación podrá producirse solamente en un segundo momento”. “La herencia vacante presupone la verificación, en modo definitivo, de que no hay herederos, no sólo testamentarios (porque no son llamados), sino tampoco legítimos (o legitimarios), que formen parte (dentro de un cierto grado de parentesco) de la familia del difunto. Puede existir herencia vacante aunque haya un testamento, si todos los llamados por testamento renuncian, y si renuncian también los herederos legítimos que forman parte de la familia del difunto”. (...) “Por consiguiente, herencia vacante significa, no herencia sin titular, sino herencia priva-

da de un titular, el cual o trae del testador el título a la sucesión, o tiene, en el núcleo familiar, posición tal, que debe ser admitido a la sucesión por ley”.<sup>868</sup>

En todo caso, la relación entre ambas instituciones es bastante evidente, pues la circunstancia de que una herencia sea yacente puede ser el anticipo de que ella sea vacante, en la medida que el hecho de que no haya sido aceptada por nadie puede implicar, aunque no necesariamente, que nunca lo será.

627. NATURALEZA JURÍDICA. Una serie de disposiciones del Código Civil han hecho pensar y afirmar a algunos que la herencia yacente es una persona jurídica, cuyo nacimiento se encontraría en la resolución judicial que la declara, pasando a ser representada judicial y extrajudicialmente por el curador que le designe el tribunal<sup>869</sup>. Los argumentos de texto a favor de esta postura son básicamente los siguientes:

a) Dice el inciso segundo del artículo 2509, en su número 3º, que se suspende la prescripción ordinaria, en favor de la herencia yacente. Resultaría entonces que es la propia ley la que califica a la herencia yacente como una persona. No siendo posible entenderla como persona natural, solamente puede concluirse que se trata de una persona jurídica. Asimismo, debe recordarse que la suspensión de la prescripción es un beneficio que la ley establece a favor de ciertas personas, como los incapaces; siendo así, si se suspende a favor de la herencia yacente es porque ella tendría el carácter de persona.

b) Por otra parte, el artículo 2500, en su inciso segundo, establece que “la posesión principada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero”. La posibilidad de que la herencia yacente posea a nombre del heredero solamente es compatible con la personalidad jurídica de la herencia, pues no sería posible que un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, sin personalidad, ejecute actos de posesión.

<sup>868</sup> *Manual...*, T. VII, cit., pp. 317 y 318.

<sup>869</sup> En este sentido afirma BORJA que “entre los romanos se asimilaba la herencia yacente a una persona jurídica; y efectivamente es una especie de ser moral que ejerce derechos y tiene obligaciones. Ciertamente no todos los derechos ejerce, especialmente los de más importancia, como el de adquirir bienes a título universal o singular; pero el ser ficticio existe en cuanto ejerce los derechos y cumple las obligaciones transmitidas por el difunto. El curador de la herencia yacente no procede por su derecho propio. Por ejemplo, comparece en juicio ¿a quién representa? No al heredero, porque no lo hay, y muchas veces no llega a haberlo. Luego representa a la herencia yacente, que es una persona ficticia la cual, lo repetimos dentro de un círculo limitadísimo, ejerce derecho y contrae obligaciones: La objeción de SAVIGNY, de que también se nombra curador a los bienes del ausente, sin que por eso se suponga que existe una persona jurídica, carece de exactitud, porque entonces la administración se refiere a una persona determinada viva y efectiva” (*Estudios...*, cit., pp. 178 y 179). También le reconoce una cierta personalidad a la herencia yacente LIRA URQUIETA (cfr. *Algunas consideraciones...*, cit., pp. 30 y ss.).

c) Finalmente, se sostiene que de acuerdo al artículo 2346 “se puede afianzar a una persona jurídica y a la herencia yacente”. Para hacer plausible esta solución legal, debe entenderse que la herencia yacente es una persona jurídica, pues no sería en verdad comprensible que se pudiese afianzar lo que no es sujeto de derechos.

No obstante todo lo anterior, la mayor parte de la doctrina entiende que la herencia yacente no es una persona jurídica.<sup>870</sup>

La herencia yacente no está contemplada en el Título XXXII, Libro I del Código Civil y no cuadraría bien en ninguno de los tipos por la ley establecidos. Los autores nacionales en general piensan que si bien los argumentos de texto pueden hacer pensar que se trata de una persona jurídica, ellos no resultan determinantes.

La regla del artículo 2509 no es suficiente. Más parece una impropiedad. Para justificar la suspensión de la prescripción en beneficio de la herencia yacente no es necesario recurrir a una supuesta personalidad jurídica de ella. Si se suspende la prescripción en estos casos, es porque ella no puede correr en contra de un heredero cuya identidad se desconoce, quien por encontrarse ausente o por ignorar su calidad no ha aceptado la herencia.

Lo propio acontece respecto del artículo 2500. El heredero adquiere la posesión de la herencia con la sola muerte del causante, no siendo necesario recurrir a una especie de personalidad de la herencia ni afirmar que ella sigue poseyendo a nombre del heredero. Por lo demás, entre nosotros siempre se ha entendido que la posesión es un hecho y no un derecho, de lo que resulta que no puede transmitirse por causa de muerte.

Finalmente, en lo que hace al artículo 2346, si la norma señala que puede afianzarse a una persona jurídica y a la herencia yacente, es porque la herencia yacente no es persona jurídica. Si lo fuera, le hubiera bastado al artículo con señalar que se puede afianzar a una persona jurídica, y como la herencia yacente no lo es, fue necesario mencionarla de forma expresa.

En doctrina predomina la idea de que la herencia yacente no es más que un patrimonio cuya titularidad incierta hace necesario la designación de un representante a fin de que lo administre y conserve. Explica MESSINEO que “debe aceptarse la tesis de que constituye un patrimonio autónomo, aunque sea con finalidad y función fundamentalmente gestoria de los bienes hereditarios, o sea conservativa y —es necesario agregar— eventualmente satisfactiva, quedando sin prejuzgar quién será, en concreto, el sujeto de ella, visto que, por la falta de la

<sup>870</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16. N<sup>os</sup>. 1915 y 1918, pp. 212 y ss.; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 302 y 303; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 456 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 65 y 66.

aceptación del llamado; son posibles varios eventos como la (futura) aceptación del mismo; o su renuncia y, en este segundo caso, el sustituirse de un posterior llamado por ley o testamento, o la sucesión por representación; o, en último término, el deferimiento al patrimonio del Estado”<sup>871</sup>. En semejante sentido sostiene RODRÍGUEZ que la herencia yacente “es un patrimonio sucesorial de titularidad incierta, al cual la ley da un curador especial en espera de que se fije su destino definitivo”.<sup>872</sup>

628. FACULTADES DEL CURADOR DE LA HERENCIA YACENTE. Las facultades del curador de la herencia yacente son meramente administrativas. Se trata de un curador de bienes y no de personas. Sus atribuciones están limitadas a custodiar y conservar el patrimonio del causante y a realizar las gestiones que sean necesarias para efectuar el cobro de los créditos y el pago de las deudas. No puede el curador de la herencia yacente asumir otras funciones que no sean éstas. El artículo 487 señala en este sentido que el curador de la herencia yacente, al igual que el de los bienes del ausente y el de los derechos eventuales del que está por nacer, está sujeto en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores, y además “se les prohíbe ejecutar otros actos de administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas”<sup>873</sup>. Agrega en la misma línea el artículo 488 que a estos curadores “se les prohíbe especialmente alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos, y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o que el pago de las deudas la requiera”.

No obstante lo anterior, el artículo 489 aliviana estas reglas, disponiendo que “sin embargo de lo dispuesto en los artículos precedentes, los actos prohibidos en ellos a los curadores de bienes serán válidos, si justificada su necesidad o utilidad, los

<sup>871</sup> *Manual...*, T. VII, cit., pp. 317 y 318.

<sup>872</sup> *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 64. Esta tesis ha sido expresamente seguida por la sentencia de la Corte Suprema dictada con fecha 13 de mayo de 2003, *ABN Bank con Mardones*, Rol N<sup>o</sup> 3043/2002.

<sup>873</sup> En este sentido se ha fallado que el curador de la herencia yacente puede ser citado a reconocer la firma del causante a fin de preparar la vía ejecutiva (cfr. RDJ, T. 23, 2, p. 85 y T. 51, 1, p. 561) y que puede ser citado a reconocer una deuda del causante (GT, 1909, s. 743, p. 88); pero que el curador de la herencia yacente no puede demandar la nulidad del testamento del causante, pues ello no corresponde al ejercicio de las acciones que puedan encontrar origen en los créditos del causante y que estuvieren en su patrimonio, correspondiendo esta acción a los eventuales sucesores del causante (GT, 1909, s. 85, p. 384). Se ha discutido si el curador de la herencia yacente puede oponerse a la solicitud de posesión efectiva o la aceptación del que se considera un falso heredero. Cree a este respecto LIRA URQUIETA, con apoyo en fallos bastante antiguos, que dicha intervención del curador es posible (*Algunas consideraciones...*, cit., pp. 80 y 81), cuestión harto discutible si se tiene en cuenta que ello parece ir más allá de las labores meramente conservativas que la ley le atribuye (cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N<sup>o</sup> 1935, pp. 227 y ss.).

autorizare el juez previamente". "El dueño de los bienes tendrá derecho para que se declare la nulidad de cualquiera de tales actos, no autorizado por el juez; y declarada la nulidad, será responsable el curador de todo perjuicio que de ello se hubiere originado a dicha persona o a terceros". En el caso de la herencia yacente, la alusión al dueño de los bienes debe entenderse hecha al heredero que acepte la herencia después de que ella haya sido declarada yacente, lo que, como se dice en seguida, pone término al estado de incertidumbre y por lo mismo a su carácter de yacente.

629. TÉRMINO DE LA HERENCIA YACENTE. De acuerdo a lo señalado en el inciso segundo del artículo 491 "la curaduría de la herencia yacente cesa por la aceptación de la herencia, o en el caso del artículo 484, por el depósito del producto de la venta en las arcas del Estado". Agrega en su inciso final que "toda curaduría de bienes cesa por la extinción o inversión completa de los mismos bienes". De acuerdo a eso, la herencia yacente y la curaduría de ella terminan por tres modos diferentes: *a)* por la aceptación de uno o más de los herederos; *b)* por el depósito de la venta de todos los bienes hereditarios en arcas fiscales, o *c)* por la inversión o extinción de estos bienes.

630. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA POR ALGÚN HEREDERO. La curaduría de la herencia yacente termina por la aceptación de algún heredero. Dicha aceptación podrá ser expresa o tácita, de un heredero testamentario o de uno legal, de un heredero universal o de uno de cuota, pues la ley a este respecto no distingue. Cualquier heredero con derecho a aceptar, y que acepte, pondrá término a la herencia yacente.

Si son varios los herederos y sólo uno de ellos acepta tendrá la administración de todos los bienes hereditarios proindiviso, previo inventario solemne; y aceptando sucesivamente sus coherederos, y suscribiendo el inventario, tomarán parte en la administración. Mientras no hayan aceptado todos, las facultades del heredero o herederos que administren serán las mismas de los curadores de la herencia yacente, pero no serán obligados a prestar caución, salvo que haya motivo de temer que bajo su administración peligran los bienes (artículos 1240.2 y 3).

De modo que el heredero que acepta, pone término a la administración del curador de la herencia, asumiendo las funciones que a aquél le correspondían. En la medida que el resto de los herederos vayan aceptando la herencia, si es que lo hacen, van tomando parte en dicha administración. Si finalmente aceptan todos, terminan las limitaciones que se le imponen en la administración al curador de la herencia yacente, pasando a regirse por las reglas generales para la administración de comunidades hereditarias.

Conviene aclarar que el término de la curaduría de la herencia yacente se produce por la aceptación del heredero, así lo dice con harta claridad el artículo 491, y no por la resolución que le confiere la posesión efectiva ni tampoco por la resolución del tribunal que declara terminada la curaduría por haber aceptado el heredero.<sup>874</sup>

631. VENTA DE LOS BIENES DE LA HERENCIA. Después de transcurridos cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia está en curaduría, el juez, a petición del curador y con conocimiento de causa, podrá ordenar que se vendan todos los bienes hereditarios existentes, y se ponga el producido a interés con las debidas seguridades, o si no las hubiere, se deposite en las arcas del Estado (artículo 484).

Lo anterior supone, obviamente, que en este plazo nadie haya aceptado la herencia, pues en tal caso la curaduría de ella habría cesado por esa razón.

Algunos autores señalan que la extinción de la curaduría de la herencia yacente se produce por la venta de todos los bienes en los términos del artículo 484<sup>875</sup>. Pero si se tiene en cuenta el tenor del artículo 491, la extinción de esta curaduría no se produce por ese hecho, sino que por uno harto más preciso, cual es que una vez vendidos los bienes de la masa, el producto de la venta se deposite en arcas del Estado. Si se venden todos los bienes por parte del curador y el producido no se coloca a interés o se coloca pero no en arcas del Estado, no por ese hecho termina su curaduría, permaneciendo como administrador de esos fondos.

No está muy claro qué acontece si vendidos los bienes y hecho el correspondiente depósito en arcas del Estado, se presentan acreedores exigiendo el pago de sus créditos. La administración del curador designado se encuentra terminada, con lo que parece que ya no es el representante de la herencia para estos efectos. Tampoco tiene el carácter de heredero el Fisco, quien si bien tiene el depósito correspondiente, no se transforma en heredero por este hecho. Pareciera que en estos casos debieran los interesados solicitar la designación de un nuevo curador, con el objeto de hacer valer ante él estos créditos.

<sup>874</sup> No obstante ello, se ha resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago que esta curaduría de bienes finaliza por la resolución que la declara formalmente terminada. La Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo, por estimar que la nulidad procesal que se invocaba no podía ser objeto de este recurso, sino que de uno de casación en la forma (Corte Suprema, 20 de marzo de 2000, *Jorquera con Acevedo*, Rol N° 2682/1999).

<sup>875</sup> Cfr. cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 452 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 74.

632. EXTINCIÓN O INVERSIÓN COMPLETA DE LOS BIENES. Como se indicó, toda curaduría de bienes finaliza por la extinción o inversión completa de los bienes sujetos a la curaduría (artículo 491). De esta forma, si los bienes se destruyen por caso fortuito o se consumen totalmente en el pago de las deudas hereditarias o testamentarias, termina la curaduría de la herencia yacente, aun cuando no haya aceptado ningún heredero y a pesar de que no hayan transcurrido cuatro años desde la muerte del causante.

## CAPÍTULO 52 EL BENEFICIO DE INVENTARIO

633. CONCEPTO. El beneficio de inventario consiste en no hacer a los herederos que acepten responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado (artículo 1247).

Por la muerte del causante se produce la delación de la herencia; esto es, el llamado actual de la ley a aceptar o repudiar la asignación (artículo 956). Si el heredero acepta la asignación que se ha hecho en su favor, se produce la confusión de los patrimonios del heredero y causante, lo que implica que el heredero deberá responder con todo su patrimonio por las deudas que hubiere contraído el causante. De conformidad con lo señalado en el artículo 951, los asignatarios a título universal; es decir, los herederos (artículo 954) suceden al causante en todos sus bienes, derechos y "obligaciones" transmisibles. De la misma forma, y según lo señalado en el artículo 1097, los herederos representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y "obligaciones" transmisibles. En igual manera, el heredero es también obligado a las cargas testamentarias; o ser las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se han impuesto a otras personas (artículo 1097.2).

Las deudas hereditarias son una baja general de la herencia, por lo que ellas deben ser pagadas para los efectos de establecer el acervo partible o líquido (artículo 959 N° 2). Sin embargo, es posible que dichas deudas no hayan sido pagadas por los herederos, ni se hayan reservado bienes para hacerlo; también puede acontecer que el activo hereditario no alcance para satisfacer las deudas contraídas por el causante.

Así las cosas, la aceptación de una herencia puede llegar a constituir un muy mal negocio para el heredero. La circunstancia de que tenga este carácter no le asegura un beneficio económico como ordinariamente podría pensarse, pues, en contra de ello, tal calidad podría provocarle un serio detrimento patrimonial. Eso acontecerá cuando en la herencia que ha aceptado existan deudas cuantiosas, su-

periores al activo que compone la herencia. En dicha hipótesis, los bienes adquiridos por sucesión por causa de muerte no darán abasto para pagar las deudas contraídas por el *de cuius*, y dado que el heredero responde ilimitadamente de ellas, los acreedores hereditarios podrán dirigirse en contra de los bienes de los herederos, los que se encuentran confundidos con los del causante.

El beneficio de inventario viene a remediar esta situación. En virtud de él, el heredero beneficiario (el que acepta la herencia con beneficio de inventario) limita su responsabilidad hasta concurrencia del valor total de los bienes que ha heredado. De tal guisa que su responsabilidad pasa de ser *ultra vires* a ser *intra vires*; esto es, limitada al monto del valor de los bienes hereditarios. Como dice MESSINEO "mediante la aceptación con beneficio de inventario, el heredero repudia, en cierta medida, las deudas hereditarias y las cargas y los legados, en cuanto queda obligado a satisfacerlos, pero *intra vires* (no *ultra vires*) o sea más allá de los límites de capacidad del patrimonio hereditario que a él ha llegado".<sup>876</sup>

Aunque resulta harto discutible entre nosotros, la mayoría de los autores entiende que a pesar de la aceptación beneficiaria, los patrimonios del causante y del heredero se confunden. Lo que acontecería es que el heredero ve limitada su responsabilidad hasta el valor de lo heredado, pero responde con los bienes que ha heredado y con los que ya formaban parte de su propio patrimonio, ellos no quedarían marginados de la acción de los acreedores hereditarios y testamentarios. Se volverá sobre este punto al tratar los efectos del beneficio de inventario.

634. REQUISITO. Dentro del Código Civil el requisito para que opere el beneficio de inventario es que se haya efectuado inventario solemne de los bienes hereditarios antes de efectuar cualquier otro acto de aceptación. No es necesario que ello se diga expresamente por el heredero, basta con que se haga el inventario solemne; incluso más, no es suficiente con decirlo, puesto que es condición para gozar de este beneficio el que dicho inventario solemne se haya hecho. A este respecto señala el inciso segundo del artículo 1245 que habiendo precedido inventario solemne a la aceptación, el heredero gozará del beneficio de inventario: Si se hace acto de heredero sin previo inventario solemne, el heredero sucede en todas las obligaciones transmisibles del difunto a prorrata de su cuota hereditaria, aunque le impongan un gravamen que exceda al valor de los bienes que hereda. Por consiguiente, si el heredero quiere disfrutar de este beneficio, no basta que diga que su intención es aceptar con este beneficio, el inventario solemne debe ser hecho.

Sin embargo, la anterior regla del Código Civil ha dejado de ser la norma general. Si la herencia es intestada y la sucesión se ha abierto en Chile, como es lo que ocurre normalmente, la tramitación de la posesión efectiva quedará gobernada por las reglas de la Ley N° 19.903, de 4 de noviembre de 2003. En este caso, y como se dice en seguida, no basta con efectuar el inventario de los bienes que dispone el artículo 4 de la Ley, el que se considera inventario solemne para todos los efectos legales, sino que es además necesario para gozar de este beneficio, que el solicitante que acepta lo haya declarado en el formulario de solicitud, que acepte con beneficio de inventario.

635. EL INVENTARIO SOLEMNE. Según el artículo 858 del Código de Procedimiento Civil, inventario solemne es el que se hace previo decreto judicial, por el funcionario competente y con las demás formalidades legales. El decreto judicial que ordena su confección puede ser dictado por los jueces árbitros en los asuntos de que conocen.

Las formalidades legales a las que alude el precepto antes señalado son la presencia de dos testigos, la citación de los interesados, la publicación de tres avisos anunciando su realización y la protocolización del inventario en una notaría, requisitos todos que emanan de los artículos 859, 860 y 863 del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 859 del Código de Procedimiento Civil, el inventario solemne se extenderá con los siguientes requisitos:

1. Se hará ante un notario y dos testigos mayores de dieciocho años, que sepan leer y escribir y sean conocidos del notario. Con autorización del tribunal podrá hacer las veces de notario otro ministro de fe o un juez de menor cuantía;

2. El notario o el funcionario que lo reemplace, si no conoce a la persona que hace la manifestación, la cual deberá ser, siempre que esté presente, el tenedor de los bienes, se cerciorará ante todo de su identidad y la hará constar en la diligencia;

3. Se expresará en letras el lugar, día, mes y año en que comienza y concluye cada parte del inventario;

4. Antes de cerrado, el tenedor de los bienes o el que hace la manifestación de ellos, declarará bajo juramento que no tiene otros que manifestar y que deban figurar en el inventario; y

5. Será firmado por dicho tenedor o manifestante, por los interesados que hayan asistido, por el ministro de fe y por los testigos.

Para el efecto antes señalado, se citará a todos los interesados conocidos y que según la ley tengan derecho de asistir al inventario. Esta citación se hará personal-

<sup>876</sup> Manual..., cit., T. VII, p. 262.

mente a los que sean condueños de los bienes que deban inventariarse, si residen en el mismo territorio jurisdiccional. A los otros condueños y a los demás interesados, se les citará por medio de avisos publicados durante tres días en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, cuando allí no lo haya. En representación de los que residan en país extranjero se citará al defensor de ausentes, a menos que por ellos se presente procurador con poder bastante. El ministro de fe que practique el inventario dejará constancia en la diligencia de haberse hecho la citación en forma legal (artículo 860 del Código de Procedimiento Civil).

Una vez concluido el inventario, se protocolizará en el registro del notario que lo haya formado, o en caso de haber intervenido otro ministro de fe, en el protocolo que designe el tribunal. El notario deberá dejar constancia de la protocolización en el inventario mismo (artículo 863 del Código de Procedimiento Civil).

636. EL INVENTARIO SOLEMNE DE LA LEY N° 19.903. Como antes se advertía, hoy en día también se considera inventario solemne aquél al que se refiere el artículo 4 de la Ley N° 19.903 sobre procedimiento para el otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia, de fecha 4 de noviembre de 2003.

La norma en cuestión señala que “el inventario de los bienes existentes al fallecimiento del causante, deberá incluirse en la misma solicitud y hará relación de todos los muebles e inmuebles de la persona cuyo patrimonio se inventaría, particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consistan en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad esencial; comprenderá asimismo los créditos y deudas de que hubiere comprobante, y en general todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad. Este inventario incluirá, simultáneamente, la valoración de los bienes, de acuerdo a las normas contenidas en la Ley N° 16.271”. “La individualización de los bienes raíces sólo contendrá la remisión expresa a fojas, número, año y registro conservatorio de cada propiedad, y será suficiente para practicar las inscripciones que sean necesarias. Tratándose de otros bienes sujetos a registro, deberán señalarse los datos necesarios para su ubicación o individualización”.

A los efectos de lo que ahora interesa, dispone el inciso tercero del precepto antes transcrito, que “el inventario practicado de esta forma, se considerará como inventario solemne para todos los efectos legales. En todo caso, para entender que el solicitante acepta la herencia con beneficio de inventario deberá así declararlo en el formulario de solicitud, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1252 y 1256 del Código Civil”. Esto quiere decir, que en estos casos, para gozar del beneficio de inventario, no es suficiente con efectuar este inventario

al cual la ley le atribuye el carácter de solemne, sino que es necesario que el heredero lo declare formalmente en la solicitud. La resolución que emita el Director Regional del Servicio de Registro Civil e Identificación, deberá referirse a este aspecto, dejando constancia de si la herencia se aceptó o no con beneficio de inventario.

637. BIENES QUE COMPRENDE. Dispone el artículo 861 del Código de Procedimiento Civil que “todo inventario comprenderá la descripción o noticia de los bienes inventariados en la forma prevenida por los artículos 382 y 384 del Código Civil” y que “pueden figurar en el inventario los bienes que existan fuera del territorio jurisdiccional, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 822”. Según este último “si hay bienes que inventariar en otro territorio jurisdiccional y lo pide algún interesado presente, se expedirán exhortos a los jueces respectivos, a fin de que los hagan inventariar y remitan originales las diligencias obradas para unirlos a las principales”.

“El inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaría, particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y calidad; sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad del guardador”. “Comprenderá asimismo los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, los créditos y deudas del pupilo de que hubiere comprobante o sólo noticia, los libros de comercio o de cuentas, y en general todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad, o que sea necesario destruir con algún fin moral” (artículo 382).

El inventario debe comprender aun las cosas que no fueren propias de la persona cuya hacienda se inventaría, si se encontraren entre las que lo son. En todo caso, debe tenerse presente que la circunstancia de que estos bienes sean incluidos en el inventario no determina que ello haga prueba del dominio a favor del causante. La mera aserción que se haga en el inventario de pertenecer a determinadas personas los objetos que se enumeran, no hace prueba en cuanto al verdadero dominio de ellos (artículos 384 y 385).

Si el difunto ha tenido parte en una sociedad, y por una cláusula del contrato ha estipulado que la sociedad continúe con sus herederos después de su muerte, no por eso en el inventario que haya de hacerse dejarán de ser comprendidos los bienes sociales; sin perjuicio de que los asociados sigan administrándolos hasta la expiración de la sociedad, y sin que por ello se les exija caución alguna (artículo 1254).

638. **AMPLIACIÓN DEL INVENTARIO.** El inventario confeccionado de conformidad a las normas antes señaladas no tiene el carácter de inamovible. Es perfectamente posible, y suele ocurrir que por desconocimiento se omitan bienes que pertenecían al causante. Dispone el artículo 864 del Código de Procedimiento Civil que “es extensiva a todo inventario la disposición del artículo 383 del Código Civil”, artículo según el cual “si después de hecho el inventario se encontraren bienes de que al hacerlo no se tuvo noticia, o por cualquier título acrecieren nuevos bienes a la hacienda inventariada, se hará un inventario solemne de ellos, y se agregará al anterior”.

Lo propio acontece con el inventario a que se refiere la Ley N° 19.903. Las adiciones, supresiones o modificaciones que se hagan al inventario o valoración se materializarán a través de un formulario confeccionado al efecto por el Servicio de Registro Civil e Identificación, dejándose constancia en la respectiva resolución o inscripción, según corresponda, y procediéndose a la publicación del caso. Las formalidades de este procedimiento están fijadas entre los artículos 24 y 30 del Reglamento respectivo (D.S. N° 237 de 2004).

639. **TASACIÓN DE LOS BIENES.** Ni las normas del Código de Procedimiento Civil ni el Código Civil exigen expresamente que se haga tasación de los bienes. De hecho, el artículo 865 del Código de Procedimiento Civil solamente señala que “cuando la ley ordene que al inventario se agregue la tasación de los bienes, podrá el tribunal, al tiempo de disponer que se inventarién, designar también peritos para que hagan la tasación, o reservar para más tarde esta operación”. “Si se trata de objetos muebles podrá designarse al mismo notario o funcionario que haga sus veces para que practique la tasación”. De la misma forma el artículo 1260, luego de señalar que el heredero beneficiario será responsable hasta por culpa leve de la conservación de las especies o cuerpos ciertos que se deban, pone de su cargo el peligro de los otros bienes de la sucesión, indicando que sólo será responsable de los “valores en que hubieren sido tasados”, con lo que queda abierta la posibilidad de que haya valores que no estén tasados. Como se advierte, no existe una exigencia expresa en este sentido, pareciendo que la tasación queda entregada solamente a los casos en que la ley la imponga.

Pero acontece que varias normas relativas al beneficio de inventario discurren sobre la existencia de tasación de los bienes del causante. Así, el artículo 1247 limita la responsabilidad del heredero “al valor total de los bienes heredados”, lo que razonablemente sugiere que los bienes sean tasados, a fin de conocer su valor. De la misma forma el artículo 1257 señala que “el que acepta con beneficio de inventario se hace responsable no sólo del valor de los bienes que entonces efecti-

vamente reciba, sino de aquellos que posteriormente sobrevengan a la herencia sobre que recaiga el inventario”, disponiendo en su inciso segundo que “se agregará la relación y tasación de estos bienes al inventario existente con las mismas formalidades que para hacerlo se observaron”. Esto último resulta bastante indicador en el sentido que si debe hacerse relación y tasación de los bienes que sobrevengan a la herencia, cómo no hacer lo mismo de los bienes que estuvieron en la herencia desde la apertura de la sucesión. De allí que se concluya que la tasación de los bienes es necesaria.<sup>877</sup>

En todo caso, esta cuestión carece hoy de la relevancia que tenía anteriormente, pues de conformidad a la mencionada Ley N° 19.903, que regula la tramitación de los posesiones efectivas de sucesiones intestadas abiertas en Chile, que es la regla general, en su artículo 4 señala que el inventario que se presenta a estos efectos, y al cual la ley le atribuye el carácter de solemne, “incluirá, simultáneamente, la valoración de los bienes, de acuerdo a las normas contenidas en la Ley N° 16.271”. De suerte que, para la mayoría de las situaciones, la ley, hoy en día, exige la valoración de los bienes que se incluyen en el inventario.

640. **PERSONAS QUE DEBEN ACEPTAR CON BENEFICIO DE INVENTARIO.** La regla es que los herederos son libres para aceptar o no con beneficio de inventario. Es una facultad que se le concede al heredero y que ni siquiera el testador puede limitar. El artículo 1249 señala claramente que “el testador no podrá prohibir a un heredero el aceptar con beneficio de inventario”, lo que le ha valido a este beneficio el calificativo de norma de orden público.<sup>878</sup>

En forma excepcional hay algunos herederos que están obligados a aceptar con beneficio de inventario, tales como los coherederos cuando los demás quieren aceptar de este modo; los herederos fiduciarios; las personas jurídicas de derecho público, y los incapaces.

a) En cuanto a la situación de los coherederos señala el artículo 1248 que “si de muchos coherederos los unos quieren aceptar con beneficio de inventario y los otros no, todos ellos serán obligados a aceptar con beneficio de inventario”. En este caso, en situación de conflicto entre los herederos, la ley lo resuelve a favor de los que desean aceptar con beneficio de inventario.

b) Los herederos fiduciarios también están obligados a aceptar con beneficio de inventario. Señala el artículo 1251 que “los herederos fiduciarios son obligados a aceptar con beneficio de inventario”. Recuérdese que heredero fiduciario es

<sup>877</sup> Así SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 465.

<sup>878</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Mamul...*, cit., p. 319 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 156.



el que adquiere la asignación sujeta a una condición resolutoria que, de verificarse, determinará que dicha asignación pase a un fideicomisario. El sentido de exigir que el heredero fiduciario acepte con beneficio de inventario no es otro que el proteger los derechos del fideicomisario.

c) Con el fin de proteger los intereses generales, el Fisco y las corporaciones y establecimientos públicos también deben aceptar con beneficio de inventario. Dispone el artículo 1250 que "las herencias del Fisco y de todas las corporaciones y establecimientos públicos se aceptarán precisamente con beneficio de inventario". A pesar de que la norma se refiere solamente al Fisco y a las corporaciones y establecimientos públicos, algunos autores entienden que la regla se aplica a todas las personas que gozan de personalidad jurídica de derecho público<sup>879</sup>. Si así fuere, habría que entender que las municipalidades deben aceptar con beneficio de inventario e incluso las iglesias, las comunidades religiosas y los establecimientos que se costean con fondos del erario, cuya personalidad jurídica de derecho público es patente en virtud de lo señalado en el artículo 547 del Código Civil.<sup>880</sup>

d) Deben también ser aceptadas con beneficio de inventario las herencias a favor de los incapaces. Dispone a este efecto el inciso segundo del artículo 1250 que "se aceptarán de la misma manera las herencias que recaigan en personas que no pueden aceptar o repudiar sino con el ministerio o autorización de otras". A este mismo respecto señala el artículo 397 que "el tutor o curador no podrá repudiar ninguna herencia deferida al pupilo, sin decreto de juez con conocimiento de causa, ni aceptarla sin beneficio de inventario". La misma regla se hace extensiva al padre administrador de los bienes del hijo, como lo dispone el artículo 255 al señalar, que no aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, "sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores". Luego, los represen-

<sup>879</sup> En este sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 75; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 466, y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 167. En los hechos, muchas leyes especiales imponen la aceptación con beneficio de inventario de las herencias deferidas en beneficio de organismos públicos. Así, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley N° 18.348, sobre Corporación Nacional Forestal y recursos renovables; el artículo 6 de la Ley N° 18.755, sobre el Servicio Agrícola Ganadero; el artículo 90 de la Ley N° 19.518 del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo; el artículo 26 de la Ley N° 19.712 sobre el Deporte; el artículo 34 de la Ley N° 19.718, sobre Defensoría Penal Pública; el artículo 25 de la Ley N° 19.891, sobre el Consejo de la Cultura y las Artes y el Fondo de Desarrollo Cultural y de las Artes y el artículo 9 de la Ley N° 19.882, sobre la Dirección Nacional del Servicio Civil.

<sup>880</sup> En lo que se refiere a las Iglesias, debe señalarse que el artículo 20 de la Ley N° 19.638, sobre Constitución Jurídica de las Iglesias, establece que "el Estado reconoce el ordenamiento, la personalidad jurídica, sea ésta de derecho público o de derecho privado, y la plena capacidad de goce y ejercicio de las Iglesias, confesiones e instituciones religiosas que los tengan a la fecha de publicación de esta ley, entidades que mantendrán el régimen jurídico que les es propio, sin que ello sea causa de trato desigual entre dichas entidades y las que se constituyen en conformidad a esta ley".

tantes legales de los dementes, impúberes, sordos y sordomudos que no puedan manifestar su voluntad claramente, deben aceptar las herencias que a ellos se les defieran con beneficio de inventario. De la misma forma deben ser aceptadas las herencias en beneficio del menor adulto y del que se encuentra en interdicción por disipación.

641. SANCIONES POR LA ACEPTACIÓN SIN BENEFICIO DE INVENTARIO. Cabe preguntarse qué es lo que acontece en el caso de que las personas antes señaladas no cumplan con la obligación de aceptar con beneficio de inventario.

En el caso de los incapaces, del Fisco y de las corporaciones y establecimiento públicos, se da un fenómeno curioso, puesto que la sanción no es la nulidad de la aceptación. Lo que acontece es que si no aceptan de esta forma, existe una suerte de beneficio de inventario legal, pues de todas maneras, de conformidad al inciso final del artículo 1250, no serán obligadas por las deudas y cargas de la sucesión, sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas. La diferencia es que en este caso la responsabilidad del heredero queda limitada al monto de los bienes que había en la herencia al tiempo en que sean demandados o se probare que se ha empleado en su beneficio, y no hasta la concurrencia del valor total de los bienes que han heredado como lo es por regla general.

Para el caso del heredero fiduciario y de los coherederos, no existen sanciones especiales.

Respecto del heredero fiduciario, sin perjuicio del derecho que le asiste al fideicomisario para exigir que se haga en inventario solemne<sup>881</sup>, habrá que concluir que si no acepta con beneficio de inventario, y de ello se derivan daño para el fideicomisario, que es la persona a quien se protege con esta exigencia, será responsable el fiduciario ante aquel de todos los perjuicios que de ello puedan derivarse.<sup>882</sup>

Mucho más complejo resulta el caso de los coherederos obligados a aceptar con beneficio de inventario si existe controversia entre ellos. Una posibilidad es entender que el heredero que acepta lisa y llanamente sin beneficio de inventario

<sup>881</sup> A este respecto, señala CLARO SOLAR que "como los fideicomisarios tienen derecho de reclamar la facción de un inventario correcto y perfectamente fiel, con mayor razón tienen el derecho de exigir que el inventario se practique, cuando el fiduciario pretenda prescindir de él; y aunque puede ocurrir que el fideicomisario no exista al momento en que la herencia fideicomisaria se defiere, o sea una persona incapaz, la dificultad puede ser salvada haciendo la reclamación la persona llamada a representarlo legalmente" (ob. cit., T. 16, N° 1749, p. 84).

<sup>882</sup> Así RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 167.

no puede gozar de él, pero el resto de los herederos no pierde el derecho de aceptar beneficiariamente<sup>883</sup>. Sin embargo, ello implicaría, a fin de cuentas, que cada uno de los herederos podría aceptar de la forma que le pareciera conveniente; esto es, unos con beneficio de inventario y otros sin el beneficio de inventario. Esa era la regla que imperaba en el Derecho romano y que estaba incluso en el proyecto de 1853 (artículo 1435), pero que fue abandonada en la redacción final. Por lo mismo no parece que pueda ser ésta la solución. Habría que concluir que la aceptación pura y simple de uno de los herederos es nula, por infringir la norma del artículo 1248, que obliga a todos los herederos a aceptar con beneficio de inventario.

642. PERSONAS QUE NO PUEDEN ACEPTAR CON BENEFICIO DE INVENTARIO. Así como hay sujetos que tienen la obligación de aceptar la herencia con beneficio de inventario, hay quienes tienen prohibido aceptarla con este beneficio.

a) En primer lugar, según lo señalado en el artículo 1252, tienen prohibido aceptar con beneficio de inventario los que han hecho acto de herederos antes del inventario. Queda claro que para gozar del beneficio de inventario no debe haberse aceptado la herencia ni en forma expresa ni en forma tácita. Una vez que ello haya acontecido, no es posible volver atrás para pretender aceptar en forma beneficiaria; la herencia ya se ha aceptado pura y simplemente<sup>884</sup>. Aun cuando el tenor del artículo 1252 podría sugerir que solamente se pierde este derecho cuando se ha hecho acto de heredero y no cuando se ha aceptado la herencia lisa y llanamente, debe concluirse que aquello carece de sentido, pues no se advierte por qué quien ha aceptado en forma tácita no tenga el beneficio y sí pueda tenerlo quien ha aceptado en forma expresa. De modo que para perder este beneficio basta con haber aceptado en cualquiera de las formas señaladas en los artículos 1241 y 1242.

b) En segundo término, también queda privado del derecho de aceptar con beneficio de inventario, el heredero que omitiere, de mala fe, bienes en el inventario o inventare deudas. Señala el artículo 1256 que "el heredero que en la confección del inventario omitiere de mala fe hacer mención de cualquiera parte de los bienes, por pequeña que sea, o supusiere deudas que no existen, no gozará del

<sup>883</sup> De esta forma parece entenderlo RODRÍGUEZ, cuando sostiene que "estimamos que, en este caso, es necesario que ninguno de los herederos haya realizado separadamente acto de heredero (artículo 1252), ya que si uno de ellos, por ejemplo, ha dispuesto de bienes hereditarios (artículo 1244), no podrá aceptar con beneficio de inventario, pero no impide que los demás puedan hacerlo" (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 166).

<sup>884</sup> Señalan AUBRY y RAU, que la aceptación simple de la herencia implica una renuncia irrevocable a la facultad de repudiarla o de aceptarla con beneficio de inventario (cfr. *Cours...*, T. VI, cit., p. 395).

beneficio de inventario". En realidad, en estos casos, más que prohibírseles aceptar con beneficio de inventario, se les impide beneficiarse del inventario que no han confeccionado fiel y lealmente. Se trata de una sanción civil para el heredero que en forma dolosa pretende evadir las responsabilidades que la ley hace inherentes a su calidad.

643. EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN BENEFICIARIA. La aceptación con beneficio de inventario produce una serie de efectos que son indiscutidos, como el de limitar la responsabilidad del heredero; impedir la confusión entre deudas y créditos del causante con los del heredero e imponer cierta responsabilidad al heredero por los bienes y créditos que hereda. Sin embargo, se discute en la doctrina nacional si este beneficio evita que se confunda el patrimonio del causante con el del heredero; es decir, se discute si por la aceptación beneficiaria se produce o no la separación entre el patrimonio del causante y el del heredero. Ello tiene evidente importancia para determinar si los acreedores del causante pueden o no hacer valer sobre los bienes del heredero, o sólo deben limitar su acción a los que ha heredado del difunto. Cada una de estas cuestiones se verá por separado.

644. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO. La aceptación beneficiaria limita la responsabilidad de los herederos hasta concurrencia del valor total de lo que han heredado. Este es el efecto que expresamente está previsto en el artículo 1247, cuando dispone que este beneficio "consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias; sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado". En consecuencia, que este beneficio importa una limitación de la responsabilidad del heredero no admite duda de ninguna especie. La cuestión dudosa es si esta limitación implica que los acreedores hereditarios y testamentarios deben dirigirse exclusivamente contra los bienes que el heredero beneficiario adquirió por causa de muerte, o si por el contrario, pueden también dirigirse en contra de los bienes que éste tenía antes de la muerte del causante.

645. AUSENCIA DE CONFUSIÓN DE CRÉDITOS Y DEUDAS. La aceptación beneficiaria impide la confusión de deudas y créditos del heredero con los del causante. Dispone el artículo 1259 que "las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión". De esto se deriva que no opera entre el heredero y la sucesión el modo de extinguir confusión, (artículo 1665). El heredero beneficiario podrá demandar al resto de los herederos para

que le paguen lo que el causante le debía y, a su vez, podrá ser demandado para el pago de lo que él adeudaba a aquél.

646. RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR LOS BIENES Y CRÉDITOS HEREDITARIOS. A los efectos de establecer la responsabilidad del heredero, el artículo 1260 distingue entre la responsabilidad que le cabe por los bienes que el causante debía a terceros, y la responsabilidad que le asiste sobre el resto de los bienes de la sucesión; esto es, bienes que el causante no debía a terceros.

En lo que hace a las cosas que el difunto debía a terceros, el heredero beneficiario es responsable hasta por culpa leve de la conservación de estas especies o cuerpos ciertos (artículo 1260.1). Se encuentran en esta situación los legados de especie o cuerpo cierto que debió el heredero o los bienes que pertenezcan a terceros por haberlos recibido el causante en depósito o comodato o a cualquier otro título que imponga la obligación de restituirlos.

La solución parece correcta, pues la regla general en el derecho es que el tenedor de bienes ajenos responda de su cuidado hasta de culpa leve. Si ellos se destruyen por caso fortuito perecen para sus dueños, siendo el heredero irresponsable.

En cuanto al resto de los bienes que componen la masa hereditaria, el heredero beneficiario solamente es responsable hasta el valor en que ellos hayan sido tasados (artículo 1260.2).

Los autores entienden que respecto del resto de los bienes, la ley coloca el riesgo de pérdida por caso fortuito de cargo del heredero, el que permanecerá siempre responsable por esta circunstancia, no pudiendo exonerarse de dicha responsabilidad, debiendo en estos casos indemnizar a los acreedores hereditarios y testamentarios hasta el valor de dichos bienes en la medida que hayan sido tasados. La razón de dicha solución legal es que el heredero debe a los acreedores un valor y no los bienes heredados. Si tales cosas perecen por caso fortuito lo hacen para su dueño, que es el heredero beneficiario, lo que no lo exonera de pagar las deudas hereditarias y testamentarias.<sup>885</sup>

Ahora bien, la responsabilidad del heredero no queda limitada sólo a los bienes que componen la herencia al momento de la delación, sino que se extiende respecto de los que después puedan ingresar a la herencia. Dice el artículo 1257 que “el que acepta con beneficio de inventario se hace responsable no sólo del valor de los bienes que entonces efectivamente reciba, sino de aquellos que posteriormente sobrevengan a la herencia sobre que recaiga el inventario”. “Se agregará

<sup>885</sup> Así CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 1798, pp. 130 y 131; SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 472 y 473 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 163 y 164.

la relación y tasación de estos bienes al inventario existente con las mismas formalidades que para hacerlo se observaron”.

De la misma forma, el heredero “se hará asimismo responsable de todos los créditos como si los hubiese efectivamente cobrado; sin perjuicio de que para su descargo en el tiempo debido justifique lo que sin culpa suya haya dejado de cobrar, poniendo a disposición de los interesados las acciones y títulos insolutos” (artículo 1258). Se desprende de ello que si el heredero deja de cobrar un crédito, responderá ante los acreedores del difunto como si efectivamente lo hubiere cobrado, salvo que justifique ante ellos que sin culpa suya el crédito no ha podido ser cobrado, caso en el que deberá entregar a los acreedores los títulos y las acciones necesarias para que ellos procedan a hacerlo si es que fuere posible.

647. EL BENEFICIO DE INVENTARIO Y LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. Como se ha adelantado, y admitiendo lo discutible de la cuestión, la mayor parte de la doctrina nacional entiende que la aceptación con beneficio de inventario no produce la separación del patrimonio del causante con el del heredero. De conformidad a esta tesis, la aceptación de la herencia, sea o no con beneficio de inventario, hace que el heredero se transforme en dueño de los bienes que ha heredado, lo que, por lo mismo, se confunden su propio patrimonio. Los acreedores hereditarios o testamentarios podrían, en consecuencia, dirigirse en contra de los bienes que heredó el causante como también respecto de los que tenía el heredero desde antes de la muerte de aquél, pues la aceptación beneficiaria no tiene por efecto separar estos patrimonios, sino que solamente tiene por finalidad limitar la responsabilidad del heredero hasta el valor de los bienes que ha heredado, lo que no significaría que deban limitarse a proceder en contra de las cosas que componen la sucesión.<sup>886</sup>

Esta tesis, más que en razones de fondo que permitan sostener que no hay lugar a la separación de patrimonios por la aceptación beneficiaria, se funda en la interpretación de algunas normas que darían a entender que subyace en nuestra legislación la idea de que el efecto de este beneficio es solamente el de limitar la responsabilidad de los herederos al valor de lo que reciben por concepto de herencia, pero no el de limitar la acción de los acreedores hereditarios y testamentarios respecto de los bienes que componen esta sucesión.

<sup>886</sup> En este sentido, CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 1782, pp. 115 y 116; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 62 y 63; ESCOBAR RIFFO, F., *Del pago de las deudas hereditarias y testamentarias*, Santiago, 1984, pp. 164 y ss.; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 158 a 160 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 469 a 471.

Se sostiene, en primer término, que el artículo 1247, al definir el beneficio de inventario, deja claro que su objeto es el de no hacer responsable al heredero beneficiario "sino hasta concurrencia del valor total de los bienes" que éste ha heredado. No dice el precepto que esta responsabilidad de los herederos quede reducida a los bienes que han adquirido por causa de muerte, sino que ella se encuentra limitada a un valor, y ese valor no es otro que el que el de los bienes adquiridos por causa de muerte. De la misma forma, el inciso segundo del artículo 1260 mantiene la regla según la cual la responsabilidad de los herederos queda limitada a un valor, al disponer que es de cargo del heredero el peligro de los otros bienes de la sucesión, y sólo será responsable de los "valores en que hubieren sido tasados".

En segundo lugar, se agrega que si el beneficio de inventario produjere la separación de patrimonios, sería forzoso que la ley hubiere limitado la facultad del heredero para disponer de los bienes hereditarios, pues, de lo contrario, éste podría disponer libremente de ellos en perjuicio de los acreedores hereditarios y testamentarios, los que podrían quedarse sin un activo sobre el cual poder hacer efectivos sus créditos. Acontece, en cambio, que no existe una norma de limitación semejante, pudiendo el heredero beneficiario disponer a su arbitrio de los bienes que heredó del causante. Siendo así, cabría concluir que no hay en la especie separación de patrimonios, puesto que no podría darse amparo al abierto perjuicio que los acreedores podrían sufrir con una actuación semejante del heredero.

En tercer término, se afirma que la ausencia de separación de patrimonios sería evidente a la luz de lo señalado en el número 4 del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil. Esta norma dispone que "podrán también ventilarse conforme al procedimiento de las tercerías los derechos que haga valer el ejecutado invocando una calidad diversa de aquella en que se le ejecuta. Tales serían, por ejemplo, el del heredero beneficiario cuyos bienes personales sean embargados por deudas de la herencia, cuando esté ejerciendo judicialmente alguno de los derechos que conceden los artículos 1261 a 1263 inclusive del Código Civil".

Acontece que, de conformidad a los artículos 1261 a 1263 del Código Civil, el heredero resulta exento de responsabilidad si abandona los bienes heredados a los acreedores o acredita que ellos han sido consumidos en el pago de las deudas hereditarias o testamentarias. Quiere decir, entonces, que si al heredero se le han embargado bienes personales por deudas de la herencia, éste solamente podría excepcionarse de responder con ellos cuando su responsabilidad se encuentre salvada por haber hecho uso de los derechos antes señalados, pero si no ha hecho uso de ellos, podrá seguirse la ejecución respecto de sus bienes, de lo que se dedu-

ce que no existiría separación de patrimonios, pudiendo los acreedores proceder en contra de los bienes personales del heredero hasta pagarse con ellos.

En alguna ocasión, la Corte Suprema, recogiendo esta argumentación, ha sentado esta misma tesis, señalando que "el beneficio de inventario no opera una separación del patrimonio de la herencia y del personal del beneficiario. Dicho beneficio sólo consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado. En tal concepto, este beneficio sólo significa así una limitación de la responsabilidad del heredero con respecto a las deudas de la herencia y no a una separación de patrimonios. Por lo tanto, no es legal la afirmación de que los herederos beneficiarios no responden con su patrimonio propio de las deudas del difunto. Corrobora y confirma la tesis sustentada el precepto del inciso segundo del artículo 1260, comoquiera que el heredero beneficiario no responde a los acreedores de los bienes mismos de la herencia, sino únicamente de los valores en que hubiesen sido tasados. Además, según lo dispone el N° 4 del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, el heredero beneficiario, cuyos bienes personales son embargados por deudas de la herencia, sólo puede reclamarlos como un tercero cuando estuviere ejerciendo judicialmente alguno de los derechos que concede el artículo 1261 a 1263 del Código Civil, lo que claramente implica el derecho de trabar embargo en ellos fuera la situación indicada".<sup>887</sup>

Con todo, como se ha dicho, la anterior no es más que la tesis doctrinaria mayoritaria. Algunos autores nacionales entienden que la aceptación beneficiaria entre nosotros sí produce la separación de patrimonios<sup>888</sup>, incluso ciertos doctrinadores que apoyan la tesis mayoritaria, admiten lo dudosa que resulta la cuestión.<sup>889</sup>

De acuerdo a esta opinión minoritaria, el beneficio de inventario no sólo limita la cuantía de la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias y testamentarias, sino que además lo pone a cubierto de la acción de los acreedores testamentarios y hereditarios en contra de sus bienes propios.

Esta postura cuenta con argumentos que parecen ser más de fondo que los exhibidos por la doctrina mayoritaria, por cuanto más que reparar en el tenor literal de ciertas normas, está al contenido de ellas.

<sup>887</sup> RDJ, T. 46, 1, p. 665.

<sup>888</sup> Así BARROS ERRAZURIZ, ob. cit., p. 639 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 323 a 325.

<sup>889</sup> Ponen de manifiesto lo dudosa de la solución SOMARRIVA, quien afirma que "el problema es de suyo discutible" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 469) y RODRÍGUEZ, que sostiene que "debemos admitir que el tema es discutible" (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 160).

En primer término, se sostiene que la separación de patrimonios es manifiesta en algunas normas que se refieren directamente a este beneficio. La separación de patrimonios es la única que explica que el artículo 1259 establezca que “las deudas y créditos del heredero beneficiario no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión”. Si estas deudas y créditos no se extinguen por la confusión es porque los patrimonios del causante y del heredero están separados. A la misma conclusión conduce el texto del número 4 del artículo 1610, según el cual “se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia”. La única manera de explicar y entender esta solución legal es mediante el principio de la separación de los patrimonios del causante y del heredero. Así puede comprenderse que el heredero que paga con sus propios bienes a los acreedores se subroga en los derechos de ellos en contra de la sucesión.

Asimismo, la idea de separación de patrimonios es latente en el artículo 2487, según el cual las preferencias de la primera y cuarta clase, a que estaban sujetos los bienes del deudor difunto, afectarán de la misma manera los bienes del heredero, “salvo que éste haya aceptado con beneficio de inventario, o que los acreedores gocen del beneficio de separación, pues en ambos casos afectarán solamente los bienes inventariados o separados”. Esto implica que el beneficio de inventario no da preferencias a los acreedores sobre los bienes personales del heredero, pues, en ese caso, solamente afecta a los bienes inventariados.

Finalmente, la separación de patrimonios resulta harto clara a la luz de lo preceptuado en los artículos 1262 y 1263, según los cuales cesa toda responsabilidad del heredero si abandona los bienes heredados a los acreedores o prueba que ellos se consumieron en el pago de las deudas. Por lo tanto, su responsabilidad queda limitada a los bienes hereditarios. Si los entrega o los consume, no hay acción en contra de sus bienes por extinguirse su responsabilidad. Si no hubiera separación de patrimonios, esto no extinguiría su responsabilidad, pues los acreedores podrían proceder en contra de sus propios bienes, cosa que no acontece.

Esta tesis minoritaria es definitivamente la que condice mejor con lo que es el beneficio de inventario en el mundo. La mayoría de las legislaciones, tanto a nivel europeo como americano, atribuyen a este beneficio el efecto de separar el patrimonio del causante respecto del propio del heredero.

En cuanto a Europa, el artículo 1023 del Código Civil español dispone que “el beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes: 1. El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma. 2. Conserva contra el caudal heredi-

tario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto. 3. No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia”<sup>890</sup>. Por su parte, el artículo 802.2 del Código Civil francés señala que “el efecto del beneficio de inventario es dar al heredero la facultad de no confundir sus bienes personales con los de la sucesión, y de conservar contra ella el derecho de reclamar el pago de sus créditos”<sup>891</sup>. De la misma forma, el artículo 490 del Código Civil italiano dispone que “el efecto del beneficio de inventario consiste en mantener diferenciado el patrimonio del difunto de aquél del heredero”<sup>892</sup>. Finalmente, el artículo 2071.1 del Código Civil portugués se-

<sup>890</sup> Sobre el particular, anota ALBALADEJO que “el Código regula la corrientemente denominada aceptación a beneficio de inventario que constituye un remedio para evitar esta confusión de patrimonios y responsabilidad del heredero con sus propios bienes; de modo que éstas alcanzarían sólo a quien acepta la herencia pura y simplemente (C.C., art. 1003), pues quien lo hace a beneficio de inventario únicamente responde de las deudas y cargas de la sucesión, con los bienes que en ella reciba, no confundiendo el patrimonio hereditario con el propio heredero (C.C., art. 1023)” (*Curso...*, T. V, cit., p. 10). En el mismo sentido señala LASARTE que el beneficio de inventario establece un “régimen especial que permite al heredero responder frente a las deudas hereditarias únicamente con los bienes de la herencia, *intra vires hereditatis*, y que, en consecuencia, comporta la necesidad de mantener separados el patrimonio hereditario y el patrimonio de los herederos hasta el momento en que se haya hecho frente a todas las deudas y cargas de la herencia” (*Principios...*, cit., pp. 345 y 346).

<sup>891</sup> Al respecto escriben los MAZEAUD que “si la aceptación beneficiaria produce las mismas consecuencias que la aceptación pura y simple en cuanto a la fijación del título de heredero, una diferencia profunda aparece entre ellas. Mientras que la aceptación pura y simple implica una confusión completa de dos patrimonios que no forman más que una sola universalidad donde el activo total responde de la totalidad del pasivo, el beneficio de inventario entraña la separación de patrimonios: el heredero es titular de dos patrimonios, pero ellos permanecen distintos entre sí mismos” (*Leçons...*, cit., p. 409). De la misma forma escribe BONNECASE que “los efectos de la aceptación bajo el beneficio de inventario se reducen a separar los patrimonios del autor de la herencia y del heredero. Esta aceptación dispensa al heredero de un pago *ultra vires* de los deudos de la herencia liquidándose el patrimonio del difunto separadamente. a) Los bienes del heredero se hallan fuera del alcance de los acreedores del difunto (art. 802). Sin embargo, excepcionalmente tienen acción sobre los bienes del heredero; 1. Si el heredero se constituye en mora en la presentación de la cuenta (art. 803-2); 2. Si de la cuenta de la liquidación resulta un saldo a cargo del heredero (art. 803-inc 3); 3. Si el heredero ha cometido una culpa en la administración de la sucesión; 4. El fisco tiene una acción directa sobre los bienes del heredero, para el pago de los derechos de traslado” (ob. cit., p. 585). De la misma forma AUBRY y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., pp. 407 y 444 y MERCADE, *Explication...*, T. III, cit., p. 182.

<sup>892</sup> De conformidad al artículo 497 del mismo Código, el heredero no puede ser obligado al pago con sus bienes, sino cuando ha sido constituido en mora de presentar la cuenta y no ha satisfecho aún esta obligación. Después de la liquidación de la cuenta, no puede ser obligado al pago con sus bienes sino hasta la concurrencia de las sumas de las cuales es deudor. Por ello señala MESSINEO que “el primer apartado del art. 497, al establecer que, de ordinario, el heredero no puede ser constreñido al pago de los acreedores y de los legatarios con los propios bienes, resuelve implícitamente la controversia de si el heredero está obligado a aquel pago sólo con los bienes hereditarios, o (aunque sea *intra vires*) también con los bienes propios; y la resuelve en el primer sentido. De manera que los acreedores y los legatarios no pueden dirigirse contra los bienes personales del heredero con beneficio de inventario más que en los casos excep-

ñala que "siendo la herencia aceptada con beneficio de inventario, sólo responden por los encargos respectivos los bienes inventariados, salvo que los acreedores o legatarios prueben la existencia de otros bienes".

En Sudamérica domina ampliamente esta solución. En Argentina, el artículo 3371 del Código Civil señala que "el heredero que acepta la herencia con beneficio de inventario, está obligado por las deudas y cargas de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia. Su patrimonio no se confunde con el del difunto, y puede reclamar como cualquier otro acreedor los créditos que tuviese contra la sucesión"<sup>893</sup>. También el artículo 1094 del Código Civil del Uruguay señala que "el heredero beneficiario no puede ser apremiado en sus bienes propios sino cuando ha dejado de presentar su cuenta, habiéndole sido exigida por dos veces judicialmente". "Presentada la cuenta, no puede ser apremiado en sus bienes propios, sino, hasta la suma concurrente del saldo a favor de la herencia". "Los acreedores y legatarios pueden pedir al juez que señale al heredero un término perentorio para la rendición de su cuenta". En el mismo sentido, señala el artículo 2469 del Código Civil paraguayo que "el beneficio de inventario separa el patrimonio del causante de los bienes del heredero. Este conservará contra la sucesión los derechos que tuvo contra aquél, y sólo responderá por las deudas y cargas con los bienes que hubiere recibido; pero deberá satisfacer a

Continuación nota <sup>892</sup>

*cionales* a que se refiere el art. 497 y que están justificados por particulares circunstancias; las cuales no dejan sin efecto la regla del deber cumplimiento *intra vires*, pero *cum viribus hereditatis* y no *secundum vires* (*pro viribus*). Por consiguiente, no solamente limitación de responsabilidad para el heredero, sino sujeción *solamente* de los bienes *hereditarios* al pago de las deudas y de los legados y *franquicia* para los bienes *personales* del heredero, no sólo en cuanto a su valor, sino, *también*, en su individualidad" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 262).

<sup>893</sup> Al respecto señalan WAGMAISTER y LEVY que "la aceptación con beneficio de inventario tiene como efecto principal la separación de patrimonios del causante y del heredero, y la limitación de la responsabilidad de esta último, limitada de los bienes que componen la masa hereditaria por las deudas de la sucesión (art. 3371)". "No obstante, el heredero beneficiario es un verdadero heredero. Así, continúa la persona del difunto, no pierde el derecho de propiedad de la herencia, conserva todos los derechos y está sometido a todas las obligaciones que le impone su calidad de heredero (art. 3365); se diferencia del heredero simple sólo en que no responde con sus propios bienes por las deudas del causante. Los bienes que sí están comprometidos —garantía de los acreedores— son aquellos que el difunto dejó al momento de fallecer. Por lo tanto, los acreedores de la sucesión no pueden ir contra ningún bien del aceptante beneficiario, aunque el causante se lo hubiera dado en vida y aquél, eventualmente debiera colacionar (art. 3372). Los frutos que producen los bienes hereditarios no existen al fallecimiento del causante; en consecuencia, podrá pensarse que no integran la citada garantía. Sin embargo, a modo de excepción, el heredero no se beneficia con ellos y sí los acreedores hereditarios, en la medida que forman parte del acervo. Se ha dicho que la equidad aconseja dejar los frutos como accesorios para garantía de los acreedores, ya que hay que considerar que los créditos contra la sucesión devengan normalmente intereses y que los frutos no son otra cosa que su compensación" (en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., pp. 152 y 153).

la masa lo que adeudare al autor. Los acreedores de la sucesión y los legatarios tendrán preferencia sobre los acreedores personales del heredero para ser pagados con esos bienes". Finalmente, el Código Civil Venezolano, en su artículo 1036, dispone que "los efectos del beneficio de inventario consisten en dar al heredero las ventajas siguientes: No estar obligado al pago de las deudas de la herencia ni al de los legados, sino hasta concurrencia del valor de los bienes que haya tomado, y poder libertarse de unas y otras abandonando los bienes hereditarios a los acreedores y a los legatarios". "No confundir sus bienes personales con los de la herencia, y conservar contra ella el derecho de obtener el pago de sus propios créditos".

648. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO. Según los artículos 1261 y 1262, la responsabilidad del heredero beneficiario se extingue por dos causas: por el hecho de abandonar los bienes a los acreedores y por el agotamiento de los bienes hereditarios para el pago de deudas.<sup>894</sup>

649. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR ABANDONO DE LOS BIENES A LOS ACREEDORES. A este efecto señala el artículo 1261 que "el heredero beneficiario podrá en todo tiempo exonerarse de sus obligaciones abandonando a los acreedores los bienes de la sucesión que deba entregar en especie, y el saldo que reste de los otros, y obteniendo de ellos o del juez la aprobación de la cuenta que de su administración deberá presentarles".

Ante el silencio de la ley se suscita la duda en cuanto a quién es el propietario de los bienes que se abandonan a favor de los acreedores. Para algunos, en la especie se estaría ante una dación en pago, con lo cual los acreedores hereditarios y testamentarios se hacen dueños de estos bienes a prorrata del monto de sus créditos. Si realizados estos bienes existe un excedente éste pertenece a los acreedores en la forma señalada y no al heredero que hizo el abandono.<sup>895</sup>

No parece que ésa sea la solución. No se divisa la razón por la cual los acreedores hereditarios y testamentarios podrían hacerse dueños del excedente que resul-

<sup>894</sup> Aun cuando no lo dice la ley, parece que nada obsta a que el beneficio de inventario, en virtud del artículo 12 del Código Civil, pueda también extinguirse por renuncia expresa o tácita (cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 72 y 73). En el mismo sentido sostiene CLARO SOLAR que, en virtud de lo señalado en el artículo 1234, que dispone que la aceptación una vez hecha con los requisitos legales no podrá rescindirse, la aceptación con beneficio de inventario es inamovible, pero nada impide que sólo se renuncie al beneficio de inventario sin dejarse sin efecto la aceptación misma (cfr. ob. cit., T. 16, N° 1816 y N° 1819, pp. 141 y 142).

<sup>895</sup> Así SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 474 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 171 a 173.

te de la subasta de los bienes del causante. Ellos solamente tienen un derecho personal para exigir el pago de lo que se les debe, pero no tienen un derecho respecto del resto<sup>896</sup>. Por otra parte, ni siquiera en el pago por cesión de bienes, regulado en los artículos 1614 y siguientes del Código Civil, los acreedores devienen en dueños de los bienes cedidos. Según lo señalado en el inciso final del artículo 1619 "la cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos". Ello resulta particularmente relevante si se tiene en cuenta que la cesión de bienes es por definición "el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas". Habiendo en ambos casos "abandono" de bienes por parte del deudor a los acreedores para el pago de lo debido debe concluirse que la consecuencia no puede ser diferente de la señalada en la ley en el artículo 1619, por lo que el heredero que hace abandono de los bienes permanece como heredero, sigue siendo su dueño y tiene el derecho a recobrar el saldo que reste luego de pagados los acreedores.<sup>897</sup>

650. AGOTAMIENTO DE LOS BIENES HEREDITARIOS PARA EL PAGO DE DEUDAS. Dispone el artículo 1262 que "consumidos los bienes de la sucesión, o la parte que de ellos hubiere cabido al heredero beneficiario, en el pago de las deudas y cargas, deberá el juez, a petición del heredero beneficiario, citar a los acreedores hereditarios y testamentarios que no hayan sido cubiertos, por medio de tres avisos en un diario de la comuna o de la capital de provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere, para que reciban de dicho heredero la cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que haya hecho; y aprobada la cuenta por ellos, o en caso de discordia por el juez, el heredero beneficiario será declarado libre de toda responsabilidad ulterior". Agrega el artículo 1263 que "el heredero beneficiario que opusiere a una demanda la excepción de estar ya consumidos en el pago de deudas y cargas los bienes hereditarios o la porción de ellos que le hubiere cabido, deberá probarlo presentando a los demandantes una cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que haya hecho".

<sup>896</sup> Así BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., p. 640; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 1803, p. 133; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 70 y 71 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 328.

<sup>897</sup> Es ésta la solución prevista en el artículo 3381 del Código Civil argentino, que dispone que "pagados los acreedores y legatarios, deben devolver los bienes restantes al heredero beneficiario".

En consecuencia, agotados los bienes hereditarios en la satisfacción de los créditos hereditarios y testamentarios, y rendida que sea la cuenta de administración por el heredero beneficiario, la responsabilidad de éste queda agotada. Esto, como se ha dicho, parece un argumento muy relevante en favor de la tesis que entiende que la aceptación beneficiaria produce la separación entre el patrimonio del causante y el del heredero.

Esto le permite al heredero la excepción perentoria señalada en el artículo 1263, siempre que otros acreedores hereditarios o testamentarios pretendan cobrar créditos que vayan más allá de este valor. Para este efecto deberá acreditar que los bienes han sido consumidos en estas operaciones presentando una cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que con este propósito haya efectuado.

CAPÍTULO 53  
PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS Y TESTAMENTARIAS

651. CONCEPTO. Deudas hereditarias son las que tenía el causante antes de su muerte y que figuran en el pasivo de su patrimonio, las cuales pasan a sus herederos por efecto de la sucesión por causa de muerte. Las deudas testamentarias, en cambio, son aquellas que son impuestas a los herederos del testamento, y las que establecen en él en forma de legados a favor de determinadas personas o para la realización de un objeto u obra especial.<sup>898</sup>

La fuente legal de esta responsabilidad *ultra vires* que tienen los herederos por las deudas hereditarias y testamentarias, está en la circunstancia que ellos son los continuadores de la personalidad del causante, por lo que están obligados a soportar estas deudas. A este respecto dispone el inciso segundo del artículo 951 que se sucede a título universal "cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos". Agrega el artículo 1097 que "los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabras que se les llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son herederos: representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles". "Los herederos son también obligados a las cargas testamentarias, esto es, a las que se constituyen por el testamento mismo, y que no se imponen a determinadas personas". Siendo los herederos asignatarios universales, representan a la persona del causante, son *successores in universum jus quod quis tempore mortu habuit*, y a ellos pasan tanto los bienes del causante como sus deudas.<sup>899</sup>

<sup>898</sup> Cfr. ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., p. 15.

<sup>899</sup> Algunos autores sostienen que la fuente legal de la obligación de pagar las deudas hereditarias y testamentarias se encuentra en el artículo 1437, cuando señala que las obligaciones nacen también de un hecho voluntario de la persona que se obliga como en la aceptación de una herencia o legado. Habiendo aceptado el heredero la herencia, debe hacerse cargo de las deudas hereditarias y testamentarias. Así, por ejemplo, BARROS ERRÁZURIZ, *ob. cit.*, p. 692 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 439. Como se dijo a propósito de la aceptación de las asignaciones, no parece en verdad ser éste un real cuasicontrato. Otros, en cambio, destacan a este respecto la noción de continuidad patrimonial, en la que la que la sucesión por causa de muerte opera una transmisión de la globalidad del patrimonio del causante a quienes sean sus



Ahora bien, los herederos serán responsables de las deudas del causante en la medida que hayan aceptado la herencia, ya que la sola delación de ella, como se dijo en su momento, no da lugar a su adquisición. Como señaló la Corte Suprema en sentencia de 13 de enero de 2010, “en tanto el heredero no haga uso del derecho de libre opción entre aceptar o repudiar las asignaciones, que le confiere explícitamente el artículo 1225 del Código pertinente, no se encuentra obligado a pagar ninguna deuda hereditaria o testamentaria, como por lo demás lo señala taxativamente el inciso 2º del artículo 1232 del mismo *corpus*, a propósito de lo que sucede en el tiempo fijado al asignatario para ejercer la aludida opción, a instancia de cualquier interesado. Resulta inconcuso que si el sucesor hereditario no es obligado a asumir obligación alguna de su causante ni aun durante el plazo que le otorga la ley para pronunciarse sobre si acepta o repudia la asignación deferida, menos podría pretenderse que esta carga pudiera gravar a la masa hereditaria, como si ésta constituyera un patrimonio de afectación, por la sola circunstancia de haberse producido la delación y consecuente comienzo de la posesión legal de la herencia por el asignatario (...) la mera ficción de posesión legal de la herencia desde su delación, no autoriza a los acreedores para dirigir sus acciones legales contra dichos sucesores del causante deudor” (...) “Los artículos 1232 y 1240, por su parte, consultan los que la sentencia aprecia como únicos mecanismos en virtud de los cuales un acreedor hereditario que no ha aceptado la herencia, podría ser compelido al pago de las deudas de su causante: la presentación de una demanda por cualquier interesado para que, dentro de los cuarenta días subsiguientes declare si acepta o repudia, sin que en ese intertanto sea obligado al pago de ninguno de estos débitos (artículo 1232) y la declaración de herencia yacente, si dentro de los quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, esto último a instancia de las personas que la ley designa, entre las cuales los interesado(s) en ello, sin limitaciones (artículo 1240)”<sup>900</sup>.

652. RELEVANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE DEUDAS HEREDITARIAS Y TESTAMENTARIAS. La distinción conceptual entre deudas hereditarias y testamentarias

Continuación nota <sup>899</sup>

herederos (cfr. BUSTAMANTE SALAZAR, L., *El patrimonio. Dogmática jurídica*, Santiago, 1979, pp. 50 a 54). Un panorama más amplio sobre las diversas teorías que explican la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante en PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *La herencia y las deudas del causante*, Granada, 2006, pp. 3 a 8.

<sup>900</sup> Causa *Banco del Estado de Chile con Opazo Nuñez*, Rol N° 2451/2008, c. 4 y 5.

no carece de relevancia práctica, ya que –al menos teóricamente– el acreedor hereditario está más favorecido que el acreedor testamentario.

Debe recordarse que son bajas generales de la herencia, según lo prevenido en el número 2 del artículo 959, las deudas hereditarias. No acontece lo mismo con las deudas testamentarias. Solamente una vez que se hayan hecho las bajas generales se obtendrá la masa hereditaria que debe ser distribuida entre los herederos o sobre las que deben aplicarse las disposiciones testamentarias. Dice el inciso segundo del artículo 959 que “el resto es el acervo líquido de que dispone el testador o la ley”.

De esta forma, acontece que las cargas y deudas testamentarias solamente podrán pagarse una vez que se hayan satisfecho, o por lo menos asegurado el pago de las deudas hereditarias. Se hace aplicación del refrán según el cual primero está la obligación y luego la devoción. De allí que el acreedor hereditario se encuentre en mejor posición que el testamentario, pues se paga primero y con cargo al acervo líquido.

Con todo, se trata de una ventaja más teórica que práctica, y que solamente se apreciará si los herederos realizan un proceso como el que legalmente corresponde. Puede ocurrir que, en los hechos, los herederos procedan a repartirse los bienes de la masa hereditaria, paguen algunos legados y no enteren ni aseguren el pago de las deudas hereditarias. También es posible que ellos permanezcan en la indivisión, sin efectuar pago alguno, lo que obligará a los acreedores hereditarios a proceder en su contra en la forma que ordena el Código Civil.

653. REGLAMENTACIÓN. La regulación del pago de las deudas hereditarias y testamentarias está abordada en el Título XI del Libro III, entre los artículos 1354 y 1377. Está ubicada esta materia después de la partición de bienes y antes del beneficio de inventario.

#### Sección 1

##### *Pago de las deudas hereditarias*

654. RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS. Los herederos son los llamados a responder por las deudas hereditarias en la medida que se trate de obligaciones transmisibles, pues de lo contrario ellas no pasan a los herederos.

Podría parecer extraño que los herederos sean llamados a responder de las deudas de la herencia en circunstancia que ellas son una baja general de la herencia (artículo 959 N° 2). Ellas se pagan con cargo a los bienes hereditarios en el proceso de determinación del acervo líquido. Siendo así no debiera haber responsabilidad de los herederos, pues las deudas hereditarias debieran quedar solucionadas con cargo al acervo líquido. Sin embargo, como se ha dicho, es posible que estas deudas no se hayan pagado. Puede que los herederos no hayan tenido noticia de ellas. Puede que los bienes de la herencia hayan sido insuficientes para

cubrir las o puede haber acontecido, simplemente, que los herederos hayan procedido a repartirse o a disponer de los bienes de la herencia sin haber pagado las deudas ni asegurado su pago. Si por cualquier razón estas deudas no se pagaren o con lo reservado para ello no alcanzaren a pagarse, surge entonces la responsabilidad de los herederos. Del mismo modo, si los herederos se limitan a permanecer en estado de indivisión, si asumir el pago de las deudas, los acreedores del causante podrán proceder en contra de ellos en la forma que en seguida se indica.

El principio que impera en la materia, según los incisos primero y segundo del artículo 1354, es que las deudas del causante se dividen entre los herederos a prorrata de lo que les corresponde en la herencia; el heredero en un tercio de la herencia responde de un tercio de la deuda. Mientras respecto del activo se forma una comunidad, el pasivo se divide de pleno derecho.

655. DIVISIÓN DE PLENO DERECHO. Existe acuerdo entre los autores en el sentido que fallecido el causante, la división de las deudas por él contraídas en vida se divide de pleno derecho entre sus herederos a prorrata de lo que a cada uno le corresponde en la herencia. Así era también en el Derecho romano<sup>901</sup>. Por el simple hecho de la muerte del deudor sus acreedores se ven enfrentados, ahora, a varios deudores que ocupan el lugar del causante<sup>902</sup>. 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.<sup>903</sup>

<sup>901</sup> Cfr. GUZMÁN, *Derecho Romano Privado*, T. II, cit., p. 541.

<sup>902</sup> Cfr. BARROS ERRÁZURIZ, ob. cit., p. 693; CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2690, pp. 278 y 279; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1376 y 1377; ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., p. 22; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 440 y 441; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 134 y 135 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 625.

<sup>903</sup> La misma regla sigue el Código Civil argentino. Dispone el artículo 3490 que "si los acreedores no hubieren sido pagados, por cualquiera causa que sea, antes de la entrega a los herederos de sus partes hereditarias, las deudas del difunto se dividen y fraccionan en tantas deudas separadas cuantos herederos dejó, en la proporción de la parte de cada uno; háyase hecho la partición por cabeza o por estirpe, y sea el heredero beneficiario o sin beneficio de inventario". Los artículos siguientes van enunciando las consecuencias que de esta regla se derivan. Así, "cada uno de los herederos puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda" (artículo 3491); "si muchos sucesores universales son condenados conjuntamente en esta calidad, cada uno de ellos será solamente considerado como condenado en proporción de su parte hereditaria" (artículo 3492); "la interpelación hecha por los acreedores de la sucesión a uno de los herederos por el pago de la deuda, no interrumpe la prescripción respecto a los otros" (artículo 3493); "la deuda que uno de los herederos tuviere a favor de la sucesión, lo mismo que los créditos que tuviere contra ella, no se extinguen por confusión, sino hasta la concurrencia de su parte hereditaria" (artículo 3494); "la insolvencia de uno o de muchos de los herederos no grava a los otros, y los solventes no pueden ser perseguidos por la insolvencia de sus coherederos" (artículo 3495); y "si uno de los herederos muere, la porción de la deuda que le era personal en la división de la herencia, se divide y se fracciona como todas las otras deudas personales entre sus herederos, en la porción que cada uno de ellos está llamado a la sucesión de este último" (artículo 3496).

