

## Derecho Sucesorio

NOTA IMPORTANTE: Este apunte incluye las innovaciones de la ley 19.585 pero explicando también la normativa anterior. Cabe destacar que el artículo 1° transitorio de la ley 19.585 estableció que pese a que rige in actum ("Todos los que posean el estado de hijo natural a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, tendrán los derechos que ésta establece"), "los derechos hereditarios se regirán por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión".

### La sucesión por causa de muerte. Generalidades.-

De acuerdo a la doctrina clásica del patrimonio-atributo de la personalidad, toda persona tiene necesariamente un patrimonio. Al morir, ese conjunto de relaciones jurídicas y de situaciones jurídicas -activas y pasivas- de índole pecuniaria (patrimonial), pasará a los herederos. La sucesión por causa de muerte implica, desde ese punto de vista, una verdadera subrogación personal, pues los herederos pasan a ocupar el lugar jurídico del difunto.

En la sucesión por causa de muerte se encuentran involucrados intereses muy complejos;

1. Desde luego, el interés del difunto, interés en virtud del cual éste puede disponer de parte de sus bienes para que tengan pleno efecto después de sus días.
2. En segundo lugar, el interés familiar, que se manifiesta en las asignaciones forzosas, y que se justifican porque el causante hizo su patrimonio en vida con la colaboración de su núcleo familiar.
3. Y en tercer lugar, en interés social, que se manifiesta en que el último en heredar es el Fisco y en que además la sucesión por causa de muerte debe pagar eventualmente un impuesto.

La libertad de testar se encuentra limitada sólo si el causante al morir dejó *asignatarios forzosos*. Si dejó "legitimarios", que son una especie dentro del género de los asignatarios forzosos, necesariamente quedará reservada una mitad del acervo partible ("mitad legitimaria") a ellos. El causante sólo podrá disponer de la mitad de libre disposición restante. Si además dejó descendientes legítimos o hijos naturales, personalmente o representados por su descendencia legítima, quedará aún más restringido porque una de las dos cuartas partes restantes, quedará reservada para mejorar a ciertos parientes, pudiendo, entonces, disponer libremente sólo de una cuarta parte de libre disposición.

### **La sucesión por causa de muerte como modo de adquirir.-**

La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio del patrimonio de una persona difunta, o sea, del conjunto de sus derechos y obligaciones transmisibles, o una cuota de ese conjunto, o una o más especies o cuerpos ciertos o una o más cosas indeterminadas de cierto género. (artículos 588 y 951). Es un modo de adquirir derivativo, por causa de muerte, a título gratuito y que

según los casos puede ser a título universal ("herencias") o a título singular ("legados").

*Los asignatarios.-*

a) Los asignatarios a título universal, con cualesquiera palabra que se les llame, **son herederos**; representan a 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 determinada persona (artículo 1097). Los herederos adquieren los bienes o derechos y contraen las obligaciones y deudas del difunto a prorrata de sus cuotas hereditarias. Pero sólo en la medida en que se trate de relaciones jurídicas transmisibles. No se transmiten los derechos u obligaciones intransmisibles, esto es, "intuitu personae".

Los herederos pueden ser de dos categorías: herederos universales y herederos de cuota. El heredero universal sucede en el patrimonio del causante sin designación de cuota. El heredero de cuota es aquel a quien se le indica en el testamento la porción o cuota a la que es llamado. (artículo 951 inciso 2º). Pueden existir varios herederos universales, que incluso lleven una cuota inferior a la de un heredero de cuota.

b) Los asignatarios a título singular. Con cualesquiera palabras que se les llame, son legatarios. No representan al causante y no tienen más derechos o cargas que las que expresamente se les confieran o impongan. Sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de la de los herederos y sin perjuicio de la responsabilidad que pueda sobrevenirles en caso de acción de reforma del testamento. (artículo 1104).

Los legatarios pueden ser de dos clases. De especie y de género. Los primeros suceden en especies o cuerpos ciertos; los segundos, en cosas genéricas. (artículo 951). El legatario de especie, se hace dueño de la especie desde el momento de la apertura de la sucesión, y desde ese momento puede, pues, ejercer la acción reivindicatoria y tiene derecho a los frutos (artículo 1338 Nº1). El legatario de género, al abrirse la sucesión, sólo adquiere créditos contra los herederos o la persona particularmente gravada por el causante con el pago del legado, de modo que la propiedad del legado mismo lo puede reclamar con acciones personales y en definitiva lo adquiere por tradición. A su vez, sólo tiene derecho a los frutos de la cosa desde su entrega o desde que el obligado a entregarla se constituyó en mora. (artículo 1338 Nº2).

*La apertura de la sucesión.*

El Código trata de la apertura de la sucesión en el artículo 955 del título I del libro III, y en el título VII del mismo libro, titulado "De la apertura de la sucesión, y de su aceptación, repudiación e inventario".

La apertura de la sucesión es el hecho que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios y se los transmite en propiedad.

La apertura de la sucesión se produce al momento de la muerte real del causante o, en caso de muerte presunta, se produce al dictarse el auto de posesión provisoria o el auto de posesión definitiva. El momento preciso tiene importancia no sólo porque en ese momento se define la capacidad y dignidad de los asignatarios, sino por otros motivos. El momento de la apertura de la sucesión es en el que se crea la comunidad hereditaria. Desde ese momento se pueden celebrar pactos sobre

la sucesión. Por otra parte, la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias debe ser analizada en ese momento. Por último, una vez aceptada o repudiada la asignación, los efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión (artículo 1239).

En el caso de varios comurientes, esto es, personas que fallecen en un mismo acontecimiento sin poder saberse el orden en que han ocurrido los fallecimientos, se entiende como que todos fallecieron en un mismo momento, y por ende ninguna hereda a la otra. (artículo 79).

Desde el punto de vista del lugar de la apertura de la sucesión, esta se abre en el último domicilio del causante (artículo 955), lo que resulta de interés, toda vez que de acuerdo al Código Orgánico de Tribunales, es juez competente para conocer de todo lo relacionado con la sucesión por causa de muerte el del último domicilio del causante (artículo 148 del C.O.T.).

Desde el punto de vista de la legislación aplicable, la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre (último domicilio del causante). Esto constituye una excepción al artículo 16 inciso 1°. En efecto, si el causante tuvo su último domicilio en el extranjero, respecto de los bienes situados en Chile, relacionados con la sucesión, será aplicable la legislación extranjera.

Sin embargo, el principio establecido en el artículo 955 también tiene excepciones.

- a) Si muere un chileno teniendo su último domicilio en el extranjero, aunque la sucesión se regirá por la ley extranjera (artículo 955), los parientes chilenos tienen en esa sucesión, que se va a regir por la ley extranjera, los derechos que les otorga la ley chilena (artículo 15).
- b) Si muere un extranjero en el extranjero dejando herederos chilenos, los herederos chilenos tienen sobre los bienes situados en Chile los derechos que les confiera la ley chilena. (artículo 998).
- c) En caso de muerte presunta, esta debe ser declarada por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en Chile. De modo que aunque exista constancia que el último domicilio del causante fue en el extranjero, sigue rigiéndose la sucesión por la ley chilena (artículo 81).
- d) De acuerdo al artículo 27 de la ley 16.271, si una sucesión se abre en el extranjero, pero el difunto deja bienes en territorio chileno, para los bienes dejados en Chile, debe pedirse la posesión efectiva de esa herencia en Chile. Esto hay que complementarlo con el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales, conforme al cual el juez competente para conocer de la posesión efectiva es el del último domicilio del causante en Chile y si el causante no ha tenido domicilio en Chile pero ha dejado bienes en Chile, es juez competente el del domicilio del solicitante de la posesión efectiva.

#### *La delación de las asignaciones.-*

De acuerdo al artículo 956, la delación de las asignaciones es el actual llamamiento que la ley hace a aceptar o repudiar la asignación. Por regla general, la herencia o legado se defiere al heredero o legatario al momento del fallecimiento del causante. La delación es una "oferta" que la ley hace *como consecuencia* de la apertura de la sucesión.

Sin embargo, si la asignación es condicional (bajo condición suspensiva), la asignación se defiere al momento de cumplirse la condición. Si la asignación está sujeta a una condición suspensiva que consiste en no ejecutar un hecho que

depende de la sola voluntad del asignatario (condición meramente potestativa), la asignación se defiere al momento de morir el testador con tal que el asignatario rinda caución, salvo que el testador hubiere establecido que mientras penda la condición pertenezca a otro asignatario la cosa asignada (en tal caso habría un fideicomiso).

### El derecho de transmisión.-

Cuando después de fallecido el causante muere el asignatario, pueden producirse varias situaciones:

a) Que el asignatario, antes de fallecer, alcance a repudiar la asignación deferida. De acuerdo a artículo 1239, es como si nunca hubiera sido asignatario y por ende nada transmite a sus herederos.

b) Que el asignatario, entre la delación y su fallecimiento, haya alcanzado a aceptar la asignación deferida; en esta situación transmitirá a sus herederos los bienes comprendidos en la asignación.

c) Que el asignatario fallezca sin haberse pronunciado respecto a la herencia o legado que le ha sido deferido. En ese caso, transmite a sus herederos la facultad que él tenía de aceptar o repudiar la asignación.

Este último caso es el que contempla el artículo 957 en los siguientes términos: Si el *heredero o legatario* cuyos derechos en 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.

El derecho de transmisión no es, pues, sino la aplicación del principio general conforme al cual cuando fallece una persona, transmite a sus herederos todo su patrimonio transmisible. Pues el derecho de aceptar o repudiar la asignación es parte del patrimonio de la persona.

El derecho de transmisión se aplica tanto en la sucesión testada como en la intestada, pues la norma del artículo 957 se encuentra en el Título I del Libro III, esto es, Definiciones y Reglas Generales. Por derecho de transmisión se pueden adquirir tanto herencias como legados. Pero el adquirente debe ser necesariamente heredero.

El transmitente, esto es, el que siendo heredero o legatario murió antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado deferida, debe haber sido capaz y digno de suceder al causante que le dejó esa herencia o legado. Y es importante destacar que debe haber muerto *antes* de haber aceptado o repudiado la herencia o legado. Si murió tras haberla repudiado se entiende que nunca fue asignatario; si murió tras haberla aceptado, transmite a los herederos, pero no el derecho de aceptar o repudiar la asignación (derecho de transmisión), sino la asignación misma.

A su vez, el transmitido, debe ser *heredero*, capaz y digno de suceder al transmitente. Entonces, habrá adquirido como tal el derecho aceptar o repudiar la herencia o legado deferida. Además, es necesario que al adquirente haya *aceptado* la herencia dejada por el transmitente (artículo 957 inciso 2o). No podría adquirir el derecho de aceptar o repudiar la herencia o legado que el transmitente no alcanzó aceptar o repudiar, si repudia la calidad de heredero del transmitente. Pero a la inversa, no hay problema alguno en que se acepte la asignación propia y se repudie la que se defiere por transmisión. Esto constituye una excepción al principio de que la aceptación o repudiación de una asignación son indivisibles.

## El derecho real de herencia.-

El artículo 577 al enumerar los derechos reales contempla al de herencia. Aplicando la noción de derecho real que da el mismo artículo se podría definir el derecho de herencia como aquel derecho real que se ejerce sobre la totalidad del patrimonio transmisible del causante o sobre una parte alícuota de él, sin respecto a determinada persona. Como derecho real, está protegido por una acción real, denominada acción de petición de herencia, a través de cuyo ejercicio se puede materializar el derecho de persecución.

Pero además, desde una perspectiva objetiva, la herencia constituye una universalidad jurídica no calificable, en sentido estricto, de mueble o inmueble.

El derecho real de herencia se puede adquirir por los siguientes modos:

- a) Por sucesión por causa de muerte
- b) Por tradición
- c) Por prescripción

**A) Cuando el derecho real de herencia se adquiere por sucesión por causa de muerte**, la adquisición se produce *ipso iure* desde el momento del fallecimiento del causante, salvo asignaciones condicionales, en cuyos casos se adquiere desde el cumplimiento de la condición suspensiva. Pero no basta que opere la muerte del causante, pues si en definitiva el asignatario repudia se entenderá no haberlo sido jamás y si en cambio acepta, se produce un efecto retroactivo en cuya virtud se entiende asignatario retroactivamente desde la muerte del causante o desde el cumplimiento de la condición.

La sucesión por causa de muerte otorga al heredero el dominio del derecho real de herencia. También le otorga la **posesión legal**. Posesión legal de la herencia es aquella que se adquiere por el verdadero heredero desde el momento en que es deferida aunque el heredero lo ignore. (artículo 722). En ella, el legislador presume la concurrencia de corpus y animus.

Hay que tener presente que la posesión de la herencia en el heredero es una posesión distinta a la posesión del causante. El artículo 717 lo establece así al disponer que la posesión del sucesor comienza en él.

Existe también la **posesión real** de la herencia, que equivale a la posesión definida en el artículo 700, esto es, en concurrencia de corpus y de animus. Por último, existe también la **posesión efectiva**. Esta es aquella que se otorga por sentencia judicial a quien tiene la apariencia de heredero. En absoluto se pronuncia acerca de quien es heredero; no garantiza tal calidad (el artículo 877 del Código de Procedimiento Civil establece que la posesión efectiva se concederá al que presente un testamento aparentemente válido en que se le instituye heredero). Que se haya dictado un decreto de posesión efectiva incorporando a una persona como heredero, significa que le da la apariencia (Posesión) del derecho de herencia, lo que se traduce en que el pago hecho a ese falso heredero puede ser válido (artículo 1576), ese falso heredero puede adquirir por una prescripción adquisitiva más breve (artículos 1269 y 704 inciso final).

Para que los asignatarios puedan disponer (enajenar o gravar) los inmuebles asignados, es necesario que previamente se hayan verificado las inscripciones de que trata el artículo 688 del Código Civil. Estas inscripciones son la del auto de posesión efectiva (y el testamento, en su caso) que se hace en el registro de

propiedad del Conservador de Bienes Raíces del territorio donde fue pronunciado el decreto), la inscripción especial de herencia (que se hace en el registro de propiedad del lugar donde están ubicados los inmuebles) y la inscripción especial del acto particional. Todas estas inscripciones tienen por objeto conservar la historia de la propiedad raíz. No son enajenación, por lo que se puede hacer aunque haya una prohibición de enajenar.

¿Qué pasa si se enajena sin haber practicado previamente estas inscripciones? Al principio la Corte Suprema estimó que la sanción era la nulidad absoluta pues se vulneraba una norma prohibitiva (artículo 10). Esta solución carecía de sustento jurídico (el artículo 688 no es prohibitiva sino imperativa) y además era poco práctica, toda vez que bastaba con que un heredero no practicara las inscripciones para que los acreedores no pudieran perseguirlos. Más tarde se estimó que la respuesta era otra: el contrato sería válido; lo que sería nulo sería la tradición. Finalmente la Corte Suprema se uniformó en orden a que la sanción sería simplemente la que se deduce del artículo 696, esto es, que el adquirente del heredero queda como tenedor precario. Sin embargo, esta solución ha sido criticada por la doctrina que ha estimado que lo más adecuado sería estimar que el adquirente quedaría como poseedor.

**B) Adquisición del derecho de herencia por tradición.** Artículos 1909 y 1910. Tradición del derecho de herencia es lo mismo que decir cesión de derechos hereditarios. Hay tal cuando el heredero o quien haya adquirido un derecho de herencia transfiere a otra persona ese derecho de herencia o una cuota de él. Lo que se transfiere es una universalidad (total o cuota), no bienes determinados; y eso explica el artículo 1909. La jurisprudencia se ha uniformado en que la cesión de derechos hereditarios se hace por cualquier medio que manifieste la intención del tradente de transferir y del adquirente de adquirir. Es decir, se aplica el estatuto jurídico de las cosas muebles.

El adquirente o cesionario pasa a tener la calidad del tradente o cedente. Luego, puede solicitar la posesión efectiva, ejercer la acción de partición, de reforma del testamento y la de petición de herencia; el cesionario no puede alegar la nulidad absoluta si el causante estaba impedido de hacerlo; el cesionario tiene derecho de acrecimiento (artículo 1910). El cesionario responde además de las deudas de la herencia, pero el acreedor no está obligado a accionar contra el cesionario. Si el acreedor no interviniera habría una novación imperfecta por falta de autorización del acreedor.

La responsabilidad del heredero cedente dependerá de si la cesión fue a título gratuito (en cuyo caso el cedente carece totalmente de responsabilidad) o a título oneroso (artículo 1909). Esta misma regla se aplica a la cesión de un legado sin especificación de los efectos que incluye (artículo 1910).

**C) Adquisición del derecho de herencia por prescripción.-** Este modo de adquirir se aplicará cuando la herencia está siendo ocupada por un falso heredero. La regla general es que se adquiera por prescripción extraordinaria de diez años (artículo 2512); excepcionalmente, por una prescripción ordinaria de cinco años en el caso establecido en el artículo 704 inciso final (artículo 1269). Los diez años se cuenta desde la ocupación de la herencia (desde que comienza la posesión real); los cinco años se cuentan desde la dictación (según algunos) o desde la inscripción (según otros) del auto de posesión efectiva.

### **Los Acervos.-**

Dentro de la sucesión por causa de muerte cabe distinguir las siguientes clases de acervos:

a) El acervo común o bruto. Este está formado por bienes del causante y bienes total o parcialmente ajenos que se encontraban en su poder al morir. Así por ejemplo, bienes de la sociedad conyugal, derechos en sociedades, cuotas en alguna comunidad,...(artículo 1341).

b) El acervo ilíquido. Este está formado por el conjunto de bienes que pertenecen al causante pero antes de efectuar ciertas deducciones previas denominadas "bajas generales de la herencia". Las bajas generales de la herencia están contempladas en el artículo 959 en relación al artículo 4º de la ley 16.271. Son los gastos de apertura de la sucesión, las deudas hereditarias, los alimentos forzosos, la porción conyugal en los ordenes de sucesión que no sean el de los descendientes legítimos y los gastos de entierro y última enfermedad del causante.

c) El acervo líquido o partible es el acervo ilíquido deducidas las bajas generales de la herencia.

d) El primer acervo imaginario. Lo constituye el acervo líquido con la acumulación de ciertas enajenaciones hechas por el causante en vida a algún legitimario en perjuicio de otros legitimarios (artículo 1185).

e) El segundo acervo imaginario. Lo constituye el acervo líquido o bien el primer acervo imaginario, más ciertas acumulaciones consistentes básicamente en las enajenaciones hechas por el causante en vida a algún tercero extraño en perjuicio de algún legitimario (artículo 1186).

### **Las incapacidades y las indignidades para suceder.-**

Por regla general todas las personas son capaces para suceder por causa de muerte, esto es, hábiles para ser asignatarios (artículo 961).

Las incapacidades para suceder son una excepción y por ende deben ser interpretadas restrictivamente (no pueden ser aplicadas analógicamente). Además, como son la excepción, al que pretende la existencia de alguna incapacidad corresponde la carga de probarla.

Las incapacidades para suceder son las siguientes:

a) Es incapaz de suceder quien no exista al momento de abrirse la sucesión (artículo 962). Pero:

- No hace falta tener existencia legal, basta con tener existencia natural (artículo 77);
- Si se sucede por derecho de transmisión, sólo hace falta existir al momento de morir el transmitente (artículo 962 inciso 1º en relación al artículo 957);
- Si el asignatario es condicional debe existir al momento de cumplirse la condición (artículo 962 inciso 2º);
- Si la asignación es a persona que no existe pero se espera que exista, basta con que el asignatario llegue a existir dentro de 10 años desde la apertura de la sucesión (artículo 962 inciso 3º);

-Si la asignación se establece en premio a quienes prestan un servicio importante, basta con que exista el asignatario dentro de 10 años contados desde la apertura de la sucesión (artículo 962 inciso 3º).

b) Son incapaces de suceder las entidades colectivas carentes de personalidad jurídica, salvo que la asignación tuviere por objeto la creación de una persona jurídica (artículo 963).

c) Son incapaces de suceder los condenados por "crimen de dañado ayuntamiento" (incesto o adulterio) (artículo 964)

d) Son incapaces de suceder ciertos eclesiásticos o personas cercanas vinculadas a ellos, cuando estos eclesiásticos han estado en estrecho contacto con el causante antes de morir (artículo 965).

e) Son incapaces de suceder testamentariamente el Notario, testigos y familiares o dependientes (artículo 1061).

### **Las incapacidades,**

a) son de orden público: miran al interés general de la sociedad y no sólo al del testador.

b) Luego, el testador no puede renunciar o perdonar la incapacidad; si lo hace, tal perdón es absolutamente nulo (artículo 966 y 1314 inciso 1º).

c) Cuando existe una causal de incapacidad, el incapaz lo es de pleno derecho sin necesidad de sentencia judicial: el juez sólo se limita a constatar la incapacidad.

d) El incapaz no adquiere nada por sucesión por causa de muerte, aun cuando no haya habido declaración judicial.

e) Si enajena a un tercero, el tercero nada adquiere, es decir, la incapacidad pasa a los terceros de buena o mala fe.

f) Si adquiere el asignatario o el tercero sólo habrá sido por prescripción adquisitiva del derecho (artículo 967).

Además, toda persona es digna para suceder excepto aquellas que la ley declare indignas. La indignidad es la falta de mérito de una persona para suceder por causa de muerte (artículo 961).

Las principales causales de indignidad son las establecidas en el artículo 968. Hay otras causales de indignidad en los artículos 969, 970, 971, 972, 1300, 1329.

Hay otras conductas que se asimilan a indignidad (artículos 114, 124 en relación al 127, 994, 1173,...)

### **Las indignidades**

a) son de orden privado, están establecidas en exclusivo provecho del difunto y por ende éste puede en vida perdonarlas (artículo 973).

b) Por ende, las indignidades deben ser judicialmente declaradas (artículo 974) en juicio ordinario a instancias de cualquier interesado en la exclusión del asignatario indigno. Mientras, el asignatario es digno.

c) Si la sentencia lo declara indigno, se le presume de mala fe y por ende debe restituir los efectos hereditarios con los frutos (artículo 974 inciso final).

d) La indignidad se "purga" por cinco años de posesión de la herencia o legado (artículo 975).

e) Si el indigno enajena, los efectos de la acción de indignidad no pueden alcanzar al tercer adquirente de buena fe (artículo 976). Sólo alcanza a terceros de mala fe. Además, la indignidad se transmite a los herederos con el vicio por todo el tiempo que falte para completar lo cinco años (artículo 977).

Para terminar habría que señalar que la incapacidad o indignidad no priva del derecho de alimentos, salvo en aquellos casos de indignidad a que se refiere el artículo 968 (artículo 979 e relación a 324). Además, hay que tener presente que los deudores hereditarios o testamentarios no podrían excepcionarse alegando incapacidad o indignidad (artículo 978)

## **LA SUCESION INTESTADA**

Libro III, Título II.-

La sucesión intestada es aquella que regla el legislador en los casos señalados en el artículo 980. Esto es:

1.- Cuando el difunto no dispuso de sus bienes. Sea porque simplemente murió sin haber hecho testamento o bien porque habiéndolo hecho, no dispuso en él de sus bienes. En efecto, en el testamento no se hacen sólo disposiciones sino que también pueden hacerse declaraciones. Y puede ocurrir que el testador haya hecho solamente declaraciones (reconocer a un hijo, nombrar un partidor o un albacea,...). Por último, puede ocurrir que el testador haya dispuesto de sus bienes pero sólo a título de legados, esto es, sin instituir herederos. En tal caso, los bienes no legados deberán distribuirse también según las reglas de sucesión intestada.