Explican AUBRY y RAU que el carácter indivisible de heredero, que recae sobre la totalidad de la sucesión, impondría como lógica consecuencia que; en virtud de su aceptación, el heredero debiera hacerse responsable de la totalidad de las deudas de la herencia y no solamente de la parte que en ellas le pueda corresponder. Pero la solución contraria se ha impuesto para evitar un circuito de acciones y recursos a que daría lugar hacer a todos los herederos responsables por el total de las deudas. Ya que quien resultare obligado a pagar a los acreedores hereditarios, inevitablemente se dirigiría, posteriormente, en contra de sus coherederos, a fin de recuperar lo pagado en exceso.<sup>904</sup>

656. CONSECUENCIAS. Como resultado de la división de pleno derecho de las deudas hereditarias, se producen una serie de consecuencias:

a) La obligación entre los herederos pasa a ser simplemente conjunta. El acreedor solamente podrá demandar a cada uno de los herederos la cuota o parte que le cabe dentro de la obligación. Recíprocamente cada uno de los herederos no puede ser obligado al pago, sino de la parte o cuota dentro de la deuda (artículos 1511 y 1526.1).

Se trata de una obligación simplemente conjunta derivada, en la medida que la deuda no nació con este carácter. El causante contrajo unitariamente su obligación para con el acreedor, pero, por efecto de su muerte, ella se dividió entre los varios herederos. De modo que la conjunción deriva de un hecho posterior al nacimiento de la obligación: la muerte del *de cuius*.

b) La insolvencia de los herederos no grava a los otros. De acuerdo a lo señalado en el artículo 1355, "la insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros; excepto en los casos del artículo 1287, inciso segundo". De esta forma, y por regla general, si uno de los herederos no puede satisfacer la parte de la obligación que le corresponde, ello no redundará en el aumento de la cuota del resto, pues la cuota del insolvente no grava la del resto.

La excepción viene dada por el artículo 1287.2, que hace extensiva a los herederos las obligaciones y responsabilidades del albacea de dar aviso de la apertura de la sucesión y cuidar de que se forme la hijuela pagadora de deudas en la partición. Si así no se procediere, el albacea será responsable de todo perjuicio que se irrogue a los acreedores. Las mismas obligaciones y responsabilidades recaerán sobre los herederos presentes que tengan la libre administración de sus bienes, o sobre los respectivos tutores o curadores, y el marido de la mujer heredera, que no está separada de bienes.

<sup>904</sup> Cfr. *Cours...*, T. VI, cit., pp. 256 y 257.

A Con todo, no está muy claro el verdadero alcance de esta excepción, pues resulta dudoso el alcance de la frase "las mismas obligaciones y responsabilidad recaerán sobre los herederos". SOMARRIVA entiende que el artículo 1287.2 "extiende a los herederos la obligación de los albaceas en orden a avisar la apertura de la sucesión y cuidar de que se forme la hijuela pagadora de deudas en la partición, so pena de responder solidariamente de los perjuicios a los acreedores. La obligación en tal caso es solidaria y, en consecuencia, la insolvencia de uno de los herederos gravará también a los otros"<sup>905</sup>. Sin embargo, pareciera que lleva la razón CLARO SOLAR cuando afirma que "la omisión de estas diligencias hace responsables a los herederos presentes mayores de edad; pero en estos casos no responden en realidad de la insolvencia del heredero, sino del perjuicio que por su culpa o por su negligencia han causado al acreedor que habría sido pagado, sabiendo oportunamente la apertura de la sucesión o si se hubieren separado bienes suficientes una vez conocida la deuda, para su pago"<sup>906</sup>.

c) Se transforma la solidaridad que afectaba al causante. Si la obligación que había contraído el causante era solidaria, tal solidaridad termina por su muerte, pues ella no pasa a los herederos. "Los herederos de cada uno de los deudores solidarios son, entre todos, obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria" (artículo 1523).

d) Se produce confusión parcial de las deudas y créditos del causante y los del heredero. "Si uno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, sólo se confundirá con su porción hereditaria la cuota que en este crédito o deuda le quepa, y tendrá acción contra sus coherederos a prorrata por el resto de su crédito, y les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda" (artículo 1357). De modo que si el heredero era acreedor del causante, el crédito del heredero se extingue parcialmente hasta el monto que a él le quepa dentro de la deuda en el carácter de heredero, y el resto podrá exigirlo a los otros herederos que componen la sucesión. A la inversa, si el heredero era deudor del causante, su deuda se extingue por confusión hasta la parte en que es heredero, el resto le podrá ser cobrado por los otros herederos (artículos 1665 y 1667).

e) La interrupción de la prescripción que obra en perjuicio de uno de los herederos no perjudica a los otros. "La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno

de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516" (artículo 2519).

f) Por regla general se produce la división de la pena que se pudiera haber estipulado. "Cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación, incurre pues en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación". "Exceptúase el caso en que habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total: podrá entonces exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor". "Lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible" (artículo 1540).

g) Si uno de los coherederos paga la totalidad de la deuda hereditaria o una porción 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.<sup>907</sup>

657. CRÍTICA A LA DIVISIÓN DE PLENO DERECHO DE LAS DEUDAS. Naturalmente que la división de la deuda entre los varios herederos del causante no es algo que convenga al acreedor. Ello le impone la divisibilidad del pago, solución contraria a la que el propio Código establece en el artículo 1591, en virtud del cual el acreedor no es obligado a recibir el pago por partes.

Como la deuda se encuentra dividida, el acreedor se verá en la obligación de iniciar múltiples gestiones de cobranza en contra de cada uno de los herederos, posiblemente por cantidades pequeñas, con el consiguiente aumento de los gastos y pérdidas de tiempo. A ello debe agregarse que la insolvencia de uno o más de los herederos, según lo ya dicho, no grava la cuota del resto, con lo que el acreedor podría ver aumentado su perjuicio.<sup>908</sup>

658. MEDIOS PARA EVITAR EL PERJUICIO DE LOS ACREEDORES. No obstante el perjuicio que sufren o pueden padecer los acreedores con la división de las deu-

<sup>905</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 626. En igual sentido, ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAS DE VALDÉS, ob. cit., p. 800.

<sup>906</sup> Ob. cit., T. 17, N.º 2706, pp. 293 y 294. En igual sentido ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., p. 29.

<sup>907</sup> Cfr. AUBRY y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., p. 680.

<sup>908</sup> Escribe PÉREZ LASALA que "la división *ipso iure* de las deudas es un principio originado en el derecho romano, difícilmente sostenible en el derecho moderno. El supuesto de insolvencia de uno de los herederos va en contra del viejo adagio de que primero está pagar y luego heredar" (*Curso...*, cit., p. 315).

das, hay una serie de mecanismos que podrían, en mucho, morigerar estas consecuencias.

a) Desde luego, es perfectamente posible que al momento de contratar, los acreedores pacten con el deudor, indivisibilidad de pago. Esta será la forma más directa de evitar el perjuicio originado con el fraccionamiento de la deuda. De acuerdo a lo señalado en el inciso segundo del número 4 del artículo 1526 "si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no pudiese hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento". La indivisibilidad, a diferencia de la solidaridad, pasa a los herederos del causante, de modo que la muerte del causante no provocará en este caso un perjuicio al acreedor, sino que le acarreará un beneficio, toda vez que tendrá a su disposición varios patrimonios que podrán servir la deuda.

b) Los acreedores del causante pueden hacer uso del beneficio de separación de patrimonios. Podrán exigir de esta forma que los bienes dejados por el causante no se confundan con los bienes de los herederos, y podrán pagarse sus acreencias con los bienes que componen la masa hereditaria con preferencia a los acreedores de los herederos (artículos 1379 y ss.).

c) También los acreedores podrán hacer uso del derecho de guarda y aposición de sellos, respecto de los muebles y papeles de la sucesión, hasta que se proceda a un inventario solemne de ellos (artículos 1222 y ss.).

d) La formación de la hijuela o lote pagador de deudas es también una buena garantía para los acreedores en lo que hace al pago de sus acreencias. El Código Civil es reiterativo en la obligación que asiste a los herederos para que en el proceso de partición formen esta hijuela, imponiendo sanciones si así no se hiciera. Dice el artículo 1285 que "sea que el testador haya encomendado o no a el albacea el pago de sus deudas, será éste obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas". Esta obligación, según ya se ha dicho, se extiende a los herederos por disposición del artículo 1287.2. Si el albacea o los herederos no lo hicieren serán responsables de los perjuicios que con ello se ocasionen a los acreedores (artículo 1287.1 y 2). De la misma forma el artículo 1336 dispone que "el partidor, aun en el caso del artículo 1318, y aunque no sea requerido a ello por el albacea o los herederos, estará obligado a formar el lote e hijuela que se expresa en el artículo 1286, y la omisión de este deber le hará responsable de todo perjuicio respecto de los acreedores".

e) Finalmente hay quienes creen entre nosotros —siguiendo soluciones del Derecho comparado— que los acreedores, antes de que proceda la partición de la herencia, tendrían el derecho de demandar en conjunto a todos los herederos

respecto de toda la masa hereditaria para pagarse completamente sus créditos sin que se vean perjudicados por la división.

Afirma ESCOBAR RIFFO que "los acreedores conocidos o que antes de ultimarse la partición hagan valer sus créditos, tienen derecho para que se responda con todos los bienes del difunto al pago de lo que se les debe. Este es el motivo porque la ley ha dispuesto, en forma imperativa, que, antes de procederse a efectuar las disposiciones del difunto o la ley, se deduzca del acervo líquido el valor de las deudas hereditarias, para determinar dicho acervo. Además, como la indivisibilidad de la masa hereditaria no cesa efectivamente, sino con la partición que de ella se hace entre todos los herederos, resulta que, a pesar de la división legal de la responsabilidad de los herederos respecto al pago de las deudas de la sucesión, la integridad de cada una de estas deudas continua garantida por la totalidad de los bienes hereditarios, los cuales pueden ser perseguidos por los acreedores. De este modo se puede decir que el derecho de prenda general que los acreedores hereditarios tenían sobre el patrimonio del difunto, continúa hasta que la partición se efectúe".<sup>909</sup>

Sin embargo, no parece que esta solución guarde armonía con el ampliamente aceptado principio de la división de las deudas hereditarias de pleno derecho entre los herederos. Si éste es el principio no se comprende cómo podrían los acreedores dirigirse contra el conjunto de los herederos por el total de sus créditos, pues ello sería tanto como sostener que las deudas no se han dividido entre ellos, ya que hasta antes de la partición, ellas conservarían su unidad. Por otra parte, parece que la

<sup>909</sup> *Del pago...*, cit., p. 39. Esta solución es adoptada por el artículo 871 del Código Civil peruano, que dispone que "mientras la herencia permanece indivisa, la obligación de pagar las deudas del causante gravita sobre la masa hereditaria; pero hecha la partición, cada uno de los herederos responde de esas deudas en proporción a su cuota hereditaria". Incluso más, según lo prevenido en el artículo 875 "el acreedor de la herencia puede oponerse a la partición y al pago o entrega de los legados, mientras no se le satisfaga su deuda o se le asegure el pago". "La oposición se ejerce a través de demanda, o como tercero con interés en el proceso existente, de ser el caso. Las facultades procesales dependen de la naturaleza de su derecho". "También puede demandar la tutela preventiva de su derecho todavía no exigible. Esta pretensión se tramita como proceso abreviado". A este respecto agrega el artículo 876 que "si no obstante la oposición prevista en el artículo 875 se procede a la partición, sin pagar la deuda ni asegurar su pago, la partición se reputará no hecha en cuanto se refiere a los derechos del oponente".

Sin embargo, no existe solidaridad entre los herederos a pesar de que la masa permanece indivisa. Señala FERRERO que "lo que la disposición persigue es aclarar que el hecho de la partición y, por tanto, la consecuente adjudicación de los bienes a los herederos no exime a éstos del pago de las deudas del causante. Quiere decir que la deuda persigue los bienes; primero, en propiedad del causante, después, en condominio de los herederos, y más tarde, en propiedad individual de cualquiera de ellos cuanto se efectúa la partición. Lo más importante de la nueva disposición es que declara la mancomunidad de los herederos, principio que fluye sin expresarse en el ordenamiento derogado. No hay pues, solidaridad entre los herederos. Por tanto, es aplicable el artículo 1172 que expresa que cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde; en tanto que cada uno de los deudores se encuentra obligado a pagar únicamente su parte de la deuda" (*Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 909).

solución que se propone importaría atribuirle a la masa hereditaria una especie de personalidad, única manera de justificar que toda ella siga afectada al servicio de las deudas hereditarias, y, como es sabido, tal personalidad no existe entre nosotros.

Acaso por lo anterior, es que se haya fallado que "divididas legalmente las deudas hereditarias entre los herederos a prorrata de sus cuotas, resulta que en el momento mismo de la delación de la herencia, la deuda del difunto se divide automáticamente en tantas deudas parciales e independientes como lo son los herederos. Por consiguiente, el título de la deuda común, si bien puede servir para exigir a cada uno de éstos la parte cierta y determinada que en ella le corresponde, no puede ser invocado eficazmente para exigir el pago total de la deuda de todos los herederos demandados conjuntamente, sin determinar la cantidad por la cual cada uno es perseguido".<sup>910</sup>

659. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE DIVISIÓN PROPORCIONAL DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS. Dentro del Código Civil existen una serie de excepciones a la regla establecida en el artículo 1354, según la cual las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de lo que llevan en la herencia. Sin embargo, tales excepciones no tienen mucha sistemática en su tratamiento.

Básicamente las excepciones están previstas en el propio artículo 1354, y que son: a) El caso del beneficio de inventario (inciso segundo); b) el caso en que la obligación fuese indivisible (inciso tercero, cuando se remite al artículo 1526), y c) el caso del heredero usufructuario o fiduciario (inciso tercero, cuando se remite al artículo 1356).

Como es natural, la remisión al artículo 1526 hace que, en verdad, la excepción al artículo 1354 incluya los seis casos de indivisibilidad que en dicha norma se contemplan. Por otro lado, algunos de los casos de indivisibilidad de pago, concretamente los previstos en el número cuatro del artículo 1526, son harto coincidentes con las excepciones a la regla del artículo 1354 previstas en los artículos 1358 y 1359.

660. ACEPTACIÓN BENEFICIARIA. La primera excepción a la regla de la división de las deudas hereditarias a prorrata de lo que le cabe a cada heredero, está establecida en el propio artículo 1354, y es la relativa a la aceptación de la herencia con beneficio de inventario. Dice el inciso tercero de la norma que "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".

En este especial caso lo que acontece es que se producen los efectos propios de la aceptación beneficiaria: el heredero limita su responsabilidad por las deudas de la herencia hasta el monto del valor total de los bienes que ha heredado. Desde este punto de vista, el beneficio representa una excepción a la responsabilidad *ultra vires* de los herederos, en virtud de la cual ellos responden ilimitadamente de las deudas de la herencia.

No parece, en cambio, que se trate de una real excepción a la regla que impone la división de las deudas hereditarias entre los herederos en proporción a lo que llevan en la herencia, pues el beneficio de inventario no impone una solución diversa a ésta. Lo único que sucede es que el heredero limita el monto de su responsabilidad a lo que le corresponda en la herencia, pero el monto de su responsabilidad se determina de conformidad a la regla general; esto es, dependiendo del porcentaje que en la herencia le corresponda.<sup>911</sup>

661. OBLIGACIONES INDIVISIBLES. La segunda excepción a la división proporcional de las deudas entre los herederos, también está prevista en el artículo 1354, concretamente en su inciso cuarto, según el cual, todo lo antes dicho es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1526. Esta norma, como se sabe, se refiere a las denominadas excepciones a la divisibilidad; esto es, los casos en los que la obligación del deudor es indivisible.

De conformidad a lo prevenido en el artículo 1528, "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 puede exigir su ejecución total". Esta es, precisamente, la gran diferencia entre la solidaridad y la indivisibilidad: mientras la primera no se transmite a los herederos del deudor, la segunda, sí.

De modo que si, como se verá, se trata del ejercicio de una acción hipotecaria o prendaria, o de una deuda de especie o cuerpo cierto, o si se debe una cosa cuya división cause perjuicio, la acción se deducirá en contra del heredero que tenga la cosa en su poder, y no habrá división de la deuda, sin perjuicio del derecho de este heredero para que el resto le indemnice por lo que ellos debían (artículo 1530).

662. EJERCICIO DE ACCIONES HIPOTECARIAS O PRENDARIAS. Según lo prevenido en el número 1 del artículo 1526, "la acción hipotecaria o prendaria se dirige

<sup>911</sup> Es por eso que señalan AUBRY y RAU que "el principio de que cada heredero no puede ser perseguido por los acreedores de la sucesión sino en proporción a su parte hereditaria, se aplica a los herederos que han aceptado la sucesión bajo beneficio de inventario, como a los que la han aceptado pura y simplemente" (*Cours...*, T. VI, cit., pp. 673 y 674).

<sup>910</sup> GT, 1925, segundo semestre, s. 123, p. 589.

contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada". "El codeudor que ha pagado su parte de la deuda, no puede recobrar la prenda u obtener la cancelación de la hipoteca, ni aun en parte, mientras no se extinga el total de la deuda; y el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede remitir la prenda o cancelar la hipoteca, ni aun en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus coacreedores".

En parecido sentido señala el artículo 1365 que "si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción solidaria contra cada uno de dichos inmuebles, sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos por la cuota que a ellos toque de la deuda". "Aun cuando el acreedor haya subrogado al dueño del inmueble en sus acciones contra sus coherederos, no será cada uno de éstos responsable, sino de la parte que le quepa en la deuda". "Pero la porción del insolvente se repartirá entre todos los herederos a prorrata".

En este caso debe entenderse que la deuda contraída por el deudor, ahora difunto, era divisible, por ejemplo, porque era de pagar una determinada suma de dinero. De modo que a su muerte, ella se divide entre sus herederos en proporción a la parte o cuota que a cada uno de ellos le corresponde dentro de la deuda. El problema está en que la deuda fue caucionada con una prenda o una hipoteca, cuya naturaleza es indivisible, lo que implica que la cosa que ha sido dada en prenda o hipotecada en garantía de la obligación, es obligada al pago de toda la deuda. De allí que el artículo 2405 señale que "la prenda es indivisible. En consecuencia, el heredero que ha pagado su cuota de la deuda, no podrá pedir la restitución de una parte de la prenda, mientras exista una parte cualquiera de la deuda; y recíprocamente, el heredero que ha recibido su cuota del crédito, no puede remitir la prenda, ni aun en parte, mientras sus coherederos no hayan sido pagados". De la misma forma el artículo 2409 sostiene que "la hipoteca es indivisible". "En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella".

En estas hipótesis el acreedor dispone de dos acciones, una personal, emanada de la obligación, y la otra acción real, que surge de la prenda o la hipoteca. Si el acreedor ejerce la primera, está obligado a cobrar a cada heredero la parte o cuota que a él le corresponde dentro de la obligación; empero, si entabla la segunda, se dirigirá en contra del heredero a quien haya sido adjudicada la cosa dada en prenda o hipoteca<sup>912</sup>. Y si al momento de entablarse la acción hipotecaria el inmueble

<sup>912</sup> Como explica SOMARRIVA, "si en la sucesión del deudor uno de los herederos se adjudica el inmueble gravado, contra él se dirige la acción, y si el bien se divide en lotes, distribuyéndose entre los herederos,

se encuentra inscrito a nombre de varios herederos, ella resulta bien interpuesta si se deduce en contra de todos ellos, sin que puedan excepcionarse con que la deuda no les empece.<sup>913</sup>

Si el heredero que tenía en su poder la cosa hipotecada o dada en prenda solamente paga su cuota, no puede obtener el alzamiento del gravamen que pesa sobre la cosa, sencillamente porque la prenda y la hipoteca son indivisibles. Solamente un vez que este heredero pague la totalidad de la deuda podrá lograr la cancelación de la prenda o de la hipoteca; de lo contrario sigue obligado al total.

Esto pone en evidencia que, al menos frente al acreedor hereditario, la deuda no se divide, pues está visto que puede exigir que un solo heredero, el adjudicatario, le abone el todo de su crédito.

Con todo, una vez que el deudor prendario o hipotecario ha pagado la totalidad de la deuda que era del causante, tiene derecho a repetir en contra del resto de los herederos por todo aquello que ha pagado de más en función de lo que teóricamente le correspondía, pues, en lo que hace a la relación entre los coherederos, sigue vigente el principio según el cual cada heredero no soporta en la deuda más que la parte o cuota que le cabe dentro de la herencia.<sup>914</sup>

La regla anterior está contenida en los incisos dos y tres del citado artículo 1365, cuando disponen que si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción solidaria contra cada uno de dichos inmuebles, "sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos por la cuota que a ellos toque de la deuda"; y aun cuando el acreedor haya subrogado al dueño del inmueble en sus acciones contra sus coherederos, "no será cada uno de éstos responsable sino de la parte que le quepa en la deuda".

Naturalmente que cuando la norma dice que el acreedor tiene una acción "solidaria" en contra de todos los inmuebles existe una impropiedad. Lo que se quiere decir es que procede una acción hipotecaria indivisible.

Continuación nota <sup>912</sup>

el acreedor puede ejercitar su acción por el total en cada uno de los lotes". Asimismo, si se trata de una prenda, en virtud de la indivisibilidad, si la cosa empeñada se adjudica a uno de los herederos del deudor, ejercitando la acción prendaria el acreedor podrá perseguir el total de la deuda, y el heredero no será admitido a alegar que de ésta a él sólo le corresponde una parte a prorrata de su cuota hereditaria" (SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Tratado de las cauciones*, Santiago, 1981, pp. 213 y 327).

<sup>913</sup> Corte Suprema, 22 de enero de 2009, causa *Banco de Chile con Tagle*, Rol N° 5456/2007.

<sup>914</sup> A este respecto señala ESCOBAR RUFFO que "es de ordinario ocurrencia que el acreedor entable la acción real. Por otra parte, será difícil encontrar un caso en que el heredero, que ha sido obligado a pagar la totalidad de la deuda, dirija su acción de reembolso en contra de sus coherederos, por cuanto, al adjudicársele el inmueble en la partición ya ha tenido conocimiento de dicho gravamen y en consecuencia, habrá exigido en compensación otros bienes equivalentes al valor de la deuda" (*Del pago...*, cit., p. 68).

Así las cosas, y como se ha explicado, el acreedor puede dirigirse en contra de cualquiera de los herederos a quien se le haya adjudicado el inmueble hipotecado, quien deberá pagar no sólo su cuota, sino que la totalidad de la deuda, "sin perjuicio del recurso del heredero a quien pertenezca el inmueble contra sus coherederos por la cuota que a ellos les toque en la deuda". De modo que el heredero obligado al pago total se subroga en los derechos del acreedor hipotecario para cobrarle a cada uno de los otros herederos lo que a cada uno de ellos le correspondía en la obligación. Sin embargo, aun cuando esto acontezca "no será cada uno de éstos responsable sino de la parte que le quepa en la deuda". De tal suerte que la subrogación no es completa. El heredero que ha pagado el total, no se subroga por el todo, sino que deberá hacerse la deducción de la parte o cuota que al él le cabía en la deuda.<sup>915</sup>

663. DEUDA DE ESPECIE O CUERPO CIERTO. Otro de los casos de indivisibilidad previsto en la ley es de la obligación de dar una especie o cuerpo cierto. De acuerdo al número 2 del artículo 1526, "si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, aquel de los codeudores que lo posee es obligado a entregarlo".

En esta hipótesis, lo que ha sucedido es que el deudor contraído en vida la obligación de dar una especie o cuerpo cierto, y antes de proceder al cumplimiento de ella, falleció. Es el caso del que vende o aporta en sociedad un inmueble determinado, y antes de procederse a la enajenación, sobreviene su muerte<sup>916</sup>. En tales casos, la obligación de dar pasa a todos sus herederos, pero si la cosa ha sido adjudicada a uno de ellos en particular, él es el único obligado a darla.<sup>917</sup>

<sup>915</sup> Explica SOMARRIVA que "la situación analizada es en todo similar al caso que contempla el artículo 1522, o sea, de la extinción solidaria por alguno de los codeudores solidarios. En tal evento, la obligación entre los codeudores solidarios pasa a ser conjunta, y aquel de éstos que pagó la deuda se subroga en los derechos del acreedor, pero sólo puede cobrar a cada uno de los restantes codeudores su parte o cuota en la deuda, y la insolvencia de uno de los codeudores solidarios grava a los otros" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 632).

<sup>916</sup> Algunos sostienen que la regla es también aplicable al caso en que el causante no solamente había contraído una obligación de dar, sino que de entregar o restituir, tal como acontecería si el causante había recibido una cosa en depósito o comodato, y antes de restituirla al dueño fallece (cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1392 y ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., pp. 77 y 78). Sin perjuicio de que ello pueda ser así, en estos casos no resulta muy claro cómo la cosa podría ser adjudicada a uno de los herederos, pues ella no pertenecía al causante. Habría simplemente que entender que el acreedor de la cosa puede dirigir la acción restitutoria contra el heredero que tenga en la cosa en su poder en calidad de mero tenedor.

<sup>917</sup> Explica CLARO SOLAR que "la deuda de cuerpo cierto no se divide, ni aun intelectualmente, entre los varios herederos del deudor; y sólo puede ser perseguida por el acreedor dirigiendo su acción contra todos los herederos del deudor conjuntamente durante la indivisión de la herencia; pero si en la partición ese cuerpo cierto es adjudicado a uno de los herederos el acreedor a quien se debe o el propietario que lo reivindica dirige su acción exclusivamente contra el poseedor actual que es el que puede solucionar la obligación entregando el cuerpo cierto al acreedor" (ob. cit., T. 17, N° 2694, p. 284).

Nuevamente la obligación es indivisible frente al acreedor de ella. No es susceptible de ser cumplida en forma fraccionada. Sin perjuicio de ello, el heredero obligado al pago, podrá exigir que el resto de los coherederos le reintegren todo lo que él ha pagado en exceso.

664. INDIVISIBILIDAD DE INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO. La tercera excepción a la divisibilidad de las obligaciones está prevista en el número 3 del artículo 1526. De acuerdo a esta norma "aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor".

La situación es ésta: El deudor fallece dejando una deuda que es divisible, sin embargo ella no se cumple en la forma estipulada por acción culpable de uno de los herederos. La acción de indemnización de perjuicios solamente puede dirigirla el acreedor en contra del heredero por cuyo hecho o culpa la obligación dejó de cumplirse, y no contra el resto. Esto es lo que quiere decir el Código cuando indica que ese deudor es "exclusiva y solidariamente responsable".

Tal sería el caso, por ejemplo, del heredero que por cuya culpa o dolo se destruye la cosa que debía ser entregada al acreedor. "Aquel de los codeudores que por hecho o culpa suyos ha faltado a esta obligación de cuidar de la cosa debida dejándola perecer o que ha hecho imposible su prestación debe ser exclusivamente responsable".<sup>918</sup>

Se trata de una excepción a la regla general del artículo 1354, en la medida que en este caso la acción indemnizatoria no es divisible; solamente puede enderezarse contra el heredero culpable, no contra los otros.

665. DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA O CONVENCION DE LOS HEREDEROS QUE ESTABLECE UNA DISTRIBUCION DISTINTA DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS. También hacen excepción a la divisibilidad de las deudas entre los herederos en proporción a la parte o cuota que les cabe en la herencia, las reglas del número 4 del artículo 1526 y de los artículos 1358 y 1359.

De acuerdo con el número 4 del artículo 1526, "cuando por testamento o por convención entre los herederos, o por la partición de la herencia, se ha impuesto a uno de los herederos la obligación de pagar el total de una deuda, el acreedor podrá dirigirse o contra este heredero por el total de la deuda, o contra cada uno de los herederos por la parte que le corresponda a prorrata". "Si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no pudiese hacerse por partes, ni aun por

<sup>918</sup> *Ibidem*.

los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento". "Pero los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas".

En armonía con lo anterior dice el artículo 1358 que "si el testador dividiere entre los herederos las deudas hereditarias de diferente modo que el que en los artículos precedentes se prescribe, los acreedores hereditarios podrán ejercer sus acciones o en conformidad con dichos artículos o en conformidad con las disposiciones del testador, según mejor les pareciere. Mas, en el primer caso, los herederos que sufrieren mayor gravamen que el que por el testador se les ha impuesto, tendrán derecho a ser indemnizados por sus coherederos". Finalmente, de acuerdo al artículo 1359, la regla del artículo 1358 "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 los referidos artículos".

De suerte que la situación es harto clara. El testador puede disponer, o los herederos acordar, una división de las deudas hereditarias diferente de la señalada en el artículo 1354. El causante pudo haber impuesto la obligación de pagar una deuda por él contraída a uno o varios herederos en particular. De la misma forma, a pesar de lo dicho en el artículo 1354, los herederos, en la partición o en un convenio particular, podrán imponer el pago de la deuda a uno de los herederos, con exclusión de los otros.

En las situaciones antes señaladas, la división que ha hecho el causante o que han convenido los herederos es inoponible a los acreedores hereditarios; no los afecta, por cuanto no han sido parte ni del testamento ni de la partición ni del convenio.<sup>919</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, la ley les reconoce a los acreedores hereditarios un derecho de opción. Ellos pueden escoger entre aceptar lo dispuesto en el testamento o lo acordado en el convenio o en la partición, y dirigirse en contra del o los herederos a quienes se les impuso la obligación de pagar las deudas y en la proporción que en el testamento, partición o acuerdo se señale; o bien, prescindir

<sup>919</sup> En semejante sentido dispone el artículo 3497 del Código argentino que "si uno de los herederos ha sido cargado con el deber de pagar la deuda por el título constitutivo de ella, o por un título posterior, el acreedor autorizado a exigirle el pago, conserva su acción contra los otros herederos para ser pagado según sus porciones hereditarias". Al respecto dice ZANNONI que "la adjudicación de la deuda, en la partición, por la cual uno de los herederos toma a su exclusivo cargo el pago de la totalidad, no desobliga a los demás coherederos por su parte. Se trata, simplemente, de la inoponibilidad de esta adjudicación. El acreedor puede por supuesto demandar al heredero que ha tomado a su cargo el pago total de la deuda (conf. art. 676), pero, en caso de insolvencia—estando personalmente obligado con sus bienes—nada obstará a que dirija su acción contra los demás coherederos por su parte" (*Manual...*, cit., p. 300).

del testamento o del acuerdo de los herederos, y dirigirse derechamente en contra de los herederos por la cuota o parte que les cabe en la deuda según la regla del artículo 1354.

Si el acreedor opta por ampararse en la regla general del artículo 1354, él o los herederos que se ven en la obligación de pagar más de lo que por el testamento, por el convenio o por la partición se les impuso, pueden exigir de los otros la correspondiente indemnización. Se aplican nuevamente los principios de obligación y contribución a la deuda. Ante el acreedor el testamento, el convenio o la partición, no son oponibles, y desde ese punto de vista los herederos están obligados ante él en la forma que prescribe el artículo 1354. Sin embargo, desde el punto de vista de la contribución a la deuda, cada heredero no debe soportar más que lo que le impuso el testamento, el convenio o la partición.

666. ESTIPULACIÓN DE INDIVISIBILIDAD POR EL DIFUNTO. Como antes se ha dicho, de acuerdo al inciso 2 del número 4 del artículo 1526 "si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no pudiese hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento".

Bien puede ocurrir que el causante haya acordado con su acreedor que la obligación tenga el carácter de indivisible, aunque naturalmente sea una obligación divisible. Así, por ejemplo, la obligación de pagar una suma de dinero es divisible, pero las partes pueden atribuirle el carácter de indivisible para todos los efectos legales. Esto puede hacerse cuando los deudores de la obligación sean varios o bien cuando el deudor sea uno solo. En este último caso el pacto tiene por finalidad transmitir la indivisibilidad a los herederos del deudor, de suerte que si fallece, el acreedor pueda cobrar el total a cualquiera de sus herederos.<sup>920</sup>

Si habiéndose pactado indivisibilidad en los términos señalados, el deudor muere, el heredero demandado por el acreedor está facultado para pedir un plazo con el propósito de entenderse con los demás herederos a los efectos de pagar. Si el acuerdo no se logra y el heredero demandado resulta obligado a pagar el total, podrá repetir en contra del resto de los herederos por el exceso que él ha pagado:

667. COSA DEBIDA CUYA DIVISIÓN CAUSE PERJUICIO AL ACREEDOR. Un quinto caso de excepción a la división de las deudas hereditarias señalada en el artículo 1354, es el previsto en el inciso primero del número 5 del artículo 1526. Según

<sup>920</sup> Cfr. ABELIUK, *Las obligaciones*, T. I, cit., p. 362.



esta última norma "si se debe un terreno, o cualquiera otra cosa indeterminada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores podrá ser obligado a entenderse con los otros para el pago de la cosa entera, o a pagarla él mismo, salva su acción para ser indemnizado por los otros".

Para que aplique este precepto debe tratarse de un terreno indeterminado, y no de una especie o cuerpo cierto, pues, en tal caso, queda cubierto por el número 2 del artículo 1526. Por lo demás así lo deja claro la norma cuando dice "un terreno o cualquiera otra cosa indeterminada".

No es muy común que existan deudas de terrenos que no sean especies o cuerpos ciertos. Podría ser el caso en que una persona se obliga a entregar algunas hectáreas de un terreno que le pertenece, para que quien lo adquiere construya en ese lugar una empresa. Si muere el vendedor de las hectáreas, y ellas son repartidas entre sus herederos, no podrían entregar ellos por separado hectáreas que no estuvieran en el mismo lugar, pues esto impediría al acreedor construir su fábrica.<sup>921</sup>

Siendo así los herederos no pueden cumplir en la forma señalada en el artículo 1354, y son obligados a ponerse de acuerdo en la manera de hacerlo. Si ello no ocurriera cada heredero podrá ser obligado a pagar toda la deuda, sin perjuicio de su acción en contra de los otros si es que ha pagado más de lo que le correspondía según las reglas generales.

668. OBLIGACIONES ALTERNATIVAS. También excepciona la regla general del artículo 1354 sobre división de las deudas hereditarias, el número 6 del artículo 1526, según el cual "cuando la obligación es alternativa, si la elección es de los acreedores, deben hacerla todos de consuno; y si de los deudores, deben hacerla de consuno todos éstos".

"Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas, exonera de la ejecución de las otras" (artículo 1499). En este tipo de obligaciones con pluralidad de objeto, el deudor queda liberado cumpliendo completamente con cualquiera de los objetos posibles, pero no puede obligar al acreedor que acepte parte de una cosa y parte de otra (artículo 1500). La elección de la cosa con la que se paga es en principio del deudor, a menos que se haya estipulado lo contrario (artículo 1500.2).

Se excepciona el artículo 1354 siempre que no es posible que uno de los herederos pretenda pagar con una cosa y otros con otra, o con partes de una y partes de otra. Los herederos son obligados a entregar la misma cosa; cualquiera de las posibles, pero una sola y completa.

<sup>921</sup> *Ibidem*, p. 363.

669. HEREDERO USUFRUCTUARIO. Una séptima excepción a la regla sobre división de las deudas hereditarias, es la contemplada para el heredero usufructuario, al remitirse el propio inciso final del artículo 1354, al artículo 1356.

De acuerdo al artículo 1356, los herederos usufructuarios dividen las deudas con los herederos propietarios, según lo prevenido en los artículos 1368; y los acreedores hereditarios tienen el derecho de dirigir contra ellos sus acciones en conformidad al referido artículo.

El artículo 1368 sienta una regla básica en lo que hace a la forma en que deben pagarse las deudas hereditarias cuando el testador ha dejado el usufructo de sus bienes a un heredero y la nuda propiedad a otro.

En este caso "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 cupieren a la cosa fructuaria; y las obligaciones que unidamente les quepan se dividirán entre ellos conforme a las reglas" que en el mismo artículo 1368 se establecen. Luego, lo más relevante a los efectos del pago de las deudas hereditarias, es que usufructuario y nudo propietario son tenidos como una sola persona. Establecido esto, se podrá determinar cuánto es lo que a esa persona, así configurada, es lo que le corresponde en la deuda hereditaria.<sup>922</sup>

De acuerdo a la primera regla, será del cargo del nudo 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. Luego, frente al acreedor el responsable del pago es el nudo propietario, en contra de él debe enderezar su acción de cobro<sup>923</sup>. Si éste paga tiene derecho a la restitución de los intereses de la suma pagada en la forma indicada, pues estos intereses representan una carga fructuaria.<sup>924</sup>

<sup>922</sup> Da lo mismo si el usufructo fue constituido por el testador o si fue establecido durante la partición, puesto que el artículo 1371 señala a este respecto que "el usufructo constituido en la partición de una herencia está sujeto a las reglas del artículo 1368, si los interesados no hubieren acordado otra cosa". La posibilidad de que un usufructo se constituya durante la partición está expresamente prevista en el número 6 del artículo 1337, según el cual "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".

<sup>923</sup> A pesar de ello, se ha resuelto que siendo considerados usufructuario y nudo propietario como una sola persona la acción de cobro debe ser entablada en contra de ambos (cfr. GT, 1936, primer semestre, s. 95, p. 400).

<sup>924</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 629.

Si el nudo propietario, estando obligado al pago en la forma antes señalada, se negare a efectuarlo, puede ser realizado por el usufructuario teniendo derecho al reembolso en la forma establecida en la regla segunda del artículo 1368. De acuerdo a ella, 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. La pérdida de los intereses se justifica en la medida que, a diferencia del caso anterior, éstos son de cargo de él.

De acuerdo a la última regla del artículo 1368, si se vende la cosa fructuaria para cubrir una hipoteca o prenda constituida en ella por el difunto, se aplicará al usufructuario la disposición del artículo 1366. De acuerdo a esta última 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 gravarle, es subrogado por la ley en la acción del acreedor contra los herederos. Si la hipoteca o prenda ha sido accesoria a la obligación de otra persona que el testador mismo, el legatario no tendrá acción contra los herederos.

Lo anterior —que se aplica únicamente cuando el usufructuario es un legatario—<sup>925</sup> fue examinado con ocasión del legado de cosa hipotecada o dada en prenda (artículo 1125), por lo que no cabe más que remitirse a todo lo dicho en ese lugar.

670. HEREDERO FIDUCIARIO. Una última excepción a la división de las deudas hereditarias a prorrata de lo que les quepa en la herencia, es la relativa al heredero fiduciario. El heredero fiduciario es aquel que tiene la asignación sujeta a una condición, que de cumplirse, determina que ella pase a otra persona, el fideicomisario.

Para este caso, el inciso tercero del artículo 1354 se remite al artículo 1356. De acuerdo a este último, y en lo que se refiere específicamente a esta situación, los herederos fiduciarios dividen las deudas con los herederos propietarios, según lo prevenido en el artículo 1372; y los acreedores hereditarios tienen el derecho de dirigir contra ellos sus acciones en conformidad al referido artículo.

El artículo 1372 sienta, para estas hipótesis, una regla muy semejante a la que el artículo 1368 establece para los usufructuarios y nudos propietarios. En lo que hace a la distribución de las deudas y cargas hereditarias y testamentarias, el propietario fiduciario y el fideicomisario se considerarán en todo caso como una sola persona respecto de los demás asignatarios, y la división de las deudas y cargas se hará entre los dos del modo siguiente: 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.

De lo anterior quedan claras varias cosas. Primero: A los efectos del pago de las deudas hereditarias, el fiduciario y el fideicomisario son tenidos como una sola persona, de modo que la participación que a ellos les cabe en la deuda queda establecida de esta forma. Segundo: La obligación de pago recae, frente al acreedor, en el fiduciario. Tercero: Una vez que el fiduciario ha pagado la deuda, tiene derecho de reembolso en contra del fideicomisario, sin intereses, siempre que se cumpla la condición y la cosa pase a este último. Cuarto: Si se tratare de cargas periódicas, no existe derecho de reembolso en contra del fideicomisario, aunque opere la restitución.

671. MOMENTO Y FORMA EN QUE SE PAGAN LOS ACREEDORES HEREDITARIOS. En nuestro Código Civil no existe un procedimiento especialmente concebido para el pago de las deudas hereditarias, en el cual esté claramente establecida la forma en que concurren los acreedores del causante y la forma en que se van pagando las deudas. De hecho, si no se adoptan especiales medidas, nada impide que el heredero pueda vender los bienes hereditarios hasta quedar en la insolvencia; o que incluso los acreedores del heredero actúen antes que los que lo eran del causante y consuman los bienes que recibió el heredero por causa de muerte; o que algunos acreedores más diligentes se paguen antes que otros.

A este respecto señala el artículo 1374 que “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”. “Pero cuando la herencia no apareciere excesivamente gravada, podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios que ofrezcan caución de cubrir lo que les quepa en la contribución a las deudas”. “Ni será exigible esta caución cuando la herencia está manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios”.

El artículo confirma lo ya dicho en el sentido de que los acreedores hereditarios se pagan, por regla general, a medida que se presenten. De modo que si los acreedores que no gozan de preferencia de pago se presentan antes que los que sí la tienen se pagarán antes, pudiendo, incluso agotar el caudal hereditario.

Naturalmente que “al hablar la ley de que los acreedores hereditarios deben ser pagados a medida que se presenten se refiere, pues, a aquellos cuyos créditos son ciertos, líquidos y exigibles, sin necesidad de resolución judicial previa alguna; y sólo después de pagados todos éstos y de separados en la hijuela de deudas bienes suficientes para hacer el pago de los demás acreedores hereditarios deben ser pagados los acreedores testamentarios”.<sup>926</sup>

<sup>925</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 843 y ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., p. 92.

<sup>926</sup> CLARO SOLAR, ob. cit.; T. 17, N° 2712, p. 297.

La regla anterior se puede ver alterada en dos casos: *a)* en el evento que exista concurso de acreedores, y *b)* en el caso que haya oposición de terceros.

*a)* Cuando el artículo 1374 se refiere al concurso de acreedores, debe entenderse que se está refiriendo a la quiebra de la sucesión. De conformidad a lo señalado en el artículo 50 de la Ley N° 18.175, sobre Quiebras, “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 al patrimonio del causante”.

De esta forma, si llegase a declararse la quiebra de la sucesión, haciéndose aplicables las reglas propias de este juicio universal, los acreedores del causante no se pagarán de conformidad a la fecha en que se presenten, sino que según a sus preferencias legales.

*b)* En cuanto al otro supuesto previsto en el artículo 1374; esto es, a la oposición que pudiere existir, ella podrá encontrar causa en diferentes hipótesis. Podría acontecer que se presenten acreedores alegando preferencias por sobre otros acreedores que pretenden pagarse antes; o alegando que el crédito que se pretende cobrar no existe; o que no le pertenece; o que ya ha sido pagado o cualquier otra causa que impida cursar el pago<sup>927</sup>. Si hubiere oposición justificada, podrá ocurrir que un acreedor que se ha presentado antes no se pague primero que el resto.

En cualquier caso, el artículo 1374 deja harto claro que los acreedores hereditarios deben ser pagados antes que los acreedores testamentarios; es decir, antes que los legatarios. Solamente en el evento que la herencia no apareciere excesivamente gravada, podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios que ofrezcan caución de cubrir lo que les quepa en la contribución a las deudas. Ahora, si la herencia está manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios, no será ni siquiera exigible esta caución.

672. TÍTULOS EJECUTIVOS EN CONTRA DEL CAUSANTE. Según el artículo 1377, los títulos ejecutivos contra del 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.<sup>928</sup>

<sup>927</sup> Cfr. CLARO SOLAR, T. 17, N° 2715, p. 299 y ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., p. 126.

<sup>928</sup> El plazo de ocho días, por estar establecido en el Código Civil, es de días corridos y no se suspende por los domingos o festivos (Corte Suprema, 22 de abril de 2009, Rol N° 1190/2005).

Es una norma que dice relación con el pago de las deudas hereditarias y no con la solución de las deudas testamentarias.

La idea que subyace en la norma es doble. Por una parte, se pretende que los herederos, posiblemente ignorantes de los títulos ejecutivos que existían en contra del causante, tomen conocimiento efectivo de ellos; de allí la exigencia de notificación judicial. Desde este punto de vista se trata de una gestión preparatoria de la vía ejecutiva<sup>929</sup>. Por otro lado, la ley no quiere que los herederos se vean perturbados en su dolor por la muerte del causante, con el inicio de una gestión de apremio propia del juicio ejecutivo; es por esto que se impide que la ejecución pueda iniciarse o reanudarse, sino después de ocho días de haber sido judicialmente notificado el título ejecutivo.

La notificación dispuesta por esta norma a los herederos sólo adquiere relevancia en caso que el acreedor pretenda cobrar la deuda hereditaria a los sucesores del deudor por la vía ejecutiva; pero si inicia el cobro de la acreencia por la vía ordinaria, la notificación judicial del título resulta enteramente inoqua<sup>930</sup>. De la misma forma, si el título ejecutivo se perfecciona después de muerto el causante por una gestión preparatoria realizada contra los herederos, no es necesario recurrir al procedimiento que establece el artículo 1377, ya que el título nace directamente contra los herederos.<sup>931</sup>

Se ha discutido si esta gestión exige que se exhiba y entregue a los herederos copia del título ejecutivo. La Corte Suprema, en fallo de 12 de enero de 2005, ha resuelto que no es necesario, pues “la idea que informa el artículo 1377 del Código Civil es la de no sorprender a los herederos con demandas por deudas que habían sido contraídas por su causa habiente, y de las cuales aquéllos pudieran no estar enterados, obligando al acreedor a informar a los continuadores de la persona del difunto de la existencia de una obligación y de sus características, exigencia sin la cual no puede deducir demanda ejecutiva, la que no puede interponerse antes de ocho días de notificada la gestión. En el caso sub iudice, el acreedor acompañó a la gestión de notificación el pagaré, el que por razones de seguridad se guardó en custodia en la secretaría del tribunal, estando a disposición de los herederos para su examen” y, todavía, en la presentación hecha por el ejecutante, copia de la cual se entregó a cada uno de los herederos, se consignó el monto del pagaré, la fecha de su suscripción, el número de cuotas en que se dividió y la fecha de vencimiento de cada una de éstas y las cuotas morosas, deduciendo la deman-

<sup>929</sup> Cfr. CASARINO VITERBO, M., *Derecho Procesal Civil*, T. V, Santiago, 1998, p. 104.

<sup>930</sup> Corte Suprema, 23 de octubre de 2008 (LegalPublishing: 40434).

<sup>931</sup> Corte Suprema, 30 de noviembre de 2006 (LegalPublishing 35701).

da ejecutiva casi dos meses después. Por esta razón, anuló el fallo de segunda instancia que infringió "el artículo 1377 del Código Civil al darle un sentido y alcance que no es el correcto, exigiendo el referido fallo, en su virtud, la entrega de una copia del título a los herederos o que se le transcriba en la solicitud en forma íntegra y exacta, requisitos que dicha norma no contempla".<sup>932</sup>

Debe tenerse presente que la norma del artículo 1377 se encuentra en aparente contradicción con lo señalado en el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "si durante el juicio fallece alguna de las partes que obre por sí misma, quedará suspenso por este hecho el procedimiento, y se pondrá su estado en noticia de los herederos en un plazo igual al emplazamiento para contestar demandas, que concedan los artículos 258 y 259".

Como se observa no existe mucha armonía, pues mientras uno señala un plazo de ocho días para proseguir con la ejecución, el otro indica que ese plazo es el del término de emplazamiento. A juicio de la doctrina procesal deben diferenciarse tres situaciones:

a) Si el causante fallece antes del inicio del juicio ejecutivo, se aplica, sin dudas, el artículo 1377, pues el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil no se refiere a esta circunstancia. Por lo mismo, el acreedor que desea llevar adelante su ejecución debe notificar a los herederos el título ejecutivo que hubiere tenido en contra del causante.

b) Si la muerte del causante se produce una vez que el juicio ejecutivo ya se ha iniciado, y estaba litigando personalmente; es decir, sin mandatario en los casos que es posible, se suspenderá por ese solo hecho el juicio ejecutivo, y el acreedor tendrá que notificar este título a los herederos. En este caso, los herederos tendrán el término de emplazamiento señalado por los artículos 258 y 259 de Código de Procedimiento Civil para comparecer en el juicio. Primaría así el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil por sobre el artículo 1377 del Código Civil, por ser el primero de ellos posterior.

c) Si la muerte del causante se produce una vez que el juicio ejecutivo ya se ha iniciado, y él no estaba litigando personalmente, sino que a través de mandatario, se aplica el artículo 1377, pues el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil no se refiere a este aspecto. De tal suerte que el acreedor no podrá proseguir con la ejecución sino una vez que transcurran ocho días desde que se notificó el título ejecutivo a los herederos.<sup>933</sup>

En cualquier caso, debe tenerse presente que para iniciar la ejecución en contra de los herederos, no basta con que haya transcurrido el plazo señalado en el artículo 1377, sino que además es necesario que los herederos hayan aceptado la herencia. Si no lo han hecho nada se les podrá cobrar. Así, si los herederos han solicitado la posesión efectiva de la herencia, no pueden después desconocer su condición sucesoria a los efectos de pretender no ser alcanzados por la gestión previa exigida por el artículo 1377 del Código Civil.<sup>934</sup>

El acreedor, en ausencia de aceptación, tiene dos caminos: o recurre al procedimiento establecido en el artículo 1232; esto es, demanda a los supuestos herederos para que acepten o repudien, y espera el transcurso de los plazos de rigor; o solicita directamente la declaración de herencia yacente, de conformidad al artículo 1240, a fin de que se le nombre un curador, y se hagan así efectivos los créditos en contra del causante. Nos remitimos a todo lo dicho sobre el particular a propósito de cada una de estas instituciones.

673. RESPONSABILIDAD DE LOS LEGATARIOS POR LAS DEUDAS HEREDITARIAS. El pago de las deudas hereditarias ha debido ser una baja general de la herencia, por lo que antes de proceder al pago de los legados han debido solucionarse las primeras (artículo 959 N° 2). Si ello no se hubiere hecho, habrá sido necesario que en la partición se haya formado un lote o hijuela pagadora de deudas, separando bienes suficientes para proceder a este pago (artículo 1286). Si no hay bienes suficientes para el pago de las deudas, será necesario proceder a la rebaja de los legados, todo con el objeto de que se contribuya de esta forma al pago de los acreedores. Si todo esto se hace, resulta evidente que no habrá responsabilidad de los legatarios, ya que los acreedores han debido ser pagados antes que ellos, o bien debió asegurarse el pago o en el peor de los casos los legados debieron ser rebajados para los efectos de pagar a los acreedores.

Sin embargo, es posible que no se haya procedido de esta forma, sea porque no se pagaron las deudas hereditarias, ni se formó una hijuela pagadora de deudas o no hubo rebaja alguna de los legados. Es posible que la deuda hereditaria no haya sido conocida, o que estuviera sujeta a plazo o condición, o simplemente fue ignorada por los herederos. Si así hubiere sido, es posible pensar que los legatarios se hayan pagado antes que los acreedores hereditarios, caso en el cual podría surgir responsabilidad para ellos.

Los legatarios son sucesores a título singular, no representan al testador y no tienen más derechos ni cargas que los que expresamente se les confiera o impon-

<sup>932</sup> LegalPublishing 31759. También en RDJ, T. 102, 1, p. 23.

<sup>933</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>934</sup> Corte Suprema, 21 de septiembre de 2005, *Banco Santander con Porflit*, Rol N° 4516/2003.

gan (artículos 951.3 y 1104.1). Por lo mismo, no son responsables; por regla general, del pago de las deudas hereditarias, las que solamente afectarán a los herederos.

Con todo, excepcionalmente podrá verse afectada la responsabilidad de los legatarios; pues, como lo indica el inciso segundo del artículo 1104, la irresponsabilidad de los legatarios por las deudas hereditarias se entiende "sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos, y de la que pueda sobrevenirles en el caso de la acción de reforma".

Esta responsabilidad de los legatarios, puede darse en tres ámbitos diferentes: *a)* en su contribución al pago de legítimas y mejoras; *b)* en su deber de contribuir al pago de las deudas hereditarias propiamente tales, y *c)* en la responsabilidad que le asiste al legatario de una especie gravada con prenda o hipoteca.

674. RESPONSABILIDAD DE LOS LEGATARIOS POR EL PAGO DE LEGÍTIMAS Y MEJORAS. El Código es reiterativo a la hora de establecer la responsabilidad que le cabe a los legatarios en el pago de legítimas y mejoras.

Desde luego, el mencionado inciso segundo del artículo 1104 señala que a ellos puede sobrevenirles responsabilidad en el caso de la acción de reforma del testamento. Cuando el causante ha dispuesto de sus bienes con infracción a las asignaciones forzosas, por ejemplo, porque constituyó legados que por su cuantía lesionan la mitad legitimaria o la cuarta de mejoras, los legitimarios tendrán derecho a que se reforme el testamento, a fin de que se les asigne lo que legalmente les corresponde (artículos 1216 y 1220). Si la acción prospera y se reforma el testamento, los legados quedarán sin efecto en todo lo que sea necesario para completar estas asignaciones forzosas, produciéndose una especie de contribución de ellos a esta finalidad.<sup>935</sup>

La misma idea está repetida en el artículo 1362.1, cuando señala que "los legatarios no son obligados a contribuir al pago de las legítimas, de las asignaciones que se hagan con cargo a la cuarta de 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 forzosos de la cuarta de mejoras...". De modo que es posible que la responsabilidad de los legatarios se manifieste en su contribución a las legítimas y mejoras cuando ellas no han sido debidamente respetadas por el causante. Esta responsabilidad, como se dice, se hará efectiva una vez que prospere la acción de reforma del testamento y que se logre dejarlo sin efecto en todo aquello que los legados sean excesivos.

<sup>935</sup> Véase UGARTE, *Protección...*, cit., pp. 258 y ss.

Finalmente, el inciso primero del artículo 1363 señala a este mismo respecto que "los legatarios que deban contribuir al pago de las legítimas, de las asignaciones con cargo a la cuarta de mejoras (...) lo harán a prorrata de los valores de sus respectivos legados, y la porción del legatario insolvente no gravará a los otros". Nueva demostración que la responsabilidad de los legatarios puede surgir con ocasión de su necesaria contribución a la formación de estas asignaciones forzosas.

Con todo, y como resulta más que evidente, en estos casos el legatario no hace una contribución al pago de deudas hereditarias. Las legítimas y mejoras no son una deuda hereditaria, sino que una asignación forzosa. Lo único que acontece en estos casos es que se perjudican disposiciones testamentarias expresas en beneficio de las asignaciones forzosas (artículo 1167).

675. CONTRIBUCIÓN DE LOS LEGATARIOS AL PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS PROPIAMENTE TALES. Los legatarios deben, además, contribuir al pago de las deudas hereditarias cuando al tiempo de la apertura de la sucesión no haya en ella lo suficiente para el pago de las deudas hereditarias.

En este caso los legatarios tienen responsabilidad, pero en subsidio de los herederos. Por lo mismo, para que respondan los legatarios deben concurrir tres requisitos: *a)* que al tiempo de abrirse la sucesión no hayan bienes suficientes en la herencia; *b)* que no hayan pagado la deuda los herederos, y *c)* que se haya pagado el legado.

*a)* La primera condición; esto es, que al tiempo de abrirse la sucesión no haya habido lo suficiente para el pago de las deudas hereditarias, se desprende de lo dicho en la parte final del inciso primero del artículo 1362. Si al tiempo de abrirse la sucesión existían bienes más que suficientes para pagar a los acreedores y ello no ocurrió, no hay responsabilidad de los legatarios. Si la herencia era cuantiosa, los legatarios podrán haberse pagado sin rendir caución alguna (artículos 1374.2 y 3). Si después de estos sucesos los bienes han desaparecido o disminuido, los legatarios no son responsables. Se sanciona así al acreedor que oportunamente no hizo efectivo su crédito.<sup>936</sup>

<sup>936</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 636. Con todo señala RODRÍGUEZ: "Compartimos esta opinión, pero con una excepción calificada. Tratándose de asignatarios forzosos de alimentos, la responsabilidad del legatario no queda establecida al momento de abrirse la sucesión, sino que perdura todo el tiempo durante el cual se devenga esta asignación. Creemos que no puede ser de otra forma, ya que es ésta la única asignación cuya cuantía no se determina al abrirse la sucesión. Los alimentos se devengan sucesivamente y se pagan por períodos anticipados mientras subsistan las circunstancias que los legitimaron (artículo 332 del Código Civil): Por lo mismo no puede anticiparse a cuánto ascenderá, en definitiva, su

b) En segundo término, es necesario naturalmente que los herederos no hayan pagado las deudas hereditarias, y que, por lo tanto, subsistan. Si los herederos han pagado las deudas se extinguen, y ninguna responsabilidad cabe a los legatarios.

c) Finalmente, la tercera condición para que surja responsabilidad de los legatarios es que ellos hayan sido pagados en sus legados, lo que se infiere del artículo 1363, cuando dispone que "la porción del legatario insolvente no gravará a los otros", lo que, como es evidente, sólo acontecerá cuando el legado ya ha sido pagado<sup>937</sup>. Si el legado aún no estuviere pagado, no es que no haya responsabilidad alguna del legatario, sino que lo que acontece es que el legado deberá reducirse en lo que sea necesario, pudiendo llegar a extinguirse si el pago de las deudas lo exige.

676. RESPONSABILIDAD DEL LEGATARIO DE OBJETO GRAVADO CON PRENDA O HIPOTECA. Puede acontecer que el objeto legado se encuentre gravado con prenda o hipoteca. En este caso, el legatario no puede excepcionarse de pagar la deuda caucionada con el bien legado. Si así no fuere, podrá ser desposeído por el acreedor prendario o hipotecario, no pudiendo ante estos acreedores que ejercen una acción real derivada de la prenda o de la hipoteca, invocar su responsabilidad subsidiaria. Sin embargo, si el legatario paga la deuda garantizada con la prenda o la hipoteca, se subrogará en los derechos del acreedor prendario o hipotecario en los términos estudiados con ocasión del legado de cosa hipotecada o dada en prenda (artículos 1125 y 1366).

677. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS LEGATARIOS. La responsabilidad de los legatarios presenta las siguientes características: a) por regla general es subsidiaria; b) está limitada al valor de las cosas legadas, y c) es proporcional al valor de lo legado. Se verá cada una de estas características por separado.

678. LA RESPONSABILIDAD DEL LEGATARIO ES SÓLO SUBSIDIARIA. EXCEPCIÓN. La obligación de pagar las deudas hereditarias recae principalmente sobre los he-

Continuación nota <sup>936</sup>

cuantía. En consecuencia, puede un legatario verse obligado subsidiariamente —cuando los herederos llegan a ser insolventes— a pagar los alimentos que por ley se deben a ciertas personas, así haya habido bienes suficientes para solucionarlos al momento de abrirse la sucesión. La cuestión que planteamos, como es obvio, accede en beneficio del alimentario, en cuanto asignatario forzoso, lo cual corresponde a la intención de la ley (*ratio legis*) en esta materia, como quedó de manifiesto al tratar de esta asignación, y a la naturaleza y efectos especiales de ella, asimilada por el legislador a una verdadera "deuda hereditaria" que se va denegando a través del tiempo" (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 190 y 191).

<sup>937</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 848, y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 188.

rederos (artículos 951; 1097 y 1354). La obligación que a este respecto tienen los legatarios es meramente subsidiaria. Lo dice expresamente el inciso segundo del artículo 1104 que se refiere a la "responsabilidad en subsidio de los herederos". Lo repite el inciso segundo del artículo 1362, cuando dice que "la acción de los acreedores hereditarios contra los legatarios es en subsidio de la que tienen los herederos".

En consecuencia, los acreedores hereditarios no podrán accionar en contra de los legatarios, sino en la medida que acrediten la insolvencia de los herederos. De lo contrario, los legatarios podrían excepcionarse alegando una especie de beneficio de excusión, por el cual requerirán que previamente se proceda en contra de los principalmente obligados al pago de las deudas, y sólo una vez que se hayan agotado ahí las posibilidades de cobro, se proceda en su contra.

La excepción a la responsabilidad subsidiaria viene dada por el ya señalado caso en que al asignatario se le ha legado un bien gravado con prenda o hipoteca. Si el acreedor hipotecario o prendario decide ejercer la acción real derivada de su caución, el legatario no puede alegar responsabilidad en subsidio del heredero. Con todo, si el legatario paga la deuda se subrogará en los derechos del acreedor prendario o hipotecario en los términos ya señalados (artículos 1125 y 1366).

679. LA RESPONSABILIDAD DEL LEGATARIO ESTÁ LIMITADA AL VALOR DE LO LEGADO. Los legatarios, a diferencia de los herederos, carecen de responsabilidad *ultra vires*. El heredero está obligado al pago de las deudas hereditarias con independencia del monto, no tiene limitaciones, con lo que podría terminar pagando más allá de lo que recibió en la herencia. No acontece lo mismo con los legatarios, ellos ven limitada su responsabilidad hasta el valor de lo que hayan recibido por causa de muerte, gozando de una suerte de beneficio de inventario por el solo ministerio de la ley.

No lo dice expresamente el Código Civil, pero la conclusión no puede ser otra si se tiene en cuenta lo previsto en los artículos 1364 y 1367.

El artículo 1364 señala que "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". La norma no se refiere en general a la responsabilidad del legatario por deudas hereditarias, sino que a la del legatario por una deuda testamentaria. Se trata de la hipótesis ya estudiada del sublegado; esto, es del legado que se impone a un legatario. En este caso queda de suyo claro que la responsabilidad del legatario no se extiende más allá del beneficio que obtenga de la sucesión. El mismo principio es el que debe inspirar la responsabilidad del legatario por las deudas hereditarias.

En segundo lugar, dispone el artículo 1367 que “los legados con causa onerosa que pueda estimarse en dinero, no contribuyen sino con deducción del gravamen”, y a condición de que “se haya efectuado el objeto” y “que no haya podido efectuarse sino mediante la inversión de una cantidad determinada de dinero”. “Una y otra circunstancia deberán probarse por el legatario, y sólo se deducirá por razón del gravamen la cantidad que constare haberse invertido”. No cabe duda, entonces, que la responsabilidad del legatario queda limitada al provecho o beneficio que obtengan de la sucesión, lo que no hace más que ratificar que la regla es que tal responsabilidad de los legatarios está limitada al monto de su provecho.<sup>938</sup>

680. LA RESPONSABILIDAD DE LOS LEGATARIOS ES PROPORCIONAL A SUS LEGADOS. La contribución de los legatarios al pago de las deudas hereditarias, e incluso al pago de las legítimas y las mejoras, es a prorrata de sus derechos en la sucesión. Dice a este respecto el inciso primero del artículo 1363 que “los legatarios que deban contribuir al pago de las legítimas, de las asignaciones con cargo a la cuarta de mejoras o de las deudas hereditarias, lo harán a prorrata de los valores de sus respectivos legados...”.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de lo que se dice más adelante acerca del orden en que concurren los legados al pago de las legítimas, mejoras y deudas hereditarias, pues la presencia de legatarios obligados principalmente al pago, puede implicar que otros legatarios, llamados privilegiados, queden excluidos de la obligación de contribución.

681. LEGADOS COMUNES Y PRIVILEGIADOS. A los efectos de la contribución a las deudas, los legados pueden ser clasificados en comunes y privilegiados. Los legados comunes son los que concurren en primer lugar al pago de las partidas ya señaladas; y solamente una vez que ellos se hayan agotado podrán ser obligados los privilegiados. Estos legados no tienen preferencia para su pago, lo que no les permite ser pospuestos a la hora de contribuir a las deudas. Los legados privilegiados, son aquellos que, en atención a su naturaleza, quedan postergados en su concurrencia al pago de legítimas, mejoras y deudas hereditarias, debiendo concurrir en la insuficiencia de los legados comunes. Entre todos ellos, según se ha dicho, concurren a prorrata del valor del respectivo legado.

<sup>938</sup> Cf. ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., p. 810; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 848 y 849; ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., pp. 224 y 225; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 191 y 192; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 451 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 636 y 637.

Como se comprende sin mayores dificultades, la existencia de legados privilegiados rompe con la regla según la cual los legatarios concurren al pago de las deudas hereditarias en proporción al monto del legado. Eso es cierto sólo dentro de una misma categoría de legados. En cambio, si se enfrenta un legado privilegiado con otro común, primero concurre al pago el legado común y luego el privilegiado, con lo que no se produce concurrencia proporcional. De la misma forma, si deben contribuir dos legados, uno que goza de mayor preferencia que el otro, primero contribuirá al pago el que tiene la menor preferencia, y luego el que tiene la mayor. En consecuencia, la regla de la proporcionalidad en la contribución únicamente se aplica cuando concurren sólo legados comunes, o legados privilegiados que gocen de un mismo grado de privilegio.

Los legados privilegiados están mencionados en los incisos dos y tres del artículo 1363, y no son otros que los legados alimenticios, los legados de beneficencia y los legados que el testador hubiere exonerado de contribuir a las deudas.

“No contribuirán, sin embargo, con los otros legatarios aquellos a quienes el testador hubiere expresamente exonerado de hacerlo. Pero si agotadas las contribuciones de los demás legatarios, quedare incompleta una legítima o insoluta una deuda, serán obligados al pago aun los legatarios exonerados por el testador” (artículo 1363.2).

“Los legados de obras pías o de beneficencia pública se entenderán exonerados por el testador, sin necesidad de disposición expresa, y entrarán a contribución después de los legados expresamente exonerados; pero los legados estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por ley, no entrarán a contribución sino después de todos los otros” (artículo 1363.3).

No obstante lo anterior, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1141, los legados cuyo goce fue entregado por el testador en vida, gozan de preferencia para su pago, por lo que en caso de tener que contribuir a las deudas hereditarias, estos legados lo hacen después que el resto de los legados comunes. Dice la norma que “las donaciones revocables a título singular son legados anticipados, y se sujetan a las mismas reglas que los legados”. “Recíprocamente, si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable”. “Las donaciones revocables, incluso los legados en el caso del inciso precedente, preferirán a los legados de que no se ha dado el goce a los legatarios en vida del testador, cuando los bienes que éste deja a su muerte no alcanzan a cubrirlos todos”.

En rigor, el artículo antes señalado no establece un sistema de concurrencia de estos legados al pago de las deudas, sino que una preferencia de pago para ellos. Sin embargo, es fácil concluir que si el legado tiene preferencia de pago, debe

quedar postergado en la concurrencia al pago de las deudas. De lo contrario no quedaría patente su preferencia con relación a los otros.

A partir de estas normas se estructura el orden de contribución de los legados al pago de las deudas hereditarias.

682. ORDEN EN QUE CONCURREN LOS LEGADOS AL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS, MEJORAS Y DEUDAS HEREDITARIAS. De acuerdo a lo antes señalado, puede decirse que los legados que deban concurrir al pago de deudas hereditarias, deberán ser llamados de la siguiente forma:

a) En primer término concurren los legados comunes; esto es, lo que no tienen ninguna razón para ser postergados en la concurrencia al pago.

b) En segundo lugar concurren las donaciones revocables, en la medida que el causante hubiere entregado las cosas donadas en vida, o cuando tengan la forma de legados cuyo goce se entregó en vida. En estas hipótesis, según lo señalado en el inciso tercero del artículo 1141, estos legados son preferentes "a los legados de que no se ha dado el goce a los legatarios en vida del testador, cuando los bienes que éste deja a su muerte no alcanzan a cubrirlos todos". De modo que esta preferencia en el pago los hace ser postergados en la contribución a las deudas hereditarias.

c) En tercer término contribuyen el pago los legados que expresamente hubiere exonerado el testador del pago de las deudas<sup>939</sup>. Dice el inciso segundo del artículo 1363 que "no contribuirán, sin embargo, con los otros legatarios aquellos a quienes el testador hubiere expresamente exonerado de hacerlo. Pero si agotadas las contribuciones de los demás legatarios, quedare incompleta una legítima o insoluta una deuda, serán obligados al pago aun los legatarios exonerados por el testador". En otros términos, la voluntad del testador se respeta en cuanto ello sea posible; si no hay suficiente para el pago de las deudas estos legatarios igual contribuyen, a pesar de lo establecido por el causante.

d) En cuarto lugar contribuyen los legados de beneficencia y obras pías. Dice el inciso final del artículo 1363, en lo pertinente, que "los legados de obras pías o de beneficencia pública se entenderán exonerados por el testador, sin necesidad de disposición expresa, y entrarán a contribución después de los legados expresamente exonerados".

<sup>939</sup> Así ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., p. 228. Aparentemente en contra SOMARRIVA, para quien los legados de obras pías a los que alude el inciso final del artículo 1363, concurrirían antes que los legados expresamente exceptuados por el testador (*Derecho sucesorio*, cit., p. 639). La letra del inciso tercero del artículo 1363 deja claro que los legados de obras pías y beneficencia contribuyen después de los legados exonerados por el testador.

e) Finalmente concurren al pago los legados estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por ley. Dice la parte final del inciso tercero del artículo 1363 que "los legados estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por ley, no entrarán a contribución sino después de todos los otros".

La verdad es que la norma incurre en la impropiedad de hablar de legados alimenticios a los que el testador es obligado por ley, pues lo cierto es que el testador no está obligado a efectuar legados de alimentos. Las asignaciones alimenticias forzosas son bajas generales de la herencia según lo prevenido en el número 4 del artículo 959, necesarias para operar el tránsito del acervo ilíquido al acervo líquido o partible. Por lo tanto, esta asignación se paga antes que cualquier legado.

Ahora bien, dice por su parte el artículo 1170 que "los asignatarios de alimentos no estarán obligados a devolución alguna en razón de las deudas o cargas que gravaren el patrimonio del difunto; pero podrán rebajarse los alimentos futuros que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio efectivo". Esta norma, como se dijo a propósito de las asignaciones forzosas, podría sugerir una contradicción con el artículo 1363, pues mientras esa norma señala que hay contribución de los legatarios de alimentos al pago de las deudas hereditarias, legítimas y mejoras, el artículo 1170 indica que estos legatarios no tienen obligación de entregar suma alguna, y que su única responsabilidad se puede hacer efectiva mediante la rebaja de las pensiones futuras.

La cierto es que no existe tal contradicción. Los legatarios de alimentos no tienen responsabilidad por las deudas de la herencia, y no han de restituir ninguna cantidad para solventarlas. La regla es la misma que en el caso del artículo 1170, los legatarios de alimentos forzosos no contribuyen mediante aportes al pago. Su eventual contribución se efectúa mediante la reducción de los alimentos futuros, pero ello solamente en el evento de que sea estrictamente necesario y sobre la base que ya se han rebajado todos los otros legados.

683. SITUACIÓN ESPECIAL DE LOS LEGADOS CON CAUSA ONEROSA<sup>940</sup>. Los legados pueden hacerse con causa onerosa o gratuita (lucrativa). Los con causa onerosa son los que están sujetos a gravamen, en tanto que los gratuitos son los que no están sometidos a gravamen alguno. Si el testador deja una casa a Pedro con la obligación de pagar una suma de dinero a Martín, se trata de un legado oneroso, el que solamente contribuirá a las deudas una vez que se descuenta del legado esa suma de dinero.

<sup>940</sup> Sobre el tema: GUZMÁN BRITO, A., *El legado con causa onerosa que no puede estimarse en dinero*, Ius et Praxis, Derecho en la Región, Universidad de Talca, año 14, 1, 2008, pp. 145 y ss.



A este respecto, el artículo 1367 deja claro que los legatarios de legados onerosos también contribuyen al pago de las deudas hereditarias, pero para determinar el monto de contribución debe descontarse del legado el gravamen, siendo además necesario que se haya efectuado el objeto del legado (el gravamen) y que no haya podido efectuarse sino con la inversión de una cantidad determinada de dinero. Ambas circunstancias deben probarse por el legatario, y sólo se deducirá por razón del gravamen la cantidad que constare haberse invertido.

684. **INSOLVENCIA DEL LEGATARIO.** Si uno o más de los legatarios llamados a contribuir al pago ya de las deudas hereditarias, ya de legítimas o mejoras, es insolvente, su cuota no gravará la de los otros. Así lo deja claro la parte final del inciso primero del artículo 1363 cuando establece que “la porción del legatario insolvente no gravará a los otros”.

De modo que el acreedor hereditario también resulta perjudicado por esta circunstancia. Ya sufrió un perjuicio con la muerte de su deudor, pues ello le impone la división de la deuda entre varios herederos (artículo 1354). Por otro lado, la cuota del heredero insolvente no grava la del resto de los herederos (artículo 1355). Y además, la cuota del legatario obligado a contribuir no aumentará la cuota de los otros si es que llegara a ser insolvente (artículo 1363).

### Sección 2

#### *Pago de las cargas testamentarias y legados*

685. **NOCIÓN.** Las deudas y cargas testamentarias son las que nacen del testamento. No son deudas del causante, sino que son deudas impuestas por el causante; se configuran en el testamento. Se trata en este caso, principalmente, de los legados y del cumplimiento de un modo a que pueda estar obligado un heredero o un legatario. Respecto del modo no cabe más que remitirse a todo lo que se ha dicho con ocasión de las asignaciones testamentarias modales, debiendo tratarse aquí sólo lo relativo al pago de los legados.

686. **QUIÉNES DEBEN PAGAR LOS LEGADOS.** La regla en lo que hace a los obligados al pago de los legados, está contenida en el artículo 1360, según el cual “las cargas testamentarias no se mirarán como carga de los herederos en común, sino cuando el testador no hubiere gravado con ellas a alguno o algunos de los herederos o legatarios en particular”. “Las que tocaren a los herederos en común, se dividirán entre ellos como el testador lo hubiere dispuesto, y si nada ha dicho sobre la división, a prorrata de sus cuotas o en la forma prescrita por los referidos artículos”.

La norma resulta complementada por el artículo 1373, de acuerdo a cuyo tenor “los acreedores testamentarios no podrán ejercer las acciones a que les da derecho el testamento sino conforme al artículo 1360”. “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 en conformidad al artículo 1360, o en conformidad al convenio de los herederos”.

Con todo, la ley prevé soluciones especiales para el caso del que el testador haya instituido algún usufructo (artículo 1369 y 1370) o un fideicomiso (artículo 1372).

687. **PRIMACÍA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.** Corresponde pagar los legados al heredero o legatario a quien el testador la haya impuesto dicho pago (artículo 1360.1).

De modo que la primera operación que habrá que efectuar en esta materia es determinar si en el testamento se ha impuesto la obligación de pago a un heredero o legatario en particular, y, si así fuere, ningún otro tendrá esta obligación.

Si el testador impone a un legatario la obligación de pagar un legado (sublegado), según el artículo 1364 el legatario solamente es obligado a pagar hasta la concurrencia del provecho que le reporte la sucesión, pues, como se ha dicho, ellos gozan de una especie o suerte de beneficio de inventario por el solo ministerio de la ley (artículo 1364).

Puede incluso acontecer que el testador no haya impuesto la obligación de pagar un legado a un heredero o legatario en particular, pero sí haya dispuesto la forma en que deben efectuar el pago en común, es decir, puede que haya efectuado una división en el pago. En este caso los herederos son obligados a pagarlo no a prorrata de sus participaciones en la herencia, sino que en la forma señalada por el causante. Así lo deja claro el inciso segundo cuando señala que las cargas que tocaren a los herederos en común, “se dividirán entre ellos como el testador lo hubiere dispuesto”.

688. **AUSENCIA DE DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA.** Puede acontecer que el causante se haya limitado a instituir los legados, pero nada haya dicho acerca de quién debe pagarlos ni de la forma en que ellos debe hacerse. Si así fuere le corresponde el pago a los herederos en común a prorrata de lo que les corresponde en la herencia (artículos 1360.1 y 2).

689. **ACUERDOS DE LOS HEREDEROS DISTINTOS A LA VOLUNTAD DEL TESTADOR O A LA REGLA LEGAL.** Puede ocurrir, según el inciso dos del artículo 1373, que los herederos acuerden un modo de pago diverso del que señaló el testador o el seña-

lado en la ley. Dice la norma que “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 en conformidad al artículo 1360, o en conformidad al convenio de los herederos”.

En este caso, los acreedores testamentarios, al igual que los hereditarios, tienen la opción de dirigirse en contra de ellos de acuerdo a lo expresado en el convenio o lo señalado por el testador o la ley en su caso.

Si el pacto de distribución de los herederos no existiere los acreedores testamentarios, solamente podrían ejercer sus acciones en contra de los legalmente obligados al pago y en la forma que la ley los obliga, puesto que el artículo 1373.1 señala que “los acreedores testamentarios no podrán ejercer las acciones a que les da derecho el testamento sino conforme al artículo 1360”.

Es precisamente el acuerdo de los herederos, en orden a dividirse el pago de los legados de un modo diferente al legalmente establecido o al señalado por el testador, lo que les da el derecho de accionar de conformidad a lo señalado en el artículo 1360 o lo previsto en la partición o en el convenio de los herederos. Naturalmente que si el acreedor testamentario opta por prescindir del acuerdo, el que por cierto le es inoponible, y prefiere cobrar conforme a lo dicho en el artículo 1360, el heredero que haya resultado perjudicado podrá dirigirse en contra de los otros, a fin de que lo compensen por todo aquello que ha debido pagar de más.

A pesar de que el inciso segundo del artículo 1373 sugiere que la división de las cargas testamentarias de un modo diverso del señalado en el artículo 1360, solamente podría ser producto de la partición, los autores están conformes en que ello podría ser también producto de un acuerdo que no encuentre causa en la partición, tal como acontece en los artículos 1359 y 1526 N° 4 con las deudas hereditarias.<sup>941</sup>

690. SITUACIÓN PARTICULAR DEL USUFRUCTO. Al igual como acontece con la contribución al pago de las deudas hereditarias (artículos 1356 y 1368), el Código proporciona reglas especiales para el pago de legados que sean cargo de usufructuarios o nudos propietarios.

La idea básica en esta materia es que, siguiendo la regla general, el pago corresponda al usufructuario o el nudo propietario según lo señale el testador, y en ausencia de especial disposición testamentaria se proceda como en el caso del pago de deudas hereditarias; esto es, considerándolos como una sola persona. De

<sup>941</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 841 y 842; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 456 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 643.

modo que si el testador señaló la forma en que contribuyen, se estará a ella. De lo contrario ellos concurren en la forma señalada en la ley.

“Las cargas testamentarias que recayeren sobre el usufructuario o sobre el propietario, serán satisfechas por aquel de los dos 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” (artículo 1369). “Cuando imponiéndose cargas testamentarias sobre una cosa que está en usufructo, no determinare el testador si es el propietario o el usufructuario el que debe sufrirlas, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1368” (artículo 1370). Respecto de esto último, no cabe más que remitirse a todas las reglas ya estudiadas con ocasión del pago de las deudas hereditarias por usufructuarios y nudos propietarios.

Sin perjuicio de lo anterior, si las cargas impuestas por el testador consistieren en pensiones periódicas, y el testador no hubiere ordenado otra cosa, “serán cubiertas por el usufructuario durante todo el tiempo del usufructo, y no tendrá derecho a que le indemnice de este desembolso el propietario”.

691. CASO PARTICULAR DEL FIDEICOMISO. En el caso de que el testador constituya un fideicomiso en el testamento, para determinar la contribución a las deudas testamentarias, se aplican las reglas ya estudiadas respecto del pago de deudas hereditarias por fiduciarios y fideicomisarios, pues el artículo 1372 trata de la contribución de estas personas tanto para el caso de las deudas testamentarias como para el caso de las deudas hereditarias. El propietario fiduciario y el fideicomisario se considerarán como una sola persona para el cumplimiento de las cargas testamentarias. Las cargas las soporta el fiduciario con el derecho a que le sean reembolsadas posteriormente por el fideicomisario, pero sin interés alguno. Salvo que se trate de pensiones periódicas, hipótesis en el que el pago corresponde al fiduciario sin derecho a indemnización alguna.

692. OPORTUNIDAD PARA EL PAGO DE LOS LEGADOS. Teóricamente hablando, los legados deben pagarse desde que se produzca la apertura de la sucesión, pero ello será sólo en la medida que se hayan pagado las deudas hereditarias y las asignaciones forzosas.

Los legados se pagan después de que se hayan satisfecho las deudas hereditarias; estas últimas son bajas generales, no así las deudas testamentarias. Dice a este respecto el artículo 1374 que los acreedores hereditarios se pagarán en la medida que se presenten, “y pagados los acreedores hereditarios, se satisfarán los legados”.

Pero también debe tenerse presente que ellos se pagan una vez solucionadas las asignaciones forzosas. Los legados se cancelan con cargo a la parte de libre dispo-

sición, lo que supone que se haya formado el acervo partible y que se pagado tanto las bajas generales como las asignaciones forzosas.

693. EXCEPCIONES. Excepcionalmente los legados pueden pagarse aun cuando no se encuentren enteradas las deudas hereditarias. Ello acontece en los siguientes casos:

a) Cuando apareciere que la herencia no está excesivamente gravada. Esta situación está prevista en el inciso segundo del artículo 1374, según el cual "cuando la herencia no apareciere excesivamente gravada, podrá satisfacerse inmediatamente a los legatarios que ofrezcan caución de cubrir lo que les quepa en la contribución a las deudas".<sup>942</sup>

b) Cuando la herencia está manifiestamente exenta de cargas que puedan comprometer a los legatarios. Esta hipótesis, prevista en el inciso tercero del artículo 1374, se justifica en la medida que nada ampara el retardo en el pago si hay bienes más que suficientes como para enfrentar el pago de los acreedores hereditarios.

c) Cuando el legado consista en una pensión alimenticia. Los doctrinadores consideran, en atención a lo señalado en el artículo 1361, que cuando lo legado es una pensión alimenticia periódica, ella se devengará desde el inicio del período que corresponda y, a partir de ese momento, deben ser pagadas.<sup>943</sup>

En efecto, en los términos del artículo 1361, "los legados de pensiones periódicas se deben día por día desde aquel en que se defieran, pero no podrán pedirse sino a la expiración de los respectivos períodos, que se presumirán mensuales". "Sin embargo, si las pensiones fueren alimenticias, podrá exigirse cada pago desde el principio del respectivo período, y no habrá obligación de restituir parte alguna aunque el legatario fallezca antes de la expiración del período". "Si el legado de pensión alimenticia fuere una continuación de la que el testador pagaba en vida, seguirá prestándose como si no hubiese fallecido el testador". "Sobre todas estas reglas prevalecerá la voluntad expresa del testador".

Como se sabe, las pensiones periódicas se devengan día a día y, por lo mismo, se deben desde que ellas se defieran. Pero su pago no puede exigirse sino hasta que venza el respectivo período, que normalmente será mensual. Esta es la regla general. No obstante, la situación de las pensiones alimenticias es más particular, por cuanto el alimentario, para exigir su pago, no tiene que esperar al vencimiento del

período que corresponda, sino que puede demandarlo al inicio de dicho período. De la misma forma si las pensiones alimenticias ya las estaba pagando el testador en vida, y el legado no es más que una continuación de aquello, ellas deberán seguir siendo canceladas por los herederos como si la muerte del alimentante no se hubiere producido.

Lo que justifica una solución de esta especie es la naturaleza de la pensión alimenticia. Ella no admite demoras; el beneficiario las requiere para solventar su existencia; no puede esperar el vencimiento del período que corresponda, las requiere inmediatamente. Lo mismo justifica que si al final acontece que estas pensiones resultan excesivas, el alimentario no está obligado a restitución alguna, sin perjuicio que puedan rebajarse las pensiones futuras (artículo 1170).

En todo caso, sobre todo lo dicho, prima la voluntad del testador, quien podrá establecer normas o reglas diferentes en lo que hace a cada uno de estos aspectos.

694. MORA EN EL PAGO DE LOS LEGADOS. El heredero o legatario obligado al pago de un legado no está en mora de cumplir sino hasta que se le interpele judicialmente, aun cuando el causante haya señalado un plazo para cumplirlo. No se aplica en este caso la regla del número 1 del artículo 1551. Ella solamente es procedente cuando se trate de plazos estipulados por las partes; esto es, convenidos y producto de un acuerdo de voluntades. La llegada del día no interpela si se trata de plazos legales, judiciales o testamentarios, pues ninguno de ellos es un término estipulado<sup>944</sup>. Así las cosas, se hace aplicable en esta hipótesis la regla del número 3 del artículo 1551, según la cual el deudor del legado solamente estará en mora cuando ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.<sup>945</sup>

695. GASTOS EN EL PAGO DE LOS LEGADOS. La situación de los gastos que puede originar el pago de los legados no es en verdad muy clara. La redacción del artículo 1375, que pretende resolver este problema, no es muy afortunada<sup>946</sup>.

<sup>944</sup> Cfr. ALESSANDRI, *Teoría de las obligaciones*, cit., p. 90 y ABELIUK, *Las obligaciones*, T. II, cit., pp. 716 y 717.

<sup>945</sup> Cfr. RDJ, T. 2, 1, p. 5 y GT, 1921, segundo semestre, s. 232, p. 949.

<sup>946</sup> Las soluciones en el Derecho comparado son muy variadas. El artículo 939.3 del Código Civil uruguayo sigue la misma regla chilena, al disponer que "los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada se mirarán como una parte del mismo legado". En Argentina, según lo prevenido en la parte segunda del artículo 3767 "los gastos de la entrega del legado son a cargo de la sucesión". Lo propio acontece en España, en donde el inciso tercero del artículo 886 señala que "los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán a cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima". También en Portugal, según lo

<sup>942</sup> Cfr. GT, 1875, s. 2568, p. 1177 y RDJ, T. 7, 1, p. 392.

<sup>943</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 823 y ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., pp. 192 y 193. Otros simplemente califican el caso como especial o particular. Así MEZA BARROS, *Manual...*, cit., pp. 458 y 459 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 645 y 646.

Dice esta norma que "los gastos necesarios para la entrega de las cosas legadas se mirarán como una parte de los mismos legados".<sup>947</sup>

Esta redacción hace suponer que el gasto que por la entrega se puede originar es de cargo de la sucesión, por cuanto forma parte de lo legado, el que debe ser entregado íntegro al legatario. Así lo cree la mayor parte de la doctrina<sup>948</sup>. La norma haría sistema, con lo prevenido en el artículo 1571, que pone los gastos del pago de cargo del deudor. De modo que los desembolsos en que se incurra por escrituras públicas que se otorguen o por inscripciones conservatorias son de cargo de la masa, y no del o los legatarios.

Sin embargo, no todos están conformes con esta lectura. Pareciera que llevan la razón DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ cuando afirman que "el legatario, acreedor del legado, debe correr con los desembolsos del cumplimiento de la obligación que pesa sobre el gravado. Así, los derechos del fedatario que autorice la escritura pública de entrega, tratándose de un inmueble legado, por ejemplo, y con mayor razón, los de su inscripción en el Registro del Conservatorio de Bienes Raíces. Hay que admitir, después de lo dicho, que el art. 1375 se separa del artículo 1571, que pone los gastos que ocasione el pago de cuenta del deudor". "Lo anterior lo sostenemos en el entendido que cuando el art. 1375 expresa que los gastos se mirarán como una parte de los mismos legados, quiere significar que la asignación no es aumentada con el monto de los gastos sino, por el contrario, disminuida por ellos, al ser considerados como una parte de lo legado". "Desde otro punto de vista, la disposición recién compulsada evita problemas entre gravado y legatario. Este no formará cuestión acerca de la forma en que se le entrega, por correr los gastos de su cuenta; mas, si los gastos son de cargo del gravado, los problemas pueden presentarse. Hay que contar, pesar o medir para efectuar el pago del legado. ¿Quién paga con los gastos del topógrafo que debe medir los mil metros

Continuación nota <sup>946</sup>

señalado en el artículo 2275, los gastos que ocasiona el legado son de cargo de quien debe satisfacerlo. En cambio, en Francia, según el artículo 1016 "los gastos de la solicitud de entrega correrán a cargo de la sucesión, sin que, no obstante, para ello pueda llegar a producirse una reducción de la legítima". "Los derechos de registro serán a cargo del legatario". "La totalidad, salvo disposición contraria en el testamento".

<sup>947</sup> Dicen ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS que "no nos parece claro este artículo en relación a quién debe pagar los gastos necesarios para la entrega de las cosas legadas. La frase de que estos gastos 'se mirarán como una parte de los mismos legados' no determina si dichos gastos deben descontarse de las cosas legadas o si deben agregarse como parte de lo legado" (ob. cit., p. 833).

<sup>948</sup> CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2772, p. 337; ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., p. 211; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 460 y ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., pp. 833 y 834.

cuadrados que indica el art. 1119, inc. 2°? ¿Quién paga el transporte de la especie legada hasta su entrega? Esto y más, pensamos, evita nuestro Derecho".<sup>949</sup>

696. FORMA EN QUE SE PAGAN LOS LEGADOS. A diferencia de lo que acontece en otras partes del mundo, no existe dentro del Código Civil chileno una norma expresa que establezca el orden en que deben ser pagados los legados, lo que determina que cualquier ordenación sea básicamente producto de las orientaciones doctrinarias.<sup>950</sup>

La ordenación que concita mayor coincidencia de opiniones es la siguiente: en primer lugar se paga el exceso de lo dado en razón de legítimas o mejoras; en segundo lugar, las donaciones revocables y legados que el testador haya dado el goce en vida; en tercer término, los legados estrictamente alimenticios; en cuarto lugar, los legados destinados a beneficencia; en quinto término los legados expresamente exonerados por el testador de contribución a las deudas hereditarias; y finalmente se pagan el resto de los legados.<sup>951</sup>

A los efectos de esta ordenación, se toma especialmente en consideración: a) Lo señalado en el artículo 1363, en relación con la contribución de los legatarios al pago de las deudas hereditarias, según antes se ha visto. b) Lo prevenido en los artículos 1193 y 1194, en lo que se relaciona con el pago de legítimas y mejoras. c) Lo dicho en el artículo 1141, en cuanto a donaciones revocables y legados cuyo uso ha sido entregado en vida del donante o testador al donatario o legatario.

Se vuelve así a la idea de legados comunes y privilegiados. Todos los legados aludidos por las normas anteriores gozan de privilegio de pago; el resto son los comunes, y que, por no tener privilegio, se pagan después de que se haya solucionado todo el resto.

<sup>949</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 829.

<sup>950</sup> El artículo 887 del Código Civil español señala a este respecto que "si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados, el pago se hará en el orden siguiente: 1. Los legados remuneratorios. 2. Los legados de cosa cierta y determinada que forme parte del caudal hereditario. 3. Los legados que el testador haya declarado preferentes. 4. Los de alimentos. 5. Los de educación. 6. Los demás a prorrata". También el artículo 3795 del Código Civil argentino establece un orden de pago de los legados, señalando que "si los bienes de la herencia o la porción de que puede disponer el testador, no alcanzan a cubrir los legados, se observará lo siguiente: las cargas comunes se sacarán de la masa hereditaria, y los gastos funerarios de la porción disponible; en seguida se pagarán los legados de cosa cierta, después los hechos en compensación de servicios, y el resto de los bienes o de la porción disponible, en su caso, se distribuirá a prorrata entre los legatarios de cantidad".

<sup>951</sup> Así CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2766, pp. 331 y ss.; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 832 y ss. y ESCOBAR RIFFO, *Del pago...*, cit., pp. 206 y ss.

697. PAGO DEL EXCESO DE LO DADO EN RAZÓN DE LEGÍTIMAS O MEJORAS. El exceso de lo que se ha dado en razón de legítimas o mejoras grava la parte de libre disposición, y este exceso se debe pagar con preferencia a cualquier otra inversión. Si el testador asigna bienes con cargo a las legítimas o a las mejoras, y estas asignaciones superan la mitad legitimaria o la cuarta de libre disposición, este exceso perjudica la parte de libre disposición, y se pagará preferentemente a cualquier otro legado que pueda haberse hecho con cargo a esa cuota de la herencia.

Con todo resulta imprescindible recordar que de acuerdo al inciso primero del artículo 1193, "si lo que se ha dado o se da en razón de legítimas excediere a la mitad del acervo imaginario, se imputará a la cuarta de mejoras, sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios". De modo que si las cosas asignadas por el testador con cargo a la mitad legitimaria, exceden la mitad del acervo hereditario, dicho exceso gravará la cuarta de mejoras, la que, consecuentemente, se verá reducida. Como resultado de esta operación, es probable que las cosas asignadas por el testador con cargo a la cuarta de mejoras, tampoco quepan en ella, caso en el cual el exceso gravará la parte de libre disposición. De ahí que el artículo 1194 disponga que "si las mejoras (comprendiendo el exceso o la diferencia de que habla el artículo precedente, en su caso), no cupieren en la cuarta parte del acervo imaginario, este exceso o diferencia se imputará a la cuarta parte restante, con preferencia a cualquier objeto de libre disposición, a que el difunto la haya destinado". Por tanto, si las mejoras, así establecidas, no caben en la cuarta parte del acervo hereditario, este exceso se imputa a la cuarta parte de libre disposición, con preferencia a cualquier legado que pueda haber hecho el difunto.

Lo que ocurre es que la ley considera, en estos casos, que el testador ha legado el exceso a sus legitimarios y asignatarios de mejoras. En atención a ello es que a estos legados les da preferencia de pago, pues supone que ha sido intención del testador beneficiar primeramente a los que sean legitimarios y asignatarios de mejoras, y luego al resto de los asignatarios.

Por lo tanto, a la hora de pagar los legados, lo primero que debe hacerse es satisfacer este exceso en beneficio de legitimarios y asignatarios de mejoras, en la medida que su pago es preferente a cualquier otra inversión.

En el resto no cabe más que remitirse a todo lo dicho respecto del pago de las legítimas y mejoras.

698. DONACIONES REVOCABLES Y LEGADOS QUE EL TESTADOR HAYA DADO EL GOCE EN VIDA. De acuerdo a los incisos uno y dos del artículo 1141, las donaciones revocables a título singular son legados anticipados, y se sujetan a las mismas

reglas que los legados; y recíprocamente, si el testador da en vida al legatario el goce de la cosa legada, el legado es una donación revocable.

Cuando las donaciones revocables o los legados han sido entregados en vida del donante o del testador al donatario o legatario, según los casos, ellos pasan a tener preferencia de pago. Dice a este respecto el inciso tercero del artículo 1141 que las donaciones revocables y los legados en que se ha dado el goce de la cosa, "preferirán a los legados de que no se ha dado el goce a los legatarios en vida del testador, cuando los bienes que éste deja a su muerte no alcanzan a cubrirlos todos". La preferencia a la que se refiere la norma es a la de pago, por lo que antes de proceder al pago de los otros legados deben pagarse éstos. Naturalmente que las cosas donadas y legadas, cuyo goce se ha entregado, ya estarán en poder del donatario o legatario.

699. LEGADOS EstrictAMENTE ALIMENTICIOS A QUE EL TESTADOR ES OBLIGADO POR LEY. Como se sabe, los alimentos que el causante debe por ley a ciertas personas son bajas generales de la herencia, y en cuanto a tales gravan la masa hereditaria (artículos 959 N° 4 y 1168).

Con todo, bien puede acontecer que el testador imponga la obligación de pagarlos a uno o más partícipes de la sucesión, caso en el que no gravará la masa hereditaria, sino que la parte de libre disposición (artículo 1168). También puede ocurrir que los alimentos asignados fueren mayores a lo que en verdad correspondiere, caso en el que el exceso también se imputará a la parte de libre disposición (artículo 1171.2).

Estos legados, según lo señalado en el inciso final del artículo 1363, solamente contribuyen a las deudas después de todos los otros estrictamente alimenticios a que el testador es obligado por ley, y no entrarán a contribución sino después de todos los otros que menciona la norma. Esto determina que tengan un privilegio a la hora de contribuir a las deudas, lo que correlativamente implica que gozan de una preferencia para su pago.

Si el legado de alimentos favorece a una persona que no tenía derecho a ellos (artículo 1171.1), no tienen este privilegio de pago. El artículo 1363 solamente les otorga esta preferencia a los legados alimenticios a que el testador es obligado por ley, y ése no es el caso del legatario de alimentos voluntarios.

700. LEGADOS DE BENEFICENCIA. Como quedó dicho con ocasión de la contribución de los legatarios al pago de deudas hereditarias, los legados privilegiados quedan postergados con relación a los comunes. Esto hace suponer que un legado que es preferente en el sentido que no concurre al este pago sino a falta o insuficiencia de otros, es también privilegiado en cuanto a su pago, por lo que goza de preferencia este respecto.

Dice el inciso tercero del artículo 1363 que “los legados de obras pías o de beneficencia pública se entenderán exonerados por el testador, sin necesidad de disposición expresa, y entrarán a contribución después de los legados expresamente exonerados”. Esta exoneración en la concurrencia al pago de deudas importa un privilegio de pago.

701. LEGADOS EXPRESAMENTE EXONERADOS DE CONTRIBUCIÓN A LAS DEUDAS. Como se explicó en su momento, el testador puede disponer que un legatario quede exonerado de contribuir al pago de deudas hereditarias e incluso de legítimas y mejoras. Ello no determina necesariamente su completa exoneración de responsabilidad, pues frente a la insuficiencia de los otros legatarios igual podrán ser obligados al pago. Dice el inciso segundo del artículo 1363 que “no contribuirán, sin embargo, con los otros legatarios aquellos a quienes el testador hubiere expresamente exonerado de hacerlo. Pero si agotadas las contribuciones de los demás legatarios, quedare incompleta una legítima o insoluta una deuda, serán obligados al pago aun los legatarios exonerados por el testador”.

Nuevamente el carácter privilegiado del legado no sólo impone que quede postergado en la contribución a las deudas hereditarias o al pago de legítimas y mejoras, sino que también goce de preferencia para ser pagado, después que los hayan sido los que gozan de mayor privilegio.

702. ACCIÓN REIVINDICATORIA DEL LEGATARIO DE ESPECIE O CUERPO CIERTO. El legatario de especie o cuerpo cierto adquiere el dominio de la cosa legada a través del modo sucesión por causa de muerte. Desde el fallecimiento del causante, si es que la asignación no está sujeta a condición suspensiva, el asignatario deviene en propietario de la especie o cuerpo cierto que le ha sido legado.

Si los herederos no proceden a hacerle la entrega del bien, el legatario es un propietario no poseedor. Tiene el dominio, pero está privado *corpus*. Siendo así, es titular de la acción reivindicatoria para exigir la entrega de las cosas de que no está en posesión (artículos 889 y 893).<sup>952</sup>

703. AUSENCIA DE ACCIÓN EJECUTIVA DEL LEGATARIO. Muerto el causante y aceptada la asignación por parte del legatario, éste tiene derecho a exigir que se le haga la entrega material de la o las especies o cuerpos ciertos que le fueron legados y que ahora le pertenecen, y que se le cumpla el crédito si es que de un legatario de género se trata.

Sin embargo, la acción de que dispone el legatario para exigir este cumplimiento, aun cuando conste en un testamento que reúna la condición de escritura pública, no es ejecutiva. Algunos fallos han entendido que los legados no son deudas puras y simples, ni inmediatamente exigibles ni tampoco líquidas, a pesar que sean de una específica cantidad de dinero o de una especie o cuerpo cierto. Lo anterior debido a que en virtud del ya estudiado artículo 1374, pueden existir múltiples eventos que obstaculicen el pago del legado en forma inmediata, como la quiebra de la sucesión, la oposición de terceros y el derecho de los acreedores hereditarios para pagarse preferentemente a los legatarios. Por lo mismo, la sola circunstancia de que el testamento conste de una escritura pública y que se acredite la muerte del causante, no implica que exista a favor del legatario una deuda líquida y actualmente exigible, puesto que para que el legado pueda ser pagado, debe esclarecerse suficientemente las circunstancias que obstan a su entrega.<sup>953</sup>

704. DE LA ENTREGA DE LEGADOS INMUEBLES. Ninguna norma ni del Código Civil ni del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces señala la forma en que debe efectuarse la entrega de los legados consistentes en bienes inmuebles o en derechos reales constituidos sobre ellos. Por mucho que el legatario adquiera el dominio de estos bienes con la sola muerte del causante, ellos siguen estando en poder de los herederos, los que, para cumplir el legado, deben entregarlo<sup>954</sup>. Es más, ni siquiera existe una norma que disponga expresamente la inscripción de los legados.

Los artículos 688 del Código Civil y 55 del Reglamento del Conservador se refieren a inscripciones conservatorias a favor de los herederos, pero no de los legatarios. Tanto el artículo 691.1 del Código Civil como el artículo 79.1 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, referidos a las menciones que debe contener la inscripción de un testamento, señalan que ella comprenderá la fecha de su otorgamiento; el nombre, apellido y domicilio del testador; los nombres, apellidos y domicilios de los herederos o “legatarios” que solicitaren la inscripción, expresando sus cuotas, “o los respectivos legados”. No se refieren, pues, a la inscripción del legado mismo, sino que a la del testamento.

La ausencia de una exigencia expresa en este sentido, ha hecho surgir diversas opiniones en torno a la forma en que debe verificarse la entrega de los legados inmuebles.

<sup>952</sup> Cfr. RDJ, T. 30, 1, p. 436. Con comentario de ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.

<sup>953</sup> Cfr. GT, 1928, s. 159, p. 703 y RDJ, T. 42, 1, p. 474.

<sup>954</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2773, pp. 337 y 338.

a) Una primera corriente de opinión estima que para que se proceda a inscribir el inmueble a nombre de él o los legatarios, basta que se acredite el fallecimiento del testador, el pago del impuesto que grava su asignación y se exhiba copia del testamento judicialmente reconocida. Esta última exigencia se justifica siempre que es precisamente este reconocimiento judicial lo que le confiere verosimilitud a las pretensiones del legatario, pues no debe perderse de vista que en el acto no tienen intervención los herederos. Según esta corriente, no es posible exigir una escritura pública de pago del legado allí en donde la ley no la exige. Ni el Código Civil ni la Ley de Impuesto a las Herencias exigen una escritura pública de pago. Incluso más, ni siquiera se exige por la ley que previamente esté inscrito en el Registro de Propiedad el testamento, pero parece más conforme a los principios generales y al espíritu de la reglamentación del registro que primero se inscriba el testamento y luego el inmueble a nombre del legatario.<sup>955</sup>

En este sentido, afirma SOMARRIVA que "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 ni siquiera 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 tiene 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, y no puede ser de tradición, pues el legatario adquiere el inmueble por otro modo de adquirir: la sucesión por causa de muerte".<sup>956</sup>

b) En contra de lo antes dicho, algunos entienden que la entrega de los inmuebles que han sido objeto de legado, debe hacerse por escritura pública, en la que los herederos den cumplimiento al legado o hagan pago de él; escritura que, posteriormente, deberá ser inscrita en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces que corresponda. Así afirman DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que "la entrega del inmueble legado debe constar por escritura pública,

única forma de ser inscrito el bien raíz legado en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces a nombre del legatario, para llevar la historia de la propiedad raíz".<sup>957</sup>

Las razones que servirían de fundamento para este proceder serían las siguientes: 1) Es habitual que los testadores no individualicen suficientemente los inmuebles que legan, ya que no se menciona ni su inscripción conservatoria ni sus deslindes, menciones que resultan insuficientes a los efectos de su inscripción. 2) El testamento, para el legatario, no es un título indiscutible, pues puede ser objeto de contingencias o eventualidades, como el hecho de que el inmueble incluya construcciones que no están comprendidas en el legado (artículo 1119); o que el legado pueda quedar sin efecto por tener que pagarse en forma previa e íntegra las legítimas, mejoras y deudas hereditarias no habiendo lo suficiente para ello en la sucesión (artículos 959, 1362 y 1374). 3) De conformidad a los artículos 1290 y 1299, los legados deben ser pagados por el albacea, de lo que resulta que debe existir un acto formal de pago, representado, en este caso, por la escritura pública en la que procede a enterarse la asignación.

De acuerdo a esta tesis, entonces, se requeriría que los herederos obtuvieran la posesión efectiva de la herencia, y que ella fuera debidamente inscrita, al igual que el testamento. Luego de ello se procedería a inscribir la escritura pública de pago. Ni aún para esta tesis es necesario proceder a la inscripción especial de herencia, pues el bien no pertenece a los herederos y por lo mismo no debe inscribirse a su nombre.

La práctica es variable, puesto que a veces se procede a la inscripción del legado contra la sola inscripción de la posesión efectiva y del testamento, y en otras ocasiones se procede a suscribir una escritura pública por el albacea o los herederos en la que se da cuenta de la entrega del legado al legatario.

A pesar que inicialmente alguna sentencia consideró necesaria la escritura pública de pago del legado<sup>958</sup>, un fallo de la Corte Suprema, de fecha 21 de diciembre de 1993, siguiendo la primera opinión doctrinal citada, y concretamente al profesor SOMARRIVA, ha resuelto que no es necesaria la escritura pública de pago. Dicho pronunciamiento señala que la "actora en esta causa, como legataria de especie o cuerpo cierto conforme a los artículos 588, 951 y 1084 del Código

<sup>955</sup> Cfr. CLARO LAGARRIGUE, *De los legados...*, cit., pp. 206 y ss.

<sup>956</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 284. Esa es la solución que expresamente sigue la Ley Hipotecaria española, que después de una reforma introducida en el año 1909, dispone, en el inciso cuarto de su artículo 20, que "no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan los intereses ajenos en la forma permitida por las leyes".

<sup>957</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 831. En igual sentido ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., p. 6. Otros, yendo más lejos, han creído que por medio de la sucesión, el legatario solamente adquiere un crédito en contra de los herederos, pero no el legado mismo, el que solamente se adquiriría por la tradición que le hacen los herederos, lo que requeriría de escritura pública inscrita. Así MARCHANT S., A., *De la entrega de los legados*, memoria, Universidad de Chile, 1915, pp. 23 y 24.

<sup>958</sup> Cfr. RDJ, T. 50, 2, p. 84.

Civil, adquirió el bien raíz legado por el solo fallecimiento del causante por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte sin que para ello requiera la inscripción a su favor del inmueble en el Conservador de Bienes Raíces, porque ello se exige sólo para la continuidad de la historia del bien raíz. En esta materia tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido uniformes al considerar que los bienes legados válidamente no forman parte de la masa hereditaria que se adquiere por los herederos también al momento de la delación de la herencia, esto es al fallecimiento del causante (...). En los legados de inmuebles no es necesaria la inscripción especial de herencia. Como se efectúa la entrega de este legado se vio en otra oportunidad que el artículo 688 exige inscribir los inmuebles hereditarios a nombre de todos los herederos. Legado un inmueble no tiene por qué inscribirse en el Registro del Conservador de Bienes Raíces a nombre de todos los herederos pues él no forma parte de la indivisión hereditaria: en efecto el legado de especie o cuerpo cierto, se adquiere por el solo fallecimiento del causante y en consecuencia muerto éste, el inmueble sale de la universalidad de la herencia. Más adelante este autor señala bastaría para la inscripción a nombre del legatario la sola presentación del testamento. En efecto el legatario adquiere la especie o cuerpo cierto por el fallecimiento del causante, su título de dueño emana de éste y no de los herederos, máxime cuando éstos no tienen derecho alguno sobre dichas especies".<sup>959</sup>

Como se advierte, la sentencia da por establecido que a los efectos de la inscripción del legado no es necesaria una escritura pública, bastando la presentación del testamento en el que se instituye el legado.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 1 de diciembre de 2006, cuando señala que debe hacerse una clara distinción entre el legado de especie o cuerpo cierto y los derechos hereditarios sobre los bienes de dicha herencia, porque el legado de especie o cuerpo cierto, que no forma parte de la indivisión hereditaria, "se adquiere por el solo fallecimiento del causante y muerto éste el inmueble sale de la universalidad de la herencia. En estricto derecho no tiene por qué inscribirse a nombre de todos los herederos, sin perjuicio que deba inscribirse a nombre directamente del legatario o legatarios si son varios o más de uno, para efectos propios de la historia de la propiedad raíz. Su título emana del fallecimiento del testador siendo el modo de adquirir, la sucesión por causa de muerte. En la práctica, se opera de manera distinta y burocrática, pero no hay duda que no es la tradición el modo de adquirir".<sup>960</sup>

<sup>959</sup> Causa caratulada *Contreras Duarte con Saavedra Quintana* (se desconoce el número de Rol).

<sup>960</sup> La Corte Suprema desestimó los recursos en contra de esta sentencia el 10 de noviembre de 2009 (LegalPublishing 41255).

705. DISPOSICIÓN DEL INMUEBLE LEGADO. Resulta suficientemente claro que el legatario de una especie o cuerpo cierto, como lo es un inmueble determinado, adquiere su dominio por la sola muerte del causante y con independencia de cualquier inscripción conservatoria. Para ser dueño no necesita inscribir a su nombre, aun cuando esto resulte lo más recomendable para gozar de todas las ventajas de la posesión inscrita.

El problema se origina, sin embargo, si el legatario quiere disponer de su derecho a favor de un tercero, porque, por ejemplo, quiere vender el inmueble que se le ha legado, lo quiere aportar en una sociedad, o lo quiere dar en hipoteca o gravarlo con usufructo o servidumbre. En este evento ¿debe o no el legatario inscribir previamente a su nombre el inmueble legado? Las respuestas tampoco son uniformes.

a) Entiende CLARO SOLAR que la obligación de inscribir el legado inmueble a nombre del legatario está implícita en una serie de normas. Del artículo 688 del Código Civil y del artículo 55 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, resulta que es necesario inscribir la posesión efectiva a nombre de los herederos, y si la sucesión es testada también debe inscribirse el testamento. Por otra parte, de acuerdo al artículo 691 del Código Civil y 79 del citado Reglamento, la inscripción del testamento debe incluir la fecha de su otorgamiento, individualización del testador y el nombre de los herederos y legatarios, expresando sus cuotas en los respectivos legados. De esto resultaría que la inscripción del inmueble a nombre del legatario es necesaria, y no puede sin ella disponer de sus derechos en el inmueble.<sup>961</sup>

b) En contra de esta tesis creen ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC que "ninguna duda cabe que es común la razón para exigir la inscripción de herencias y legados; en ambos casos la inscripción tendería a conservar la historia completa de las traslaciones o mutaciones del dominio de los bienes raíces; pero la letra de la ley, que es de derecho estricto por consagrar formalidades y restricciones, lleva a otra conclusión que la sentada por el señor CLARO SOLAR. En efecto, el artículo 691 sólo se ocupa de las menciones esenciales del testamento que es necesario registrar, y el artículo preciso (el 688) que trata de las inscripciones del heredero, en ninguna parte alude al legatario y menos expresa que no pueda disponer del inmueble legado sin la inscripción previa del título. Por otro lado, como se ha hecho notar, la inscripción del testamento, que se hace al mismo tiempo que la de la resolución de posesión efectiva, sólo se efectúa en el Registro del Conservador del territorio en que la última fue concedida, esto es, en donde tuvo su último domicilio el causante, y no, además, en el Registro del territorio a que por su

<sup>961</sup> Cfr. ob. cit., T. VII, N° 769, p. 382.



situación pertenece el inmueble; consecuentemente, la inscripción del testamento como título del legado no servirá para mantener la continuidad del registro cuando el territorio en que se encuentra el inmueble legado no fuera el mismo que constituía el último domicilio del testador".<sup>962</sup>

Indudablemente en esta materia la realidad choca con los principios generales, pues si bien es cierto que los legatarios de inmuebles que constituyen especies o cuerpos ciertos se hacen dueños de sus legados por muerte del causante, no es menos cierto que si quieren disponer de ellos la inscripción a su nombre debe ser hecha. El artículo 80 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces señala que "siempre que se transfiera un derecho antes inscrito, se mencionará en la nueva, al tiempo de designar el inmueble, la precedente inscripción, citándose el Registro, folio y número de ella". Por eso lleva la razón PEÑAILILLO cuando afirma que "en la práctica cuando el legatario de la especie inmueble quiere 'disponer', enajenar, tendrá que efectuar la tradición; y tendrá que hacerlo mediante inscripción. Si ya se ha dicho que —en tesis más fundada— no requiere inscripción previa a su nombre, puede notarse que se está practicando inscripción a nombre de otro sin que el tradente tenga inscripción a su nombre. Entonces, después de toda aquella discusión y no obstante la bondad de la argumentación para sostener que no requiere previa inscripción, se tropieza con un obstáculo registral al querer consumar la enajenación; el Conservador puede negarse a inscribir, con lo dispuesto en el art. 14 del Regl.: se trataría de inscribir un título que no emana de quien aparece —según el Registro— como dueño o actual poseedor. Nótese que en este caso el legatario es, substantivamente, dueño (por sucesión por causa de muerte), pero, registralmente, no aparece como tal no como poseedor. Así, pues, el citado art. 14 del Regl., precepto importante en la organización del Registro porque contribuye a mantener el encadenamiento de las inscripciones, viene a constituir un argumento muy contundente para concluir en la necesidad de inscripción previa. Por cierto, esa inscripción previa no se justifica en la substancia del derecho (él es el dueño por sucesión), pero sí en el aspecto formal de la organización del Registro".<sup>963</sup>

<sup>962</sup> *Tratado...*, T. I, cit., p. 283.

<sup>963</sup> *Los bienes...*, cit., pp. 209 y 210.

706. PLANTEAMIENTO. Está claro que las deudas hereditarias se dividen de pleno derecho entre los herederos, y, por regla general, según la cuota que les cabe en la herencia (artículo 1354). No ocurre lo mismo con los créditos que podía tener el causante en contra de terceros, pues al respecto existen disposiciones que pueden considerarse como confusas.

El inciso tercero del N° 4 del artículo 1526, señala que los herederos del acreedor si no entablan conjuntamente la acción en contra del deudor, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas. Ello hace pensar que, al igual que lo que acontece con las deudas, los créditos del causante se dividen entre los herederos en proporción a la parte que les corresponde en la herencia. El heredero de un tercio solamente podría cobrar al deudor un tercio del crédito, pero no más.

Ello es congruente con lo señalado en el artículo 1357, que dispone que si uno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, sólo se confundirá con su porción hereditaria la cuota que en ese crédito o deuda le quepa, y tendrá acción contra sus coherederos a prorrata por el resto de su crédito, y les estará obligado a prorrata por el resto de su deuda.

De modo que si el causante era acreedor por \$ 10.000.000 y deja a cuatro herederos que lo suceden por partes iguales, el crédito se divide entre ellos en esta misma proporción, y cada uno de ellos puede cobrar al deudor una cuarta parte de este crédito; esto es, la suma de \$ 2.500.000.

Sin embargo, el artículo 1344 señala que "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieran cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión". "Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena".

De lo anterior se colige que si el causante era dueño de un crédito, este crédito no se divide de pleno derecho entre los herederos, sino que él se distribuye en la

partición, y puede ser adjudicado a un heredero en particular, quien se entiende acreedor desde el momento mismo de la apertura de la sucesión. La norma sienta el conocido efecto declarativo de la partición, según el cual al adjudicatario se le tiene por propietario de la cosa adjudicada desde antes del inicio de la comunidad, como si ella nunca hubiere existido. De esta forma, por la partición no se hace más que declarar un dominio que el adjudicatario siempre tuvo. Así, el crédito de \$ 10.000.000 no se dividirá de pleno derecho entre los cuatro herederos del causante. Mientras dure la indivisión, ellos solamente podrán cobrarlo actuando conjuntamente. Ninguno de ellos puede, en este período, cobrar sólo su cuota. Solamente una vez que haya sido adjudicado a uno de ellos, él podrá iniciar la gestión de cobro por el total.

707. LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA. La doctrina nacional no termina de unificarse en torno a esta controvertida cuestión. La contrariedad entre lo sancionado por el artículo 1344 y lo previsto en el inciso tercero del número 4 del artículo 1526, ha dado pábulo para diversas interpretaciones. Una primera tesis, acaso la más antigua, le da primacía al artículo 1344, lo que implica la ausencia de una división de los créditos de pleno derecho, siguiendo los créditos hereditarios la misma suerte que el resto de las cosas que componen el activo de la masa hereditaria. Otra explicación, en cambio, privilegia la regla del artículo 1526 N° 4.3, lo que trae aparejada como lógica consecuencia la división crediticia. Sin embargo, la tesis que hoy por hoy parece atraer mayor número de opiniones favorables, es la que podría denominarse ecléctica, en la medida que pretende armonizar el contenido del ambos preceptos, afirmando que la norma del artículo 1526 N° 4.3, solamente rige las relaciones entre los coherederos y el deudor, pero que los efectos entre los coherederos quedan subordinados al artículo 1344, con lo que acontece, en este último aspecto, que los créditos siguen la misma regla de todo el resto del activo hereditario.

708. LA PREEMINENCIA DEL ARTÍCULO 1344. En el plano doctrinario ALESSANDRI ha sostenido, en una tesis que hoy parece ser aislada, que debe darse preferencia al artículo 1344 por sobre el 1526 N° 4.3, ya que nuestro Código no establece una división de los créditos hereditarios de pleno derecho al estilo de lo que acontece con las deudas de la herencia.

Explica este autor que “la herencia es una universalidad jurídica distinta de los elementos que la componen. Los derechos o cuotas de los herederos se ejercen en la universalidad y no en bienes determinados: el heredero es dueño de una parte alicuota de la herencia y no de una parte de los bienes que comprende, su cuota es

abstracta o intelectual y no material”. “El derecho de cada heredero sobre los bienes hereditarios se determina mediante la partición: en virtud de ella cada uno se reputa haber poseído inmediata y exclusivamente, desde la delación de la herencia, los que le cupieron en la división y no haber tenido jamás parte alguna en los demás (artículo 1344 del Código Civil)”. “Estos principios, que no admiten discusión tratándose de cosas corporales, son aplicables también a los créditos hereditarios. El artículo 1344 habla de efectos, sin distinguir. Esta expresión significa, según su sentido natural y obvio, bienes muebles, enseres: comprende pues las cosas corporales e incorpóreas”. “Por consiguiente, los créditos no se dividen de pleno derecho entre los herederos del acreedor por el hecho de su muerte; si así fuere no se podría producir el efecto señalado por el artículo 1344 del Código Civil, ya que en virtud de esa división cada heredero pasaría a ser dueño de su cuota desde la delación de la herencia”.<sup>964</sup>

En este mismo sentido señala URRUTIA que “en nuestro derecho, la ley no divide los créditos activos, pues es la partición la que determina el derecho en ellos, a semejanza de lo que sucede con todo el activo. La ley sólo divide la responsabilidad de los copartícipes de la herencia; así, el heredero del tercio responde, por ministerio de la ley, del tercio de las deudas hereditarias, cualesquiera que sean las cesiones hechas o los acuerdos de los herederos, y aun cuando al heredero del tercio nada se le adjudique en la partición”.<sup>965</sup>

Siguiendo esta línea, resultaría imposible que alguno de los coherederos pudiese cobrar la cuota que le cabe dentro de un crédito que perteneció al causante, por la sencilla razón de que mientras dura la comunidad, la cuota que sobre ella tiene el heredero no se radica en ningún bien en particular, ni, por lo mismo, en una parte del crédito. En este escenario, sólo podría concluirse que la regla del artículo 1526 N° 4.3, queda sin aplicación, por ser inconciliable con las normas que gobiernan la comunidad hereditaria.

709. LA PREFERENCIA DEL ARTÍCULO 1526 N° 4.3. A diferencia de lo antes afirmado, ciertos autores entienden, sobre la base de lo expresamente señalado en el inciso tercero del número 4 del artículo 1526, que los créditos hereditarios se dividen de pleno derecho entre los herederos<sup>966</sup>. Es la opinión de MEZA BARROS,

<sup>964</sup> Cfr. ALESSANDRI RODRIGUEZ, A., *Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de mayo de 1933*, en RDJ, T. 30, 1, p. 425.

<sup>965</sup> URRUTIA, *Cesión de derecho hereditario*, cit., p. 230, nota 1.

<sup>966</sup> Esta era la regla del Derecho Romano. Señala GUZMÁN que “la confusión hereditaria afecta a los créditos transmisibles que fueron del causante, que se hacen ahora del o los herederos, si son varios. En este

quien afirma que “los créditos del difunto se dividen también automáticamente entre los herederos. Cada heredero, por consiguiente, podrá cobrar su parte o cuota en el crédito sin esperar la partición y, recíprocamente, el deudor no podrá excusarse de cumplir la obligación a pretexto de que el crédito no se ha adjudicado, en todo o parte, al heredero que reclama el pago de su cuota”. “Esta conclusión fluye del art. 1526 N° 4. En los casos de indivisibilidad de pago a que la disposición se refiere, los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, “no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas”. A *contrario sensu*, cada uno de los herederos, individualmente, podrá demandar el pago de esta cuota. Con mayor razón la regla ha de regir para las obligaciones simplemente conjuntas”.<sup>967</sup>

En sentido semejante, y refiriéndose a lo señalado en el artículo 1344, explica RODRÍGUEZ que “estimamos que esta disposición no se opone en absoluto a la división *ipso jure* de los créditos hereditarios. Cada heredero sucede inmediata, directa y exclusivamente al causante en la parte o cuota del crédito que le corresponde y, por lo mismo, cada uno de ellos no ha tenido jamás la parte o cuota de los demás coasignatarios. Todo ello se “reputa”, dice la ley; esto significa que se presume. De suerte que si entre los coherederos acuerdan, o ello se establece en acto particional, que sólo uno de los herederos será titular del crédito, la presunción de esta disposición se disipa por medio del acto expreso de adjudicación. Lo que interesa es otra cosa. Que la adquisición que el heredero hace directamente del causante sin que exista jurídicamente un período de coposesión o indivisión. Nada de esto queda afectado por la división *ipso jure* de los créditos de los herederos”. “La adjudicación es la singularización del derecho de cada asignatario en la sucesión. A través de ella, cada heredero se hace dueño exclusivo de aquello que, en definitiva, le corresponde. La adjudicación opera respecto de aquellas cosas que requieren de singularización, ya que por naturaleza no pueden dividirse. Este es el espíritu de la ley. Nada impide, por cierto, que un crédito por voluntad de los herederos se adjudicado íntegramente a un heredero, pero si tal no

Continuación nota <sup>966</sup>

último caso, se les aplica el mismo principio de origen arcaico que a las deudas: *nomina ipso iure dividuntur*, supuesto que sean de prestación divisible, caso en el cual, pues, cada heredero sólo puede exigir el respectivo crédito en proporción a su cuota hereditaria, quedando obligado el deudor a pagar su cuota a cada coheredero; esto significa que tales créditos no entran en la partición de la herencia. En la hipótesis de ser indivisible la prestación, rige el principio de la solidaridad: cualquier heredero puede demandar *in solidum* al deudor, quien debe cumplir por entero a cualquier heredero” (*Derecho Privado Romano*, T. II, cit., pp. 552 y 553).

<sup>967</sup> *Manual...*, cit., pp. 441 y 442.

ocurre, dicho crédito debe entenderse dividido entre todos los herederos a prorrata de su parte en la herencia”.<sup>968</sup>

Con todo, acercándose mucho a la tesis que trata de armonizar ambos preceptos y a lo que pareciera ser la correcta doctrina, agrega este último autor que “el efecto declarativo de la adjudicación, por tanto, no se opone a la división *ipso iure* de los créditos ni puede constituir una razón para sostener que los créditos permanecen indivisos entre los herederos hasta que ellos les sean adjudicados”. “Sin embargo, la división de los créditos entre los herederos tendrá efecto importante en la partición, ya que cada uno de ellos, al cobrar su parte o cuota en el crédito o aceptar el pago separadamente, habrá recibido, singularizadamente, una parte de su asignación, debiendo ella ser computada en el proceso particional (...) No vemos nosotros, como se afirma por los autores, una discrepancia insalvable entre el artículo 1526 N° 4 inciso 3° y el artículo 1344. Por el contrario, hay entre ellos perfecta armonía y complementación”.<sup>969</sup>

710. LA TESIS ECLÉCTICA. A diferencia de todo lo antes señalado, algunos autores tratan de armonizar las disposiciones de los artículos 1344 y 1526 N° 4.<sup>970</sup> Reconocen que, fallecido el acreedor, nace el derecho para sus herederos de cobrar la parte o cuota del crédito que les corresponda según el artículo 1526; es

<sup>968</sup> *Instituciones...* Vol. 2, cit., pp. 196 y 197.

<sup>969</sup> *Ibidem*, pp. 197 y 198.

En un sentido harto parecido explica SILVA SEGURA que no se advierte una verdadera contradicción entre el artículo 1344 y el inciso final del número 4 del artículo 1526. Afirma que “durante la indivisión los créditos pertenecen a los comuneros por partes, a prorrata de sus cuotas; pero si habiendo partición los comuneros acuerdan adjudicar a uno o más de ellos el total de un crédito, el adjudicatario se reputará haber sido siempre dueño del crédito adjudicado”. “No conciliamos el artículo 1344 con el 1526, pues no vemos entre ellos ninguna contradicción. El artículo 1526 expresa que los créditos hereditarios se dividen entre los herederos; el 1344 no dice nada que permita concluir que no se dividen. La expresión ‘efectos’ no hace más que ampliar el alcance de dicha ficción, pero no obliga a que los créditos entren en la partición (...) si los herederos se conforman con la división legal que opera de los créditos, por ser perfectamente divisibles, no se aplicará a los créditos el artículo 1344, pues no habrá adjudicaciones. Ahora bien, si ellos acuerdan, pese a la división legal, repartirse en otra forma en la correspondiente partición, se aplicará el artículo 1344 una vez terminada la partición, ya que la expresión ‘efectos’ incluye a los créditos, pero, repetimos, no obliga a que éstos sean adjudicados en partición, único caso en que estaría en pugna con lo dispuesto en el artículo 1525, N° 4, inciso final” (ob. cit., pp. 130 y 131).

<sup>970</sup> Al decir de ABELIUK ésta es la tesis mayoritaria. Explica que si bien el inciso final del número 4 del artículo 1526 parece indicar que los créditos se dividen de pleno derecho entre los herederos, “la mayoría de los autores opinan que esto rige únicamente en las relaciones de los herederos con el deudor, pero no entre ellos; en consecuencia, entre los asignatarios universales se aplica la regla general de los bienes hereditarios y permanecen en indivisión hasta que la partición los asigne a uno o más de ellos, con el efecto retroactivo propio de ésta que hace al asignatario suceder en el dominio directamente al causante (art. 1344)” (*Las obligaciones...*, cit., T. I, p. 363, nota 421).

decir, en las relaciones con el deudor, prima la división del crédito impuesta por el número cuatro de esta última norma. Por el contrario, en lo que hace a las relaciones entre los herederos, se aplica el artículo 1344, y este crédito debe ser incluido en la partición y puede ser adjudicado a un heredero, el que se reputará único titular desde el fallecimiento del causante, quedando sin efecto los actos de disposición del crédito que puedan haber hecho los otros herederos.

A este respecto explica SOMARRIVA que "lo dicho significa que en las relaciones de los coherederos con el deudor del crédito se divide de pleno derecho al momento del fallecimiento del causante. En consecuencia, el pago que haga el deudor a uno de los herederos de una cuota del crédito, sea voluntario o hecho en virtud de un juicio que le ha seguido el acreedor, es un pago válido definitivo, que libera al deudor. Asimismo, si el deudor hereditario es acreedor personal de uno de los herederos, se extinguirá por compensación la cuota de la deuda. Así por ejemplo, Pedro, Juan y Diego, herederos, tienen un crédito por \$ 30.000 contra Antonio, quien a su vez, es acreedor por \$ 10.000 contra Pedro; querrá decir, entonces, que habría compensación entre Antonio y Pedro, y a Antonio sólo le podrían cobrar Juan y Diego los \$ 20.000 restantes". "Por el contrario, en las relaciones de los herederos entre sí los créditos no se dividen, ellos permanecen indivisos hasta el día de la partición. Y si al efectuarse ésta se incluye un crédito en la hijuela de alguno de los herederos, en virtud del efecto declarativo de la partición que contempla el art. 1344 se entiende que el crédito lo ha adquirido el adjudicatario directamente del causante y, por lo tanto, los actos de disposición del crédito que hayan hecho otros herederos, o el embargo trabado por un acreedor de éstos, caducarán". "Creemos que esta doctrina se ajusta a la ley a la conveniencia práctica. Por una parte, es perfectamente lógica al limitar el art. 1526, que por su misma ubicación es claro que está reglamentando los efectos de la obligación; y por la otra, al darle aplicación al art. 1344, vela por la igualdad entre los coparticipes, lo que es preocupación constante del legislador".<sup>971</sup>

En el mismo sentido ya había escrito antes BARRIGA que no cabe dudas que "los herederos del acreedor pueden exigir el pago de la deuda a prorrata de sus cuotas, lo que envuelve en sí la división de los créditos entre los herederos; pero es menester circunscribir dicho principio a la materia a que se refiere, determinando su alcance y armonizándolo con la naturaleza jurídica de la herencia y de los derechos y con los efectos de la partición, con lo cual sería inconciliable ese principio si se aplicara sin atenuaciones y bajo todos sus aspectos". "Establecida esa

conclusión es necesario determinar el alcance del principio armonizando el artículo 1526 con el artículo 1344 que determina los efectos de la partición, sin perder de vista la naturaleza jurídica de la herencia y de los derechos hereditarios (...) Debemos examinar aquel principio bajo un doble aspecto: de las relaciones de los herederos con el deudor y de las de aquellos entre sí las primeras regidas por el artículo 1526 y las segundas por el artículo 1344". "En las relaciones de los coherederos con el deudor el crédito hereditario se divide de pleno derecho en el momento mismo de fallecer el causante y por eso cada cual tiene derecho a exigir el pago de la deuda a prorrata de sus cuotas y el deudor está facultado para pagarles en esa proporción: es lo que se dispone el artículo 1526". "En las relaciones de los coherederos entre sí, esa disposición no tiene efecto, el crédito no se divide entre ellos por la muerte del causante y para determinar el derecho que sobre los créditos a cada cual corresponde será necesario esperar los resultados de la partición: cuyos efectos se determinan en el artículo 1344". "La ley en el artículo 1526 regla las relaciones de los herederos de una de las partes, no entre sí, sino con respecto de la otra parte; indica la porción del crédito cuyo pago podrá exigir cada heredero independientemente de la forma como en definitiva deba distribuirse entre ellos. Se trata en ese precepto de una cuestión de obligación y no de contribución, como dicen los juristas". "En esa forma se armonizan los artículos 1526 y 1344, distinguiendo los derechos que para exigir el pago corresponden a los diversos herederos, del derecho mismo que en este carácter le corresponde sobre los créditos y del que en definitiva adquieren según los resultados de la partición, cuyos efectos declarativos obran con retroactividad".<sup>972</sup>

También CLARO SOLAR sostiene esta tesis, afirmando que la correspondencia y armonía de las disposiciones de los artículos 1344 y 1526 se obtiene si se les da la aplicación que les corresponde. "El art. 1526 regula las relaciones de los herederos del acreedor con el deudor y establece como hemos dicho que cada uno de los herederos del acreedor no puede exigir del deudor, siendo divisible la obligación, sino el pago a prorrata de su cuota hereditaria: el art. 1344 regla las relaciones de los herederos del acreedor entre sí, autorizándoseles para disponer de los créditos no pagados en la forma que estimen más conveniente; y estableciendo que cada heredero se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en la totalidad de los créditos que le han cabido en la partición como parte integrante de su lote y no haber tenido parte alguna en los créditos que han cabido a sus

<sup>971</sup> *Indivisión y partición...*, cit., p. 35.

<sup>972</sup> BARRIGA ERRÁZURIZ, G., *Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de mayo de 1933*, en RDJ, T. 30, 1, pp. 430 y 431.

coherederos, si nada le han pagado de ellos los deudores, pago que, al haberse efectuado, figuraría en el entero de su hijuela".<sup>973</sup>

711. LA JURISPRUDENCIA. Las sentencias de nuestros tribunales tampoco han puesto mucha claridad en la materia, en la medida que ellas no se han pronunciado uniformemente sobre este aspecto.

Las primeras sentencias, con fundamento en lo señalado por el artículo 1344, siguieron la tesis de la indivisibilidad de los créditos hereditarios. En este sentido resolvió la Corte Suprema, en sentencia de fecha 7 de agosto de 1907, que "en toda sucesión por causa de muerte las cuotas de los herederos se hallan determinadas por el testamento o por la ley desde el momento en que la herencia se le defiende, pero tal determinación, que es meramente intelectual, dice sólo relación con la universalidad de la herencia, y no con respecto a cada uno de los bienes o casos singulares que la componen, en los cuales bienes y cosas los herederos testamentarios o abintestato, tienen únicamente un derecho de condominio indiviso que corresponde a todos los copartícipes y que respecto de terceros sólo pueden ejercitar en conjunto o a nombre de la comunidad. La partición de la herencia es el medio señalado por la ley para liquidarla y para personificar en cada heredero el dominio sobre determinados bienes de la sucesión. Mientras la partición no se verifica, ningún heredero puede atribuirse dominio exclusivo sobre un determinado bien de la herencia o sobre una cuota de él. Por consiguiente, uno de los herederos de una herencia indivisa, que es dueña de un crédito, no puede cobrar ejecutivamente su cuota en dicho crédito, porque el constituye a su favor una deuda líquida y actualmente exigible y carece por tanto de acción ejecutiva".<sup>974</sup>

Diez años más tarde, en fallo de fecha 23 de noviembre de 1917, la Corte Suprema mantuvo la doctrina antes señalada, al sentenciar que uno o varios coherederos no podían demandar la parte o cuota de un crédito que antes pertenecía al causante si previamente "no se efectúa la respectiva liquidación y distribución de la herencia".<sup>975</sup>

En cambio, algunos años más tarde la Corte de Apelaciones de Talca admitió la división de los créditos hereditarios entre los herederos al estilo de lo que acontece con las deudas, dando preferencia al artículo 1526 N° 4.3 por sobre el artículo 1344. En sentencia de fecha 17 de julio de 1924 señaló esta Corte que "cuando la ley dispone que los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su

acción, no podrán exigir sino a prorrata de sus cuotas, reconoce y estatuye que por el solo hecho del fallecimiento del acreedor se produce de pleno derecho la división del crédito entre los herederos en la proporción en que cada uno de ellos lo es y no tienen por qué dichos créditos ser incluidos entre los bienes partibles, salvo acuerdo unánime al respecto".<sup>976</sup>

La misma Corte de Apelaciones de Talca, doce años después, reafirmó esta doctrina en sentencia de 1 de abril de 1936, señalando que el ni el artículo 1344 ni el artículo 718 se oponen a lo dispuesto en la parte final del artículo 1526, N° 4, "ya porque ésta faculta especialmente al heredero del acreedor para cobrar su cuota en el crédito, ya porque la última disposición hace innecesaria la división del crédito con arreglo a la leyes de la partición, pues ésta se efectúa automáticamente por el hecho de cobrar cada heredero su cuota".<sup>977</sup>

La Corte Suprema, en la comentada sentencia de fecha 4 de mayo de 1933, sin explayarse mayormente sobre la cuestión, abandona su tesis inicial y —rechazando un recurso de casación deducido por el demandado en contra de la sentencia librada por la Corte de Apelaciones de Temuco— sostiene que un coheredero puede demandar al deudor de la comunidad por la parte que le corresponde en su crédito, a prorrata de su cuota en la comunidad.<sup>978</sup> Así las cosas, pareciera ser ésta la doctrina jurisprudencial vigente, al menos en lo que dice relación con los efectos respecto de terceros.

<sup>973</sup> Ob. cit., T. 17, N° 2602, pp. 208 y 209.

<sup>974</sup> RDJ, T. 5, 1, p. 282.

<sup>975</sup> RDJ, T. 15, 1, p. 277.

<sup>976</sup> GT, 1924, segundo semestre, s. 98, p. 484.

<sup>977</sup> GT, 1936, primer semestre, s. 81, p. 361.

<sup>978</sup> RDJ, T. 30, 1, p. 425.

CAPÍTULO 55  
BENEFICIO DE SEPARACIÓN

712. CONCEPTO. El beneficio de separación es el que se concede a los acreedores hereditarios y testamentarios para solicitar que los bienes hereditarios no se confundan con los bienes propios del heredero, con el objeto de pagarse con preferencia a los acreedores personales del heredero respecto de los bienes hereditarios.<sup>979</sup>

Dispone el artículo 1378 que “los acreedores hereditarios y los acreedores 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”.

No se trata de una separación absoluta y a todo evento, sino que el objetivo es separar ambos patrimonios con el propósito de que los acreedores testamentarios y hereditarios se paguen preferentemente con el patrimonio del causante, lo que no implica que una vez agotado, estos acreedores no se puedan dirigir en contra de los bienes del heredero, ni que si hay un sobrante los acreedores del heredero no puedan dirigirse entonces contra estos bienes. En otras palabras, su objeto es dar preferencia de pago a los acreedores hereditarios y testamentarios sobre el patrimonio del causante, pero no se trata de una exclusividad permanente, puesto que una vez pagados sus créditos, los acreedores del heredero podrán proceder en contra del sobrante.

713. FUNDAMENTO. Dentro del derecho de las obligaciones el beneficio de separación es un derecho auxiliar junto a las medidas conservativas o de custodia, la acción oblicua o subrogatoria y la acción pauliana o revocatoria. Encuentra su

<sup>979</sup> Matices más matices menos es la concepción generalizada de la doctrina (cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2777, p. 343; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 77 y 78; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 462; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 174 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 647.

origen como tantas otras instituciones en el Derecho Romano. La *bonorum separatio*, era un incidente que debían promover los acreedores de la sucesión en el juicio que seguían los acreedores personales del heredero en su contra para liquidar sus bienes, llamado *bonorum venditio*. Por medio de este incidente se conseguía la separación de los bienes del *as* hereditario de los bienes propios del heredero, evitándose la confusión entre ambos.

La razón por la que se concede este beneficio no es difícil de explicar. Al producirse la sucesión del heredero respecto del causante, los bienes de uno y otro se confunden formando un solo patrimonio. A partir de ello, los acreedores del heredero dispondrán ahora de un mayor patrimonio sobre el cual pueden hacer efectivo sus créditos. Esto puede ser perjudicial para los acreedores hereditarios y testamentarios, los que concurrirán conjuntamente con los acreedores del heredero respecto de todo este patrimonio. Si el heredero tenía un pasivo considerable, podría ocurrir que los herederos testamentarios y hereditarios resulten perjudicados. Los acreedores personales del heredero podrían consumir todo el patrimonio del heredero y del causante. Mediante este beneficio, lo que se persigue es evitar la confusión mencionada, a objeto que los acreedores hereditarios y testamentarios se paguen preferentemente con los bienes que eran del difunto.

714. NATURALEZA JURÍDICA. Mucho se ha discutido cuál es la naturaleza jurídica atribuible a la institución del beneficio de separación.

Algunos han pensado que se trata de un verdadero privilegio en beneficio de los acreedores hereditarios y testamentarios, pues les permitiría pagarse antes que los acreedores personales del heredero.<sup>980</sup>

Sin embargo, tal afirmación no resulta convincente dada la caracterización de los privilegios. Los privilegios nacen con el crédito mismo, y no después. En este sentido el crédito es privilegiado desde su origen. No ocurre lo mismo con el beneficio de separación, el que se gana por los acreedores hereditarios y testamentarios después de nacido el crédito, y una vez muerto el deudor. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, ocurre que el privilegio se mantiene con independencia de la actitud del acreedor titular del crédito. Esto tampoco es propio del beneficio de separación, el que solamente puede ganarse si el acreedor lo quiere. Finalmente, debe tenerse en cuenta que los privilegios se hacen valer fren-

<sup>980</sup> Parece entenderlo así, CLARO SOLAR cuando afirma que "el beneficio de separación de patrimonios constituye así un privilegio que da a los acreedores hereditarios y testamentarios del *de cuius* la preferencia sobre los acreedores personales del heredero para pagarse de sus créditos ejercitando sus acciones sobre bienes hereditarios" (ob. cit., T. 17, N° 2857, p. 409). También MAZEAUD califica a este beneficio como "el privilegio de la separación de patrimonios" (*Leçons...*, cit., pp. 516 y ss.).

te a otros acreedores del mismo deudor. Esto tampoco acontece en el beneficio de separación, el que se hace valer ante los acreedores personales del heredero.

Es por lo anterior que la mayor parte de los autores se inclina por pensar que se trata tan sólo de una preferencia de pago, que nace de un mero reconocimiento legal a favor de los acreedores hereditarios y testamentarios. Esta preferencia solamente se puede hacer valer en contra de los acreedores del heredero, pero no es inherente al crédito, el que mantiene la misma naturaleza que tenían hasta antes de la concesión del beneficio de separación.<sup>981</sup>

Por lo demás, ésta es la solución que más se aviene con nuestras disposiciones legales. De acuerdo a la parte final del artículo 1378 este beneficio da derecho a quienes lo han obtenido para que se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias "con preferencia" a las deudas propias del heredero. De la misma forma, según el artículo 1383, los acreedores hereditarios y testamentarios solamente podrán proceder en contra de los bienes del heredero una vez que "se hayan agotado los bienes a que dicho beneficio les dio un derecho preferente".

715. TITULARES DEL BENEFICIO. En los términos del artículo 1378 el beneficio de separación corresponde a todos los acreedores testamentarios y hereditarios. Nada importa si la sucesión es testada o intestada<sup>982</sup>. Poco importa la causa o la naturaleza de su crédito, ni su origen o las modalidades que puedan afectarlo. Ni siquiera es necesario que se trate de un crédito actualmente exigible, ya que puede encontrarse subordinado a una condición o plazo suspensivos<sup>983</sup>. Esto lo deja perfectamente claro el artículo 1379 cuando dispone que "para que pueda impetrarse el beneficio de separación no es necesario que lo que se deba sea inmediatamente exigible; basta que se deba a día cierto o bajo condición".

En cambio, no gozan de este beneficio los acreedores del heredero. Dice el artículo 1381 que "los acreedores del heredero no tendrán derecho a pedir, a beneficio de sus créditos, la separación de bienes de que hablan los artículos precedentes".

<sup>981</sup> Cfr. LEVY y WAGMAISTER, en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., pp. 132 y 133; PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., pp. 265 y 266 y ZANNONI, *Manual...*, cit., pp. 201 y 202. También califican al beneficio de preferencia BORDA (cfr. *Tratado...*, T. I, cit., p. 303) y MESSINEO (cfr. *Manual...*, cit., p. 286). En Chile afirma RODRÍGUEZ que en la especie confluyen la inoponibilidad con un derecho de preferencia que afecta a los bienes heredados (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 181).

<sup>982</sup> Cfr. MAZEAUD, *Leçons...*, cit., p. 519.

<sup>983</sup> Cfr. MESSINEO, *Manual...*, T. VII, cit., p. 283.

Podría pensarse que esta última solución es injusta, pues bien puede ocurrir que el causante haya tenido cuantiosas deudas y el heredero un importante patrimonio. En este escenario, la muerte del causante produce un evidente perjuicio a los acreedores del deudor, pues deberán competir con los hacedores hereditarios y testamentarios. La confusión de los patrimonios no perjudica así a los acreedores del causante, sino que a los del heredero.<sup>984</sup>

Sin embargo, para evitar este fenómeno está el beneficio de inventario de que goza el heredero. A través de este mecanismo el heredero limitará su responsabilidad hasta el valor total de los bienes que reciba por causa de muerte. Sería absurdo que el heredero aceptare sin este beneficio. Ello le provocaría un evidente perjuicio.

Por otro lado, y desde el punto de vista de los acreedores del heredero, ellos han dispuesto de todas las cauciones que la ley les ofrece, cuya evidente finalidad es evitar que una insolvencia del deudor perjudique sus derechos. Así como estos acreedores no podían evitar que el heredero contrajera nuevas deudas por su propia voluntad, no pueden evitar que contraiga nuevas deudas por sucesión por causa de muerte.<sup>985</sup>

716. SITUACIÓN DE LOS LEGATARIOS DE ESPECIE O CUERPO CIERTO. En función de la titularidad del beneficio de separación, no resulta del todo clara la situación de los legatarios de especie o cuerpo cierto.

Al tenor de los artículos 1378 y 1383 no cabría más que concluir que todos los acreedores hereditarios y testamentarios gozan de este beneficio, por cuanto estas

normas no excluyen en caso alguno a los legatarios de especie o cuerpo cierto. A este respecto afirma CLARO SOLAR que "de los términos empleados por la ley se desprende que la separación de patrimonios puede ser pedida por todo acreedor hereditario y por todo legatario, sin excepción (...) los legatarios tienen también derecho de demandar la separación de patrimonios para asegurarse el pago de sus legados con los bienes de la herencia".<sup>986</sup>

Sin embargo, un examen más detenido de la cuestión hace dudar de la certeza de esta conclusión. Es evidente que los acreedores hereditarios y los legatarios de género, tienen un crédito en contra de quienes componen la sucesión del causante. Pero la situación de legatarios de especie o cuerpo cierto es diferente, por cuanto ellos, por el sistema de adquisición hereditaria, se hacen dueños de las cosas legadas desde el momento mismo de la muerte del causante. Desde este punto de vista, nada les adeuda la sucesión, a lo más deben reclamar la entrega material de las cosas que no legadas y que no obren en su poder; pero, en rigor, no son acreedores de nada. Respecto de estos bienes ningún derecho podrían reclamar los acreedores del heredero, pues es como si el causante hubiere dispuesto de ellos en vida a favor de terceros.<sup>987</sup>

Miradas así las cosas, no se divisa el sentido de conceder este beneficio a los legatarios de especie o cuerpo cierto, pues en verdad no lo requieren y no les presta utilidad alguna. El mecanismo de adquisición de las cosas que a ellos les han sido legadas, impiden que a su respecto se produzca el problema que la ley trata de evitar con la separación de patrimonios. Las especies o cuerpos ciertos

<sup>984</sup> Con todo dice RODRÍGUEZ que "puede ocurrir que el heredero, por diversas razones, acepte pura y simplemente la herencia, sin impetrar beneficio de inventario, caso en el cual, indudablemente pueden resultar afectados sus acreedores personales, toda vez que a los créditos valistas que éstos tengan contra su deudor se agregarán las deudas que le transmite el causante. De modo que si el causante estaba demasiado endeudado, siendo su pasivo superior al activo, se perjudicarán los acreedores del heredero si éste no acepta con beneficio de inventario" (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 176).

<sup>985</sup> Afirma CLARO SOLAR que si bien los acreedores del heredero no pueden hacer uso del beneficio de separación, podrían impugnar la aceptación del heredero, dejándola sin efecto, cuando dolosamente el heredero haya aceptado con el fin de perjudicar sus derechos. Podrían estos acreedores del heredero "pedir que se deje sin valor la aceptación de la herencia que les perjudica por tener más deudas que bienes, si la aceptación de ella ha sido hecha precisamente con el objeto de perjudicarlos (...) Es cierto que no hay en el Código disposición especial alguna que faculte a los acreedores de una persona que ha aceptado la herencia para pedir la rescisión de la aceptación que les perjudica, como la hay para la repudiación de la herencia (art. 1238); pero si no es atacable la aceptación aunque resulte perjudicial la admisión de nuevos acreedores que produce y que puede resultar perjudicial a los acreedores personales del aceptante, una aceptación fraudulenta en que se pruebe la mala fe del deudor y el perjuicio intencional de sus acreedores, podría ser rescindida, según los principios establecidos en el art. 2468, si llegara a establecerse la prueba que la ley romana estimaba tan difícil *quod non facile admissum est*" (ob. cit., N° 2789, pp. 355 y 356).

<sup>986</sup> Ob. cit., T. 17, N° 2783 y N° 2791, pp. 352 y 356. Sin hacer distinciones entre los acreedores testamentarios que pueden solicitar el beneficio de separación ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Teoría de las obligaciones*, cit., pp. 135 y 136 y ABELIUK, *Las obligaciones...*, T. II, cit., p. 649). Más confusa es la opinión de FUEYO, pues luego de afirmar que "la separación de patrimonios puede ser pedida por todo acreedor hereditario y por todo legatario, sin excepción", agrega en distinto lugar que no requieren de este beneficio los legatarios de especie (FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, 2004, pp. 569 y 570). En Francia afirman AUBRY y RAU que el beneficio de separación corresponde "a todos los acreedores y a todos los legatarios sin excepción" (*Cours...*, T. VI, cit., p. 471).

<sup>987</sup> Entre nosotros opina RODRÍGUEZ que "el beneficio de separación no corresponde a los legatarios de especie o cuerpo cierto. Como se ha explicado con antelación, los legatarios de especie adquieren la cosa legada por sucesión por causa de muerte al fallecimiento del causante. En consecuencia, ellos son dueños de dichas especies sin que deba intermediar la sucesión. No son, por consiguiente, acreedores testamentarios, puesto que nada se les adeuda por la sucesión" (cfr. *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 179 y 180). En el mismo sentido afirman DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que "estos asignatarios adquieren la especie legada directamente del causante, desde la delación y siempre que la acepten (arts. 588, 951 y 956). En consecuencia, para ellos no rige el beneficio de separación, desde que no hay concurrencia con los acreedores del heredero. En el hecho, la separación quedará en beneficio de los acreedores hereditarios y de los legatarios de género" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 86).



que han sido legados jurídicamente no se confunden con los bienes que integran el patrimonio del heredero, dado que su dominio pertenece al legatario.<sup>988</sup>

717. CASOS EN QUE NO HAY LUGAR A LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. En los términos del artículo 1380 "el derecho de cada acreedor a pedir el beneficio de separación subsiste mientras no haya prescrito su crédito; pero no tiene lugar en dos casos: 1. Cuando el acreedor ha reconocido al heredero por deudor; aceptando un pagaré, prenda, hipoteca o fianza del dicho heredero, o un pago parcial de la deuda; 2. Cuando los bienes de la sucesión han salido ya de manos del heredero, o se han confundido con los bienes de éste, de manera que no sea posible reconocerlos".