2.- Cuando el difunto dispuso de sus bienes, pero no lo hizo conforme a derecho. Es el caso de la nulidad del testamento por falta de algún requisito de forma o de fondo. Anulado el testamento por sentencia ejecutoriada, se considera como que nunca produjo efectos y por ende también deben aplicarse las reglas de sucesión intestada.

3.-El difunto dispuso de sus bienes, pero sus disposiciones no han tenido efecto. Ello ocurriría si el heredero testamentario ha repudiado la herencia, o era incapaz o indigno, y en general, siempre que el asignatario testamentario falte y no lleve su asignación.

En la sucesión intestada no se atiende al origen de los bienes ni al sexo o primogenitura de los herederos. (981 y 982).

Antes de entrar de lleno a las reglas que da el Código para la sucesión intestada hay que referirse al derecho de representación.

## **EL DERECHO DE REPRESENTACION.-**

El artículo 984 dice que "se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación". La representación es, como la transmisión, una

forma de sucesión indirecta. Si fallece el causante dejando a Pedro como hijo legítimo, Pedro sucede directamente. Si en cambio fallece el causante y tenía dos hijos: Pedro y Juan y Pedro a su vez tenía dos hijos: Diego y Antonio; en tal caso, pues, si Pedro había fallecido anteriormente al causante, Diego y Antonio habrán heredado al causante en el mismo lugar que habría ocupado Pedro si hubiese estado vivo.

El artículo 984 define la representación como 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.

Los nietos llevan lo que habría llevado su padre muerto antes que el abuelo si, al fallecer el abuelo, ese padre hubiese estado vivo.

En la representación intervienen necesariamente:

- El causante
- El representado
- El o los representantes.

Requisitos para que opere el derecho de representación.

1.-Debe tratarse de una sucesión intestada. El derecho de representación -a diferencia de la transmisión, que opera en la sucesión testada o intestada-, opera sólo en la sucesión intestada. La razón de fondo es muy simple y dice relación con que la representación, en cuanto ficción legal, es una suposición de la probable voluntad del testador. Ahora bien, si hay testamento, sólo cabe estarse a la voluntad expresada en el testamento. Pero también hay razones de texto que demuestran que la representación sólo opera en la sucesión intestada. Desde luego, el artículo 984 que lo define está en un título relativo precisamente a la sucesión intestada. En segundo lugar, el mismo artículo 984 comienza diciendo que "Se sucede ABINTESTATO...por derecho de representación". Como consecuencia de lo anterior, debe concluirse que por representación resulta imposible adquirir legados; ya que los legados suponen necesariamente un testamento.

Sin embargo, esta regla de que la representación sólo opera en la sucesión intestada tiene dos aparentes excepciones.

a)El artículo 1064 declara que lo que se deja (por testamento) indeterminadamente a los parientes, se entenderá dejado a los consanguíneos del grado más próximo, según el orden de sucesión intestada... En el fondo más que excepción es una norma interpretativa de la voluntad del testador.

b)El artículo 1183 declara que la forma como concurren y son representados y excluidos los legitimarios es la de la sucesión intestada. En el fondo no es excepción. Simplemente está confirmando que la representación sólo opera cuando se aplican las normas de sucesión intestada.

2.-La representación sólo opera en la línea de la descendencia del causante. No opera en la línea ascendente. Del artículo 986 que enumera los órdenes en los cuales opera el derecho de representación sin mencionar para nada a los ascendientes, se desprende que en favor de éstos no opera la representación. Esto se confirma en el inciso final del artículo 989, que establece que en el segundo orden de sucesión (antes regular), que es precisamente el de los ascendientes (antes ascendientes legítimos), el ascendiente de grado más próximo excluye al

de grado mas remoto. Ejemplo: Fallece el causante sin dejar descendientes sino sólo dos ascendientes: el padre y la abuela materna. En tal caso el padre excluye totalmente a la abuela materna. Esta carece totalmente de derechos sucesorios porque no puede representar (ocupar jurídicamente el lugar de) a su hija premuerta.

3.-La representación sólo opera en los órdenes de sucesión establecidos en el artículo 986. Según el artículo 986 (antes de la ley 19.585), hay lugar a la representación:

-En la descendencia legítima de difunto (el nieto representa al hijo, el bisnieto representa al nieto y/o al hijo,...)

-En la descendencia legítima del hijo natural dejado por el causante. El hijo natural puede haber dejado descendencia legítima o descendencia natural. Sólo en la medida en que haya dejado descendencia legítima hay representación. En la descendencia natural no la hay porque en el fondo el legislador da los beneficios de ser natural solo en una generación. Por eso, es impropio hablar de "nietos naturales" o "abuelos naturales". Sólo de "hijos naturales" o "padres naturales".

-En la descendencia legítima de los hermanos legítimos del causante. Un sobrino representa a su tío, esto es, al hermano legítimo del causante y que había fallecido antes que éste.

-En la descendencia legítima de los hermanos naturales del causante. Un sobrino representa a su padre legítimo que era hermano natural del causante y que había fallecido antes que éste.

El artículo 986 concluye recordando que estos son los únicos casos. Esto es, que la representación, como ficción legal que es, debe interpretarse restrictivamente y sólo para estos casos.

Para decirlo en forma mas sintética: hay lugar a la representación en la descendencia legítima del difunto, en la de los hijos legítimos y naturales y en la de los hermanos legítimos o naturales.

A partir de la ley 19.585, esto se simplifica a causa de la eliminación de la discriminación entre filiación legítima y natural: "Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos. Fuera de estas descendencias no hay lugar a la representación" (art 986).

Ahora bien, en dicha linea, la representación puede operar en forma indefinida. Es decir, puede ser de uno o varios grados. El artículo 984 inciso final agrega que se puede representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, lo habría hecho por derecho de representación. Es decir, se puede representar a una persona que, a su turno, también habría heredado por derecho de representación. Así, si antes que el causante había muerto su hijo y su nieto, el bisnieto ocupa el lugar del nieto, que equivale a decir -si no hay mas herederos- que ocupa el lugar del hijo.

4.-Debe faltar el representado. El caso más frecuente es que haya faltado por haber fallecido antes que el causante. Pero el artículo 987 agrega que también se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado, al incapaz, al indigno, al desheredado y al que repudió la herencia del difunto. Por eso que el artículo 984 alude al padre o madre que no hubiese querido o podido suceder.

Una persona no quiere suceder cuando repudia la herencia, y no puede hacerlo cuando ha fallecido, o cuando es incapaz o indigna de suceder, o cuando ha sido desheredada.

Esto debe relacionarse con el artículo 250 N° 2 (antes 243) relativo a los peculios, que establece que el padre de familia carece del usufructo de los bienes que han pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o porque éste fue desheredado. Lo que ha ocurrido en tal caso es precisamente que, por representación, los bienes del padre desheredado, incapaz o indigno han pasado al hijo.

Y hay lugar a la representación en la indignidad, incapacidad o desheredamiento, porque no es justo que los hijos tengan que cargar con las culpas de sus padres.

Ahora bien. El derecho de suceder del representante emana directamente de la ley. No del representado. Es decir, no hay una suerte de mandato sino que mas bien un caso de representación legal. Esto significa como consecuencia:

a) Que la herencia de un representado indigno no se transmite con el vicio de indignidad al representante. En efecto, el derecho del representante emana del causante directamente en virtud de una ficción legal. No emana del representado indigno. Hay aquí pues una "excepción" al artículo 977.

b) Que el representante debe ser capaz y digno RESPECTO AL CAUSANTE y no respecto al representado. El representante debe cumplir con los requisitos para suceder respecto al causante; no importa que no llene los requisitos para suceder respecto al representado.

c) Que se puede representar a la persona cuya herencia se ha repudiado (987 inciso 1o).

El efecto fundamental de la representación es que se sucede por estirpes, esto es, que los representantes, cualquiera sea su número, llevan en conjunto lo que habría llevado el representado si hubiera querido o podido suceder. El artículo 985 dice que los que suceden por representación heredan en todos casos por estirpes. Esta expresión "en todos casos" tiene un alcance muy importante.

Se refiere a que quienes heredan por representación sólo podrán hacerlo por estirpes, aunque de acuerdo a la ley pudieran también concurrir por cabeza por derecho propio. Por ejemplo. Si el representado pre-muerto es un hermano del causante, que había dejado tres hijos (sobrinos del causante). Estos sobrinos necesariamente llevan por estirpes lo de su padre pre-muerto. No podrían llevar algo que les correspondiera por derecho propio por cabezas ya que en el fondo es como si el hermano del causante estuviera vivo, y en tal calidad excluye a los colaterales (sobrinos) la posibilidad de heredar por derecho propio.

Desde el punto de vista de la aplicación de la ley en el tiempo, es importante tener presente que la ley sobre efecto retroactivo de las leyes establece que "en las sucesiones intestadas el derecho de representación de los llamados a ellas se regirá por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura". Si en cambio hay un sustituto designado en el testamento, se rige por la ley vigente al momento del otorgamiento del testamento.

**LOS ORDENES DE SUCESION INTESTADA.** El artículo 983 establece genéricamente quiénes son llamados a la sucesión intestada. El adoptado es también heredero intestado y se rige por la ley 7.613 (artículo 24). Hasta la fecha se hace necesario una adecuación de esta norma ya que establece que los derechos

hereditarios del adoptado se asimilan a los del hijo natural, concepto éste último que ya no existe desde la ley 19.585. El adoptante, en cambio, no es heredero intestado, pues la adopción está establecida por la ley como una institución creada en exclusivo beneficio del adoptado.

La ley establece un orden de prelación de quienes son llamados a una sucesión intestada, mediante los denominados "ordenes de sucesión". Un orden de sucesión es un grupo de parientes determinado por la ley que excluye a otro conjunto de parientes también fijado por la ley pero que a su vez puede ser excluido por otro conjunto de parientes. Cada conjunto de parientes que excluye o puede ser excluido es, por consiguiente, un orden de sucesión.

Hasta la ley 19.585, lo primero que debía analizarse para saber quiénes son los llamados por la ley, era determinar si el causante era un hijo legítimo o era, en cambio, un hijo ilegítimo o natural. En el primer caso se aplicaban los ordenes de sucesión regular (arts 988 a 992). En el segundo, los ordenes de sucesión irregular (art 993, hoy derogado).

Veremos a continuación los ordenes antes de la ley 19.585 para luego compararlos con la situación a partir de la ley 19.585.-

Suponiendo que lo normal es que el causante haya sido un hijo legítimo, partiremos analizando los ordenes de sucesión regular.

Estos ordenes son:

- 1o:De los hijos legítimos
- 2o:De los ascendientes legítimos
- 3o:De los hijos naturales
- 4o:Del cónyuge sobreviviente
- 5o:De los colaterales legítimos
- 6o:Del Fisco.

**PRIMER ORDEN DE LOS HIJOS LEGITIMOS.-** Estaba establecido en el artículo 988 que decía que los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, a menos que hubiere hijos naturales, caso en el cual concurrirían con aquellos, y sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al cónyuge sobreviviente. Es decir. Hijos legítimos, hijos naturales y cónyuge sobreviviente.

Para abreviar se suele denominar a este orden de sucesión "de los descendientes legítimos". Esta mala práctica es muy peligrosa pues da a entender que si el causante dejó descendientes legítimos todos ellos suceden. En realidad no es así. Sólo sucederán los hijos legítimos, los hijos naturales y el cónyuge sobreviviente. Lo que ocurre es que si hubo algún hijo legítimo o natural que falleció antes que el causante, podrán suceder en su representación sus hijos legítimos o los hijos legítimos de estos,... Ello, por la sencilla razón de que, como hemos visto, hay lugar a la representación en la descendencia legítima de los hijos legítimos o naturales del causante.

Por ejemplo: Si el causante deja dos hijos vivos con tres hijos cada uno y tres nietos más, de un tercer hijo que falleció con anterioridad. En tal caso, la herencia se repartirá: un tercio para el hijo vivo, otro tercio para el otro hijo vivo y el otro tercio por partes iguales para los tres nietos del pre-muerto (por representación). Pero los nietos cuyos padres están vivos, no son herederos intestados a pesar de ser, estrictamente hablando, descendientes legítimos.

Por eso, es mucho mas preciso decir que quienes con su presencia determinan que deba aplicarse el primer orden de sucesión regular son los hijos legítimos,

personalmente o representados por su descendencia legítima. Mientras haya hijos legítimos (personalmente o representados por su descendencia legítima), se debe aplicar el primer orden de sucesión regular. Sólo si no los hay habrá que ver si aplicar el segundo, o si tampoco, el tercero, y así sucesivamente.

Cuando el Código aludía a los hijos legítimos en el artículo 988 se refería no sólo a los hijos legítimos propiamente tales, sino también a la descendencia legítima de ellos, a los hijos legitimados (antiguo artículo 202) y al adoptado pleno, que adquiere para todos los efectos legales la calidad de hijo legítimo.

En el primer orden de sucesión regular también concurrían los hijos naturales (personalmente o representados por la descendencia legítima). Sea que hayan sido reconocidos voluntaria o forzadamente. Es decir, cualquiera de los reconocimientos del artículo 271 le habilitaba para suceder. Ello, porque no se distingue en esta materia el tipo de reconocimiento. Sin embargo, había dos limitaciones importantes que hacían que el hijo natural (o su descendencia legítima, en su caso), quedaba desmejorado en relación al hijo legítimo (o a su descendencia legítima, en su caso). La primera consistía en que la porción que lleva el hijo natural (personalmente o por medio de sus descendientes legítimos) equivalía a la mitad de lo que corresponda al hijo legítimo a título de legítima rigurosa o efectiva (988 inciso 2o). Ejemplo: Acervo partible de \$100. El causante dejó dos hijos legítimos y uno natural. Cada hijo legítimo lleva \$40, y el natural lleva \$20. La segunda limitación estaba establecida en el artículo 988 en su parte final con una redacción muy confusa. Es simple sin embargo. Consiste en que la porción que en total lleven todos los hijos naturales y/o sus descendientes legítimos, no podrá exceder de la cuarta parte del acervo a repartir según las reglas de sucesión intestada, a saber, de la cuarta parte del total de la herencia (si el causante no dispuso de cuartas) o la cuarta parte de la mitad legitimaria (si el causante dispuso de ambas cuartas) o de la cuarta parte de los 3/4 de la herencia (si el causante dispuso de la cuarta de mejoras pero no de la de libre disposición o dispuso de la cuarta de libre disposición pero no de la cuarta de mejoras).

Ejemplo: Acervo partible: \$120. El causante deja un hijo legítimo y uno natural. En principio, el hijo legítimo estaría llevando \$80, y el hijo natural la mitad, esto es, \$40. Pero en tal caso el hijo natural estaría llevando más de 1/4 de la herencia, y eso el legislador lo prohíbe. Luego, el hijo natural sólo podrá llevar hasta 1/4 del acervo partible, es decir, llevara \$30. El hijo legítimo, por su parte, llevará \$90.

No debe olvidarse sin embargo que las limitaciones en estudio se aplican a la parte intestada de la herencia, pero puede el causante haber dejado al hijo natural la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición. En tal caso el hijo natural llevará desde luego esa mitad del acervo partible. Y llevará además lo que "de acuerdo a las reglas sobre sucesión intestada" (que es lo que debe aplicarse para repartir la mitad legitimaria) le corresponda en la mitad legitimaria. En síntesis, llevará mucho más que él o los hijos legítimos y por supuesto muchísimo más que la cuarta parte del acervo partible. Las limitaciones se aplicarán sólo en la mitad legitimaria no dispuesta.

En el primer orden de sucesión regular, el adoptado concurría como hijo natural. Esta asimilación es bastante amplia de acuerdo al artículo 24 de la ley 7.613 (a la fecha de actualización de estos apuntes, no modificado). Si hay varios hijos naturales, será contado como uno más de ellos. Sin embargo, esta asimilación tiene sus limitaciones. Desde luego, no operará representación con la descendencia legítima del adoptado. Ello, pues la representación es una ficción legal y como tal debe ser interpretada en sentido estricto (no admite

interpretación analógica). De manera tal que si falta el adoptado por haber fallecido o por cualquier otro motivo, dejando descendencia legítima, esta nada lleva en la sucesión intestada. Por último, es importante tener presente que el adoptado tiene los derechos del hijo natural aunque en el hecho no haya concurrido ningún hijo natural. Es decir, no es necesaria la concurrencia efectiva de un hijo natural (personalmente o representado) para que concorra el adoptado. Ese es el alcance que deberá dársele a la expresión "que corresponda o haya podido corresponder al hijo natural".

En cuanto al cónyuge sobreviviente, concurriría también en el primer orden de sucesión regular. Pero no como heredero abintestato sino por su porción conyugal. (988 inciso 1°). Esta porción la determina el 988 inciso 2°: equivale por regla general a dos legítimas rigurosas o efectivas de los hijos, salvo que exista uno solo de estos, en cuyo caso equivale a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo. Ejemplo: Acervo partible: \$240. Concorre un hijo natural, 3 adoptados, 2 hijos legítimos y el cónyuge sobreviviente. Como el hijo legítimo lleva el doble que el natural y el cónyuge dos legítimas del hijo legítimo, tendríamos que al hijo natural corresponde \$20, a cada adoptado otros \$20, a cada hijo legítimo \$40 y al cónyuge \$80. Pero como el hijo natural (en conjunto con los adoptados) está llevando más de 1/4 de la herencia (más de 60), debe reducirse la asignación al hijo natural. Lleva \$15 el hijo natural, \$15 cada adoptado (así estos en conjunto no exceden de \$60). Cada hijo legítimo lleva \$45 y el cónyuge lleva \$90. Se ha visto beneficiado cada hijo legítimo (su parte ha subido de 40 a 45) pero también (por calcularse con imputación a la mitad legitimaria) la porción conyugal, que ha incrementado de 80 a 90.

**SEGUNDO ORDEN DE LOS ASCENDIENTES LEGÍTIMOS.-** A este orden sólo se recurriría cuando el difunto "no ha dejado posteridad legítima" (989). Esto es, cuando no ha dejado hijos legítimos ni descendientes legítimos de estos con derecho a representarlos.

En tal caso, pues, habrá que analizar si el causante dejó ascendientes legítimos. Si los dejó, nos quedamos en este orden y distribuiremos con quienes estos ascendientes legítimos están llamados a concurrir. Si el causante no dejó ascendientes legítimos, habría que ver si dejó hijos naturales (tercer orden), y así sucesivamente.

Según el artículo 989 concurren en el orden de los ascendientes legítimos no solo éstos -que fijan el orden y por eso es que le dan la denominación- sino también el cónyuge y los hijos naturales, los que a su vez, por aplicación del artículo 24 de la ley de adopción, comprenden también al adoptado. Este, como se ha dicho, concurre aunque no haya hijo natural.

En este orden, la representación sólo podrá operar en beneficio de la descendencia del hijo natural. No opera jamás la representación, en cambio, en la línea ascendente. Y por eso es que si hay varios ascendientes legítimos de diversas generaciones (padres, abuelos, bisabuelos), no todos concurren sino que los más cercanos excluyen a los más lejanos. De ahí lo que dispone el artículo 989 inciso final.

Tampoco hay lugar a la representación en la descendencia del cónyuge ni del adoptado.

En este orden pueden presentarse varias situaciones:

a) Concurren ascendientes legítimos, cónyuge e hijos naturales. Se aplica el artículo 989 inciso 1o. y la herencia se reparte en 3 partes iguales: una para los ascendientes legítimos, otra para el cónyuge sobreviviente y otra para los hijos naturales (incluyendo en tal concepto al adoptado si lo hay). Esto se debe a la redacción introducida por la ley 10.271. Esta distribución sin embargo contradice las normas sobre asignaciones forzosas. Pues en este caso son legitimarios no sólo los ascendientes legítimos sino también los hijos naturales. Entre ellos debe dividirse la mitad legitimaria. Ahora bien, en este orden, la cuarta de mejoras debe dividirse entre los hijos naturales. Luego, en este orden al hijo natural debió habersele dejado la mitad de la herencia: la mitad de la mitad legitimaria por ser heredero forzoso (o sea  $1/4$  de la herencia) y la cuarta de mejoras integra, lo que da como resultado la mitad del acervo partible.

En cambio, el legislador le asigna solo  $1/3$  del acervo partible.

b) Caso en que falten ya el hijo natural, ya el cónyuge sobreviviente. En el primer caso, la herencia se divide por mitades entre los ascendientes y el cónyuge; en el segundo, se divide por mitades entre los ascendientes y los hijos naturales (989 inciso 2o).

c) Caso en que concurren ascendientes legítimos, cónyuge y adoptado. Es decir, faltan los hijos naturales (artículo 24 de la ley de adopción). En este caso, no se aplica el inciso 1o del artículo 24 de la ley 7.613, conforme al cual debería haberse hecho una distribución de tres tercios iguales, sino el inciso 2o del artículo 24 citado. Entonces, el acervo partible se divide en 6 partes:  $3/6$  para los ascendientes legítimos;  $2/6$  para el cónyuge sobreviviente y  $1/6$  para el adoptado. El cónyuge queda igual, pues  $2/6$  equivale a  $1/3$ . Pero queda desmejorado el adoptado. ¿Por qué? Porque era la única manera de lograr darle al ascendiente legítimo, que en este caso es el único legitimario, la mitad de la herencia (mitad legitimaria). Recordemos que la asimilación del adoptado al hijo natural es excepcional y no debe interpretarse nunca analógicamente. Luego, no podría aplicarse analógicamente hasta el punto de darle al adoptado la calidad de legitimario.

d) Caso en que solo haya ascendientes legítimos. Estos llevan todo por partes iguales, pero como no hay lugar a la representación, los ascendientes mas cercanos excluyen a los mas lejanos.

**TERCER ORDEN DE LOS HIJOS NATURALES.-** Este orden estaba contemplado en el artículo 990 y se pasa a el cuando no se ha podido aplicar el 1° (por falta de hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legitima) ni se ha podido aplicar el 2° (por no haber ascendientes legítimos). Si hay hijos naturales (personalmente o representados por su descendencia legitima, o bien adoptados) se aplica este orden. De lo contrario se pasa al siguiente, si cabe, o al subsiguiente y así sucesivamente.

Quienes con su presencia fijan este orden son los hijos naturales, personalmente o representados por su descendencia legitima, o los adoptados (aunque no concurren hijos naturales).

En este orden, junto a los hijos naturales (y al adoptado, en su caso), concurren el cónyuge sobreviviente y los hermanos legítimos. La representación en este orden podrá, pues, operar en la descendencia legítima de los hijos naturales y en la descendencia legítima de los hermanos legítimos.

Situaciones que pueden presentarse:

- a) Concurren hijos naturales (o adoptados), cónyuge sobreviviente y hermanos legítimos. Lleva  $\frac{3}{6}$  los hijos naturales (o adoptados),  $\frac{2}{6}$  el cónyuge sobreviviente y  $\frac{1}{6}$  los hermanos legítimos. (990 inciso. 1o y 24 ley 7613).
- b) Concurren hijos naturales (o adoptados) y cónyuge. Se dividen por mitades (990 inciso. 2o y 24 ley 7613).
- c) Concurren hijos naturales (o adoptados) y hermanos legítimos. Llevan  $\frac{3}{4}$  los hijos naturales (y los adoptados) y  $\frac{1}{4}$  los hermanos legítimos. (990 inciso 3o y 24 ley 7613). Se respetan al hijo natural tanto su mitad legitimaria como su cuarta de mejoras.
- d) Concurren solamente hijos naturales o adoptados. Llevan la totalidad de la herencia (990 inciso 4o y 24 ley 7613).