Veamos cada una de estas situaciones por separado:

a) Crédito prescrito. Es obvio que si el crédito del acreedor hereditario o testamentario ha prescrito, no habrá beneficio de separación. El derecho a gozar del beneficio de separación dura lo que dura el crédito del acreedor hereditario o testamentario, y puede hacerse valer mientras éste no haya prescrito. Siendo este beneficio un derecho auxiliar del acreedor, sólo se justifica en la medida que subsista el crédito al cual auxilia; extinguido éste, se termina aquél.<sup>989</sup>

b) Reconocimiento del heredero como deudor. Si el acreedor ha reconocido al heredero por deudor, aceptando un pagaré, prenda, hipoteca o fianza del dicho heredero, o un pago parcial de la deuda, también se extingue el derecho de solicitar la separación de patrimonios.<sup>990</sup>

<sup>988</sup> Así también lo ha entendido la doctrina argentina. Explican LEVY y WAGMAISTER, que si bien están también legitimados para solicitar la separación los legatarios, "en general se ha interpretado que se trata de los legatarios de cantidad y de cuota, basándose en que el legatario de cosa cierta es propietario de la misma desde la muerte del causante (art. 3766), puede reivindicarla de terceros (art. 3775) y goza de preferencia en el pago" (en *Derecho sucesorio*, cit., T. I, cit., p. 133). Asimismo, opina BORDA que "hay que hacer notar que el legatario de cosa cierta no necesita pedir la separación de patrimonios, porque es propietario de la cosa desde el momento de la muerte del testador" (cfr. *Tratado...*, T. I, cit., p. 305). En contra sostiene MESSINEO que la separación "puede ejercitarse también respecto del bien que constituya objeto de legado de especie y que, como veremos, pasa *ipso iure* a propiedad del legatario, a la muerte del testador; y, por consiguiente, sale del patrimonio hereditario por el mismo hecho y en el acto de la apertura de la sucesión. El legatario de especie queda sin perjudicar, en el solo caso de que los acreedores hereditarios se abstengan de ejercitar el derecho de separación" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 285).

<sup>989</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 310 y 311. En igual sentido MAZEAUD, *Leçons...*, cit., p. 519.

<sup>990</sup> En un sentido parecido dice el artículo 879 del Código Civil francés que el beneficio de separación "no podrá ejercitarse, sin embargo, cuando se haya producido la novación del crédito contra el difunto, por la entrada del heredero como deudor". Esto implica, a juicio de la doctrina, que cuando los acreedores hereditarios aceptan al heredero como deudor, cesa su derecho para solicitar la separación de patrimonios (cfr. PLANIOL, *Tratado...*, T. III, cit., pp. 496 y 497).

Los autores ven en esta hipótesis una renuncia tácita al beneficio de separación<sup>991</sup>. Según el artículo 12 del Código Civil pueden renunciarse los derechos que la ley confiere en la medida que sólo miren al interés individual del renunciante y que su renuncia no esté prohibida por la ley. Acontece que la separación de patrimonios sólo interesa al acreedor hereditario o testamentario y la renuncia a este beneficio no está prohibida. De allí que pueda ser renunciado.

Esta renuncia podrá ser expresa o tácita. Habrá renuncia expresa siempre que ella se haga en términos explícitos y formales. Será tácita la que se deduzca de ciertos actos que manifiesten la intención de renunciar al beneficio. Tal sería el caso de si los acreedores reconocen al heredero por deudor, aceptando de él un pagaré, prenda, hipoteca o fianza, o aceptan un pago parcial de la deuda. En estos casos debe suponerse que los acreedores aceptan la confusión de patrimonios del causante y heredero, y entienden que ahora su único deudor es este último.

c) Los bienes hereditarios han salido de manos del heredero. Ocurre que el heredero puede disponer de los bienes que ha heredado. El derecho de garantía general de que gozan los acreedores no se opone a ello, y en la medida que estas enajenaciones hayan sido hechas de buena fe y sin la intención de perjudicarlos —en principio— no pueden ser impugnadas. Se dice que ello sólo es en principio, puesto que, como se dice más adelante, en virtud de lo prevenido en el artículo 1384 los acreedores que gocen del beneficio de separación, podrán solicitar que se rescindan las enajenaciones que se han efectuado por el heredero en el plazo de seis meses contados desde la apertura de la sucesión, si estas enajenaciones no han tenido por objeto pagar créditos hereditarios o testamentarios. Pero fuera de esta situación, los acreedores no pueden objetar las enajenaciones del heredero sean a título oneroso o gratuito, puesto que al haberse ellas producido, las cosas han dejado de estar en poder del heredero, con lo que carece de todo sentido hacer separación de ellas y los bienes que pertenecen al heredero.

d) Los bienes de la sucesión se han confundido con los de los herederos, de manera que no sea posible reconocerlos. El beneficio de separación, en este caso, vuelve a perder sentido, pues no se puede cumplir con la finalidad que le es propia: evitar la confusión de los patrimonios del causante y el del heredero.

Es evidente que la confusión se puede producir fácilmente entre los bienes muebles. Basta con pensar en el mobiliario de una casa, en los animales, en los frutos y productos de un campo y en general respecto en todas las cosas fungibles. Lo relevante es que la confusión sea a tal extremo que impida reconocer los bienes que eran del causante. En otras palabras, la sola confusión de bienes no obsta a la

<sup>991</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2829, pp. 388 y 389 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 649.

separación, para ello es necesario que los bienes pierdan toda posibilidad de ser identificados.

En todo caso, para evitar este pernicioso efecto, de acuerdo al artículo 1222 es posible que los acreedores hereditarios y testamentarios soliciten la guarda y aposición de sellos. Según antes se ha visto dispone la citada norma que “desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella, o se presuma que pueda tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios”. “No se guardarán bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano, pero se formará lista de ellos”. “La guarda y aposición de sellos deberá hacerse por el ministerio del juez con las formalidades legales”.

Tratándose de bienes inmuebles, la situación no es muy clara. Podría pensarse que respecto de ellos no puede haber confusión alguna, ya que la individualización de ellos mediante la inscripción conservatoria impide este efecto<sup>992</sup>. Sin embargo, parece que lleva la razón CLARO SOLAR cuando afirma que bien puede ocurrir que se trate de bienes raíces que se agregan a otros contiguos para rectificar su superficie o levantar edificios que se ocupan, incorporándolos a otros predios que pertenecen al heredero, caso en el que la confusión se podría producir en términos que resulte imposible identificar en los hechos el terreno que era del causante.<sup>993</sup>

718. EL BENEFICIO DE SEPARACIÓN REQUIERE DE DECLARACIÓN JUDICIAL. El Código ha sido extremadamente parco a la hora de referirse a la tramitación o la forma en que debe hacerse valer este beneficio, pero existe consenso doctrinario en que hay que solicitarlo y obtenerlo judicialmente.

Lo anterior lo deja harto claro el artículo 1385, que señala que “si hubiere bienes raíces en la sucesión, el decreto en que se concede el beneficio de separación se inscribirá en el Registro o Registros que por la situación de dichos bienes corresponda, con expresión de las fincas a que el beneficio se extienda”. Pero también se desprende lo mismo de todo el articulado que regula este beneficio. Dice el artículo 1378 que “los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los del heredero...”. De conformidad al artículo 1380 “el derecho de cada acreedor a pedir el beneficio de separación...”. Según el artículo 1381 “los acreedores del heredero no tendrán derecho a pedir, a beneficio de sus créditos, la separación de bienes...”. Según el

artículo 1382 “obtenida la separación de patrimonios...”. Finalmente, según el artículo 1383, “los acreedores hereditarios o testamentarios que hayan obtenido la separación, o aprovechándose de ella.”.

Con todo, no se requiere de esta declaración judicial cuando se tiene lugar la quiebra de la sucesión, pues en este caso la separación de patrimonios se produce de pleno derecho en favor de los acreedores del difunto (artículo 50 de la Ley N° 18.175).<sup>994</sup>

719. DESDE CUÁNDO Y HASTA CUÁNDO SE PUEDE SOLICITAR LA SEPARACIÓN. La separación de patrimonios puede ser solicitada desde el momento en que tenga lugar la apertura de la sucesión, no siendo necesario que se haya producido la delación de las asignaciones, las que pueden estar subordinadas a condición suspensiva.

Por el contrario, este beneficio podrá invocarse mientras el crédito del acreedor no se extinga por prescripción. Así deriva del artículo 1380 que indica, como se ha dicho, que el derecho de pedir la separación subsiste mientras no haya prescrito el crédito de separación.

720. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO. El tribunal competente para conocer de la acción declarativa de este beneficio será, de acuerdo al artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales, el del domicilio del causante.

En cuanto al procedimiento, no existe una norma que determine uno especialmente aplicable en la especie. De ello se debe colegir que el procedimiento aplicable será el ordinario, por ser el procedimiento de derecho común según lo prevenido en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil<sup>995</sup>. Sin embargo, de acuerdo a la mayor parte de la doctrina no existe obstáculo para que la tramitación de este beneficio se sujete a las reglas del procedimiento sumario, pues la naturaleza del asunto exige de un trámite rápido y eficaz.<sup>996</sup>

Obtenido judicialmente el beneficio, no habrá inconveniente para que sea invocado por los acreedores hereditarios y testamentarios en contra de la acción de los acreedores personales del heredero respecto de los bienes de la masa here-

<sup>994</sup> El mencionado artículo 50 de la Ley de Quiebras permite que la sucesión del deudor sea 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. Las disposiciones de la quiebra se aplican, en este caso, sólo al patrimonio del causante.

<sup>995</sup> En este sentido CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2811, p. 372.

<sup>996</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 91; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 171 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 650.

<sup>992</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 89.

<sup>993</sup> Cfr. ob. cit., T. 17, N° 2843, p. 399.

ditaria, comparciendo como terceros en el juicio que ellos siguen en contra del deudor.<sup>997</sup>

721. INSCRIPCIÓN DEL DECRETO QUE CONCEDE LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. Como antes se ha dicho, si hubiere bienes raíces en la masa hereditaria, según el artículo 1385 y el artículo 52 N° 4 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, el decreto que concede el beneficio de separación se inscribirá en el registro o registros (de prohibiciones e interdicciones) que por la situación de dichos bienes corresponda, con expresión de las fincas a que el derecho se extienda.

Esta inscripción no es una solemnidad del beneficio. Se trata de una medida de publicidad destinada a informar a los acreedores personales del heredero que este beneficio fue declarado, por lo que deberán quedar inhibidos de proceder en contra de los bienes que forman parte de la herencia mientras aquéllos no se paguen sus créditos.<sup>998</sup>

722. LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS APROVECHA A TODOS LOS ACREEDORES HEREDITARIOS O TESTAMENTARIOS. Obtenida la separación de patrimonios por alguno de los acreedores de la sucesión, según el artículo 1382.1, aprovechará a los demás acreedores de la misma que la invoquen y cuyos créditos no hayan prescrito o que no hayan reconocido por deudor al heredero. Para que obre en beneficio de los que no lo solicitaron deben invocarlo, pues de lo contrario no gozarán de él.

723. ¿CONTRA QUIÉN SE SOLICITA EL BENEFICIO DE SEPARACIÓN? En Chile no está para nada clara una cuestión fundamental ¿contra quién se pide este beneficio?, ¿en contra del o los herederos o en contra de los acreedores de los herederos?<sup>999</sup>

<sup>997</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. I., cit., p. 309 y LEVY y WAGMAISTER, en *Derecho sucesorio*, cit., T. I, p. 134.

<sup>998</sup> Cfr. AUBRY y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., p. 482.

<sup>999</sup> El artículo 3433 del Código Civil argentino permite hacer valer este derecho en contra de todo acreedor del heredero individual o colectivamente. En doctrina se discute si puede hacerse valer en contra del heredero en caso que no tenga acreedores. La mayoría de la doctrina estima que ello solamente es posible bajo la forma de una medida precautoria y no como el ejercicio de un verdadero beneficio de separación de patrimonios, pues en este caso no habría contra quien hacerlo valer (cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 307 y 308, y LEVY y WAGMAISTER, en *Derecho sucesorio*, T. I, cit., p. 134). En Francia, el artículo 878 del Código Civil señala que los acreedores hereditarios "en todos los casos podrán solicitar, frente a todo acreedor, la separación del patrimonio del difunto con el patrimonio del heredero". En virtud de ello, la doctrina entiende que el beneficio se solicita en contra de los acreedores del heredero y no en contra del heredero (cfr. AUBRY y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., p. 475; MERCADÉ, *Explication...*, T. III, cit., p. 290 y PLANIOL, *Traité...*, T. III, cit., p. 491).

Muchos creen que este beneficio se demanda en contra de los acreedores personales del heredero, siempre que ellos son los perjudicados con su declaración.<sup>1000</sup>

Tal solución no parece del todo convincente. En verdad sería imposible para los acreedores hereditarios y testamentarios individualizar a los acreedores del heredero, de los cuales pueden no tener la menor noticia. Accionar en contra de ellos obligaría a los acreedores del difunto y a los acreedores testamentarios a esperar que los acreedores personales del heredero entablaran sus acciones en contra de los bienes de la masa, pues sólo en aquel entonces tendrán real claridad de quiénes son estos acreedores y a qué título lo son.

Por otra parte, el artículo 1384 concede a los beneficiarios una acción revocatoria cuando el heredero ha enajenado bienes hereditarios dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios. No se ve cómo un decreto dictado en un juicio en el que el heredero no ha sido parte se hace valer en su contra.<sup>1001</sup>

Finalmente, no puede obviarse que el artículo 1385 dispone que si hayan bienes raíces comprendidos en la separación, el decreto que concede el beneficio deberá ser inscrito en el Registro o Registros que corresponda. Resulta claro que ésta es una medida de publicidad destinada a dar noticia a quienes interesen de la existencia del beneficio de separación. Es obvio que si fuere necesario demandar a los acreedores personales del heredero esta inscripción no tendría sentido, por cuanto ellos habrán tomado noticia del beneficio al haber sido emplazados al juicio en el que él fue formalmente declarado. La inscripción entonces sólo puede estar destinada a informar a los acreedores personales del heredero que en un pleito seguido entre los acreedores hereditarios o testamentarios del causante y el o los herederos, este beneficio fue declarado, por lo que deberán quedar inhibidos de proceder en contra de los bienes que componen la masa hereditaria mientras aquéllos no se paguen sus créditos.

724. BIENES QUE COMPRENDE LA SEPARACIÓN. La separación comprende todos los bienes que pertenecían al causante, con independencia de su naturaleza, sean ellos corporales o incorporeales, muebles o inmuebles.

<sup>1000</sup> Así CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2811 y N° 2812, pp. 372 y 373; FUEYO, *Cumplimiento e incumplimiento...*, cit., p. 556; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 463 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 650.

<sup>1001</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 91 y 92. En semejante sentido ABELIUK, *Las obligaciones*, T. II, cit., p. 649 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 171 y 172.

De esta forma quedan incluidos en la separación todos los créditos de los que el causante era titular, incluso los que hubiere tenido en contra de los propios herederos, puesto que la confusión no operará como modo de extinguir las obligaciones.<sup>1002</sup>

También quedan incluidos en la separación los frutos naturales y civiles que produzcan los bienes afectos que eran del difunto (*fructus augent hereditatem*).<sup>1003</sup>

En cambio, no quedan comprendidos en la separación los bienes que el causante donó revocable o irrevocablemente a legitimarios o extraños y que se acumulan imaginariamente al acervo partible de conformidad a los artículos 1185 y 1186. Recuérdese que de conformidad a lo señalado en el artículo 1199 “la acumulación de lo que se ha dado irrevocablemente en razón de legítimas o de mejoras, para el cómputo 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”. Si la acumulación no aprovecha a los acreedores del causante malamente podrán aspirar a la separación respecto de estos bienes.

Ahora bien, cabe preguntarse si es o no necesario que el acreedor hereditario o testamentario que solicita este beneficio individualice los bienes sobre los que recae la separación o si debe entenderse que ella, por el solo hecho de ser declarada, abarca a todos los bienes que adquirió el heredero por causa de muerte. A este respecto el artículo 3438 del Código Civil argentino dispone que la separación puede ser demandada “...colectivamente contra toda la herencia, o respecto de cada uno de los bienes de que ella se compone”.

Pareciera que entre nosotros debiera adoptarse la misma solución, con la salvedad de que si en la masa hereditaria existen inmuebles, es necesario que ellos sean debidamente singularizados en la solicitud y en el decreto judicial que concede el beneficio, puesto que el artículo 1385 impone que si hay bienes raíces en la sucesión, el decreto en que se concede el beneficio de separación se inscriba en el Registro o Registros que por la situación de dichos bienes corresponda, “con expresión de las fincas a que el beneficio se extiende”. La única forma en que el decreto judicial podría singularizar los bienes a los que se extiende el beneficio es mediante la debida mención de ellos en la solicitud que se formule al tribunal.

725. POSIBILIDAD DE ENERVAR EL BENEFICIO DE SEPARACIÓN. Los herederos pueden enervar o atajar el beneficio de separación pagando a quien lo ha solicita-

do el monto del crédito que pretende hacer efectivo en los bienes del difunto. Extinguido el crédito naturalmente que se extingue la posibilidad de continuar con la separación de patrimonios por parte de dicho acreedor.

En cambio, creen nuestros autores que los acreedores del heredero no pueden atajar en beneficio, a menos que procedan a pagar el crédito del acreedor hereditario o testamentario, si es que ello les interesa<sup>1004</sup>. Pero como es fácil observar, la situación no es muy distinta de la anterior, en ambos casos la separación se ataja pagando.

726. BENEFICIO DE SEPARACIÓN Y BENEFICIO DE INVENTARIO. A los efectos de solicitar y obtener el beneficio de separación, da lo mismo la forma en que hayan aceptado la herencia los herederos. Hayan o no hecho uso de la aceptación con beneficio de inventario, los acreedores hereditarios y testamentarios pueden obtener la separación de patrimonios.

En virtud del beneficio de inventario, el heredero limitará su responsabilidad hasta el valor de los bienes que recibe del difunto; por el beneficio de separación los acreedores hereditarios y testamentarios impedirán la confusión de bienes en su perjuicio, y obtendrán que sus créditos sean pagados preferentemente con los bienes de la masa hereditaria.

727. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. Esta materia impone, por razones sistemáticas, diferenciar los efectos que produce la separación: *a)* en forma general; *b)* los que producen respecto de los herederos; *c)* los efectos que se generan respecto de los acreedores hereditarios y testamentarios que obtuvieron el beneficio, y *d)* los efectos de la separación en lo que hace a los acreedores del heredero y de los acreedores no separatistas.

728. PREFERENCIA DE PAGO COMO EFECTO GENERAL. El principal efecto que se produce por la separación de los patrimonios del causante y del heredero, es que los acreedores de uno y otro adquieren el derecho de pagarse preferentemente con los bienes del que corresponda. No se trata, en consecuencia, de una separación de patrimonios absoluta y permanente. El objetivo es dar preferencia a los acreedores hereditarios y testamentarios para que se paguen primero con los bienes que eran del causante, lo que no significa que después de haberse éstos agotado no puedan dirigirse en contra de los bienes del heredero, empero, respecto de

<sup>1002</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2799, pp. 362 y 363 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 464.

<sup>1003</sup> Así BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 314; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 92 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 464.

<sup>1004</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 88 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 180.

estos últimos la preferencia de pago no la tienen ellos, sino que los acreedores personales del heredero. A la inversa, la concesión de este beneficio no implica que los acreedores personales del heredero no puedan pagarse sus créditos con los bienes que adquirió su deudor por causa de muerte; pueden hacerlo, pero luego de que se hayan pagado preferentemente los acreedores del causante.<sup>1005</sup>

De allí que pueda sostenerse que el beneficio de separación no es otra cosa que una preferencia establecida en favor de ciertos acreedores para pagarse preferentemente con los bienes que eran del difunto y que han pasado ahora a los herederos.<sup>1006</sup>

Estos efectos se producen desde que queda ejecutoriada la sentencia que lo concede. Sin embargo, si hay bienes raíces comprometidos es necesario cumplir con la medida de publicidad prevista en el artículo 1385, pues, de lo contrario, será inoponible a los acreedores del heredero.

Estos efectos del beneficio de separación se producen respecto del heredero, de los acreedores hereditarios y testamentarios que obtuvieron el beneficio y de los acreedores personales del heredero y de los acreedores no separatistas. Veremos cada uno de ellos por separado.

729. EFECTOS RESPECTO DEL HEREDERO. El beneficio de separación no impide que los herederos se hagan dueños de los bienes heredados<sup>1007</sup>. Por lo mismo, y sin perjuicio de lo que establece el artículo 1384 que luego se menciona, conservan su administración y pueden disponer de ellos<sup>1008</sup>. Explica BORDA que "el heredero permanece intocado por los efectos de la separación, que no se dirige en contra de él y sólo afecta los derechos de los acreedores; conserva, pues, la libre disponibilidad de los bienes heredados. Y puesto que puede disponer de ellos sin ninguna traba, nada se opone a que pague privadamente a sus propios acreedores, pasando por encima de los hereditarios, a menos que éstos hayan hecho uso de las

<sup>1005</sup> Cfr. MAZEAUD, *Leçons...*, cit., p. 521.

<sup>1006</sup> Así BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 314 y 315.

<sup>1007</sup> Cfr. MESSINEO, *Manual...*, T. VII, cit., p. 287 y ZANNONI, *Manual...*, cit., p. 221.

<sup>1008</sup> Explica RODRÍGUEZ que "el beneficio de separación no posterga ni impide la adquisición de la herencia. Esta característica es especialmente importante, ya que este beneficio se halla consagrado en función de las responsabilidades que concurren (la del causante y la de los herederos), pero no modifica ni el llamamiento que la ley hace a aceptar o repudiar la herencia (delación), ni la adquisición de la respectiva asignación hereditaria. Lo que sucede, entonces, es que el heredero, dueño de los bienes que componen la herencia, tiene en su dominio bienes que quedan afectados, por disposición legal, a un cierto grupo de obligaciones que deben ser atendidas y solucionadas de preferencia con los bienes heredados. No se trata, por lo tanto, de una cuestión que se relacione con el dominio, sino con la responsabilidad civil de los bienes del heredero" (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 176).

medidas conservatorias"<sup>1009</sup>. En el mismo sentido sostiene CLARO SOLAR que "la separación de patrimonios es extraña al heredero, el cual permanece según la manera como acepta la herencia, o heredero puro y simple responsable *ultra vires* de todas las deudas u obligaciones transmisibles del *de cuius*, o heredero beneficiario con responsabilidad limitada sobre dichas deudas al valor de los bienes hereditarios que ha recibido, y por lo mismo, *intra vires*" (...) la separación de patrimonios no establece obstáculo alguno al derecho del heredero de administrar los bienes de la sucesión que le pertenecen como sucesor del *de cuius*, ni al derecho del heredero de disponer de dichos bienes sean muebles o inmuebles, de hipotecarlos o darlos en prenda, de gravarlos con servidumbres u otros derechos reales".<sup>1010</sup>

La única limitación objetiva del heredero para disponer de los bienes que ha adquirido del causante, viene dada por el citado artículo 1384, según el cual los acreedores separatistas podrán impugnar todos los actos de enajenación de bienes efectuados por el heredero en los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión, en la medida que estas enajenaciones no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios.<sup>1011</sup>

730. EFECTOS RESPECTO DE LOS ACREEDORES HEREDITARIOS Y TESTAMENTARIOS QUE OBTUVIERON EL BENEFICIO. Respecto de los acreedores hereditarios y testamentarios, la separación de patrimonios produce cuatro efectos importantes: a) Les da el derecho a pagarse preferentemente con los bienes del difunto; b) por el saldo insoluto pueden dirigirse en contra de los bienes del deudor pero sin preferencia; c) pueden solicitar la rescisión (revocación) de los actos de enajenación de los herederos celebrados en los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión, y d) el beneficio de separación no altera las relaciones entre los distintos

<sup>1009</sup> *Tratado...*, T. I, cit., p. 315. En semejante sentido MAZEAUD, *Leçons...*, cit., p. 517.

<sup>1010</sup> Ob. cit., T. 17, N° 2860, p. 410. En igual sentido AUBRY y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., p. 497.

<sup>1011</sup> De modo que no parece que se pueda compartir lo afirmado por RODRÍGUEZ en el sentido que "el heredero no puede disponer de los bienes hereditarios una vez declarado el beneficio de separación, y si contraviene esta limitación la enajenación adolecerá de nulidad relativa (en verdad se trata de una acción revocatoria). A mayor abundamiento, no hay duda alguna que el heredero, a partir del decreto judicial que declara el beneficio de separación, queda inhibido para enajenar, careciendo de facultad para ello según el artículo 1575 inciso 2°. La solución correcta no puede ser otra, habida consideración de que el heredero es dueño de los bienes hereditarios, pero ellos quedan afectos al cumplimiento de las obligaciones del causante. De manera que la enajenación de bienes deberá hacerse con aprobación de los acreedores o del juez en subsidio. Aunque la ley no lo diga, ésta parece ser la solución" (*Instituciones...*, cit., Vol. 2, p. 183). Pareciera, por el contrario, que si se quiere lograr este efecto, no es suficiente con obtener e inscribir el decreto judicial que concede la separación de patrimonios, sino que es menester que los acreedores consigan que se decreten medidas precautorias sobre los referidos bienes.

acreedores hereditarios y testamentarios. Veamos cada uno de estos efectos por separado.

731. LOS ACREEDORES SEPARATISTAS ADQUIEREN PREFERENCIA DE PAGO RESPECTO DE LOS BIENES DEL CAUSANTE. El gran efecto de la separación de patrimonios es que los acreedores hereditarios y testamentarios tienen acción en contra de los bienes del difunto en forma preferente. Esto no quiere decir que estos acreedores deben dirigirse en contra de la masa hereditaria, pues en verdad los patrimonios del causante y heredero no se encuentran completamente separados. Ellos deben dirigir sus acciones en contra de los herederos, con la particularidad que ellos tendrán el derecho de pagarse sus créditos con preferencia a los acreedores personales de los herederos. Así lo establece claramente el artículo 1378, cuando señala que los acreedores hereditarios y testamentarios que gocen del 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".

Si una vez que ha terminado la ejecución en contra de los bienes del difunto existe una parte de ellos que ha subsistido a la acción de los acreedores hereditarios y testamentarios, ésta quedará a disposición de los acreedores personales del heredero y de los acreedores hereditarios y testamentarios que carecían del beneficio, a fin de que puedan cobrar en ellos sus créditos. A este respecto dispone el inciso segundo del artículo 1382 que "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".

No resulta del todo afortunada la expresión "el sobrante, si lo hubiere, se agregará a los bienes del heredero", pues ello hace suponer que los bienes del difunto se encontraban fuera del patrimonio del heredero, lo que, como se ha dicho antes, no es correcto. El beneficio de separación no impide que el heredero se haga dueño de los bienes que recibe por sucesión por causa de muerte ni, en general, tampoco queda privado de la administración. La única particularidad del beneficio es que los acreedores hereditarios y testamentarios gozan de preferencia de pago respecto de dichos bienes, pero ellos no han permanecido fuera del dominio del heredero.

732. LOS ACREEDORES SEPARATISTAS NO TIENEN PREFERENCIA DE PAGO SOBRE LOS BIENES DEL HEREDERO. Si los acreedores hereditarios y testamentarios no han alcanzado a pagarse el total de sus créditos con los bienes del difunto, podrán dirigirse en contra del patrimonio del heredero. En otros términos, sólo si hay un

déficit pueden dirigirse en contra del patrimonio del heredero, pero en este caso gozan de preferencia de pago los acreedores propios del heredero, puesto que ellos pueden oponerse a esta acción hasta que se les satisfaga el total de sus créditos. Dice a este respecto el artículo 1383 que "los acreedores hereditarios o testamentarios que hayan obtenido la separación, o aprovechándose de ella en conformidad al inciso 1. del artículo precedente, no tendrán acción contra los bienes del heredero, sino después que se hayan agotado los bienes a que dicho beneficio les dio un derecho preferente; mas aun entonces podrán oponerse a esta acción los otros acreedores del heredero hasta que se les satisfaga en el total de sus créditos".

De allí que pueda afirmarse que la separación de los patrimonios no es absoluta, por cuanto existe la posibilidad de dirigirse por el saldo insoluto en contra de los bienes del heredero. Sin embargo, y como se ha dicho, en este supuesto los acreedores hereditarios y testamentarios pierden su preferencia de pago, y la adquieren los acreedores personales del heredero. Como señala RODRÍGUEZ "declarado el beneficio de separación, pierden los acreedores del causante el derecho de perseguir los bienes propios del heredero, hasta que se hayan agotado los bienes comprendidos en el beneficio de separación".<sup>1012</sup>

733. LOS ACREEDORES SEPARATISTAS PUEDEN SOLICITAR LA REVOCACIÓN DE CIERTAS ENAJENACIONES. Los acreedores hereditarios y testamentarios que gozan del beneficio, según el artículo 1384, adquieren el derecho para que se rescindan las enajenaciones de bienes del difunto hechas por el heredero dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión, y que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios. Lo mismo se extiende a la constitución de prendas o hipotecas.<sup>1013</sup>

Como se comprende no se trata en verdad de una acción de nulidad, sino que de una acción revocatoria, las enajenaciones o gravámenes efectuados por el herede-

<sup>1012</sup> *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 170.

<sup>1013</sup> Se resuelven así las dudas que en otros sitios se han originado en torno a la eficacia de las hipotecas constituidas por el heredero sobre inmuebles hereditarios en beneficio de sus propios acreedores. ¿Quién tiene la preferencia el acreedor hereditario o el hipotecario? Naturalmente que existen tres soluciones posibles: a) La preferencia la tiene el separatista; b) la preferencia la tiene el acreedor hipotecario, y c) la preferencia la tiene el acreedor separatista si la hipoteca fue inscrita después de solicitada la separación de patrimonios. En este escenario la doctrina argentina se inclina por la preferencia siempre el acreedor hipotecario (cfr. BORDA, *Tratado...*, cit., T. I, p. 316 y CÔROBA y LEVY, en *Derecho sucesorio*, cit., p. 136). En Chile una hipoteca constituida por el heredero dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión puede ser revocada a instancias de los acreedores hereditarios y testamentarios que han obtenido el beneficio de separación.

redero no adolecen de vicio alguno, por lo que no cabe, en propiedad, hablar de nulidad ni de rescisión.

Si la enajenación o el gravamen se efectúan dentro de los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión, los actos pueden ser revocados a instancias de los acreedores hereditarios o testamentarios que obtuvieron el beneficio de separación, aun cuando no haya habido fraude en la enajenación o gravamen. En cambio, después de estos seis meses, la mayoría de los autores cree que el acto puede ser impugnado según las reglas generales por medio de la acción pauliana, probando la intención de defraudar a los acreedores, lo que no será necesario si la enajenación se efectuó dentro de los seis meses ya señalados.<sup>1014</sup>

La norma del artículo 1384, en su tenor literal, resulta contradictoria con el número 2 del artículo 1380, que niega este beneficio en el caso de que los bienes de la sucesión hayan salido ya de manos del heredero. SOMARRIVA estima que el artículo 1380 se aplica cuando todos los bienes que eran del causante han sido enajenados, lo que deja sin justificación el beneficio de separación, puesto que el beneficio no persigue garantizar el pago de los acreedores hereditarios y testamentarios, sino que busca evitar la confusión de patrimonios<sup>1015</sup>. Sin embargo, las conclusiones que pueden derivarse de esta solución son extrañas, pues debería entenderse que si el heredero enajenó todos los bienes hereditarios los acreedores hereditarios y testamentarios no podrían hacer uso de la acción revocatoria del artículo 1384, resultando completamente perjudicados. En cambio, si el heredero no alcanzó a enajenar todos los bienes, la situación de los acreedores hereditarios y testamentarios, es mejor, puesto que en ese caso dispondrían de la acción en contra de terceros. Es síntesis, los acreedores más necesitados de la protección de esta acción, no la tienen, y las que menos la necesitan, sí la tienen.

734. EL BENEFICIO DE SEPARACIÓN NO MODIFICA LAS RELACIONES ENTRE LOS ACREEDORES SEPARATISTAS. El beneficio de separación no altera las relaciones existentes entre los acreedores hereditarios y testamentarios separatistas. Declarada que sea la separación, ella no altera las relaciones, créditos y preferencias que existan entre estos acreedores<sup>1016</sup>. Entre ellos la separación es extraña, su posición

<sup>1014</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2806, pp. 367 y 368; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 93; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 531; RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 184 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 655 y 656.

<sup>1015</sup> SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 655. Así parecen entenderlo también DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ cuando afirman que "si algunos bienes permanecen en poder del heredero, la separación se puede limitar a ellos" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 89).

<sup>1016</sup> Cfr. AUBRY y RAU, *Cours...*, T. VI, cit., pp. 496 y 497.

se mantiene igual a la que tenían antes de la declaración del beneficio. La muerte del deudor no puede llegar a establecer alteraciones en sus derechos, por lo que siguen gozando de la misma preferencia o privilegio que tuvieron antes.

Incluso, las preferencias de pago que tienen los acreedores hereditarios sobre los testamentarios no se ve modificada. Como se ha dicho con ocasión del pago de las deudas hereditarias y testamentarias, los legatarios solamente pueden ser pagados una vez que lo hayan sido los acreedores del difunto. Ellas son una baja general de la herencia, necesarias de efectuar para establecer el acervo líquido. De modo que los legados de género o especie que pueda haber instituido el causante no pueden perjudicar los derechos de los acreedores hereditarios. Los legatarios se pagan después de ellos, pues no habrá herencia, sino después de pagadas las deudas (*nemo liberalis nisi liberatus*). Esta situación no se ve en caso alguno afectada por el beneficio de separación, que no concede preferencias de pago distintas de las que ya puedan existir legalmente entre los acreedores hereditarios y testamentarios.<sup>1017</sup>

735. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN RESPECTO DE LOS ACREEDORES DEL HEREDERO Y DE LOS ACREEDORES NO SEPARATISTAS. Ya ha quedado dicho que según lo prevenido en el inciso primero del artículo 1382, obtenida la separación de patrimonios por alguno de los acreedores de la sucesión, aprovechará a los demás acreedores de la misma que la invoquen. De allí resulta que el beneficio en cuestión sólo favorece a los acreedores hereditarios o testamentarios que obtuvieron el beneficio y a los que no habiéndolo solicitado, lo invoquen en su propio favor. El resto de los acreedores hereditarios y testamentarios; esto es, los que no obtuvieron la declaración de beneficio o no la invocaron en su favor, se encuentran en la misma situación que los acreedores personales del heredero.

Dice a este respecto el inciso segundo del artículo 1382 que "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". De esta forma resulta harto claro que tanto acreedores hereditarios y testamentarios no separatistas como los acreedores del heredero, pueden pagarse, en igualdad de condiciones, con los bienes del difunto que subsisten a la acción de los acreedores separatistas.

De igual manera, acontece que los acreedores no separatistas pueden dirigirse en contra de los bienes del heredero en las mismas condiciones que podrían hacerlo los acreedores personales del heredero. En otros términos, la preferencia que

<sup>1017</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N° 2848, p. 402 y MAZEAUD, *Leçons...*, cit., p. 523.

les otorga el artículo 1383 a los acreedores personales del heredero respecto de los bienes del heredero, es sólo respecto de los acreedores hereditarios y testamentarios separatistas, pero no de los que no han obtenido ni han invocado el beneficio.

Dice el artículo 1383 que “los acreedores hereditarios o testamentarios que hayan obtenido la separación, o aprovechándose de ella en conformidad al inciso 1. del artículo precedente, no tendrán acción contra los bienes del heredero, sino después que se hayan agotado los bienes a que dicho beneficio les dio un derecho preferente; mas aun entonces podrán oponerse a esta acción los otros acreedores del heredero hasta que se les satisfaga en el total de sus créditos”.

Dentro de la expresión “los otros acreedores del heredero”, se comprenden naturalmente los acreedores personales del heredero, pero también los acreedores del difunto no separatistas, los que también son ahora acreedores del heredero<sup>1018</sup>. Debe tomarse en cuenta que el artículo comienza refiriéndose a los acreedores hereditarios o testamentarios que hayan obtenido la separación o se hayan aprovechado de ella conforme al inciso primero del artículo 1380. Luego, resulta obvio que “los otros acreedores del heredero” son todos los que no tienen este beneficio ni se han aprovechado de él. No existe razón para que los acreedores del difunto no separatistas resulten perjudicados con la separación de patrimonios. Ellos no la solicitaron ni la invocaron en su favor, por lo que a su respecto se produce la confusión de patrimonios. Siendo así pueden dirigirse en contra de los bienes del heredero en conjunto con los acreedores personales que él pueda tener, sin que ellos gocen de preferencia de pago este respecto.<sup>1019</sup>

<sup>1018</sup> A este respecto dicen DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que “resulta, por tanto, que en el sistema adoptado en definitiva y contenido en el art. 1382 se trata de igual modo a los acreedores hereditarios y testamentarios que han obtenido la separación, por una parte, y, por otra, a los mismos acreedores que no han obtenido la separación juntamente con los acreedores personales del heredero” (*Derecho sucesorio*, cit., p. 84).

<sup>1019</sup> En contra sostiene CLARO SOLAR, quien cree que los acreedores personales del heredero que existirían ya al tiempo de abrirse la sucesión a que el deudor es llamado, tendrían preferencia de pago, y deben ser íntegramente pagados con los bienes del heredero, y sólo después de estar hecho este pago pueden los acreedores hereditarios y testamentarios perseguir el pago de sus créditos en los bienes del patrimonio personal del heredero (cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 17, N°s. 2858 y 2859, pp. 409 y 410). Sin embargo, la ley no establece esta preferencia respecto de los acreedores hereditarios y testamentarios no separatistas. El artículo 1382 del que se vale el autor para construir esta preferencia de pago, se refiere a una situación distinta; esto es, que exista un sobrante de bienes a la acción de los acreedores separatistas. Obviamente este no es el caso. Pero aun cuando se le pretendiere hacer aplicable, el artículo es claro en el sentido que el sobrante de los bienes “se agrega 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”. Como se observa, ninguna preferencia se establece en la materia.

## CAPÍTULO 56 LOS ALBACEAS

### Sección 1 *De los albaceas en general*

736. CONCEPTO. No está muy claro el origen de la palabra albacea. Aparentemente encontraría su origen en la palabra árabe *vaseya*, que significa encomendar, a la que se le habría agregado el artículo *al*<sup>1020</sup>. Se cree, por otro lado, que la palabra significa el que hace de cabeza, por lo que también los albaceas históricamente fueron llamados cabezaleros<sup>1021</sup>. Incluso, según el Tribunal Supremo español, provendría del vocablo árabe *al waci*, equivalente a gestor.<sup>1022</sup>

En términos generales se puede decir que los albaceas son personas de la confianza del testador a quienes éste les encomienda la ejecución de las disposiciones contenidas en su testamento. Dice a este respecto el artículo 1270 que “ejecutores testamentarios o albaceas son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones”.<sup>1023</sup>

La labor de cumplimiento de las disposiciones testamentarias corresponde en principio a los herederos. De allí que el artículo 1271 diga que “no habiendo el testador nombrado albacea, o faltando el nombrado, el encargo de hacer ejecutar

<sup>1020</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 2004, p. 287.

<sup>1021</sup> Cfr. BALBONTÍN F., I., *De los albaceas o ejecutores testamentarios*, memoria, Universidad de Chile, Valparaíso, 1920, p. 6 y SANTANDER VEGA, D., *Estudio sobre la institución del albaceazgo*, memoria, Universidad de Chile, La Serena, 1921, p. 6.

<sup>1022</sup> Cfr. LASARTE, *Principios...*, cit., p. 189.

<sup>1023</sup> Dice EWING que “el albacea es la persona a quien se encomienda vigilar el cumplimiento, hacer cumplir y cumplir una, algunas o todas las disposiciones de última voluntad de una persona” (EWING GRAHAM, A., *El albaceazgo*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1937, p. 39). RODRÍGUEZ los define como “aquellas personas designadas por el testador, encargadas de asegurar los bienes de la sucesión, pagar las deudas hereditarias, y hacer cumplir las disposiciones legales y testamentarias relativas a la distribución de los bienes, sustituyendo en estas funciones a los herederos del causante” (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 228).



las disposiciones del testador pertenece a los herederos". Pero bien puede el causante, temeroso de eventuales incumplimientos de parte de éstos, o con el ánimo que exista rigurosidad en la forma de cumplir sus disposiciones, encomiende a una persona en particular, pariente o extraño, heredero o no, que cumpla o ejecute su última voluntad.

La importancia de los albaceas es variable dependiendo del sistema sucesorio en el que se les conciba. En nuestro derecho, que recoge el principio romano de que los asignatarios suceden directamente al causante desde el momento de su muerte, pasando a ocupar el lugar jurídico que éste tenía, la institución carece de mayor relevancia, puesto que no existe intermediario alguno entre el *de cuius* y los continuadores de su personalidad. Muy distinta es la situación en el sistema anglosajón, en donde el patrimonio del causante es tenido como un patrimonio en liquidación, que no pasa directamente a los herederos, sino que es entregado a un tercero, el *executor* (designado por el testador) o *administrator* (designado por el tribunal) para que lo administre, pague las deudas y el saldo lo entregue a los herederos<sup>1024</sup>. Por esta razón es que entre nosotros poca aplicación tiene esta figura.

En cualquier caso pueden existir razones que induzcan al causante a instituir un albacea para que ejecute sus disposiciones. Puede ser la desconfianza por parte del causante respecto de sus herederos, sea por la mala fe de ellos, su negligencia, ineptitud o las dificultades que entre ellos puedan existir. Asimismo, puede verse en la necesidad de hacerlo si, por ejemplo, carece de herederos y se ha limitado a instituir legados que deben ser pagados por alguien; o porque la complejidad de los negocios que manejaba en vida el testador hacen conveniente designar una persona lo suficientemente preparada como para manejarlos en toda su extensión.<sup>1025</sup>

737. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ALBACEAZGO. Un problema no solucionado hasta nuestros días en la doctrina, es el de la naturaleza jurídica de la institución de los albaceas. Los autores, con el ánimo de superar los habituales vacíos en la reglamentación legal del albaceazgo, han recurrido una y otra vez a diversas categorías regladas, con la natural intención de encontrar en ellas las soluciones que no se detectan en las reglas propias de esta institución. Sin embargo, la cuestión está lejos de ser solucionada. Hoy por hoy subsiste un cúmulo de opiniones antagónicas que no concitan la uniformidad que pudiera esperarse respecto de un tema de tanta antigüedad. La misma dispersión de opiniones se ha dado en la

<sup>1024</sup> Cfr. LÓPEZ VILAS, R., *Configuración jurídica del albacea en Derecho español*, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, T. VI, Navarra, 1969, pp. 385 y ss.

<sup>1025</sup> Cfr. EWING, ob. cit., pp. 41 a 48.

jurisprudencia, la que no ha permanecido apegada a un solo criterio, sino que las sentencias han recogido diversos criterios de calificación jurídica.<sup>1026</sup>

Como se dice, las opiniones son múltiples. Muchos proponen la asimilación del albaceazgo al mandato. Otros entienden que en él existe una forma de representación. Muchos alemanes e italianos consideran que el albacea es un mero ocupante de un cargo u oficio. También se le considera como una especie de administrador con facultades dispositivas. Otros lo conciben como un tipo especial de curador. Finalmente están quienes ven en esta institución una categoría autónoma, no asimilable a ninguna de las otras regladas por el ordenamiento jurídico.

738. EL ALBACEA COMO MANDATARIO. Es opinión común asimilar el albaceazgo a un mandato, concretamente al mandato que se da para ser ejecutado después de la muerte del mandante. La figura está contemplada entre nosotros en el artículo 2169, según el cual "no se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella. Los herederos suceden en este caso en los derechos y obligaciones del mandante". Entre nosotros señala SOMARRIVA que "parece evidente que el albacea es una especie de mandatario y, en efecto, el albaceazgo tiene mucho de un mandato. La propia definición está evocando de inmediato la idea de mandato, pues habla del encargo hecho a una persona para ejecutar las disposiciones testamentarias del causante".<sup>1027</sup>

<sup>1026</sup> Lo mismo ha ocurrido en España, en donde la jurisprudencia del Tribunal Supremo está lejos de ser pacífica. Si bien la mayoría de las sentencias han seguido la tesis de que el albaceazgo es una forma de mandato, y concretamente un mandato *post mortem*, otros fallos se han apartado de este criterio. Así se le ha configurado como una forma de representación, como un oficio y como cargo especial testamentario (cfr. CÁMARA ÁGUILA, P., *Comentarios al artículo 892 del Código Civil español*, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo Bercovitz, Madrid, 2001, p. 1052).

<sup>1027</sup> *Derecho sucesorio*, cit., p. 494. En Chile son partidarios de esta tesis BARROS ERRAZURIZ, ob. cit., pp. 645 y 646; BALBONTÍN, *De los albaceas...*, cit., pp. 7 y 8; OSSA JOGLAR, A., *Del albaceazgo fiduciario*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1933, pp. 8 y 9 y SANTANDER, *Estudio...*, cit., pp. 6 y ss. Parece que STITCHKIN adhiere a esta tesis cuando afirma que "es lícito, igualmente, conferir un encargo que debe ejecutarse después de la muerte del mandante. Esta conclusión, generalmente aceptada por los autores, es indiscutible en nuestro derecho en presencia de los artículos 2169, 1270 y 1311. Este último dispone que el testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, al albacea, y a cualquiera otra persona, para que invierta en uno o más objetos lícitos una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente. El encargado de ejecutarlos se llama albacea fiduciario" (STITCHKIN BRANOVER, D., *El mandato civil*, Santiago, 1975, p. 409). En Argentina es la tesis de BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 517 y PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 756. El propio VÉLEZ SARDFIELD escribió, en nota al artículo 3844 del Código argentino, que "Zachariae y otros jurisconsultos enseñan que el albacea es un mandatario de los herederos, y nosotros con otros escritores juzgamos que lo es del testador y no de los herederos. Si al concluir sus funciones está obligado a dar cuenta a los herederos, es porque éstos representan a su autor. Del carácter que damos al albacea resulta, que una demanda, por deuda de la sucesión, debe entablarse contra los herederos, y no contra el albacea que no es representante de ellos. Resulta también que el albacea no puede

Es evidente que entre el mandato y el albaceazgo existen puntos importantes de contacto:

- a) Tanto el mandato como el albaceazgo contienen un encargo que una persona hace a otra (artículos 1270 y 2116).
- b) De la misma forma el albacea puede exonerarse de evacuar el encargo en los mismos casos que puede hacerlo el mandatario (artículo 1278).
- c) Ambos tienen la obligación de rendir cuenta de su administración (artículos 1309 y 2155).
- d) Los dos tienen derecho a que se les reembolsen los gastos en que han incurrido con ocasión del encargo (artículos 1310 y 2158 N° 2).
- e) De conformidad al inciso primero del artículo 2170, los herederos del mandatario que fueren hábiles para la administración de sus bienes, darán aviso inmediato de su fallecimiento al mandante, y harán en favor de éste lo que puedan y las circunstancias exijan: la omisión a este respecto los hará responsables de los perjuicios. Agrega el inciso segundo de la norma que "a igual responsabilidad estarán sujetos los albaceas, los tutores y curadores y todos aquellos que sucedan en la administración de los bienes del mandatario que ha fallecido o se ha hecho incapaz".
- f) Finalmente, tanto el mandato como el albaceazgo, por regla general, terminan con la muerte del mandatario o del albacea (artículos 1269 y 2163 N° 5).<sup>1028</sup>

Continuación nota <sup>1027</sup>

por sí reconocer deudas contra la sucesión, lo que podría hacer si fuese mandatario de los herederos". Es la opinión dominante también en Francia. Señala MAZEAUD que "el ejecutor testamentario es un mandatario", "un mandatario *post mortem*", "un mandatario muy particular: contrariamente al mandatario ordinario, el ejerce sus funciones en ausencia del mandante, de tal suerte que es irrevocable. De otra parte, su administración es susceptible de comprometer los intereses sucesorios importantes" (*Leçons...*, cit., p. 337). De la misma forma dicen PLANIOL y RIPERT que "reconocemos en la ejecución testamentaria la naturaleza jurídica de un mandato, pero de un mandato un poco especial" (*Traité...*, T. V, cit., p. 721). En España anotan DIEZ-PICAZO y GULLÓN que "a nuestro juicio, no cabe duda de que el albacea es, en sentido muy amplio, gestor de intereses ajenos y por eso es acertada en líneas generales la posición de aproximarlo al mandatario, que permite aplicar subsidiariamente su normativa" (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 292).

<sup>1028</sup> Nuestros tribunales muchas veces han señalado que el albacea es una especie de mandatario. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Tacna resolvió que "el albaceazgo es un verdadero mandato póstumo constituido por el testador a favor del albacea; y, por tanto, le son aplicables las reglas del mandato, en lo que no se opongan a las especiales de los ejecutores testamentarios" (GT, 1915, primer semestre, s. 274, p. 650). También ha fallado la Corte de Apelaciones de Santiago que "el albaceazgo está basado en la confianza que el cumplimiento de sus disposiciones testamentarias; es un mandatario que tiene las características de actuar una vez que fallecido el mandante, o, como se a dado llamar, es un mandato póstumo" (RDJ, T. 39, 2, p. 61). Esta tesis fue ratificada por la Corte Suprema en sentencia de 2 de agosto de 1944, cuando asimiló la institución del albaceazgo a la de un mandato póstumo (RDJ, T. 42, 1, p. 61).

Sin embargo, la tentación de la asimilación de ambas instituciones se comienza a desvanecer cuando se comprueba una serie de diferencias entre el mandato y el albaceazgo:

- a) Es indudable que el mandato es un contrato (artículo 2116), cosa que no ocurre con el albaceazgo. El primero supone, como todo contrato, un acuerdo de voluntades que genera obligaciones. Ello no ocurre en el albaceazgo. Él se configura mediante una declaración unilateral del testador que no puede ser jurídicamente aceptada sino después de producida la muerte del causante. De esta forma es imposible que se cree el acuerdo de voluntades inherente a la noción de contrato.
- b) El mandato, por regla general, no es un contrato solemne, se perfecciona las más de las veces por el solo acuerdo de voluntades (artículo 2123). Tal cosa no ocurre en el albaceazgo, que es siempre solemne, pues se constituye por testamento.
- c) El mandato es normalmente revocable (artículo 2163 N° 3). No es revocable, en cambio, el nombramiento del albacea una vez muerto el causante. Es obvio que el nombramiento de albacea puede dejarse sin efecto por un nuevo testamento, pero una vez muerto el testador es imposible revocar el encargo. Si los herederos o el curador de la herencia yacente quieren hacerlo, tendrán que obtener la destitución judicial del albacea (artículo 1300).
- d) El mandatario, por regla general, puede delegar su encargo (artículo 2135). En un sentido exactamente inverso, el albacea, por regla general, no puede delegar su encargo (artículo 1280).
- e) Las facultades que tiene el mandatario son las que determine el mandante (artículo 2131). No acontece lo mismo con los albaceas, cuyas facultades están expresamente determinadas por la ley, no pudiendo el testador ampliarlas (artículo 1298).
- f) El mandatario puede ser una persona relativamente incapaz (artículo 2128). No sucede lo mismo con el albacea, quien necesariamente debe ser una persona capaz (artículo 1272).

739. EL ALBACEAZGO COMO FORMA DE REPRESENTACIÓN. Asumiendo que el albaceazgo no podría ser un mandato, habida cuenta que no es un contrato que se haya perfeccionado entre el causante y el albacea, se ha sostenido que bien puede ser considerado como una forma de representación. En efecto, bien podría el albacea ser tenido como un representante del testador. La representación no constituye mandato; es fruto de un poder unilateral conferido por el poderdante al apoderado. En la representación, al menos *ab initio*, no existe acuerdo de voluntades entre el poderdante y el apoderado, tan sólo un encargo unilateral. Siendo de esta forma, no cabría reprochar, como se hace en la tesis del mandato, que el

consentimiento no puede formarse por haber muerto el testador cuando el albacea acepta.<sup>1029</sup>

El problema con esta teoría, es que desde un punto de vista estrictamente jurídico, la representación solamente cabe respecto de un sujeto de derecho actual, en cuyo patrimonio se radican los efectos de lo actuado por el representante.<sup>1030</sup> No podría en verdad sostenerse que el albacea actúe en representación del causante, habida cuenta que aquél ya no existe. Sostiene entre nosotros RODRÍGUEZ que afirmar que el albacea obra en representación de los intereses del testador "constituye un error, toda vez que el testador no existe cuando debe obrar el albacea, y el que carece de existencia legal como consecuencia de la muerte, carece de intereses que justifiquen el obrar del representante. Mal puede obrar en interés de quien no existe y de intereses que tampoco existen".<sup>1031</sup>

Este problema, como anota PUIG FERRIOL, "no puede superarse configurando al albacea como un representante de los herederos, puesto que aquél recibe sus facultades del causante o de la ley, y puede por tanto ejercitarlas aun en contra de la voluntad de los interesados en la sucesión, quienes no pueden limitar o revocar las facultades de aquél".<sup>1032</sup> Esto es evidente. Los intereses de los herederos pueden chocar con el encargo efectuado al albacea, incluso, los intereses de los herederos pueden ser distintos entre sí. Incluso más, bien puede ser albacea uno de los herederos, con lo que no resulta explicable que el albacea obre en su propia representación.

Tampoco cabe suponer que el albacea obre en representación de la masa hereditaria. El caudal relicto no tiene personalidad jurídica propia, no es persona jurídica. No se comprende entonces cómo sería posible la representación de quien no es persona.

Finalmente, tampoco parece posible entender que el albacea represente a los legatarios y a los acreedores hereditarios. De ser así no habría lugar al nombramiento de albaceas si no se ha dispuesto de legados o no hay deudas hereditarias que pagar, y obviamente es posible nombrarlo aun en estos casos.

740. EL ALBACEAZGO COMO TITULAR DE UN CARGO U OFICIO. Parte de la doctrina alemana, italiana e incluso española, ha venido afirmando desde hace años

<sup>1029</sup> En este sentido resolvió la Corte de Apelaciones de Tacna que "además de ser albacea, la demandante es tenedora de los bienes de la sucesión, cargo que por disposición expresa de la ley lleva anexas las facultades y obligaciones de un curador de la herencia yacente, llegando por este motivo la demandante a ser la representante legal de la sucesión y administradora de sus bienes (RDJ, T. 2, 1, p. 282).

<sup>1030</sup> Cfr. PUIG FERRIOL, L., *El albaceazgo*, Barcelona, 1967, p. 46.

<sup>1031</sup> *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 233.

<sup>1032</sup> Ob. cit., p. 46.

que el albacea no es más que un titular de un cargo u oficio<sup>1033</sup>. El albacea estaría investido de una serie de derechos, facultades y obligaciones que le pertenecen en interés propio y no de otras personas. De esta forma, el albacea no se presenta frente a terceros como un mandatario del causante, ni como un eventual representante de éste o de los herederos o de la masa. Se trata tan sólo de una persona que ocupa, temporalmente, un cargo que debe cumplir y evacuar en la forma que el testamento y la ley se lo ordenan.

Entre nosotros, bien podría sostenerse que se trata de una tesis acorde con el tenor de buena parte del articulado dedicado en el Código Civil a los albaceas. De conformidad al artículo 1276, el posible fijar un plazo al albacea para que comparezca a ejercer "el cargo"; según el artículo 1277, el albacea puede rechazar libremente este "cargo"; según el artículo 1278 el albacea puede aceptar expresa o tácitamente "el cargo"; el inciso segundo de la misma norma indica que es posible la dimisión del "cargo"; de conformidad al artículo 1299 el albacea es responsable hasta de culpa leve por el desempeño de su "cargo"; el inciso segundo del artículo 1302 indica que a los efectos de la remuneración del ejecutor testamentario se tomará en cuenta lo más o menos laborioso del "cargo"; el artículo 1305 señala que el juez podrá prorrogar el plazo para la ejecución de "su cargo"; según el artículo 1307 los herederos podrán pedir la terminación del albaceazgo una vez que se haya evacuado "su cargo", y según el artículo 1309, el albacea debe rendir cuenta de su administración luego de que cese "su cargo".<sup>1034</sup>

<sup>1033</sup> En Italia ha dicho MESSINEO que "el ejecutor testamentario es titular de un cargo de derecho privado (...) y, como tal, no es representante (...) sino algo diverso y de mayor importancia: al mismo, por consiguiente, no se le aplican los principios de la representación". "Al configurar al ejecutor testamentario como titular de un cargo, el legislador ha rechazado implícitamente todas las construcciones jurídicas que la doctrina había propuesto bajo el imperio del código abrogado. Así, las teorías de la representación de los legatarios y de los acreedores hereditarios, la representación del heredero, de la representación de la herencia y de la representación del testador, se descartan, como se descartan otras teorías, aun menos adherentes a la esencia del instituto" (*Manual...*, T. VII, cit., p. 189). Por su parte, se ha dicho en España que el albacea "es un cargo testamentario para ejecutar y vigilar la ejecución del testamento: también tiene otros cometidos sin relación con la última voluntad del testador (entierro, sufragios, medidas conservativas, administración del caudal relicto cuando se le encomiende) (...) no es un representante de los herederos, que ni le han constituido tal (...) el ejecutor testamentario debe imponer la voluntad del testador contra los herederos acaso recalcitrantes y contra el interés de éstos. Tampoco es un representante del causante, pues el causante ya no es sujeto de derecho y por consiguiente no puede ser representado" (LACRUZ, *Elementos...*, cit., pp. 308 y 309). En Perú, en este mismo sentido, afirma FERRERO que jurídicamente "el ejecutor testamentario constituye un oficio de derecho privado, como por ejemplo, la tutela" (*Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 705).

<sup>1034</sup> De hecho se ha fallado por la Corte Suprema que "el albaceazgo es un cargo, como en repetidos pasajes se le llama en el Título VIII del Libro III del Código Civil, y como todo lo que se relaciona con el testamento es de orden público, ya que el testador no puede ampliar al nombrado las facultades que le da la ley no exonerarle de sus obligaciones" (RDJ, T. 20, 1, p. 502).

El problema de este planteamiento, es que en verdad no se ve cómo puede contribuir a resolver la cuestión que se quiere dilucidar. Si se recurre al auxilio de instituciones análogas con el fin de resolver los vacíos legales que deja la reglamentación de los albaceas, no resulta claro que la configuración del albaceazgo como un cargo u oficio produzca este beneficio<sup>1035</sup>. No parece que pueda pretenderse por esta vía asimilar los albaceas a los guardadores, sean tutores o curadores, pues si bien las tutelas y curatelas son cargos que se imponen a ciertas personas, ello se hace a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueda darles la protección debida (artículo 338). Naturalmente éste no es el caso de los albaceas. Los curadores son representantes legales del incapaz (artículo 43). Esto no acontece con los albaceas que ni protegen ni representan a algún incapaz.

741. EL ALBACEA COMO ADMINISTRADOR CON FACULTADES DISPOSITIVAS. De acuerdo a esta tesis, la función de los albaceas es la de entregar la herencia en su universalidad a los asignatarios una vez que se haya agotado el proceso de liquidación en manos del propio ejecutor testamentario. En este período la herencia está bajo la administración del albacea, sea en interés de los propios herederos, de los legatarios o incluso de los acreedores hereditarios. Tienen así la función de administrar y liquidar el caudal hereditario para entregarlo después a los destinatarios que el testador ha indicado en el testamento.

El albacea adquiere este poder de administrar y liquidar la herencia, no en virtud de un mandato o de un poder unilateral de representación emanado del causante, sino que en virtud de un negocio jurídico unilateral de autorización. El testador autorizaría al albacea para efectuar estas labores. De esta forma el albacea legitima su actuación a nombre propio y no del causante. Esta autorización no puede ser revocada por los herederos, por cuanto operará como una carga para ellos, tal como acontece con el modo o los legados. En este particular aspecto, los herederos no son continuadores de la personalidad del causante, pues son obligados respetar la autorización otorgada por aquél al albacea para proceder a administrar y liquidar la herencia.

En este sentido señala PUIG FERRIOL que "el albaceazgo supone, por tanto, un supuesto de herencia en administración, y la condición jurídica del albacea es,

<sup>1035</sup> En este sentido señala ÁLVAREZ CAPERUCHI que "la noción formal de albaceazgo como *offitium* es una palabra bonita que no significa nada y que quiere lavar una incoherencia manifiesta" (*Curso...*, cit., p. 57). En sentido semejante BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 516.

consiguientemente, la de un administrador del caudal hereditario nombrado por el causante mediante insertar en su disposición de última voluntad un negocio jurídico de autorización, que legitima al autorizado para ejecutar la última voluntad de aquél una vez que haya ocurrido su fallecimiento".<sup>1036</sup>

742. EL ALBACEAZGO COMO FORMA DE CURADURÍA DE BIENES. Se ha defendido en Chile, que el albacea es un curador de bienes<sup>1037</sup>. De acuerdo a esta corriente, la curaduría de bienes entre nosotros no importa necesariamente la representación de una persona, sino que puede implicar solamente la administración y gestión de una masa de bienes, tal como acontece con el curador de la herencia yacente. El albacea se encontraría en esta precisa condición. Esta solución tendría el mérito de hacer aplicables las reglas de los curadores de bienes a los albaceas en todo aquello que las normas que a éstos se les han dado sean insuficientes.

La justificación de la presente doctrina estaría en una serie de normas que de una u otra manera determinan una similitud entre albaceas y curadores de bienes. Ambos tienen sus facultades determinadas por la ley, sin que el dueño o interesado pueda ampliarlas. El albacea con tenencia de bienes cuenta con las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente (artículo 1296). Algunas normas de los curadores de bienes se aplican a los albaceas (artículos 1294 y 1310). También la terminología del articulado destinado a los albaceas es coincidente con la de los curadores en la medida que los concibe como cargo, con lo que existiría una *ratio legis* común.<sup>1038</sup>

743. EL ALBACEAZGO COMO INSTITUCIÓN AUTÓNOMA. Ante los obstáculos para encasillar la figura de los albaceas en otras instituciones más regladas, muchos han concluido que no puede tratarse más de que una institución autónoma, independiente o *sui generis*. Ella, por la evidencia de las cosas, presentaría características propias que frustrarían el afán de encajonarla en otras instituciones con

<sup>1036</sup> Ob. cit., p. 56.

<sup>1037</sup> Tesis defendida entre nosotros por el profesor RODRIGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 235 y ss. Señala PÉREZ LASALA que "esta teoría, que considera al albacea como una especie de curador de los bienes, es una de las más antiguas y estuvo en boga en los siglos XVI y XVII. Modernamente, ha sido defendida por Windscheid" (*Curso...*, cit., p. 656).

<sup>1038</sup> Esta doctrina ha sido también recogida en alguna ocasión por los tribunales. La Corte Suprema resolvió, en este sentido, que "el albacea con tenencia de bienes tiene, según el artículo 1296 del Código Civil, las mismas facultades que el curador de la herencia yacente; luego no es un procurador sino curador y en este último carácter corresponde reputarlo representante legal de la sucesión en conformidad con el artículo 43 del Código citado" (RDJ, T. 37, 1, p. 22).

alguna semejanza. En este sentido, la solución a los eventuales vacíos que se puedan encontrar en la reglamentación que la ley les ha dado, debieran ser llenados por esas reglas, y si no las hay, podrá recurrirse a otras semejantes; pero sin que por ello deba asimilarse el albaceazgo a alguna de estas instituciones.<sup>1039</sup>

Entre nosotros afirma EWING que la conclusión a la que se llega acerca de la naturaleza jurídica del albaceazgo, es que “ésta es una institución independiente, autónoma, *sui generis*, no una variante especial o una institución subsidiaria de otra”. A partir de lo mismo concluye que debiera ser el orden de aplicación de las disposiciones legales en su relación con el albaceazgo el siguiente: “en primer lugar. Las disposiciones especiales sobre albaceazgo, como ser, en su caso, el articulado sobre albaceazgo fiduciario; en segundo lugar, las disposiciones generales de la institución, esto es el Título VIII del libro 3º, y en tercer lugar, las disposiciones y principios generales del Código y no las de un título determinado”.<sup>1040</sup>

744. CARACTERES DEL ALBACEAZGO. ENUNCIACIÓN. Entre las principales características del albaceazgo pueden destacarse las siguientes: a) es personalísimo; b) de derecho estricto; c) remunerado; d) temporal, y e) voluntario.

745. EL ALBACEAZGO ES PERSONALÍSIMO. El nombramiento del albacea importa un acto se suma confianza de parte del testador en la persona que designa. Este es un hecho evidente si se tiene en cuenta que el nombrado ejerce las funciones que le han sido encomendadas una vez que quien lo ha nombrado ha muerto, por lo que sólo le cabe confiar en que el albacea hará precisamente lo que se le ha encargado.

Que el albaceazgo sea personalísimo implica dos cosas diferentes: por una parte resulta que es intransmisible a los herederos del albacea, y, por otro lado, impone que el cargo no es delegable.

<sup>1039</sup> También esta doctrina ha sido recibida en alguna ocasión por los tribunales. La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que “no debe olvidarse que la institución de los albaceas es *sui generis*; que cualquiera que sea su semejanza con otras instituciones establecidas por la ley; sólo se rige por el título que especialmente la ha reglamentado y en el cual se expresa claramente que no habiéndose nombrado albacea o facultado el nombrado, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenece a los herederos” (RDJ, T. 53, 2, p. 1). Otros fallos se han limitado a señalar simplemente que el albaceazgo no constituye un mandato (cfr. RDJ, T. 21, 1, p. 270).

<sup>1040</sup> Ob. cit., pp. 395 y 396. En el mismo sentido señala CLARO SOLAR que “el albaceazgo es una institución original e independiente, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una o más disposiciones o de todo el testamento, por medio de una persona designada para velar por su ejecución o hacerlas cumplir” (ob. cit., T. 16, N° 2013, p. 296). También afirman DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que “hay que admitir que el albaceazgo es una institución con características propias. No tolera, como se ha visto, que se la quiera encasillar en una de las ya reglamentadas, como el mandato o la representación. Por ese esfuerzo de encasillamiento surgen las críticas” (*Derecho sucesorio*, cit., p. 1291).

La intransmisibilidad del cargo de albacea está expresamente prevista en el artículo 1279, cuando señala que “el albaceazgo no es transmisible a los herederos del albacea”. Esto no es más que una consecuencia, como se dice, de la natural confianza que el testador tuvo en el nombrado, confianza que no se extiende a los herederos testamentarios o *ab intestato* que pueda tener el albacea.

El carácter indelegable del albaceazgo, en cambio, no es absoluto. Dice el artículo 1280.1 que “el albaceazgo es indelegable, a menos que el testador haya concedido expresamente la facultad de delegarlo”. La excepción se justifica en la medida que la confianza que tenía el causante en el albacea sea de tal entidad que se extienda incluso hacia las personas en las que el propio albacea pueda delegar su encargo.<sup>1041</sup>

Si el albacea hace delegación de su cargo, no existe inconveniente que pueda posteriormente revocar la delegación y reasumir personalmente las funciones que a él le fueron entregadas.<sup>1042</sup>

Ahora bien, el carácter de indelegable del albaceazgo no impide que el albacea pueda nombrar mandatarios, aun cuando no se le haya expresamente conferido esta facultad por el testador. Dice el inciso segundo del artículo 1280 que “el albacea, sin embargo, podrá constituir mandatarios que obren a sus órdenes; pero será responsable de las operaciones de éstos”. Esto implica que siempre el albacea podrá encomendar alguna gestión que sea necesaria a uno o más mandatarios que obren en su nombre. Pero no podrá delegar en ellos todas las funciones que a él le fueron encomendadas o que por ley le corresponden.

746. EL ALBACEAZGO ES DE DERECHO ESTRICTO. Que el albaceazgo sea un cargo de derecho estricto, significa que el albacea no tiene otras facultades o atribuciones más que las señaladas en la ley. Dice el artículo 1298 que “el testador no podrá ampliar las facultades del albacea, ni exonerarle de sus obligaciones, según se hallan unas y otras definidas en este título”.<sup>1043</sup>

<sup>1041</sup> No permite la delegación del albaceazgo el artículo 1985 del código brasileño, cuando dispone que “el encargo de la ejecución testamentaria no se transmite a los herederos del albacea, ni es delegable; pero el albacea puede hacerse representar en juicio y fuera de él, mediante mandatario con poderes especiales”.

<sup>1042</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 239. Así también GT, 1915, s. 274, p. 650.

<sup>1043</sup> Harto distinta es la solución del artículo 901 Código Civil español, según el cual “los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les haya conferido el testador, y no sean contrarias a las leyes”. También es una solución distinta a la contenida en el artículo 3851 del Código Civil argentino, de acuerdo al cual “las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo a las leyes; y si no las hubiere designado, el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias, sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador”.

La justificación de esta restricción encuentra causa en una protección a los herederos, ya que este cargo limita las facultades que ellos tienen.<sup>1044</sup>

747. EL ALBACEAZGO ES REMUNERADO. A diferencia de lo que acontece en otros lugares, el albaceazgo en Chile es un cargo remunerado<sup>1045</sup>. Esta remuneración constituirá una baja general de la herencia (artículo 4º, N° 1 de la Ley N° 16.271).<sup>1046</sup>

La remuneración, en los términos del artículo 1302, será la que haya señalado el testador, y si no hubiere señalado ninguna, tocará al juez regularla, tomando en consideración el caudal hereditario y lo más o menos laborioso del cargo. En cualquier caso parece natural que el albacea pueda fijar su remuneración de común acuerdo con los herederos.<sup>1047</sup>

En lo que hace a la remuneración fijada por el testador, en principio no existen límites, de modo que podrá determinar los honorarios que mejor le parezcan. Con todo, resulta más que evidente que mediante este expediente no podrá el testador lesionar las asignaciones forzosas.<sup>1048</sup>

El testador tampoco tiene límites respecto de la forma en que fija la remuneración. Podrá ella asumir la forma de una suma de dinero, o bien la forma de un legado<sup>1049</sup>.

<sup>1044</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1294 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 345. Para SOMARRIVA, en cambio, "no se ve la razón por la cual el legislador transforma en este aspecto el albaceazgo en una institución de orden público, el porqué de esta rigidez respecto de las funciones del albacea, que constituye una limitación a la libertad del testador" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 496).

<sup>1045</sup> Así ocurre, por regla general, en España. Señala el artículo 908 del Código español que "el albaceazgo es cargo gratuito. Podrá, sin embargo, el testador señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente: todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos". "Si el testador lega o señala conjuntamente a los albaceas alguna retribución, la parte de los que no admitan el cargo acrecerá a los que lo desempeñen". En cambio, el cargo es también oneroso en Argentina (artículo 3878) y en Perú (artículo 793), aunque en este último caso el testador puede imponer la gratuidad.

<sup>1046</sup> Cfr. RDJ, T. 32, 1, p. 534.

<sup>1047</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 346.

<sup>1048</sup> Más dudosa puede resultar la cuestión si mediante la remuneración establecida por el testador se lesionan asignaciones voluntarias. Estima RODRÍGUEZ que si la remuneración fijada por el testador es desproporcionada y compromete incluso las asignaciones voluntarias, los herederos podrían recurrir al juez para que las rebaje proporcionalmente (cfr. *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 240). La solución parece muy dudosa. No se entiende verdaderamente bien por qué habría de rebajarse una remuneración que lesiona asignaciones voluntarias que el testador puede o no hacer. Incluso, podría tratarse de asignaciones en favor del propio albacea.

<sup>1049</sup> Dice a este respecto el artículo 3849 del Código Civil argentino que "si el testador ha hecho un legado al albacea en mira de la ejecución de su testamento, el albacea no puede pretender el legado sin aceptar las funciones de ejecutor testamentario".

Pero ¿podría el testador asignar en pago una cuota de la herencia? Parece que en ello no hay problema; mas, en todo caso, el albacea será a la vez heredero en la parte en que fue instituido, y siempre que ello no grave las asignaciones forzosas.

¿Podría el testador disponer que el cargo sea gratuito? Pareciera que puede hacerlo, pero será decisión del albacea el aceptar o repudiar el cargo. Una vez que haya aceptado en esas condiciones debe necesariamente evacuarlo.<sup>1050</sup>

Si el testador no ha fijado remuneración alguna, la determinación corresponderá al juez. El albacea podrá demandar la fijación de su remuneración sea ante la justicia ordinaria de conformidad a las reglas generales o bien ante el juez partidario de la herencia (artículo 651 del Código de Procedimiento Civil).<sup>1051</sup>

748. EL ALBACEAZGO ES TEMPORAL. La duración del cargo de albacea queda entregada a la voluntad del testador, sólo si nada dijere a este respecto la ley limita su duración. Dice el artículo 1303 que "el albaceazgo durará el tiempo cierto y determinado que se ha prefijado por el testador". Agrega el artículo 1304 que "si el testador no hubiere prefijado tiempo para la duración del albaceazgo, durará un año contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer su cargo".

El testador solamente puede fijar un plazo cierto y determinado, lo que significa que es un término que se sabe que ha de llegar y cuándo. No podría tratarse de un plazo indeterminado, como hasta el día que una persona muera, pues no se concibe un plazo que deba deducirse de ciertos hechos o circunstancias o que esté subordinado a hechos inciertos y futuros. En los términos del artículo 1081, es el plazo en el que el día se sabe que va a llegar y se sabe exactamente cuando, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador<sup>1052</sup>. Debiendo ser el plazo cierto y determinado, no es posible entre nosotros que se establezca como vigencia para el albaceazgo una condición resolutoria, como si el testador dijere, por ejemplo, que el cargo durará hasta que el albacea contraiga matrimonio.<sup>1053</sup>

Ahora bien, sea que el plazo haya sido fijado por el testador o la ley, es posible que sea ampliado, pues "el juez podrá prorrogar el plazo señalado por el testador

<sup>1050</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1275 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 239 y 240.

<sup>1051</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Indivisión y partición*, cit., pp. 332 y 333.

<sup>1052</sup> A este respecto se ha fallado que si el testador señala un plazo prorrogable cuantas veces sea necesario y por todo el tiempo necesario, no se cumple con la exigencia de un plazo cierto y determinado, por lo que el plazo máximo será el legal de un año (GT, 1879, s. 322, p. 206).

<sup>1053</sup> En el Derecho comparado, algunos autores admiten, en cambio, que la duración del albaceazgo esté determinada por una condición resolutoria (cfr. KIPP, ob. cit., p. 679 y PUIG FERRIOL, ob. cit., p. 77).

o la ley, si ocurrieren a el albacea dificultades graves para evacuar su cargo en él" (artículo 1305). Esta es una facultad que solamente se le concede al tribunal, no podrían los herederos, aunque estén de acuerdo, prorrogar el plazo fijado por el testador, como tampoco podrían fijarle plazo al albacea si el testador no lo hubiere hecho.<sup>1054</sup>

La determinación de las causas graves a las que alude el precepto, se determinarán en cada caso concreto por parte del juez que deba conocer de la ampliación del plazo, como si el albacea estuvo impedido de ejercer el cargo por razones de fuerza mayor o caso fortuito.<sup>1055</sup>

Con todo, el propio artículo 1308 se encarga de señalar que no será motivo ni para la prolongación del plazo, ni para que no termine el albaceazgo, la existencia de legados o fideicomisos cuyo día o condición estuviere pendiente; a menos que el testador haya dado expresamente a el albacea la tenencia de las respectivas especies o de la parte de bienes destinados a cumplirlos, en cuyo caso se limitará el albaceazgo a esta sola tenencia. Lo dicho se extiende a las deudas, cuyo pago se hubiere encomendado a el albacea, y cuyo día, condición o liquidación estuviere pendiente; y se entenderá sin perjuicio de los derechos conferidos a los herederos por los artículos precedentes.<sup>1056</sup>

749. EL ALBACEAZGO ES VOLUNTARIO. El albacea designado no tiene la obligación de aceptar el nombramiento; se trata de un acto voluntario y no forzado. Por lo menos ésa es la regla que sienta el inciso primero del artículo 1277 cuando señala que "el albacea nombrado puede rechazar libremente este cargo". El inciso segundo del mismo artículo, matiza esta solución al disponer que "si lo rechazare sin probar inconveniente grave se hará indigno de suceder al testador, con arreglo al artículo 971, inciso 2º".