Respecto a la situación de los hermanos hay que hacer dos alcances. Lo primero, recordar que pueden concurrir personalmente o representados por su descendencia legítima.

Lo segundo es que cabe hacer aquí la distinción entre hermanos de simple conjunción (lo son sólo por parte del padre -"paternos"- o solo por parte de la madre -"maternos"-) y de doble conjunción o "carnales" -artículo 41- (lo son tanto por parte del padre como de la madre). Esta diferencia no tiene importancia en principio.

Cualquiera que sea la calidad concurren como hermanos legítimos que son. Sin embargo, si concurren hermanos paternos o maternos con hermanos carnales, la porción de los primeros será la mitad de la porción de los últimos. (990 inciso finales). Esto, sin embargo, sólo si concurren los paternos o maternos con los carnales. Si sólo concurren paternos y/o maternos, llevan la totalidad de lo que en derecho les corresponde. A esto último se refiere el artículo 990 cuando dice "toda la herencia", expresión evidentemente errónea pues los hermanos legítimos, en este orden, jamás concurren solos.

En cuanto al adoptado, recordar que de acuerdo al artículo 24 de la ley 7613, lleva lo mismo y tiene los mismos derechos de los hijos naturales. De modo que existiendo adoptado y aunque no haya hijos naturales o posteridad legítima de estos, siempre debemos quedarnos en este orden. (A pesar de que por error de texto el artículo 24 hace una referencia al artículo 991 del Código Civil que daría a entender que concurrendo el adoptado sin hijos naturales habría de aplicarse el cuarto orden de sucesión regular. Aquí lo único que hay es un error de concordancia nacido con motivo de las reformas de la ley 10.271).

**CUARTO ORDEN DEL CONYUGE.-** Se aplica el artículo 991 y tiene lugar cuando no ha sido posible aplicar el primer orden (el causante no dejó hijos legítimos ni personalmente ni representados por su posteridad legítima), ni el segundo (el causante no dejó ascendientes legítimos) ni el tercero (el causante no dejó hijos naturales personalmente ni representados por su posteridad legítima ni dejó tampoco adoptados). Se pasa a este orden si el causante dejó cónyuge sobreviviente. De lo contrario se pasa al siguiente orden que es el de los colaterales legítimos. Quien con su presencia determina quedar en este orden es el cónyuge sobreviviente.

El cónyuge sobreviviente puede concurrir sólo o con hermanos legítimos del causante. Si concurre sólo, lleva todo. Si concurre con los hermanos legítimos, el cónyuge lleva  $\frac{3}{4}$  y los hermanos legítimos  $\frac{1}{4}$  restante.

Aunque en este orden nada se dice sobre la discriminación entre hermanos de simple conjunción o de doble conjunción, se ha estimado que también se aplica:

1o: Por analogía del artículo 990. Donde existe una misma razón debe existir una misma interpretación.

2o: Porque el silencio del legislador en el artículo 991 se debió a un simple olvido, como se deduce de la historia fidedigna del establecimiento de la ley 10.271.

3o: Porque a contrario sensu, en el artículo 992, cuando se establece el orden siguiente o de los colaterales legítimos, el legislador expresamente estableció que no se aplicaba la discriminación entre los hermanos de simple conjunción y los de doble conjunción.

Ahora bien. Puede ocurrir que el causante no haya dejado cónyuge sobreviviente (ni ninguno de los parientes que determinaban aplicar los ordenes 1o, 2o o 3o), sino que sólo haya dejado hermanos legítimos (personalmente o representados por su posteridad legítima). En tal caso estos llevan todo. Lo dice el artículo 991 y en el fondo, estrictamente hablando, los hermanos legítimos (personalmente o representados por su posteridad legítima) hacen en este caso de parientes determinantes de un verdadero orden de sucesión. Su presencia determina que no se aplique el orden siguiente de los colaterales legítimos.

**QUINTO ORDEN DE LOS COLATERALES LEGITIMOS.-** Se aplica el artículo 992.

Lo primero que decía este artículo era que se aplica este orden cuando no se han podido aplicar los anteriores. Es decir, el causante no dejó ni hijos legítimos personalmente o representados por su posteridad legítima, ni ascendientes legítimos, ni hijos naturales personalmente o representados por su posteridad legítima, ni cónyuge ni hermanos legítimos (personalmente o representados por su posteridad legítima). Esto último es muy importante tenerlo presente. La representación de los hermanos legítimos del causante excluye la aplicación del quinto orden aunque aparezca contradictorio si se considera que en estricto rigor estos representantes de los hermanos legítimos del causante son, a su vez, colaterales legítimos.

Quienes determinan la aplicación de este orden son los colaterales legítimos. Pero -hay que recordar- en la medida en que estos no sean representantes de los hermanos legítimos del causante, pues en tal caso excluirán a los colaterales legítimos que no sean representantes de los hermanos legítimos del causante. Así por ejemplo, si el causante dejó un sobrino-nieto, aunque es cierto que es un colateral legítimo del causante, no lo es menos que representa al hermano legítimo del causante. Y en esa medida hereda en el cuarto orden (por si solo) excluyendo la aplicación del quinto orden y con ello a todos los demás colaterales legítimos del causante.

El artículo 992 establece algunas reglas sobre como suceden los colaterales legítimos.

1o: Los de grado más próximo excluyen a los mas lejanos. Esto es consecuencia obvia del hecho de que la representación no opera en la línea colateral sino sólo excepcionalmente en favor de los hermanos legítimos del causante.

2o: los derechos hereditarios de los colaterales no se extienden mas allá del sexto grado inclusive

3o: No hay discriminación entre colaterales de simple conjunción y colaterales de doble conjunción.

Aunque el legislador habla de colaterales legítimos sin distinguir entre los de afinidad o los de consanguinidad, se ha entendido que se refiere sólo a los

parientes por consanguineidad. Así lo estableció nuestra jurisprudencia una vez que un cuñado del causante pretendió derechos hereditarios sobre la base de que "donde el legislador no distingue no es lícito al interprete distinguir". Los tribunales rechazaron tal pretensión, arguyendo la historia fidedigna del establecimiento del Código y la doctrina y legislación comparada, en la que nunca se ha considerado que parientes por afinidad tengan derechos sucesorios abintestato.

**SEXTO ORDEN DEL FISCO.-** 995. A falta de cualquiera de los ordenes anteriores sucede el Fisco. Se habla entonces de "herencia vacante". Sucede en calidad de heredero (983 y 995).

**LOS ORDENES DE SUCESION IRREGULAR.-** Se aplican cuando el causante era hijo natural o simplemente ilegítimo. El Código no se refiere para nada a si el causante era hijo simplemente ilegítimo, y en tal caso la solución hay que obtenerla por analogía como veremos.

A la situación en que el causante era hijo natural se refiere el artículo 993. También debe aplicarse el artículo 24 de la ley 7.613, en cuya virtud el adoptado es asimilado al hijo natural. El adoptante, como es lógico, carece también aquí de derechos hereditarios abintestato. Los ordenes son:

1o:De los descendientes legítimos

2o:De los hijos naturales

3o:De los padres naturales

4o:De los hermanos

5o:Del cónyuge

6o:Del Fisco.

**PRIMER ORDEN DE LOS DESCENDIENTES LEGITIMOS.** (993 inciso 1o).Aplica simplemente el primer orden de sucesión regular. El cónyuge lleva porción conyugal.

**SEGUNDO ORDEN DE LOS HIJOS NATURALES.** Se aplica cuando el causante no dejó hijos legítimos personalmente o representados por su posteridad legítima. (993 inciso. 2o). Desde luego determina la aplicación de este orden la existencia de hijos naturales (personalmente o representados por su posteridad legítima). El adoptado se considera como hijo natural pero como veremos, ello solo en la medida en que lleva lo mismo que el hijo natural. Sin embargo, si no hay hijos naturales pero si hay adoptado, no se aplica esta regla pues querría decir que el adoptado ( que no es legitimario) estaría excluyendo a los padres naturales que hubieren reconocido voluntariamente al hijo (que sí son legitimarios). De manera tal que si solo hay adoptado, no se aplica este orden y habrá que ver si es posible aplicar el tercer orden.

El hijo natural (personalmente o representado por su posteridad legítima) puede concurrir en este orden con el cónyuge. En tal caso el cónyuge lleva la mitad, y la otra mitad queda para los hijos naturales (personalmente o representados) incluyéndose en tal calidad al adoptado. (993 inciso penúltimo). Aquí el cónyuge no concurre por porción conyugal sino como heredero abintestato.

**TERCER ORDEN DE LOS PADRES NATURALES.-** Se aplica este orden cuando el causante no dejó hijos legítimos (personalmente o representados por su posteridad legítima), ni hijos naturales (personalmente o representados por su posteridad legítima) ni adoptados.

Quienes con su presencia determinan aplicar este orden son los padres naturales que hubieren reconocido voluntariamente al hijo, esto es, conforme al artículo 271 Nos 1 o 5.

Estos padres concurren con el cónyuge sobreviviente y con el adoptado (993 inciso 2o). Si concurren padres naturales que reconocieron voluntariamente al hijo con el cónyuge, se distribuyen por partes iguales.

Respecto al adoptado, el artículo 24 inciso 3o de la ley de adopción establece una regla especial, derivada del hecho de que el adoptado no es legitimario y por ende no puede excluir -pese a su asimilación al hijo natural- a los padres naturales que reconocieron voluntariamente al hijo y que sí son legitimarios.

Si concurren padres naturales que reconocieron voluntariamente al hijo con el adoptado, aquellos llevan una mitad y éste la otra mitad (24 inciso 3o ley 7613). Si concurren padres naturales que reconocieron voluntariamente al hijo con adoptado y con cónyuge, los padres naturales llevarán  $\frac{3}{6}$  ( $\frac{1}{2}$ ) de la herencia; el cónyuge  $\frac{2}{6}$  y el adoptado  $\frac{1}{6}$ . (artículo 24 inciso 3o en relación al inciso 2o de la ley 7613). Es la misma regla que se da para el segundo orden de sucesión regular cuando concurren ascendientes legítimos, cónyuge y adoptado.

Si no hay padres naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, y hay adoptado, recobra su vigencia el artículo 24 de la ley 7613 y asimilándose al hijo natural, el adoptado impide que se aplique el orden siguiente. Si el adoptado concurre solo, lleva todo; y si con el cónyuge, se aplica el 993 inciso penúltimo y entonces, asimilando al adoptado al hijo natural, quiere decir que llevara el cónyuge una mitad y el adoptado la otra mitad.

**CUARTO ORDEN DE LOS HERMANOS** (993 inciso 5o). Quienes con su presencia determinan aplicar este orden son los hermanos que fueren hijos legítimos o naturales del mismo padre, de la misma madre o de ambos. Todos ellos sucederán simultáneamente, pero el hermano carnal llevara doble porción que el paterno y materno.

Con ellos puede concurrir el cónyuge, quien llevara  $\frac{3}{4}$  del acervo, llevando el  $\frac{1}{4}$  restante los hermanos.

Debemos recordar que opera la representación a favor de la descendencia legítima de estos hermanos, sean ellos legítimos o naturales

**QUINTO ORDEN DEL CONYUGE.**- Se aplica cuando no cabe aplicar ninguno de los ordenes anteriores. Esto es, cuando el causante no dejó hijos legítimos (personalmente o representados por su posteridad legítima) ni hijos naturales (personalmente o representados por su posteridad legítima) ni padres naturales que voluntariamente hayan reconocido al hijo, ni adoptado, ni hermanos legítimos o naturales (personalmente o representados por su posteridad legítima). En tal caso, si hay cónyuge sobreviviente, lleva todo el acervo partible. (993 inciso final).

**SEXTO ORDEN DEL FISCO.**- Faltando el cónyuge lleva todo el Fisco.

No lo dice el artículo 993, pero lo dice en cambio el artículo 995 que llama a las herencias vacantes al Fisco.

**ORDENES DE SUCESION DEL HIJO SIMPLEMENTE ILEGITIMO.**-

La doctrina ha llenado este vacío legal del siguiente modo:

1er orden: de los hijos legítimos (personalmente o representados por su posteridad legítima). Aplicar el artículo 988.

2o orden: De los hijos naturales (personalmente o representado por su posteridad legítima) y del cónyuge. Unos llevan una mitad y el cónyuge la otra mitad. (Concurriendo el adoptado como hijo natural). El hijo simplemente ilegítimo no tiene, sucesoriamente hablando, ascendientes ni, por consiguiente, hermanos ni colaterales. El reconocimiento del artículo 280 que es el que da la calidad de simplemente ilegítimo es, como lo dice esta norma, "para el solo efecto del derecho de alimentos".

3er orden: Del Fisco. (Aplicando el artículo 995, sucede el Fisco).

#### Situación del cónyuge divorciado por su culpa.-

No se trata del cónyuge en el que ha incidido la causal, sino del que ha dado motivo al divorcio por su culpa.

Según el artículo 994, pierde los derechos hereditarios como heredero abintestato del cónyuge difunto. Según el artículo 1173, pierde además la porción conyugal. Se trata de una indignidad y no de una incapacidad, dado que el cónyuge difunto puede perdonar la causal, testando a favor del sobreviviente. Aún así, tiene ciertas diferencias respecto a las indignidades. La indignidad hace perder los derechos alimenticios congruos y en ciertos casos incluso los necesarios, en tanto que el cónyuge nunca pierde los derechos alimenticios (Nota: La ley 19.585 elimina la distinción entre alimentos congruos y necesarios; todos son congruos).

Se ha discutido si estos preceptos se refieren sólo al divorcio perpetuo o también al temporal. La mayoría de la doctrina se había pronunciado por la segunda opción. En caso de divorcio temporal, se aplicará la causal en caso que el fallecimiento se produzca estando vigente el divorcio. La ley 19.585 establece la pérdida de los derechos sucesorios del cónyuge por haber dado motivo al divorcio temporal o perpetuo (art 994). El 1173 se deroga.

Tratándose del cónyuge anulado, carece de derechos hereditarios abintestato y de porción conyugal, aún en caso de ser un matrimonio putativo, toda vez que la sola notificación de la demanda hace cesar la buena fe en ambos cónyuges, presupuesto indispensable para que el matrimonio putativo pueda producir los mismos efectos civiles que el válido. Con mayor razón entonces falta la buena fe si se ha dictado sentencia de nulidad y esta ha quedado ejecutoriada. Lo anterior, sin embargo, con una excepción, que dice relación con el supuesto en que uno de los cónyuges esté de buena fe al momento del fallecimiento, lo que es posible en aquellos casos en que se puede demandar la nulidad del matrimonio después del fallecimiento del otro cónyuge (art. 34 de la ley de matrimonio civil).

#### La sucesión intestada a partir de la ley 19.585.-

Desde luego, no hay distinción entre ordenes de sucesión regular o irregular. Además, tanto en la ascendencia como en la descendencia no se la califica de legítima, ilegítima o natural.

#### Primer orden de sucesión intestada (de los hijos).-

Artículo 988.- Es el de los hijos (personalmente o representados por su descendencia), que excluyen a cualquier otro heredero a menos que haya cónyuge

sobreviviente, caso en el cual concurrirá con los hijos llevando una porción equivalente al doble de la legítima rigorosa o efectiva de cada hijo. Si hubiere sólo un hijo, la cuota del cónyuge será igual a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo. Además se añade una limitación importante: En ningún caso la porción del cónyuge sobreviviente bajará de la cuarta parte de la herencia o de la mitad legitimaria (eventualmente incrementada por la no disposición de las cuartas de mejoras y/o de libre disposición).

#### Segundo orden de sucesión intestada (del cónyuge y los ascendientes).-

El art. 989 establece que si el difunto no ha dejado posteridad (hijos, personalmente o representados) le sucederán el cónyuge y los ascendientes de grado más próximo: 2/3 para los ascendientes y 1/3 para el cónyuge. A falta de ascendientes, sucederá íntegramente el cónyuge y viceversa. Habiendo un solo ascendiente de grado más próximo, sucederá éste en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes.

Además, la ley 19.585 agregó una sanción: (nuevo art 994) “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”, esto es, si el hijo, alcanzada la plena capacidad, manifiesta por escritura pública o testamento su voluntad de restablecer al padre o madre sus derechos.

#### Tercer orden de sucesión intestada (de los hermanos).-

Lo contempla el art 990: si el difunto no dejó posteridad, ni ascendientes ni cónyuge, le sucederán sus hermanos. El hermano de simple conjunción llevará la mitad que el carnal.

#### Cuarto orden de sucesión intestada (de los colaterales).-

El art 992 establece que a falta de todos los anteriormente mencionados (descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos), sucederán al difunto los otros colaterales de grado más próximo. Los colaterales de grado más próximo excluirán a los más lejanos. Los derechos hereditarios de los colaterales sólo se extenderán hasta el sexto grado inclusive. Los colaterales de simple conjunción, esto es, los que sólo son parientes del difunto por parte del padre o de la madre, sólo llevarán la mitad de lo que le corresponda a los de doble conjunción, esto es, los que son parientes del difunto por parte de padre y madre.

#### Quinto orden de sucesión intestada: el Fisco.-

En virtud del art 995 que se mantiene intacto.

Se deroga el art 991 por innecesario y el art 993 que contemplaba los ordenes de sucesión irregular.

Se deroga todo lo relativo a la porción conyugal (párrafo 2 del título V del Libro III). Con la ley 19.585 el único beneficio del cónyuge sobreviviente es el de ser heredero abintestato. Ello, sin perjuicio que se añade al cónyuge como legitimario. Ya no se hace la distinción entre si el causante dejó o no descendencia legítima. Se elimina la

porción conyugal y por ende el art 959 N° 5 que la establecía como baja general de la herencia si el causante no había dejado posteridad legítima. A su vez, la misma regla que el art 1178 establecía para el cómputo de la porción conyugal frente al caso que el causante hubiera dejado posteridad legítima es la que se aplica en el primer orden de sucesión intestada: el de los descendientes.

El art 994 mantuvo la idea que el cónyuge que hubiere dado motivo al divorcio por su culpa perderá los derechos hereditarios abintestato en la herencia de su mujer o marido. Cabe destacar que la ley 19.585 zanjó la duda acerca de qué divorcio debía tratarse: puede ser temporal o perpetuo.

Además, la ley 19.585 agregó otra sanción: “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”.

Los extranjeros y la sucesión intestada.-

Aplicando el artículo 57 del Código Civil, el artículo 997 establece la plena igualdad entre el chileno y extranjero respecto de las sucesiones abintestato abiertas en Chile.

Ahora bien, no obstante que las sucesiones se rigen por la ley donde se abren (art 955), si esa persona deja herederos chilenos, éstos tendrán los derechos hereditarios que le reconozca la ley chilena (art 15), sea que el causante haya sido un extranjero o un chileno (art 998).

### **SUCESION EN PARTE TESTADA Y EN PARTE INTESTADA.**

El artículo 996 establece 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.

Ahora bien, si entre los herederos concurren legitimarios con quienes no lo sean, y el causante no dispone total o parcialmente de la parte de mejoras o de libre disposición, no se produce el acrecimiento del artículo 1191, toda vez que sobre él prevalecen las reglas de sucesión intestada (inciso final del art 1191).

Por otra parte, el artículo 996 agrega que los que suceden a la vez 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 excediere a la otra”. Es decir, si lo que les toca como abintestato es más que lo que se le asignó testamentariamente, participarán de la sucesión intestada hasta completar la porción que les corresponda abintestato. Y si a la inversa, la porción testamentaria excediere a la intestada, llevará la primera.

El Código agrega que “prevalecerá sobre todo ello la voluntad expresa del testador, en lo que de derecho corresponda” (996 inc final). Es decir que debe respetarse la voluntad del testador si éste declara que le deja a fulano tanto por testamento sin perjuicio de sus derechos como heredero abintestato.

La ley 19.585 agregó un inciso que establece que la regla del inciso 1° del art 996 se aplicará una vez enteradas totalmente, a quienes tienen derecho a ellas, las legítimas y mejoras de la herencia”.

### **LA SUCESION TESTAMENTARIA.-**

Está tratada en el Título III del Libro III. Testamento viene de “testatio mentis”: testimonio de la voluntad. 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 a facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”. (art 999).

Características:

1.-Es un **acto jurídico** (manifestación de voluntad destinada a producir efectos jurídicos previstos por su autor y sancionados por el ordenamiento jurídico) **unilateral** (se perfecciona por la manifestación de una sola voluntad).

2.- Es un acto **más o menos solemne**. La solemnidad puede ser mayor (“testamentos solemnes”) o menor (“testamentos menos solemnes o privilegiados”). Pero siempre hay alguna solemnidad, como lo prueban los artículos 1000 y 1002. La manifestación de voluntad en todo caso no debe ameritar dudas (art 1060)

3.-Es un acto **personalísimo**. Un acto de una sola persona (art 1003 inc 1º), lo que excluye los testamentos mancomunados o conjuntos (1003 inc 2º) y las disposiciones captatorias (art 1059), así como la posibilidad de actuar por medio de mandatario o representante (art 1004 y 1063). Los relativamente incapaces pueden testar libremente y sin necesidad de autorización ni formalidad habilitante alguna, pues las normas de incapacidad relativa son normas protectoras del patrimonio del incapaz y en el caso de los actos testamentarios esta protección está fuera de lugar (Cfr por ejemplo art 261).

Por otra parte, podría suceder que el causante instituyera una asignación a favor de una persona dejando al arbitrio de algún heredero o de algún legatario su cumplimiento. (art 1067). En tal caso, si al heredero o legatario aprovecharse rehusar cumplir la asignación, deberá cumplirla salvo que pruebe justo motivo; de lo contrario no estará obligado a justificar su negativa. La doctrina ha estimado que este artículo contraría al artículo 1063 y en general el espíritu del Código por lo que debe ser aplicado con mucho cuidado y en caso de surgir una incompatibilidad entre el 1063 y el 1067, debe primar el primero sobre el segundo pese a que el art 1067 aparece como más especial.

4.- El testamento **tiene por objeto fundamental pero no único el disponer de bienes**. Puede haber cláusulas de declaraciones, como reconocer a un hijo como natural, legitimar, nombrar un guardador, nombrar un albacea, nombrar un partidor o hacer la partición,...

5.-El testamento **produce sus plenos efectos una vez muerto el causante**. Antes, puede producir algunos efectos desde el punto de vista de ciertas declaraciones (Vgr. reconocimiento de un hijo) o desde el punto de vista de disposiciones de bienes (Vgr. los legados entregados en vida al legatario confieren la calidad de usufructuario, y la constitución de un usufructo es un acto de enajenación...)

6.-El testamento **es esencialmente revocable, mientras viva el testador y por éste, en cuanto a las disposiciones de bienes**. También lo es en cuanto a ciertas declaraciones. (art 1001).