La ley considera que la aceptación de este cargo debe ser voluntaria; pero, al mismo tiempo, entiende que un rechazo del cargo sin razones que en verdad lo justifiquen, importa una especie de afrenta o agravio al testador, por lo que la sanciona configurando una especial causal de indignidad<sup>1057</sup>. Dispone el inciso

segundo del artículo 971 que "el albacea que nombrado por el testador se excusare sin probar inconveniente grave, se hace igualmente indigno de sucederle". Con todo, y con el fin de no perjudicar las asignaciones forzosas, señala el inciso tercero que "no se extenderá esta causa de indignidad a las asignaciones forzosas en la cuantía que lo son, ni a los que, desechada por el juez la excusa, entren a servir el cargo".<sup>1058</sup>

Si el albacea no es a la vez asignatario, el rechazo del cargo sólo lo privará de la remuneración que pueda haberle asignado el testador o que podría determinar el juez. Por el contrario, si ha sido asignatario en el testamento el rechazo le implicará la pérdida de cualquier asignación que se le haya hecho con cargo a la parte de libre disposición, pero no de las asignaciones forzosas, las que conservará.

Resulta claro que el albacea nombrado que rechaza el cargo no pierde el derecho a su legítima. Igualmente claro es que pierde el derecho a lo que se le haya asignado voluntariamente con cargo a la parte de libre disposición. Pero qué pasa con lo que se le pueda haber asignado con cargo a la cuarta de mejoras. Bien podría acontecer que el causante le haya asignado al albacea toda o parte de la cuarta de mejoras, teniendo la posibilidad de haberla asignado a otras personas (artículo 1195). Si el albacea rechaza el cargo pierde el derecho a esta parte de la

#### Continuación nota <sup>1057</sup>

a la del tutor, quien estaba obligado a aceptar la tutela, a menos que concurriera alguna causa de excusa admitida por la costumbre, y por analogía con la tutela argumentaban que la ejecución de los testamentos era una cuestión de orden público —y por tanto obligatoria— como la protección del menor de edad. A partir del siglo XIII la opinión dominante parece ser la de que el cargo de albacea es voluntario, pero este principio sufre algunas excepciones, pues se entiende que si el testador ha ordenado algún legado a favor del ejecutor, si éste acepta el legado se convierte definitivamente en albacea o que en el caso de legados *ad pios usus* el albacea venga obligado a la aceptación del cargo por razones de equidad canónica. Durante los siglos XIV y XV la teoría sobre el carácter público del albaceazgo lleva de nuevo a los tratadistas del Derecho canónico a declarar obligatorio el ejercicio del cargo aduciendo que el mismo no deriva del testamento, sino que el albacea designado por el testador ha de obrar con el carácter de delegado del Obispo o del Juez secular, y si el designado rehúsa ejercer el cargo, la ejecución del testamento compete al Obispo o Juez, quienes pueden delegarlo en personas de su confianza. Pero esta tesis no perece que fuera admitida por todas las costumbres de la época, y para evitar dudas un Decretal de Gregorio IX estableció que el ejecutor no podía ser obligado a desempeñar el cargo si antes no lo había aceptado, por bien de los autores admitieran también algunos supuestos de aceptación tácita, como el de que el designado hubiera estado presente en el acto de otorgamiento del testamento en que se nombraba sin poner reparo alguno del nombramiento. En todo caso se admitía sin discusiones que el albacea que hubiera aceptado pudiera excusarse de seguir desempeñando el cargo si concurría alguna de las causas señaladas por la ley o la costumbre" (ob. cit., p. 114).

<sup>1058</sup> Aun cuando el artículo 1277.2 se remite solamente al inciso segundo del artículo 971, no cabe más que entender que de igual manera le es aplicable al albacea que rechaza la excepción del inciso tercero de este último artículo. De lo contrario acontecería que la legítima, por ejemplo, quedaría sujeta a una carga como lo es la aceptación del nombramiento de albacea, cosa que no permite el artículo 1192 (cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, Nº 2088, p. 355 y DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 289).

<sup>1054</sup> Cfr. RDJ, T. 21, 1, p. 270.

<sup>1055</sup> Cfr. RDJ, T. 53, 2, p. 1.

<sup>1056</sup> Para que proceda la ampliación del plazo en el caso de deudas pendientes de pago, estiman DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que debe haberse conferido al albacea la tenencia de bienes necesaria para ello (cfr. *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1279 y 1280). En contra CLARO SOLAR, para quien no sería ésta una exigencia legal (cfr. ob. cit., T. 16, Nº 2226, p. 440).

<sup>1057</sup> Históricamente el albaceazgo no siempre fue de carácter voluntario. Al respecto escribe PUIG FERRIOL que "los canonistas de la Edad Media sostuvieron que el ejecutor cumplía una función pública semejante

herencia? Pareciera que la respuesta debe ser la afirmativa, ya que el inciso segundo del artículo 971 se refiere en general a las asignaciones forzosas y la cuarta de mejoras indudablemente tiene esta calidad<sup>1059</sup>. La solución no parece ser demasiado justa. Habiendo tenido el testador la posibilidad de asignar libremente la cuarta de mejoras a las personas que la ley le permite, escogió para ello al albacea, quien, a pesar de rechazar el encargo, conservaría esta asignación que bien pudo haberle no sido hecha a él.

750. TIPOS DE ALBACEAS. Doctrinariamente los albaceas pueden ser clasificados desde diversos puntos de vista. Atendiendo al modo de designación, los albaceas pueden ser testamentarios, legítimos, dativos y convencionales. Desde el punto de vista de la extensión del cargo, los albaceas se clasifican en universales y particulares. Tomando en consideración la amplitud de sus facultades, ellos pueden ser divididos en albaceas con tenencia de bienes y albaceas sin tenencia de bienes. En cuanto a la naturaleza del encargo que les ha efectuado el testador, los albaceas pueden ser simples o fiduciarios. Finalmente, y tomando en cuenta su número, los ejecutores testamentarios pueden ser singulares o plurales.

751. ALBACEAS TESTAMENTARIOS, LEGÍTIMOS, DATIVOS Y CONVENCIONALES. Albaceas testamentarios son los que han sido designados en el testamento del causante. Albaceas legítimos son los que designa la ley a falta de un nombramiento hecho por el testador. Albaceas dativos son los que nombra el juez en casos particulares. Por fin, albaceas convencionales son los que encuentran su fuente en un acuerdo de voluntades.

A pesar de lo dicho en el artículo 1271, no existen en Chile albaceas legítimos. Dicha norma señala que "no habiendo el testador nombrado albacea, o faltando el nombrado, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenece a los herederos"<sup>1060</sup>. Parece sugerir el artículo que los herederos, en estos casos, tienen el carácter de albaceas, como si a ellos pasara el encargo del albacea que no fue nombrado o que faltó<sup>1061</sup>. Lo que quiere expresar el precepto, es que en

ausencia de albacea, la ejecución de lo dispuesto por el testador corresponde a los que sean sus herederos, no en el carácter de albaceas, sino que en su calidad de herederos<sup>1062</sup>. En este sentido expresa LASARTE que "algunos autores, a nuestro juicio desacertadamente, consideran oportuno incluir dentro de esta clasificación a los propios herederos, calificándolos entonces como albaceas legítimos. Sin embargo, parece indiscutible que teniendo la condición de herederos (y no existiendo albacea testamentario) para nada necesitan la atribución de la calidad de albaceas, pues en cuanto herederos pueden llevar a cabo toda suerte de actos en relación con la herencia deferida"<sup>1063</sup>.

A diferencia de lo que acontece en otros sitios, tampoco existen en nuestro país albaceas dativos. En Brasil, al artículo 1984 del Código Civil señala que a falta de albacea nombrado por el testador, la ejecución testamentaria corresponde al cónyuge, y, a falta de ellos, al heredero nominado por el juez. De la misma forma, el parágrafo 2200 del Código Civil alemán permite que el juez nombre un ejecutor testamentario si el causante lo solicitó en el testamento. También en Inglaterra es posible que si el testador no ha designado un albacea, sea designado por el juez. En Chile, el proyecto de Código de 1841 decía -en el artículo 1º del Título XII- que "si el albacea o fideicomisario ha sido designado por el difunto, se llama testamentario; si por la ley, legítimo; si por el juez, dativo". Se seguía de esta forma la nomenclatura de las guardas. Pero este tipo de nombramientos no prosperó en el proyecto definitivo.

Tampoco hay entre nosotros albaceas convencionales. No es posible que el albacea sea nombrado mediante un acuerdo entre el testador y el albacea ni den-

Continuación nota <sup>1061</sup>

ejercidas por los herederos, y si no están de acuerdo, deberán pedir al juez el nombramiento de albacea dativo". A partir de ello la doctrina peruana afirma que pueden existir albaceas, testamentarios, legales y dativos (cfr. FERRERO, *Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 708).

<sup>1062</sup> En este sentido se ha resuelto que el artículo 1271 "al estatuir, en términos generales, que cuando el testador no hubiese nombrado albacea o falta el nombrado, el encargo de hacer cumplir las disposiciones testamentarias pertenece a los herederos, no introdujo alteración alguna en las reglas especiales dictadas en los artículos 951, 952, 954, 955, 956, 980 y 1097, del citado Código, que consagran el derecho preferente de los herederos universales testamentarios para asumir la representación de la persona del testador y desempeñar ellos privativamente la función de cumplir sus disposiciones" (RDJ, T. 21, I, p. 328). Más recientemente se ha resuelto que "el artículo 1271 del Código Civil dispone, que no habiendo el testador nombrado albacea o faltando el nombrado, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador, pertenece a los herederos. Así vistas las cosas, resulta que la obligación de las ejecuciones testamentarias le asiste a los herederos" (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30 de abril de 1998, *Fernández con Echavarría*, Rol Nº 1851/1997).

<sup>1063</sup> *Principios...*, cit., pp. 193 y 194. En igual sentido RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 258 y 259.

<sup>1059</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, Nº 2088, p. 355 y EWING, ob. cit., p. 648.

<sup>1060</sup> Norma idéntica contiene el 965 del Código Civil uruguayo, que señala que "no habiendo el testador nombrado albaceas o faltando el nombrado, el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenece a los herederos".

<sup>1061</sup> Así lo resolvió una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que dijo que el heredero de remanente "tiene la calidad de ejecutor testamentario o albacea" (RDJ, T. 64, 2, p. 386). Más explícito resulta el artículo 792 del Código Civil del Perú, que dispone que "si el testador no hubiera designado albacea o si el nombrado no puede o no quiere desempeñar el cargo, sus atribuciones serán



tro ni fuera del testamento. Tampoco es posible que sea designado por un acuerdo entre los herederos y/o los legatarios<sup>1064</sup>. No es así, por ejemplo, en Argentina, en donde el artículo 3867 señala que "cuando el testador no ha nombrado albacea, o cuando el nombrado cesa en sus funciones por cualquiera causa que sea, los herederos y legatarios pueden ponerse de acuerdo para nombrar un ejecutor testamentario; pero si no lo hicieren, los acreedores de la sucesión u otros interesados, no pueden pedir el nombramiento de albacea. La ejecución de las disposiciones del testador corresponde a los herederos".<sup>1065</sup>

En consecuencia, el albaceazgo en Chile siempre encuentra su origen en el testamento. Todos los tipos de testamentos son adecuados para la designación de un albacea, incluso los testamentos privilegiados. Puede incluso estar contenido el nombramiento en un testamento posterior al que se contienen las disposiciones que deben cumplirse.

<sup>1064</sup> Creer DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que sí existiría una especie de albacea convencional en dos situaciones muy puntuales. Una se daría cuando el albacea designado, con autorización del testador, delega su cargo en un tercero (artículo 1280). En tal caso el delegado es un ejecutor testamentario y no un mandatario del albacea nombrado. La segunda situación se presentaría cuando el banco comercial nombrado albacea por el testador, quiebra o entra en liquidación, pues, en tal caso, el superintendente o el liquidador, con autorización del banco, podrá encomendar a otra institución bancaria esta comisión de confianza según lo prevenido en el artículo 86 N° 5 y en el artículo 90 de la Ley General de Bancos. Este traspaso constituiría un acuerdo, en que el albacea resulta designado por una voluntad ajena de la del testador (cfr. *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1252 y 1253). EWING también cree que en la primera hipótesis habría un albaceazgo convencional. En cambio, y tomando en cuenta la antigua ley de comisiones de confianza para los bancos, N° 4827 de 1930, cree ver en esta segunda hipótesis, un caso de albaceazgo dativo (ob. cit., pp. 457 a 460 y 463). Sin embargo, en rigor, en ninguno de estos casos existe un acuerdo de voluntades entre el causante y el albacea designado. Ni tampoco interviene para nada la voluntad de los herederos, ni la de los legatarios. Desde este punto de vista no hay convención alguna entre el testador y el albacea ni entre los herederos y/o legatarios. Además, para que todo esto sea procedente, es requisito indispensable que haya habido un nombramiento de albacea por parte del testador; esto es, que haya un albacea testamentario. Si no es así nada de lo previsto en el artículo 1280 del Código Civil o en la Ley General de Bancos, tiene lugar.

<sup>1065</sup> La doctrina argentina, con todo, no considera en verdad que el así nombrado sea un verdadero albacea, sino que tan sólo un mandatario de los herederos. Dice ZANNONI que "esta norma es inconsecuente con el pensamiento del codificador, que reputaba al albacea como un mandatario del testador (nota al art. 3844). De tal modo, si él no hubiese nombrado albacea o si el designado no aceptase el cargo o cesase en sus funciones, parecería lógico que la administración de la herencia y el cumplimiento del testamento quedase a cargo de los herederos, si los hay, y si no del fisco como liquidador de la herencia vacante". "Por supuesto, los herederos pueden decidir que otra persona tenga a su cargo el cumplimiento material de las disposiciones testamentarias. Pero en tal caso esa persona obrará como mandatario de los herederos y no, estrictamente, como albacea. En suma, al ejecutor testamentario aludido en el art. 3867, le serán aplicables las normas del mandato (art. 1869 y ss., Cód. Civil). Por ende, el alcance de sus funciones derivará del poder o mandato —que, si comprende cualquiera de los actos previstos en el art. 1881 deberá ser hecho en escritura pública— y no de las disposiciones aplicables al albaceazgo" (*Manual...*, cit., pp. 724 y 728). En igual sentido, BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 559 y 560).

752. ALBACEAS UNIVERSALES Y PARTICULARES. Albaceas universales, también llamados generales, son los encargados de la ejecución de la totalidad de las disposiciones testamentarias. Albaceas particulares, en cambio, son aquellos a quienes el causante sólo ha encomendado el cumplimiento de ciertas y determinadas funciones.

La mayor parte de los autores asocia el carácter de universal o particular de los albaceas a las facultades de las que ha sido previsto por el testador. Si el testador lo inviste de la totalidad de las facultades que sean necesarias para la ejecución del testamento, el nombrado será un albacea universal. Por el contrario, si esta amplitud de facultades no le ha sido reconocida en el testamento, el designado sólo será un albacea particular.<sup>1066</sup>

Sin embargo, pareciera que lleva la razón ALBALADEJO cuando afirma que "el ser albacea universal o particular depende de haber recibido o no el encargo de ejecutar en general el testamento. De forma que hay que considerar universal al albacea que recibe, no la misión especial de encargarse de que se cumpla cierta disposición concreta o cierto tipo de ellas o de ocuparse de la sucesión en lo que se refiere a bienes singulares, sino la misión de encargarse, en principio, del cumplimiento global del conjunto de la ordenación sucesoria que el causante estableció. Y ello aunque: 1.º Se le supriman o no se le encomienden facultades que cuando el testador no les resta, están incluidas dentro del albaceazgo. 2.º Se le detraigan de sus facultades de ejecutor global, determinadas atribuciones particulares relativas a bienes concretos o a singulares disposiciones".<sup>1067</sup>

Pero qué sucede si el testador se limita a nombrar un albacea sin señalar ni el carácter en que lo nombra ni las facultades que le confiere. La uniformidad de los doctrinadores está por creer que el albacea en estos casos es particular y no universal. Las únicas facultades que tendría son las que la ley le señala.<sup>1068</sup>

Entre nosotros, el problema no parece ser de tanta relevancia. Si el causante se limita a nombrar un albacea, sin decir nada más, con independencia de que pueda concluirse que es universal o particular, el designado solamente tendrá las facultades que le confiere la ley a los ejecutores testamentarios entre los artículos 1284 a 1296. El testador no puede ampliar estas facultades ni exonerarlo de sus obligaciones (artículo 1298), por lo que no podrá hacer otras cosas más que las que en estas normas se le señala.

<sup>1066</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 2028, p. 313; CÁMARA ÁGUILA, P., *Comentarios al artículo 894 del Código Civil español*, en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 1054 y FERRERO, *Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 708.

<sup>1067</sup> *Curso...*, T. V, cit., p. 347.

<sup>1068</sup> Cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, T. V, cit., p. 348; CÁMARA, *Comentarios al artículo 894...*, cit., en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 1054 y CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 2028, p. 313.

753. ALBACEAS CON TENENCIA DE BIENES Y ALBACEAS SIN TENENCIA DE BIENES. Los albaceas sin tenencia de bienes son aquellos cuyas funciones se limitan a velar por la seguridad de los bienes hereditarios, a instar por el pago de las deudas hereditarias y los legados, o a comparecer en juicio para defender la validez del testamento o siempre que ello fuere necesario para cumplir una disposición testamentaria. En estos casos, si ningún heredero acepta la herencia en el plazo de quince días contados desde la delación, ella puede ser declarada yacente (artículo 1240). Estos albaceas no tienen la administración de la herencia, ni las facultades que la ley confiere a los curadores de bienes.

Los albaceas con tenencia de bienes, en cambio, son los que tienen la administración de los bienes que conforman la masa hereditaria, con las facultades de un curador de bienes. Dice el artículo 1296 que “el testador podrá dar al albacea la tenencia de cualquiera parte de los bienes o de todos ellos”. “El albacea tendrá en este caso las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente; pero no será obligado a rendir caución sino en el caso del artículo 1297”. “Sin embargo, de esta tenencia habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes”. En estas hipótesis, si ningún heredero acepta la herencia en el plazo de quince días contados desde la delación, ella no puede ser declarada yacente, por cuanto las facultades que tendría el eventual curador de la herencia son las que le corresponden al albacea (artículo 1240). Los albaceas con tenencia de bienes, en consecuencia, acumulan a las atribuciones que la ley confiere a todo albacea, las que corresponden al curador de la herencia yacente.

754. ALBACEAS SIMPLES O FIDUCIARIOS. Albaceas fiduciarios son aquellos a quienes el testador ha hecho encargos secretos y confidenciales, que no figuran en el testamento, a fin de que invierna en uno o más objetos lícitos una cantidad de bienes de la que podrá disponer libremente (artículo 1311). A *contrario sensu*, albaceas simples, son aquellos a quienes se les ha conferido un encargo, que no es secreto, sino que es público y conocido por el hecho de figurar en el testamento.

755. ALBACEAS SINGULARES Y PLURALES. El testador puede designar más de un albacea. Si llegara hacerlo se habla de albaceas plurales o múltiples (artículo 1281). Por el contrario, si como es lo habitual, nombra sólo a una persona, éste será un albacea singular.

Los albaceas plurales pueden actuar todos a un mismo tiempo, o bien unos a falta de los otros, evento en el que se trata de albaceas sucesivos. En verdad, cuando el causante nombra a algunos albaceas para el evento que el inicialmente nom-

brado no pueda o no quiera desempeñar el cargo, se está ante un albacea singular, pues el que desempeña el cargo es uno solo; los otros son simplemente sustitutos. Por lo que si bien en el testamento aparecen varios nombrados, el cargo solamente será desempeñado por uno de ellos.<sup>1069</sup>

Si se han nombrado varios albaceas para que desempeñen el mismo cargo, éstos pueden ser conjuntos o mancomunados, separados y solidarios.

a) Los albaceas conjuntos o mancomunados son los que desempeñan el mismo tiempo el cargo, sin que sus funciones o atribuciones hayan sido divididas por el testador o el juez. Cuando esto sucede, todos los albaceas tienen intervención en la ejecución del testamento<sup>1070</sup>. Ellos poseen atribuciones comunes, todos deben obrar de consuno, de la misma forma que se previene para los tutores en el artículo 413 (artículo 1283.1)<sup>1071</sup>. De acuerdo al inciso segundo del artículo 413 se entiende que los albaceas actuarán de consuno cuando uno de ellos lo hace a nombre de los otros, en virtud de un mandato en forma<sup>1072</sup>. Si existieren discordias entre ellos en la ejecución de las disposiciones testamentarias, ellas serán resueltas por el juez (artículo 1283.2).<sup>1073</sup>

<sup>1069</sup> Cfr. RDJ, T. 2, 1, p. 89; T. 9, 1, p. 406 y T. 20, 1, p. 502.

<sup>1070</sup> Señala LASARTE que “la mancomunidad de los albaceas significa que han de actuar conjuntamente, obrando en común, sin que resulte admisible como regla general que uno solo de ellos pueda actuar por separado” (*Principios...*, cit., p. 194).

<sup>1071</sup> Solución diferente es la adoptada en Uruguay, en donde el artículo 972 del Código Civil dispone que “cuando son dos o más los albaceas y no pueden o no quieren intervenir todos, valdrá lo que bajo su responsabilidad hiciere el menor número, aunque fuese uno solo”. También es diferente la solución adoptada por el código brasileño, ya que según su artículo 1986, habiendo simultáneamente más de un albacea que haya aceptado el cargo, podrá cada cual ejercerlo, a falta de los otros; pero todos serán solidariamente obligados a dar cuenta de los bienes que les fueren confiados, salvo que cada uno tuviere, por el testamento, funciones distintas y a ellas limitadas”.

<sup>1072</sup> Cabe preguntarse qué acontece si uno de los albaceas nombrados no ha aceptado el cargo. Podría pensarse que en este caso los que sí lo han aceptado están imposibilitados de ejercer sus funciones, pues no podrían obrar de común acuerdo. Faltaría la voluntad de quien no ha aceptado. Sin embargo, no parece ser ésta una solución demasiado razonable. El rechazo del cargo por parte de uno frustraría la ejecución por parte de los otros. El rechazo de uno de los nombrados importaría en verdad el rechazo de todos. De ahí que parezca más ajustado considerar para estos efectos solamente la voluntad de los albaceas que sí han aceptado el encargo. En este sentido SANTANDER, *Estudio...*, cit., p. 27. Así también lo entiende la mayoría de la doctrina española (cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, T. V, cit., p. 350 y PUIG FERRIOL, ob. cit., pp. 80 y 81); y la jurisprudencia de ese país (cfr. CÁMARA, *Comentarios al artículo 895...*, cit., p. 1054).

<sup>1073</sup> No rige entonces la decisión de la mayoría de los albaceas, si ellos no logran la necesaria uniformidad deberá solicitar al juez que resuelva la controversia. En sentido diferente señala el artículo 780 del Código peruano que “cuando hay varios albaceas testamentarios nombrados para que ejerzan el cargo conjuntamente, vale lo que todos hagan de consuno o lo que haga uno de ellos autorizado por los demás. En caso de desacuerdo vale lo que decide la mayoría”. Más confuso es el artículo 895 del Código Civil

En este caso, todos los albaceas son solidariamente responsables, salvo que el testador los haya eximido de la solidaridad (artículo 1281).<sup>1074</sup>

b) Los albaceas separados son aquellos que han sido nombrados para la ejecución de diferentes y determinadas funciones o entre quienes el testador o el juez ha dividido las funciones. Dice el artículo 1281 que testador o el juez pueden dividir las atribuciones entre los albaceas y cada uno se ceñirá, entonces, a las que le incumban. Agrega el artículo 1282 que “el juez podrá dividir las atribuciones, en ventaja de la administración; y a pedimento de cualquiera de los albaceas, o de cualquiera de los interesados en la sucesión”.

En estos casos, la responsabilidad de los albaceas no es solidaria, cada uno responderá por su propia administración. Dice el artículo 1281 que “siendo muchos los albaceas, todos son solidariamente responsables, a menos que el testador los haya exonerado de la solidaridad, o que el mismo testador o el juez hayan dividido sus atribuciones y cada uno se cña a las que le incumban”. Con todo, el simple hecho de que el testador haya autorizado a los albaceas para obrar separadamente, sin dividir entre ellos las funciones, no implica que cese su responsabilidad solidaria, para ello se requiere una declaración del testador. Dice a este respecto el artículo 1283.3 que “el testador podrá autorizarlos para obrar separadamente; pero por esta sola autorización no se entenderá que los exonera de su responsabilidad solidaria”.<sup>1075</sup>

Continuación nota <sup>1073</sup>

español, cuando dispone que “cuando los albaceas fueren mancomunados, sólo valdrá lo que todos hagan de consuno, o lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número”. Los autores se inclinan por pensar que a falta de acuerdo entre los albaceas primará la voluntad de la mayoría (cfr. ALBALADEJO, *Curso...*, cit., p. 350; CÁMARA, *Comentarios al artículo 895...*, cit., p. 1054; LACRUZ, *Elementos...*, cit., p. 310; LASARTE, *Principios...*, cit., p. 194 y PUIG FERRIOL, ob. cit., p. 79).

<sup>1074</sup> En sentido semejante señala el artículo 781 del Código peruano que “es solidaria la responsabilidad de los albaceas que ejercen conjuntamente el cargo, salvo disposición distinta del testador”.

<sup>1075</sup> Explica CLARO SOLAR que “no es lo mismo que el testador divida entre los albaceas sus atribuciones, o que los autorice para obrar separadamente”. “Divididas entre los varios albaceas sus atribuciones y si cada uno se cña a las que le incumban, sin mezclarse en las atribuciones de los otros, habrá en realidad varios albaceazgos distintos, dos, tres o cuatro por ejemplo si los albaceas nombrados son dos, tres o cuatro: cada uno responderá solamente de sus actos y no le afectará la responsabilidad solidaria por los actos de los demás”. “Pero si el testador al nombrar varios albaceas con la totalidad de las atribuciones que les corresponden se limita tan sólo a autorizarlos para que puedan obrar separadamente sin exonerarlos de la responsabilidad solidaria, porque se entiende que el testador solamente ha querido darles facilidades para la ejecución del testamento” (ob. cit., N° 2041, pp. 321 y 322). En sentido semejante ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., pp. 639 y 640.

c) Albaceas solidarios son los que responden solidariamente por la ejecución del testamento<sup>1076</sup>. Entre nosotros, y dados los términos de los artículos 1281 y 1283, la regla general es que siempre que haya albaceas conjuntos ellos responden solidariamente. Sólo en forma excepcional habiendo pluralidad de albaceas ellos no serán responsables solidarios, y solamente tendrán el carácter de mancomunados sin responsabilidad solidaria. Ello ocurrirá cuando el testador los haya eximido de ella; cuando el testador ha dividido entre ellos las atribuciones y cada uno obre en ejercicio de ellas; y cuando el juez, a petición de cualquiera de los albaceas o de algún interesado en la sucesión, y para una mejor administración, haya sentenciado la división de las funciones (artículos 1281, 1282 y 1283).

756. LA CAPACIDAD DEL ALBACEA. A diferencia de lo que acontece en otros casos, el Código Civil no ha dicho qué personas son las capaces para ser albaceas, sino que se ha limitado a señalar algunos individuos que son incapaces de ejercer el cargo<sup>1077</sup>. Sin embargo, no existe razón alguna para no seguir la regla general según la cual son capaces todas las personas salvo las que la ley expresamente declara incapaces.

Los incapaces para ser albaceas son los mencionados en el artículo 1272; esto es, los menores de edad y las personas designadas en los artículos 478 y 479. A ellos habría que agregar las personas jurídicas, las que, por regla general, no pueden desempeñarse entre nosotros como albaceas.

Fuera de estas personas, ninguna otra es incapaz de desempeñar el cargo. Como excepciones, las incapacidades son de derecho estricto, no admiten aplicación.

<sup>1076</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., N° 2042, p. 322 y DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1263). En cambio afirma EWING que “albaceas solidarios son aquellos en que todos y cada uno deben cumplir las disposiciones de última voluntad del constituyente, y en lo hecho por uno de ellos se entiende realizado por él y los demás. Así, si se nombra albaceas solidarios a A. B. y C., se entiende que cada uno de ellos debe realizar todas las disposiciones de última voluntad del difunto y que lo que en el cumplimiento de ello ha hecho A., también lo han hecho B. y C.”. Cree este autor, que no es lo mismo albaceas solidarios que responsabilidad solidaria de los albaceas. Según entiende son albaceas solidarios no los que responden solidariamente como arriba se ha dicho, sino que los que deben actuar en forma solidaria (ob. cit., pp. 476, 485 y 486). Sin embargo, tal diferenciación no parece en verdad justificada en los preceptos del Código Civil.

<sup>1077</sup> En sentido diferente el inciso primero del artículo 996 de Uruguay dispone que “el que no puede obligarse no puede ser albacea”. También el artículo 1028 del Código Civil francés declara que “quien no puede obligarse no puede ser ejecutor testamentario”. Asimismo, señala el artículo 3846 del Código Civil argentino que “el testador no puede nombrar por albacea sino a personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nombramiento”. Lo propio acontece en el artículo 893 del Código Civil español, según el cual “no podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse”. “El menor no podrá serlo, ni con la autorización del padre o del tutor”.

analógica ni interpretación extensiva. Por consiguiente, no es inhábil para ser albacea la persona que haya intervenido en el otorgamiento del testamento como testigo, como notario o funcionario del notario autorizante o contribuyendo de alguna manera a la confección del testamento<sup>1078</sup>. Tampoco lo son los asignatarios del testamento, sean herederos o legatarios. Tampoco es inhábil el partidario que pueda haber designado el testador.<sup>1079</sup>

Lo mismo, por regla general, cabría decir de las personas que son incapaces o indignas de suceder al causante. Ellas, en principio, no son inhábiles para actuar como albaceas<sup>1080</sup>. Una cosa es la incapacidad o indignidad para suceder al causante y otra diferente la inhabilidad para actuar como ejecutor testamentario.<sup>1081</sup>

Se dice que en principio no están inhabilitadas porque puede resultar harto chocante que un indigno de suceder al causante pueda desempeñarse como su albacea<sup>1082</sup>. Pero podría ocurrir que alguna causal de indignidad o incapacidad para suceder coincidiera con una de incapacidad para desempeñarse como albacea. Por ejemplo, podría ocurrir que la persona en cuestión sea indigna de suceder por haber atentado en contra de la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata (artículo 968 N° 2), lo que podría considerarse como un caso de mala conducta notoria (artículo 497 N° 8).

<sup>1078</sup> Cfr. RDJ, T. 2, 1, p. 89, T. 2, 1, p. 409 y T. 17, 1, p. 287.

<sup>1079</sup> Dice el artículo 3848 del Código Civil argentino que "el incapaz de recibir un legado hecho en el testamento, puede ser ejecutor testamentario: pueden serlo también los herederos y legatarios, los testigos del testamento y el escribano ante quien se hace".

<sup>1080</sup> Cfr. EWING, ob. cit., pp. 616 y 617 y PUIG FERRIOL, ob. cit., pp. 99 a 101.

<sup>1081</sup> Esto evidentemente en ciertos casos puede resultar injusto. De allí que parezca apropiado el artículo 783 del Código Civil peruano cuando impide que puedan ser albaceas los indignos de suceder al causante y los que estén incurso en una causal de desheredación (cfr. FERRERO, *Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 711).

<sup>1082</sup> A este respecto señala BORDA que "la situación del indigno merece una consideración especial. En primer término, hay que excluir de nuestro análisis el caso de que el testamento sea posterior al hecho que importa indignidad, porque entonces la designación ulterior supone el perdón (art. 3297). Pero si el testamento ha sido anterior, pensamos que el indigno no puede ser albacea, porque éste es un cargo de confianza y es lógico suponer que, de haber sabido el testador la conducta del albacea, no lo hubiera designado, como tal; porque resulta chocante la idea de que el indigno pueda asumir el papel de ejecutor de la voluntad de la persona a la cual ha agraviado tan gravemente; y por fin, porque si se considera justo excluirlo de la herencia, no se explica que reciba parte de esos bienes a título de honorarios". "En suma: el que incurrió en una causal de indignidad puede ser albacea si se produjo el perdón del ofendido, o si no se ejerció en tiempo la acción para hacer declarar la indignidad; caso contrario, a pedido de los herederos interesados, debe ser separado del cargo. En tal caso, pensamos que no tiene derecho a honorarios por las tareas realizadas antes de la separación, puesto que la indignidad en una sanción y no resulta admisible que el indigno pueda obtener un beneficio por su actuación en un cargo que no merece desempeñar" (*Tratado...*, T. II, cit., pp. 522 y 523).

757. LA INCAPACIDAD DEL MENOR. Dice el inciso primero del artículo 1272 que "no puede ser albacea el menor de edad". De suerte que son incapaces de desempeñarse como albaceas todos los que tengan menos de dieciocho años (artículo 26). Ni siquiera son capaces los menores adultos, aunque actúen representados o autorizados. Se trata de una solución diferente a la establecida para el mandato, en el que se permite que un menor adulto actúe como mandatario (artículo 2118).

758. INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS ENUNCIADAS EN LOS ARTÍCULOS 497 Y 498. De conformidad al inciso segundo del artículo 1272 son incapaces de desempeñarse como albaceas las personas designadas en los artículos 497 y 498.

De este modo, y en virtud de lo señalado en el artículo 497, quedan inhabilitados para ejercer el cargo las personas que no pueden ser curadoras en atención a defectos físicos o morales. En esta categoría de incapaces quedan comprendidos los siguientes:

1. Los ciegos;
2. Los mudos;
3. Los dementes, aunque no estén bajo interdicción;
4. Los fallidos mientras no hayan satisfecho a sus acreedores;
5. Los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación;
6. Los que carecen de domicilio en la República;
7. Los que no saben leer ni escribir;
8. Los de mala conducta notoria;
9. Los condenados por delito que merezca pena aflictiva, aunque se les haya indultado de ella;
10. Los que han sido privados de ejercer la patria potestad según el artículo 271;
11. Los que por torcida o descuidada administración han 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.

Según lo prevenido en el artículo 498, son incapaces para actuar como albaceas los que están inhabilitados para ser curadores en razón de su profesión o cargo público. Hoy en día esto está reducido exclusivamente a "los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública fuera del territorio chileno".<sup>1083</sup>

<sup>1083</sup> Cfr. RDJ, T. 20, 1, p. 502.

759: LA INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. La cuestión de si una persona jurídica puede ser nombrada albacea se ha discutido arduamente en la doctrina.

Para muchos, no habiendo una limitante legal expresa, no existe obstáculo para que una persona jurídica pueda desempeñarse como albacea. En este sentido enseña MESSINEO que "nada impide que ejecutor testamentario sea una persona jurídica; la misma actuará por medio de sus órganos"<sup>1084</sup>. En el mismo sentido explica KIPP que "nada se opone a transmitir a una persona jurídica el cargo de ejecutor testamentario. Los órganos de la persona jurídica tienen entonces que desempeñar el cargo en nombre de la misma. Del fiel desempeño del cargo responde la persona jurídica y no sus órganos. Pero cuando no solamente existe una infracción de los deberes que se desprenden de la relación jurídica propia de la ejecución testamentaria, sino que también existe un acto ilícito, los órganos son también responsables de su parte"<sup>1085</sup>.

Sin embargo, la doctrina chilena, mayoritariamente, rechaza esta posibilidad, admitiéndola sólo en los casos en que la ley la permita expresamente. Tal ocurre en el número 5 del artículo 86 de la Ley General de Bancos, que dispone que los bancos, en ejercicio de sus comisiones de confianza, pueden ser albaceas con o sin tenencia de bienes. Pero fuera de este caso, las personas jurídicas no podrían desempeñarse como albaceas.

Señalan DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que "una persona jurídica, fuera de las instituciones bancarias, no puede ser albacea en nuestro Derecho. El cargo fue previsto para las personas naturales. Así lo demuestra que sea intransmisible el cargo "a los herederos del albacea" (art. 1279), que no tiene otra justificación que el cargo lo desempeñe una persona natural. Lo mismo cabe decir de la disposición del art. 412 (art. 1294), que no recibe aplicación si el ejecutor testamentario es una persona jurídica. Ahora, si el albacea rechaza el cargo "sin probar inconveniente grave" se hace indigno de suceder al testador (art. 971, inc. 2º). Y la indignidad se ha previsto para los sucesores que sean personas naturales. Luego, si una persona jurídica, designada heredera y albacea, rechaza el cargo, sin probar inconveniente grave, no sería indigna de suceder. En suma, no tendrá esa sanción". "A lo expuesto añadimos: en nota al Proyecto de 1853 (art. 1487) se decía: El fideicomisario de la especie de fideicomisos a que se refiere este artículo, puede ser una

<sup>1084</sup> *Manual...*, T. VII, cit., p. 187.

<sup>1085</sup> Ob. cit., p. 611. En igual sentido BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., pp. 521 y 522; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones...*, T. II, Vol. II, cit., p. 293 y PUIG FERRIOL, ob. cit., p. 101.

persona jurídica una obra pía". "Luego, los otros no son cargos para personas jurídicas, pensamos"<sup>1086</sup>.

Con todo, la conclusión no es del todo clara. Desde luego no parece ser un obstáculo para que una persona jurídica pueda ser albacea el hecho que ellas tendrían que delegarlo en sus órganos de dirección, pues bien puede el albacea dar los mandatos que sean necesarios para la correcta ejecución del cargo. Por otro lado, tampoco parece muy determinante que ciertos artículos que reglamentan el albaceazgo sólo se expliquen bien si se aplican a personas naturales, pues esto no quiere decir más que ellos resultarán aplicables en la medida que el albacea designado sea efectivamente una persona natural, y no cuando se trate de una jurídica. En España PUIG BRUTAJ, admitiendo que la mayoría de la moderna doctrina se inclina por aceptar que una persona jurídica pueda ser albacea, afirma que "nos parece que todos los preceptos de Derecho español relativos al albaceazgo parten de la suposición de que sólo las personas físicas, de manera personalísima, pueden desempeñar el cargo"<sup>1087</sup>.

Más decidor puede parecer, en cambio, que la referencia a las personas jurídicas como albaceas que se contenía en el artículo 1487 del proyecto de 1853, haya desaparecido del proyecto definitivo. Pareciera quedar la impresión de que no se quiso abrigar la posibilidad de que una persona jurídica pudiese desempeñar este cargo. Pero, si así hubiere sido, ¿por qué no haberlo dicho expresamente? Debe tenerse en cuenta, y parece que podría resultar indiscutible, que en muchas ocasiones algunas personas jurídicas resultarán harto más capacitadas para cumplir estas funciones que algunas personas naturales.

También puede resultar contradictorio con la posibilidad de que personas morales actúen como albaceas el giro o finalidad que ellas tengan de conformidad a sus estatutos. Las personas jurídicas legalmente deben tener un objeto: nacen para cumplir determinadas actividades. Sería en extremo raro que dentro del giro de una persona jurídica se contemple la posibilidad de actuar como albaceas de los testamentos en que sea nombrada. Si este rubro no está contemplado en su objeto, la ejecución de este cargo excedería los fines para los que fue creada o autorizada. Pero bien podría ocurrir que los estatutos la autorizaran para ello.

En este sentido señala EWING que "si no hay ninguna prohibición legal que impida a una persona jurídica ser ejecutora testamentaria, toda sociedad o persona jurídica constituida con el objeto de desempeñar albaceazgos es una sociedad

<sup>1086</sup> En igual sentido RODRÍGUEZ..., Vol. II, cit., pp. 251 y 252 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 499 y 500.

<sup>1087</sup> *Fundamentos...*, T. V, Vol. I, cit., p. 441.

lícita y plenamente capaz para esa labor. En una sociedad así, el ejercicio de un albaceazgo quedaría incluido en el giro ordinario de sus actividades y por tanto, no habría ningún impedimento de orden legal que le prohibiese ser albacea de una sucesión dada". "En esta situación, debe concluirse que una sociedad civil en que el giro ordinario de sus actividades comprende la atención de albaceazgos, puede ser albacea de una sucesión". "Agreguemos aquí que la conclusión a que se ha llegado puede reforzarse con el hecho de que un examen no ya del código en general sino de las disposiciones del título del albaceazgo, no revela ninguna prohibición, tácita o expresa, que impida ser albacea a una persona jurídica". "En efecto, en materia de capacidad en el albaceazgo, nuestro código es bastante detallista; tiene varios artículos que se relacionan con la capacidad para ser albacea y en ninguno de ellos se encuentra la más leve insinuación de que comprenda entre los incapacitados a la persona jurídica: Asimismo, en esta materia se remite el título del albaceazgo a los arts. 497 y 498, sobre incapacidad para ejercer tutelas y curatelas, y tampoco se encuentra en éstos una prohibición que imposibilite a una persona jurídica para ser executor testamentario de una sucesión".<sup>1088</sup>

De modo que las personas jurídicas podrían ser albaceas solamente en dos casos. Primero, cuando la ley les otorga esa facultad, como acontece en Chile con los bancos. Segundo, cuando en los estatutos de la persona jurídica se haya contemplado como parte de sus finalidades o giro, la posibilidad de actuar como albacea. Fuera de estos casos, las personas morales no podrán actuar como executores testamentarios.<sup>1089</sup>

760. MOMENTO EN QUE DEBE CONCURRIR LA CAPACIDAD. La capacidad del albacea debe estar presente al momento de la apertura de la sucesión; esto es, al instante en que se debe asumir el cargo. No se requiere que el executor testamentario sea capaz al momento de ser nombrado por el testador en el testamento. Bien podría acontecer que a esa fecha el albacea designado sea una persona incapaz, por ejemplo, porque tiene menos de dieciocho años, pero que esta persona

<sup>1088</sup> Ob. cit., p. 528. Este planteamiento está expresamente recogido por el artículo 784 del Código Civil del Perú, que dispone que "pueden ser albaceas las personas jurídicas autorizadas por ley o por su estatuto".

<sup>1089</sup> Al respecto escribe FERRERO que "en principio, encontramos comprensible que una persona jurídica pueda ser considerada por el testador como la persona más idónea para ejecutar su testamento, como puede ocurrir con una entidad financiera o cualquier otra que su estatuto lo permita, dado el prestigio que pueda tener la entidad" (*Tratado...*, T. V, Vol. II, cit., p. 712).

haya adquirido la mayoría de edad al instante en que se produce la apertura de la sucesión (artículo 955).<sup>1090</sup>

761. ¿QUÉ ACONTECE SI SE NOMBRA ALBACEA A PERSONA INCAPAZ? Si se designa como albacea a una persona que legalmente es incapaz de servir el cargo, el nombramiento es ineficaz. La ineficacia de esta cláusula no afectará al resto del testamento, se tratará de una ineficacia parcial. En tal caso la ejecución de las disposiciones testamentarias corresponderá a los herederos (artículo 1271).

Si fueren varios los albaceas designados y la incapacidad solamente afecta a uno de ellos, la ejecución de testamento corresponderá al resto. Ello a menos que el testador o el juez hubiere dividido las funciones entre ellos, pues, en tal caso, el cumplimiento de las disposiciones encomendadas al albacea incapaz corresponderá a los herederos (artículos 1271, 1281 y 1282).

762. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. La incapacidad sobreviniente del albacea pone fin al albaceazgo. Lo dice claramente el artículo 1275. Para esto, naturalmente será necesario que se compruebe la incapacidad del executor testamentario. Desde luego será imposible que el albacea se transforme en menor de edad, pero podría ocurrir que incurra en alguna de las causas de inhabilidad de los artículos 497 ó 498, como si queda ciego, pierde la razón o es declarado en quiebra. Más complejo será el caso de si se invoca que el albacea ha tenido mala conducta notoria (artículo 497 N° 8), pues, en tal caso, habrá que solicitar al tribunal que declare previamente que está incurso en esta causal, con lo que el proceso se asemeja a un juicio de remoción del cargo, parecido al previsto en el artículo 1300.

763. LA DESIGNACIÓN DEL ALBACEA. Como antes se ha dicho, la designación del albacea debe ser hecha por el testador y en el testamento. Poco importa la naturaleza solemne o menos solemne del testamento. Tampoco es relevante si está nombrado en el mismo testamento que debe ejecutar o en otro posterior, aun

<sup>1090</sup> Así lo establece expresamente, por ejemplo, el inciso segundo del artículo 966 del Código uruguayo, cuando dispone que "la capacidad del albacea se refiere al tiempo de la ejecución del testamento". En igual sentido dispone el artículo 3846 del Código Civil, argentino que "el testador no puede nombrar por albacea sino a personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nombramiento".

cuando su solo objeto sea el de designar al albacea y no contenga disposición alguna de bienes.<sup>1091</sup>

Siendo el testamento un acto unilateral y personalísimo, no cabe que el consentimiento del albacea esté expresado en el mismo. La aceptación solamente podrá ser posterior a la muerte del causante.

A los efectos de la designación del albacea, no son necesarias formas sacramentales ni formalismos especiales. No es estrictamente necesario que el testador diga que nombra en el carácter de albacea o executor testamentario a tal o cual persona. Basta que de los términos del mismo se desprenda que el testador ha nombrado a determinada persona o personas, como ejecutores de sus disposiciones de última voluntad<sup>1092</sup>. Tal podría ser el caso del causante que indica que "Juan se encargará de hacer cumplir las disposiciones antes señaladas", o que "Eduardo velará por la correcta ejecución de todo lo que he dispuesto".

764. ¿PROCEDE NOMBRAR COMO ALBACEA AL TITULAR DE UN CARGO? Es evidente que la designación directa de una persona para el cargo del albacea no ofrece dificultades, como si se dice que será Pedro albacea del testamento. En este caso, en la medida que la persona esté bien determinada no habrá inconveniente. Pero el asunto se puede complicar si el designado lo es en función del cargo que ocupa, como si se dice que se designa executor testamentario al Decano de tal o cual facultad de Derecho, o al Presidente del Colegio de Abogados de Valparaíso.

El problema no se presenta si la persona es individualizada además por su cargo, como si se dice que se designa albacea del testamento al Fulano tal, que es el Presidente del Colegio de Abogados de Valparaíso. En este caso resulta obvio que el nombrado es la persona que se individualiza por los nombres y apellidos, siendo el cargo que ocupa accidental o a título de mayor individualización. El inconveniente, por tanto, se reduce a la hipótesis en que solamente se designa el cargo, pero no la persona concreta que lo ocupa.

Ninguna duda de esto cabe, por ejemplo, en Argentina, en donde el artículo 3866 señala que "cuando un funcionario ha sido en esta calidad nombrado executor testamentario, sus poderes pasan a la persona que le sucede en la función".

En Chile podría pensarse que tal designación no es posible, por cuanto el artículo 1271 señala que no habiendo el testador "nombrado" albacea, o faltando

<sup>1091</sup> Cfr. PLANIOL y RIPERT, *Traité...*, T. V, cit., p. 724. También lo soluciona de esta forma el artículo 3845 del Código Civil argentino al disponer que "el nombramiento de un executor testamentario debe hacerse bajo las formas prescriptas para los testamentos; pero no es preciso que se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto asegurar".

<sup>1092</sup> Cfr. EWING, ob. cit., p. 631.

"el nombrado", el encargo de hacer ejecutar las disposiciones del testador pertenece a los herederos. Bien podría pensarse que al requerir el Código que el albacea sea nombrado, está exigiendo que sea designado precisamente por su nombre, no siendo suficiente que se le designe simplemente por medio de un cargo. Asimismo, bien podría sostenerse que siendo el albaceazgo una institución de confianza, no podría desempeñarse como albacea una persona que en principio está indeterminada y que el testador no sabe a ciencia cierta quién será al momento de la apertura de la sucesión.

Sin embargo, la doctrina de los autores se orienta en otra dirección. Se cree que la persona del albacea estaría suficientemente determinada no a través de su nombre y apellido, sino que en virtud del cargo que ostenta. Dice EWING que una cláusula de esta naturaleza "es perfectamente válida: se ha determinado la persona que ha de ser el albacea por un medio que si bien es poco corriente, no por ello menos eficaz; se la ha individualizado con tanta precisión como si se hubiese dado todos sus nombres y apellidos. Si a ello se agrega que no hay disposición alguna que impida determinar al executor testamentario por este procedimiento, o que obligue a dar el nombre y apellido del llamado a servir el cargo, no puede menos de llegarse a la conclusión de que debe admitirse la validez de un nombramiento así".<sup>1093</sup>

De aceptarse esta solución pareciera que también debe concluirse que si durante el ejercicio del albaceazgo el albacea titular del cargo fallece, el albaceazgo no termina, debiendo ser servido por la persona que lo suceda en él. De la misma forma, si durante el ejercicio del albaceazgo el titular del cargo cesa en él, por ejemplo, porque se le vence su período para el que fue nombrado, cesa su cargo de albacea, ya que, la designación del testador se basó en la titularidad que esa persona tenía, y no en persona determinada, por lo que será reemplazado en sus funciones de albacea por el nuevo titular.<sup>1094</sup>

765. LA ACEPTACIÓN DEL ALBACEAZGO. El cargo de albacea debe ser aceptado. No basta con el nombramiento en el testamento, es necesario que esa declaración unilateral del testador sea aceptada mediante otra declaración, también unilateral, pero emanada del designado.<sup>1095</sup>

<sup>1093</sup> *Ibidem*, p. 695. En igual sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1346 y 1347.

<sup>1094</sup> *Ibidem*, pp. 696 y 697.

<sup>1095</sup> Enseña PUIG FERRIOL que "el cargo de albacea queda constituido mediante dos declaraciones unilaterales de voluntad no recepticias, nombramiento por parte del causante y aceptación del llamado a ejercer el cargo" (ob. cit., p. 113).

Como antes se ha dicho, el albaceazgo es un cargo voluntario. El albacea no está obligado a aceptar, puede rechazar libremente este cargo (artículo 1277.1). Siendo de esta forma, es perentorio que el nombrado acepte el cargo en alguna de las formas que se lo permite la ley.

766. FORMAS DE ACEPTACIÓN. La aceptación del cargo de albacea puede ser expresa o tácita. Lo dice claramente el inciso primero del artículo 1278. Sin embargo, a diferencia de otros casos, la ley no ha señalado cuándo la aceptación reviste de uno u otro carácter.

La aceptación será expresa si se hace en términos explícitos y formales, como si el albacea hace una especial declaración por escritura pública o ante el tribunal que conoce del trámite de la posesión efectiva. Será tácita la aceptación que se deduce de ciertos actos del albacea, como si comparece en un juicio a defender la validez del testamento (artículo 1295) o da aviso de la apertura de la sucesión (artículo 1285) o solicita la guarda y aposición de sellos (artículo 1284).

No ocurre lo mismo con el partidador de la herencia, el que, de conformidad al artículo 1328, debe declarar que acepta el cargo. De modo que si el albacea es a la vez partidador, podría tenersele por aceptado el cargo en su calidad de albacea si de un hecho suyo puede deducirse que acepta ese encargo, pero no se desprenderá de esta circunstancia que haya aceptado el cargo de partidador.

767. LA ACEPTACIÓN NO ADMITE MODALIDADES. Aun cuando el Código no lo diga expresamente, la aceptación del cargo de albacea no puede ser objeto de modalidades. Ella no admite condición, plazo o modo; se trata de un acto puro y simple. No podría el nombrado aceptar hasta cierto plazo que él fije, o en la medida que se den ciertos supuestos, o solamente alguna de las funciones que se le encomiendan. En este sentido hay similitud con lo dispuesto en el artículo 1227 respecto de la aceptación de herencias y legados.

768. LA ACEPTACIÓN ES IRREVOCABLE. Una vez aceptado el cargo de albacea en forma expresa o tácita el albacea "está obligado a evacuarlo excepto en los casos en que es lícito al mandatario exonerarse de lo suyo" (artículo 1278).

Lo anterior sugiere que una vez aceptado el cargo, el albacea no puede dejarlo, argumentando un simple cambio de su voluntad, sino que solamente podría hacerlo en los casos en que el mandatario puede legalmente poner término al mandato. El problema es que el Código Civil no efectúa una enumeración de cuáles son las causas que permitirían al mandatario exonerarse del encargo. Las únicas normas que se refieren a este extremo son el número 4 del artículo 2163 y el

artículo 2167. De acuerdo al primero, el mandato termina "por la renuncia del mandatario". De conformidad al segundo "la renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados". "De otro modo se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante; a menos que se halle en la imposibilidad de administrar por enfermedad u otra causa, o sin grave perjuicio de sus intereses propios".

Así las cosas, ocurrirá que el albacea podría renunciar al cargo lícitamente en caso de imposibilidad de ejercerlo por enfermedad u otra causa grave o grave perjuicio para sus intereses<sup>1096</sup>. Fuera de estos casos puede renunciar, pero debe atender todas las obligaciones pendientes hasta que los herederos o el albacea sustituto, puedan asumirlas. En caso contrario será responsable de los perjuicios que con su renuncia pueda ocasionar.

Si el albacea renuncia al cargo en virtud de causa legítima queda privado "sólo de una parte proporcionada de la asignación que se le haya hecho en recompensa del servicio" (artículo 1278.2). En sentido inverso, si renuncia sin causa lícita, quedará privado de toda la remuneración o de la asignación que se le hubiere hecho en pago de sus servicios.<sup>1097</sup>

769. LA ACEPTACIÓN DEBE SER EN TIEMPO. El nombramiento de albacea puede ser aceptado desde que se ha producido la apertura de la sucesión. Sólo a partir de ese momento el albacea queda llamado a pronunciarse acerca de si acepta o no el cargo.

Ahora bien, como la manifestación de voluntad del nombrado no puede quedar pendiente indefinidamente en el tiempo, señala el inciso primero del artículo 1276 que "el juez, a instancia de cualquiera de los interesados en la sucesión, señalará un plazo razonable dentro del cual comparezca el albacea a ejercer su cargo, o excusarse de servirlo; y podrá el juez en caso necesario ampliar por una sola vez el plazo".<sup>1098</sup>

<sup>1096</sup> Señala RODRÍGUEZ que "puede ocurrir que el albacea, por ejemplo, deba ausentarse del país por un largo tiempo o se encuentre comprendido en los N.ºs. 1, 3, 6, 8, 10 y 11 del artículo 514, referente a las excusas que pueden dar los tutores o curadores. Estimamos que las causas que consignamos son aplicables a los albaceas, ya que todas ellas crean situaciones que desmedran considerablemente el llamado a este encargo" (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 283).

<sup>1097</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 351 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 250.

<sup>1098</sup> Diferente es la solución española a este respecto, pues el silencio del albacea es entendido como aceptación del cargo. Dice el artículo 898 del Código Civil hispano que "el albaceazgo es cargo voluntario, y se entenderá aceptado por el nombrado para desempeñarlo si no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que tenga noticia de su nombramiento, o, si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo la muerte del testador".



Dentro de los que tienen derecho a recurrir al tribunal para que fije al albacea un plazo para aceptar o rechazar el encargo, se encuentran naturalmente los herederos y los legatarios, pero también los acreedores hereditarios, pues ellos están especialmente interesados en el pago de sus créditos.

Si el albacea estuviere en mora de comparecer, sea en el plazo inicial sea en el plazo prorrogado, caducará su nombramiento (artículo 1276.2).

¿Es lo mismo caducidad del nombramiento que rechazo del nombramiento? La cuestión no es ociosa, puesto que si son lo mismo, habría que concluir que el albacea moroso cuyo cargo ha caducado se hace indigno de suceder al causante conforme lo señalado en el artículo 1277.2.

Casi todos los autores entienden que la caducidad del nombramiento, debido a la mora del albacea en aceptar el cargo, implica su rechazo; de lo que se sigue que el nombrado se hace indigno de suceder al testador. Explica CLARO SOLAR que “esta caducidad del nombramiento importa, en consecuencia, un rechazo del cargo tácitamente producido por el silencio o incapacidad del albacea ante el requerimiento que se le ha hecho”. (...) “Por consiguiente, la caducidad del nombramiento que deja sin cumplimiento la voluntad del testador de que la persona por él designada como ejecutor testamentario velará por el cumplimiento del testamento, producirá la indignidad del albacea que rechaza tácitamente el encargo para suceder al testador como heredero o legatario, exactamente como lo haría el rechazo expreso; salvo que la actitud del albacea fuera motivada por inconveniente grave”<sup>1099</sup>. En el mismo sentido explica RODRÍGUEZ que “la caducidad opera por el solo ministerio de la ley, como consecuencia de que el albacea deje pasar el tiempo establecido por el tribunal al efecto. A este rechazo tácito se sigue la sanción de que da cuenta el inciso 2º del artículo 1277 cuando el designado es asignatario del testador”<sup>1100</sup>.

En contra de lo señalado sostienen DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que “la caducidad del nombramiento no es lo mismo que el rechazo. Desde luego, en una situación análoga, el legislador derechamente se pronuncia por lo que sucede en

caso de mora: El asignatario constituido en mora de declarar si acepta o repudia se entenderá que repudia (art. 1233). Conviene añadir que para constituir en mora al asignatario, en lo esencial, se sigue el mismo procedimiento de la mora del albacea: art. 1232. En fin. El silencio no es manifestación de voluntad sino en los casos que la ley lo señala. El albacea ha guardado silencio (art. 1276). ¿Por qué se ha de interpretar la conducta del designado como rechazo del cargo, cuando la ley dice que, “caducará su nombramiento”, o sea, como si no hubiera sido designado, que es cosa distinta de rechazo?”<sup>1101</sup>

En este último sentido también se pronunció una antigua sentencia de la Corte Suprema, la que resolvió que el rechazo del cargo de albacea sin probarse inconveniente grave al que se refieren los artículos 971 y 1227, es una cuestión distinta de la caducidad del cargo que se produce por la mora en la no aceptación de él prevista en el artículo 1276.2.<sup>1102</sup>

Sin embargo, pareciera que la opinión mayoritaria resulta más lógica. No es muy entendible que un albacea moroso, que ha permanecido en silencio o indiferente ante el requerimiento judicial, y cuyo cargo ha caducado, esté en mejor posición que el albacea que derechamente declina el cargo. Es verdad que en rigor no es lo mismo rechazar el cargo que guardar silencio frente al requerimiento. Pero no es menos cierto que en ambos casos el resultado es el mismo: la sucesión queda sin albacea y deberán ser los herederos los que asuman la tarea de dar cumplimiento a las disposiciones testamentarias. Además, esta sería una muy buena forma de no hacerse del cargo y conservar los derechos en la sucesión. El albacea siempre podría burlar la sanción prevista en el inciso segundo del artículo 1277, le bastaría con no decir nada frente al requerimiento judicial para que caduque el cargo, conservando, de esta forma, sus derechos en la herencia.

770. EFECTO DE LA ACEPTACIÓN. La aceptación del cargo por parte del albacea le da al albaceazgo su existencia legal<sup>1103</sup>. A partir de ese momento está obligado a cumplir con todas las obligaciones que le son propias. Hasta antes de aceptar podía rechazar el cargo, una vez aceptado queda obligado a evacuarlo diligentemente. Se aplica la regla *contractus ab initio sunt voluntatis; ex post ipso necessitatis*.

771. FUNCIONES Y OBLIGACIONES DE LOS ALBACEAS. En Chile, como se ha dicho antes, las funciones y obligaciones de los albaceas están determinadas por la

<sup>1101</sup> *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1269 y 1270.

<sup>1102</sup> RDJ, T. 32, 1, p. 275.

<sup>1103</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., Nº 2106, p. 364.

<sup>1099</sup> Ob. cit., T. 16, Nº 2103, p. 362.

<sup>1100</sup> *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 251. En el mismo sentido señala MEZA BARROS que “si el albacea se constituye en mora de comparecer, caducará su nombramiento, esto es, se entenderá que repudia el cargo (art. 1276, inc. 2º)”. “Las consecuencias de esta caducidad del nombramiento o repudiación dependerán de si el albacea puede o no probar causa grave para rechazar el cargo. Si no prueba causa grave, se hará indigno de suceder” (*Manual...*, cit., p. 351). También ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, afirman que “creemos que el albacea que no comparece dentro del plazo razonable que le señala el juez a ejercer el cargo, lo está rechazando tácitamente y se hace indigno de suceder” (ob. cit., p. 630). En igual sentido EWING, ob. cit., p. 666.

ley, aunque de manera harto deficiente, lo que ha dado lugar a graves dudas e incertidumbres<sup>1104</sup>. Dice el artículo 1298 que “el testador no podrá ampliar las facultades del albacea, ni exonerarle de sus obligaciones, según se hallan unas y otras definidas en este título”. Luego, el testador no tiene mucho margen en lo que a este aspecto se refiere, limitándose sus posibilidades de decisión a aspectos que, en comparación con las facultades de los albaceas, resultan secundarios.

Por ejemplo, el testador podrá determinar si nombra a uno o varios albaceas. También podría el testador, si ha nombrado a varios albaceas, exonerarlos de responsabilidad solidaria o dividir entre ellos las funciones que encomienda o autorizarlos para obrar separadamente (artículos 1281 y 1283.3). Puede autorizar expresamente al albacea para delegar su encargo (artículo 1280). Podrá conferir al ejecutor testamentario la tenencia de todos los bienes o parte de ellos (artículo 1296.1). El testador también está facultado para determinar la remuneración del albacea (artículo 1302). El causante, por fin, podrá fijar el plazo en el que el albacea debe ejecutar el encargo (artículo 1306).

Como se aprecia, la libertad que tiene el testador es poca, y en lo que dice estricta relación con las facultades de los albaceas, prácticamente nula. En este sentido lo único en verdad relevante es la posibilidad que tiene el causante de conferir al ejecutor testamentario la tenencia de todo o parte de sus bienes. De allí que, a los efectos de establecer las funciones y obligaciones que competen a los albaceas, y a pesar de tener muchas facultades comunes, se hace más claro diferenciar según si a ellos se les ha confiado o no la tenencia de los bienes por parte del testador. El albacea con tenencia de bienes contará con todas las facultades del ejecutor testamentario que no tiene esta tenencia, más las que le corresponden por ser el administrador de todo o parte de los bienes hereditarios.

Que se le confiera al albacea la tenencia de parte o de todos los bienes del causante, implica que se le concede la administración de ellos. Se trata de un

<sup>1104</sup> Más claro resulta el artículo 787 del Código Civil peruano, el que concretamente señala: “Son obligaciones del albacea: 1. Atender a la inhumación del cadáver del testador o a su incineración si éste lo hubiera dispuesto así, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13. 2. Ejercitar las acciones judiciales y extrajudiciales para la seguridad de los bienes hereditarios. 3. Hacer inventario judicial de los bienes que constituyen la herencia, con citación de los herederos, legatarios y acreedores de quienes tenga conocimiento. 4. Administrar los bienes de la herencia que no hayan sido adjudicados por el testador, hasta que sean entregados a los herederos o legatarios, salvo disposición diversa del testador. 5. Pagar las deudas y cargas de la herencia, con conocimiento de los herederos. 6. Pagar o entregar los legados. 7. Vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, o de los herederos, o del juez, en cuanto sea indispensable para pagar las deudas de la herencia y los legados. 8. Procurar la división y partición de la herencia. 9. Cumplir los encargos especiales del testador. 10. Sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promueva, sin perjuicio del apersonamiento que, en tal caso, corresponde a los herederos”.

mero tenedor de bienes ajenos (artículo 714), pues reconoce el dominio ajeno. No es, obviamente, un poseedor, puesto que no tiene la herencia con ánimo de señor o dueño, sino que simplemente en el carácter de administrador.

De suerte que es lo mismo que el causante diga en su testamento que confiere la administración de todo o parte de sus bienes al albacea a que diga que le confiere la tenencia de ellos. A este respecto resolvió la Corte Suprema que “la facultad de administrar bienes supone la tenencia de los mismos, ya que no se ve en qué forma podría el administrador impetrar las medidas conservativas y demás que le competen sin tener los bienes a su disposición, y, por lo demás, en materia de disposiciones testamentarias, la ley establece que debe atenderse no tanto a lo literal de las palabras empleadas como a la intención claramente manifestada por el testador, y, en el caso presente, al hablar éste de que se nombra albacea con administración de los bienes al demandante, no cabe la menor duda que quiso decir que le nombraba con tenencia de bienes, porque la mera tenencia supone menos facultades que la de administrar”.<sup>1105</sup>

772. FACULTADES COMUNES A LOS ALBACEAS SIN Y CON TENENCIA DE BIENES. Al ser la ley la que determina las atribuciones y obligaciones de los albaceas, la libertad del testador a este respecto es prácticamente nula. Sin perjuicio de ello, puede otorgar al albacea la tenencia o administración de todo o parte de los bienes del *as* hereditario. En este caso, las facultades del albacea se ven ampliadas, sobrepasando las que la ley le confiere ordinariamente al albacea sin tenencia de bienes. Pero existe un cúmulo de facultades que les son comunes a ambos tipos de ejecutores testamentarios.

Estas facultades comunes son básicamente las siguientes: *a)* velar por la seguridad de los bienes de la sucesión; *b)* dar aviso de la apertura de la sucesión; *c)* instar por la formación de un lote o hijuela pagadora de deudas; *d)* pagar las deudas hereditarias; *e)* cumplir con el pago de los legados; *f)* proceder a la venta de los bienes hereditarios en caso necesario, y *g)* comparecer en algunos casos ante la justicia. Cada una de estas funciones se verá por separado.

773. VELAR POR LA SEGURIDAD DE LOS BIENES DE LA SUCESIÓN. Los ejecutores testamentarios, fuera de tener encomendado el cumplimiento de las disposiciones del testamento, tienen a su cargo velar por la custodia de los bienes hereditarios. A ellos les toca “velar sobre la seguridad de los bienes, hacer que se guarde bajo llave y sello, el dinero, muebles y papeles, mientras no haya inventario so-

<sup>1105</sup> RDJ, T. 50, 1, p. 416.

lemne, y cuidar de que se proceda a este inventario, con citación de los herederos y demás interesados en la sucesión; salvo que todos los herederos siendo capaces de administrar sus bienes, determinen unánimemente que no se haga inventario solemne" (artículo 1284).

De modo que el albacea, designado debe instar por dos cosas: la primera es que se proceda a la guarda y aposición de sellos; la segunda es que se confeccione el inventario solemne. Ambas instituciones ya han sido estudiadas, por lo que no cabe sino remitirse enteramente a lo dicho sobre ellas en su oportunidad.

En lo que se refiere al inventario solemne, la ley permite que los herederos capaces puedan acordar que no se haga. Esta posibilidad se entiende en la medida que se trata de un beneficio que obra en su propio favor. Si no se hace el inventario solemne los herederos no gozarán del beneficio de inventario y, por lo mismo, no limitarán su responsabilidad por las deudas hereditarias y testamentarias hasta el valor total de los bienes que han heredado (artículo 1247). Si hubiere incapaces entre los herederos, ellos no podrían adoptar este acuerdo; si de hecho se hiciera, aplicará lo prevenido en el inciso tercero del artículo 1250, y los incapaces no serán obligados por las deudas y cargas de la sucesión, sino hasta concurrencia de lo que existiere de la herencia al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas.

**774. DAR AVISO DE LA APERTURA DE LA SUCESIÓN.** Es función del albacea dar oportuno aviso de la apertura de la sucesión, ello con el fin de que los acreedores hereditarios puedan concurrir a cobrar sus créditos exigibles y que los herederos y legatarios que lo ignoren, se enteren del suceso. Dice a este respecto el artículo 1258 que "todo albacea será obligado a dar noticia de la apertura de la sucesión por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere".

Esta misma obligación, de conformidad a lo señalado en el inciso segundo del artículo 1287, recae sobre "los herederos presentes que tengan la libre administración de sus bienes, o sobre los respectivos tutores o curadores, y el marido de la mujer heredera, que no está separada de bienes".

Si la diligencia de dar aviso oportuno de la apertura de la sucesión fuere omitida por el albacea, será responsable de todo perjuicio que ello irroque a los acreedores (artículo 1287.1). La misma responsabilidad recaerá sobre los herederos, tutores, curadores o maridos, si son ellos los que omiten la diligencia (artículo 1287.2).

**775. VELAR POR LA FORMACIÓN DEL LOTE O HIJUELA PAGADORA DE DEUDAS.** Una de las principales obligaciones del ejecutor testamentario es la de preocupar-

se que se satisfagan las deudas que hubiere dejado el causante. Importa poco o nada que el testador le haya encomendado esta función, pues la ley se la impone aun cuando el testador nada hubiere dicho sobre el particular. "Sea que el testador haya encomendado o no al albacea el pago de sus deudas, será éste obligado a exigir que en la partición de bienes se señale un lote o hijuela suficiente para pagar las deudas conocidas" (artículo 1286).

Al igual que en el caso del aviso de la apertura de la sucesión, la obligación de instar por la formación de un lote o hijuela pagadora de deudas recaerá también sobre los herederos presentes que tengan la libre administración de sus bienes, o sobre los respectivos tutores o curadores, y el marido de la mujer heredera, que no está separada de bienes, y si no la cumplieren serán igualmente responsables (artículo 1287).

La misma obligación de formar el lote o hijuela pagadora de deudas recae sobre el partidor de la masa hereditaria. Señala a este respecto el artículo 1336 que "el partidor, aun en el caso del artículo 1318, y aunque no sea requerido a ello por el albacea o los herederos, estará obligado a formar el lote e hijuela que se expresa en el artículo 1286, y la omisión de este deber le hará responsable de todo perjuicio respecto de los acreedores".

Es tanta la preocupación del legislador por el aseguramiento del pago de las deudas hereditarias, que impone tanto al ejecutor testamentario como a los herederos y al partidor que se preocupen de la formación de una hijuela pagadora de deudas. No habiéndose hecho serán ellos responsables de los perjuicios que ocasionen a los acreedores (artículos 1287 y 1336).

**776. PAGO DE LAS DEUDAS HEREDITARIAS.** Una obligación distinta de la de instar por la formación de un lote o hijuela pagadora de deudas, es la de proceder al pago de las deudas hereditarias. No se trata aquí tan sólo de instar por asegurar una determinada cantidad de bienes que quede destinada al pago de las deudas que dejó el causante, sino que derechamente de proceder a solucionar estos créditos pendientes de pago.

El Código no ha sido en verdad suficientemente explícito a la hora de establecer con precisión las facultades del albacea respecto este tan relevante punto. Dispone el artículo 1286 que "sea que el testador haya encomendado o no a el albacea el pago de sus deudas, será éste obligado a exigir que en la partición de los bienes se señale un lote o hijuela suficiente para cubrir las deudas conocidas". Continúa el artículo 1288 señalando que "el albacea encargado de pagar deudas hereditarias, lo hará precisamente con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente en su caso". Termina el artículo 1289 señalando

do que "aunque el testador haya encomendado a el albacea el pago de sus deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagarles".

Estas normas dan a entender que el causante debe haber encargado por el albacea el pago de las deudas hereditarias. Por eso, el primero de los artículos señala que "sea que el testador haya encomendado o no a el albacea el pago de sus deudas"; agrega el segundo que "el albacea encargado de pagar deudas hereditarias...", y el tercero termina diciendo que "aunque el testador haya encomendado a el albacea el pago de sus deudas...".

Lo anterior, y a efectos de determinar las facultades del albacea respecto del pago de las deudas hereditarias, obliga a diferenciar entre el albacea sin tenencia de bienes y el albacea con tenencia de bienes. De la situación del albacea sin tenencia de bienes se trata en seguida y de la del albacea con tenencia de bienes se trata más adelante, con ocasión de las facultades legales que a éste asisten.

777. SITUACIÓN DE LOS ALBACEAS SIN TENENCIA DE BIENES ANTE LAS DEUDAS HEREDITARIAS. El albacea sin tenencia de bienes, a quien no se le ha encomendado el pago de las deudas hereditarias, no tiene la facultad de pagarlas, para ello requerirían de una facultad especial de parte del causante. Señala CLARO SOLAR que los albaceas a quienes no se ha dejado la tenencia de los bienes "no tienen facultad de pagar las deudas hereditarias de la sucesión; y necesitan para poder hacerlo que el testador les encomiende expresamente dicho pago, puesto que esta atribución no entra naturalmente entre las que emanan del albaceazgo"<sup>1106</sup>. De modo que si al albacea no se le ha conferido la tenencia de los bienes ni tampoco se le ha ordenado el pago de las deudas, derechamente no puede proceder a saldarlas.<sup>1107</sup>

<sup>1106</sup> Ob. cit., T. 16, N° 2188, p. 417. En igual sentido expresan DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que el albacea sin tenencia de bienes "no puede pagar las deudas hereditarias, salvo que el testador le haya impuesto esa obligación. Por consiguiente, cuando el art. 1286 dice que sea que el testador haya encomendado o no al albacea el pago de sus deudas; o cuando el artículo 1288 trata del albacea encargado de pagar deudas hereditarias; y, en fin, cuando el art. 1289 dispone que, aunque el testador haya encomendado a el albacea el pago de las deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagarles, ninguna duda cabe que todas estas disposiciones tienen en vista el ejecutor sin tenencia de bienes" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 1313). MEZA BARROS no incluye dentro de las facultades comunes a los albaceas con y sin tenencia de bienes, la de pagar las deudas hereditarias (cfr. *Manual...*, cit., pp. 354 y ss.).

<sup>1107</sup> Dice PÉREZ LASALA que "el pago de las deudas del causante es una función de administración, propia de los herederos. Si al albacea no le fue concedida por el testador la facultad de administrar el caudal relicto, en modo alguno puede ejercitarla. La misión del albacea es ejecutar el testamento, tomando las previas y oportunas medidas de conservación, pero no de administrar la herencia" (*Curso...*, cit., p. 765).

Si al ejecutor testamentario sin tenencia de bienes se le ha confiado o encomendado el pago de las deudas hereditarias, debe proceder al pago en la forma en que se lo señala la ley. En este caso el albacea sin tenencia de bienes no puede actuar sólo en el pago de las deudas hereditarias, debe hacerlo con intervención de los herederos presentes o con el curador de la herencia yacente, los que pueden oponerse al pago si les parece oportuno<sup>1108</sup>. Esto deja claro que el albacea no tiene la representación de los herederos ni del causante, pues, si así fuere, podría actuar individualmente, pero la ley no lo admite<sup>1109</sup>. Por la misma razón no tiene la facultad de reconocer deudas en contra del causante.

Este albacea sin tenencia de bienes, pero que tiene la misión de pagar las deudas de la herencia, solamente podrá cumplirla pidiendo a los herederos, o al curador de la herencia yacente, los fondos necesarios para poder pagarlas. Si los herederos o el curador de la herencia yacente lo prefieren podrán ellos pagar directamente, exhibiendo la carta de pago o recibo al ejecutor testamentario. Si ellos se niegan a proporcionar los fondos al albacea para el pago, éste podría requerir judicialmente la entrega de ellos<sup>1110</sup>; aun cuando llegado ese escenario parecería más práctico que los propios acreedores procedan en contra de los herederos.