REQUISITOS DEL TESTAMENTO:

- Capacidad para testar
- Voluntad exenta de vicios

## La capacidad para testar

Se aplica la regla general: todos son capaces salvo aquellas personas a quienes la ley declare incapaces.(art 961 en relacion con los arts 1446 y 1795). Son inhábiles las personas señaladas en el art 1005:

a)El impúber

b)El que actualmente (al momento de testar) no estuviere en su sano juicio por ebriedad o por otra causa. Que el testador esté en su sano juicio al momento de testar es algo muy importante (Cfr arts 1016, 1023, 1038). Puede no haber estado en su sano juicio por demencia; en caso de haberlo estado sin decreto de interdicción, hay que invocar esta causal.

c)El demente **interdicto**. Si era interdicto no es necesario probar la demencia y no se admitiría prueba en contrario. Si no estaba interdicto, habría que probar la demencia (art. 465).

d)El que de palabra o por escrito no pudiese expresa su voluntad claramente. Se incluye aquí, desde luego, al sordomudo que no puede darse a entender por escrito. La C.S. ha dicho que un sordo analfabeto o puede testar pues por ser analfabeto no puede otorgar testamento cerrado (art 1022) y por ser sorda no puede otorgar testamento abierto ya que no puede dar lugar al trámite de la lectura (art 1017). Cfr además con el art 1060.

La capacidad debe existir al momento de otorgarse el testamento (1006). No importa si antes o después. De ello se ha deducido que los requisitos de capacidad para testar deben analizarse según la ley vigente al momento de testar.

## La voluntad exenta de vicios.-

1.- En cuanto al error, sólo se acepta el error de hecho y afecta a la cláusula que apareciere **motivada** (en forma determinante) por el error ( art 1058). El error en la persona del asignatario también anula el testamento pues se trata de un acto *intuitu personae*

2.-En cuanto a la fuerza, anula el testamento en todas sus partes (no sólo en la cláusula en que intervino) sea cual sea la forma como haya intervenido la fuerza (art 1007). Pero la fuerza debe ser moral y ser injusta, grave y determinante (arts 1456 y 1457). (Si es física no hay propiamente hablando testamento por faltar voluntad). Sería nulidad relativa.

3.-En cuanto al dolo, debe ser determinante.

## Clasificaciones del testamento.-

-Solemnes:-Otorgado en Chile:-Abierto.

-Cerrado.

-Otorgado en el extranjero:-Conforme a la ley extranjera

-Conforme a la ley chilena.

-Menos solemnes (“privilegiados”):-Verbal

-Marítimo

-Militar

1.- El testamento solemne: Es aquel en que se han observado todas las solemnidades que a ley ordinariamente requiere (art 1008 inc 2o). Las solemnidades que se exigen son las que rigen a momento del otorgamiento (art 18 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes).-

**Todo testamento solemne otorgado en Chile** debe cumplir con dos solemnidades mínimas:

-Ser escrito (art 1011).

-Ante testigos. El Código señala quienes son testigos inhábiles para un testamento solemne otorgado en Chile (art 1012), no obstante lo cual puede servir como hábil un testigo inhábil en la medida en que haya una habilidad putativa (art 1013). Además, dos testigos, a lo menos, deberán estar domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento y si el testamento se otorga ante 3 testigos, uno al menos deberá saber leer y escribir y si se otorga ante 5 testigos, dos al menos deberá saber leer y escribir.

A).- El testamento solemne abierto. También se le denomina “nuncupativo” o “público”. Lo que lo constituye esencialmente es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al escribano si lo hubiere y a los testigos (art 1015).

Puede otorgarse:

-Ante funcionario público competente y 3 testigos,

o

-Ante 5 testigos sin intervención de funcionario público alguno.

El funcionario público normalmente es el Notario. Puede ser sustituido por el Juez de Letras (art 1014) y por el Oficial del Registro Civil (art 86 ley 4808). Otorgado ante el Juez se otorga el testamento en hoja suelta, pues los jueces no llevan protocolo; ante el Oficial del Registro Civil, debe otorgarse en el Protocolo que al efecto llevan (art 86 ley 4808). Cuando se otorga ante Notario Público, el testamento abierto, que es el más frecuente, se otorga en protocolo, esto es, constituye una verdadera escritura pública. Pero podría también otorgarse en hoja suelta. Así lo comprueba el art 1017 que establece la posibilidad de que el testamento se haya escrito previamente. Además, el art 866 del CPC se refieren a la protocolización de un testamento abierto otorgado en hoja suelta

Si el testamento se había otorgado en hoja suelta, antes de su publicación, debe protocolizarse previa orden judicial “después de su fallecimiento y en el menor tiempo posible” (art 866 del CPC). Sólo tendrá el carácter de instrumento público si se protocoliza dentro del primer día hábil siguiente al de su otorgamiento (art 420 COT). Esta exigencia debe entenderse referida al testamento ante funcionario y 3 testigos (Jurisp).

Cuando se otorga ante 5 testigos sin intervención de funcionario público alguno, previo a proceder a la ejecución, el testamento debe ser “publicado” (art 1020).

La publicación puede pedirla cualquier persona capaz de comparecer en juicio (art 869 del CPC), ante el Juez del último domicilio del testador (art 1009) una vez fallecido el causante, cosa que deberá ser acreditada ante el Juez salvo en los casos de muerte presunta (art 1010). Hecha la solicitud, el Juez cita a su presencia a los testigos del testamento para que reconozcan sus firmas y las del testador.

Reconocidas, el juez firma el testamento y lo manda protocolizar en Notaria (art 1020).

Declaraciones que debe contener el testamento abierto. Son las aludidas en el art 1016 del Código Civil. El art 414 del COT agrega la hora y lugar del otorgamiento y el art 426 del COT señala que la omisión de esta exigencia significará que no será considerado como escritura pública.

El otorgamiento del testamento abierto se compone de dos actos sucesivos:

- a) Escrituración y lectura del testamento (art 1017 en relación al art 1015. La jurisprudencia ha resuelto que no es requisito de validez de testamento dejar constancia de haberse cumplido con la solemnidad de la lectura
- b) Firma del testamento (art 1018)

Están obligados a otorgar testamento abierto el analfabeto (art 1022) y el ciego (art 1019). El ciego debe testar necesariamente ante funcionario y 3 testigos; no podría testar ante 5 testigos. Además, debe hacerse en tal caso una doble lectura (art 1017).

No pueden otorgar testamento abierto: el sordomudo que sólo puede darse a entender por escrito y el extranjero que no conoce el idioma del Notario y de los testigos (art 1024). Deben otorgar testamento cerrado y con ciertas formalidades especiales (art 1024).

B.) El testamento solemne cerrado.- Es aquel en que no es necesario que los testigos tomen conocimiento de las disposiciones testamentarias (art 1008 inc. final). Debe otorgarse ante Notario y tres testigos, pudiendo hacer sus veces el Juez de Letras pero no el Oficial del Registro Civil (art 1021 y art 86 de la ley 4808). No es nulo si se otorga ante más cantidad de testigos. Lo que lo constituye esencialmente es el acto por el cual el testador presenta al funcionario y testigos una escritura cerrada declarando de viva voz, de manera que todos ellos le vean, oigan y entiendan, que en aquella carátula se contiene el testamento. (art 1023 inc 1º)

El otorgamiento del testamento cerrado se compone de las siguiente etapas:

- a) Escrituración y firma del testamento (art 1023). Sobre si debe estar firmado o bastaría con estar escrito por el testador, hay jurisprudencia contradictoria.
- b) Introducción del testamento en un sobre cerrado (art 1023 inc 3º). Si el sello aparece violado el testamento es nulo (Jurisp).
- c) Redacción y firma de la carátula (art 1023 inc 5º). Con ciertas menciones señaladas por el Código Civil y, además, la hora (art 414 del COT). Sobre si la falta de firma en la carátula anula el testamento también hay jurisprudencia contradictoria.

En el caso que el testador no pueda entender ni ser entendido de viva voz, se exigen formalidades esenciales (art 1024).

El otorgamiento del testamento debe ser un acto continuo e ininterrumpido (art 1023 inc final). Se trata de velar por la libertad del testador.

No pueden otorgar testamento cerrado el analfabeto (1022) ni el ciego (1019).

Otorgado un testamento cerrado, el testador puede llevárselo o dejarlo en la Notaría en custodia. Si hace esto último, hay que tener presente que el artículo 431 del COT señala que los notarios debe llevar un libro índice de carácter privado en el que se

anotan los testamentos cerrados que ante él se otorgan, de carácter secreto y que sólo puede ser exhibido en virtud de resolución judicial.

La apertura del testamento cerrado constituye un trámite solemne (art 1025). El Juez competente para ordenarla es el último domicilio de testador. Pero si el testamento se ha otorgado ante notario que no sea el del último domicilio del testador, podrá ser abierto ante el Juez de domicilio del Notario por delegación del juez del último domicilio del causante (art 868 del CPC). La apertura, así como la protocolización y publicación, puede ser solicitada por cualquier persona capaz de comparecer en juicio (art 869).

El Juez se cerciorará de la muerte de testador y citará (no necesariamente en forma personal) al Notario y a los testigos a fin de que reconozcan sus firmas y la del testador y si acaso el testamento está cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega. Luego el Juez rubrica el testamento al fin y al principio de cada hoja y lo manda protocolizar ante el Notario que lo autorizó o ante aquel que el Juez designe. Desde el momento de la protocolización, el testamento adquiere el carácter de instrumento público.

La omisión de cualquier solemnidad del testamento solemne acarrea su nulidad absoluta. (art 1026). Luego, es nulo absolutamente el testamento:

- Que no se otorga por escrito
- Que no se otorga ante el numero de testigos hábiles exigido por la ley (sin perjuicio de la habilidad putativa).
- Que no se otorga ante funcionario competente
- Que se otorga ante el Oficial Civil en hoja suelta
- Que siendo abierto no es leído o no se deja constancia si acaso el testador NO SUPO o NO PUDO firmar.
- Que concurriendo el funcionario no lo lee él sino algún testigo.
- Que lo firma un extraño en lugar de un testigo
- Que otorgándolo un ciego no es leído dos veces en la forma exigida por la ley
- Que -sea abierto o cerrado- es otorgado por aquel a quien le estaba vedado otorgar abierto o cerrado

En todo caso, la omisión en el testamento de las declaraciones que en cada caso exige la ley no lo anula si no hay dudas sobre la identidad personal del testador, Notario y testigos. (art 1026 inc 2º).

El Código exige que tanto en el testamento abierto como en la carátula del cerrado se deje constancia del lugar del otorgamiento. La jurisprudencia mayoritaria indica que esto se refiere a la necesidad de señalar el lugar geográfico y no el sitio específico. En todo caso, la omisión de esta designación no lo anula si no hay dudas sobre la identidad de quienes intervinieron (art 1026 inc 2º). Si se trata de un testamento abierto, ante Notario y e protocolo, será nulo en tal caso; del mismo modo que sería nulo si se omitiera señalar la hora de otorgamiento (arts 414 y 426 N° 3 del COT).

Finalmente, hay jurisprudencia contradictoria sobre si la habilidad putativa del Notario anularía o no el testamento.

### **El testamento solemne otorgado en el extranjero**

1) Conforme a la ley extranjera, valdrá en Chile (aplicando el principio *locus regit actum*) (art 1027)

-si es escrito

-en lo tocante a las solemnidades se hiciere constar su conformidad con la ley del país en que se otorgó

-y se probare la autenticidad mediante la legalización (art 345 del CPC).

Aunque la jurisprudencia ha acogido la validez del testamento "ológrafo" (por escrito pero sin solemnidad alguna) otorgado en el extranjero, el asunto ha sido discutido, pues el art 1027 se refiere a la autenticidad y esto significa la participación de algún funcionario público.

2) Conforme a la ley chilena, para que sea válido debe cumplir con las formalidades establecidas en los artículos 1028 y 1029.

## 2.- Los testamentos menos solemnes o privilegiados

Según el artículo 1008 son aquellos en que pueden omitirse ciertas formalidades legales por consideración a circunstancias especiales determinadas por el legislador. Son el testamento verbal, el militar, y el marítimo (art 1030).

Solemnidades comunes a todo testamento privilegiado:

-Presencia de testigos hábiles conforme al artículo 1031, bastando la habilidad putativa conforme al artículo 1031.

-Ciertas solemnidades en el otorgamiento (1032): el testador debe expresar que su intención ha sido testar y el acto será continuo e ininterrumpido en presencia de las mismas personas.

A) Testamento verbal, es aquel que otorga una persona en caso de peligro inminente para la vida del testador, de modo que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne, ante tres testigos y haciendo de viva voz sus declaraciones y disposiciones testamentarias (arts 1033 a 1035).

Hay nutrida jurisprudencia sobre lo que es o no es peligro inminente para la vida del testador.

El testamento verbal debe ponerse por escrito dentro de 30 días. Caducará si pasan 30 días desde que se otorgó sin que haya fallecido el testador o si habiendo fallecido el testador no se pone por escrito con las solemnidades legales dentro de los 30 días siguientes a la muerte (art 1036). Es un plazo fatal.

¿Qué significa "poner por escrito"? Significa un trámite que consta de las siguientes etapas (todas las cuales deben cumplirse dentro de los 30 días, según lo ha establecido la jurisprudencia):

-Exámen de los testigos. A petición de cualquier interesado, el juez competente (del lugar donde se otorgó el testamento) cita a los interesados al acto de examen de los testigos. El juez toma declaración jurada a los testigos instrumentales y a toda persona cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los hechos, sobre los puntos referidos en los artículos 1037 y 1038. Esto es, individualización del testador y circunstancias que hicieron creer que se hallaba en peligro inminente; individualización de los testigos; lugar, día, mes y año de otorgamiento del testamento. A continuación, los testigos instrumentales deponen sobre si el testador

parecía estar en su sano juicio, si acaso manifestó que su intención era testar y cuáles fueron sus declaraciones y disposiciones testamentarias.

-Resolución judicial y protocolización (art 1039). La información obtenida será remitida al Juez del último domicilio (si no lo fuere el que recibió la información) y éste, si encontrare que se han observado las solemnidades y que de la información aparece claramente la última voluntad del testador, fallará que según dicha información el testador ha hecho tales y tales declaraciones y disposiciones (las especificará) y ordenará tenerlas como testamento del difunto y ordenará protocolizar como tal dicho decreto.

Cabe agregar que no puede deducirse oposición que se ponga por escrito el testamento verbal, pero quedan a salvo las acciones de nulidad que pueden hacerse valer en su contra (art 1040).

B) El Testamento Militar (arts 1041 a 1047). Es aquel que se otorga **en tiempos de guerra** por los militares y demás individuos empleados en un cuerpo de tropa de la república y voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecen a dicho cuerpo. Las personas que pueden testar militarmente son las referidas en el art 1041.

El testamento militar puede otorgarse como abierto (arts 1042 a 1045), cerrado (art 1047) o verbal (art 1046). El art 1044 se refiere a la caducidad de testamento militar abierto (lo que es aplicable también al cerrado); y el art 1046 se refiere a la caducidad del testamento militar verbal.

C) El Testamento Marítimo. (arts 1048 a 1055). Es aquel que se otorga en alta mar en un buque de **guerra chileno** o en un **buque mercante que navega bajo bandera chilena**, (art 1048), por cualquiera que se halle a bordo del buque de guerra (art 1051).

Puede ser:

-abierto (arts 1048 y s.s) el que caduca si el testador hubiere fallecido antes de desembarcar o antes de expirar los 90 días subsiguientes al desembarque (art 1052).

-cerrado (art 1054)

-verbal (art 1053) en caso de peligro inminente para la vida del testador aplicándose la regla del art 1046.

## **LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS**

El Código Civil establece que asignaciones por causa de muerte “son las que hace la ley o el testamento de una persona difunta para suceder en sus bienes” (art 953). Por consiguiente, puede ser asignaciones abintestato o asignaciones testamentarias.

Luego, cabe definir las asignaciones testamentarias (o “disposiciones testamentarias”), como aquellas que hace el testamento de una persona difunta para suceder en sus bienes.

Desde el punto de vista del asignatario, es necesario que sea:

**-Persona cierta y determinada o determinable**

**-Capaz**

**-Digno.**

A estos dos últimos requisitos y nos referimos.

En cuanto al primero, cabe señalar que **el asignatario debe ser persona cierta y determinada, natural o jurídica (art 1056)**. Si hay incertidumbre, ninguna de las personas entre las cuales exista la duda tendrá derecho a la asignación (art 1065). Sin embargo, el asignatario puede estar indeterminado pero en la medida en que sea determinable (art 1056).

Ahora bien, hay ciertos casos en que la disposición será plenamente válida y eficaz no obstante no estar determinado ni ser determinable el asignatario: la ley suple esa deficiencia.

Tal ocurre en los siguientes casos:

1.-Asignaciones hechas a un objeto de beneficencia o “al alma del testador”(art 1056 inc 2º y 4º). Esta norma debe relacionarse con la ley N° 4699 de 2-12-29 en relación al art 63 b) y 70 de la ley N° 10.383 de 8-08-52.

2.-Asignaciones dejadas a los pobres (art 1056 inc final).

3.-Asignaciones dejadas indeterminadamente a los parientes (art 1064). Se entiende dejada a los consanguíneos de grado más próximo según los ordenes de sucesión intestada tendiendo aplicación el derecho de representación. Si hay un sólo consanguíneo de grado más próximo se entienden también llamados los del grado siguiente pues el Código alude a “consanguíneos” (en plural).

Desde el punto de vista de las asignaciones, el objeto debe ser determinado o determinable. Esta exigencia se refiere a las asignaciones a título singular (legados) y en particular es estricta en los legados de especie. Con todo, si la asignación es para un objeto de beneficencia, no hay inconveniente en que exista cierto grado de indeterminación. La ley lo suple.

### **Interpretación del testamento.**

Sobre las normas legales sobre interpretación de las disposiciones testamentarias prevalecerá sobre todo la voluntad del testador **claramente manifestada** con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales. Y para conocer la voluntad del testador debe estarse más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido. (art 1069). Interpretar un testamento es una cuestión de hecho que corresponde al Tribunal del fondo, pero si la interpretación lleva a desnaturalizar una institución jurídica ordenada por el testador, procede casación en el fondo por infracción de la ley que reglamenta la respectiva institución.

Son muy importantes estos criterios y otros secundarios sobre interpretación de los testamentos, pues el Código establece que el contrato de donación entre vivos se interpreta de acuerdo a las reglas sobre interpretación de las disposiciones testamentarias y no de acuerdo a las normas de los arts 1560 y siguientes sobre interpretación de lo contratos.(art 1416).

Existe otra regla de interpretación de disposiciones testamentarias importante: 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 en cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes.(art 1068 inc. 2º).

## **CLASIFICACIONES DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS.**

- 1.-Puras y simples o sujetas a modalidad
- 2.-A título universal (herencias) o a título singular (legados).
- 3.-Voluntarias o forzosas.

Las asignaciones testamentarias pueden estar sujetas a distintas modalidades. Tantas como lo permita el ingenio del testador, en la medida en que no se infringan exigencias o prohibiciones legales. Pero el Código, al igual que tratándose de las convenciones, reglamenta en particular algunas modalidades.

### **1.-Asignaciones Testamentarias Condicionales**

Son aquellas que dependen de una condición, esto es de un suceso futuro e incierto de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo. (art 1070). Recordemos la definición clásica de condición, basada también en el artículo 1473: Hecho futuro e incierto del que depende el nacimiento o extinción de derechos u obligaciones.

Las asignaciones testamentarias se rigen preferentemente por el párrafo 2º del título IV del Libro III. En subsidio, por las normas del Título IV del Libro IV (art 1493) y, si la condición significa la constitución de un fideicomiso, se aplica el Título VII del Libro II.

La condición, pues, debe ser un hecho futuro (en relación al momento de testar, salvo que se disponga de otra cosa). No será condición si consiste en un hecho presente o pasado. Si siendo un hecho presente o pasado existe o ha existido, se mira como no escrita la condición y por ende como pura y simple la asignación. Si en cambio siendo un hecho presente o pasado no existe o no ha existido, no vale la disposición, es decir, es nula. (art 1071).

Ahora bien, si no obstante haber sido un hecho futuro en relación al momento de testar, se cumplió en vida del testador, habrá que distinguir. Si el testador supo que el hecho había ocurrido, y el hecho es tal que admite repetición, se presumirá que el testador exige la repetición. Si en cambio el hecho es tal que no admite repetición, o bien el testador no supo que se había cumplido, simplemente se mirará la condición como cumplida. (art 1072).

Hay ciertas asignaciones condicionales que el legislador reglamenta en su alcance o validez. Tales son:

-La condición de no impugnar el testamento es válida, pero no impide impugnarlo por defectos formales si que por ello el asignatario caiga en la sanción de verse privado de la asignación(art 1073). Esta condición puede redactarse como suspensiva negativa (tendrá la asignación desde que no impugne...) o como resolutoria y positiva (si lo impugna se resolverá su asignación...).

-La condición de no contraer matrimonio o de permanecer en estado de viudedad se tendrán por no escritas. (art 1074).Pero es eficaz si se establece la condición de que el asignatario o contraiga matrimonio antes de los 18 años o de una edad menor. (art 1074).También es eficaz la condición de permanecer en estado de viudedad si el asignatario tiene algún hijo de anterior matrimonio al momento de deferírsele la asignación (art 1075). Asimismo, es válida la condición de no casarse con determinada persona o de abrazar un estado o profesión cualquiera permitido por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio (art 1077). Por

último, hay que agregar que lo dicho no se opone a que se pueda legítimamente disponer la subsistencia de una mujer mientras permanezca soltera o viuda, dejándole por ese tiempo un derecho de usufructo, de uso o habitación o una pensión periódica (art 1076).

Efectos de las asignaciones testamentarias condicionales:

1.-Condición suspensiva (aquella que mientras no se cumple suspende el nacimiento de los derechos u obligaciones) (art 1479 aplicable a las asignaciones por el art 1070):

-pendiente: el asignatario no es propiamente hablando asignatario; no es comunero y por eso no puede pedir la partición art 1319). Es sólo titular de una mera expectativa, que lo faculta sin embargo para impetrar medidas conservativas. Si fallece en tal estado, nada transmite a sus herederos (art 1078 y 1492). El asignatario debe existir al momento de cumplirse la condición (art 962), que es el momento de la delación de su asignación (art 956).

-cumplida: produce efecto retroactivo: el asignatario se entiende tal desde la apertura de la sucesión. (art 1483 a 1486= Sin embargo del efecto retroactivo, el asignatario no puede exigir los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que se los haya expresamente dejado el testador (art 1488 y art 1078 inc final en relación al art 1338 N° 1°).

-fallida (es o se hace imposible -arts1480 y 1481-). Caducan las providencias conservativas decretadas y se esfuma la mera expectativa. Sin embargo, si quien debía prestar la asignación se valió de medios ilícitos para que no se cumpliera la condición, se tendrá por cumplida (art 1481). Esta última regla se suele aplicar como un principio general del derecho a otras materias y está inspirado en la idea de evitar el aprovechamiento del propio dolo).

2.-Condición Resolutoria (aquella por cuyo cumplimiento se extinguen los derechos u obligaciones). (art 1479, aplicable a las asignaciones por el art 1070).

-Pendiente: El asignatario es titular de los derechos y obligaciones como si fuera puro y simple. Solo existe una amenaza de perderlos.

-Cumplida: El asignatario pierde la asignación con efecto retroactivo y debe restituir lo que había alcanzado a recibir por tal concepto (art 1467) pero no está obligado a devolver los frutos salvo que la ley o el testador hayan dispuesto lo contrario (art 1488). Si lo recibido había alcanzado a ser enajenado, habrá acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes de derechos sobre las cosas sólo si se acredita en ellos mala fe (tratándose de cosas muebles -art1490- o si la mala fe se presume (tratándose de inmuebles, se presume de derecho si la condición constaba en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública -art 1491-; en este caso, en el testamento).

-Fallida: La asignación se consolida como pura y simple y las amenazas de perderla se esfuman.

## **2.- Asignaciones testamentarias a plazo.-**

El artículo 1080 dispone que “las asignaciones pueden estar limitadas a plazos o días de que depende el goce actual o la extinción de un derecho y se sujetarán, entonces, a las reglas dadas en el título “De las obligaciones a plazo”, con las explicaciones que siguen”.

El plazo es un hecho futuro y cierto del que depende el goce o ejercicio de un derecho o la exigibilidad de una obligación (plazo suspensivo) o la extinción de derechos u obligaciones (plazo extintivo).

Las asignaciones testamentarias a plazo se rigen por las reglas del párrafo 3º del título IV del libro III y en subsidio por las del Título V de Libro IV, como a las obligaciones a plazo se aplican principalmente las normas del libro IV y en subsidio las del Libro III. Pero si además el plazo envuelve la existencia de un usufructo, se aplica el título IX del Libro II.

El Código llama en el párrafo 3º del título IV del Libro III, “asignaciones a día”, y no a plazo, lo que es correcto pues se refiere no sólo a las asignaciones a plazo sino también a asignaciones a día que tiene el valor de condiciones por llevar envuelta cierta dosis de incertidumbre.

El día, en las asignaciones, puede ser cierto o incierto, atendiendo a si hay o no certeza de que va a llegar el día prefijado a la asignación; y determinado o indeterminado ateniendo a si se sabe o no cuándo va a llegar el día (independientemente de si en el hecho va a llegar o no).

Luego, puede haber asignaciones a día cierto y determinado; cierto e indeterminado; incierto y determinado e incierto e indeterminado.

a) Asignaciones desde tal día (plazo suspensivo):

-Cierto y determinado. Es propiamente hablando un plazo (inc 1º del art 1084); pero puede ser condicional, lo que ocurre si se le agrega la condición de existir el asignatario en la fecha fijada (inc 2º)

-Cierto pero indeterminado. Como la muerte de una persona. El Código señala que es una condición, pues el legislador exige que el asignatario exista al momento de la llegada del plazo y esa exigencia introduce una nota de incertidumbre (art 1085 inc 1º). Sin embargo, si la asignación es a favor de un establecimiento permanente, desaparece la incertidumbre y la asignación tiene el carácter de plazo. (art 1085 inc 2º).

-Incierto pero determinado (art 1086). Es una asignación condicional.

-Incierto e indeterminado. Esta asignación es típicamente condicional (arts. 1083 y 1086).

Por último, habría que agregar que si el plazo se cumple antes del fallecimiento del causante, de todos modos la asignación sólo se deberá desde que se abra la sucesión.

b) Asignaciones hasta tal día (plazo extintivo):

-Cierto y determinado. (art 1087 inc 1º): constituye un usufructo a favor del asignatario

-Cierto e indeterminado. (art 1087 inc 1º): constituye también un usufructo a favor del asignatario.

-Incierto pero determinado (art 1088): constituye también un usufructo, pues pese a que hay incertidumbre, la muerte del asignatario necesariamente extinguirá el usufructo.

-Incierto e indeterminado (art 1083): es una asignación condicional.

### **3.- Asignaciones testamentarias modales propiamente tales.**

Están reglamentadas en el párrafo 4º del título IV, artículos 1089 y siguientes. El artículo 1089 explica que si se asigna algo a una persona para que o tenga por suyo con la obligación e destinarlo 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.

El modo es la carga que se le impone al que recibe una liberalidad. (Y no sólo por testamento pues también existe la carga modal en las donaciones entre vivos).

La carga modal puede afectar a cualquier clase de asignación -herencia o legado-.

Los requisitos para suceder deberán concurrir en el asignatario sin importar si concurren o no en el beneficiado con el modo (Corte Suprema), lo que es correcto de acuerdo a derecho aunque peligroso desde que una asignación con carga modal puede esconder una asignación hecha por interpósita persona a una incapaz de suceder.

Características del modo:

El modo no suspende la adquisición ni el goce de la asignación. Lo anterior, sin perjuicio de que una asignación modal puede además estar sujeta a una condición suspensiva, en cuyo caso la adquisición de lo asignado quedará supeditada al cumplimiento de la condición. O si es a plazo el goce quedará supeditado al cumplimiento del plazo. Si la asignación no es a condición ni a plazo sino sólomente modal, el asignatario modal adquiere al momento de la apertura de la sucesión (fallecimiento del causante). De ahí que para adquirir no es necesario prestar caución de restitución (art 1091).

La carga modal es normalmente transmisible (no lo es sólo si es *intuito personae*) (art 1095).

En caso que el asignatario modal no cumpla la carga modal, el beneficiado puede:

a) Exigir la ejecución forzada

b) Demandar la resolución de la asignación modal. Pero para que eso pueda hacerlo es necesario que en la asignación modal se haya establecido por el testador "cláusula resolutoria", que es aquella en que se establece la obligación de restituir la cosa asignada y los frutos en caso de no cumplirse con el modo (art 1090). Hay aquí una excepción al principio de que operada una resolución no se deben restituir los frutos percibidos (art 1488). (Otra excepción la encontramos en el art 1875).

La cláusula resolutoria debe estipularse y no se presume. Es un elemento accidental (art 1090).

La acción resolutoria en este caso sigue las reglas generales de la prescripción. Es una acción personal ordinaria y por ende prescribe en 5 años desde que la obligación de cumplir la carga impuesta se hizo exigible.

Los titulares de la acción son quienes tienen interés en la declaración de la resolución. Ellos no sólo son los demás asignatarios sino también el beneficiado con el modo (art 1096).

Resuelta la asignación modal, se debe restituir lo asignado con los frutos y previo a ello otorgarse al beneficiado con el modo una suma proporcionada al objeto, el resto se considera como no dispuesto y por ende acrece al resto de la herencia (excluyéndose al asignatario modal) a menos que el testador haya expresado otra cosa (1090 y 1096).

Si el testador no determinare suficientemente el tiempo o la forma especial en que haya de cumplirse el modo, lo determina el juez (1094).

En caso que sea física o moralmente imposible de cumplir, no valdrá la disposición (art 1093).

En caso que fortuitamente o sin culpa del asignatario se haya hecho absolutamente imposible de cumplir con posterioridad a su establecimiento, subsistirá la asignación como pura y simple, esto es, sin el gravámen. (art 1093).

En caso que sin hecho o culpa del asignatario sea solamente imposible de cumplir en la forma especial prescrita por el testador, puede cumplirse por analogía, con aprobación del juez con citación de los interesados (art 1093).

Si el modo va en beneficio exclusivo del propio asignatario modal, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria.

Una clasificación muy importante de las asignaciones por causa de muerte es la que distingue entre asignaciones a título universal y a título singular.

Las asignaciones a título universal, también llamadas herencias, son aquellas que hace la ley o el testamento de una persona difunta para sucederle en la totalidad de sus bienes, derechos u obligaciones transmisibles o en una cuota de ellos. Los asignatarios a título universal, aunque se les califique de legatarios, son herederos, y por ende son continuadores legales del causante.

Las asignaciones a título universal pueden ser testamentarias o abintestato (a diferencia de las asignaciones a título singular -legados- que sólo pueden emanar de un testamento).

Los herederos adquieren la asignación y la posesión legal a la muerte del causante o, si la asignación es bajo condición suspensiva, al cumplimiento de la condición.

Los herederos pueden adquirir personalmente o, en caso de sucesión intestada, por derecho de representación. Los legatarios, en cambio, nunca heredan por derecho de representación.

Si son varios los herederos, mientras no haya partición, existirá una comunidad hereditaria. Siendo varios los legatarios en común de una cosa legada también hay comunidad, pero a título singular.

Los herederos gozan de ciertas acciones propias. Tal es el caso de la acción de petición de herencia, con la que pretende que se le reconozca la calidad de heredero y se ordene al falso heredero que está ocupando los bienes hereditarios, para que los devuelva.

Los herederos son continuadores de la persona del difunto. Tienen con el difunto identidad legal. Así, entre el difunto y los herederos hay identidad legal de persona para efectos de la excepción de cosa juzgada. Por otra parte, la jurisprudencia ha dicho o que si el causante o podía alegar a nulidad absoluta -por haber celebrado el acto o ejecutado el contrato sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba (art 1683)-, tampoco podrá hacerlo el heredero.

Los herederos pueden ser voluntarios o forzosos.

Desde otro punto de vista, los herederos pueden clasificarse en tres grandes clases:

-universales

-de cuota.

-del remanente.

Los herederos universales son llamados a suceder en el patrimonio del causante sin designación de cuota. (art 1098 inc 1º). Ej: Dejo todos mis bienes a Pedro, Juan y Diego. La herencia o la parte de ella que les toca, se la dividen **por partes iguales**.- (art 1098 inc final). Pero si el causante instituyó herederos de cuota que no alcanzan a completar la unidad y además un heredero universal, se entenderá a éste instituido como heredero en aquella cuota que falta para completar la unidad.

Los herederos de cuota son aquellos llamados a una cuota determinada del patrimonio transmisible del causante. Los herederos de cuota pueden muchas veces ser llamados a un monto mayor que los herederos universales. Ello ocurrirá cuando los herederos universales son varios y en cambio los de cuota son pocos y por ende llevan cuotas muy altas. Nuestra Corte Suprema ha dicho que si se llama a varias

personas a suceder “por partes iguales” son herederos universales y no de cuota, toda vez que no se les ha fijado una cuota determinada.

Los herederos del remanente son aquellos que son llamados por la ley o por el testador a llevar lo que reste después de efectuadas las disposiciones testamentarias. Pueden ser testamentarios o abintestato. Desde otro punto de vista, pueden ser universales (cuando el testador sólo ha instituido legados en el testamento) o de cuota (cuando el testador ha establecido otros herederos de cuota). Luego los herederos del remanente pueden ser:

a) Herederos del remanente testamentarios universales. Tiene lugar cuando el testador sólo ha instituido legados y dispone también en el testamento del remanente de sus bienes. Ej: Lego mi auto a Pedro, mi casa a Juan y el resto de mis bienes, a Diego.

b) Herederos del remanente testamentarios de cuota. Tiene lugar cuando el testador ha instituido herederos de cuota y del remanente. Ej: Dejo un tercio de mis bienes a Pedro y el resto de mi patrimonio a Juan. Según el art 1099, el del remanente se entiende constituido heredero de la cuota que falta para completar la unidad.

c) Herederos del remanente abintestato universal. Se presentan cuando en el testamento no hay sino asignaciones a título singular y el testador no dice nada respecto del resto de sus bienes. Según el inc final del art 1100, los herederos abintestato son herederos universales del remanente. Ej: Lego mi auto a Pedro y mi casa a Juan. Ante eso, los herederos abintestato lo son en todos los demás bienes.

d) Herederos del remanente abintestato de cuota. Se presentan cuando en el testamento sólo se designan herederos de cuota y dichas cuotas no alcanzan a completar la unidad. Ej: Dejo la mitad de mis bienes a Pedro. La otra mitad corresponderá a los herederos abintestato, quien por ende lo serán del remanente, llevando una cuota.

Las asignaciones a título singular, también llamadas legados, son aquellas en que el testador llama a sucederle en una o más especies o bien en cosas genéricas. (art 951 inc 3º).

Los legatarios surgen necesariamente a partir de una disposición testamentaria y suceden en bienes determinados. Pueden suceder por derecho de transmisión (art 957).

Los legatarios no son continuadores de la persona del causante ni tienen más derechos que los que expresamente les confiera ni más cargas que las que expresamente les impongan.

En el caso de los legados no existe la posesión legal (que el art 688 y el 722 reservan para los herederos) ni tampoco la posesión efectiva.

Ahora bien, la posesión, concebida en la forma establecida en el art 700, sólo existe respecto a los legados de especie pero no respecto a los legados de género. Ello, por cuanto la posesión material definida en el art 700 se refiere a la tenencia de una cosa determinada y el legatario de género no es tenedor de una cosa determinada sino sólo titular de un crédito, acreedor, sea contra la sucesión, o contra quien haya recibido la carga de pagar el legado.

En caso que se haya legado un inmueble, como es especie, el legatario adquiere el dominio de él desde la apertura de la sucesión o desde el cumplimiento de la condición, por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte, que opera ipso iure. La inscripción sin embargo en la práctica deberá hacerse para conservar la historia de la propiedad raíz. Pero no es una exigencia legal. Incluso podría pensarse que en aquellos casos en que se inscribió ya el testamento y el auto de

posesión efectiva, no sería necesario inscribir el inmueble pues la publicidad y la continuidad de la propiedad raíz estarían garantizadas.

En la práctica, debiera bastar con llevar el testamento al Conservador e inscribir el inmueble. Pero los Conservadores suelen negarse a hacer tal inscripción y exigen una escritura pública en que los herederos hagan “entrega” del inmueble.

Para evitarse problemas, entonces, si hay asignatarios forzosos que se pretende omitir, es preferible dejar al favorecido como heredero universal y no como legatario.

**El legatario de especie** adquiere el dominio de la especie legada al fallecimiento del causante o al cumplimiento de la condición. Luego, desde ese momento puede ejercer la acción reivindicatoria contra el o los obligados a entregar la posesión material. Y sólo perderá el dominio desde que un tercero lo adquiera por prescripción adquisitiva. En cuanto a los frutos, sólo le pertenecerán desde que adquirió el dominio, esto es, desde la muerte del causante o, si el legado era condicional, desde el cumplimiento de la condición. ( art 1338 N° 1).

**El legatario de género**, a su vez, al fallecimiento del causante o al cumplimiento de la condición, sólo adquiere un crédito. Las cosas legadas en sí mismas en definitiva sólo se adquieren por tradición que hace de ellas el o los obligados a cumplir el legado. Efectuada la tradición, el crédito de materializará en una especie. Los legatarios de género pueden exigir la entrega y tradición de las cosas legadas mediante la respectiva acción personal (ordinaria o ejecutiva, según los casos). En cuanto a los frutos de las cosas legadas, los legatarios de géneros sólo adquieren derechos sobre ellos desde que se les efectúa la tradición de las cosas legadas o desde que los herederos se colocan en mora de entregarlas (art 1338 N° 2).

No pueden legarse las cosas intransferibles (art 1105).

Pueden legarse cosas corporales o incorporales derechos o acciones, reales o personales (art 1127). Puede legarse una cuota de algo o una cosa ajena. Puede legarse una cosa futura, con tal que llegue a existir (art 1113 en relación al 1461).

El Código reglamenta detalladamente qué debe entenderse legado cuando el testador no hace una determinación clara.

Así, si se lega una especie indicando el lugar en que se encuentra (art 1111); si se lega una cosa fungible (art 1112); si se lega una especie de varias que se encuentran en el patrimonio del testador (art 1114); si se lega un género determinado por cantidad (art 1115); si se lega algo que el testador creía tener en varias cantidades y tenía sólo una o ninguna (art 1116). O, finalmente, cuando se hace un legado dejando la elección de ella al criterio del obligado, del legatario o de un tercero (art 1117).

Por otra parte, el legislador también reglamenta qué accesorios se entienden comprender las cosas legadas. Distingue si se trata de un predio o una parte de un predio (art 1119 y 1120); una casa o hacienda con todo lo comprendido en ella (art 1121 y 574); carruaje (art 1122) o un rebaño (art 1123).

Si se lega una cosa a varias personas, se forma una comunidad (art 1124).

Si el testador no tenía en la cosa legada más que una parte, cuota o derecho, se presumirá que no ha querido legar más que esa parte, cuota o derecho (art 1110). Si se trataba de una cosa perteneciente al haber social en un cónyuge casado en sociedad conyugal, no se lega una cuota; en tal caso hay que esperar el resultado de la partición. Si en ella se adjudica la cosa legada a los herederos del cónyuge testador, se deberá la cosa al legatario. De lo contrario se deberá el legado por equivalencia (art 1743).

Si se lega una especie gravada con prenda o hipoteca, el legatario podrá ser perseguido en la especie por el acreedor prendario o hipotecario y verse eventualmente obligado a pagar la deuda con la especie prendada o hipotecada. Pero para analizar si deberá soportar o no en definitiva la deuda, hay que distinguir: Si existe voluntad expresa o tácita del testador de gravar al legatario, deberá soportar en definitiva la carga (art 1104). Se entiende que esa voluntad es tácita cuando el gravamen se constituyó por el testador después de instituido el legado (art 1135).

En cambio, si no hay voluntad del testador de gravar al legatario, habrá que subdistinguir si el gravamen se constituyó para garantizar una deuda del causante o de un tercero. En el primer caso, aplicando el art 1366 inc 1º, el legatario se subroga legalmente (ipso iure) en la acción de acreedor para contra los herederos. En el segundo caso se subrogará legalmente (ipso iure) en la acción del acreedor en contra del tercero. No lo dice el art 1366 pero se aplica analógicamente el art 2429.

Legado con cláusula de no enajenar: el art 1126 le reconoce validez a la cláusula cuando en ella está comprometido el derecho de algún tercero.

El Código reglamenta categorías especiales de legados:

a) Legado de cosa ajena, esto es, que no pertenece al testador ni a la persona a quien se ha impuesto la obligación de pagarlo. Es nulo, salvo si aparece en el testamento que el testador estaba consciente de estar legando una cosa ajena o si es a favor de un ascendiente o descendiente legítimo o cónyuge. En estos casos se entiende impuesta al o los herederos o al asignatario gravado la obligación de adquirirla (art 1106 y 1107). (Ver también arts 1108 y 1109).

b) Legado de crédito: según el art 1127 se entiende que legado un crédito se lega el título y los intereses devengados.

c) Legado de condonación. Es una remisión hecha en el testamento. Si no se determina el monto, se entenderá que la condonación comprendería las deudas existentes a la fecha del testamento (art 1130). El legado de condonación se entiende revocado tácitamente si el testador, con posterioridad al otorgamiento del testamento, demanda al deudor el pago de la deuda o acepta el pago que el deudor le ofrece (art 1129).

d) Legado de confesión de deuda. Esto es, deudas confesadas en el testamento. Si hay un principio de prueba por escrito, se estará frente a una deuda hereditaria confesada (baja general de la herencia, exenta de pago de impuesto); si no lo hay será, propiamente, un legado (imputable a la parte de libre disposición del causante y gravada con impuesto de herencia y asignaciones). (arts 1133 y 1062).

e) Legado hecho a un acreedor: no se entiende que sea a cuenta de la deuda, a menos que se exprese así o a menos que aparezca claramente la intención del testador de pagar la obligación con el legado (art 1131).

f) Legado de pensiones alimenticias (art 1134). Es decir, alimentos voluntarios. Si no se determina la forma y cuantía de los alimentos legados, se deberán en la forma en que el testador acostumbraba suministrarlos a la misma persona; a falta de esta determinación, se reglarán tomando en cuenta las necesidades del legatario, sus relaciones con el testador y las fuerzas del patrimonio en la parte de que el causante haya podido disponer libremente.

Los legados se extinguen por la declaración de nulidad, por la revocación expresa o tácita del legado (se entiende que hay revocación tácita por enajenar las cosas legadas); por la alteración sustancial de la cosa mueble legada; o por su destrucción (art 1135).

Los legados se pagan siempre de la parte de libre disposición del causante que según los casos será la totalidad del acervo partible, o la mitad de libre disposición o la cuarta de libre disposición.

### Las Donaciones Revocables

A diferencia de las donaciones irrevocables o “entre vivos” que constituyen un verdadero contrato, las donaciones “revocables” son verdaderas asignaciones testamentarias. Por ello el Código trata de las donaciones revocables en el párrafo 7º del Título IV, entre las asignaciones testamentarias.

Las donaciones revocables son un acto jurídico unilateral por el cual una persona da o promete dar a otra una cosa o derecho para después de su muerte, conservando la facultad de revocarlo mientras viva.

a) Requisitos externos.- De acuerdo al artículo 1137, las donaciones revocables pueden otorgarse de dos formas distintas: con las solemnidades del testamento o con las solemnidades propias de una donación entre vivos. Lo primero se justifica porque las donaciones revocables son, propiamente hablando, una disposición testamentaria (arts 1137, 1139, 1000). También pueden otorgarse conforme a las reglas de las donaciones entre vivos, si bien reservándose el donante la facultad de revocarla (art 1137 inc 2º).

Las donaciones entre cónyuges, sin embargo, aunque estén perpetuamente divorciados, valen como donaciones revocables aunque se hayan hecho con el carácter de irrevocables (art 1137 inc final y 1138).

b) Requisitos internos. La mayoría de la doctrina, sobre la base del artículo 1138, sostiene que el donante debe tener una doble capacidad: para testar y para donar entre vivos. Y a su vez el donatario debe tener una doble capacidad: para ser donatario y para ser asignatario testamentario. Creemos sin embargo que al artículo 1138 hay que darle otra interpretación. Utiliza la disyuntiva “o” y no la copulativa “y”. Y ello porque, coherente con el artículo 1137, el art 1138 parte de la base que la donación revocable puede someterse a dos formas alternativas: las de las donaciones entre vivos y las de las asignaciones testamentarias. En el primer caso el donante deberá tener capacidad de donar entre vivos y el donatario capacidad de ser donatario. En el segundo, el donante deberá tener capacidad de testar y el donatario capacidad de ser asignatario testamentario.

En caso de que se haga una **donación revocable a título singular**, se trata de un legado. Si además en vida el testador da el goce de la cosa legada al legatario, éste pasará a ser usufructuario (legal) (arts 1140, 1141 y 810). Más que un usufructuario es en verdad un tenedor fiduciario pues su goce depende no de un plazo sino de una condición (la revocación del legado). Además no está obligado a rendir caución, que es algo propio de los usufructuarios. Lo importante de esto es que los legados entregados en vida al legatario prefieren en cuanto a su pago a los legados de que no se hizo entrega en vida al legatario cuando los bienes del causante son insuficientes para cubrirlos todos. En caso de una **donación revocable a título universal**, la donación constituye una herencia y el donatario como heredero (art 1142); sin perjuicio que si en este caso se entregare alguna cosa que compusiera esa universalidad, respecto a ella el heredero adquiriría la calidad de usufructuario.

Las donaciones revocables caducan:

- Por la revocación expresa o tácita del donante
- Por la muerte del donatario antes de la del donante (art 1143)
- Por el hecho de sobrevenir al donatario alguna causal de incapacidad o indignidad.

## **EL ACRECIMIENTO Y LA SUSTITUCION.-**

Se habla de “sucesión indirecta” cuando el asignatario no sucede directamente al causante sino con intervención de algún intermediario o representante. En este contexto cabe citar el derecho de transmisión y el derecho de representación. Ambos ya fueron analizados. A continuación analizaremos el derecho de acrecimiento y de sustitución.

**El acrecimiento** es un derecho en cuya virtud existiendo dos o más asignatarios llamados a una misma asignación sin designación de cuota, la porción o cuota del asignatario que falta incrementa la de los otros. Este derecho está reglamentado en el párrafo 8º del Título IV del Libro III, artículos 1147 y siguientes.