Ahora bien, si el testador ha confiado al albacea sin tenencia de bienes el pago de sus deudas, ello no es oponible a los acreedores, quienes no pueden verse afectados por la disposición testamentaria en este sentido. El artículo 1289 señala claramente que "aunque el testador haya encomendado a el albacea el pago de sus deudas, los acreedores tendrán siempre expedita su acción contra los herederos, si el albacea estuviere en mora de pagarles". En consecuencia, si el albacea no paga, los acreedores deben dirigirse en contra de los herederos. Ellos son los responsables del pago de las deudas. No pueden entablar sus acciones en contra del albacea, quien no cuenta con la tenencia de los bienes.

<sup>1108</sup> La ley no dice quiénes son los herederos que deben entenderse presentes. Para algunos se trata de los herederos que se encuentran en el lugar en que debe efectuarse el pago (cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1314). Otros entienden que son los que están en el lugar en que se produjo la apertura de la sucesión (cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 2168, p. 405 y ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, ob. cit., p. 645). Finalmente, otros estiman que se trata de los herederos que han aceptado la herencia (cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 358). Pareciera que lo más lógico es lo segundo.

<sup>1109</sup> Señala RODRÍGUEZ que "si el albacea ha sido encargado por el testador de pagar las deudas hereditarias, deberá hacerlo con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente en su caso. Esta exigencia tiene por objeto asegurar a los herederos que han aceptado la herencia, o al curador de la herencia yacente cuando ninguno de los asignatarios la ha aceptado, que efectivamente se ha pagado la deuda, la oportunidad en que se ha hecho, la forma en que se solucionó, etc. La ley no ha querido que el albacea actúe solo, sin participación de los interesados directos, dando a éstos la oportunidad de deducir oposición si estiman que no debe hacerse el pago" (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 261).

<sup>1110</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 2194, p. 420.

La regla del artículo 1289 parece sugerir que los acreedores sólo podrían demandar a los herederos para el pago de las deudas únicamente una vez que el albacea se encuentre en mora. La verdad es que ello no es correcto. Los obligados finales al pago de las deudas son los herederos, en proporción a lo que les corresponda dentro de la herencia (artículo 1354). El albacea, en esta materia, solamente cumple una función ejecutiva para facilitar el cumplimiento de las obligaciones pendientes, pero en caso alguno su presencia altera las reglas generales sobre responsabilidad por las deudas hereditarias.

778. PAGO DE LOS LEGADOS. Corresponde al albacea, sea o no con tenencia de bienes, proceder al pago de las deudas testamentarias, esto es, el pago de los legados ordenados en el testamento. Dice a este respecto el artículo 1290 que el albacea "pagará los legados que no se hayan impuesto a determinado heredero o legatario; para lo cual exigirá a los herederos o al curador de la herencia yacente el dinero que sea menester y las especies muebles o inmuebles en que consistan los legados, si el testador no le hubiere dejado la tenencia del dinero o de las especies". "Los herederos, sin embargo, podrán hacer el pago de los dichos legados por sí mismos, y satisfacer a el albacea con las respectivas cartas de pago; a menos que el legado consista en una obra o hecho particularmente encomendado a el albacea y sometido a su juicio".

De modo que, en principio, los legados deben ser pagados por el albacea, salvo que el causante lo haya relevado de esta obligación por haberla impuesto a otro asignatario. En cualquier caso, esto no excluye, como acontece con las deudas hereditarias, la posibilidad de que los propios herederos procedan al pago de los legados ordenados por el testador, pues al fin y al cabo son los herederos los reales deudores, y nada más evidente que el pago sea hecho por el propio deudor<sup>1111</sup>. Todo lo anterior, a menos que el legado implique la ejecución de una obra o un hecho que sólo el ejecutor testamentario está en condiciones de realizar, pues en tal caso, los herederos no podrían dar cumplimiento personal al legado y tendrían que proporcionar al ejecutor el dinero o las especies que sean necesarias para que ello se verifique.

Sin embargo, no ha dicho el Código si el albacea debe proceder al pago del legado con intervención de los herederos o del curador de la herencia yacente al

<sup>1111</sup> Dice CLARO SOLAR que "aunque el pago corresponde naturalmente a el albacea como algo inherente a las mismas funciones del albaceazgo, los herederos pueden, sin embargo, pagarlos también, puesto que en su carácter de herederos suceden al difunto en todas las obligaciones y cargas de la sucesión, y los legados son cargas de la herencia que los herederos están obligados a pagar. Los albaceas pagan los legados que sean deudas de ellos; los herederos pagan los legados para liberarse de deudas que les afectan" (ob. cit., T. 16, Nº 2192, p. 418).

estilo de lo que exige respecto del pago de las deudas hereditarias (artículo 1288). Para CLARO SOLAR, no es necesario que el albacea proceda al pago de los legados con intervención de los herederos o el curador de la herencia yacente. Esa es una obligación que la ley le impone sólo para el caso del pago de las deudas hereditarias<sup>1112</sup>. Por el contrario, estiman DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ que la cuestión no parece ser de solución unitaria: Si se trata de dinero o bienes muebles, podría cumplir el albacea entregando estas cosas sin intervención de los herederos, pero si se trata de bienes inmuebles, inscritos ahora a nombre de los herederos, el albacea requeriría de la intervención de los herederos, por cuanto sólo ellos podrían legalmente realizar la entrega.<sup>1113</sup>

La última de estas opiniones, asume que el inmueble legado ha sido efectivamente inscrito a nombre de los herederos, por lo que, la única manera de pagar sería mediante una escritura pública de pago en que los herederos hagan entrega del inmueble<sup>1114</sup>. Pero, como se ha dicho con ocasión de la entrega de los legados inmuebles, tal solución no es muy clara. Puede sostenerse que esta forma de entrega no es necesaria, y que basta para practicar la inscripción a nombre del legatario la sola presentación del testamento reconocido judicialmente al Conservador de Bienes Raíces. Incluso se ha resuelto en este sentido que en los legados de inmuebles no es necesaria la inscripción especial de herencia. Legado un inmueble no tiene necesariamente que inscribirse en el Registro del Conservador de Bienes Raíces a nombre de todos los herederos, en la medida que no forma parte de la indivisión hereditaria. El legado de especie o cuerpo cierto se adquiere por el solo fallecimiento del causante y, en consecuencia, muerto éste, el inmueble sale de la universalidad de la herencia<sup>1115</sup>. Nos remitimos a todo lo ya dicho a este respecto. Si así fuere, no resultaría necesario que el albacea actúe con la intervención de los herederos en el pago del legado, pues, no estando inscrito el inmueble a nombre de los herederos, éste podría inscribirse directamente a nombre del legatario.

779. EL PAGO DE LEGADOS DE BENEFICENCIA. A pesar de que el Código no ha determinado la intervención de los herederos o del curador de la herencia yacente en el pago de los legados, sí se ha ocupado, en el artículo 1291, de la intervención

<sup>1112</sup> Cfr. ob. cit., T. 16, Nº 2172, p. 409.

<sup>1113</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1319 y 1320.

<sup>1114</sup> *Ibidem*, p. 831.

<sup>1115</sup> Cfr. SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 284 y sentencia de la Corte Suprema de 21 de diciembre de 1993, causa caratulada *Contreras Duarse con Saavedra Quintana* (se desconoce el número de Rol).

de otras personas en el pago de ellos, como cuando los legados están destinados a beneficencia, a piedad religiosa o a la utilidad pública

a) Si hubiere legados para objetos de beneficencia pública, el albacea dará conocimiento de ellos, con inserción de las respectivas cláusulas testamentarias, al ministerio público; a quien, asimismo, denunciará la negligencia de los herederos o legatarios obligados a ellos, o del curador de la herencia yacente, en su caso. El ministerio público perseguirá judicialmente a los omisos, o delegará esta gestión al defensor de obras pías.

b) De los legados destinados a obras de piedad religiosa, como sufragios, aniversarios, capellanías, casas de ejercicios espirituales, fiestas eclesiásticas y otros semejantes, el executor testamentario dará cuenta al ministerio público, y al ordinario eclesiástico, que podrá implorar en su caso ante la autoridad civil las providencias judiciales necesarias para que los obligados a prestar estos legados los cumplan. El ministerio público, el defensor de obras pías y el ordinario eclesiástico en su caso, podrán también proceder espontáneamente a la diligencia antedicha contra el albacea, los herederos o legatarios omisos.

c) Tratándose de legados de utilidad pública en que se interesen los respectivos vecindarios, las municipalidades tendrán el mismo derecho antes señalado, con lo que deben ser debidamente informadas por el albacea a los efectos de que ejerzan estas facultades.

780. VENTA DE LOS BIENES DE LA MASA HEREDITARIA. Por regla general, el albacea no puede vender los efectos de la sucesión. Él no es un liquidador de la masa hereditaria, sino que sólo el encargado de ejecutar el testamento y cumplir con las obligaciones que la ley le impone. Pero bien puede acontecer que no exista dinero suficiente en la masa hereditaria para proceder al pago de las deudas hereditarias o testamentarias. En este caso se hará necesario proceder a la venta de los bienes hasta donde sea necesario para cubrir estas obligaciones. Dispone el artículo 1293 que "con anuencia de los herederos presentes procederá a la venta de los muebles, y subsidiariamente de los inmuebles, si no hubiere dinero suficiente para el pago de las deudas o de los legados; y podrán los herederos oponerse a la venta, entregando a el albacea el dinero que necesite al efecto". Agrega el artículo 1294 que "lo dispuesto en los artículos 394 y 412 se extenderá a los albaceas".<sup>1116</sup>

<sup>1116</sup> Las limitaciones solamente tienen aplicación mientras el albacea ocupe el cargo. Una vez finalizado o de haber cesado en él, ellas desaparecen (cfr. GT, 1881, s. 2252, p. 1275; 1888, T. II, s. 2860, p. 918; 1889, T. I, s. 469, p. 303 y RDJ, T. 21, 1, p. 270).

En consecuencia, varias cosas se desprenden de esta reglamentación:

a) La venta de los bienes hereditarios por parte del albacea, solamente podrá hacerse con el propósito de generar el dinero necesario para pagar las deudas hereditarias o testamentarias. No podrá el executor testamentario proceder a la venta de los bienes de *as* hereditario sino es para este efecto (artículo 1293).

b) De lo anterior se colige que el testador debe haber encomendado al albacea sin tenencia de bienes el pago de las deudas hereditarias. De lo contrario, carece de esta facultad. Si no ha recibido este encargo de parte del causante no se justifica la venta de ninguna parte de los bienes hereditarios.

c) La venta de los bienes de la sucesión debe hacerse con la anuencia de los herederos. Esto es en verdad lógico. Son ellos los dueños de los bienes. De modo que más que una simple anuencia se trata de una manifestación de voluntad de parte de los propietarios de las cosas que pretenden venderse. El que comparece vendiendo, en cualquier caso, es el executor testamentario, pero la única manera de que ella sea oponible a los dueños es que en el acto mismo conste la voluntad de ellos. Bien pueden hacer los herederos la misma venta sin la intervención del executor testamentario.

d) Los herederos podrán oponerse a la venta de las cosas por parte del executor testamentario. En tal caso, para impedir la venta será necesario que proporcionen al albacea el dinero necesario para proceder al pago de las deudas hereditarias o de los legados (artículo 1293).

e) En el evento que haya necesidad y consentimiento de los herederos, se venderán primeramente los muebles, y si ello fuere insuficiente, sólo entonces podrán venderse los inmuebles. Esta exigencia no tiene otro fundamento que la asociación permanente que hace el Código Civil de la riqueza a los bienes inmuebles (artículo 1293).<sup>1117</sup>

f) La venta de los bienes inmuebles, muebles preciosos o con gran valor de afección, deberá hacerse en pública subasta (artículos 393 y 394)<sup>1118</sup>. Esto es necesario aun cuando el propio testador haya ordenado en el testamento al alba-

<sup>1117</sup> En sentido semejante señala el inciso primero del artículo 903 del Código Civil español que "si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aportaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos".

<sup>1118</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, N° 2178, p. 412; MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 361 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 264. En contra DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, para quienes todo tipo de ventas, con independencia de la naturaleza de los bienes, debe hacerse en pública subasta (cfr. *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1324 y 1325).

cea vender parte de los bienes para pagar las deudas<sup>1119</sup>. Estas no son ventas forzadas, sino que ventas en pública subasta de carácter voluntario, que se gobiernan por lo previsto en los artículos 892 a 894 del Código de Procedimiento Civil. En ellas, el juez no asume la representación de los vendedores; venden los herederos, sólo que lo hacen en pública subasta. En los contratos que se escrituren después de hecha la subasta, ellos comparecerán personalmente<sup>1120</sup>. Si se omite esta formalidad la sanción será la nulidad relativa de la venta, en virtud de lo señalado en el inciso tercero del artículo 1683.

g) El albacea, en principio, y como se explica a propósito de las prohibiciones de los albaceas, no podrá comprar los bienes que sea necesario vender. Lo mismo se extiende a sus ascendientes, descendientes y cónyuge.

781. COMPARECENCIA JUDICIAL DEL ALBACEA. El albacea sin tenencia de bienes carece de amplia capacidad para comparecer en juicio en ejercicio de sus funciones. “El albacea no podrá parecer en juicio en calidad de tal, sino para defender la validez del testamento, o cuando le fuere necesario para llevar a efecto las disposiciones testamentarias que le incumban; y en todo caso lo hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente” (artículo 1295).

El ejecutor testamentario sin tenencia de bienes carece de las atribuciones del curador de la herencia yacente, por lo que no puede comparecer en juicio sino para estos dos efectos: a) o en defensa de la validez del testamento<sup>1121</sup>, b) o cuando sea necesario para dar cumplimiento a alguna disposición del testamento<sup>1122</sup>.

<sup>1119</sup> La cuestión de si el testador puede ordenar al albacea en el testamento la venta de algunos bienes se ha discutido en los tribunales y ha dado lugar a fallos contradictorios. En alguna ocasión se ha resuelto que este encargo no es de aquellos que la ley prohíbe y que, por lo tanto, el albacea puede vender estos bienes por sí solo y sin pública subasta y sin intervención de los herederos (GT, 1898, T. II, s. 2147, p. 1621). En cambio posteriormente se falló que la autorización del testador para que se vendan los bienes por parte del albacea, no lo libera de que dicha venta se haga en pública subasta, porque ello importaría una ampliación de las facultades del ejecutor testamentario (GT, 1901, T. I, s. 1071, p. 921). Parece más acorde a la ley esta segunda solución, ya que el artículo 1298 impide al testador ampliar las facultades del albacea y exonerarlo de sus obligaciones. Indudablemente que si se permite que el testador pueda disponer la venta sin las solemnidades que señala el artículo 394 en relación con el artículo 1293, se produce una ampliación de las facultades del ejecutor testamentario. En igual sentido RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 265.

<sup>1120</sup> Cfr. RDJ, T. 34, 2, p. 70.

<sup>1121</sup> No podría comparecer en juicio, por ejemplo, para impugnar la validez del testamento o una de sus cláusulas (cfr. RDJ, T. 19, 1, p. 30).

<sup>1122</sup> Podría en juicio, por ejemplo, exigir la entrega del dinero o los bienes necesarios para el pago de las deudas (artículo 1290), la formación del lote o hijuela pagadora de deudas (artículos 1286 y 1336); vender los bienes hereditarios (artículo 1293); solicitar prórrogas del plazo para el encargo (artículo 1305), etc.

En ambos casos requiere de la intervención o de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente según sea el caso, lo que crea una suerte de *litis consorcio* necesario.<sup>1123</sup>

Naturalmente que las limitaciones para el albacea sólo se producen si comparece en juicio en “calidad de tal”. El ejecutor no tiene impedimentos para comparecer en juicio en otra calidad que no sea la de albacea, por ejemplo la de legatario o heredero. No podría sostenerse seriamente que el ejecutor testamentario, por el hecho de ocupar este cargo, queda privado de los derechos que le corresponden en cuanto asignatario.<sup>1124</sup>

No parece que el albacea sin tenencia de bienes pueda ser demandado por los acreedores hereditarios o testamentarios para el pago de sus acreencias. Él no es el obligado a su pago, la designación de un albacea no altera la responsabilidad que compete a los herederos en esta materia. Son ellos los obligados a este cumplimiento. Por lo mismo, el ejecutor testamentario no puede ser demandado para el cumplimiento de los legados o el pago de las deudas hereditarias.<sup>1125</sup>

782. FACULTADES DE LOS ALBACEAS CON TENENCIA DE BIENES. Dice el artículo 1296 que “el testador podrá dar a el albacea la tenencia de cualquiera parte de los bienes o de todos ellos”. “El albacea tendrá en este caso las mismas facultades y obligaciones que el curador de la herencia yacente, pero no será obligado a rendir caución sino en el caso del artículo 1297”. “Sin embargo, de esta tenencia habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes”.

La tenencia de los bienes por parte del albacea, en consecuencia, no la adquiere el albacea por el solo ministerio de la ley, sino que la hace suya en virtud de una especial disposición del testador en este sentido. Para ello no es necesario que se utilicen frases precisas o palabras sacramentales. Basta con que de las expresiones de que se haya valido el testador se concluya que ha tenido la intención de conferirle al ejecutor testamentario la tenencia de todo o parte de los bienes. Así, por ejemplo, si el testador señala que le confiere al albacea la administración de la herencia, o si le confiere completos poderes o las más completas facultades respecto de los bienes, deberá concluirse que lo que ha querido hacer el causante es conferirle la tenencia de ellos (artículo 1069.2).

<sup>1123</sup> En contra RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 265 y 266.

<sup>1124</sup> Cfr. RDJ, T. 1, p. 128.

<sup>1125</sup> Cfr. RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 265 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 507 y 508.

Desde que al ejecutor testamentario se le confiere esta tenencia, pasa a ser un tenedor de bienes ajenos (artículo 714). No es un poseedor, siempre no tiene la masa hereditaria con ánimo de señor o dueño. Se trata de un administrador de bienes ajenos, cuyo cometido es conservarlos y emplearlos en la ejecución del testamento.

Otorgada la tenencia de los bienes al albacea, sus facultades se hacen más amplias, pues tendrá todas las que le corresponden a los albaceas sin tenencia de bienes más las que la ley le concede al curador de la herencia yacente.

Si existe albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el cargo, la herencia no puede ser declarada yacente, pues el supuesto para ello derechamente no se da (artículo 1240). Esto explica suficientemente bien que este albacea tenga las atribuciones del curador de la herencia yacente, pues si no lo hubiere o no aceptase el cargo dentro de plazo, la herencia podría ser declarada yacente, pasando a ser administrada, precisamente, por un curador de bienes de este tipo.

Desde este punto de vista, las facultades del albacea son meramente conservativas y administrativas. Sus atribuciones se limitarán a custodiar y conservar el patrimonio del causante y a realizar las gestiones que sean necesarias para efectuar el cobro de los créditos y el pago de las deudas. El artículo 487 dispone que el curador de la herencia yacente, aplicable al albacea con tenencia de bienes, está sujeto en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores, y "se les prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas". En este mismo sentido el artículo 488 señala que se les prohíbe especialmente a los curadores de bienes y, por ende, a los albaceas con tenencia de bienes, "alterar la forma de los bienes, contraer empréstitos, y enajenar aun los bienes muebles que no sean corruptibles, a no ser que esta enajenación pertenezca al giro ordinario de los negocios del ausente, o que el pago de las deudas la requiera".

A diferencia del curador de la herencia yacente, el albacea con tenencia de bienes no está obligado a rendir caución, salvo el caso del artículo 1297, según el cual "los herederos, legatarios o fideicomisarios, en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes de que fuere tenedor el albacea, y a que respectivamente tuvieren derecho actual o eventual, podrán pedir que se le exijan las debidas seguridades".

En cualquier caso, las facultades de los albaceas con tenencia de bienes no se amplían considerablemente como en principio pudiere pensarse.

Fuera de lo ya dicho pueden hacer tres cosas:

a) El albacea con tenencia de bienes puede proceder al pago de los legados sin la intervención de los herederos, incluso puede ser demandado para efectuar este

pago. Dice el artículo 1290.1 que el albacea "pagará los legados que no se hayan impuesto a determinado heredero o legatario, para lo cual exigirá a los herederos o al curador de la herencia yacente el dinero que sea menester y las especies muebles o inmuebles en que consistan los legados, si el testador no le hubiere dejado la tenencia del dinero o de las especies". A *contrario sensu* si el testador confirió la tenencia de los bienes al ejecutor testamentario no requiere exigir a los herederos la entrega del dinero o las especies legadas para proceder al pago, él solo podrá hacerlo.

b) Claramente, los albaceas con tenencia de bienes están facultados para demandar judicialmente el cobro de los créditos de los que el causante era titular. Así resulta del artículo 487, que autoriza a los curadores de bienes para proceder al cobro de estas acreencias.<sup>1126</sup>

c) Más dudoso resulta, en cambio, si pueden los albaceas con tenencia de bienes, por sí solos, proceder al pago de las deudas hereditarias y ser demandados por los acreedores para el pago de estas deudas. La sola lectura del artículo 487 permitiría llegar a la conclusión de que sí tienen la obligación de pagar las deudas hereditarias, por lo que podrían proceder a hacerlo aun sin la intervención de los herederos, y que incluso podrían ser demandados directamente para ello por los acreedores del causante.

Sin embargo, la duda se produce por lo dicho en el inciso tercero del artículo 1296, según el cual, "sin embargo, de esta tenencia habrá lugar a las disposiciones de los artículos precedentes". En otras palabras, no obstante que se le ha conferido la tenencia de los bienes, de todas maneras habrá lugar a lo dicho respecto del albacea a quien no se le ha conferido dicha tenencia. Como se ha dicho antes, estos ejecutores testamentarios pueden pagar las deudas hereditarias con intervención de los herederos presentes (artículo 1288). De la misma forma no podría ser él demandado para el pago de estas deudas, tendrían que serlo los herederos, por cuanto el albacea sin tenencia de bienes no puede comparecer en juicio, sino para defender la validez del testamento o para llevar a efecto las disposiciones testamentarias, y siempre con la intervención de los herederos (artículo 1295).

A pesar de la deficiencia en el tenor de las normas, parece más que razonable entender que el albacea con tenencia de bienes puede pagar las deudas hereditarias sin la intervención de los herederos y puede ser judicialmente demandado por los acreedores para su pago.

Las razones para esta conclusión abundan. En primer término debe tenerse en cuenta que el artículo 487 permite al curador de bienes proceder al pago de las

<sup>1126</sup> CLARO SOLAR, T. 16, N° 2152, p. 397 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 266.



deudas. No exige la intervención de otras personas. En segundo lugar, si el artículo 487 sirve para justificar que el albacea pueda demandar el pago de los créditos impagos, no se ve la razón por la que en uso del mismo artículo no se pueda justificar que individualmente puede pagar las deudas y ser demandado para el pago. En tercer lugar, si así no fuere, no se ve qué sentido podría en verdad otorgarle al albacea la tenencia de los bienes, pues si debe proceder al pago de las deudas con intervención de los herederos o deben ser demandados los herederos y no el albacea para este pago, da realmente lo mismo, desde este punto de vista, que al ejecutor testamentario se le confiera o no la tenencia de los bienes. En cuarto término, si los herederos no aceptan la herencia, los acreedores hereditarios no tendrían a quien cobrar sus créditos: no podrían demandar a los herederos que no han aceptado, ni podrían pedir que la herencia se declarara yacente, siempre que la presencia de un albacea con tenencia de bienes lo impide.<sup>1127</sup>

783. PROHIBICIONES DE LOS ALBACEAS. Los albaceas tienen dos tipos de prohibiciones, una genérica, que les impide llevar a cabo cualquier disposición testamentaria contraria a la ley, y otra específica, consistente en que no pueden realizar actos respecto de los bienes de la sucesión incompatibles con su carácter de albaceas. Estas prohibiciones, naturalmente, afectan al albacea desde que acepta expresa o tácitamente el cargo y no desde que se produce la apertura de la sucesión.<sup>1128</sup>

784. LOS ALBACEAS NO PUEDEN EJECUTAR DISPOSICIONES CONTRARIAS A LAS LEYES. Dice el artículo 1301 que “se prohíbe a el albacea llevar a efecto ninguna disposición del testador en lo que fuere contraria a las leyes, so pena de nulidad, y de considerársele culpable de dolo”.

La prohibición, como se aprecia, es muy amplia, comprende toda disposición contraria a la ley. No podría dar cumplimiento a disposiciones que violen o menoscaben las asignaciones forzosas; ni ejecutar disposiciones que tuvieran por objeto hacer pasar bienes a una persona incapaz de suceder; ni podría dar cumplimiento a todo aquello que atentara contra la moral o el orden público.

Si así no lo hiciera, se producen dos tipos de consecuencias: una relativa a los actos ejecutados por el albacea y otra respecto del albacea mismo.

<sup>1127</sup> Así también RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 267 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 510.

<sup>1128</sup> Corte Suprema, 6 de agosto de 2009, *Puratic Dubracic con Santana Pérez*, Rol N° 2213/2008, c. 8.

En lo que se refiere a los actos otorgados por el albacea violando la ley, ellos serán nulos. Se trata de actos prohibidos por la ley, por lo que, en virtud de lo sancionado por los artículos 10, 1466 y 1682, la nulidad es absoluta.

Con respecto al albacea, se le considerará como culpable de dolo, lo que supone una excepción a la regla general que es la de no presunción de dolo ni de mala fe (artículos 706 y 1459). Pero los problemas del albacea no terminarán con esto. Si así hubiere obrado, podrá ser removido de su cargo, puesto que en virtud del artículo 1300, el albacea “será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente, y en caso de dolo se hará indigno de tener en la sucesión parte alguna, y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución”.<sup>1129</sup>

785. LOS ALBACEAS NO PUEDEN REALIZAR ACTOS EN LOS QUE TENGAN INTERÉS. Con ocasión del estudio de la facultad de los albaceas para vender bienes de la sucesión, se adelantó que el artículo 1294, al remitirse al artículo 412, hace que los albaceas, y algunos de sus familiares o asociados, no puedan realizar actos en los que tengan interés personal.

Por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de sus hermanos, o de sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales, que no están implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio. Pero ni aun de este modo podrá el tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo, o tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición a su cónyuge, y a sus ascendientes o descendientes (artículo 412).

En aplicación de esta regla resulta evidente que el albacea no puede, en ningún caso, comprar los inmuebles de la sucesión; tampoco podría tomarlos en arriendo. Esta limitación se hace extensiva a su cónyuge y a sus ascendientes y descendientes. Se contempla aquí una prohibición absoluta, de modo que si ello ocurre el acto será sancionado con nulidad absoluta (artículos 10, 1464 y 1682)<sup>1130</sup>. Creemos que la regla contenida en el artículo 412.2, según la cual el albacea no puede comprar en ningún caso los bienes inmuebles de la sucesión, prima por sobre la norma establecida en el artículo 1800, según la cual “...los albaceas,

<sup>1129</sup> Así SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 511. En contra cree RODRÍGUEZ que la sanción solamente se aplica en el caso de dolo real y no de dolo presunto (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 278).

<sup>1130</sup> Cfr. RDJ, T. 47, 1, p. 271.

están sujetos en cuanto a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, a lo dispuesto en el artículo 2144". De acuerdo a este último artículo "no podrá el mandatario por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante". Estos dos artículos sugieren que la prohibición para los albaceas no es absoluta, sino que relativa, pues podrían llegar a comprar estos bienes si se les hubiera autorizado para ello. Sin embargo, la regla del artículo 1294 parece especial, puesto que se refiere exclusivamente a los albaceas y a bienes inmuebles, por lo que se aplica preferentemente a los artículos 1800 y 2144, con lo que no cabe que el albacea adquiera los inmuebles de la sucesión aun cuando se le haya autorizado para ello por el testador.<sup>1131</sup>

En lo que refiere los bienes muebles, el albacea no los podrá comprar si no es con la autorización de los otros albaceas, si es que los hubiera y no estuvieren sujetos a la misma inhabilidad. Si no los hubiese pareciera que la ley exige que se obtenga autorización judicial<sup>1132</sup>. Lo mismo se extiende al resto de las personas mencionadas en el inciso primero del artículo 412. Si no se cumpliere con

<sup>1131</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1329; Díez DUARTE, R., *La compraventa en el Código Civil chileno*, Santiago, 1988, p. 120 y SANTANDER, ob. cit., pp. 34 y 35. En contra SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 513 e ITURRIAGA GARCÉS, C., *Capacidad de los albaceas para comprar bienes raíces de la sucesión*, en RDJ, T. 41, primera parte, pp. 105 y ss. RODRÍGUEZ cree que el albacea podría comprar un inmueble de la sucesión, si el testador lo autorizó para ello (cfr. *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 281 y 282). A pesar de lo que se afirma, la solución, si bien resulta apegada al texto de la ley, no parece del todo justificada, ya que tomando en cuenta que el albacea es una persona de la completa confianza del testador, no se aprecia el mayor problema que puede haber en que compre los bienes raíces de la sucesión si es que los herederos desean venderlos (artículos 394 y 1293). Es más, es posible que sea el único interesado en comprarlos y que su venta sea urgente apara proceder al pago de los acreedores hereditarios.

<sup>1132</sup> Se dice sólo que "pareciera" que a falta de otros albaceas debiera recurrirse a una autorización judicial, porque el asunto no resulta completamente claro. Es indiscutible que si se trata de guardadores, el artículo 412 recibe completa aplicación, y si uno de ellos o algunos de sus parientes quiere realizar un acto respecto de los bienes de la sucesión requerirá la autorización de los otros. Si no hay otro curador, es necesaria la autorización de la justicia en subsidio. Sin embargo, esto último parece perder sentido cuando se trata de albaceas y no de guardadores, pues la presencia de los herederos, que son los directamente interesados en la sucesión, hace que el potencial perjuicio desaparezca. En verdad no se aprecia mayor obstáculo para que sean los herederos los que autoricen el acto del albacea. Los herederos serán los que vendan y el albacea el que compre, por lo que no se comprende bien cómo podrían resultar perjudicados los herederos si son ellos los que intervienen personalmente en el acto. Es por esto que se ha planteado que en estos casos, a falta de otros albaceas, la autorización para el acto en el que el albacea tiene interés, no es necesario que sea dada por la justicia, sino que basta que la den los herederos (BARRIGA ERRAZURIZ, G., *De algunas exigencias, restricciones y prohibiciones impuestas a los albaceas*, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Vol. 5, 1978, pp. 192 y ss.). En el mismo sentido, LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Informe en Derecho sobre compra de acciones por el albacea de la sucesión vendedora*, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1984, pp. 137 y ss.

esta formalidad habilitante, la sanción será la nulidad relativa del acto (artículo 1683.3).

El artículo 412 es inaplicable al albacea que siendo heredero adquiere los bienes por adjudicación, aun cuando tenga que pagar un alcance por ello, pues el título no es la compraventa sino que la adjudicación. A juicio de la doctrina y la jurisprudencia, el artículo 412 tampoco resulta aplicable al albacea si es heredero y desea comprar un bien de la sucesión en la que ejerce su cargo. En caso contrario quedaría perjudicado en comparación al resto de los miembros de la comunidad hereditaria, los que no tienen ningún inconveniente para comprar bienes en los que en parte son comuneros.<sup>1133</sup>

786. RESPONSABILIDAD DE LOS ALBACEAS: Los albaceas pueden tener responsabilidad civil y penal. Desde el punto de vista civil, el albacea es responsable hasta de la culpa leve en el desempeño de su cargo (artículo 1299). Debe proceder en el ejercicio de sus funciones con el debido cuidado y diligencia, concretamente con el que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Es la responsabilidad del buen padre de familia (artículo 44).<sup>1134</sup>

El Código ofrece varios casos de responsabilidad del albacea. Será responsable cuando no da aviso de la apertura de la sucesión tal como se lo ordena el artículo 1285, pues en tal caso será responsable de todo perjuicio que haya ocasionado a los acreedores (artículo 1287). También será responsable el albacea si no ha exigido que en la partición se forme el lote o hijuela pagadora de deudas (artículos 1286 y 1336), y si no lo hiciera será responsable ante los acreedores de la misma forma que lo será si ha omitido dar aviso de la apertura de la sucesión (artículo 1287). También será responsable de todo daño que haya causado con una actuación dolosa o con culpa grave en el desempeño de su cargo (artículo 1300).

La responsabilidad del albacea puede hacerse efectiva por quien haya resultado agraviado con su conducta poco diligente. Podrán ser los acreedores del causante, pero también los herederos, los legatarios y cualquier otra persona extraña a la sucesión.

Si existieren varios albaceas, la responsabilidad entre ellos es solidaria, a menos que el testador los haya exonerado de ella o cuando se haya hecho división de

<sup>1133</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., pp. 1328 y 1329 y LÓPEZ SANTA MARÍA, ob. cit., pp. 132 a 134. Cfr. también RDJ, T. 18, 1, p. 1; T. 29, 2, p. 70; T. 44, 2, p. 53 y T. 47, 1, p. 271. En contra GT, 1862, s. 934, p. 353.

<sup>1134</sup> El Código uruguayo que sigue de cerca al nuestro en los albaceas, se aparta un poco en este punto, pues en su artículo 988 señala que "el albacea es responsable de la culpa o falta de diligencia que se le pueda imputar en el desempeño de su cargo", sin calificar el grado de responsabilidad hasta el que responde.

funciones entre los diversos albaceas por el testador o el juez (artículo 1281). El solo hecho de que se les haya autorizado para actuar separadamente, no implica que cese la responsabilidad solidaria que la ley les impone (artículo 1283.3).

Si el albacea ha actuado con culpa grave puede ser además removido de su cargo. Si ha actuado con dolo, además de su remoción y de la obligación de indemnizar los daños causados, se hace indigno de suceder al causante y debe restituir cualquier suma que haya percibido a título de remuneración (artículo 1300).

¿Podría el testador disminuir el grado de responsabilidad del albacea? La respuesta es negativa, el artículo 1298 señala con harta claridad que el testador no puede ampliar las facultades del albacea "ni exonerarlo de sus obligaciones, según se hallan unas y otras definidas en este título". La necesidad de que el albacea actúe como un buen padre de familia, es una obligación legal para el albacea, por lo que no puede ser liberado de ella por el causante.

Pero los albaceas, fuera de su responsabilidad civil, pueden incurrir en responsabilidad penal. De conformidad al inciso segundo del artículo 240 del Código Penal, el albacea tenedor de bienes, puede ser sancionado criminalmente, cuando se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, con relación a los bienes o cosas en cuya administración interviniera.

787. LA EXTINCIÓN DEL ALBACEAZGO. El Código Civil no dice la forma en que termina el cargo del albacea, ni siquiera hace alguna enumeración de las causas que ponen fin a este encargo que ha efectuado el testador, al estilo de lo que ocurre, por ejemplo, con el mandato (artículo 2163). Con todo, existe relativa uniformidad en el sentido que el albaceazgo reconoce como causas de término las siguientes: a) el vencimiento del plazo para evacuar el encargo; b) la completa ejecución del encargo; c) la renuncia al cargo; d) la remoción del albacea; e) la muerte del albacea; f) la incapacidad sobreviniente del executor testamentario; g) la no aceptación del cargo dentro de plazo, y h) la declaración de nulidad de testamento en el que se nombró al albacea.<sup>1135</sup>

<sup>1135</sup> Afirma RODRÍGUEZ que fuera de estas causas el albaceazgo también termina si la incapacidad original del albacea no se subsana antes de que se produzca la delación de la herencia, como si el albacea menor no llega a cumplir la mayoría de edad a la fecha de la muerte del testador. También terminaría por la ausencia de bienes del testador, por cuanto la persona designada no tiene posibilidad alguna de ejercer el cargo (*Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 285 y 286). Dispone el artículo 796 del Código Civil peruano que "el cargo de albacea termina: 1. Por haber transcurrido dos años desde su aceptación, salvo el mayor plazo que señale el testador, o que conceda el juez con acuerdo de la mayoría de los herederos. 2. Por haber concluido sus funciones. 3. Por renuncia con aprobación judicial. 4. Por incapacidad legal o física que

788. EL VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EVACUAR EL ENCARGO. Como se ha explicado antes, si el testador no ha señalado un plazo dentro del cual el o los albaceas deben evacuar el encargo, éste será de un año contado desde que el albacea haya comenzado a ejecutar el encargo, sin perjuicio de las prórrogas que puedan haberse concedido (artículos 1303 y 1304). La terminación del encargo; en este caso, se produce de pleno derecho una vez que el plazo ha terminado.

El plazo previsto para el término del albaceazgo no se extiende si existieren legados o fideicomisos pendientes en virtud de un plazo o una condición, a menos que el testador hubiere concedido al executor testamentario la tenencia de estas especies. Lo mismo acontece si existen deudas hereditarias que no hayan sido pagadas y cuyo día, condición o liquidación estuviere pendiente. Dice el inciso primero del artículo 1308 que "no será motivo ni para la prolongación del plazo, ni para que no termine el albaceazgo, la existencia de legados o fideicomisos cuyo día o condición estuviere pendiente; a menos que el testador haya dado expresamente a el albacea la tenencia de las respectivas especies o de la parte de bienes destinados a cumplirlos; en cuyo caso se limitará el albaceazgo a esta sola tenencia". Agrega su inciso segundo que "lo dicho se extiende a las deudas, cuyo pago se hubiere encomendado a el albacea, y cuyo día, condición o liquidación estuviere pendiente; y se entenderá sin perjuicio de los derechos conferidos a los herederos por los artículos precedentes".

La norma está referida naturalmente a los legados, fideicomisos y deudas pendientes en virtud de un plazo o una condición, que son los únicos que podrían permanecer impagos. Si los legados o las deudas fueren puros o simples, o si el fideicomiso ya se hubiere verificado en virtud del cumplimiento de la condición que a él siempre está anexa, no sería comprensible que la disposición testamentaria se encontrare incumplida en el tiempo. Ello implicaría que el albacea dejó de cumplir sus obligaciones, pues siendo ellos exigibles no procedió a su cumplimiento.

En todos estos casos, el albaceazgo continuará sobre estas especies o en la parte necesaria para cumplir los legados y las deudas, en la medida que el testador hubiere conferido expresamente la tenencia de ellas al albacea. Se exceptiona así la regla según la cual el albaceazgo tiene una duración hasta día cierto y determi-

Continuación nota <sup>1135</sup>

impida el desempeño de la función. 5. Por remoción judicial, a petición de parte debidamente fundamentada. 6. Por muerte, desaparición o declaración de ausencia". A esto debe agregarse que de conformidad al artículo 795 "puede solicitarse, como proceso sumarisimo, la remoción del albacea que no ha empezado la facción de inventarios dentro de los noventa días de la muerte del testador, o de protocolizado el testamento, o de su nombramiento judicial, lo que corresponda, o dentro de los treinta días de haber sido requerido notarialmente con tal objeto por los sucesores".

nado, pues llegado el plazo fijado por el testador, la ley o el juez en caso de prórroga, no terminará necesariamente.<sup>1136</sup>

789. EL CUMPLIMIENTO DEL ENCARGO. La forma natural por la que termina el albaceazgo es por la ejecución completa del encargo por parte del albacea. Esto puede acontecer incluso antes de que se haya cumplido el plazo previsto por el testador, señalado por la ley o ampliado por el juez, para este efecto. Llegado el plazo, el albaceazgo se termina, aun cuando no exista una declaración judicial que lo diga expresamente. Ello a pesar del tenor literal del artículo 1307, que sugiere que el albaceazgo terminaría solamente una vez que así lo declara el juez a instancia de los herederos. Dice este precepto que “los herederos podrán pedir la terminación del albaceazgo, desde que el albacea haya evacuado su cargo; aunque no haya expirado el plazo señalado por el testador o la ley, o ampliado por el juez para su desempeño”.

Sin embargo, la norma no quiere decir que llegado el plazo de vencimiento el albacea se mantiene en el cargo mientras no se declare que él ha sido debidamente evacuado. Es fácil comprender que si el encargo ha sido completamente ejecutado, nada justifica que el albacea se mantenga como tal. El derecho que el artículo 1307 confiere a los herederos sólo pretende dar certeza acerca del cumplimiento por parte del albacea, y hacer nacer en él la obligación de restituir los bienes que pudiesen obrar en su poder, luego de haber sido cumplidas las deudas hereditarias y testamentarias. Si los herederos no ejercen este derecho y no piden que se declare terminado el albaceazgo, él termina igual.<sup>1137</sup>

790. RENUNCIA DEL ALBACEA. La renuncia efectuada por el albacea, sea o no con motivo justificado, pone término al albaceazgo. Nadie obliga al executor testamentario a aceptar el cargo, pero una vez hecho tiene la obligación de evacuar-

<sup>1136</sup> A juicio de CLARO SOLAR estas excepciones son injustificadas. Entiende que tratándose del cumplimiento de legados y fideicomisos pendientes de pago, vencido el plazo previsto para el albaceazgo, éste debiera terminar, y la obligación de cumplirlos debiera pasar a los herederos de conformidad a las reglas generales. Esto porque no es en verdad justificado que el albacea permanezca con la tenencia de estos bienes en perjuicio de los herederos y por un tiempo indeterminado. En el caso de las deudas hereditarias pendientes la excepción se justificaría menos, ya que ellas son una baja general de la herencia, debiendo apartarse los fondos necesarios en la partición para proceder a su pago. Desde esta óptica, la permanencia del albacea no se justificaría. Por otro lado, agrega el autor, si el testador ha fijado un plazo al albacea, en dicha fijación tiene que haber considerado los plazos y condiciones que pudiesen afectar a los legados, fideicomisos, y deudas hereditarias, por lo que no resultaría armónico mantener el albaceazgo más allá del término señalado por el propio causante (cfr. ob. cit., T. 16, Nº 2225 a 2227, pp. 439 a 441).

<sup>1137</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, Nº 2229, p. 441 y DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1344.

lo, salvo los casos en que es lícito al mandatario excusarse del encargo (artículo 1276.2). Esto implica, como se explicó con ocasión de la irrevocabilidad de la aceptación del cargo de albacea, que el executor testamentario podrá renunciar al cargo lícitamente en caso de imposibilidad de ejercerlo por enfermedad u otra causa grave o grave perjuicio para sus intereses. Además de estos casos puede renunciar, pero debe atender todas las obligaciones pendientes hasta que los herederos o el albacea sustituto, puedan asumirlas. En caso contrario será responsable de los perjuicios que con su renuncia pueda ocasionar.

Si el albacea renuncia al cargo en virtud de causa legítima queda privado “sólo de una parte proporcionada de la asignación que se le haya hecho en recompensa del servicio” (artículo 1278.2). En sentido inverso, si renuncia sin causa lícita, quedará privado de toda la remuneración o de la asignación que se le hubiere hecho en pago de sus servicios.<sup>1138</sup>

791. LA REMOCIÓN DEL ALBACEA. El albacea puede ser removido de su cargo a solicitud de los herederos o del curador de la herencia yacente. Dispone el artículo 1300 que el executor testamentario “será removido por culpa grave o dolo, a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente, y en caso de dolo se hará indigno de tener en la sucesión parte alguna, y además de indemnizar de cualquier perjuicio a los interesados, restituirá todo lo que haya recibido a título de retribución”.

Es llamativo que la ley diferencie en este caso entre culpa grave y dolo, pues esa no es la regla general. De acuerdo al inciso segundo del artículo 44 “culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”. Pero aquí esta equivalencia entre culpa grave y dolo se rompe, no sólo a nivel conceptual, sino que también en lo que dice relación con los efectos que uno y otros producen.

La norma del artículo 1300 parece sugerir que si el albacea ha actuado con culpa grave puede ser removido del cargo, pero si ha actuado con dolo se hace indigno de suceder al causante, queda obligado a indemnizar los perjuicios que pueda haber causado y debe restituir lo que haya recibido a título de remuneración por sus servicios.<sup>1139</sup>

<sup>1138</sup> Cfr. MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 351 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 250.

<sup>1139</sup> Así DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1345 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 519.

Sin embargo; ésta no parece ser la lectura correcta, pues no cabe concluir que el albacea solamente debe indemnizar los perjuicios que haya causado cuando ha actuado con dolo, sino que también debe indemnizar cuando los daños que ha causado obrando con culpa leve. Esa es la regla de responsabilidad que le impone el artículo 1299; por lo que no resulta armónico concluir que si el albacea ha actuado con culpa grave solamente puede ser destituido del cargo; pero quedaría exento de su obligación de reparar los daños causados.

Si el albacea ha actuado con culpa leve, solamente será obligado a la indemnización de los daños provocados con su negligente actuación, pero no podrá ser removido del cargo. Si ha actuado con culpa grave, podrá ser removido del cargo y, además, deberá indemnizar los perjuicios causados. Finalmente, si ha actuado con dolo, podrá ser removido del cargo, deberá reparar los daños provocados, se hará indigno de suceder al causante y deberá restituir todo lo que hubiere percibido a título de remuneración.<sup>1140</sup>

Recientemente se ha resuelto que no basta con que el albacea dé cumplimiento formal a su cargo, sino que es necesario que realice todas las gestiones tendentes a la conservación de la masa hereditaria y al cumplimiento íntegro de las disposiciones testamentarias. Si por el contrario, el albacea designado por el causante realiza gestiones cuyo fin es perjudicar a los herederos y beneficiarse a sí mismo, como presentarse en un banco con un mandado simple con el propósito de retirar de los dineros allí depositados, tal conducta autoriza su remoción por la justicia.<sup>1141</sup>

792. LA MUERTE DEL ALBACEA. El albaceazgo no es transmisible, por lo que termina con la muerte del albacea (artículo 1279). No se trata más que de la lógica consecuencia del carácter personalísimo que este cargo tiene.

Lo anterior a menos que el testador haya designado varios albaceas, en la medida que, en tal caso, la muerte de uno de ellos no pone término al albaceazgo, él continuará con los que sobrevivan. Sin embargo, si habiendo varios ejecutores testamentarios las funciones de ellos hubieren sido divididas por el testador o el juez (artículo 1281), los que sobrevivan no podrán ocupar el cargo del que ha fallecido, debiendo los herederos hacerse cargo de ellas (artículo 1271).

Tampoco terminará el albaceazgo por la muerte de uno de los ejecutores nombrados si el testador nombró a uno o más sustitutos. Si así fuere, serán ellos los que pasen a ocupar el cargo en el orden que pudiera haber señalado el testador.

Finalmente, tampoco terminará el albaceazgo por la muerte cuando el albacea nombrado lo haya sino por el título o cargo que ostenta, como si se designó al Presidente de determinado colegio de abogados o al Decano de tal o cual Facultad de Derecho. Si esto ocurriere, y como se ha dicho antes, el deceso del albacea nombrado no pone término al albaceazgo, el cargo pasará a desempeñarlo la persona que sea designada para ocupar el puesto correspondiente, como el nuevo Presidente del Colegio de Abogados o el nuevo Decano de la Facultad de Derecho.

793. LA INCAPACIDAD SOBREVINIENTE DEL ALBACEA. Dice el artículo 1275 que la incapacidad sobreviniente del albacea pone término a el albaceazgo. Cualquiera de las inhabilidades mencionadas en los artículos 497 y 498 que afecten al albacea una vez que éste ya haya entrado a servir el cargo, pondrá término al albaceazgo.

794. LA NO ACEPTACIÓN DEL CARGO DENTRO DE PLAZO. Como se ha señalado antes, de acuerdo al artículo 1276, el juez, a petición de cualquier interesado en la sucesión, procederá a fijar un plazo al albacea para que acepte el cargo. De acuerdo al inciso segundo, si el albacea no cae en mora de comparecer, caducará el nombramiento.

En este caso más que de un término del albaceazgo se trata de una especie de caducidad, como bien lo dice la norma, dado que en verdad el albacea designado jamás llegó a aceptar el cargo y, por lo mismo, nunca lo desempeñó. Existiría una especie de rechazo tácito del nombramiento efectuado por el testador.

795. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE TESTAMENTO EN EL QUE SE NOMBRÓ AL ALBACEA. Si el albacea entra a servir el cargo y luego se declara la nulidad total del testamento en el que fue designado, termina el albaceazgo. Si la nulidad solamente afecta a algunas de las cláusulas en las que no se comprende la designación del albacea, el albaceazgo no termina.<sup>1142</sup>

796. RENDICIÓN DE CUENTAS. El albacea es el ejecutor de negocios ajenos, y, como tal, una vez concluida su gestión debe rendir debida cuenta, sin que el testador pueda relevarlo de esta obligación. A este respecto dispone el artículo

<sup>1142</sup> En cualquier caso se ha resuelto que si se ha declarado nulo un testamento y, por lo mismo, ha expirado el cargo, el albacea tiene derecho para que, una vez rendida su cuenta de administración, se le abonen sus expensas legítimas, como las costas judiciales, honorarios de abogados y la remuneración que se le hubiere fijado por el juez o el testador (cfr. RDJ, T. 4, 1, p. 351).

<sup>1140</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., N° 2232, p. 443 y MEZA BARROS, *Manual...*, cit., p. 367.

<sup>1141</sup> Corte Suprema, 13 de marzo de 2002, *Lama y otros con Elit*, Rol N° 4.797/01.

1309 que “el albacea, luego que cese en el ejercicio de su cargo, dará cuenta de su administración, justificándola”. “No podrá el testador relevarle de esta obligación”.

La importancia que la ley le atribuye a la rendición de cuenta, impide que pueda ser liberado el albacea de ella por el testador. No acontece lo mismo con los que pueden exigirla, como herederos, legatarios o acreedores. Se trata de un derecho renunciabile por parte de ellos. Les bastaría con no exigir la rendición de la cuenta.<sup>1143</sup>

797. ALBACEAS OBLIGADOS A RENDIR CUENTA. El tenor literal del artículo 1309 podría hacer pensar que sólo los albaceas a quienes el testador haya conferido la tenencia de los bienes son los que tienen la obligación de rendir cuenta, pues dice que el albacea, una vez terminado su cargo dará cuenta de su “administración”, y acontece que a los albaceas sin tenencia de bienes no se les ha conferido la administración de los bienes de la herencia. En este sentido, afirma SANTANDER que, “creemos, sin embargo, que esta disposición debe interpretarse en forma limitada y no en el sentido amplio y absoluto que parece darle este artículo, es decir, la rendición de cuenta no debe exigirse al que ha sido nombrado en calidad de mero ejecutor testamentario”<sup>1144</sup>. De la misma forma se ha resuelto en alguna ocasión que la cuenta que exige el artículo 1309 se refiere sólo a los tenedores de bienes y no a los meros ejecutores testamentarios.<sup>1145</sup>

Sin embargo, pareciera que lleva la razón la mayor parte de la doctrina que entiende que la redacción de la norma no es la más afortunada. Lo que en verdad se exige es que todo albacea rinda debida cuenta de la ejecución de su cargo, con independencia de que haya o no tenido la administración de la herencia. Explica CLARO SOLAR que “la ley se refiere en general al albacea; por consiguiente, todo albacea, tanto a aquel a quien el testador ha dejado la tenencia de los bienes o de

<sup>1143</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, cit., pp. 541 y 542 y CÁMARA ÁGUILA, P., *Comentarios al artículo 907 del Código Civil español*, en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 1065.

<sup>1144</sup> Ob. cit., p. 35. En semejante sentido dice BORDA que “si el albacea nada administró, si su función se limitó a controlar el cumplimiento del testamento por los herederos o a intervenir en las acciones promovidas sobre la validez del testamento, no se le puede exigir rendición de cuentas” (*Tratado...*, T. II, cit., p. 541). En sentido parecido afirma ZANNONI que “si el albacea no ejerció actos de administración, ni tuvo bajo su cargo bienes o fondos de la sucesión, la rendición de cuentas carecería de objeto” (*Manual...*, cit., p. 738). Cree PEREZ LASALA que debe distinguirse entre dar cuenta y rendir cuenta: si el albacea solamente tiene funciones ejecutorias no administra nada, por lo que no puede rendir cuenta, sino que solamente dar una cuenta. Por el contrario, si al albacea se le atribuyen funciones de administración debe rendir una cuenta (cfr. *Curso...*, cit., pp. 769 y 770).

<sup>1145</sup> GT, 1879, s. 790, p. 537.

una parte de ellos, como aquel a quien no ha dejado tenencia alguna. La palabra administración de que hace uso el art. 1309 al decir que dará cuenta de su administración, no significa estrictamente administración de bienes, sino ejecución, gestión: el albacea debe dar cuenta de su gestión, de la manera como ha desempeñado el encargo que le hizo el testador”. “Se ha sostenido que esta obligación no alcanza a todos los ejecutores testamentarios porque no todos ellos administran bienes de la sucesión; que la ley se refiere a los albaceas con tenencia de bienes pues sólo éstos tienen facultades administrativas aunque bastante restringidas; y que respecto de los albaceas sin tenencia de bienes, carecería de sentido el exigirles rendición de cuentas de una administración que no han tenido. Pero se da aquí a la palabra administración un sentido restringido en que creemos no ha sido tomada. La Ley no distingue y al hablar en general del albacea, comprende a todo albacea, al que es tenedor de los bienes o de parte de ellos o que recibe bienes para el desempeño de sus funciones, como al que no es tenedor de bienes ni lo ha recibido para pagar deudas o legados”.<sup>1146</sup>

Ahora bien, si el albacea no fuere sólo uno sino que varios, sean ellos mancomunados o solidarios, a todos les corresponde rendir la cuenta de su gestión<sup>1147</sup>. No es suficiente que lo haga uno solo de ellos, pues la responsabilidad de los albaceas es solidaria, pero no su obligación de rendir la cuenta. Pero si las funciones de los albaceas han sido objeto de división por parte del testador o del juez, cada uno de ellos deberá rendir una cuenta separada en lo que se refiera a su propia gestión.

¿Qué ocurre si fallece el albacea obligado a rendir la cuenta? La cuestión se ha discutido en los tribunales con decisiones contradictorias. Mientras que en algunas ocasiones se ha estimado que la gestión del albacea es personal y, por lo tanto, no transmisible a sus herederos<sup>1148</sup>, en otra se ha entendido que la obligación de rendir la cuenta pasa al heredero del albacea<sup>1149</sup>. Pareciera que la primera solución es más lógica, ya que esta obligación del albacea solamente puede ser bien cumplida por quien ha gestionado el testamento, y no por los que le sucedan por causa de muerte.

<sup>1146</sup> Ob. cit., T. 16, N° 2234, pp. 444 y 445. En igual sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1350 y MEZA BARRROS, *Manual...*, cit., p. 367. Tampoco hacen distinción alguna a este respecto RODRIGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., pp. 249 y 250 y SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 515.

<sup>1147</sup> Cfr. CÁMARA, *Comentarios al artículo 907...*, cit., p. 1065.

<sup>1148</sup> GT, 1867, s. 2288, p. 979.

<sup>1149</sup> GT, 1884, s. 3284, p. 2179. En igual sentido DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1351.

798. PERSONAS A LAS QUE DEBE RENDIRSE LA CUENTA. El Código no ha resuelto expresamente a quiénes debe ser rendida la cuenta por parte de él o los albaceas. Desde luego es evidente que pueden solicitar esta rendición los herederos. Pero también pueden requerirla los legatarios y los acreedores hereditarios<sup>1150</sup>, incluso podría requerirla el curador de la herencia yacente.<sup>1151</sup>

En efecto, los principalmente facultados para exigir esta rendición de cuentas, son, obviamente, los herederos. Cualquiera de ellos puede pedirla y los resultados de su acción los benefician a todos.<sup>1152</sup>

Pero es posible que también los legatarios tengan interés en los resultados de la gestión del albacea, por ejemplo, porque sus acreencias no fueron satisfechas por haberse agotado los fondos en el pago de las deudas hereditarias.<sup>1153</sup>

Los acreedores hereditarios también tienen interés en la sucesión y en la rendición de cuentas, pues ellos tienen prioridad de pago por sobre los legatarios (artículo 1374), de modo que puede interesarles determinar si éste orden fue respetado y en qué forma.

Finalmente, puede ocurrir que el albacea con tenencia de bienes termine sus funciones sin que existan herederos que hayan aceptado la herencia. En este caso corresponderá, si fuere necesario, el nombramiento de un curador de la herencia yacente. Siendo así, podría estar este curador de la herencia yacente interesado en la forma en que se desempeñó la gestión por parte del albacea con tenencia de bienes.

799. FORMA EN QUE DEBE RENDIRSE LA CUENTA. La cuenta que debe rendir el albacea puede ser extrajudicial o judicial. La cuenta extrajudicial, también llamada privada, es la que por propia iniciativa o a petición de los interesados hace el albacea ante ellos. La cuenta judicial es la que se rinde ante la justicia a requerimiento de los que tienen derecho a solicitarla. Si se efectúa una rendición de cuenta en forma privada, y a ella no hay reparos, o los que hayan se solucionan entre las partes, queda cumplida la obligación que la ley impone al albacea. Pero si presentada la cuenta en forma privada ella es rechazada por los interesados, deberá presentarse la cuenta en forma judicial, para que sean los tribunales los que le den su aprobación.

La rendición de cuenta de carácter judicial puede hacerse ante la justicia ordinaria o bien ante el partidor de la herencia si es que lo hubiere (artículo 651 del Código de Procedimiento Civil).

<sup>1150</sup> Cfr. BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 541 y PÉREZ LASALA, *Curso...*, cit., p. 770.

<sup>1151</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., Nº 2236, pp. 446 y 447.

<sup>1152</sup> Cfr. GT, 1900, T. II, s. 6294, p. 737. En igual sentido BORDA, *Tratado...*, T. II, cit., p. 542.

<sup>1153</sup> Cfr. GT, 1914, primer semestre, s. 163, p. 375 y RDJ, T. 45, 2, p. 7.

Cualquiera sea el caso, la cuenta debe ser justificada; lo exige la parte final del inciso primero del artículo 1309. Esta exigencia importa que las afirmaciones contenidas en la cuenta deban ser debidamente comprobadas con los respaldos o comprobantes de los egresos e ingresos, como los recibos por los pagos y de los legados.

800. MOMENTO EN QUE DEBE RENDIRSE LA CUENTA. La cuenta se rinde una vez terminado el albaceazgo. Dice expresamente al artículo 1309 que "el albacea, luego que cesé en el ejercicio de su cargo, dará cuenta de su administración, justificándola". Ese es el momento a partir del cual los interesados pueden requerir que la cuenta sea presentada.

No ha establecido la ley un plazo dentro del cual el albacea debe rendir la cuenta, por lo que debe proceder a ello inmediatamente, sin otro término que el que sea necesario acorde a la naturaleza del encargo y las funciones cumplidas.<sup>1154</sup>

A diferencia de lo que ocurre con los guardadores (artículo 416) no contempla la ley una rendición de cuenta parcial, esto es antes de finalizado el cargo por parte del albacea<sup>1155</sup>. No obstante ello, bien podría ocurrir en los casos en que vencido el plazo del albaceazgo, deba continuar la tenencia de los bienes por existir deudas, legados o fideicomisos pendientes de pago (artículo 1308). En esos casos podrá exigirse una cuenta general y otra relativa a la administración de los bienes a los cuales se extiende esta tenencia.<sup>1156</sup>

801. EFECTOS DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS. Dice el artículo 1310 que "el albacea, examinadas las cuentas por los respectivos interesados, y deducidas las

<sup>1154</sup> En cambio, dice el inciso primero del artículo 794 del Código Civil peruano que "aunque el testador le hubiera eximido de este deber, dentro de los sesenta días de terminado el albaceazgo, el albacea debe presentar a los sucesores un informe escrito de su gestión y, de ser el caso, las cuentas correspondientes, con los documentos del caso u ofreciendo otro medio probatorio. Las cuentas no requieren la observancia de formalidad especial en cuanto a su contenido, siempre que figure una relación ordenada de ingresos y gastos".

<sup>1155</sup> El inciso segundo del citado artículo 794 del Código Civil peruano previene expresamente esta posibilidad, al señalar que el albacea fuera de rendir cuenta dentro de los sesenta días siguientes al cese del cargo, "también cumplirá este deber durante el ejercicio del cargo, con frecuencia no inferior a seis meses, cuando lo ordene el juez civil a pedido de cualquier sucesor. La solicitud se tramita como proceso no contencioso".

<sup>1156</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., Nº 2237, pp. 447 y 448 y DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1354. RODRÍGUEZ, en cambio, va mucho más lejos, pues entiende que el artículo 416, relativo a la cuenta parcial que puede ser exigida a los guardadores, es aplicable a los albaceas. Siendo así los herederos no tendrían que aguardar el término del albaceazgo para exigir la cuenta de la gestión (cfr. *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 250). En cambio, MEZA BARROS entiende que esta obligación solamente puede exigirse al término del albaceazgo (cfr. *Manual...*, cit., p. 367).

expensas legítimas, pagará o cobrará el saldo que en su contra o a su favor resultare, según lo prevenido para los tutores y curadores en iguales casos”.

Se entiende por expensas legítimas todo gasto en que haya debido incurrir el albacea con ocasión de la ejecución del testamento y, por tanto, en interés de la sucesión. Son de esta especie los costos de los avisos de la apertura de la sucesión, los de inventario solemne, los derivados de la guarda y aposición de sellos, los eventuales gastos judiciales en defensa del testamento, los costos de la entrega de los bienes a los legatarios, los gastos de las escrituras públicas que hayan tenido que otorgarse, etc.<sup>1157</sup>

El saldo que resulte de la aprobación de la cuenta por los interesados o por la justicia en su caso, puede ser a favor o en contra del albacea. En aplicación del artículo 424, relativo a los guardadores, el albacea “pagará los intereses corrientes del saldo que resulte en su contra, desde el día en que su cuenta quedare cerrada o haya habido mora en exhibirla; y cobrará a su vez los del saldo que resulte a su favor, desde el día en que cerrada su cuenta los pida”.

## Sección 2 Los albaceas fiduciarios

802. CONCEPTO. El artículo 1311 señala que “el testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, a el albacea, y a cualquiera otra persona, para que se invierta en uno o más objetos lícitos una cuantía de bienes de que pueda disponer libremente”. “El encargado de ejecutarlos se llama albacea fiduciario”.

Estas personas son ejecutores testamentarios, pues llevan a efecto la última voluntad del testador. Pero son albaceas especiales o particulares y no generales. El encargo que ellos reciben no consta en el testamento, sino que lo reciben confi-

<sup>1157</sup> Es dudoso si los gastos en que incurra el albacea por concepto de abogados y mandatarios extrajudiciales deben serle reembolsados. Opina BORDA que hay que diferenciar entre los gastos en que se haya incurrido por honorarios que pueden corresponder a los simples apoderados y los que se hayan pagado a los abogados del albacea. Los honorarios de los apoderados del albacea son de cargo de éste, pues el albaceazgo en principio es indelegable, y si el ejecutor testamentario por comodidad o necesidad designa uno o más apoderados o mandatarios, los honorarios que ellos cobren no pueden afectar a la masa. Por el contrario, los honorarios de los abogados que haya debido contratar el albacea para ejecutar su cometido, son en principio de cargo de la masa, pues su trabajo beneficia a los sucesores en general, incluso si el albaceazgo es abogado y debe asumir estas funciones en su carácter de abogado y no de albacea. Sin embargo, si el albacea comparece en juicio de defender la validez de un testamento que termina siendo nulo, los honorarios de sus abogados debieran ser de su cuenta, ya que se han contrariado los intereses de la sucesión. En cambio, si se ha sentenciado la validez del testamento, los honorarios de su abogado son de cargo de la masa (cfr. *Tratado...*, T. II, cit., pp. 547 a 549).

dencialmente de parte del testador. El contenido de este encargo, a diferencia de lo que acontece con el resto, no figura en el testamento, por lo que resulta desconocido.<sup>1158</sup>

Si el albaceazgo es un cargo de confianza, el albaceazgo fiduciario lo es mucho más. El testador queda completamente entregado a que la persona que él designó para cumplir este encargo secreto y confidencial invierta los bienes en la forma en que él se lo ha señalado, y que no los guarde para sí o que los gaste en fines diversos de los que el testador deseaba. Siendo el encargo desconocido para todo el resto de los miembros de la sucesión, nadie podría objetar ni cuestionar si el encargo fue realizado o no, y si de haber sido realizado lo fue en la forma que el testador en verdad lo quería. Es precisamente por esto que este albaceazgo se llama fiduciario, expresión que viene de la palabra *fiducia*, que significa confianza. Aquí, la confianza radica, precisamente, en que el albacea cumplirá cabalmente el encargo que secretamente se le ha hecho.

Esta figura se explica por la eventual imposibilidad en la que se encuentra el testador de beneficiar públicamente a ciertas personas en su testamento. Razones familiares, sociales o de cualquier otra índole podrían hacer que una asignación pública contenida en el testamento, causare malestar o el resentimiento entre sus familiares. También podría ocurrir, que el testador, en forma secreta y sin público reconocimiento, quisiera hacer una asignación de beneficencia, buscando sólo hacer el bien y no el elogio de la sociedad o de sus parientes.<sup>1159</sup>

Por estas razones, el encargo recaerá normalmente en un amigo íntimo del testador o en un pariente muy cercano y de confianza. No es necesario que se trate de un heredero, ni de un legatario, ni que sea el albacea general. Puede ser cualquier persona que merezca la más completa confianza por parte del causante.

Indudablemente este encargo secreto puede prestarse para abusos. El albacea designado para cumplir la petición confidencial perfectamente podría o no cum-

<sup>1158</sup> A diferencia del resto de la doctrina, cree RODRÍGUEZ que el albaceazgo fiduciario no es propiamente un ejecutor testamentario, sino que un legatario (cfr. *Instituciones...* Vol. 1, cit., pp. 223 y ss. y Vol. 2, cit., pp. 287 y ss.).

<sup>1159</sup> Escribe OSSA que “es indiscutible la utilidad de estos encargos confidenciales; es muy frecuente el caso de personas que, obligadas en conciencia a reparar un daño o deseando instituir una asignación testamentaria a favor de alguien, se sienten cohibidas de hacerlo directamente en su testamento, lo que a veces importaría un verdadero escándalo o produciría desagradables desavenencias familiares. Recurren, entonces, al albaceazgo fiduciario; que si bien es cierto, deja a la sola buena fe de la persona designada el cumplimiento del encargo, por ello mismo asegura el perpetuo secreto”. “Además debemos suponer que al destinar el testador una parte de sus bienes para encargos secretos, lo hace en la seguridad plena de que su albacea fiduciario no traicionará la confianza que en él deposita; no hay razón, pues, para que se dude de quien tuvo la absoluta confianza del testador, primer interesado en el exacto cumplimiento de sus instrucciones” (ob. cit., p. 31).



plirla o bien hacerlo de una forma harto distinta de la señalada por el testador. Por eso algunos creen que sería mejor suprimir esta figura. Con todo, las probabilidades de mal uso o abuso resultan menores si se tiene en cuenta que la persona nombrada será de la máxima confianza del testador, suponiendo que en ella concurren conceptos desarrollados de honor, ética y moral. En este sentido, si bien el peligro no desaparece por completo, disminuye considerablemente.

803. EL ENCARGO DEBE SER SECRETO. Para que se esté frente a un albaceazgo fiduciario es necesario que el encargo efectuado por el testador al albacea, a un heredero o a otra persona, sea secreto y confidencial. En el testamento no puede estar indicado el contenido del encargo. Si así fuere, se trataría de un albaceazgo común y corriente o de un legado modal, ya que se le asignaría algo a una persona para que lo empleara en un fin determinado que se expresa en el testamento.<sup>1160</sup>

Dice el artículo 1316 que "el albacea fiduciario no estará obligado en ningún caso a revelar el objeto del encargo secreto, ni a dar cuenta de su administración". Si el albacea pudiera ser obligado a revelar su encargo, la institución sería completamente inútil. Su justificación desaparecería sin más.

Pero si bien el albacea fiduciario no puede ser obligado a dar público conocimiento de su encargo, bien puede voluntariamente hacerlo. En otras palabras, lo que la ley impide es que se obligue al albacea a especificar el objeto de su encargo, pero bien podría él voluntariamente manifestarlo.<sup>1161</sup>

El problema adquiere especial relevancia para efectos del pago del impuesto que grava las asignaciones por causa de muerte. Para estos efectos, el beneficiario que aparece en el testamento, es el albacea fiduciario, pues a él se le deja la asignación, aun cuando realmente así no sea. Desde este punto de vista, y frente al Servicio de Impuestos Internos, el deudor del impuesto correspondiente es el propio albacea fiduciario.

<sup>1160</sup> En este sentido, se ha resuelto que es de la esencia del albaceazgo fiduciario lo secreto y confidencial de los encargos que son su objeto. No se cumple con ello si en la disposición testamentaria se dice que las obras de caridad no son las que secretamente se ha indicado al albacea, sino que las que se expresan en el testamento. Lo mismo ocurre si se le otorga al albacea fiduciario la facultad de distribuir el remanente de la herencia de la mejor forma que lo crea posible, pues no se le efectúa ningún encargo secreto y confidencial (cfr. GT, 1879, s. 322, p. 206; 1897, T. II, s. 2561, p. 270 y RDJ, T. 46, 1, p. 525).

<sup>1161</sup> Cree OSSA que si el albacea fiduciario revela su encargo, queda obligado a cumplirlo frente al beneficiario de la asignación, en términos que éste podría demandarlo judicialmente para el pago de ella, cosa que no sería posible si el albacea hubiere guardado silencio acerca de su encargo. Por ejemplo, si el albacea fiduciario dice que el testador le encargó pagar \$ 1.000.000 a Juan, éste podría reclamarle judicialmente esta suma, pues sería tanto como haber reconocido que se le adeudaba dicha cantidad (cfr. ob. cit., pp. 33 y 34).

A este efecto dispone el inciso primero del artículo 3° de la Ley N° 16.271, sobre impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, que "lo que se deja al albacea fiduciario se estimará como asignación a favor de persona sin parentesco con el causante, pero si se acreditar ante el Servicio, el parentesco efectivo del beneficiario y que éste ha percibido la asignación, se pagará la tasa correspondiente a ese parentesco". Esto implica, entonces, que si el albacea fiduciario no declara quién es el beneficiario, la asignación estará sujeta a un mayor impuesto, pues es considerada como hecha en beneficio de un sujeto sin parentesco con el causante. Ello a menos que el albacea fiduciario acredite ante el Servicio de Impuestos Internos, que el beneficiario es de la asignación es pariente del causante y que efectivamente ha recibido la asignación. Como se comprende, en este caso, el albacea deberá revelar ante el Servicio el nombre del beneficiario de la asignación y la naturaleza de ella, para así pagar un menor impuesto. De este modo queda entregada la decisión de revelar o no el nombre del asignatario al albacea fiduciario, quien, para los efectos de pagar un menor impuesto, puede dar a conocer y acreditar quién es el beneficiario de la asignación secreta.

804. EL ENCARGO DEBE SER LÍCITO. El encargo que hace el testador al albacea fiduciario solamente puede ser lícito. Lo dice expresamente el inciso primero del artículo 1311. Su objeto no puede ser contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres. No podría tener como objeto violar una disposición legal, ni hacer pasar una asignación a una persona incapaz de suceder. De hecho, conforme al artículo 1314.1 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.

Controlar la licitud del objeto del encargo, como se comprende, no es nada fácil. Siendo secreto este encargo resulta francamente ilusorio pensar que va a poder determinarse certeramente si era de aquellos encargos que la ley tolera, o si, por el contrario, era de aquellos que adolecen de objeto ilícito. La ley, parece, ha hecho lo único que podía hacer; esto es, exigirle al albacea fiduciario que jure ante el juez que su encargo no tiene por finalidad traspasar los bienes del causante a una persona incapaz de sucederlo ni que adolece de objeto ilícito.

805. ALBACEAZGO FIDUCIARIO Y FIDEICOMISO. La expresión albaceazgo fiduciario podría hacer suponer que se trata de una institución hermana o semejante a la de la asignación que contiene un fideicomiso. Sin embargo, se trata de instituciones diferentes, que sólo tienen en común la confianza.

En el fideicomiso constituido mediante acto testamentario (artículo 735), el testador hace una asignación a una persona determinada sujeta a una condición

resolutoria que, de cumplirse, determinará que dicha asignación pase a otro individuo. El asignatario recibe el nombre de fiduciario, pues el testador confía en que cuando se cumpla la condición por él prevista, él entregará a quien corresponda el objeto de la asignación.

En cambio, en el albaceazgo fiduciario, el encargado de cumplir el encargo secreto no es asignatario de los bienes. En él no existe condición de ninguna naturaleza que deba ser cumplida para que el encargado invierta los bienes que le fueron dejados por el causante con este propósito. Los bienes, a fin de cuentas, no se le dejan al albacea fiduciario, se le asignan a la persona que privadamente ha indicado el testador a aquél.

Con todo, debe señalarse que el fideicomiso, en la forma en que hoy lo conocemos, encuentra causa en las asignaciones fiduciarias del Derecho Romano. En Roma, cuando una persona deseaba asignar bienes a otra que era incapaz de sucederla, el testador nombraba heredero a un tercero capaz, a quien encargaba que traspasara dichos bienes al incapaz de suceder. El testador, en consecuencia, depositaba su confianza en que la promesa que le hacía el heredero nombrado de traspasar la asignación al incapaz sería cumplida y que mantendría el secreto en orden a que se había burlado la prohibición legal.<sup>1162</sup>

806. ALBACEAZGO FIDUCIARIO Y ASIGNACIÓN MODAL. Por las razones antes anotadas, el albaceazgo fiduciario no es una asignación testamentaria modal. En estas últimas el asignatario es quien recibe la asignación sujeta al modo. Él recibe la asignación para que la tenga por suya con la obligación de emplearla en un fin especial (artículo 1089). El beneficiario del modo no es el asignatario. En el albaceazgo fiduciario, el beneficiario de la asignación no es el albacea a quien se le ha hecho el encargo secreto, él solamente tiene el encargo de invertir a favor de quien corresponda lo que le ha señalado el testador. El asignatario es la persona beneficiada con el encargo.<sup>1163</sup>

807. ALBACEA FIDUCIARIO Y ALBACEA GENERAL. El Código no diferencia expresamente entre albacea general y albacea fiduciario. Solamente, en el artículo 1315, señala que el albacea fiduciario podrá ser obligado, a instancia de un "albacea general" 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

<sup>1162</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., Nº 2245, pp. 456 y 457; OSSA, ob. cit., pp. 14 y 15 y TERRAZAS, D., *Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso*, cit., pp. 939 y ss.

<sup>1163</sup> Cfr. GT, 1916, s. 273, p. 921.

deudas hereditarias, en los casos prevenidos por ley. De ello se colige que para el Código Civil el albacea general es el que regula entre los artículos 1270 y 1310, en tanto que los albaceas fiduciarios, que reglamenta entre los artículos 1311 y 1316, son albaceas especiales. Esta especialidad, como se ha dicho, radica en que su encargo, a diferencia de lo que acontece con el resto de los ejecutores testamentarios, es secreto y confidencial.

Sin perjuicio de lo anterior, es perfectamente posible que las calidades de albacea general y albacea fiduciario coincidan en una misma persona. El artículo 1311 establece que el encargo secreto y confidencial puede hacerlo el testador a un heredero, a otra persona o al albacea. De esto resulta que no hay inconveniente alguno para que el testador formule al propio albacea general un encargo secreto y confidencial, pasando a tener la calidad, además, de albacea fiduciario, en esta parte.