Requisitos:

- Debe tratarse de una sucesión testada. En efecto, esta institución está tratada en el título IV y discurre todo el articulado sobre la base de un testamento (art 1147: “**destinado** un mismo objeto...”). Por eso se ha dicho que el derecho de acrecer es una interpretación que el legislador hace de la probable voluntad del testador.

-Para que opere el acrecimiento deben existir varios asignatarios. Si había uno sólo y falta, simplemente habría que aplicar las normas sobre sucesión intestada.

-Los asignatarios debe ser llamados a un mismo objeto (art 1147). Lo de “objeto” hay que interpretarlo como “asignación”

-El acrecimiento opera tanto en las herencias como en los legados. El “Objeto” de que habla el art 1147 puede ser la totalidad de la herencia, una cuota de ella (art 1148), un inmueble,...

-Es requisito fundamental para que opere el acrecimiento el que los asignatarios sean llamados sin designación de cuota. Pues si ha habido designación de cuota por el testador hay que respetar su voluntad. En caso que sean llamados dos o más asignatarios “por partes iguales” opera acrecimiento (art 1148); incluso si son llamados dos asignatarios “por mitades”.

-Es necesario que el causante no haya designado sustituto. En efecto, el acrecimiento es una interpretación que el legislador ha hecho de la probable voluntad del testador. Pero esa interpretación debe ceder frente a la evidencia de cual ha sido la verdadera voluntad del testador. Si el testador designó a un sustituto para el caso que falte un asignatario, el sustituto toma el lugar del asignatario, el que por ende jurídicamente se considera como que no ha faltado. (Art 1163).

-Asimismo, para que opere el acrecimiento es necesario que no haya sido prohibido por el testador (art 1155).

-El llamamiento de los asignatarios debe ser conjunto, sea mediante una denominación colectiva o una expresión copulativa (art 1150). Y sea en una misma cláusula (“conjunción mixta”) o en cláusulas separadas (conjunción real pero no labial). Art 1149.

-Para que opere el acrecimiento es necesario que **falte** alguno de los asignatarios conjuntamente nombrados. Aplicando analógicamente el art 1156 podríamos concluir que falta de acuerdo al artículo 1156 por fallecimiento **antes** que el testador;

por incapacidad o indignidad del asignatario; por repudiación de la asignación o por tratarse de un asignatario condicional bajo condición suspensiva y haber fallado la condición suspensiva.

Si el fallecimiento del asignatario llamado conjuntamente con otros fuere posterior al del causante, no hay acrecimiento. En tal caso, si el asignatario había alcanzado a aceptar su asignación, la transmitirá a sus herederos. Si falleció antes de haber alcanzado a aceptar o repudiar la herencia o legado, opera el derecho de transmisión, es decir, transmite precisamente el derecho de aceptar o repudiar la herencia o legado. Por eso el art 1153 establece que “el derecho de transmisión establecido en el artículo 957, excluye el derecho de acrecer”.

En cambio, un conflicto entre el derecho de acrecimiento y el derecho de representación es, en principio, imposible. Ello, toda vez que el derecho de acrecimiento supone un testamento.

Sin embargo, excepcionalmente puede haber aplicación de las normas sobre sucesión intestada (y por ende del derecho de representación) habiendo testamento. Ello sucede al interior de la mitad legitimaria, toda vez que “los legitimarios concurren y son excluidos y representados según las reglas sobre sucesión intestada” (art 1183). En este caso, prevalece el derecho de representación. Es decir, si falta un legitimario, **que no tenga descendencia con derecho a representarle**, su cuota o porción acrecerá a los demás legitimarios y contribuirá a formar las legítimas rigurosas o efectivas de los demás legitimarios.

Por otra parte, cabe añadir que no puede haber conflicto entre el derecho de representación y el de transmisión pues el primero supone un fallecimiento del asignatario antes que el causante en cambio el derecho de transmisión supone que el asignatario fallece después que el causante, sólo que sin haber alcanzado a aceptar o repudiar la herencia o legado deferida.

El acrecimiento es un derecho:

**-accesorio**, toda vez que el asignatario no puede repudiar su asignación propia y repudiar la que se le defiere por acrecimiento, pero sí puede, al revés, aceptar la propia y repudiar la que se le defiere por acrecimiento (art 1151). Como consecuencia de este carácter accesorio, la porción que se adquiere por acrecimiento, se adquiere con todos los gravámenes reales (art 1152 y 1068).

**-renunciabile** en los términos ya señalados

**-transferible** (art 1910)

El efecto del acrecimiento consiste en que a porción que falta incrementa la de los demás asignatarios. El art 1150 agrega: “los coasignatarios conjuntos se considerarán como una sola persona para concurrir con otros coasignatarios, y la persona colectiva formada por los primeros no se entenderá faltar sino cuando todos estos faltaren”. Esto significa, pues, que si se deja un tercio a Pedro, un tercio a Juan y un tercio a Diego y Antonio, si falta Diego su mitad de un tercio acrece a Antonio y viceversa.

El acrecimiento está señalado específicamente respecto del usufructo, uso o habitación (art 1154) y respecto de la propiedad fiduciaria (art 750).

## **La sustitución.**

El testador puede haber designado en el testamento una persona que reemplazará al asignatario en caso de que éste llegue a faltar.-

La sustitución puede ser de dos clases: vulgar y fideicomisaria.

La sustitución vulgar consiste en designar en el testamento a la persona que reemplazará al asignatario en caso de faltar éste por cualquier causa legal.

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 poseía en propiedad fiduciaria (art 1164). En este último caso hay en verdad un simple fideicomiso que se rige por lo dispuesto en el título de la propiedad fiduciaria.

Requisitos de la sustitución vulgar:

a) Que se trate de una sucesión testada

b) Que la designación del sustituto sea expresa (art 1162); si bien puede haber sustituciones de varios grados o múltiples (arts 1158 y 1159).

c) Que falte el asignatario que va a ser sustituido (art 1156): sea porque no acepta, o que antes de deferírsele la asignación llegue a faltar por fallecimiento o por otra causa que extinga su derecho eventual (incapacidad, indignidad, fallar un condición suspensiva, no ser el asignatario persona cierta y determinada).

En caso que se haya designado sustituto a un asignatario forzoso y éste falta por desheredamiento, ocupa su lugar su representante, si lo hay y de lo contrario pasa su porción a acrecer al resto de la mitad legítima (art 1190). Pero en ningún caso operaría la sustitución.

Si el sustituto fue destinado para el caso que el asignatario faltara por una cierta causal y en definitiva falta por otra causal diferente, de todos modos operará la sustitución, a menos que el testador haya expresado voluntad contraria (art 1157).

Finalmente cabe agregar que si el asignatario fallece después que el testador, no hay lugar a la sustitución, pues opera el derecho de transmisión (art 1163).

Conflicto entre la sustitución y la representación, en principio no puede haber pues la primera supone un testamento y la segunda una sucesión intestada. Podría presentarse solamente en el contexto de la mitad legítima, pero en ese caso así como la representación excluye el acrecimiento (art 1190), de igual modo la representación excluye la sustitución. La razón es muy simple: si hay representante, éste ocupa el lugar del asignatario representado el cual, por ende, jurídicamente se entiende no haber faltado.

La sustitución fideicomisaria no se presume: en caso de duda debe entenderse vulgar (art 1166). En caso de sustituciones fideicomisarias, no pueden ser sucesivas (art 1165 en relación al 745).

## **LAS ASIGNACIONES FORZOSAS**

Son asignaciones por causa de muerte que el testador es obligado a hacer y que se suplen cuando no las ha hecho, aun en perjuicio de disposiciones testamentarias expresas. (1167). Es decir, son una limitación legal a la libertad de testar.

Hasta la ley 19.585 eran:

1º: Los alimentos forzosos (debidos por ley)

2°:La porción conyugal

3°:Las legítimas

4°:La cuarta de mejoras cuando el causante dejó cónyuge, descendientes legítimos, hijos naturales o descendientes legítimos de estos.

La ley 19.585 derogó la porción conyugal.

Las asignaciones forzosas operan no sólo en la sucesión testada, sino también, en la intestada. Cuando el artículo 1167 alude al testador, lo hace porque se puso en el caso de que el testador las omitiera, pero también, debe comprenderse el caso en que simplemente no haya habido testamento alguno.

El legislador protege el respeto a las asignaciones forzosas a través, de diferentes mecanismos. Así, la declaración de interdicción por disipación, las normas sobre incapacidad, la insinuación en las donaciones irrevocables (1401), las limitaciones impuestas por ley a las donaciones que los esposos se hacen por causa del matrimonio (1788), los acervos imaginarios (1185 a 1187), la prohibición de someter las legítimas a modalidades (1192).

Pero hay también, medios mas directos, como es en Chile la acción de reforma del testamento (1216).

La única manera de evitar tener que hacer las asignaciones forzosas y que no sean suplidas, es desheredando al asignatario forzoso. Ello, sólo por alguna causal legal (1207). Además, el cónyuge sobreviviente, para llevar porción conyugal, debe haber sido digno de suceder al causante y no haber dado lugar al divorcio por su culpa (1173).

Desde el punto de vista de la retroactividad de una ley, se aplican a una sucesión las normas sobre asignaciones forzosas que se encuentren vigentes a la fecha de la apertura de la sucesión, esto es, a la fecha de la muerte del causante (18 ley sobre efecto retroactivo de las leyes).

### **LOS ALIMENTOS FORZOSOS (1168 a 1171)**

Los alimentos voluntarios, esto es, las prestaciones que no ordena la ley pagar, son un legado (1134 y 1363 inciso final) y se imputa a la porción de bienes del causante sobre la cual hay libre disposición (1171).

Los alimentos forzosos, esto es, los debidos por ley, son asignación forzosa que el testador debe respetar y que la ley la suple si no hay testamento alguno y, si lo hubo, aun en perjuicio de disposiciones testamentarias expresas. Por regla general

constituyen una baja general de la herencia, es decir, se deducen para llegar al acervo liquido o partible (959), salvo que el testador haya impuesto la obligación de pagar los alimentos a uno o mas partícipes de la sucesión, esto es, a uno o mas herederos. Sin embargo, contra la opinión de Somarriva y siguiendo a Claro Solar, creemos que la disposición testamentaria en la que el testador impone la asignación a determinado heredero es inoponible al asignatario. Ello, en razón de que la asignación alimenticia forzosa no emana en rigor del testador sino de la ley y el causante debe respetarla, no siendo lógico aceptar que pudiera en la práctica vulnerarla imponiendo la obligación a un heredero insolvente. Pero el asignatario puede ajustarse a la disposición testamentaria y demandar al heredero a quien se impuso la obligación. En este caso, pasa a ser una carga testamentaria. Ahora bien, tratándose de pensiones alimenticias devengadas en vida del causante y no pagadas por él, son DEUDAS HEREDITARIAS que deben ser deducidas como baja general de acuerdo al artículo 959 No 2.

Por otra parte, si las asignaciones que se dejan en el testamento excedieren a aquellas que la ley ordena pagar, ese exceso constituye alimento voluntario y por ende representa un verdadero legado que debe ser imputado a la parte de libre disposición.

La obligación de pagar alimentos no se extingue por la muerte del alimentante, pero por regla general no se transmite a los herederos. Ello, en razón de tratarse de una baja general de la herencia, que grava a toda la masa. Pero si se impone la obligación a uno o mas herederos, en el fondo se ha transmitido la obligación. En la practica, lo que se hace es, al hacer las deducciones del 959, deducir un capital con cuyos intereses se van pagando las pensiones. Fallecido el alimentario, el capital se reparte entre los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias. En términos generales puede decirse que alimentos forzosos son aquellos que la ley impone. La jurisprudencia y la doctrina han ido precisando el alcance de esta expresión y han dicho que se incluye bajo ella:

- Los alimentos que se deben pagar por haber sido condenado el causante a ello, en vida, por sentencia ejecutoriada o transacción judicialmente aprobada.
- Los alimentos que el causante en vida estaba pagando voluntariamente y sin haber existido juicio alguno, en favor de aquellas personas a las cuales debía pagárselos por disposición legal.
- Los alimentos debidos por ley que fueron demandados judicialmente al causante en vida, no obstante que la sentencia condenatoria quede ejecutoriada con posterioridad a la muerte del causante.

En cambio, la jurisprudencia reciente se ha uniformado en sostener que aunque el causante tenía en vida una obligación alimenticia para determinados parientes, estos no tendrían derecho a demandarlos de la sucesión. Es decir, no serían alimentos forzosos aquellos que en vida del causante, aun teniendo titulo legal para haber sido exigidos, no fueron recibidos voluntariamente ni demandados al causante. Aunque es cierto que la ley no hace mayores distinciones, sostener lo contrario acarrearía la grave dificultad práctica de que jamas se tendría la seguridad de que los alimentarios del causante pudieran en cualquier momento demandar a la sucesión.

Lo anterior, sin perjuicio de que si el alimentario, además de tener titulo contra el causante lo tiene contra algún heredero, puede demandarlo, pero ya sería a titulo de obligación personal, y no como asignación forzosa.

Los alimentos forzosos no se ven afectados por las deudas o cargas de la herencia, sin perjuicio de que los alimentos FUTUROS pueden rebajarse judicialmente cuando parezcan desproporcionados a las fuerzas efectivas del patrimonio del causante (1170 y 330 en relación al 332 inciso 1o). Esta rebaja es a la que se refiere el artículo 1363 cuando habla de contribución de los alimentarios forzosos al pago de las legítimas, de las asignaciones con cargo a la cuarta de mejoras o de las deudas hereditarias).

Para que exista esta asignación forzosa es necesario que el asignatario mantenga las circunstancias de hecho que legitimaron la sentencia o transacción. Ello, por cuanto la fijación de los alimentos es necesariamente provisional. (332 del Código Civil). Además, el alimentario no tendría el carácter de asignatario forzoso en la medida en que por haber recibido algo en la sucesión, haya dejado de ser

necesitado en términos de requerir las pensiones. Por último, es necesario que no haya incurrido en alguna causal de injuria atroz. a(324, 979, 1210)

LA PORCION CONYUGAL.- Artículos 1172 y siguientes. Esta asignación forzosa experimentó profundas modificaciones en 1952 con la ley 10.271 y en 1989 con la ley 18.802. Antes de la ley 10.271, tenía un carácter alimenticio. Se la definía como aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación. Este carácter alimenticio se varió, pues no sólo desapareció la exigencia de ser cónyuge "pobre", sino que además se estableció expresamente que la porción conyugal es compatible con cualquier donación o asignación testamentaria (1176 inciso final). De ahí que actualmente se la define simplemente como aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente...(1172). En la legislación comparada se tiende a eliminar esta institución y a considerar al cónyuge como un legitimario.

Requisitos para que el cónyuge sobreviviente tenga derecho a la porción conyugal. Son 3:

1.-Que no tenga bienes en igual o mayor cantidad a lo que le corresponde por porción conyugal (salvo los que tengan su origen en el testamento hecho por el cónyuge difunto -1176 inciso final-).

Esto puede ocurrir ya sea porque el cónyuge carece totalmente de bienes propios o bien porque los tiene, pero en cantidad inferior a lo que le corresponde a título de porción conyugal.

a)El cónyuge carece totalmente de bienes propios tanto cuando realmente carece de ellos, como cuando, teniéndolos, hace uso del derecho que le concede el artículo 117, esto es, renuncia a todos sus bienes para llevar íntegra la porción conyugal. En cualquiera de estos dos casos, el cónyuge sobreviviente llevará "porción conyugal íntegra".

b)Puede ocurrir, por otra parte, que el cónyuge tenga bienes propios, pero en cantidad inferior a lo que le corresponde por porción conyugal. En este caso, llevará "porción conyugal complementaria".

¿Qué deben considerarse como "bienes propios"? Los aportes a la sociedad conyugal, si la hubo; los gananciales que recibió el cónyuge sobreviviente al disolverse y liquidarse la sociedad conyugal, si la hubo; los bienes propios del cónyuge por estar total o parcialmente separado de bienes y los bienes recibidos por el cónyuge en la sucesión abintestato del causante. Últimamente se ha añadido por la ley 19.133, el crédito de participación en el régimen de participación en los gananciales. Lo anterior significa en la práctica que es raro que el cónyuge lleve algo a título de porción conyugal.

¿En qué momento se considera la situación del cónyuge respecto a "bienes propios"? Al momento del fallecimiento del causante (1174 y 1175).

2.-El cónyuge sobreviviente no debe haber dado lugar al divorcio por su culpa. Interesa la culpabilidad; no en quien haya incidido la causal. 1173. El cónyuge culpable del divorcio pierde la porción conyugal (recordemos que también pierde sus derechos en la sucesión intestada -994-). Debe ser un divorcio (de cualquier clase -Somarriva, Ramón Domínguez, aunque hay quienes estiman que sólo en caso de divorcio perpetuo -Oscar Pinochet Contreras, Pablo Rodríguez G.-) que

esté, decretado judicialmente y vigente al momento del fallecimiento. Esto es, que no haya habido reconciliación o, si fue temporal, no se haya cumplido el plazo. Se presenta el problema de qué es lo que ocurre si el matrimonio había sido declarado nulo pero putativo, de aquel que produce los mismos efectos civiles que el válido respecto del cónyuge que de buena fe y con justa causa de error lo contrajo. Se ha estimado que si se anuló el matrimonio, ya es imposible la subsistencia de la buena fe (y el matrimonio nulo putativo produce efectos mientras subsista la buena fe) y por ende no se producen los efectos civiles del matrimonio y no hay derecho a la porción conyugal.

Ahora bien. Si fallecido el cónyuge causante se declara nulo putativo el matrimonio, sí habría derecho a la porción conyugal en la medida en que haya habido justa causa de error y buena fe al momento del fallecimiento. Si la causal de la nulidad era la existencia de un vínculo matrimonial anterior no disuelto, se producirá incluso la rara situación de un cónyuge causante que tendría que dividir por mitades su porción conyugal entre sus dos cónyuges sobrevivientes.

3.-Por último, para tener derecho a la porción conyugal es necesario que el cónyuge sobreviviente haya sido capaz y digno de suceder al cónyuge causante.

**Clasificaciones de la Porción Conyugal.**

Puede ser de dos grandes categorías: La porción conyugal teórica y la porción conyugal efectiva. La primera es la que le corresponde al cónyuge sobreviviente de acuerdo a la ley. La segunda, la que realmente va a recibir el cónyuge sobreviviente considerando su calidad patrimonial al momento del fallecimiento del causante. La porción conyugal efectiva puede ser de dos clases: íntegra y complementaria.

**LA PORCIÓN CONYUGAL TEÓRICA.-** Para precisar a cuánto asciende, hay que hacer una distinción fundamental. Hay que distinguir si el causante, al fallecer, dejó descendientes legítimos o no.

Si no dejó descendientes legítimos, la porción conyugal asciende a la cuarta parte del acervo ilíquido, si bien hechas, previamente, las deducciones o bajas generales previas 1 a 4 del artículo 959. Ello, pues así lo dispone el artículo 1178 inciso. 1o y en concordancia con lo señalado en el artículo 959 No 5.

Si el causante dejó descendientes legítimos, el 1178 inciso. 2o dice que el viudo o viuda será contado entre los hijos. Es decir, se saca de la mitad legitimaria. Ahora, para saber cuánto recibir el cónyuge en este caso hay que hacer una subdistinción: Si dejó un solo hijo, la porción conyugal es igual a la legítima rigorosa o efectiva de ese hijo. Si dejó dos o más hijos, la porción conyugal equivaldría a el doble de lo que por legítima rigorosa o efectiva corresponda a cada hijo.

Legítima rigorosa es la parte de la mitad legitimaria que corresponde a cada legítimo; legítima efectiva, es la legítima rigorosa, incrementada por el acrecimiento del artículo 1191, esto es, con la parte de bienes de que el causante pudo haber dispuesto con total libertad o a título de mejoras y no lo ha hecho, o ha quedado sin efecto su disposición.

A esta porción conyugal se refiere el artículo 988 cuando dice que en el primer orden de sucesión regular, los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos excluyen a todos los otros herederos excepto a

los hijos naturales y SIN PERJUICIO de la porción conyugal que corresponda al cónyuge sobreviviente.

Ej:Mitad legitimaria:\$1.000.- Hay cónyuge sobreviviente y dos hijos. Cada hijo lleva \$250.- y el cónyuge \$500.-

Antes de la ley 18.802, la porción conyugal se calculaba sobre la base de las legítimas rigurosas; no de las efectivas. Es decir, no le beneficiaba al cónyuge el acrecimiento que beneficia a los legitimarios y que se halla en el artículo 1191. El artículo 1191 era explícito:"este acrecimiento no aprovecha al cónyuge sobreviviente en el caso del artículo 1178 inciso. 2o". Esto se derogó. Por eso también, es que el art. 1178 inc. 2o que decía que habiendo descendientes legítimos, el cónyuge recibiría "con imputación a la mitad legitimaria". Ahora no sólo recibe con imputación a la mitad legitimaria, sino que eventualmente con imputación a toda la masa (si el causante no dispuso legalmente de nada) o con imputación a las 3/4 partes (si no dispuso de la cuarta de mejoras y no dispuso de la cuarta de libre disposición o a la inversa),... Es decir, con imputación a la mitad legitimaria pero con sus eventuales incrementos. Por eso el 1178 inciso 2º omite hacer referencias a la imputación y sólo dice "recibir como porción conyugal..."

LA PORCION CONYUGAL EFECTIVA. Recordemos que puede ser de dos clases: Integra y Complementaria.-

Porción conyugal íntegra. Se presenta cuando el cónyuge carece totalmente de bienes propios o, cuando teniéndolos, hace uso del derecho de abandono que le confiere el artículo 1177. Es decir, renuncia a sus bienes propios y se queda sin nada precisamente para llevar, íntegra, la porción conyugal.

El 1177 se pone en el caso que el cónyuge sobreviviente tenga bienes propios y le da dos opciones. Uno, recibir el complemento que le permita -junto a sus bienes- alcanzar lo que le corresponde por porción conyugal ("complementaria") o bien abandonar sus bienes o derechos para llevar la porción conyugal en su integridad ("íntegra"). Este abandono pretende eludir el problema de tener que tasar los bienes propios del cónyuge sobreviviente. El abandono es un acto unilateral del cónyuge sobreviviente, que depende de su sola voluntad ("a su arbitrio") en que tendrá que decidir tendiendo en consideración la naturaleza de los bienes que tiene y qué se le ofrece a título de porción conyugal. Es de poca frecuencia en la práctica y carece de solemnidades. Es un título traslativo de dominio. Es decir, en caso de abandono, los bienes pasan a los herederos del cónyuge causante e integran la comunidad hereditaria, con la particularidad de que de los bienes abandonados queda excluido el cónyuge sobreviviente. Y no sólo para efectos de calcular la porción conyugal, sino también para cualquier otro efecto. En todo caso, parece indudable que si el cónyuge tiene bienes propios en cantidad superior a los que le correspondan a título de porción conyugal, no tendrá derecho a porción conyugal, es decir, no podrá hacer uso del derecho a abandono. Ello, por cuanto, por un parte, significaría perder parte de su patrimonio en beneficio de los demás sucesores y además asumir una responsabilidad adicional (1180).

Porción Conyugal Complementaria. Se presenta cuando el cónyuge sobreviviente tenga bienes pero en cantidad inferior a la porción conyugal que por ley le corresponde. (1176 inciso. 1o y 2o). Recordemos que los bienes propios son los

que el cónyuge aporta al matrimonio, los que el cónyuge conservó como propios por estar separado total o parcialmente de bienes, los bienes recibidos a título de mitad de gananciales (esto esta dicho expresamente en el artículo 1176) y los bienes recibidos por el cónyuge sobreviviente en la sucesión intestada del causante (esto también esta dicho en el artículo 1176).

Respecto a esta ultima situación, cabe preguntarse cuando podrá presentarse. Es decir, cuándo ocurrirá que se lleve porción conyugal complementaria en razón de haber tenido -el cónyuge sobreviviente- bienes propios a título de heredero abintestato. Bien analizadas las cosas, puede concluirse que si la sucesión es enteramente intestada, la situación nunca podrá presentarse. En efecto, en el primer orden de sucesión -regular o irregular- el cónyuge concurre por su porción conyugal, y no como heredero abintestato. El cónyuge comienza a aparecer como heredero intestado recién, en el segundo orden de sucesión y en adelante. Ahora bien del segundo orden en adelante, el cónyuge lleva como porción conyugal una baja general de la herencia que, como hemos dicho, equivale a la cuarta parte del acervo ilíquido, previas las deducciones de los Nos 1 a 4 del artículo 959. Pero resulta ser que al cónyuge, como heredero abintestato siempre le corresponde una parte superior a esa baja general. (En el segundo orden lleva una mitad o un tercio según los casos,...). De modo que a partir del segundo orden nunca el cónyuge llevara porción conyugal complementaria si es heredero abintestato. Luego, solo se formará la porción conyugal complementaria en caso de que la sucesión sea mixta (testada e intestada), pues en tal caso podrá ocurrir, perfectamente, que dada la distribución testamentaria a favor de otros parientes lo que el cónyuge lleve como heredero intestado sea inferior a lo que le corresponde por porción conyugal.

Hay que recordar que la porción conyugal es compatible con cualquier asignación testamentaria dejada al cónyuge sobreviviente por el causante (1176 inciso final, agregado por la ley 10.271). Incluso más. Ni siquiera es necesario hacer mención a dicha compatibilidad en el testamento. Si en el testamento el testador deja al cónyuge la cuarta de libre disposición y nada dice respecto a la porción conyugal, se entiende que lleva ambas cosas.

Al hablar de porción conyugal complementaria es necesario manejar dos conceptos claves que son los de complemento y deducción. El complemento de la porción conyugal es aquella masa de bienes que, unida a los bienes propios del cónyuge, llegan a enterar lo que, según la ley, le corresponde al cónyuge sobreviviente por porción conyugal. Las deducciones de la porción conyugal son aquella parte de los bienes que, por tenerlos el cónyuge, no los lleva por porción conyugal.

Reglas para calcular la porción conyugal.

Para analizar esta situación hay que hacer una gran distinción previa: si el causante dejó o no dejó descendientes legítimos.

1.- NO EXISTEN DESCENDIENTES LEGITIMOS.- La porción conyugal teórica en este caso es muy simple: asciende a la cuarta parte del acervo ilíquido deducidas las bajas 1 a 4 del artículo 959. Pero si se desea calcular la porción conyugal efectiva, hay que hacer una subdistinción fundamental, esta es, si se trata de calcular porción conyugal íntegra o complementaria.

a) Porción conyugal íntegra. Al respecto, se plantea el problema de si para calcularla deben o no acumularse las donaciones revocables y/o irrevocables hechas por el causante en vida. Respecto a las donaciones revocables, la mayoría de la doctrina estima que sólo se acumulan cuando se ha hecho entrega de ellas al donatario en vida del causante. (En contra de esta opinión, Pablo Rodríguez). De acuerdo a los artículos 1140 y 1142, en este caso el donatario ha adquirido un usufructo de ellas. Luego, como la nuda propiedad queda en manos del causante, dichos bienes han salido material pero no jurídicamente del patrimonio del causante, razón por la cual deben acumularse. Si el causante no los entregó en vida, estos bienes no han salido -no sólo jurídica sino ni siquiera materialmente del patrimonio del causante- y por ende no hay nada que acumular. Simplemente estos bienes son considerados como parte integrante del patrimonio del causante. De hecho, están material y jurídicamente en él. De manera tal que no debe buscarse la razón de esta acumulación en el artículo 1185 que contempla el llamado primer acervo imaginario. Ese artículo 1185 es inaplicable al caso que estudiamos, y ello por dos razones.

Primero, porque habla de cuartas, y en el orden sucesorio en que no hay descendientes legítimos, la porción conyugal no es cuarta de aquellas de que habla el artículo 1184, (de mejoras, o de libre disposición, o mitad legitimaria, que en el fondo equivale a dos cuartas), sino que es baja general. Y segundo, porque la ley dice que se acumulan las donaciones revocables al acervo líquido, y tratándose de la porción conyugal cuando no existan descendientes legítimos, el acervo será líquido, precisamente una vez deducida o calculada la porción conyugal.

Respecto a las donaciones irrevocables, estas no se acumulan para el cálculo de la porción conyugal. Primero que nada, porque en este caso como se trata de un título traslativo de dominio, las cosas han salido no sólo material sino también jurídicamente del patrimonio del causante. En segundo lugar, porque por las razones

apuntadas es igualmente inaplicable a este caso el artículo 1185. Y en tercer lugar, porque si quedara alguna duda, ella quedaría despejada por el artículo 1199, según el cual la acumulación de lo donado irrevocablemente beneficia al cónyuge sobreviviente sólo en el caso del artículo 1178 inciso 2º, esto es, en el orden de los descendientes legítimos. A contrario sensu, la acumulación no beneficia al cónyuge en este caso, en que no hay descendientes legítimos.

b) Porción conyugal complementaria. Ya sabemos que la porción conyugal complementaria se presenta cuando el cónyuge tenía bienes propios en cantidad inferior a los que le corresponde por porción conyugal. Entonces, se acumularán las donaciones revocables entregadas en vida al donatario, se descontarán los bienes propios del cónyuge sobreviviente (deducciones) y esa diferencia será lo que le corresponda como porción conyugal complementaria. Durante mucho tiempo se discutió si acaso esas deducciones, que evidentemente beneficiaban a los demás herederos, beneficiaban también, al cónyuge sobreviviente. Actualmente ya no se discute que esas deducciones NO le benefician al cónyuge sobreviviente. Primero que nada, porque el artículo 1172 define la porción conyugal como aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente, y suponer que las deducciones benefician al cónyuge es sostener que la porción conyugal es también, una parte de propio patrimonio del cónyuge (las deducciones son parte del patrimonio del cónyuge). Segundo, porque el artículo 953 al hablar de las asignaciones por causa

de muerte se refiere a ellas diciendo que se sucede en SUS BIENES (del causante). Tercero, porque si bien es cierto el artículo 1185 al hablar del primer acervo imaginario dice que se computan las deducciones del 1176, no lo es menos que el artículo 1185 es inaplicable a la porción conyugal cuando no hay descendientes legítimos.

Se plantea, por último, la interrogante de qué es lo que sucede cuando el cónyuge renuncia a sus bienes para llevar la porción conyugal íntegra. Es obvio que estos bienes no deben ser considerados para calcular la porción conyugal. Precisamente, porque fueron abandonados.

**2.-EXISTEN DESCENDIENTES LEGITIMOS.-** Sabemos que la porción conyugal teórica en este caso está establecida en el artículo 1178 y es simple: asciende a lo mismo que lleva por legítima rigorosa o efectiva el hijo legítimo o el doble de lo que por tales conceptos lleve cada hijo legítimo si fueron dos o más. Si bien es cierto la porción conyugal en este caso se calcula con imputación a la mitad legitimaria y los hijos legítimos son igualmente legitimarios que los demás, no lo es menos que en el orden de los descendientes legítimos necesariamente tiene que haber hijos legítimos (personalmente o representados por su descendencia legítima). De manera que es muy preciso que se haya referido a los hijos legítimos y no a cualquier legitimario.

En este punto hay que recordar lo establecido en el artículo 1190 en el sentido de que lo que un legitimario no lleva, por no poder suceder y no tener descendiente con derecho a representarlo, acrece al resto de la mitad legitimaria; es decir, contribuye a formar las legítimas rigurosas de los demás legitimarios y la porción conyugal en el caso del artículo 1178 inciso 2º. Beneficia a todos repartiéndose por partes iguales (1098 inciso final). La legítima sigue siendo rigorosa porque es un acrecimiento AL INTERIOR de la mitad legitimaria.

Por otra parte, hay que recordar que hasta antes de la ley 18.802, la parte de bienes de que el causante pudo disponer con absoluta libertad o a título de mejoras y de que no dispuso, o no lo hizo conforme a derecho o no tuvo efecto su disposición, acrecía a las legítimas rigurosas por partes iguales para transformarlas en legítimas efectivas, pero sin beneficiar al cónyuge sobreviviente. La ley 18.802 -para beneficiar al cónyuge- modificó esta situación y derogó el artículo 1191 inciso 3º que decía tajantemente que "este acrecimiento no aprovecha al cónyuge sobreviviente en el caso del artículo 1178 inciso 2º". Y para complementar, el artículo 1178 inciso 2º, donde decía legítimas rigurosas paso a decir "legítimas rigurosas o efectivas". En síntesis, ahora la porción conyugal se ve beneficiada por el acrecimiento del artículo 1191 en aquellos casos en que la porción conyugal se calcula con imputación a la mitad legitimaria, esto es, cuando hay descendientes legítimos (1178 inciso 2º). Se trata de un acrecimiento completamente diferente al del 1190. El del 1191 es un acrecimiento con bienes que vienen desde afuera de la mitad legitimaria.

a) Porción Conyugal Íntegra. Recordemos que se presenta cuando el cónyuge carece de bienes propios o teniéndolos renuncia a ellos para llevar su porción conyugal íntegra. En cuanto a las donaciones revocables, recordemos que se acumulan si fueron entregadas en vida al donatario. Si no lo fueron, no habiendo salido ni jurídica ni materialmente del patrimonio del causante, sólo se toman en cuenta, se consideran.

En cuanto a las donaciones irrevocables, la modificación del artículo 1199 introducida por la ley 10.271 vino a aclarar la situación. De acuerdo al último inciso del artículo 1199, en este caso, es decir, cuando hay descendientes legítimos, las donaciones irrevocables sí se acumulan.

b) Porción Conyugal Complementaria. Se calcula acumulando las donaciones revocables entregadas y las donaciones irrevocables en todo caso y luego descontando las deducciones de los bienes propios del cónyuge. Durante mucho tiempo se discutió también en este caso si acaso las deducciones beneficiaban al resto de los herederos incluyéndose o no al cónyuge sobreviviente. La cosa en este caso era más discutible aun que en el caso en que el causante no dejaba descendientes legítimos. En efecto, si el causante dejó descendientes legítimos (que es lo que estamos analizando), la porción conyugal se calcula con imputación a la mitad legitimaria. Ahora bien, esto quiere decir que lo que incrementa la mitad legitimaria beneficia a la porción conyugal. Pues bien. Como se recordará, el artículo 1190, después de contemplar el acrecimiento a las legítimas rigurosas de aquellas legítimas rigurosas que uno o más legitimarios no pudo llevar sin haber dejado tampoco descendiente legítimo con derecho a representarlo, al final, el artículo 1190 agregaba: "volverán de la misma manera a la mitad legitimaria las deducciones que según el artículo 1176 se hagan a la porción conyugal en el caso antedicho". Unos interpretaban el "volverán de la misma manera" en el sentido de "con el mismo destino", "con el mismo objeto", esto es, calcular las legítimas rigurosas y la porción conyugal.

Pero otros sostenían que el "volverán de la misma manera" sólo debía interpretarse como "del mismo modo" que en el artículo 1190 inciso 1º., esto es, que así como en el artículo 1190 inciso 1º no lleva su parte el asignatario que falta, tampoco en el inciso 2º lleva su parte de deducciones el cónyuge por su porción conyugal.

Hoy en día, por obra de la ley 18.802, el inciso 2º del artículo 1190 está derogado, de manera que ya no existe siquiera el argumento de que el "volverán de la misma manera" pudiera interpretarse como que las deducciones del 1176 fueran a beneficiar a la porción conyugal. Por tal razón, se ha entendido que la referida polémica prácticamente se encuentra superada.

**NATURALEZA JURIDICA DE LA PORCION CONYUGAL.**- El cónyuge, por su porción conyugal, no es heredero ni legatario, pero es considerado como heredero y tiene la responsabilidad subsidiaria del legatario.

En efecto, teóricamente se dice que es una asignación "sui géneris": ni universal ni singular.

No es universal (herencia). Razones.

1º. El art. 1181 al definir los legitimarios declaró expresamente que son herederos, cosa que no hace el art. 1172 al definir la porción conyugal.

2º. El art. 998 habla de "a título de herencia, de porción conyugal o de alimentos...".

3º. El art. 1180 establece que el cónyuge por su porción conyugal responde de las deudas hereditarias como el legatario.

Tampoco es una asignación a título singular (legado). Desde luego, porque para que proceda la porción conyugal no es necesaria una sucesión testada, lo que en cambio es indispensable para que haya legados. Además, porque los legados se pagan con imputación a la parte de libre disposición, mitad o cuarta; en cambio la porción conyugal se calcula como baja general o con imputación a

la mitad legitimaria. Y por último, porque si el art. 1180 explica que el cónyuge por su porción conyugal tiene la responsabilidad del legatario, es porque en estricto rigor no lo es.

Esta norma del art. 1180 que establece que será considerado como heredero, fue introducida por la ley 10.271 para resolver el problema que se planteaba acerca de si podía adjudicarse al cónyuge sobreviviente, a título de porción conyugal, bienes de la comunidad hereditaria. Lo que se pretendió dar por establecido es que el cónyuge por su porción conyugal debe ser considerado como comunero de la comunidad hereditaria. Luego, será necesario concederle la posesión efectiva; podrá ejercer la acción de partición;...

**RESPONSABILIDAD DEL CONYUGE POR SU PORCION CONYUGAL.** Es como la del legatario, es decir, en subsidio de los herederos. Esto, sin embargo, se puede ver modificado por variadas circunstancias:

a) El cónyuge, en la parte que recibe de gananciales y que se le imputa como deducción a la porción conyugal, tiene la responsabilidad establecida en el Código a propósito de las reglas de la sociedad conyugal. (1180 inc. 2º). Esta responsabilidad no es la misma si es marido o mujer. Si el cónyuge sobreviviente es mujer, goza del beneficio de emolumento (1177), en cuya virtud, si bien responde de la mitad de las deudas de la sociedad conyugal, al igual que el marido, lo hace limitadamente a los bienes que reciba a título de gananciales (a diferencia del marido). Tratándose del marido sobreviviente de una mujer que tenía patrimonio reservado, en cambio, será el marido quien gozará del beneficio de emolumento respecto de las deudas contraídas en el patrimonio reservado. Responde de ellas hasta concurrencia de los bienes que, por liquidación de gananciales, le lleguen y que hayan tenido origen en el patrimonio reservado. (art. 150 y 166).

b) Responsabilidad del cónyuge por las asignaciones testamentarias que recibe del causante. Es la de cualquier heredero (si es una asignación testamentaria a título universal) o de cualquier legatario (si es una asignación a título singular). Esto no siempre fue así. Antes de la ley 10.271, como no existía la compatibilidad entre porción conyugal y asignación testamentaria, el art. 1180 contemplaba expresamente una responsabilidad especial. Ahora eso no existe.

c) Responsabilidad del cónyuge sobreviviente por lo que recibe como heredero abintestato y se le imputa a su porción conyugal.

Como hemos dicho, este caso se presenta sólo en las sucesiones mixtas: sólo en ellas el cónyuge podrá llevar en calidad de heredero abintestato una suma inferior a lo que le corresponde por porción conyugal.

En general se ha estimado que la responsabilidad del cónyuge por esta parte que recibe abintestato, es la de heredero. Primero que nada, porque no fue el espíritu del art. 1180 aplicar a este caso la responsabilidad del legatario. Segundo, porque el 1180 habla de esa responsabilidad de legatario sólo en lo que reciba el cónyuge A TÍTULO de porción conyugal (en este caso, de porción conyugal complementaria).

#### Impacto de la ley 19.585 en la porción conyugal.

La ley 19.585, siguiendo la tendencia mundial en la materia, derogó la porción conyugal. El Cónyuge sobreviviente pasa a ser, por un lado, un heredero abintestato

que concurre en la forma ya explicada a propósito de las normas sobre sucesión intestada. Y, por otra parte, el cónyuge sobreviviente es legitimario (actual art 1182). Como heredero abintestato el cónyuge sobreviviente, concurriendo con los hijos, lleva el doble de la porción de cada hijo si son dos o más o la misma porción si era uno sólo (art 988 inc 2° actual). Como legitimario, el cónyuge sobreviviente pierde esa calidad si dio motivo al divorcio por su culpa (art 1182); puede ser desheredado (art 1208) y además su existencia determina, al igual que los otros legitimarios (ascendientes, descendientes) que se forme cuarta de mejoras.

### **LAS LEGITIMAS Y LAS MEJORAS (arts 1181 y s.s.).**

Las legítimas son aquella cuota de los bienes del difunto que la ley asigna forzosamente a ciertas personas llamados legitimarios. (1181). Las legítimas son una asignación forzosa. (1167). La más frecuente. Como es una asignación forzosa, el testador debe respetarla en el testamento y si no lo hace, el afectado puede demandar la reforma del testamento mediante la acción respectiva.

Los legitimarios son una especie dentro del género de los asignatarios forzosos. A diferencia del cónyuge que por su porción conyugal no es heredero, el legitimario es heredero. (1181 inc. 2°). Con la ley 19.585, al eliminarse la porción conyugal, el cónyuge es legitimario y como tal heredero. Es más, el CC usa indistintamente para referirse a lo mismo, los conceptos de heredero forzoso y de legitimario. El art 1182 enumera a los legitimarios. En el N° 1 y 3 lo que establece, en el fondo, es la posibilidad de ser legitimario por representación (1183 y 984). No hay más legitimarios que los enumerados en el art 1182. Tan es así, que aunque el art. 24 de la ley 7613 de adopción asimila los derechos sucesorios del adoptado a los del hijo natural, se encarga de aclarar que eso no le da, al adoptado, la calidad de legitimario.

Con la ley 19.585 se simplifica totalmente lo relativo a los legitimarios: son legitimarios los ascendientes, los descendientes (personalmente o representados por su descendencia) y el cónyuge. Los ascendientes pierden la calidad de legitimario 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. El cónyuge pierde la calidad de legitimario por haber dado motivo al divorcio por su culpa.

Un aspecto muy importante de la legítima es el relativo a cómo se distribuye cuando hay varios legitimarios. El legislador optó por una solución muy sencilla: se aplican las reglas de sucesión intestada (1183). Esto de que se apliquen las reglas de la sucesión intestada no dice relación con todos los beneficios a que pudieran tener derecho los legitimarios, sino sólo a la legítima, esto es, a la mitad legítima. En todo lo concerniente a cuarta de mejoras o parte de libre disposición no concurren según las reglas de sucesión intestada. En estas partes, debe aplicarse la voluntad del testador. Sin embargo, si el testador no dispone de la cuarta de mejoras o de la parte (mitad o cuarta) de libre disposición, o disponiendo no lo hace conforme a derecho o no tiene efecto su disposición, se produce el acrecimiento del art. 1191, y esas partes pasan a integrar la legítima -a incrementar la mitad legítima- sólo que con el nombre de legítimas efectivas. Pero como tales legítimas que son, se distribuyen conforme a las reglas de sucesión intestada. Esto es una excepción derivada únicamente del hecho de que en tal caso la sucesión habría sido parcialmente intestada. Y en la porción de que el testador

no dispuso concurrirán también los demás herederos abintestato, pues de acuerdo al inc. final del art. 1191, sobre las reglas de este precepto priman las de la sucesión intestada.

El hecho de que las legítimas se distribuyan entre los legitimarios según las reglas de sucesión intestada es muy simple, y habrá que analizar en qué orden de sucesión estamos para ir viendo la forma como se va repartiendo la legítima. Eso sí que debemos recordar que en la distribución de la legítima no puede participar nadie que no sea legitimario.

## LAS LEGÍTIMAS RIGOROSAS Y LAS LEGÍTIMAS EFECTIVAS.

La legítima rigorosa es la parte de la mitad legitimaria que lleva cada legitimario. Del art. 1184 se desprende que para llegar a la mitad legitimaria hay que deducir previamente las bajas generales del art. 959 y agregar las agregaciones del art. 1185 a 1187, esto es, las de los acervos imaginarios. Es decir, la mitad legitimaria es la mitad del acervo líquido, o del primer acervo imaginario o del segundo acervo imaginario, según los casos.

Ahora bien, en la distribución de la mitad legitimaria se aplican plenamente las reglas de la representación, por lo que se puede distribuir por cabezas o por estirpes según los casos. El art. 1184 termina aclarando cómo se distribuye el resto del acervo líquido, o del primer acervo imaginario o del segundo acervo imaginario.

Hasta la ley 19.585 se distinguía si hay o no descendientes legítimos. En el primer caso se formará una cuarta de mejoras y otra de libre disposición. En el segundo, sólo una mitad restante que será de libre disposición. Es importante recordar que el último inciso del art. 1184 fue modificado por la ley 18.802 precisamente para hacer al cónyuge potencial beneficiario de la cuarta de mejoras. Aunque el art. 1184 da a entender que sólo procede la formación de la cuarta de mejoras si hay descendientes legítimos, en realidad también, procede cuando no los hay sino que hay hijos naturales o descendientes legítimos de estos. Así lo ha declarado la jurisprudencia sobre la base del art. 1167 y de otras normas (1195, 1204, 1220). El equívoco se debió a una incompleta modificación introducida por la ley 10.271.

Con la ley 19.585, esto cambia totalmente. Se mantiene el inc. 1º del art 1184 en el sentido que la mitad del acervo partible se distribuye entre los legitimarios. se forma cuarta de mejoras y cuarta de libre disposición si el causante dejó ascendientes, descendientes o cónyuge. Si no dejó ninguno de esas personas

Características de las legítimas rigorosas:

1.-Son una asignación forzosa y por ende irrenunciable (1226 inc. final). Además, renunciar a ella sería un pacto sobre sucesión futura (1463/1682).

2.-Son una asignación esencialmente pura y simple. No puede someterse a modalidades (1192). Es una situación excepcional porque la legítima es una materia esencialmente patrimonial y en lo patrimonial (a diferencia del derecho de familia) impera el principio de la autonomía de la voluntad. Hay, eso sí, una excepción en el art. 48 N° 7 de la ley de bancos: puede dejarse la legítima con la condición de ser administrada por un banco mientras subsista la incapacidad del legitimario.

Que la legítima sea pura y simple no significa que vaya a repartirse entre los legitimarios por partes iguales. Ya hemos visto que se aplican las normas sobre sucesión intestada.

3.-El testador puede señalar las especies con que se va a pagar la legítima, pero no puede delegar esta facultad ni puede tasarlas (1197). La imposibilidad de delegar es obvia a la luz del art. 1004.

Tampoco acepta el legislador que el testador pueda tasar las especies con las cuales desea se pague la legítima. De lo contrario podría fácilmente burlar las asignaciones forzosas por la vía de hacer tasaciones desorbitadas. Sin embargo, puede el testador hacer la partición (1318) haciendo, en ella, una tasación, que valdrá en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno. Si mediante la tasación se burló un derecho de un legitimario, le cabría a éste la acción de reforma de testamento.