Si así sucediere, debe mantenerse la separación entre el cargo de albacea general y albacea fiduciario. La reglamentación de unos difiere de la de los otros, debiendo el albacea general además cumplir con la normativa que la ley impone a los albaceas fiduciarios en cuanto asuma esta calidad. Por lo mismo, la aceptación del cargo de albacea general, no implica aceptación del cargo de albacea fiduciario, ni lo actuado en ejercicio de uno de estos cargos influye sobre el otro.<sup>1164</sup>

808. REQUISITOS DEL ALBACEAZGO FIDUCIARIO. De acuerdo al artículo 1312 "los encargos que el testador hace secreta y confidencialmente, y en que ha de emplearse alguna parte de sus bienes, se sujetarán a las reglas siguientes: 1ª. Deberá designarse en el testamento la persona del albacea fiduciario. 2ª. 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. 3ª. Deberán expresarse en el testamento las especies o la determinada suma que ha de entregarse para el cumplimiento de su cargo. Faltando cualquiera de estos requisitos no valdrá la disposición".

Como se aprecia, los requisitos exigidos por la ley para este tipo de albaceas son superiores a los que se imponen para los albaceas generales. Ello se explica por el mayor grado de confianza que respecto de estas personas tiene el testador y por el peligro siempre latente de que el albacea no cumpla con el encargo. Como se ha dicho antes, siendo el encargo completamente secreto y confidencial, es necesaria la más amplia confianza del testador en la integridad moral y honorabilidad del albacea fiduciario, pues bien podría ocurrir que sencillamente no invirtiera los bienes o no lo haga en la forma que se le indicó.

<sup>1164</sup> Cfr. EWING, ob. cit., pp. 694 y 695.

La sanción por la violación de los requisitos exigidos en el artículo 1312 es, según su inciso final, la nulidad de la disposición.

809. EL ALBACEA FIDUCIARIO DEBE SER DESIGNADO EN EL TESTAMENTO. De acuerdo a la regla primera del artículo 1312 "deberá designarse en el testamento la persona del albacea fiduciario". El encargo que se hace al albacea fiduciario es un acto entre vivos, pues el causante se lo manifiesta privadamente y en forma confidencial al propio albacea. Pero la designación del albacea fiduciario es una disposición testamentaria. No es posible que este albacea sea designado por acto entre vivos, en un instrumento público o en uno privado al que se haga referencia en el testamento. Como dice CLARO SOLAR, "en el testamento debe haber constancia de que la entrega de bienes que se manda hacer a una persona, se le hace en el carácter de albacea fiduciario, porque de otro modo se trataría de una asignación a título singular a favor de esa persona; y si pudiera tener valor como tal, no lo tendría como albaceazgo fiduciario desde que nada indicaría en el testamento que la entrega de los bienes se hacía con el objeto de realizar un encargo secreto y confidencial".<sup>1165</sup>

810. EL ALBACEA FIDUCIARIO DEBE TENER LAS CALIDADES NECESARIAS PARA SER ALBACEA Y LEGATARIO DEL TESTADOR. La regla segunda del artículo 1312 señala que "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".

Resulta bastante claro que el albacea fiduciario deba tener la calidad necesaria para ser albacea general, puesto que se trata de un albacea. Esto significa que no pueden afectar al albacea fiduciario ninguna de las incapacidades ya señaladas para desempeñarse como albacea general.

También resulta meridianamente claro que un eclesiástico puede ser albacea y albacea fiduciario, dado que no está mencionado en alguna de las causales de inhabilidad de los artículos 497 y 498. Pero aquí se contempla una excepción, por cuanto no podrá ser albacea fiduciario el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento. Esta persona, que no es inhábil para desempeñar-

<sup>1165</sup> Ob. cit., T. 16, N° 2258, p. 463. Para SOMARRIVA "la regla quizá sí resulte innecesaria, pues la única oportunidad para designar al albacea fiduciario es precisamente en el testamento" (*Derecho sucesorio*, cit., p. 523). En cambio para DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, se marca aquí una diferencia con los albaceas generales, pues en su opinión aquellos albaceas, en ciertos casos, y como se explicó oportunamente, pueden ser designados fuera del testamento (cfr. *Derecho sucesorio*, cit., p. 1360).

se como albacea general, sí lo es en cambio para ser albacea fiduciario. Aparentemente ha creído el legislador que siendo este encargo de carácter secreto y confidencial, no estando obligado el albacea fiduciario a rendir cuenta alguna, el eclesiástico podría influir sobre la voluntad del causante durante la asistencia espiritual.

Más problemas ofrece, en cambio, el que el albacea fiduciario deba tener la capacidad para ser legatario. Lo que la ley en verdad exige, es que el albacea fiduciario tenga capacidad para suceder. La capacidad para ser legatario es la misma que para ser heredero. No existen en la ley diferencias a este respecto. De modo que cuando se dice que el albacea fiduciario debe ser capaz para ser legatario es lo mismo que dijere que debe ser hábil para suceder al causante.<sup>1166</sup>

La explicación de esta regla nuevamente se encuentra en el carácter secreto y confidencial del encargo efectuado por el testador al albacea. Teniendo el encargo estas características, nada impediría que mediante esta fórmula el testador pasara sus bienes a una persona incapaz de sucederlo. Bastaría que le nombrara albacea fiduciario, asignándole los bienes que la ley permite para este efecto. Quedaría burlada así la prohibición legal, y como el albacea ninguna cuenta debe dar de su encargo, nadie podría obligarlo a manifestar qué hizo con las cosas que le fueron asignadas.

Esto mismo explica que la referencia que hace la regla segunda del artículo 1312 al eclesiástico confesor pierda verdadera justificación. Pues basta con la exigencia de que el albacea fiduciario sea una persona capaz de suceder, lo que de suyo excluye al sacerdote que se encuentre en el caso del artículo 965.

811. DEBEN EXPRESARSE EN EL TESTAMENTO LAS ESPECIES O LA SUMA QUE HA DE ENTREGARSE AL ALBACEA FIDUCIARIO. Según lo establecido en la regla tercera del artículo 1312, deberán expresarse en el testamento las especies o la determinada suma que ha de entregarse al albacea para el cumplimiento de su cargo. La norma resulta debidamente complementada por lo señalado en el artículo 1313, según el cual "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".

Por consiguiente, las exigencias o limitaciones en lo que hace a los bienes que se pueden dejar para los efectos de que el albacea cumpla encargos secretos y confidenciales, tienen un doble carácter: a) por una parte estos dineros o espe-

<sup>1166</sup> Según CLARO SOLAR, al exigir la ley que el albacea tenga capacidad para ser legatario ha querido significar que al albacea fiduciario solamente se le puede asignar dinero o especies, pero en ningún caso podría asignarse una herencia (cfr. ob. cit., T. 16, N° 2261, pp. 465 y 466).

cies deben estar debidamente determinados en el testamento y b) la cuantía de estos bienes no puede superar la mitad de lo que el testador pudo disponer libremente.<sup>1167</sup>

Esta última limitación obliga a determinar si el testador tenía o no legitimarios. Si los tenía, no podrá asignar para encargos secretos más de la mitad de la cuarta de libre disposición, pues la mitad legitimaría y la cuarta de mejoras son asignaciones forzosas que dejan libertad solamente en la cuarta parte restante. Ahora, si no tiene legitimarios, el testador puede disponer libremente de toda la herencia, de suerte que solamente la mitad de ella podrá ser destinada a encargos secretos, el resto debe ser asignada de acuerdo a las reglas generales en el testamento, y dichas asignaciones serán públicas.<sup>1168</sup>

812. ¿ES POSIBLE ASIGNAR UNA HERENCIA PARA ENCARGOS SECRETOS Y CONFIDENCIALES? Cuestión largamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia

<sup>1167</sup> Respecto de esta limitación, en la reclamación efectuada por los Obispos de Santiago, La Serena y Concepción al Senado, con fecha 24 de septiembre de 1856, sobre el proyecto de Código Civil, se dijo que en verdad a nadie causaba agravio que se destinase más de la mitad de los bienes a este tipo de encargos. "Si se alega el peligro, dicen, de que vayan los bienes a un incapaz, el artículo 1314 ha tomado todas las precauciones posibles para evitarlo, obligando al ejecutor a prestar previamente multiplicados juramentos, y si estas precauciones no fuesen bastantes, la razón alegada valdría para prohibir del todo los encargos secretos". "Además, tales encargos, que son un recurso de la más alta moralidad, como hechos por el bien mismo de las costumbre, lejos de encontrar obstáculos en la ley, debieran ser amparados por ella". "¿Cuántas veces una restitución que cubriría de infamia, si se supiera, queda escondida en el misterio del secreto?". "¿Cuántas veces en la espantosa lucha de la vergüenza y el deshonor de la familia, con el temor de ir pronto a comparecer como criminal ante la presencia del soberano juez, un comunicado secreto trae la paz al agonizante desolado?". "¿A cuántas otras salva del precipicio a que los empujó en miseria, la restitución secreta de un deudor desconocido?". "Siendo, pues, justo moral y necesario que el testador pueda hacer confianzas secretas, y no reconociendo las obligaciones de los testadores el límite de la mitad de lo que puede dejar a quien quiera, que le pone el artículo 1313 ya citado, se sigue que esta limitación no está fundada en la razón ni en la conveniencia". "Si la ley reconoce el derecho para disponer de una cuota públicamente, y lo restringe a la mitad sólo porque la disposición no revela el objeto, la restricción es caprichosa, pues que no se funda en la lesión de derechos ajenos a la mitad reservada". "Cuando la ley no usa con mucha parsimonia y con motivos muy calificados y revestidos de notoria justicia, natural e intrínseca, del poder restrictivo, los efectos se vuelven contra la ley misma". "La libertad, cuando se ve comprimida, siente el impulso natural de la resistencia, y es preciso que esté muy clara la justicia de la comprensión para que ésta no sirva de estímulo a fin de tratar de eludirla".

<sup>1168</sup> Cabe preguntarse si teniendo el causante la posibilidad de disponer con entera libertad de toda la herencia no sería posible entender que puede disponer de toda ella para encargos secretos. Los autores se pronuncian por la negativa, pues la palabra porción de la que se vale la ley tiene una significación genérica que comprende no sólo partes del todo, sino el todo mismo en toda su integridad (cfr. CLARO SOLAR, T. 16, N° 2267, p. 472 y DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, *Derecho sucesorio*, cit., p. 1362). Sin embargo, escribe BARROS ERRÁZURIZ que "se ha entendido en la práctica que esta limitación sólo tiene lugar cuando hay herederos forzosos, que es cuando hay porción o parte de libre disposición" (ob. cit., p. 657).

ha sido la de si el testador puede asignar una herencia a los efectos de que ella sea empleada en encargos secretos y confidenciales. La cuestión se origina porque la regla tercera del artículo 1312 señala que deberán expresarse en el testamento las especies o la determinada suma que ha de entregársele al albacea para el cumplimiento de su cargo. Esto excluiría la posibilidad que se hiciera una asignación hereditaria para estos fines. No podría el testador, según esto, indicar, por ejemplo, que deja la mitad de la cuarta de libre disposición para que el albacea cumpla un encargo secreto y confidencial que le ha personalmente comunicado, ni podría dejar al albacea el remanente de la herencia. Pero acontece que esta interpretación resulta chocante con la regla del artículo 1313, según la cual no puede destinarse a encargos secretos y confidenciales más que la mitad de la porción de bienes de que el testador haya podido disponer a su arbitrio. Lo que sugiere, que bien podría el testador hacer una asignación bajo la forma de herencia, siempre que no excediera este límite legal.

Prácticamente la uniformidad de los autores están por la respuesta negativa a esta interrogante: el testador no puede dejar una herencia a los efectos de que se cumplan encargos secretos y confidenciales por parte del albacea, pues la ley le impone que señale en el testamento las especies o la determinada suma que deberán ser entregados a este albacea para cumplir el encargo. La regla del artículo 1313 simplemente es un límite a la cuantía de los bienes o dineros que a este efecto se pueden destinar, pero no quiere decir que se autorice que se deje una herencia para ser invertida en forma secreta.

Señala OSSA que "para la validez del encargo secreto se exige que se expresen en el testamento las especies o la determinada suma que a él se destinan. Cualquiera de las dos determinaciones repugna al concepto de asignación a título universal y cae precisamente dentro de la definición e idea que nos da la ley acerca de las asignaciones singulares o legados; los asignatarios de esta últimas no representan a la persona del testador, ni tiene más derechos y cargas que las que expresamente les confiera o exprese el testador (...) forzoso es concluir, entonces, que las asignaciones para encargos secretos y confidenciales deberán ser, so pena de nulidad, a título singular".<sup>1169</sup>

En el mismo sentido escribe CLARO SOLAR que "la ley no acepta que el testador pueda disponer por medio de una asignación a título universal o de herencia, los bienes que destina a la ejecución de los encargos confidenciales que ha hecho a el albacea fiduciario y que éste debe mantener secretos. Así lo demuestra el art. 1311 al expresar que se encarga a el albacea fiduciario que invierta en uno o más

<sup>1169</sup> Ob. cit., pp. 47 y 48.

objetos lícitos *una cuantía de bienes* de que puede disponer libremente, y lo refuerza el art. 1313 expresando que no 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*, es decir la mitad del valor a que ascienda esta clase de bienes después de liquidada la herencia y de determinado el monto de dichos bienes. La disposición del art. 1313 tiene especial importancia después de haber dicho la regla 3º del artículo anterior que deberán determinarse en el testamento las especies o la determinada suma que ha de entregarse a el albacea fiduciario para el cumplimiento de su cargo, puesto que si estas especies o esta suma debieran estar fijadas en el testamento la disposición de los arts. 1311 y 1313 serían pleomásticas e innecesarias y nada significarían.<sup>1170</sup>

La jurisprudencia, como anota SOMARRIVA, es vacilante, pero predomina ampliamente la idea de que, por las razones expuestas, no pueden destinarse a encargos secretos y confidenciales asignaciones a título universal.<sup>1171</sup>

813. LA ACEPTACIÓN DEL ALBACEA FIDUCIARIO. El albaceazgo general puede ser aceptado en forma expresa o tácita. Ello no aplica respecto del albaceazgo fiduciario. La especial naturaleza de este último impone una aceptación expresa y formal, con un contenido muy preciso y particular. Si estas condiciones no se reúnen el albaceazgo caducará. Dice el artículo 1314 que "el albacea fiduciario deberá jurar ante el juez que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte

<sup>1170</sup> Ob. cit., T. 16, Nº 2264, p. 468. Señala en el mismo sentido EWING que "la teoría más acertada es la que estima que el albacea fiduciario sólo puede recibir una suma determinada de bienes, no una cuota o el remanente del patrimonio del difunto" (ob. cit., p. 689). También señalan ROZAS, ALLENDE, ASTABURUAGA y DÍAZ DE VALDÉS, que "la regla Nº 3 del artículo que analizamos es clara en cuanto a que sólo pueden destinarse para el cumplimiento de un encargo fiduciario especies o una determinada suma, lo que excluye las universalidades como una cuota de la herencia" (ob. cit., p. 685). También MEZA BARROS indica que "no es válida la disposición en que se destina a un encargo secreto una cuota del patrimonio del difunto" (*Manual...*, cit., p. 369). Finalmente, RODRÍGUEZ, a pesar de que considera a los albaceas fiduciarios no como ejecutores testamentarios, sino que como legatarios, señala que "habida consideración de la naturaleza que asignamos a este encargo, que no es posible dar al albacea fiduciario la calidad del heredero de cuota ni de remanente. Ello porque se trata de una institución excepcional que rompe los parámetros de las asignaciones testamentarias, al mantener en secreto sus fines y eximir al asignatarios de rendición de cuentas. Si se tiene en consideración que nuestra ley consagra asignaciones forzosas, prohibiciones e inhabilidades, este tipo de encargos secretos es excepcional; por tanto, de derecho estricto y de interpretación restrictiva" (*Instituciones...*, Vol. 1, cit., p. 225).

<sup>1171</sup> Cfr. *Derecho sucesorio*, cit., p. 525. En este sentido puede verse GT, 1863, s. 188, p. 74; 1879, s. 322, p. 206; 1882, s. 1045, p. 613; 1894, T. II, s. 1671, p. 90; 1897, T. II, s. 2561, p. 270; 1904, T. II, s. 1505, p. 584; 1906, T. I, s. 317, p. 514; 1934, segundo semestre, s. 86, p. 327; 1928, primer semestre, s. 141, p. 625; 1934, segundo semestre, s. 86, p. 327. En contra véase GT, 1863, s. 1731, p. 656 y 1864, s. 1853, p. 674.

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".

Por consiguiente, la aceptación del cargo se verifica mediante un juramento efectuado ante el juez. En aplicación de lo prevenido en el artículo 955, que señala que la sucesión se abre en el lugar del último domicilio del causante, será juez competente para recibir este juramento el que ejerce su competencia en este lugar (artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales).

Sin este juramento no se puede proceder a hacerle entrega al albacea fiduciario de los bienes o especies necesarias para cumplir el encargo del testador. El juramento tiene un carácter necesariamente previo.

El juramento que se presta ante el juez tiene un triple contenido:

a) En primer lugar, el albacea designado debe jurar que el encargo no tiene por objeto hacer pasar parte alguna de los bienes del testador a una persona incapaz. De otra forma, el albacea fiduciario podría ser usado por el testador, precisamente, para transmitir parte de sus bienes a quien es incapaz de sucederle. De hecho, la institución encuentra su origen en este tipo de actuaciones. En cambio, nada se dice respecto de la indignidad para suceder; ello por cuanto la indignidad, a diferencia de la incapacidad para suceder, puede ser condonada o perdonada por el testador. Por lo mismo, nada obsta a que el causante pueda hacer encargos secretos y confidenciales a favor de un indigno para sucederle.

Si el juramento fuere falso, y resulta posible acreditarlo, el albacea se hará indigno de suceder al causante, puesto que según lo prevenido en el artículo 972, "es indigno de suceder el que, a sabiendas de la incapacidad, haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos, bajo cualquier forma, a una persona incapaz". "Esta causa de indignidad no podrá alegarse contra ninguna persona de las que por temor reverencial hubieren podido ser inducidas a hacer la promesa al difunto; a menos que hayan procedido a la ejecución de la promesa".

b) El albacea fiduciario debe además jurar que su encargo no adolece de objeto ilícito. Por definición el albaceazgo fiduciario sólo permite encargos para que los bienes del testador sean invertidos en uno o más objetos lícitos (artículo 1311). La razón de este juramento es la misma que antes se señaló. Lo secreto del encargo podría servir para amparar asignaciones contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

c) Por fin, el albacea fiduciario también debe jurar ante el juez que desempeñará fiel y lealmente el cargo, sujetándose a la voluntad del testador. No se trata más

que de comprometer en todo lo posible al albacea para que cumpla el encargo y lo cumpla de la forma en que él fue señalado por el causante. Como el encargo es secreto y confidencial, éste parece ser el único mecanismo razonable.

Si el juramento no se hace, se negare el albacea a hacerlo o no tiene el contenido antes señalado, el encargo caducará (artículo 1314.4).<sup>1172</sup>

814. RECHAZO DEL ALBACEA FIDUCIARIO. El albacea fiduciario no está obligado a aceptar el nombramiento hecho por el testador. Se trata de un cargo voluntario, por lo que nadie puede obligarlo a aceptarlo. Nada impide que en esta materia se aplique la regla general prevista en el artículo 1277, según la cual los ejecutores testamentarios pueden rechazar libremente el cargo.

La cuestión está en determinar los efectos que produce tal rechazo. Resulta harto claro que siendo el encargo que se le ha confiado al albacea fiduciario de carácter secreto, acontecerá que su repudio a efectuarlo hará que jamás se tenga conocimiento del contenido del mismo. Los encargos secretos y confidenciales no podrán cumplirse.

Más complicado resulta en cambio llegar a establecer si este rechazo, sin probar inconveniente alguno para el albacea, lo hace o no indigno de suceder al causante. Como se explicó al tratar de los albaceas en general, el inciso segundo del artículo 1277 señala que el albacea que rechazare el cargo sin probar inconveniente grave se hará indigno de suceder al testador, con arreglo al artículo 971, inciso 2. Esta última norma indica que "el albacea que nombrado por el testador se excusare sin probar inconveniente grave, se hace igualmente indigno de sucederle". Agregándose, por el inciso tercero del artículo 971 que "no se extenderá esta causa de indignidad a los asignatarios forzosos en la cuantía que lo son, ni a los que, desechada por el juez la excusa, entren a servir el cargo".

Pareciera que esta sanción resulta aplicable a los albaceas fiduciarios por dos razones. En primer lugar, los albaceas fiduciarios son albaceas; su especialidad no los sustrae de las reglas generales. No resulta claro por qué razón si el albacea general rechaza el cargo se hace indigno, no ocurriría lo mismo con el albacea fiduciario. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que este cargo supone mucha mayor confianza del testador en el albacea que nombra, por lo que el repudio es más gravoso. Como anota CLARO SOLAR, "el nombramiento de un albacea fiduciario para que ejecute un encargo secreto y confidencial es de alto grado y más que el nombramiento de un albacea común, un acto de enorme confianza desde que el testador se fía en la persona que designa para que ella cumpla un encargo

que puede ser mantenido en secreto, sin tener que rendir cuenta de su administración. El rechazo del nombramiento es, por lo mismo, más ofensivo".<sup>1173</sup>

815. CAUCIÓN A LA QUE PUEDE SER OBLIGADO EL ALBACEA FIDUCIARIO. En los términos del artículo 1315 "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 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 a el albacea fiduciario la parte que reste, o se cancelará la caución".

El albacea fiduciario no tiene obligación ni de revelar su encargo ni dar cuenta de su administración, por lo que resulta harto difícil controlar su responsabilidad. Es poco probable que pueda determinarse si este albacea cumplió o no el encargo y si lo hizo de la forma en que el testador secretamente se lo indicó. Por lo mismo, la caución que se le puede exigir no dice relación con su responsabilidad por el eventual incumplimiento del encargo, sino que con la posible falta de bienes para afrontar el pago de las deudas hereditarias y de las asignaciones forzosas. Como dice MEZA BARROS "en rigor, mientras no se satisfagan las deudas hereditarias y las asignaciones forzosas no pueden entregarse al albacea los bienes que ha menester para cumplir el encargo". "Pero la ley ha establecido una fórmula que concilia el interés de los acreedores y asignatarios con el propósito de no retardar innecesariamente la ejecución del encargo".<sup>1174</sup>

Pueden los herederos, el albacea general o el curador de la herencia yacente, exigir al albacea una caución sobre la cuarta parte de lo que se le entrega para el cumplimiento de su encargo. Esta suma podrá aumentarse por el tribunal, si lo cree necesario para la seguridad de los interesados. Con esta caución se trata de garantizar el pago que eventualmente haya que hacer de deudas hereditarias. También se trata de asegurar el pago de asignaciones forzosas, si es que algún legítimo intenta con éxito la acción de reforma de testamento, y, como consecuencia de ello, resulta que tenga derecho a más de lo que se le asignó en el testamento.

Para que estas seguridades sean exigibles al albacea fiduciario, es necesario que exista justo motivo. En otros términos, debe existir algún antecedente que haga suponer que el testamento podría ser reformado o que hay deudas impagas cuya

<sup>1173</sup> Ob. cit., T. 16, N° 2274, p. 478.

<sup>1174</sup> *Manual...*, cit., p. 370.

<sup>1172</sup> Cfr. GT, 1879, s. 881, p. 595.

cuantía podría comprometer lo que se asignó al albacea fiduciario para el cumplimiento de su encargo.

Estas cauciones terminarán una vez que hayan transcurrido cuatro años contados desde la apertura de la sucesión. Al término de este cuatrienio o se cancelará el depósito, si es que no ha sido utilizado en nada, o se restituirá al albacea fiduciario el saldo que no hubiere sido empleado en el pago de deudas hereditarias o asignaciones forzosas.

816. APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES A LOS ALBACEAS FIDUCIARIOS. Aun cuando el Código Civil no lo haya dicho expresamente, pareciera que en todo lo no previsto para los albaceas fiduciarios, se aplican las reglas de los albaceas generales en cuanto no haya oposición.<sup>1175</sup>

Así podrá el albacea fiduciario rechazar el nombramiento (artículo 1277); su muerte o su incapacidad sobreviviente podrán término al cargo (artículos 1279 y 1275); puede el albacea fiduciario renunciarlo (artículo 1278); el rechazo del cargo sin inconveniente grave lo hará indigno de suceder al causante (artículo 1277), y si no comparece a aceptar en forma, puede ser apercibido para ello judicialmente (artículo 1276).

En cambio, no será aplicable a los albaceas fiduciarios, por la naturaleza jurídica de sus funciones, la regla que ordena que a falta de albacea o ante el rechazo del cargo corresponde hacer ejecutar el testamento a los herederos (artículo 1271); no podrá aceptar tácitamente el encargo (artículo 1278); no podrá delegar su encargo (artículo 1280); no le corresponde velar por la seguridad de los bienes hereditarios (artículo 1284); no podrá comparecer en juicio sino para defender la validez del testamento o para exigir que le sean entregadas la suma o las especies necesarias para el cumplimiento de su encargo (artículo 1295); no es responsable en el desempeño de su cargo (artículo 1299); no puede ser removido por su culpa grave o dolo (artículo 1300); pareciera que tampoco le es aplicable un plazo para el cumplimiento de su cargo, ya que es prácticamente imposible saber si ha o no cumplido en ese término (artículos 1303 a 1306); por lo mismo, no se le podrá pedir la terminación del cargo antes del plazo por haber cumplido el encargo (artículo 1307), y por supuesto no rendirá cuentas (artículos 1309 y 1316).

Existen, en todo caso, dos cuestiones particularmente complicadas de resolver: la primera es si este albacea fiduciario debe dar aviso de la apertura de la sucesión y la segunda es si tiene derecho a remuneración.

En cuanto a lo primero; esto es, si tiene o no el deber de dar aviso de la apertura de la sucesión, la duda surge porque según el artículo 1285 ésta es una obligación de todo albacea. Los albaceas fiduciarios son tenidos por la ley como albaceas, por lo que, siguiendo la literalidad de la norma, debieran también quedar obligados a ello. Con todo, nos parece que la norma cuando se refiere a todo albacea, está queriendo decir que ésta es una obligación que pesa sobre los albaceas con y sin tenencia de bienes, pero que no quiere además que den este aviso los albaceas fiduciarios. Ellos poco tienen que ver con la ejecución de testamento en general y no tienen las funciones que corresponden a los albaceas generales. Puede incluso que este encargo secreto se haya confiado a un heredero o a otra persona que ni es albacea, ni heredero, ni legatario, con lo que no resulta muy comprensible que sean ellos los obligados a dar este tipo de avisos.

En cuanto a la segunda cuestión; esto es, si tienen derecho o no los albaceas fiduciarios a una remuneración por sus servicios, la cuestión no es nada clara. La verdad es que en principio no hay obstáculo conceptual para que puedan percibir remuneración. Lo que complica más el punto es la forma en que ella podría llegar a ser determinada.

Desde luego el testador podría asignar al albacea una remuneración en función de los encargos secretos que le ha hecho<sup>1176</sup>. Pero si el testador nada le ha asignado es dudoso que el albacea pueda pedir una determinación judicial de sus honorarios. Para que el juez pudiera fijar una remuneración tendría que tomar en cuenta el caudal hereditario y lo más o menos laborioso del cargo (artículo 1302). Pero, en este caso, el monto del caudal poco importa a los efectos de la gestión del albacea fiduciario, pues solamente es relevante la suma o las especies que se le han dejado para el cumplimiento del cargo. De la misma forma resulta imposible determinar si el encargo ha sido más o menos laborioso, puesto que tiene un carácter secreto. Además, debe tenerse en cuenta, como tantas veces se ha dicho, que éste es un encargo que descansa en la suma confianza que el testador tiene en el designado para cumplirlo, concretamente en su moralidad y honorabilidad. Desde este punto de vista, si el causante nada le ha asignado en pago de sus servicios, resulta poco armónico con estos conceptos que el albacea fiduciario pretenda una determinación judicial por servicios secretos, que nadie conoce.

<sup>1175</sup> Así SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 527.

<sup>1176</sup> Cfr. CLARO SOLAR, ob. cit., T. 16, Nº 2276, p. 479.

CAPÍTULO 57  
EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN  
PREFERENTE A FAVOR DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE

817. NOCIÓN. La Ley N° 19.585, de 1998, introdujo una importante reforma al artículo 1337 del Código Civil, consistente en la agregación de una nueva regla décima, que establece un derecho de adjudicación preferente de ciertos bienes del causante en favor de su cónyuge sobreviviente, y con cargo a la cuota hereditaria que a éste último le corresponda en la sucesión del difunto.<sup>1177</sup>

De acuerdo al inciso primero de esta nueva regla de partición, “el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación en favor suyo de la propiedad del inmueble en que resida y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como del mobiliario que lo guarnece, siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto”.

Este derecho, en consecuencia, no se traduce en otra cosa que en dar una preferencia a uno de los comuneros por sobre los otros, respecto de determinado tipo de bienes que componen la sucesión del causante, para adjudicárselos o atribuírselos antes que el resto.

Da lo mismo si la cuota hereditaria que corresponde al cónyuge sobreviviente es por tener la calidad de heredero testamentario o abintestato, o si tiene derecho a ella, a título de legítimas, mejoras o asignación de todo o parte de la cuarta de libre disposición. Cualquiera sea el caso, tendrá la prerrogativa de adjudicarse preferentemente, con cargo a esta cuota en la herencia, el inmueble que le sirve de residencia y que es o era la vivienda principal de la familia, así como el mobiliario que lo guarnece.

818. EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE COMO EXCEPCIÓN A LOS PRINCIPIOS GENERALES. No resulta demasiado fácil justificar un sistema de atribu-

<sup>1177</sup>Sobre el particular, CORRAL TALCIANI, H., *La vivienda familiar en la sucesión del cónyuge*, Santiago, 2005.



ción preferente de ciertos bienes, pues ello rompe con tres principios harto extendidos en el Derecho Civil, como lo son el principio de la igualdad sucesoria, el de igualdad en la partición y el principio de la unidad sucesoria.<sup>1178</sup>

De acuerdo al principio de igualdad sucesoria, la repartición de los derechos, bienes y obligaciones entre los herederos, a menos que el testador haya dispuesto una cosa diferente, se hace de forma igualitaria entre todos los miembros de la sucesión. No existen en ella herederos de distintas categorías, en donde unos tengan más o menos derechos que los otros. Resulta obvio que un derecho de adjudicación preferente de ciertos bienes y a favor de determinados herederos, rompe con el principio de igualdad sucesoria, pues al fin y al cabo, a uno de los herederos se le reconoce un derecho que no se les otorga a los otros, y que consiste en adjudicarse, con cargo a su cuota hereditaria, determinados bienes que componen el haber relicto.<sup>1178</sup>

Por otro lado, de conformidad al principio de la igualdad en la partición de bienes, no pueden existir diferencias o desigualdades entre los comuneros a la hora de liquidar el objeto común. Cada uno de ellos tiene derecho a participar igualitariamente en el proceso, en términos que los lotes que se formen sean equivalentes y las cosas que se les adjudiquen sean de la misma naturaleza y calidad. Demostraciones de este principio es lo dispuesto en las reglas séptima, octava y novena del artículo 1337. Según la primera, "en la partición de una herencia o de lo que de ella restare, después de las adjudicaciones de especies mencionadas en los números anteriores, se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible". Asimismo, de conformidad a la regla octava del mismo artículo "en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos; pero se tendrá cuidado de no dividir o separar los objetos que no admitan cómoda división o de cuya separación resulte perjuicio; salvo que convengan en ello unánime y legítimamente los interesados". Finalmente, según la regla novena "cada uno de los interesados podrá reclamar contra el modo de composición de los lotes, antes de efectuarse el sorteo".

El derecho de adjudicación preferente en beneficio del cónyuge sobreviviente es una evidente excepción a las reglas antes señaladas. De hecho, la regla 10ª comienza señalando "con todo". Esto quiere decir que sin perjuicio de este principio general de igualdad entre los comuneros, a uno de ellos, esto es al cónyuge

del difunto, se le reconoce el derecho para que, con preferencia a los otros, se le asignen bienes de una determinada naturaleza como lo son el inmueble en que reside y el mobiliario que lo guarnece.<sup>1179</sup>

Por último, en lo que a los bienes se refiere, el principio de la unidad sucesoria impone que todos los efectos que componen la herencia quedan subordinados a una misma legislación, a un mismo estatuto jurídico, no pudiendo atender la ley a la naturaleza que ellos tienen o a su origen para establecer a quien deben ser asignados en la sucesión del causante. Resulta harto claro que este principio también resulta exceptuado con un sistema de adjudicaciones preferentes; puesto que lo que se toma en consideración para este efecto, es la naturaleza del bien. Es ella la que determina que quede subordinado a un estatuto especial, distinto del aplicable a la generalidad de los bienes que componen la masa hereditaria.<sup>1180</sup>

819. JUSTIFICACIÓN. Dicho todo lo anterior, cabe preguntarse qué es lo que justifica entonces que se establezca un derecho de adjudicación preferente de ciertos bienes a favor un determinado heredero, concretamente en beneficio del cónyuge sobreviviente.

La razón debe encontrarse en el propósito del legislador de proteger al cónyuge sobreviviente de los peligros a que resulta expuesto en el proceso de partición, en virtud del cual puede resultar privado de su hogar. Si no existiera una norma de esta naturaleza, como era hasta antes de la reforma, ocurriría que la vivienda del difunto, que normalmente es la misma que la de su cónyuge, entra como todos sus bienes en la partición de la herencia. Ello puede determinar que el bien sea adjudicado a otros herederos, o incluso a extraños, si es que resulta subastado con el propósito de enterar en dinero lo que a cada heredero le corresponde dentro de la herencia. Así, las cosas, se hace evidente que el cónyuge sobreviviente puede resultar privado del lugar que le ha servido de alojamiento, quedando en la necesidad de procurarse, a veces sin medios para ello, de un nuevo hogar. Esta situación se hace más grave si el cónyuge sobreviviente carece

<sup>1179</sup> Cfr. CAPRILE BIERMAN, B., *El derecho de adjudicación preferente: Comentario del artículo 1337 N° 10 del Código Civil*, Revista de Derecho, Vol. VII, N° 7, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 1999, pp. 41 a 48; BARAONA GONZÁLEZ, J., *Atribución preferente de la vivienda familiar: posibles objeciones de constitucionalidad*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 168 y 169; DOMÍNGUEZ, *Las reformas...*, cit., p. 125 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 370.

<sup>1180</sup> En este sentido también DOMÍNGUEZ, *Principios...*, cit., pp. 228 y 229.

<sup>1178</sup> Cfr. COURT, *El derecho de adjudicación...*, cit., p. 147.

de bienes propios, o su edad o condiciones sociales o de salud le impiden el trabajo.<sup>1181</sup>

Esta posibilidad se vio agravada cuando la Ley N° 19.585 suprimió la diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, y dejó a los hijos no matrimoniales en iguales condiciones hereditarias que los hijos matrimoniales, lo que determina, al menos como posibilidad teórica, que la acción de un mayor número de actores sobre el patrimonio del causante, algunos de los cuales pueden no ser hijos del cónyuge sobreviviente, hagan que este último pierda el lugar en el que vive.<sup>1182</sup>

El principio constitucional de protección a la familia, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política de la República, justifica una particular tutela a todos los miembros de ella, entre los que, por cierto, queda incluido el cónyuge sobreviviente. Un derecho de adjudicación preferente en su favor, sea de la vivienda que ocupa, sea de los bienes que la guarnece, aunque ello implique una postergación del resto de los herederos y comuneros, puede encontrar amparo en este principio constitucional.<sup>1183</sup>

A lo anterior podrá reprochársele que la normativa constitucional protege a la familia en general y no al cónyuge en particular. Incluso más, podrá afirmarse que la especial protección de uno de los miembros de la familia, como lo es el cónyuge, va en perjuicio de otros de sus miembros, como pueden serlo los propios hijos del causante, con lo que el principio de igualdad, también garantizado en la Constitución, se rompe.

La cuestión parece resolverse relativamente bien si se tiene en cuenta que esta diferencia que hace la ley en beneficio de uno de los miembros de la familia, no es arbitraria. En el presente caso resulta que la protección que especialmente se brinda al cónyuge sobreviviente es de carácter asistencial. Se trata de evitar, como se ha dicho, que el cónyuge sobreviviente, impedido muchas veces de alternativas, quede privado de su hogar, y que deba dejar su vivienda habitual por efecto de la liquidación de la comunidad que se forma a la muerte del causante. En este escenario, se comprende que el cónyuge pueda tener más necesidades de protección que los hijos, sea por razones de edad, enfermedad, ausencia de recursos, y, por-

<sup>1181</sup> Cfr. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Breves lineamientos de la protección de la vivienda familiar en el Derecho comparado*, Cuadernos Jurídicos, N° 16, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, 2001, p. 22. En similar sentido MUÑOZ, *Aspectos sucesorios de la reforma*, cit., pp. 145 y 146 y RODRÍGUEZ, *Instituciones...*, Vol. 2, cit., p. 369.

<sup>1182</sup> Cfr. ABELIUK, *La filiación...*, cit., p. 713 (también en SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 589) y CAPRILE, *El derecho de adjudicación...*, cit., pp. 49, 50 y 54.

<sup>1183</sup> Cfr. CORRAL, *La vivienda...*, cit., pp. 162 y ss.

que, mal que mal, ha mantenido vínculos afectivos muy cercanos con el causante hasta su muerte.<sup>1184</sup>

820. ANTECEDENTES. El derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar en favor del cónyuge sobreviviente, cuenta con numerosos precedentes en el Derecho comparado.<sup>1185</sup>

En Francia, desde 1961 dispone el inciso seis del artículo 832 del Código Civil que “el cónyuge sobreviviente o todo heredero copropietario puede igualmente demandar la atribución preferente: de la propiedad o del derecho de arrendamiento del local que sirve efectivamente de habitación, si era su residencia a la época del deceso”. Por otra parte, el artículo 815.3, luego de la modificación introducida por la Ley de 31 de diciembre de 1976, dispone que “la indivisión puede igualmente ser mantenida a instancia de las mismas personas y en las condiciones fijadas por el Tribunal, en lo que concierne a la propiedad del local de habitación o de uso profesional que, a la época del deceso, era efectivamente utilizado para esta habitación o este uso por el difunto o su cónyuge. Lo mismo que los objetos muebles que sirven al ejercicio de la profesión”.<sup>1186</sup>

En Italia, después de la reforma introducida al *Codice* en 1975, el inciso dos del artículo 540 señala que “el cónyuge, aun cuando concorra con otros llamados, le será reservado el derecho de habitar la casa destinada a residencia familiar y de usar los muebles que la equipan, sea de propiedad del difunto o común. Tal derecho gravará la parte de libre disposición y, si ésta no es suficiente, el remanente de la cuota de reserva del cónyuge y eventualmente la cuota reservada de hijos”.<sup>1187</sup>

<sup>1184</sup> Cfr. BARAONA, *Atribución preferente...*, cit., pp. 170 y 171.

<sup>1185</sup> Sobre el particular CORRAL TALCIANI, H., *La protección de la vivienda familiar a favor del cónyuge sobreviviente. Panorama de Derecho comparado*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 227 y ss.

<sup>1186</sup> Respecto del punto puede verse CHARTIER, Y., *Domicile conjugal et vie familiale*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971, pp. 510 y ss.; GRIMALDI, M., en Vol. XXXIII de los *Travaux de l'Association Henri Capitant. Le droit au logement, Journées Mexicaines*, Paris, 1982, pp. 421 y ss.; MAZEAUD, H., L. y J., *Leçons de Droit Civil*, T. IV, Vol. 1, *Régimes matrimoniaux* (por M. de Juglart), Paris, 1982, pp. 796 y ss.; SAVATIER, R., *Les pouvoirs du juge dans la nouvelle figure de l'attribution préférentielle ou matière de partage*, en *Mélanges offerts à Pierre Voirin*, Paris, 1967, en particular, pp. 778 y 779 y RIEG, A., *L'immeuble urbain d'habitation dans le droit patrimonial de la famille*, en *L'immeuble urbain a usage d'habitation*, Paris, 1963, pp. 465 y ss.

<sup>1187</sup> Aunque la literatura es abundante, puede consultarse BRECCIA, U., en Vol. XXXIII de los *Travaux de l'Association Henri Capitant. Le droit au logement, Journées Mexicaines*, Paris, 1982, pp. 447 y ss.; CANTELMO, E., *Comentario al artículo 540 del Código Civil italiano*, en *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Torino, 1981, pp. 161 y ss.; MENGONI, L., *Sucesione per causa di morte*, en *Trattato di*

También el artículo 2103-A del Código Civil portugués prescribe, desde el año 1977, que "el cónyuge sobreviviente tiene el derecho a ser instituido, al momento de la partición, como titular del derecho de habitación de la casa donde mora la familia y en el derecho del uso del respectivo mobiliario, debiendo restituir a los coherederos el valor recibido que exceda si parte sucesoria y media; si la hubiere."<sup>1188</sup>

En España, a propósito de la liquidación de la sociedad de gananciales, dispone el número 4 del artículo 1406 del Código Civil, que "cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese su residencia habitual". Esta disposición está complementada con el artículo 1407, que señala, en lo que ahora importa, que "podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superase al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero".<sup>1189</sup>

En Argentina el artículo 3573 bis del Código Civil señala que "si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias".<sup>1190</sup>

#### Continuación nota <sup>1187</sup>

*Diritto Civile e Commerciale*, Vol. XLIII, T. 1, Milano, 1983, pp. 148 y ss. y VASCELLARI, M., *Comentario al artículo 540 del Código Civil italiano, en Comentario breve al Codice Civile* (dirigidos por G. Cian y A. Trabucchi), Padova, 1988, pp. 443 y ss.

<sup>1188</sup> Véase PEREIRA COHELO, F., Vol. XXXIII de los *Travaux de l'Association Henri Capitant. Le droit au logement, Journées Mexicaines*, Paris, 1982, pp. 494 y ss.

<sup>1189</sup> Específicamente sobre este extremo puede consultarse FONSECA GONZALEZ R., *Las atribuciones preferentes en los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Revista de Derecho Privado, 1986, pp. 8 y ss.; GARCÍA URBANO, J., *Comentario al artículo 1406 del Código Civil, en Comenariros al Código Civil*, T. II, Madrid, 1991, pp. 796 y ss.; GARRIDO DE PALMA, V.; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C., y VÉLEZ BUENO, J., *La disolución de la sociedad de gananciales. Estudio específico de las asignaciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Madrid, 1985; RAMS ALBESA, J., *Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza)*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1985, pp. 727 y ss. y SERRANO ALONSO, E., *La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, en El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, pp. 85 y ss.

<sup>1190</sup> Sobre el particular MAZZINGHI, J. A., *El derecho del cónyuge sobreviviente sobre la vivienda familiar en el sistema sucesorio argentino*, en *Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 175 y ss.

#### Continuación nota <sup>1190</sup>

Muchos otros países iberoamericanos tienen soluciones semejantes. Así por ejemplo, el Código Civil uruguayo dispone que: "si, una vez pagadas las deudas de la sucesión, quedare en el patrimonio de la misma un inmueble, urbano o rural, destinado a vivienda y que hubiere constituido el hogar conyugal, a fuere propiedad del causante, ganancial o común del matrimonio y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita". "En defecto del inmueble que hubiere constituido el hogar conyugal, los herederos deberán proporcionarle otro que reciba la conformidad del cónyuge supérstite. En caso de desacuerdo el Juez resolverá siguiendo el procedimiento extraordinario" (artículo 881-1). "Este derecho comprende, además el derecho real de uso vitalicio y gratuito de los muebles que equiparen dicho inmueble (inciso segundo del artículo 469) ya fueren propiedad del causante, gananciales o comunes del matrimonio" (artículo 881-2). "Ambos derechos se perderán si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o adquiriere un inmueble apto para vivienda, de similares condiciones al que hubiera sido su hogar conyugal" (artículo 881-3). "Tales derechos se imputarán a la porción disponible; en el supuesto de que ésta no fuere suficiente, por el remanente se imputarán a la porción conyugal y, en último término, a la porción legitimaria" (artículo 881-4). "Para que puedan imputarse a la porción legitimaria los derechos reales de habitación y de uso concedidos por este artículo, se requiere que el matrimonio haya tenido una duración continua y mínima de dos años, salvo que él se hubiere celebrado para regularizar un concubinato estable, singular y público, de igual duración, durante el cual hubieren compartido el hogar y vida en común". "La imputación a la porción legitimaria podrá alcanzar hasta la totalidad de las legítimas rigurosas de los descendientes comunes del causante y del beneficiario de los derechos reales de habitación y de uso referidos. Tratándose de otros legitimarios, tal imputación sólo podrá alcanzar hasta la mitad de las respectivas legítimas rigurosas" (artículo 881-5). "En los demás casos, el plazo de duración mínima del matrimonio será de treinta días, con la salvedad de la parte final del inciso primero del numeral anterior debiendo durar la relación concubinaria no menos de ciento ochenta días" (artículo 881-6). "Si, a la apertura de la sucesión, el cónyuge supérstite tuviere otro inmueble propio apto para vivienda, similar al que hubiera sido el hogar conyugal, no tendrá el derecho real de habitación ni el de uso" (artículo 881-7). "Si, la apertura de la sucesión, los cónyuges estuvieren separados de cuerpos, el cónyuge culpable no tendrá los derechos reales referidos. Si estuvieren separados de hecho, el problema de la culpabilidad deberá resolverse con los herederos, por el procedimiento extraordinario" (artículo 881-8). "El cónyuge supérstite se considerará legatario legal de los derechos reales recibidos con la responsabilidad que le es propia a éstos" (artículo 881-9). También es el caso del Perú: el artículo 731 de su Código Civil señala que "cuando el cónyuge sobreviviente concorra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales". "La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos". "En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente". Agrega el artículo 732 que "si en el caso del artículo 731, el cónyuge sobreviviente no estuviere en situación económica que le permita sostener los gastos de la casa-habitación, podrá, con autorización judicial, darla en arrendamiento, percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario. Si se extingue el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación a que se refiere el artículo 731". "Mientras esté afectado por los derechos de habitación o de usufructo, en su caso, la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar". "Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos en este artículo y en el artículo 731 se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos".

Finalmente, en Inglaterra, el cónyuge viudo también tiene derecho de adjudicación preferente del hogar familiar (*right to appropriate the matrimonial home*). No es un derecho absoluto y acumulado a los otros que se le confieren en la ley, y si se ejerce, los bienes así adjudicados se le imputan a lo que legalmente le corresponde al cónyuge en la sucesión.<sup>1191</sup>

821. LOS BIENES FAMILIARES Y EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE. La sola idea de que el cónyuge sobreviviente pueda adjudicarse preferentemente, con cargo a su cuota hereditaria, el inmueble en que reside y que sea o haya sido la vivienda principal de la familia, así como el mobiliario que lo guarnece, evoca la institución de los bienes familiares, reglada entre los artículos 141 y 149 del Código Civil.

A partir de la Ley N° 19.335, de 1994, dice el inciso primero del artículo 141 que el *inmueble* de propiedad de cualquiera de los cónyuges que sirva de *residencia principal de la familia*, y los *muebles que la guarnecen*, podrán ser declarados bienes familiares y se regirán por las normas de este párrafo, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio. En tanto que el inciso primero de la regla 10ª del artículo 1337 señala que el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria se entere con preferencia mediante la adjudicación a favor suyo de la propiedad del *inmueble en que reside* y que sea o haya sido la *vivienda principal de la familia*, así como del *mobiliario que lo guarnece*, siempre que formen parte del patrimonio del difunto.

Como se aprecia existe bastante similitud terminológica entre una y otra norma, aun cuando no coincidencia absoluta. El primero de los artículos se refiere al objeto de protección legal como la *residencia principal de la familia*, en tanto que el segundo lo llama *vivienda principal de la familia*. Desde luego que residencia no es lo mismo que vivienda. Residencia, es un concepto jurídico, que designa el lugar en el que habitualmente se encuentra una persona, y que puede o no ser una vivienda. La expresión viene de residir, lo que supone el establecimiento en algún lugar. En cambio, la palabra vivienda tiene una connotación más bien arquitectónica, es el edificio en el que se mora o habita.<sup>1192</sup>

Con todo, parece evidente que no ha sido el propósito del legislador hacer una diferenciación especializada entre residencia y vivienda. No se ha querido utilizar

una terminología distintiva que permita deducir efectos diferentes según las palabras que se usa. Pareciera que se quiso hacer uso de la misma terminología, y que si el artículo 1337 dijo vivienda en lugar de residencia, no fue más porque antes ya había hecho uso de la expresión "resida", y para no repetirla se usó, entonces, la expresión vivienda.

En este orden de cosas, parece que lo que se ha querido proteger y regular, tanto en el artículo 141 como en el 1337 N° 10, es lo mismo: la vivienda en que principalmente reside la familia.<sup>1193</sup>

En cualquier caso debe dejarse suficientemente claro que el derecho de adjudicación preferente establecido a favor del cónyuge sobreviviente, no supone que previamente la vivienda familiar y los bienes que la guarnecen hayan sido declarados familiares. En otras palabras, para que haya lugar a este derecho de adjudicación preferente no es requisito que estas cosas hayan sido constituidos como bienes familiares, y es perfectamente posible que haya lugar a él sin esta previa declaración.<sup>1194</sup>

De la misma forma queda claro que una vez que el matrimonio se ha disuelto por la muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente ya no podrá requerir que sobre la vivienda y el mobiliario que fueron declarados bienes familiares, derechos de uso, habitación o usufructo. La Ley N° 19.585 modificó el artículo 147 que permitía la constitución de estos derechos "durante el matrimonio o una vez disuelto éste", sustituyendo esas expresiones por "durante el matrimonio o después de la declaración de su nulidad". Posteriormente, la Ley N° 19.947 (nueva Ley de Matrimonio Civil) volvió a modificar el referido artículo 147, eliminando la frase "o después de la declaración de su nulidad". De modo que hoy por hoy sólo pueden solicitarse derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares, durante el matrimonio. Una vez disuelto el matrimonio por muerte real o presunta, solamente cabe al cónyuge sobreviviente recurrir a los derechos que le otorga el artículo 1337, regla 10ª.

822. REQUISITOS DE LOS BIENES SOBRE LOS QUE SE EJERCE EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE. ENUNCIACIÓN. De conformidad al tenor de lo seña-

<sup>1193</sup> Este criterio se ajusta más a lo acontecido en el Derecho comparado, en el que la terminología ha sido sumamente rica. El Código español, por ejemplo, en ocasiones habla de vivienda habitual (artículos 90, 91, 96, 103, 1320 y 1357 y también el artículo 91.2 de la Ley Hipotecaria); en otras habla de residencia habitual (artículo 1406, N° 4), y, en otras, en hogar de familia (artículos 82 números 1 y 2 y 1362). Más lejos ha ido la jurisprudencia española que ha hablado de hogar, hogar familiar, hogar conyugal, residencia habitual, vivienda conyugal, vivienda habitual, vivienda familiar, vivienda común, casa común, domicilio conyugal, domicilio habitual y domicilio común. Lo mismo ocurre en Francia, en donde se habla indistintamente de residencia de la familia y alojamiento familiar.

<sup>1194</sup> Cfr. MUÑOZ, *Aspectos sucesorios de la reforma...*, cit., p. 146.

<sup>1191</sup> Cfr. ANDERSON, ob. cit., p. 1249.

<sup>1192</sup> Sobre el particular ELORRIAGA DE BONIS, F., *El concepto de vivienda familiar en los artículos 141 y 1337, regla 10ª, del Código Civil*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 105 y ss.

lado en la regla décima del artículo 1337, el derecho de adjudicación preferente solamente puede ser ejercido por el cónyuge sobreviviente respecto "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". Luego, si se trata del inmueble, éste debe reunir las siguientes condiciones: a) debe ser una vivienda; b) debe ser una residencia habitual; c) debe tener o haber tenido un uso familiar; d) debe ser o haber sido la principal vivienda de la familia, y e) debe formar parte del patrimonio del difunto. Si se trata de los bienes muebles, ellos deben haber guarnecido el inmueble que reúna las condiciones antes señaladas y también deben ser parte del patrimonio del difunto.

823. DEBE TRATARSE DE UNA VIVIENDA. El espíritu que anima esta normativa fue precisamente proteger el bien con el que se satisface la necesidad de alojamiento de la familia y de cónyuge sobreviviente, y con el que se da cumplimiento a la aspiración de todo individuo a la vivienda personal y familiar. No se trata, en consecuencia, de una finalidad pecuniaria o económica, en la que se salvaguarde un bien que dado su valor, sea digno de tutela. El objetivo es marcadamente social y humanitario, como es el impedir la privación del espacio físico donde se vive.

Desde este punto de vista resulta entendible que el derecho de adjudicación preferente no se extienda a todos los bienes de uso familiar, sino que se restrinja a la vivienda en la que habitualmente reside la familia, y a los bienes muebles que la guarnecen.<sup>1195</sup>

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

En un sentido amplio, parte de la doctrina ha entendido por vivienda no sólo una casa o un departamento, sino que todo espacio delimitado con techo y paredes susceptibles de brindar alojamiento a un grupo de personas. En esta percepción serían vivienda tanto aquella mansión con todas las comodidades necesarias como una mediagua que pobremente permite el alojamiento. No obstante, en un sentido inverso, otros han destacado que la noción de vivienda envuelve la idea de

<sup>1195</sup> Con todo, hay quienes piensan que un régimen semejante podría extenderse a algunas empresas familiares, con el fin de mantenerlas indivisas y permitir su subsistencia en el tiempo. En este sentido DOMÍNGUEZ, *Principios...*, cit., p. 236.

habitabilidad; en palabras de CÁRCABA debe "albergar con decoro a un ser humano, lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus diversas facetas de una manera honrosa"<sup>1196</sup>. Así, no ingresarían a la categoría de vivienda, las chozas, cabañas, casas en ruinas, solares, garajes, establos, etc., todos los que no reunirían las condiciones de habitabilidad imprescindibles.

Sin embargo, no parece que esta última concepción restringida sea jurídica y socialmente correcta, no correspondiéndose, por lo demás, con el objetivo de la normativa. No se desprende, ni del artículo 141, ni de la regla 10ª del artículo 1337, que la vivienda deba reunir condiciones de habitabilidad determinadas. Por el contrario, la sola exigencia de las normas es que el lugar esté destinado a vivienda, sin calificativo o distinción de ninguna especie. Por último, esta interpretación, comprensible en el ámbito de lo que debería ser una vivienda para la familia, desprotege a los más necesitados; es decir, aquellos ocupantes de la vivienda humilde que no pueden acceder a una de mayor entidad, lo que acumularía dos males, la desprotección jurídica y la insuficiencia de la vivienda. Luego, no parece que una vivienda, por incompleta que pueda parecer, deba ser excluida de la protección.

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

#### a) Consultas profesionales, negocios y establecimientos

Indudablemente que las oficinas o despachos destinados exclusivamente al ejercicio de una profesión están excluidos de la del derecho de adjudicación preferente, por cuanto no constituyen vivienda. Sin embargo, la duda se puede presentar respecto de aquellos bienes mixtos, destinados a una doble función de despacho y vivienda. Es el caso del dentista o del abogado que alguna parte de su hogar la tiene habilitada especialmente para el ejercicio de su profesión, y en el bien entendido que constituya un local inseparable de la vivienda. Una solución, como lo propone CHARTIER en Francia, consiste en aplicar el criterio de accesoriedad,

<sup>1196</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1987, pp. 1435 y 1436.

en el sentido de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de modo que si en la vivienda hay además un despacho, dicha circunstancia no haría perder a la primera tal carácter, pues el segundo no tiene una entidad suficiente para desnaturalizar a la vivienda<sup>1197</sup>. *Mutatis mutandi*, esa misma solución podría aplicarse en el caso del artículo 1337. Por el contrario, si en el local profesional funciona además la vivienda de la familia, por ejemplo, porque se ocupan las dependencias traseras para tal efecto, dicha circunstancia no dará lugar a que ese local pierda su naturaleza profesional, por lo que aplicado al caso que interesa, el cónyuge propietario, por ejemplo, podría disponer libremente de sus derechos, pues lo accesorio, en este caso la vivienda, no puede afectar lo principal.

La lógica de este razonamiento es incuestionable, mas no del todo sus conclusiones. Desde luego, no efectúan las normas distinción alguna en la materia, por lo que cualquier precisión que se pretenda en este sentido excede el contenido de la ley. Por otra parte, lo protegido es la vivienda de la familia, sin importar si es grande o pequeña, si es o no utilizada con fines comerciales. Como anotan DESCHENAUX y STEINAUER, lo que se quiere evitar es dejar al resto de la familia sin donde vivir, en este caso al cónyuge sobreviviente, y dicho objetivo naturalmente no se cumple si se permite que se pierda el estudio, despacho o negocio en el que vive el cónyuge, aunque dicha habitación sea accesoria a una actividad principal<sup>1198</sup>. Para los efectos prácticos, que son los que obviamente interesan, el cónyuge resulta privado de su hogar, por lo que esta interpretación conduce necesariamente a lo que se quiere evitar.

#### b) *Fincas y fundos*

Cabe preguntarse si los predios rústicos o las heredades rurales están o no comprendidos en el derecho de adjudicación preferente. En España algún autor, como GARCÍA CANTERO, ha opinado que no pueden considerarse vivienda habitual de la familia<sup>1199</sup>. Otros, como LACRUZ, han opinado exactamente lo contrario.<sup>1200</sup>

<sup>1197</sup> CHARTIER, ob. cit., p. 573.

<sup>1198</sup> Cfr. DESCHENAUX, H. y STEINAUER, P., *Le nouveau droit matrimonial*, Berne, 1987, p. 95.

<sup>1199</sup> Cfr. GARCÍA CANTERO, G., *Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, en El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, p. 73.

<sup>1200</sup> Cfr. en LACRUZ BERDEJO, J.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, Vol. 1, Barcelona, 1990, p. 290.

Entre nosotros no se ve mayor inconveniente en ampliar la aplicación del derecho de adjudicación preferente a las viviendas rústicas. Por el contrario, el problema resulta al pretender reducir esta aplicación a los bienes urbanos, puesto que el texto de las normas, al igual que en los casos anteriores, no efectúa distinción de ningún tipo. Cosa muy diferente es la que plantea BELDA en orden a si el terreno rústico en el que se levanta la construcción que sirve de vivienda, está sujeto o no comprendido dentro del concepto de vivienda habitual de la familia. Desde el momento que lo protegido es el lugar donde se habita, es claro que los terrenos que no sean imprescindibles para el uso, conservación y disfrute de la vivienda, no quedan incluidos en esta noción, pues en último término no constituyen vivienda<sup>1201</sup>. Por consiguiente, el cónyuge sobreviviente no podría invocar un derecho de adjudicación preferente respecto de ellos.

#### c) *Terrenos y sitios eriazos*

También puede resultar problemática la situación de los espacios físicos urbanos o rústicos que no tienen construcción habitacional alguna o, teniéndola, su fin no es servir de vivienda. Todos ellos, evidentemente, no constituyen vivienda, por lo que a pesar de que puedan tener un uso familiar intenso con fines de esparcimiento, de diversión y ocio están excluidos del derecho de adjudicación preferente.

#### d) *Utilizaciones parciales*

Podría cuestionarse si el derecho de adjudicación preferente a favor del cónyuge sobreviviente alcanza o no a los espacios o habitaciones que formando parte de la vivienda familiar no reciben un uso de alojamiento. Piénsese, por ejemplo, en habitaciones desocupadas, trasteros, garajes, galpones o incluso habitaciones anexas dotadas de cierta individualidad. ¿Podría considerarse que son vivienda? En principio podría resolverse que en virtud de lo ya mencionado, en orden a que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, son parte del inmueble, por lo que pueden ser adjudicadas, preferentemente, en conjunto con ella.

No obstante, las situaciones imaginables son muchas y su solución va a depender del grado de individualidad de estas construcciones respecto de la vivienda principal. Normalmente constituirán una sola unidad que no admita división, con lo que una eventual asignación separada no será posible. Pero, por otra parte,

<sup>1201</sup> Cfr. BELDA SANZ, M., *Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español*, Revista de Derecho Privado, 1985, p. 337.

bien podría ocurrir que el inmueble admita división, caso en el que la porción en la que se encuentra la vivienda familiar pueda ser adjudicada en forma separada al cónyuge sobreviviente.<sup>1202</sup>

824. RESIDENCIA HABITUAL. Aun cuando no se dice en forma expresa, la vivienda a la que la ley se refiere es la que de manera habitual está destinada a servir como residencia del hogar familiar. La habitualidad viene impuesta por la noción misma de residencia, aquel lugar en que habitualmente está una persona. A pesar de la sencillez de la noción de habitual, la doctrina complica, parece en exceso, su comprensión cabal; talvez por su misma claridad es de difícil explicación. Por definición, habitual es aquello que se hace o posee por continuación o hábito; es decir, el modo especial de proceder adquirido por la repetición de un acto igual o semejante. El alojamiento constituye un hecho continuado, ni siquiera repetido, sino que permanente y en gran medida estable. Para que la vivienda adquiera tal carácter deben realizarse en ella las diversas funciones que le son inherentes, como la habitación, la convivencia, la comida y el ocio de la familia en su conjunto.<sup>1203</sup>

Lo anterior lleva necesariamente a considerar que la vivienda habitual sólo se explica bien en el evento de que la familia disponga de varias viviendas, o al menos más de una, puesto que si se tiene una sola vivienda, como es la regla general, ésa siempre será habitual de la familia, careciendo de todo sentido saber si se vive en ella hace mucho o poco tiempo, dado que mientras se habite en ella y no cuente con otra, constituye vivienda habitual.

En la hipótesis de que existan varias viviendas, la doctrina comparada no descarta la coexistencia de más de una vivienda habitual, siempre que el grupo familiar ocupe indistinta y alternativamente aquellas viviendas, como cuando los padres viven en una por razón de trabajo, y los hijos en otra por motivos de estudios.

<sup>1202</sup> En igual sentido CAPRILE, *El derecho de adjudicación...*, cit., pp. 59 y 60.

<sup>1203</sup> Parece que en España va muy lejos MUÑOZ DE DIOS cuando sostiene que la habitualidad supone el *corpus* y del *animus*, es decir, el uso material de vivienda junto con la intención de permanecer en ese sitio (cfr. MUÑOZ DE DIOS, M., *La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil*, Anuales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXVII, p. 225). La aplicación de esta idea puede llevar a desprotecciones no deseadas. Así, por ejemplo, cuando el matrimonio ocupa una vivienda en forma transitoria, a la espera de cambiarse a otra ya construida, pero no desocupada o no terminada, tiene el *corpus* no así el *animus*, con lo que el propietario, por ejemplo, podría disponer de ella libremente, por cuanto el piso no se ocupa con la intención de permanecer en él. Con ello es posible que la familia sea privada del lugar donde vive, aunque sea en forma transitoria, pues concurre el grave peligro de que lo que en principio fue transitorio se prolongue por mucho más tiempo del esperado. En este sentido, creo que la vivienda transitoria ha sido mal entendida, puesto que una familia puede vivir habitualmente en un lugar aunque lo haga en forma transitoria o provisional, o con la esperanza de trasladarse a otro lugar, y ello no autoriza a que uno de los cónyuges pueda disponer unilateralmente de la que en ese momento se ocupa.

Sin embargo, si bien es admisible la idea de que puedan existir varias viviendas habituales, no todas ellas dan lugar al derecho de adjudicación preferente a favor del cónyuge sobreviviente, pues para que ello ocurra, la vivienda debe ser habitual, familiar y principal, cosa que es imposible que se dé en varias construcciones, pues la vivienda contemplada en la ley es una y sólo una, y no cabe ampliar su protección particular a una pluralidad de viviendas.

#### a) Casa o departamento que se proyecta ocupar

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

#### b) Casas de temporada

Son viviendas de temporada las de veraneo, recreo o de fines de semana, la parcela de esparcimiento y, en general, todas aquellas que coexistiendo con el hogar familiar, representan menos permanencia y estabilidad y más ocio, distracción o cambio de ambiente. Todas ellas naturalmente no son habituales. Reconocen a otra vivienda que representa el centro de los intereses cotidianos de la familia y que sí ostenta el carácter de habitual.

825. USO FAMILIAR. La calificación de familiar que pueda darse a una vivienda, es en función del uso que a ella se le asigne por parte del titular del bien. La ley se refiere a aquella que es ocupada por la familia en su conjunto; esto es, por los cónyuges y sus hijos, lo que no implica que todas las personas que componen la familia deban habitar en aquel lugar, aun cuando el número de miembros que permanezcan en ella pueda ser un indicador de si el local es o no vivienda familiar. La ocupada sólo por el padre, la madre o por uno de los hijos, mientras el grueso de la familia permanece habitando en otro lugar—sea que la falta de convivencia se imponga por razones voluntarias o derivadas de circunstancias laborales—no da derecho de adjudicación preferente, pues, en tales casos, el bien ocupado carecería de la familiaridad necesaria como para dar algún derecho de adjudicación preferente.

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

#### a) Vivienda ocupada sólo por cónyuges

El matrimonio sin hijos que ocupa un inmueble en carácter de vivienda, naturalmente dará el derecho de adjudicación preferente, pues, a pesar de que este matrimonio aún no tiene su realización plena en la filiación, constituye una familia desde la perspectiva jurídica y sociológica.<sup>1204</sup>

En este sentido, resulta criticable la sentencia dictada con fecha 24 de marzo de 1998 por la Corte de Apelaciones de Santiago, que resolvió que para declarar un bien como familiar es necesario que él cobije a la familia, y "debe estar destinado a servir de residencia principal de la familia, servir de resguardo a los hijos que conviven con los padres o con alguno de ellos, de lo que se desprende que la demanda que se intenta para obtener la declaración judicial de bien familiar de un inmueble, debe llevar la acción deducida implícita la condición que con tal declaración se beneficiará no sólo al cónyuge, sino que también a los hijos que viven en el inmueble y que están conviviendo con su padre o madre"<sup>1205</sup>. En la especie, los hijos de la mujer eran mayores, y vivían en un departamento que les había arrendado su padre. Por su parte, el marido demandado tampoco se encontraba viviendo en el inmueble. Lo que resulta cuestionable es que se asocie de manera tan directa la familiaridad a la existencia de hijos, puesto que, como ha quedado antes dicho, no es una solución que se considere como la técnicamente correcta; de lo contrario, habría que concluir que un matrimonio sin hijos o un matrimonio con hijos mayores no es una familia.

<sup>1204</sup> Más aún, como observa LACRUZ, hoy en día la noción de familiaridad se aproxima sobre todo a la de conyugalidad, pues el matrimonio, aunque sin hijos, es la base de la familia (cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares*, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, p. 29).

<sup>1205</sup> GJ, N° 213, p. 108.

#### b) Cónyuges separados de hecho

La protección del hogar familiar comienza con la ocupación efectiva de la vivienda y se extiende durante toda la vigencia del matrimonio, una vez adquirido, su carácter subsiste tanto como dura el matrimonio.<sup>1206</sup>

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

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

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

En efecto, no tienen base, porque es irrelevante para determinar si la vivienda en la que permanece uno de los cónyuges es o no familiar. Poco importa que el abandono del hogar haya sido voluntario, forzado o libremente consentido por ambos esposos, aun cuando, como se verá más adelante, ello podría otorgar alguna orientación al respecto. Si el marido abandona el hogar sin la oposición

<sup>1206</sup> Cfr. DESCHENAUX y STEINAUER, ob. cit., p. 95. En igual sentido RAUCENT, L., *Les régimes matrimoniaux*, Louvain, 1986, pp. 99 y 100.



de su mujer, y ésta permanece en la vivienda con los hijos habidos en el matrimonio, no se comprende cómo es posible que el hogar pierda la connotación de familiar.

Por otra parte, la distinción no es muy eficaz, pues en casi todos los casos conduce al mismo resultado. Si el cónyuge propietario de la vivienda la abandona voluntariamente, y en ella permanece el otro, con o sin hijos, el hogar no deja de ser familiar, no sólo porque en él continúe viviendo el resto de la familia, sino porque el artículo 1337 regla 10<sup>a</sup> (así como también el artículo 141) podría ser muy fácilmente eludible, bastaría para ello que el propietario hiciera abandono de la casa conyugal para destruir la familiaridad que afecta al bien.

Ahora, si el cónyuge propietario abandona la sede familiar forzado por presiones sociológicas o físicas, la cuestión parece no cambiar radicalmente, puesto que el hecho cierto es que la familia, o al menos el otro cónyuge, permanece en la habitación y el abandono, aunque forzado, tampoco le priva del carácter familiar. Si el cónyuge que abandona no es propietario del hogar, y lo hace forzado por el otro, es de Perogrullo que esta vivienda no pierde el carácter de familiar, pues la situación es muy semejante a la del primer supuesto.

Por último, el caso más delicado es el del cónyuge no propietario que abandona voluntariamente el hogar de la familia, dejando en ella al dueño de la vivienda solo o en compañía de sus hijos, pues no sería posible atribuir una doble intención al que continúa en el hogar, lo que obligaría a entrar en un sinnúmero de situaciones posibles, y en muchos casos a desembocar en el carácter familiar de dicha vivienda; ¿Qué criterio debe seguirse entonces?, ¿Cómo saber si en la separación de hecho subsiste o no la vivienda familiar? El principio ya está sentado, la mera separación de hecho no impone la pérdida del carácter familiar de la vivienda que permanece ocupada por parte de la familia, pues siempre conserva la esperanza de una vocación familiar, y envuelve la posibilidad de una reunificación de aquel grupo humano. Sin embargo, ello podría hacerse innecesario cuando ciertas circunstancias hagan pensar objetivamente en el cese del carácter familiar de la vivienda, como, por ejemplo, la no permanencia en ella de los hijos comunes, el abandono de los hijos por parte de uno de los cónyuges, agravado por hechos como el transcurso de un largo período, o si no era propietario de los derechos sobre el inmueble y lo abandonó voluntariamente, es decir, todo hecho que pueda demostrar que el alojamiento perdió su carácter familiar.

Si en la generalidad de los casos la vivienda que constituye el domicilio conyugal conserva el apelativo de familiar en la fase de separación de hecho, no ocurre lo mismo con la nueva vivienda ocupada, tras la separación por el cónyuge saliente de la antigua. Si el marido o la mujer deja a su cónyuge y pasa a residir en un

lugar diferente, dicha vivienda no adquiere el carácter de familiar, aun cuando lo acompañen en ese desplazamiento los hijos. Para que la vivienda tenga la connotación de familiar es necesario que haya servido efectivamente de habitación a los cónyuges en alguna época del matrimonio, y en estas hipótesis resulta más que claro que la nueva vivienda no goza de tal característica, puesto que sólo es ocupada por uno de los consortes. En consecuencia, resultaría inaplicable la regla 10<sup>a</sup> del artículo 1337.

826. VIENDA PRINCIPAL. Como ya se ha adelantado, no existe una confusión entre la habitualidad y la principalidad. Una vivienda puede ser habitual sin ser principal, e incluso pueden coexistir varias viviendas habituales, mas sólo una de ellas debe considerarse como principal. Una vivienda en la montaña puede ser habitualmente ocupada por los miembros de la familia, pero ello no la transforma en principal, puesto que no constituye el centro de los intereses de los cónyuges y de la familia. En este sentido, la expresión "vivienda habitual" que utiliza con frecuencia la legislación española, por ejemplo, es sin duda criticable, puesto que no ilustra el verdadero objeto de la protección, siendo preferible la denominación residencia principal de la familia o incluso la de vivienda principal de la familia.

La convergencia de más de una vivienda habitual es posible. Piénsese, por ejemplo, en aquel caso en que el padre o la madre vive en un lugar y el otro cónyuge vive con los hijos en uno diferente, situación impuesta por razones laborales, comerciales o estudiantiles; o en la hipótesis ya mencionada en que los padres viven en un lugar y los hijos en otra vivienda; o por fin la situación es que uno de los cónyuges convive con alguno de los hijos en una casa, y el resto de los hijos en otra. Cree ALBIEZ que en estos supuestos ambas viviendas tendrían el carácter de habituales. Centra el autor su argumentación en que el interés familiar tutelado impide que se identifique con el solo interés de los hijos o de los cónyuges, sino que debe asociarse con el interés de todos los que forman parte de la familia. Esta *ratio* no tendría que variar cuando existen dos o más viviendas habituales, porque tanto una como otra pueden servir de morada a la familia que por distintas razones elige dos viviendas.<sup>1207</sup>

Las razones no parecen convenientes. El espíritu de la normativa es proteger el alojamiento de la familia, espíritu que queda a muy buen recaudo con el aseguramiento sólo de la vivienda principal. No parece correcto centrar la argumentación en un particular y abstracto interés familiar. En Chile, por lo demás, debe

<sup>1207</sup> Cfr. ALBIEZ DHORMAN, K., *La aplicación del artículo 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual*, Actualidad Civil, 1987-1, pp. 1358 a 1362.

tenerse presente que el artículo 1337 habla "del" inmueble en que resida el cónyuge sobreviviente, lo que excluye la posibilidad de que esta condición pueda darse respecto de varios inmuebles. Así, el derecho de adjudicación preferente queda reducido a aquel que en forma principal sirve de hogar al grupo familiar, cuestión que no me merece duda.

En el raro supuesto de que existan dos viviendas que son utilizadas familiarmente con la misma frecuencia, intensidad y habitualidad, siempre alguna debe ser secundaria en relación a la otra que es la principal. Opina MUÑOZ DE DIOS que pueden darse cuatro criterios excluyentes entre sí. El criterio económico de acuerdo al cual será principal la vivienda de mayor valor; el de antigüedad, según el cual tendrá este carácter la que primero fue ocupada por la familia; el mayoritario, en cuya virtud será vivienda principal la ocupada por el mayor número de familiares; y el laboral, que indica como vivienda principal a aquella en que viva el cónyuge que aporta los ingresos a la familia<sup>1208</sup>. A estos criterios podríamos agregar otros no de menor relevancia, como el de la conyugalidad, donde será vivienda habitual principal aquella en que convivan marido y mujer, o el de la domiciliación, que desembocaría en que la vivienda principal es la que coincida con el domicilio familiar o conyugal.

Sin embargo, y a pesar de que debiera predominar el criterio de conyugalidad en la mayoría de los casos, lo cierto es que ninguno de ellos puede imponerse sobre los otros en forma exclusiva y excluyente, pues conforme a las circunstancias podría ser uno u otro el determinante de la cuestión. No siempre podrá ser vivienda familiar principal la ocupada por aquel cónyuge que produce los ingresos del grupo, cuando en otra conviva el resto de la familia desde siempre y cuyo valor pecuniario sea mayor; tampoco lo será aquella que tradicionalmente fue ocupada por la familia, pero en la que ahora sólo vive un hijo por razones de estudio; ni tampoco aquella en la que solamente se ha fijado el domicilio conyugal, pero que jamás ha sido ocupada por el grueso de la familia. En fin, la casuística es compleja y abundante, por lo que solamente cabe esbozar estos principios, y alinearlos siempre sobre la base de que en la gran cantidad de los casos el concepto de vivienda familiar principal viene identificado con el lugar que sirve de hogar al matrimonio y en que principalmente reside el cónyuge sobreviviente, cuestión que siempre debe ser la más ilustrativa para el intérprete de la norma.

827. LOS BIENES DEBEN FORMAR PARTE DEL PATRIMONIO DEL DIFUNTO. Como se ha indicado, la parte final del inciso primero de la regla 10ª del artículo 1337,

señala que el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a adjudicarse preferentemente la residencia y los muebles que la guarnecen "siempre que ellos formen parte del patrimonio del difunto".

La correcta inteligencia de esta norma no es nada fácil. En principio podría parecer una frase por entero innecesaria, y que dice algo completamente obvio, como es que en la partición no puede adjudicarse al cónyuge sobreviviente una vivienda familiar o los bienes que la guarnecen, si ella o ellos no pertenecían al causante, sino que a terceros. No podría el partidario adjudicar a los comuneros lo que no está en la comunidad. El problema es que esto resulta tan obvio que era innecesario decirlo, por lo que se ha pensado que la parte final del inciso primero de la regla décima debe tener alguna significación especial.<sup>1209</sup>

En este sentido se ha pensado que lo que quiere decir esta frase es que el derecho de adjudicación preferente sólo puede hacerlo valer el cónyuge sobreviviente en la partición de la herencia del causante, pero no en la liquidación de la sociedad conyugal que pudiera haber tenido con el causante. En otras palabras, la expresión "siempre que formen parte del patrimonio del causante", indicaría que el momento en que se puede hacer valer este derecho es en el instante de la partición de la herencia, pero no en la liquidación del haber social. Lo mismo se extendería a la posibilidad de solicitar derechos de uso y habitación, sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad al cónyuge sobreviviente.<sup>1210</sup>

Varias razones avalan esta conclusión:

a) Si la residencia familiar y los bienes muebles que la guarnecen fueren bienes sociales, y la sociedad conyugal ha terminado por la muerte de uno de los cónyuges, se forma entre el sobreviviente y los herederos del fallecido una comunidad de bienes, que debe ser liquidada con arreglo a lo prevenido en los artículos 1764 y siguientes del Código Civil. En este caso no puede afirmarse, en rigor, que la residencia habitual y los muebles que la guarnecen formen parte del patrimonio del difunto, por la sencilla razón de que ellos se encuentran en una comunidad universal, que reconoce como comuneros al cónyuge sobreviviente, por una parte, y a los herederos del difunto, por otra. En ella, cada uno de estos comuneros tiene derecho a una cuota que recae sobre la totalidad de la universalidad jurídica, y que no se radica en bienes determinados. Por lo que no puede decirse que estos bienes formen parte del patrimonio del difunto.

<sup>1209</sup> Refiriéndose a esta frase, dice ABELLUK que "esto es obvio, ya que en caso contrario no estamos ante una adjudicación. Los bienes ajenos al difunto no forman parte de su partición, y de ahí la norma" (*La filiación...*, cit., p. 732). También en SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 589).

<sup>1210</sup> Cfr. CORRAL, *La vivienda...*, cit., pp. 91 a 93.

<sup>1208</sup> Cfr. ob. cit., p. 229.

b) A lo anterior habría que agregar que la regla décima del artículo 1337 señala que el cónyuge sobreviviente tiene derecho a que su "cuota hereditaria" se entere con preferencia mediante estas adjudicaciones. Acontece que lo que le corresponde al cónyuge sobreviviente en la liquidación de los gananciales, no es a título de cuota hereditaria, sino que le pertenece en su carácter de socio de la sociedad conyugal. Las adjudicaciones que a él se le hagan no encuentran causa en la muerte del causante, sino que en la disolución de la sociedad conyugal. Luego, lo que en esta liquidación le quepa no es por su condición de heredero, sino que en su condición de socio.

c) Finalmente, puede decirse que abona esta interpretación la historia del establecimiento de la norma en cuestión. Tanto el Proyecto de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, lugar en el que se origina la idea de proteger al cónyuge sobreviviente de esta forma, como el segundo informe de la Cámara de Diputados, indicaban que el cónyuge sobreviviente tendría el derecho de adjudicación preferente de ciertos bienes para enterar su cuota hereditaria o la de gananciales, o la una y la otra<sup>1211</sup>. La referencia a la cuota de gananciales, que despejaba cualquier duda sobre el particular, fue eliminada del artículo durante el paso del Proyecto por el Senado<sup>1212</sup>. De ello podría colegirse que la intención fue la de que este derecho de adjudicación preferente sólo pudiera ser ejercido en la liquidación de la herencia del difunto y no en la liquidación de la sociedad conyugal que pudiera haber existido entre el difunto y el sobreviviente, y que solamente sirviese este derecho para enterar la cuota hereditaria de este último y no la parte que pudiere corresponderle a título de gananciales.

La verdad es que las razones resultan poderosas, pero no del todo convincentes, y ellas pueden ser desvirtuadas.

a) En lo que hace a la primera cuestión; esto es, que la regla décima del artículo 1337 está concebida para la partición hereditaria y no para la liquidación de la sociedad conyugal, no puede menos que decirse que tal consideración omite lo prevenido en el artículo 1776, según el cual "la división de los bienes sociales se

<sup>1211</sup> Cfr. Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados Legislatura Ordinaria, sesión N° 33, 30 de agosto de 1994, p. 3773 y Oficio N° 400 de la Cámara de Diputados con el que se envió el Proyecto aprobado al Senado, de fecha 24 de noviembre de 1994.

<sup>1212</sup> Cfr. Primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado, de 20 de noviembre de 1996, p. 1964. Sobre el particular NASSER OLEA, M. y CORRAL TALCIANI, H., *Historia del establecimiento de la regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 83 y ss., en particular, pp. 94 y 95.

sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios". Siendo así, a pesar de que el inciso primero de la regla décima se refiera a la cuota hereditaria y al patrimonio del difunto, el derecho de adjudicación preferente puede ser ejercido por el cónyuge sobreviviente al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, y podrá enterar su mitad de gananciales con el inmueble que le servía de residencia a la familia y los bienes que lo guarnecen.<sup>1213</sup>

b) En lo que se refiere al segundo argumento; esto es, que la regla décima al referirse a la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente, impediría aplicarla en la liquidación de la sociedad conyugal, ello implicaría reducir la aplicación de las normas sobre partición a la liquidación de una herencia y, como se sabe, ello no es así. Todo el tenor del artículo 1337 y, en general, todo el articulado dedicado a la partición de bienes en el Código Civil, razona sobre la base de la partición de una herencia. La idea de herencia, asignatarios y consignatarios está presente en prácticamente todas las normas sobre partición de bienes. Sin embargo, ello no implica que estas reglas solamente se apliquen a la partición de las herencias. Estas normas también se aplican "a la liquidación de toda comunidad, cualquiera que sea la fuente de donde emane, con las solas excepciones que la ley señala"<sup>1214</sup>. También son aplicables, como se ha dicho, a la liquidación de la sociedad conyugal (artículo 1776); a la liquidación de la comunidad que surge con ocasión de la disolución de una sociedad civil (artículo 2115) y a la comunidad que se forme en virtud de un cuasicontrato (artículo 2313). Luego, en este caso, no puede argumentarse con la literalidad del articulado.

c) La modificación que sufrió el proyecto en su paso por el Senado, en el que se eliminó la referencia a los gananciales del cónyuge sobreviviente, tampoco resulta muy determinante. La razón por la que se entendió que la referencia a los gananciales debía ser eliminada, consistió en que se entendió que el juicio de partición de la herencia y el de liquidación de la sociedad conyugal, eran juicios diversos, y que los derechos del cónyuge sobreviviente en el haber social, habrían sido determinados en su momento<sup>1215</sup>. La idea fue entonces no hacer en el artículo 1337 una referencia a los gananciales que resultaba impropia dado toda la regulación de la partición de bienes gira en torno a la partición de las herencias. No se observa, en cambio, que el propósito declarado haya sido el de restringir este derecho de adjudicación preferente a la liquidación de la herencia, máxime que el artículo

<sup>1213</sup> CAPRILE, *El derecho de adjudicación...*, cit., pp. 57 y 58.

<sup>1214</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, F., *Partición de bienes*, Santiago, 1940, p. 8.

<sup>1215</sup> Primer Informe de la Comisión.

1776 ordena la aplicación de las normas sobre partición de las comunidades hereditarias a la liquidación de la sociedad conyugal.<sup>1216</sup>

d) Finalmente, no puede menos que observarse que si se restringe la aplicación del derecho de adjudicación preferente a la partición de las herencias, acontecerá, en la mayoría de los casos, que él quede sin aplicación práctica. En medios como el nuestro el patrimonio familiar se reduce, muchas veces, al inmueble que sirve de vivienda a la familia. Por lo mismo, si el derecho de adjudicación preferente no se aplica en la liquidación de la sociedad conyugal, es muy posible que no se aplique nunca.

Por estas razones parece más convincente concluir que el derecho contemplado en la regla décima del artículo 1337 no sólo puede hacerse valer por el cónyuge sobreviviente en la liquidación de la herencia quedada a la muerte de su marido o mujer, sino que también en la liquidación de la sociedad conyugal que entre ellos pudiera haber existido. De hecho, bien podría ocurrir que la sociedad conyugal no hubiere terminado por la muerte de uno de los cónyuges, sino que por otra de las causas del artículo 1764, falleciendo uno de los cónyuges después de esta disolución pero antes de la liquidación. En tal evento los derechos de la regla décima del artículo 1337 igual benefician al cónyuge sobreviviente, cosa que evidentemente no acontecería, si viviere el otro cónyuge.<sup>1217</sup>

828. MOBILIARIO QUE GUARNECE LA VIVIENDA. El cónyuge sobreviviente también tiene derecho a que se le adjudique con preferencia el mobiliario que guarnece la vivienda de la familia en la que reside, en la medida, como se ha dicho, que forme parte del patrimonio del difunto.

Para que estos bienes puedan ser adjudicados en forma preferente deben "guarnecer" la vivienda. Ello quiere decir que sólo se encuentra en esta situación el mobiliario que equipa o dota la vivienda para su uso habitual. Si se relaciona esta norma con lo prevenido en el artículo 141 y con lo dicho en el artículo 574, habría que concluir que dentro de la expresión "muebles de la casa" no quedan comprendidas el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros o sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes o caballerías o sus arreos, los granos, caldos, mercancías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa. Por lo mismo, tampoco quedan comprendidos dentro del

mobiliario de la casa, los automóviles, motocicletas, ni otras cosas que sirvan de transporte, tal como lo ilustra el precepto.<sup>1218</sup>

La cuestión que puede resultar más dudosa es si ciertos bienes muebles, que están dentro de lo que podría denominarse el ajuar de una casa, pueden considerarse, además, parte del mobiliario. Tal acontece, por ejemplo, con los cuadros, figuras, esculturas, jarrones, alfombras, relojes de pared, avanzados equipos de video o de música, cuya función, más que la de hacer habitable la casa, es la de adornarla o alhajarla. Pareciera que lo que la ley no ha querido proteger los adornos de la casa o las cosas suntuarias, sino que lo que en verdad necesita el cónyuge sobreviviente para vivir dignamente, con lo que debieran quedar excluidos del derecho de adjudicación preferente, los bienes muebles que no están destinados a esta función.<sup>1219</sup>

829. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE. Del derecho de adjudicación preferente se han venido predicando tres características: el ser un derecho personalísimo, renunciable y, para algunos, absoluto.

a) Se trata de un derecho personalísimo, ya que no puede transferirse ni transmitirse. Así lo sentencia el inciso final de la regla 10ª del artículo 1337.<sup>1220</sup>

b) Es renunciable siempre que mira al interés personal del renunciante y su renuncia no está prohibida por la ley (artículo 12)<sup>1221</sup>. No es una obligación para el cónyuge sobreviviente atribuirse con cargo a sus derechos el inmueble en el que reside o los muebles que lo guarnecen. Sin embargo, es dudoso que este derecho pueda ser renunciado antes de la muerte del causante o incluso antes del matrimonio. Pareciera, que aunque ello no está expresamente prohibido, así debiera concluirse sobre la base del artículo 1717, que en lo pertinente impide que las capitulaciones matrimoniales contengan estipulaciones que vayan en perjuicio de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro. Por otro lado, si se llega a entender que éste es un derecho de carácter hereditario,

<sup>1218</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, H., *Bienes familiares y participación en los gananciales*, Santiago, 1996, pp. 52 y 53 y COURT MURASSO, E., *Los bienes familiares en el Código Civil (Ley 19.335)*, Cuadernos Jurídicos, N° 2, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, 1995, pp. 11 y 12.

<sup>1219</sup> Cfr. ROSSO ELORRIAGA, G., *Régimen jurídico de los bienes familiares*, Santiago, 1998, pp. 102 a 104.

<sup>1220</sup> Cfr. CORRAL, *La vivienda...*, cit., p. 120.

<sup>1221</sup> Cfr. DURÁN RIVACOBA, R., *Vivienda familiar y sucesión en el Derecho chileno. Su perspectiva comparada con el ordenamiento jurídico español*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 203 y 204 y ABELIUK, *La filiación...*, cit., p. 732. También en SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 590.

<sup>1216</sup> Cfr. MUÑOZ, *Aspectos sucesorios de la reforma*, cit., p. 147.

<sup>1217</sup> Cfr. ELORRIAGA DE BONIS, F., *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, 1995, pp. 575 a 577.

cuestión dudosa, acontecería que la renuncia en vida del causante estaría prohibida por el artículo 1463.<sup>1222</sup>

c) Pareciera, finalmente, que se trata de un derecho absoluto a favor del cónyuge sobreviviente, y, por lo mismo, su ejercicio no requiere de justificación de ninguna clase, no resultando aplicable a su respecto la doctrina del abuso del derecho.<sup>1223</sup>

830. OPCIÓN SUBSIDIARIA DE SOLICITAR DERECHOS REALES DE USO Y HABITACIÓN. Los incisos segundo y tercero de la regla décima del artículo 1337 dicen que "si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios". "El derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. En todo lo no previsto, el uso y la habitación se regirán por lo dispuesto en el Título X del Libro II".

Parece estar claro que éste es un derecho subsidiario a favor del cónyuge sobreviviente, que reconoce como supuesto de procedencia, que el valor de su cuota no le permita adjudicarse en propiedad el dominio del inmueble que le sirve como residencia y los muebles que lo guarnecen. Por lo mismo, este derecho solamente puede ejercerse en el caso que la cuantía de su cuota impida al cónyuge la adjudicación en dominio de estos bienes. Si esto último es posible, así debe procederse, no siendo admisible que el cónyuge sobreviviente escoja entre adjudicarse los bienes en propiedad o que se graven en su favor con derechos de uso o habitación.

831. EL PROBLEMA DE UNA CUOTA INSUFICIENTE. Resulta claro que si la cuota a la que tiene derecho el cónyuge sobreviviente le permite adjudicarse en dominio la vivienda en la que reside y la totalidad de su mobiliario, no se produce mayor problema. En este caso, podrá hacer uso del derecho de adjudicación preferente respecto de estos bienes, y ellos, en su totalidad, le serán atribuidos en dominio, deviniendo en propietario exclusivo.

<sup>1222</sup> Cfr. CAPRILE, *El derecho de adjudicación preferente...*, cit., p. 61; CORRAL, *La vivienda...*, cit., p. 120 y COURT, *El derecho de adjudicación...*, cit., p. 150.

<sup>1223</sup> Así COURT, *El derecho de adjudicación...*, cit., p. 150 y DOMÍNGUEZ, *Las reformas...*, cit., p. 127. En contra BARAONA, para quien "se trata de una norma con una finalidad harto precisa, el juez debe aplicarla atendiendo a ellas y a la necesidad de causar la menor desigualdad en la partición. Por eso (...) la teoría del abuso del Derecho sí debe ser aplicada" (BARAONA FERNÁNDEZ, J., *Partición hereditaria y derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, p. 137). En igual sentido CORRAL, *La vivienda...*, cit., pp. 121 y 122.

El problema se presenta, en consecuencia, cuando la cuota a la que tiene derecho el cónyuge sobreviviente no le permite adjudicarse en dominio la totalidad de los bienes, sino que solamente una parte de ellos. La regla legal de solución se presenta, en apariencia, con mucha sencillez: en este caso, de acuerdo a su tenor, el cónyuge sobreviviente puede solicitar que sobre lo que no le sea adjudicado en propiedad se constituyan derechos de uso o habitación según la naturaleza de estos bienes.

El resultado de lo anterior es que si el cónyuge ejerce su derecho para que se constituyan en su favor derechos de uso o habitación, terminará, en los hechos, llevando más de lo que le corresponde en la herencia por aplicación de las normas sucesorias. En efecto, dice el precepto, en lo pertinente, que si el valor total de dichos bienes *excede la cuota hereditaria del cónyuge*, éste podrá pedir que sobre las cosas que *no le sean adjudicadas en propiedad*, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso. Luego, éste es un derecho que recae sobre las cosas que no le son adjudicadas en propiedad. Con las cosas que se le adjudican en dominio se entera la cuota hereditaria, y es sobre el resto que se constituyen los derechos de uso o habitación. El cónyuge, entonces, completará su cuota con adjudicaciones en dominio y, en el resto, que en verdad es lo que excede su cuota, tendrá derechos de habitación y uso.<sup>1224</sup>

832. LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN PUEDEN IMPLICAR UN GRAVAMEN SOBRE LAS LEGÍTIMAS. Como se explicó con ocasión de la intangibilidad de las legítimas, el derecho de adjudicación preferente a favor del cónyuge sobreviviente puede constituir un gravamen sobre estas asignaciones forzosas, en particular por la facultad del cónyuge sobreviviente para que se constituyan en su favor derechos de uso o habitación en los bienes que no le sean adjudicados en dominio.

En general el único bien relevante es la casa que le sirve de residencia a la familia. El patrimonio del *de cuius* está representado, muchas veces, casi en forma

<sup>1224</sup> A este respecto señala RAMOS que "no se puede desconocer que la protección puede resultar excesiva perjudicando con ello las legítimas expectativas de los hijos. Téngase presente que, si como ocurre en la generalidad de los casos, los cónyuges se encuentran casados en régimen de sociedad conyugal, quiere decir que el sobreviviente va a tener derecho a la mitad de los bienes a título de gananciales. De la mitad restante, la ley le asegura la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria en su caso (art. 988). Como se puede ver bien poco queda para repartir entre los hijos. Si a esto se agrega que tiene derecho a que se le adjudique la propiedad del inmueble en que reside más el mobiliario que la guarnece, y que si por este concepto lleva más que lo que le corresponde se entienda constituido en su favor derechos de habitación o de uso, gratuitos o vitalicios, sobre esos bienes, según corresponda, se podrá apreciar que se ha ido demasiado lejos" (RAMOS PAZOS, R., *Análisis crítico de la Ley N° 19.585*, Revista de Derecho de la Universidad Austral [on-line], diciembre de 1999, Vol. 10 [citado 11 julio 2005], pp. 125-134, <http://mingaonline.uach.cl>).

exclusiva por esta vivienda. En estos casos, es claro que los derechos que le corresponden al cónyuge sobreviviente en la herencia serán menores al valor de la casa que ha servido de residencia a la familia, y, en este evento, como no puede adjudicársela en dominio con cargo a sus derechos hereditarios, podrá requerir que se le constituya en su favor un derecho de habitación en ella, lo que, en los hechos, va a gravar con un derecho real la legítima del resto.<sup>1225</sup>

La situación sólo se agrava si el cónyuge sobreviviente, además, emplea la facultad de solicitar un derecho de uso sobre el mobiliario de la vivienda, pues en este caso, muchas veces todo el patrimonio del causante va a quedar en manos de aquél, sea por habérselo adjudicado en propiedad, sea por ser titular de un uso y/o una habitación, sobre el resto.

Debe observarse que esta prerrogativa del cónyuge sobreviviente no termina por el hecho de contraer un nuevo matrimonio, de suerte que podría tener un nuevo marido o una nueva mujer, y de todas maneras continuará disfrutando de los derechos de uso y habitación en carácter de gratuitos y vitalicios.<sup>1226</sup>

Esta normativa, a fin de cuentas, introduce una evidente alteración a las reglas de fondo del Derecho sucesorio, pues luego que la ley establece las porciones que a cada uno de los herederos le corresponde en la herencia, las modifica mediante una regla de partición. Si hay hijos y cónyuge sobreviviente, y no hay testamento, el cónyuge sobreviviente lleva el doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponde a cada hijo (artículo 988), pero ello no pasa de ser una declaración formal, si al cónyuge sobreviviente se le permite solicitar derechos de uso y habitación gratuitos y vitalicios respecto de la residencia y su mobiliario, los que normalmente representa la parte más relevante del caudal hereditario.<sup>1227</sup>

<sup>1225</sup> En el mismo sentido COURT, *El derecho de adjudicación...*, cit., p. 153. También CORRAL cuando señala que "el legislador no sólo viola el principio de igualdad, sino que además hace lo que prohíbe al testador: imponer un gravamen a la legítima de los descendientes o ascendientes, según los casos (cfr. art. 1192)" (*La vivienda...*, cit., p. 147).

<sup>1226</sup> La exigencia de que el cónyuge permaneciera en estado de viudez a fin de disfrutar de estos derechos, estaba en el Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, y también el primer y segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pero esta redacción cambió en el informe complementario, porque se estimó que la exigencia vulneraba la libertad de las personas y fomentaría las relaciones de convivencia con el propósito de no perder estos derechos.

<sup>1227</sup> Señala CAPRILE que "en este sentido se vulnera la igualdad en valor, puesto que el cónyuge sobreviviente, al beneficiarse de los derechos de uso y habitación gratuitos y vitalicios, recibirá más de lo que el legislador la había asignado en abstracto al determinar su cuota, en perjuicio de sus coherederos. Por otra parte, cada vez que procedan estos derechos de uso y habitación será incierta la proporción de los bienes que en definitiva llevará el cónyuge sobreviviente. Los derechos del cónyuge sobreviviente y el atentado a la igualdad en valor crecerán en la medida en que disminuya la cuota que corresponde al cónyuge sobreviviente y se incrementa la proporción que representan los bienes objeto de la adjudicación preferente en

En este sentido, y a fin de evitar las mencionadas consecuencias, parece que habría sido preferible que estos derechos de uso o habitación, o incluso uno de usufructo, hubieren sido considerados por el legislador como imputables a la cuota hereditaria del cónyuge sobreviviente.<sup>1228</sup>

833. ¿PUEDE ENTENDERSE QUE LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN DEBEN SER IMPUTADOS A LA CUOTA QUE LE CORRESPONDE AL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE? Lo que se ha dicho en el número anterior, ha hecho pensar a algunos que la correcta inteligencia del inciso segundo de la regla 10ª del artículo 1337, debe ser tal que impida la lesión de lo que legalmente le corresponda al resto de los herederos en la sucesión. Esto se lograría, al menos en parte, mediante el expediente de imputar el valor del derecho de uso y habitación a la cuota que le corresponde al cónyuge sobreviviente. Habría que entender que si la cuantía de la cuota no le permite al sobreviviente adjudicarse en propiedad la vivienda en la que reside y su mobiliario, no podría procederse de este modo, por lo que tendría que optar por adjudicarse, con cargo a su cuota, derechos de uso y habitación.

A este respecto sostiene CORRAL que si el cónyuge sobreviviente opta por su derecho para que se constituyan en su favor derechos de uso o habitación, estos derechos deben ser debidamente valorados por el partidor y hecho aquello, este valor debe ser imputado a lo que al cónyuge sobreviviente le corresponde en la herencia. Así, si la cuota del cónyuge le da derecho a 100, y la vivienda familiar vale 140, el cónyuge sobreviviente no podría adjudicársela en dominio, pues el monto de su cuota no se lo permitiría, pero bien podría solicitar que se le adjudicase con cargo a su cuota un derecho de habitación, que tendría que ser valorado. Si, por ejemplo, este derecho resulta tasado en 70, esa cantidad debiera imputarse a la cuota del cónyuge que, como se ha dicho es de 100, y la diferencia; esto es, 30, debería completarse con la adjudicación de otros bienes. De esta forma se descartaría la posibilidad de que solamente se imputen a la cuota del cónyuge los bienes que le sean adjudicados en dominio, pues ello resultaría muy gravoso para los coherederos.<sup>1229</sup>

Continuación nota <sup>1227</sup>  
relación al valor total de la masa partible" (CAPRILE, *El derecho de adjudicación...*, cit., p. 53). En igual sentido afirma CORRAL que "en el fondo, la ley en este caso borra con el codo lo que escribió con la mano. Primero diseña un sistema de distribución del causal relicto de un modo que le parece justo, para después inopinadamente dejarlo sin efecto y establecer otro que beneficia sólo a uno de los coherederos y en una medida indeterminada: según lo que cueste el bien afecto a la adjudicación" (*La vivienda...*, cit., p. 147).

<sup>1228</sup> Cfr. CAPRILE, *El derecho de adjudicación...*, cit., pp. 54 y 55.

<sup>1229</sup> Cfr. *La vivienda...*, cit., pp. 129 a 131 y 150 a 154.

Otros han entendido que en el caso de ser la cuota del cónyuge insuficiente, éste no podría ejercer de manera simultánea el derecho de adjudicación preferente y el derecho de que se constituyan en su favor un uso o una habitación. Si la cuota no le alcanza para adjudicarse los bienes en dominio tendrá sencillamente que conformarse con la posibilidad que sobre ellos se constituyan derechos de uso o de habitación según el caso<sup>1230</sup>. Perciera que, de acuerdo a esta interpretación, estos derechos de uso y habitación terminarían imputándose a la cuota del cónyuge sobreviviente, pues, de lo contrario, ella quedaría sin ser enterada, lo que no es posible.

Es comprensible el esfuerzo interpretativo; de hecho, como se ha dicho antes, hubiera resultado hartamente más equitativo y lógico que estos derechos de uso y habitación resultaran imputables a la cuota del cónyuge. Esa era la solución que expresamente se establecía en los primeros proyectos de la reforma legal. El problema es que la ley adoptó una solución manifiestamente diferente; la imputabilidad a la cuota del cónyuge sobreviviente de los derechos de habitación y uso que estaba prevista en el proyecto, desapareció del texto legal aprobado. Es más, en el Senado se tuvo perfecta conciencia de que estos derechos gravarían la parte de los bienes que no fuesen adjudicados al cónyuge supérstite, y se justificó dicha solución sobre la base de que el resto de los herederos no tenía sobre esas cosas un derecho de propiedad, sino que una mera expectativa. Por ello que es que estas argumentaciones chocan, indefectiblemente, con el tenor del texto legal vigente, el que derechamente dice una cosa completamente diferente.

En efecto, señala la norma que si el valor total de dichos bienes *excede la cuota hereditaria del cónyuge*, éste podrá pedir que *sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso*, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios. La regla es categórica en cuanto a que, en este evento, el cónyuge tiene derecho a más de lo que le corresponde por cuota hereditaria, concretamente a lo que la excede. No habla el precepto de cosas que no puedan haberle sido adjudicadas en propiedad o de cosas que no pueden serle o no hayan podido serle adjudicadas en propiedad, sino que de cosas que no le sean adjudicadas en propiedad. Es claro, entonces, que ya han existido adjudicaciones de estas cosas a favor del cónyuge. Es evidente que el primer supuesto de la regla está en que el valor de los bienes exceda el

<sup>1230</sup> En este sentido, señala ALVAREZ que "si el valor total de los expresados bienes excediere la cuota hereditaria del cónyuge, no podrá darse lugar a la adjudicación preferente. Pero, en ese caso, el cónyuge podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, justamente porque exceden el valor de su cuota, se constituya en su favor derecho de habitación y de uso, según sea la naturaleza de las cosas, con el carácter de gratuitos y vitalicios" (*La filiación...*, cit., p. 138).

monto de la cuota del cónyuge. En ese evento, sobre las cosas que no le hayan sido adjudicadas en propiedad al cónyuge, se pueden constituir derechos de uso o habitación gratuitos y vitalicios. En otras palabras, los derechos recaen sobre los bienes que exceden el valor de la cuota del cónyuge, por lo que resulta claro que no la enteran ni pueden imputarse a ella.

En segundo término, si se diera lugar a la interpretación que se cuestiona, ocurriría que estos derechos de uso y habitación no serían gratuitos, por la sencilla razón de que ellos resultarían "pagados" por la imputación a la cuota que le corresponde al cónyuge sobreviviente. Se trataría de una adjudicación con cargo a lo que al cónyuge comunero le corresponde en la herencia. Si estos derechos resultaran imputables, ¿qué sentido tiene que la ley diga que son gratuitos: obviamente que ninguno. Se trataría de la simple adjudicación de derechos en la partición de la masa hereditaria y, naturalmente, nada se podría cobrar al adjudicatario por ello<sup>1231</sup>. Sería lo mismo que si al momento de proceder a la partición de un inmueble, en aplicación de la regla sexta del artículo 1337, se adjudicara a un comunero la nuda propiedad y al otro el usufructo, ¿podría alguien cuestionar que el usufructo debe ser gratuito? Desde luego que no, pues no se trata más que de atribuir a cada comunero lo que le corresponde en el bien indiviso.

En tercer lugar, debe tenerse muy en cuenta que de acuerdo al tenor de la norma, estos derechos de habitación y de uso no se adquieren mediante la adjudicación, sino que se adquieren por constitución del juez partidor. Dice a este respecto el precepto que el cónyuge podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se "constituya" en su favor derechos de habitación y de uso. Luego, en este caso, los derechos no nacen por adjudicación con cargo a la cuota, sino que por una constitución con cargo a lo que no ha sido asignado en propiedad. No parecen ser derechos que deriven propiamente de la sucesión por causa de muerte, aun cuando estén muy vinculados a ella. Es una simple prerrogativa legal a favor del cónyuge sobreviviente.

En cuarto lugar, la interpretación que se cuestiona hace que la norma diga una cuestión enteramente diferente. En efecto, si se acepta esta solución, el inciso segundo de la regla 10ª del artículo 1337 tendría que decir más o menos lo si-

<sup>1231</sup> Para demostrar la exactitud de lo que se dice, basta con tomar un simple ejemplo. Supóngase que la herencia tiene un valor de 100, y está conformada por la casa que vale 70 y por los muebles que valen 30. Sólo hay cónyuge y un hijo, de modo que a cada uno le corresponden 50. Si al cónyuge se le adjudican los muebles por 30 y se le adjudica un derecho de habitación sobre la casa que se valora, supongamos en 20, se completa la cuota del cónyuge. En este caso se ha imputado el derecho del cónyuge a su cuota. La solución parece razonable. Sin embargo, resulta evidente que en este caso el derecho de habitación no es gratuito, pues el cónyuge ha pagado por él con su cuota hereditaria, y no es obligado a pagar más por este derecho al resto de los herederos, ya que ellos carecen de título para cobrar por él.

guiente; si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste no podrá adjudicárselos en dominio, pero podrá pedir que con cargo a su cuota hereditaria se le adjudiquen derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas. Como se comprende, sin mayores dificultades, se trataría de una solución en verdad diferente a la que se adoptó por la Ley N° 19.585.

Finalmente, la interpretación que se cuestiona guarda poca relación con la historia fidedigna de la ley, la que demuestra que el propósito fue que el cónyuge sobreviviente se adjudicara en propiedad todo lo que fuere posible de la vivienda y de los muebles que la guarnecen, y que, en el resto, aun cuando excediere su cuota, se constituyeran en su favor los referidos derechos reales. En los primeros esbozos de la proyectada norma, se establecía efectivamente un sistema de imputación de los derechos reales del cónyuge a su cuota, pero tal idea fue abandonada.

En efecto, en el texto aprobado por la Cámara de Diputados, la norma, decía que "...el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a que su cuota hereditaria o la de gananciales, o la una y la otra, se enteren o solucionen, con preferencia, atribuyéndose la propiedad, u otro derecho real sobre el inmueble que es o fue residencia principal de la familia y sobre los bienes que lo guarnecen. Si el valor de dichos bienes excede el valor de los derechos a los que se imputa, el cónyuge sobreviviente dispondrá de un usufructo gratuito y vitalicio por el saldo, mientras permanezca en estado de viudez". Esto demostraba que el derecho real en cuestión inicialmente se concibió como imputable a la cuota del cónyuge sobreviviente; en otras palabras, la cuota se pagaba ya mediante la adjudicación en dominio, ya a través de la adjudicación de un derecho real sobre los bienes. De la misma forma quedaba claro que si el valor de los bienes era superior al valor de la cuota, el usufructo gratuito gravaría el saldo, esto es el exceso. En las redacciones posteriores la expresión saldo se eliminó, porque se entendió que no era un término técnico adecuado, pero no porque se entendiere que el cónyuge sobreviviente no tenía derechos sobre esta diferencia.<sup>1232</sup>

La misma idea se mantuvo en los dos primeros informes del Senado. En ellos el inciso tercero de la norma pasó a decir que "las adjudicaciones preferentes, sea en propiedad o en derechos de uso y habitación, podrán exceder el valor de la cuota hereditaria que corresponda al cónyuge cuando éste se avenga a pagar en numerario la diferencia a los demás partícipes de la sucesión". Resultaba claro, entonces, que los derechos de uso y habitación se adjudicaban con cargo a la cuota del cónyuge, y que si ellos la superaban el cónyuge debía pagar la diferencia. Se advirtió que la constitución de derechos reales de manera gratuita perjudicaría

a las legítimas de los otros herederos, ya que gravaría lo que a ellos les correspondía en la sucesión, por lo que se introdujo el deber del cónyuge de pagar por la diferencia, pensando que de esta forma se mantenía el principio de igualdad entre los herederos<sup>1233</sup>. Resulta obvio que si el cónyuge debía pagar por la diferencia es porque estos derechos reales iban más allá de la cuota hereditaria del cónyuge, pues de lo contrario el pago resultaría completamente incausado.

Sin embargo, todo esto desapareció en el Informe Complementario de la Comisión de Constitución del Senado, que suprimió ese inciso tercero de la norma y le dio la actual forma al inciso segundo. En consecuencia, se suprime toda referencia a la "adjudicación" de derechos reales a favor del cónyuge sobreviviente y desaparece la idea de pagar una diferencia por el exceso que resulte a favor de éste. La razón del cambio, concretamente la de retornar a la idea de gratuidad, fue la de que en nuestro medio podría ser frecuente que el cónyuge sobreviviente no pudiera pagar el alcance por carecer de los medios para ello. Se entendió que el resto de los herederos no resultarían perjudicados por esta solución, por cuanto según la Comisión, "mientras no se produzca la delación de la herencia, los eventuales herederos sólo tienen meras expectativas y la ley puede poner condiciones para el ejercicio de los derechos que les corresponden; en la especie, establecer que sobre los bienes que por la diferencia se adjudiquen al cónyuge en uso o habitación, el ejercicio de los derechos derivados de su cuota hereditaria quede transitoriamente limitado a la nuda propiedad". Quedó claro entonces en el curso de la cuestión, que estos derechos de uso y habitación actuaban como un gravamen o limitante de las legítimas de los otros herederos, los que, mientras viva el cónyuge sobreviviente, sólo tienen la nuda propiedad de los bienes que les sean adjudicados. De esta forma, se resolvió que esta norma sobre partición modificaba, de alguna forma, las reglas de fondo del Derecho sucesorio, ya que el resto de los herederos no llevan en la herencia todo lo que en verdad las normas generales dicen, resultando ellas alteradas por la regla 10ª del artículo 1337.

Por consiguiente, si la cuantía de la cuota del cónyuge sobreviviente no le permite adjudicarse la vivienda en la que reside podrá solicitar sobre ella un derecho de habitación, el que no gravará su cuota, por ser éste de carácter gratuito. Siendo así, y como consecuencia, habrá que concluir que por no estar aún enterada su cuota hereditaria tiene derecho a que ella se complete mediante la adjudicación de otros bienes. De la misma forma, si la cuantía de la cuota del cónyuge sobreviviente no le permite adjudicarse el mobiliario, podrá solicitar sobre éste un derecho de uso, derecho que no gravará su cuota, por ser de carácter gratuito. Como

<sup>1232</sup> Cfr. MUÑOZ, *Aspectos sucesorios de la reforma...*, cit., pp. 150 y 151.

<sup>1233</sup> Cfr. CORRAL, *La vivienda...*, cit., p. 85.



consecuencia, deberá concluirse que, por no estar aún enterada la cuota del cónyuge, tendrá derecho a que ella se pague mediante la adjudicación de otros bienes.

En cualquier caso no puede menos que decirse que todo lo anterior no hace más que confirmar que la regla décima del artículo 1337 es una norma confusa en su fondo y en su forma, que producirá innegables conflictos en su aplicación práctica, y que sería harto bueno pensar ya en su modificación. Si se la aplica conforme a su tenor, pueden resultar lesionadas las asignaciones hereditarias que el propio legislador establece; por el contrario, si se la aplica tratando de no perjudicar estas asignaciones, haciendo imputables los derechos de uso y habitación a la cuota del cónyuge, se termina por dejar de lado la gratuidad de estos derechos establecida en la misma norma. Como se comprende, esto no es razonable.

834. DISTINTAS POSIBILIDADES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE. Si se aceptan las conclusiones antes mencionadas, ocurrirá que el ejercicio de las prerrogativas establecidas en la regla 10ª del artículo 1337 podrá arrojar, a lo menos, las siguientes posibilidades:

a) La cuota del cónyuge sobreviviente sólo le permite adjudicarse la vivienda en propiedad. En este caso, el cónyuge sobreviviente puede adjudicarse en dominio la vivienda. Respecto del mobiliario, el monto de su cuota no le permite adjudicárselo en propiedad, por lo que respecto de los muebles podrá solicitar la constitución de un derecho real de uso. La nuda propiedad de ellos quedará radicada en otros los herederos adjudicatarios.<sup>1234</sup>

b) La cuota del cónyuge sobreviviente únicamente le permite adjudicarse en propiedad los bienes muebles. En este evento, al cónyuge sobreviviente le deben ser adjudicados con preferencia y en dominio estos bienes. En lo que hace a la vivienda, su cuota no lo faculta para requerir que ella le sea adjudicada en dominio, por lo que sobre ella podrá solicitar un derecho real de habitación, quedando radicada la nuda propiedad en manos de los herederos.<sup>1235</sup>

c) La cuota del cónyuge sobreviviente sólo le alcanza para adjudicarse en propiedad parte del mobiliario. Si así fuere, podrá adjudicarsele preferentemente en dominio todos los bienes muebles que sea posible y hasta donde lo permita la extensión de sus derechos. Respecto del saldo del mobiliario, puede solicitar, y debe concederse por el partidor, un derecho real de uso. Sobre la vivienda, el cónyuge sobreviviente puede solicitar que se le conceda un derecho de habitación respecto de la totalidad del inmueble.

<sup>1234</sup> Cfr. DURÁN, *Vivienda familiar...*, cit., p. 211.

<sup>1235</sup> *Ibidem*, p. 212.

d) La cuota del cónyuge sobreviviente le permite adjudicarse sólo una parte de la vivienda en propiedad, pero no el resto. Supóngase que la cuota del cónyuge sobreviviente asciende, en dinero, a \$ 75.000.000, y la vivienda que es su residencia tiene un valor de \$ 100.000.000. ¿Puede el sobreviviente adjudicarse en dominio la vivienda hasta por un setenta y cinco por ciento y respecto del resto solicitar se constituya un derecho de habitación?

El precepto parece sugerir que ello es posible, al disponer que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituirán derechos de uso o habitación según la naturaleza de las cosas<sup>1236</sup>. De modo que, según el tenor literal del precepto, sería posible que el veinticinco por ciento de la vivienda, en que el cónyuge sobreviviente no es dueño, resulte gravado con un derecho real de habitación en su favor.

El problema es que esta solución implica aceptar que el cónyuge sobreviviente será propietario y habitador a la vez, y que el derecho de habitación puede ejercerse respecto de parte del inmueble familiar, no quedando claro sobre qué parte de la vivienda recae el derecho de habitación. De allí que algunos rechacen esta posible solución, y parece ser lo más razonable.<sup>1237</sup>

Otra alternativa de solución es entender que cuando la cuota del cónyuge sobreviviente solamente le alcanza para una parte de la vivienda, pero no para el total, el derecho de adjudicación preferente en dominio no puede ejercerse respecto de ella, sino que solamente sobre los bienes muebles, y que respecto de la vivienda el derecho podrá solicitar un derecho de habitación sobre de la totalidad del inmueble. En otras palabras, aun cuando la cuota del cónyuge le permitiera adjudicarse en dominio una parte del inmueble, ello no se toleraría, pudiendo el cónyuge conseguir un derecho de habitación por el total, y no sólo por una parte<sup>1238</sup>. Este derecho de habitación, por su carácter gratuito, no sería imputable a la cuota del sobreviviente, por lo que ella deberá completarse con la adjudicación de otros bienes de la comunidad.

e) ¿Puede el cónyuge sobreviviente renunciar a la adjudicación preferente en dominio para quedarse sólo con derechos de uso y habitación? Supóngase que la cuota del cónyuge sobreviviente le permite adjudicarse en dominio o los muebles o la vivienda, pero no las dos cosas. Está claro que puede adjudicarse en propie-

<sup>1236</sup> Así MUÑOZ, *Aspectos sucesorios de la reforma*, cit., pp. 149 a 151; DURÁN, *Vivienda familiar...*, cit., pp. 212 y 213. Parece entenderlo así también BARAONA, *Partición hereditaria...*, cit., pp. 133 y 134.

<sup>1237</sup> Así CORRAL, *La vivienda...*, cit., pp. 127 y 128; COURT, *El derecho de adjudicación...*, cit., p. 153 y DURÁN, *Vivienda familiar...*, cit., p. 214.

<sup>1238</sup> Cfr. DURÁN, *Vivienda familiar...*, cit., p. 213.

dad una de las dos cosas, y sobre lo otro pedir derechos de uso o habitación según el caso. Pero, ¿podría el cónyuge no adjudicarse nada en dominio y pedir que todo quede gravado en su favor con uso o habitación? Parece que ello no es posible. El supuesto del inciso segundo de la regla 10ª es que sólo sobre las cosas que no le puedan ser adjudicadas en propiedad se constituyan derechos de uso y habitación. La expresión “sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad”, ilustra en el sentido de que si la cuota del cónyuge admite que le sean adjudicadas en dominio parte de los bienes, así debe hacerse, y que solamente en el resto se constituyan estos derechos reales.<sup>1239</sup>

835. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS DE USO O HABITACIÓN. El uso y la habitación presentan algunas particularidades cuando encuentran su origen en la regla décima del artículo 1337. En este sentido puede decirse que:

a) Tienen un evidente carácter asistencial. Se pretende mediante ellos asegurar el alojamiento del cónyuge sobreviviente, e impedir que por efecto de la partición de bienes quede privado de su hogar y del correspondiente mobiliario.<sup>1240</sup>

b) Son subsidiarios. Los derechos de uso y habitación solamente pueden decretarse si no es posible la adjudicación de los bienes en propiedad por no permitirlo la cuantía de los derechos del cónyuge sobreviviente en la comunidad.<sup>1241</sup>

c) Se trata de derechos gratuitos. El partidor debe concederlos al cónyuge sobreviviente sin que éste deba pagar nada por ellos. Naturalmente que esto no exonera al cónyuge sobreviviente de la necesidad de cumplir con las obligaciones propias de todo usuario o habitador.<sup>1242</sup>

d) Se trata de derechos renunciables. El cónyuge sobreviviente no está obligado a solicitar derechos de uso y habitación sobre lo que no le sea adjudicado en propiedad. Bien puede adjudicarse en dominio todos los bienes obligándose a

pagar el correspondiente alcance de conformidad a las reglas generales, incluso con hipoteca legal si es que fuere del caso.<sup>1243</sup>

e) Son derechos vitalicios. Duran lo que dura la vida del cónyuge sobreviviente. Si se quiere, están sujetos a un plazo cierto pero indeterminado, en la medida que se conoce que el cónyuge sobreviviente morirá, aun cuando no puede decirse cuándo.<sup>1244</sup> Sin perjuicio de ello, el uso o la habitación pueden terminar antes de la muerte de su titular por las reglas generales, como por renuncia, destrucción de las cosas o la prescripción.<sup>1245</sup>

f) Son derechos personalísimos. No pueden transmitirse por causa de muerte ni cederse o transferirse por acto entre vivos (artículo 819). Tampoco pueden embargarse (artículo 2466.3).

g) En lo no resuelto por la regla 10ª del artículo 1337, se rigen por las reglas generales que gobiernan estos derechos, establecidas en el Título X del Libro II.

836. LA INSCRIPCIÓN CONSERVATORIA DE LA RESOLUCIÓN QUE CONSTITUYE EL DERECHO DE HABITACIÓN. Dispone el inciso tercero de la regla 10ª del artículo 1337 que el derecho de habitación no será oponible a terceros de buena fe mientras no se inscriba la resolución que lo constituye en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

Se trata de evitar el perjuicio a los terceros. Entre las partes del juicio existe y vale el derecho judicialmente establecido por el partidor desde que queda ejecutoriada la sentencia que lo constituye. Sin embargo, para que la habitación sea oponible a terceros de buena fe es necesario cumplir con una medida de publicidad, consistente en que la resolución se inscriba en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador respectivo, sirviendo ella de título para todos los efectos. “La ley ha previsto aquí la inscripción como medida de publicidad y no como tradición del derecho de habitación. Ello, porque aquí ese derecho real no se adquiere de los otros comuneros por título translativo, sino en virtud del acto de partición y sujeto entonces a los principios del efecto declarativo de la partición (art. 1344)”.<sup>1246</sup>

<sup>1239</sup> En contra, CAPRILE, para quien el cónyuge sobreviviente podría adjudicarse en dominio un porcentaje de la residencia familiar y un porcentaje del mobiliario, por ejemplo, 5/6 de la vivienda y 5/6 del mobiliario, “respecto de la cuota que falta para completar el entero respecto de esos bienes (1/6 de la residencia familiar y 1/6 de los muebles). La nuda propiedad seguirá perteneciendo a la comunidad para enterar su cuota a los demás comuneros, y se constituirán derechos de uso o habitación, según la naturaleza de las cosas, a favor del cónyuge sobreviviente” (*El derecho de adjudicación...*, cit., p. 50).

<sup>1240</sup> Cfr. BARAONA, *Partición hereditaria...*, cit., pp. 135 y DURÁN, *Vivienda familiar...*, cit., p. 220.

<sup>1241</sup> DURÁN, *Vivienda familiar...*, cit., p. 220.

<sup>1242</sup> Dice MUÑOZ que “con esto se quiebra, de alguna manera, el principio de igualdad entre los copartícipes, pero es que dicha diferencia de trato aparece plenamente justificada en el contexto del cónyuge sobreviviente, lo cual estimamos que constituye una opción legítima” (*Aspectos sucesorios de la reforma*, cit., p. 148).

<sup>1243</sup> Cfr. ABELIUK, *La filiación...*, cit., pp. 733 y 734. También en SOMARRIVA, *Derecho sucesorio*, cit., p. 591.

<sup>1244</sup> Sobre este punto escribe DOMÍNGUEZ que “el cónyuge sobreviviente podrá volver a contraer vínculo matrimonial, de modo que ese bien, originado en una familia, en definitiva pasa a otra, con lo cual las consecuencias que el viejo principio paterna paternis, materna maternis, reviven en una nueva realidad ¿No debería terminar si el cónyuge vuelve a casarse?” (*Principios...*, cit., p. 235).

<sup>1245</sup> Cfr. COURT, *El derecho de adjudicación...*, cit., p. 156.

<sup>1246</sup> DOMÍNGUEZ, *Las reformas...*, cit., pp. 127 y 128.

En todo caso, debe llamarse la atención que la ley exige esta medida de publicidad para que el derecho real de habitación sea oponible a terceros de buena fe. Por el contrario, respecto de terceros de mala fe; esto es, los que conocían o no podían conocer sin negligencia grave de su parte el derecho de habitación, el mismo le es oponible aun sin esta inscripción conservatoria.<sup>1247</sup>

837. PARTICIONES EN LAS QUE RESULTA APLICABLE LA REGLA 10ª DEL ARTÍCULO 1337. La partición de una comunidad puede ser hecha de común acuerdo, por un juez partididor o por el propio causante. La regla 10ª del artículo 1337 resulta aplicable en todas ellas.<sup>1248</sup>

Si la partición se hace de común acuerdo entre los interesados, en ella el cónyuge hará valer su derecho de adjudicación preferente respecto de la vivienda en la que reside y de su mobiliario. El resto de los indivisarios estará obligado a aceptar el ejercicio de este derecho. Si pretenden desconocerlo simplemente no habrá el suficiente acuerdo como para hacer la partición.

Si no existe acuerdo, será necesario iniciar un juicio de partición ante juez árbitro. La regla 10ª del artículo 1337 es obligatoria para el partididor, de suerte que en su laudo y ordenata deberá pronunciarse sobre esta alegación y adjudicar estos bienes al cónyuge sobreviviente. Si no lo hace, la sentencia podrá ser impugnada de conformidad a las reglas generales. Para este efecto, el cónyuge sobreviviente podrá, en cualquier estado de la partición, y antes que se hayan efectuado las adjudicaciones, hacer uso de su derecho de atribución preferente.<sup>1249</sup>

Finalmente, la partición de la herencia puede ser hecha por el propio testador. Se lo permite expresamente el inciso primero del artículo 1318 que dispone que "si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, se pasará por ella en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno". En este caso la particularidad viene dada por el inciso segundo de la norma, que dispone que

<sup>1247</sup> Señala COURT que "no nos parece conveniente que la ley —mientras no esté inscrito el derecho— permita probar la mala fe del tercero para así hacerle oponible el derecho de habitación, por la cuota de incerteza que ello involucra". "Lo razonable sería presumir de derecho la buena fe del tercero por la sola circunstancia de no haberse inscrito el derecho de habitación en el respectivo Registro de Hipotecas y Gravámenes y, por el contrario, presumir de igual manera su mala fe, si el derecho se encuentra debidamente inscrito" (cfr. *El derecho de adjudicación...*, cit., p. 138). En semejante sentido ÁLVAREZ, *La filiación...*, cit., p. 138.

<sup>1248</sup> Cfr. CORRAL, *La vivienda...*, cit., p. 90.

<sup>1249</sup> *Ibidem*, p. 61.

"es especial, la partición se considerará contraria a derecho ajeno si no ha respetado el derecho que el artículo 1337, regla 10ª otorga al cónyuge sobreviviente". En consecuencia, el causante no tiene la posibilidad de eludir este derecho de adjudicación preferente mediante una partición anticipada en la que asigne a otros herederos la vivienda principal de la familia y los muebles que la guarnecen.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, R., *Las obligaciones*, T. I y II, Santiago, 1993.  
*La filiación y sus efectos*, Santiago, 2000.
- ALBIEZ DHORMAN, K., *La aplicación del artículo 1320 del Código Civil en caso de una segunda vivienda habitual*, Actualidad Civil, 1987-1, pp. 1353 y ss.
- AGUILAR ACEVEDO, J., *Estudio de las asignaciones hereditarias a favor del alma del testador en el derecho chileno*, memoria, Universidad Católica de Valparaíso, 2000.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. V, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1994.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Santiago, 1935.  
*Teoría de las obligaciones*, Santiago, 1939.  
*Partición de bienes*, Santiago, 1940.  
*De los contratos*, Santiago, reimpresión, s/f.  
*¿Puede una persona jurídica extranjera ser instituida asignataria de bienes situados en Chile?*, RDJ, T. 17, primera parte, pp. 35 y ss.  
*Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 3 de septiembre de 1930*, RDJ, T. 27, 2, pp. 49 y ss.  
*Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de agosto de 1942*, RDJ, T. 40, 1, pp. 196 y ss.  
*Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 10 de mayo de 1929*, RDJ, T. 27, 1, pp. 297 y ss.  
*De la responsabilidad del legatario de especie gravada con prenda o hipoteca*, RDJ, T. 24, primera parte, pp. 99 y ss.  
*Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de mayo de 1933*, RDJ, T. 30, 1, pp. 425 y ss.  
*Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de enero de 1933*, RDJ, T. 30, 1, pp. 436 y ss.

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.; SOMARRIVA UNDURRAGA, M. y VODANOVIC HACKLIKA, A., *Tratado de los derechos reales*, T. II, Santiago, 2001.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, F., *Partición de bienes*, Santiago, 1940.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *Curso de derecho hereditario*, Madrid, 1991.
- ÁLVAREZ CRUZ, R., *La filiación y otras reformas al Código Civil. Ley N° 19.585*, Santiago, s/f.
- El heredero aparente*, en RDJ, primera parte, T. 56, pp. 105 y ss.
- ALVEAR URRUTIA, J., *Derecho de acrecer*, RDJ, T. 26, 1, pp. 17 y ss.
- ANDERSON, M., *Una aproximación al derecho de sucesiones inglés*, Anuario de Derecho Civil, T. LIX, fascículo III, 2006, pp. 1243 y ss.
- ARANCIBIA S., J., *¿Puede ser instituida legataria una Municipalidad extranjera de bienes situados en Chile?*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1922.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la 10ª edición italiana, por J. Caramés Ferbo, Buenos Aires, 1986.
- AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. VI, Paris, 1873.
- BALBONTÍN, F. I., *De los albaceas o ejecutores testamentarios*, memoria, Universidad de Chile, Valparaíso, 1920.
- BARAONA GONZÁLEZ, J., *Partición hereditaria y derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 123 y ss.
- Atribución preferente de la vivienda familiar: posibles objeciones de constitucionalidad*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 161 y ss.
- BARRIGA ERRÁZURIZ, G., *De algunas exigencias, restricciones y prohibiciones impuestas a los albaceas*, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Vol. 5, 1978, pp. 192 y ss.
- Informe que incide en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 11 de abril de 1955*, RDJ, T. 52, 1, pp. 42 y ss.
- Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 4 de mayo de 1933*, RDJ, T. 30, 1, pp. 426 y ss.
- BARRÍA MORALES, A., *Del desheredamiento*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1916.
- BARROS ERRÁZURIZ, A., *Curso de Derecho Civil*, Santiago, 1921.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A., *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des successions*, T. I, II y III, Paris, 1895.

- BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, 2006.
- BELDA SANZ, M., *Notas para un estudio del artículo 1320 del Código Civil español*, Revista de Derecho Privado, 1985, pp. 331 y ss.
- BELLO, A., *Interpretación de un testamento*, en *Obras Completas*, T. 7, 1932.
- BONNECASE, J., *Tratado elemental de Derecho Civil*, traducción de E. Figueroa Alfonso, México, 1995.
- BORDA, G., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, T. I y II, Buenos Aires, 1987.
- BORJA, L., *Estudios sobre el Código Civil chileno*, T. 7, París, 1908.
- BRECCIA, U., en Vol. XXXIII de los *Travaux de l'Association Henri Capitant. Le droit au logement*, Journées Mexicaines, Paris, 1982, pp. 447 y ss.
- BURÓN GARCÍA, G., *Derecho Civil Español*, T. II, Valladolid, 1898.
- BUSTAMANTE SALAZAR, L., *El patrimonio. Dogmática jurídica*, Santiago, 1979.
- La repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores*, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri, Santiago, 1996, pp. 286 y ss.
- El efecto extintivo de la confusión en la enajenación de la herencia por título oneroso*, en Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, T. XIX, 1998, pp. 371 y ss.
- CÁMARA ÁGUILA, P., *Comentarios a los artículos 892, 894, 895 y 907 del Código Civil español*, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo Bercovitz, Madrid, 2001, pp. 1052 y ss.
- CANTELMO, E., *Comentario al artículo 540 del Código Civil italiano*, en *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Torino, 1981, pp. 161 y ss.
- CAPRILE BIERMAN, B., *El Derecho de adjudicación preferente: Comentario del artículo 1337 N° 10 del Código Civil*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Vol. VII, N° 7, 1999, pp. 37 y ss.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1987, pp. 1431 y ss.
- CARRERA, F., *El artículo 1061 del Código Civil chileno*, RDJ, T. 37, primera parte, pp. 71 y ss.
- Más sobre el artículo 1061 del Código Civil*, RDJ, T. 41, primera parte, pp. 5 y ss.
- CASARINÓ VITERBO, M., *Derecho Procesal Civil*, T. V, Santiago, 1998.
- CASTELLÓN MUNITA, J. A., *Nuevas consideraciones acerca de la teoría de la inoponibilidad*, Gaceta Jurídica, N° 129, pp. 7 y ss.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, J., *El testamento mancomunado, institución exportable al Código Civil*, Revista Jurídica de Navarra, 15, 1993, pp. 35 y ss.

- CIFUENTES OVALLE, R., *Disposición entre vivos del ius delationis*, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri, Santiago, 1996, pp. 269 y ss.
- CLARO LAGARRIGUE, L., *De los legados en general*, memoria, Santiago, 1939.
- CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, T. 13, 14, 15 y 16, reimpresión, Bogotá, 1992.
- CÓRDOBA, M.; LEVY L.; SOLARI, N. y WAGMAISTER, A., *Derecho sucesorio*, T. I y II, Buenos Aires, 1991.
- CORRAL TALCIANI, H., *La vivienda familiar en la sucesión del cónyuge*, Santiago, 2005.
- Adopción y filiación adoptiva*, Santiago, 2002.
- La protección de la vivienda familiar a favor del cónyuge sobreviviente. Panorama de Derecho comparado*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 227 y ss.
- Determinación de la filiación y acciones de estado en la reforma de la Ley N° 19.585*, en Documentos de Trabajo, Universidad de los Andes, N° 25, 1998.
- Bienes familiares y participación en los gananciales*, Santiago, 1996.
- CORREA F., J. D., *Nulidad de un testamento cerrado por vicios relacionados con su apertura y otorgamiento*, RDJ, T. 25, primera parte, pp. 155 y ss.
- COURT MURASSO, E., *Comentario crítico al trabajo del profesor Daniel Peñailillo Arévalo sobre la protección de la apariencia*, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Segunda Parte, Santiago, 2002, pp. 432 y ss.
- Nueva ley de filiación*, Santiago, 2000.
- El derecho de adjudicación preferente en la nueva regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 141 y ss.
- Los bienes familiares en el Código Civil (Ley 19.335)*.
- CRUZ LARENAS, M., *De la ordenación del testamento*, memoria, Universidad de Chile, Concepción, 1923.
- CUBILLOS TAPIA, V., *De los legados*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1909.
- CUELLAR, D., *Observaciones sobre la ordenación del testamento*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1924.
- CHARTIER, Y., *Domicile conjugal et vie familiale*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1971, pp. 510 y ss.
- DÍAZ BALTRA, L., *De la petición de herencia y de otras acciones del heredero*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1933.
- DÍEZ DUARTE, R., *La compraventa en el Código Civil chileno*, Santiago, 1988.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. II/2, Madrid, 1995.
- DESCHENAUX, H. y STEINAUER, P., *Le nouveau droit matrimonial*, Berne, 1987.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago, 1977.
- Las reformas al Derecho sucesoral de la Ley 19.585, Modificaciones al Código Civil en materia de filiación y sucesión por causa de muerte, Ley 19.585*, Universidad de Concepción, Concepción, 1999, pp. 100 y ss.
- Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31, 3, pp. 493 y ss.
- Principios del Derecho sucesorio en el Código de Bello y su estado actual*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, 219-220, 2006, pp. 215 y ss. También en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación, Alejandro Guzmán Brito (editor científico), Santiago, 2007, pp. 475 y ss.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, R., y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *Derecho sucesorio*, Santiago, 1998.
- Interpretación del testamento*, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, números 151 y 152, 1970, pp. 3 y ss.
- DURÁN RIVACOBRA, R., *Vivienda familiar y sucesión en el Derecho chileno. Su perspectiva comparada con el ordenamiento jurídico español*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 189 y ss.
- ELORRIAGA DE BONIS, F., *El exceso de formas testamentarias*, La Semana Jurídica, 368, marzo, 2008.
- El concepto de vivienda familiar en los artículos 141 y 1337, regla 10ª, del Código Civil, Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 105 y ss.
- La nulidad parcial*, RDJ, T. 95, 1998, primera parte, pp. 77 y ss.
- Breves lineamientos de la protección de la vivienda familiar en el Derecho comparado*, Cuadernos Jurídicos, N° 16, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, 2001.
- Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona, 1995.
- ESCOBAR RIFFO, F., *Del pago de las deudas hereditarias y testamentarias*, Santiago, 1984.
- EWING GRAHAM, A., *El albaceazgo*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1937.

- FABRES, J. C., *Obras completas*, T. II, *La porción conyugal según el Código Civil chileno*, Santiago, 1908.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M., *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona, 1992.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-RENGUERAL, M. A., *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio*, Madrid, 2006.
- FERRER, F. A., *Cómo se interpretan los testamentos*, Buenos Aires, 1994.
- FERRERO, A., *Tratado de Derecho Civil*, T. V, Vol. I y II; *Derecho de sucesiones*, Universidad de Lima, Lima, 1994.
- FONSECA GONZÁLEZ, R., *Las atribuciones preferentes en los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Revista de Derecho Privado, 1986, pp. 8 y ss.
- FUENZALIDA CORREA, O., *Las asignaciones forzosas*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1918.
- FUEYO LANERI, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, 2004.
- GALVÁN GALLEGOS, A., *La herencia: Contenido y adquisición. La aceptación y repudiación de la herencia*, Madrid, 2000.
- GARCÍA CANTERO, G., *Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español*, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, pp. 61 y ss.
- GARCÍA DE PEÑA, L. V., *Manual de Derecho Civil. Las liberalidades*, Universidad Iberoamericana, Colección de textos universitarios, Vol. VIII, Santo Domingo, 1995.
- GARCÍA URBANO, J., *Comentario al artículo 1406 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, T. II, Madrid, 1991, pp. 796 y ss.
- GARRIDO DE PALMA, V.; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C., y VÉLEZ BUENO, J., *La disolución de la sociedad de gananciales. Estudio específico de las asignaciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Madrid, 1985.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *Comentarios al artículo 890 del Código Civil español*, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. Bercovitz, Madrid, 2001.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M., en *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 2006.
- GONZÁLEZ A., R., *De la institución de las legítimas ante el Derecho Romano y ante nuestro Código Civil, y en especial de la formación de los acervos*, memoria, Santiago, 1919.
- GRIMALDI, M., en Vol. XXXIII de los *Travaux de L'Association Henri Capitant. Le droit au logement*, Journées Mexicaines, Paris, 1982, pp. 421 y ss.
- GREZ CORREA, P., *El testamento verbal en el Código Civil*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1917.
- GONZÁLEZ-SOLAR y BRAGADO, E., *La voluntad revocatoria del testador, tácita y presunta*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 87, 1997, pp. 115 y ss.
- GONZÁLEZ-SOLAR y BRAGADO, E., *La voluntad revocatoria del testador, tácita y presunta*, en , , pp. 115 y ss.
- GUTIÉRREZ, J. R., *Cesión de derechos hereditarios*, RDJ, T. 7, primera parte, pp. 8 y ss.
- GUZMÁN BRITO, A., *Derecho Privado Romano*, T. II, Santiago, 1996.
- Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Santiago, 1995.
- La tipología de los legados en el Derecho Civil chileno*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 27, 2006, pp. 51 y ss.
- El concepto de legado en el Derecho Civil chileno*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 22, 2, 2008, pp. 53 y ss.
- El prelegado en el Derecho Civil chileno*, Colección de estudios de Derecho Civil en Homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo, Alejandro Guzmán Brito (editor científico), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2008, pp. 251 y ss.
- El legado con causa onerosa que no puede estimarse en dinero*, Ius et Praxis, Derecho en la Región, Universidad de Talca, año 14, 1, 2008, pp. 145 y ss.
- La doble naturaleza de deuda hereditaria y asignación hereditaria de los alimentos debidos por ley a ciertas personas*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 35, 2, 2008, pp. 311 y ss.
- Identidades de funciones o efectos provenientes de la negociabilidad entre vivos y por causa de muerte*, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 32, 2009, pp. 39 y ss.
- HERRERA BRAVO, R., *Bona vacantia y sucesión a favor del Estado en el Derecho Romano y su recepción en el Derecho Histórico Español*, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano: Universidad de Vigo, 16-18 de abril de 1998, Vol. 2, 1999, pp. 21 y ss.
- HERRERA VARGAS, T., *¿Es nulo el testamento cerrado si han muerto el notario y los testigos antes de su apertura?*, memoria, Universidad de Chile, 1909.
- HEVIA CALDERÓN, R., *Concepto y función de la causa en el Código Civil chileno*, Santiago, 1981.
- ITURRIAGA GARCÉS, C., *Estudio sobre el artículo 1061 del Código Civil Chileno*, RDJ, T. 44, primera parte, pp. 97 y ss.

- Capacidad de los albaceas para comprar bienes raíces de la sucesión*, en RDJ, T. 41, primera parte, pp. 105 y ss.
- JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el ius delationis. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*, Madrid, 1990.
- Indignidad sucesoria y desheredación*, Granada, 2005.
- JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, T. III, Paris, 1930.
- KIPP, T., en ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil*, T. V, Vol. 1, *Derecho de sucesiones*, traducción de la undécima revisión de H. Coing, Barcelona, 1976.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., en *Elementos de Derecho Civil*, T. II, Vol. 2, *Derecho de las obligaciones*, Barcelona, 1987.
- Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares*, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, pp. 25 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, T. V, *Sucesiones*, Madrid, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, J.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, Vol. 1, Barcelona, 1990.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. VII, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 2003.
- LAZO, S., *Del testamento solemne otorgado en Chile*, Santiago, 1901.
- LEGERÉN, A., *El sistema testamentario estadounidense*, Pamplona, 2009.
- LIRA URQUIETA, M., *Algunas consideraciones sobre la herencia yacente y su curaduría*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1927.
- LLOBET AGUADO, J., en *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 2006.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Informe en Derecho sobre compra de acciones por el albacea de la sucesión vendedora*, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1984, pp. 137 y ss.
- LÓPEZ VILAS, R., *Configuración jurídica del albacea en Derecho español*, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, T. VI, Navarra, 1969.
- MAHUZIER MOUGNAUD, J., *Del testamento y sus solemnidades*, memoria, Universidad de Chile, Concepción, 1918.
- MARCHANT S., A., *De la entrega de los legados*, memoria, Universidad de Chile, 1915.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., *Comentarios los artículos 739 y 742 del Código Civil español*, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2001, pp. 888 y 889, y 890 y 891.
- MATURANA, R., *Del testamento. Nociones generales, requisitos y solemnidades*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1926.
- MAZEAUD, H. y L. y MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil. Successions et libéralités*, por A. Breton, Paris, 1982.
- MAZEAUD, H. L. y J., *Leçons de Droit Civil*, T. IV, Vol. 1, *Régimes matrimoniaux* (por M. de Juglart), Paris, 1982, pp. 796 y ss.
- MAZZINGHI, J. A., *El derecho del cónyuge sobreviviente sobre la vivienda familiar en el sistema sucesorio argentino*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 175 y ss.
- MENGGONI, L., *Sucesione per causa di morte*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. XLIII, T. 1, Milano, 1983, p. 148 y ss.
- MERA MOLINA, J., *Exposición de la doctrina de la causa*, Santiago, 1940.
- MERCADÉ, V., *Explication théorique et pratique du Code Civil*, T. III, Paris, 1873.
- MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. VII, *Derecho de las sucesiones por causa de muerte* (traducción de Sentis Melendo, S.), Buenos Aires, 1979.
- MEZA BARROS, R., *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*, Santiago, 2000.
- MUÑOZ DE DIOS, M., *La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil*, Anuales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXVII, pp. 217 y ss.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, A., *Aspectos sucesorios de la reforma*, en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585*, Servicio Nacional de la Mujer y Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1999, pp. 133 y ss.
- NASSER OLEA, M. y CORRAL TALCIANI, H., *Historia del establecimiento de la regla 10ª del artículo 1337 del Código Civil*, en *Derecho sucesoral actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 83 y ss.
- NÚÑEZ MAYA, D., *Antecedentes históricos de la incapacidad de herencia o legado de cofradías y otros establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas*, memoria, Universidad Católica de Valparaíso, 2002.
- OLAVARRÍA AQUEVEQUE, Ó., *Elementos del Derecho sucesorio chileno*, Santiago, 2004.
- Los distintos sistemas sucesorios. El sistema chileno*, Gaceta Jurídica, 257, pp. 7 y ss.
- ORMAZÁBAL ALIAGA, F., *De la sucesión testamentaria*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1917.



- OSSA JOGLAR, A., *Del albaceazgo fiduciario*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1933.
- PARDO DE CARVALLO, I., *La reforma del Derecho sucesorio por la Ley 19.585*, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, T. XX, 1999, pp. 111 y ss.
- PEDRALS GARCÍA DE CORTAZAR, A., *Comentario crítico al trabajo del profesor Daniel Peñailillo Arévalo sobre la protección de la apariencia*, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Segunda Parte, Santiago, 2002, pp. 444 y ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, Granada, 2006.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Santiago, 1990.
- La protección de la apariencia en el Derecho Civil*, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Segunda Parte, Santiago, 2002.
- PEREIRA COHELO, F., Vol. XXXIII de los *Travaux de l'Association Henri Capitat. Le droit au logement, Journées Mexicaines*, Paris, 1982, pp. 494 y ss.
- PÉREZ LASALA, J. L., *Curso de Derecho sucesorio*, Buenos Aires, 1989.
- PESCIO VARGAS, V., *Manual de Derecho Civil*, T. I, Santiago, 1948.
- PINOCHET CONTRERAS, O., *Asignaciones forzosas*, memoria, Universidad de Chile, Santiago, 1926.
- La porción conyugal, las legítimas y los acervos imaginarios*, Santiago, 1965.
- PIZARRO BORGOÑO, A., *Panorama general sobre el actual régimen sucesorio chileno después de las reformas de las leyes 18.802, 19.585 y 19.620*, en *Derecho sucesorio actual y adjudicación de la vivienda familiar*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, Santiago, 2000, pp. 17 y ss.
- PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, Paris, 1913.
- PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit Civil français*, T. IV y V, *Successions*, Paris, 1928.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. V, Vol. 1, Barcelona, 1990.
- PUIG FERRIOL, L., *El albaceazgo*, Barcelona, 1967.
- RAMOS PAZOS, R., *Derecho de Familia*, Santiago, 2000.
- Análisis crítico de la ley N° 19.585*, *Revista de Derecho de la Universidad Austral [on-line]*, diciembre de 1999, Vol. 10 [citado el 11 de julio de 2005], pp. 125-134, <http://mingaonline.uach.cl>.
- Sucesión por causa de muerte*, Santiago, 2008.
- RAMS ALBESA, J., *Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza)*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, pp. 727 y ss.
- RAUCENT, L., *Les régimes matrimoniaux*, Louvain, 1986.
- RIEG, A., *L'immeuble urbain d'habitation dans la droit patrimonial de la famille*, en *L'immeuble urbain a usage d'habitation*, Paris, 1963, pp. 465 y ss.
- RIVERA GONZÁLEZ, M. E., *Régimen sucesorio en Chile*, Boletín informativo mensual de la asociación de notarios y conservadores de Chile, noviembre-diciembre, 1996.
- RODRÍGUEZ GREZ, P., *Instituciones de Derecho sucesorio. De los cinco tipos de sucesión en el Código Civil chileno*, Vol. 1 y 2, Santiago, 2003.
- La sucesión por causa de muerte después de las reformas introducidas por la Ley N° 19.585*, de 1999, en *Actualidad Jurídica*, N° 7, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, 2003.
- Responsabilidad extracontractual*, Santiago, 1999.
- RODRÍGUEZ QUIROS, J. M., *Cesión de derechos hereditarios*, Boletín informativo mensual de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile, noviembre-diciembre, 1997, pp. 13 y ss.
- ROMERO COLOMA, AURELIA, *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 2006.
- La capacidad de testar*, Barcelona, 2007.
- ROSSO ELORRIAGA, G., *Régimen jurídico de los bienes familiares*, Santiago, 1998.
- ROZAS VIAL, F.; ALLENDE DECOMBE, F.; ASTABURUAGA SUÁREZ, M. y DÍAZ DE VALDÉS BALBONTÍN, J., *Sucesión por causa de muerte: historia, textos, jurisprudencia y comentarios*, Santiago, 1985.
- SAAVEDRA ALVARADO, R., *Autonomía de la voluntad y protección de la familia frente a la actual realidad sucesoria: La búsqueda de nuevos equilibrios entre dos principios fundamentales*, *Estudios de Derecho Civil II, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué (2006), Hernán Corral Talciani y María Sara Rodríguez Pinto (coordinadores), Santiago, 2007, pp. 113 y ss.
- SANTANDER VEGA, D., *Estudio sobre la institución del albaceazgo*, memoria, Universidad de Chile, La Serena, 1921.
- SAVATIER, R., *Les pouvoirs du juge dans la nouvelle figure de l'attributions préférentielle o matière de partage*, en *Melanges offerts à Pierre Voirin*, Paris, 1967.
- SCHMIDT HOTT, C., *La cuarta de mejoras*, *Temas de Derecho*, Universidad Gabriela Mistral, 8, 2, 1993, pp. 25 y ss.
- SERRANO ALONSO, E., *La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio*, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1986, pp. 85 y ss.
- SILVA BASCUÑAN, M., *Nulidad de un testamento cerrado por vicios relacionados con su apertura y otorgamiento*, en *RDJ*, T. 25, primera parte, pp. 133 y ss.

- SILVA SEGURA, E., *Acciones, actos y contratos sobre cuota indivisa*, Santiago, 1970.
- SHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960.
- SOLE RESINA, J., en *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 2006.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Derecho sucesorio*, versión de R. Abeliuk Manasevich, Santiago, 2003.
- Indivisión y Partición*, Santiago, 1981.
- Tratado de las cauciones*, Santiago, 1981.
- SOZA RIED, M., *La Cesión del Derecho Real de Herencia y de una Cuota Hereditaria*, Revista de Derecho, Universidad Austral, [online], diciembre de 2004, vol. 17 [citado 19 de julio de 2005], p. 91-111, <http://mingaonline.uach.cl>.
- STITCHKIN BRANOVER, D., *El mandato civil*, Santiago, 1975.
- TERRAZAS, D., *Orígenes y cuadro histórico del fideicomiso*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 25, N° 4, pp. 939 y ss.
- TRONCOSO LARRONDE, H., *Derecho sucesorio*, Santiago, 2006.
- UGARTE VIAL, J., *Protección de la legítima contra legados de cuerpo cierto*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 34, 2, 2007, pp. 251 y ss.
- URRUTIA, L., *Cesión de derechos hereditarios*, RDJ, T. 6, primera parte, pp. 222 y ss.
- VALLET DE GOITYSOLO, J. B., *¿Cabe la desheredación parcial?*, en *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. I, Madrid, 1980, pp. 142 y ss.
- Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, T. 1, *Las legítimas*, Madrid, 1974.
- VAN BIERVLIET, J., *Cours de droit civil*, T. I, Vol. II, *Les successions*, Louvain y Paris, 1921.
- VASCELLARI, M., *Comentario al artículo 540 del Código Civil italiano*, en *Comentario breve al Codice Civile* (dirigidos por G. Cian y A. Trabucchi), Padova, 1988, pp. 443 y ss.
- VÁZQUEZ BUTE, E., *Sobre la indignidad para suceder y legitimación activa para invocarla*, Revista Jurídica de Puerto Rico, Vol. 64, 1995, N° 2, pp. 141 y ss.
- VILALTA NICUESA, A. y MÉNDEZ TOMÁS, R., *Acción de impugnación de la desheredación*, Barcelona, 2001.
- VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción de J. Daza Martínez, Madrid, 1998.
- YÁÑEZ E., *Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de fecha 14 de noviembre de 1903*, RDJ, T. 1, 1, pp. 108 y ss.
- YSÁS SOLANES, M., en *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 2006.
- ZANNONI A., E., *Manual de derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, 1999.