Hay quienes creen, en cambio, que cuando en la sucesión hay legitimarios, el testador no podría hacer la partición porque ello supondría hacer la tasación prohibida por el art. 1197. Esto nos parece excesivo.

4.-Las legítimas tienen preferencia absoluta para su pago. (1189, 1193 y 1194). Es decir, se pagan con preferencia a cualquier otra asignación.

5.-En caso de que un legitimario no lleva el todo o parte de su legítima, esto es, falte por incapacidad, indignidad, repudiación o desheredamiento y carezca de descendencia con derecho a representarlo (esto último, pues la representación excluye el acrecimiento), dicho todo o parte se agregara a las legítimas rigurosas de todos los restantes legitimarios y contribuirá a acrecentar la porción conyugal en el caso del art. 1178 inc. 2º. (1190). Es decir, el cónyuge se ve beneficiado en su porción conyugal en este caso sólo cuando su porción conyugal se calcula con imputación a la mitad legitimaria (cuando hay descendientes legítimos), y no en el resto de los órdenes de sucesión, en que su porción conyugal es baja general calculada con anterioridad a la división del acervo líquido.

LA LEGITIMA EFECTIVA.- Como ya se ha adelantado, es la legítima rigurosa incrementada con la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a título de mejoras o con absoluta libertad y ha dispuesto, o si lo ha hecho no lo ha realizado conforme a derecho o no ha tenido efecto su disposición. (1191). Como en el caso del inc. 2º del art. 1178 la porción conyugal se calcula sobre la base de las legítimas rigurosas o efectivas, al cónyuge, en ese caso, también, le beneficia este acrecimiento. Este art. 1191 sólo se aplica cuando todos los herederos son legitimarios. Si hay herederos que no son legitimarios, sobre las reglas del 1191 prevalecen las de la sucesión intestada y por ende la parte no dispuesta o no dispuesta conforme a derecho, se reparte según las reglas de sucesión intestada.(1191 inc. final).

Así las cosas, en una sucesión en parte testada y en parte intestada, se pueden producir las siguientes situaciones:

-Concurren solamente herederos abintestato que no son legitimarios. En tal caso, la parte intestada se rige íntegramente por las reglas de la sucesión intestada.

-Concurren solamente legitimarios. En este caso opera íntegramente el acrecimiento del 1191. La parte no testada acrece a los legitimarios, los que previamente llevan por derecho propio, la mitad legitimaria.

-Concurren legitimarios con quienes no lo son. De acuerdo al 1191 en la parte no testada se aplican las reglas de la sucesión intestada, lo que significa a su vez que:

a) Si sólo existen descendientes legítimos, se produce el acrecimiento beneficiando también, al cónyuge (1178 inc. 2º).

b) Concurren ascendientes legítimos (2º orden de sucesión regular). Si no concurren los hijos naturales, no hay problema y la parte no dispuesta se distribuye de acuerdo a las reglas de sucesión intestada. El problema se plantea si además concurren los hijos naturales, pues si lo que no se dispuso fue la cuarta de mejoras, ocurrirá que de acuerdo a las reglas de sucesión intestada esta cuarta debiera repartirse entre hijos naturales, cónyuge y ascendientes legítimos; en tanto que de acuerdo al 1167 y 1195 no podría beneficiarse con cuarta de mejoras a los ascendientes legítimos.

c) Concurren padres naturales que han reconocido voluntariamente al hijo. En este caso no se presentan problemas porque este tipo de legitimarios no concurre con hijos naturales. Se aplican, pues, íntegramente las reglas de sucesión intestada a la parte de libre disposición que ha quedado sin disponer, por aplicación del 1191 inc final.

## LOS ACERVOS IMAGINARIOS

Son cálculos destinados a proteger la integridad de las legítimas que hayan intentado ser menoscabadas ya sea por donaciones irrevocables hechas a otro legitimario (Primer Acervo Imaginario) o a extraños (Segundo Acervo Imaginario).

Primer Acervo Imaginario. Mas propiamente denominado "COLACION". Art. 1185. La colación es el acto en cuya virtud un legitimario que concurre junto a otros en una sucesión, devuelve a la masa partible (al acervo líquido) las cosas o valores con que el donante lo beneficiara en vida, para compartirlas con sus coherederos. La expresión no es acertada ni clara en lo absoluto. No hay una devolución imaginaria sino muy real. Tanto que se asimila en el fondo a un crédito del causante en contra del legitimario a quien le donó.

Requisitos para que proceda la formación del primer acervo imaginario:

a) Que al tiempo de abrirse la sucesión existan legitimarios. Este requisito se explica muy simplemente: lo que se busca es precisamente defender a los legitimarios.

b) Que el causante haya hecho donaciones a un legitimario.

El art 1185 dice que se acumulan las donaciones revocables o irrevocables hechas en razón de legítimas o mejoras y las deducciones que de acuerdo al 1176 se hagan a la porción conyugal. Sin embargo, hay que precisar de mejor modo estas acumulaciones. Lo que se acumula es:

1.-Las donaciones irrevocables hechas por el causante a un legitimario. Esto es claro. Si hay legitimarios, quiere decir que hay mitad legítima que son en el fondo "las cuartas de que habla el artículo precedente".

2.-Las donaciones revocables hechas a un legitimario, en cuanto las cosas donadas hayan sido entregadas en vida al donatario (por eso el art 1185 habla de "entregadas"). Las donaciones revocables siempre se imputan (se consideran para el cálculo de las cuartas), hayan sido o no entregadas. Pero si han sido entregadas, como materialmente han salido del patrimonio del causante, no sólo se imputan sino que además deben acumularse. Lo mismo cabe decir de los legados. Si no se han entregado, están jurídica y materialmente en el patrimonio

del causante (mejor dicho, de la masa hereditaria); si en cambio fueron entregados, hay que acumularlos, es decir, la masa adquiere un crédito contra el legatario. ¿Por qué se aplica la misma idea? Muy simple. Porque los legados entregados en vida al legatario son asimilables a las donaciones revocables (1141).

En relación a la acumulación de las donaciones hay que hacer algunos alcances. En primer lugar, como dice el art. 1185, sólo se acumulan las donaciones hechas en razón de legítimas o mejoras. No procede, pues, la acumulación de donaciones hechas con cargo a la parte de libre disposición.

En segundo lugar, cabe preguntarse a que parte benefician estas acumulaciones. Tratándose de las donaciones irrevocables, la acumulación de ellas nunca puede beneficiar a la parte de libre disposición, al tenor del art. 1199, según el cual la acumulación de lo irrevocablemente donado, sólo beneficia a legitimarios, mejoreros y al cónyuge en el caso del 1178 inc. 2º, pero no a los asignatarios de libre disposición. A contrario sensu, las acumulaciones de donaciones revocables sí benefician a la parte de libre disposición, lo que resulta concordante con el art. 1185, que dice que "para computar las cuartas de que habla el artículo precedente...", entre las que se encuentran las dos cuartas constitutivas de la mitad de libre disposición.

Un tercer alcance se refiere a que ciertas donaciones no se acumulan por expresa disposición legal. Estos son los regalos moderados que se hacen según uso y costumbre. El 1188, después, de aclarar que la acumulación es del valor líquido de la donación ("deducido el gravamen a que la asignación estaba afecta"), agrega que "no se tomarán en cuenta los regalos moderados autorizados por la costumbre en ciertos días y casos ni los dones manuales de poco valor". Tampoco se acumulan los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre (1198) ni los gastos de educación de un descendiente, aunque el testador haya expresado su voluntad de imputarlos al pago de la legítima.

3.- Otra acumulación que debe hacerse para computar el primer acervo imaginario, se refiere a los desembolsos hechos por él para pagar deudas de un descendiente (1203 inc. 1º). Se imputarán a su legítima si el desembolso fue útil para el pago de la deuda y no se acumula en caso contrario.

4.- Por último, deben acumularse -por expresa disposición del art. 1185- las deducciones que según el art. 1176 se deben hacer a la porción conyugal teórica cuando el cónyuge lleva porción conyugal complementaria. Sin embargo, esta acumulación tiene un destino diferente según las circunstancias. Si no hay descendientes legítimos del causante, estas deducciones se acumulan a todo el acervo líquido (las "cuartas de que habla el artículo precedente" a que alude el 1185). En cambio, si el causante dejó descendientes legítimos, se acumulan a la mitad legitimaria, esto es, aprovechando sólo a los legitimarios.

Un último alcance sobre el primer acervo imaginario. La acumulación se verifica conforme al valor de las cosas al tiempo de la entrega. No interesa el valor que tengan al momento de abrirse la sucesión. art. 1185.

Ejemplo de formación del primer acervo imaginario. Supongamos un causante que deja un acervo líquido de \$1.000.- millones. Deducidas las bajas generales da un acervo líquido de \$900 millones. Dejó, al morir, 5 hijos. A uno de ellos le había

hecho en vida una donación revocable y a otro una donación irrevocable, la que le fue entregada en vida del causante. Cada una de las donaciones ascendía a \$50 millones. Acumuladas al acervo liquido ambas donaciones da un primer acervo imaginario de \$1.000 millones que, dividido en la forma establecida en el art. 1184 significaría:

Mitad legitimaria.....\$500 millones  
 Cuarta de Mejoras.....\$250 millones  
 Cuarta de Libre Disposición.....\$250 millones

Hecho así los cálculos, la cuarta de libre disposición se estaría beneficiando de la acumulación de la donación irrevocable, situación que vulnera el art. 1199 y que por ende hay que corregir.

La forma de corregir es simple. Debe dividirse la acumulación de la donación irrevocable que erradamente estaba beneficiando a la parte de libre disposición, y distribuirse a prorrata entre la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, en proporción dos a uno.

La donación irrevocable acumulada era de \$50.000.000.- La cuarta parte de \$50 millones es \$12.500.000.- Eso es la parte de la acumulación que indebidamente beneficiaba a la parte de libre disposición y que debe distribuirse entre la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras. \$8.330.000.- van para la mitad legitimaria y \$4.170.000.- para la cuarta de mejoras. Sumando, la mitad legitimaria lleva \$508.330.000.-; la cuarta de mejoras \$254.170.000.- y la cuarta de libre disposición lleva \$237.500.000.-

La legitima rigorosa es pues de \$101.660.000.- (\$508.330.000.-, dividido 5).

A los hijos 1 y 2, que fueron los que recibieron las donaciones, no se les paga sin embargo esa suma. Como esas donaciones se imputan a su legitima rigorosa, hay que descontarles de esa suma el valor de las donaciones (art. 1198).

## EL SEGUNDO ACERVO IMAGINARIO.-

Arts. 1186 y 1187.-

Procede en presencia de donaciones irrevocables hechas a extraños que no son legitimarios y a fin de defender las legítimas. REQUISITOS:

1.- Es necesario que "a la sazón", esto es, al momento de haberse hecho la donación irrevocable al tercero que no era legitimario, el causante que hizo la donación haya tenido legitimarios. No interesan los nacidos con posterioridad a la donación.

2.-Es necesario que al momento del fallecimiento del causante, éste haya tenido legitimarios. Si no los tuvo al morir, no hay lugar a la formación de las legítimas y mejoras y por ende no se forma este acervo imaginario. No interesa para nada que sean los mismos legitimarios aquellos existentes al momento de hacerse la donación y los existentes al momento de morir el causante.

3.-Es necesario que el causante haya efectuado donaciones irrevocables a terceros que no sean legitimarios. Si fueron donaciones revocables, no se forma segundo acervo imaginario (el art. 1186 habla sólo de donaciones entre vivos). Si fueron hechas a un legitimario (no extraño), se consideran sólo al formar el primer acervo imaginario.

4.-Es necesario que las donaciones hayan sido excesivas. No toda donación es considerada como ilegítima. El art. 1186 entiende que la donación fue excesiva cuando el valor de las donaciones exceda de la cuarta parte de la suma formada por las donaciones y el acervo. Dicho de otro modo. Se suma el acervo más las donaciones, y el resultado se divide por cuatro. Si la cantidad resultante de esta división es inferior al valor de las donaciones, quiere decir que estas resultaron excesivas, y procede, pues, formar el segundo acervo imaginario.

¿A cual acervo se suman estas donaciones? Al líquido o al primer acervo imaginario, según los casos. Para entender esta institución del segundo acervo imaginario y de la acción de inoficiosa donación, que están íntimamente relacionadas, hay que partir distinguiendo 3 situaciones:

I.- 1a situación. Las donaciones no fueron excesivas. En este caso, no se forma el segundo acervo imaginario. Ejemplo. El acervo (líquido o primero imaginario, da lo mismo) es de \$150. Las donaciones irrevocables son de \$50.- La suma (\$200) dividida por cuatro da \$50.- Esto es lo que pudo donar. Lo que de hecho donó no excedió de esa suma.

II.- 2a situación. Las donaciones fueron excesivas. Por ejemplo. El acervo era de \$100 y las donaciones irrevocables ascendieron \$60.- Da un total de \$160.- que dividido por 4 da un total de \$40.- Esa es la suma que el donante pudo legítimamente donar. Pero como donó \$60 hay un exceso que, en este caso asciende a \$20.- Como dice el art. 1186, este exceso se acumula imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras. El segundo acervo imaginario asciende a \$120.-

Suponiendo que existan personas con derecho a mejoras, el segundo acervo imaginario se divide en \$60 para la mitad legitimaria; \$30 para la cuarta de mejoras y \$30 para la cuarta de libre disposición.

En el hecho, sin embargo, solo hay \$100.- Y es allí, entonces, donde reside el interés del segundo acervo imaginario. Las legítimas y mejoras, como asignaciones forzosas que son, se pagan íntegramente. De modo que los \$60 de la mitad legitimaria y los \$30 de la cuarta de mejoras deben ser íntegramente cancelados. De este modo se cumple el primer objetivo básico del segundo acervo imaginario: reducir la parte de libre disposición, que en este caso en particular queda reducida apenas a \$10.- Era de \$30, pero en virtud de esta verdadera "reliquidación" del acervo, queda en \$10.- Y la razón es muy simple: fueron precisamente esos \$20 de diferencia los que el causante nunca debió haber donado. Dicho más directamente, ha quedado limitada la facultad de disponer libremente del causante por haber donado en exceso.

Ahora bien, pudo haber sucedido que el causante haya instituido legados con cargo a la parte de libre disposición, que en mucho excedan los \$10 de que pudo en definitiva haber dispuesto. En tal caso, se pagarán primero los legados que gocen de preferencia según el orden que luego veremos y los que no gozan de preferencia se pagan a prorrata de lo que sobre.

III.- 3a situación. Las donaciones son de tal modo excesivas que menoscaban las legítimas y las mejoras. Esta situación es la que con detalle contempla el art. 1187. Se refiere a que el exceso es de tal magnitud que no solo absorbe la parte de la herencia de la cual el difunto hubiera podido disponer libremente, sino que menoscaba las legítimas rigurosas o las mejoras. Ejemplo:

El Acervo (liquido o primero imaginario).....\$120 millones  
 Donaciones Irrevocables.....\$220 millones  
 Total.....\$340 millones

Al igual que en los casos anteriores, se divide \$340 millones por cuatro, lo que nos da \$85.- millones. Esta es la suma que el testador pudo libremente donar. Pero en el hecho dono \$220 millones. El exceso es de \$135 millones. Sumamos entonces este exceso al acervo, lo que nos da  $\$120 + \$135 = \$255$  millones, que es la suma a la cual asciende el segundo acervo imaginario.

Esos \$255 millones es lo que, suponiendo que hay mejoreros, se divide en:

Mitad legitimaria.....\$127.500.000.-  
 Cuarta de Mejoras.....\$63.750.000.-  
 Cuarta de libre disposición.....\$63.750.000.-  
 Total del segundo acervo imaginario.....\$255.000.000.-

Sin embargo, sólo existen en efectivo \$120 millones. El exceso de lo donado es enorme. Con los 120 millones no sólo no hay forma de pagar parte alguna de la cuarta de libre disposición, sino que afecta también a la cuarta de mejoras. Incluso las legítimas resultan afectadas. Para completar las asignaciones forzosas faltan \$63.750.000.- de la cuarta de mejoras y 750.000.- de la mitad legitimaria. Es decir, falta un total de \$71.250.000.- Nace, para recuperar esos valores, la acción de inoficiosa donación.

LA ACCIÓN DE INOFICIOSA DONACIÓN, es aquella que tienen los legitimarios en contra de los donatarios cuando el causante ha hecho en vida donaciones irrevocables excesivas que menoscaban las legítimas rigurosas o mejoras, y que se traduce en la rescisión de dichas donaciones.

Es decir, lo que ocurre es que en el fondo ni siquiera basta con limitar la parte de libre disposición. Eso se da por supuesto, pero ocurre algo más grave: ya no existen fondos ni siquiera para cubrir las asignaciones forzosas, y eso el legislador lo considera inaceptable. El exceso donado debe volver, entonces, al patrimonio del donante, esto es, de la sucesión (continuador legal).

Esta acción la intentan los legitimarios o mejoreros, en contra de los donatarios, para que restituyan el exceso donado, en un orden inverso al de las fechas de las donaciones. Esto es, principiando por las más recientes (1187). Quedan rescindidas todas las donaciones que sean necesarias hasta que se recuperen valores necesarios para pagar íntegramente las legítimas y las mejoras.

Esta es una acción rescisoria (1425) en la que la responsabilidad de los donatarios es personal (1187), es decir, la insolvencia de un donatario no grava a los demás.

Características de la acción de inoficiosa donación:

a) Es una acción personal. Sólo puede intentarse en contra de las personas obligadas, en este caso, los donatarios.

b) Es una acción patrimonial de los legitimarios o beneficiados con la cuarta de mejoras, para solicitar que queden sin efecto las donaciones efectuadas en menoscabo de sus legítimas o mejoras. En consecuencia, esta acción es:

-Renunciable (12)

-Transferible y transmisible

-Prescriptible. Se discute si es una acción personal ordinaria (5 años desde que la obligación se hizo exigible) o una acción de nulidad relativa (1425), en cuyo caso prescribiría en un quadrienio contado desde que la obligación se hizo exigible o desde la fecha del acto de la donación que se pretende rescindir.

¿COMO SE PAGAN LAS LEGÍTIMAS? Este problema se refiere a lo siguiente. Cuando llega el momento de distribuir los bienes del causante entre los legitimarios, puede haber ocurrido que los legitimarios hayan recibido donaciones, legados o desembolsos en vida que tendrían que IMPUTARSE a su legítima. Esto es, descontarse por considerarse que en el fondo habría recibido, aunque parcialmente, su legítima con anticipación. Solo si nada ha recibido, tendrá derecho a que su legítima se la paguen íntegramente.

Cosas Imputables a las Legítimas.

1.-Las donaciones revocables e irrevocables hechas por el causante al legitimario. (1198). Se imputan a la legítima según el valor que hayan tenido al tiempo de la entrega (1185).

2.-Los legados dejados por el causante en su testamento al legitimario (1198). Luego, no procede imputar a las legítimas, las asignaciones a título universal (Jurisprudencia.), si bien hay quienes piensan que podría aplicarse analógicamente el 1198 a las asignaciones a título universal, considerando, sobre todo, que deben imputarse tanto las donaciones revocables a título universal como las a título singular.

3.-Desembolsos hechos por el causante para el pago de las deudas de algún descendiente, en cuanto dicho desembolso haya sido útil para el pago de dichas deudas (1203).

A LA INVERSA, NO DEBEN IMPUTARSE PARA EL PAGO DE LAS LEGÍTIMAS:

1.-Los legados, donaciones y desembolsos que el testador expresamente haya imputado a la cuarta de mejoras. Esa imputación debe haber sido hecha por el causante en algún acto auténtico (instrumento público) o en el respectivo testamento. (1198 inc 1o). Es decir, el legislador no presume las mejoras. Como no las presume, toda donación o legado hecho por el causante a un legitimario debe imputarse, en principio, a su legítima. Ello, salvo estipulación en contrario, es decir, en orden a que se impute a la cuarta de mejoras, en cuyo caso el legitimario recibe íntegra su legítima y el legado o donación se considera como mejora. La misma idea se expresa en el inc. 2º del art. 1203 respecto del pago hecho por el causante en vida de las deudas de un legitimario que sea

descendiente suyo. Por ultimo, el inc final del 1203 agrega que si el difunto hubiere asignado al mismo legitimario a titulo de mejoras alguna cuota de la herencia o una cantidad de dinero, los desembolsos hechos por el causante para el pago de la deuda del legitimario y que por expresa disposición del causante se van a imputar a la cuarta de mejoras, se imputan a dichas asignaciones, las cuales valdrán siempre como mejoras en lo que excedieren a dichos desembolsos.

2.-Los gastos de educación de un legitimario que fuere descendiente del causante. 1198 inc. 2o. Estos gastos no se consideran para nada en la herencia; es decir, aun cuando el causante los hubiere hecho expresamente con calidad de imputables, no se imputarán ni a las legítimas, ni a las mejoras, ni a la cuarta de libre disposición.

3.-Las donaciones por matrimonio y de costumbre. 1198 inc final. (repite la misma idea del 1188 inc final).

4.-Los frutos de las cosas donadas. 1205. La regla es que los frutos de las cosas donadas no se imputan para el pago de las legítimas, si ellas han sido entregadas en vida del donante al donatario. Y ello, pues las imputaciones y acumulaciones no se

hacen en especie, sino por el valor de las cosas entregadas. El legislador no hace la acumulación en especies sino en valor, según el valor de las cosas donadas al tiempo de la entrega, pues es por la entrega que el donatario se hizo dueño de las cosas donadas y es desde entonces que le pertenecen los frutos, conforme al principio de que los frutos de las cosas pertenecen al dueño de ellas. Ahora bien, si las cosas donadas no han sido entregadas, los frutos sólo le pertenecen desde el momento de la

muerte del causante (desde ese momento hay mora en hacerse la entrega); salvo que no obstante no haber habido entrega, se haya donado no solo la propiedad sino también, el usufructo de las cosas donadas.

De acuerdo al artículo 1202, no se imputan a las legítimas sino las donaciones o asignaciones hechas al legitimario, pero no las hechas a otros legitimarios. Es decir, las donaciones y asignaciones hechas a un legitimario se imputan a su legítima; no a la legítima de otro legitimario. Salvo, como dice el inc final del art. 1200, que un legitimario llegue a faltar, en cuyo caso las donaciones o asignaciones imputables a su legítima se imputan a las de sus descendientes legítimos. (Aplicando el principio de la representación).

Respecto del pago de las legítimas, pueden presentarse las siguientes situaciones:

a) Que las imputaciones calcen perfectamente en la legítima. Es decir, que lo que se debe imputar es inferior a la legítima. Ejemplo: La legítima de Pedro es \$100. El testador le había hecho donaciones por \$30. Recibe, en efectivo, \$70.

b) Que las imputaciones excedan las legítimas y afecten ya la cuarta de mejoras, ya la cuarta de libre disposición. Ejemplo: La legítima de Pedro es \$100. Pero había recibido donaciones por \$120.-

En este caso, el exceso se imputará al resto de la herencia (1189 y 1193) con preferencia a toda otra inversión.

-Si no hay descendientes, el déficit se imputa a la mitad de libre disposición (1189). Supongamos un acervo líquido de \$70, en una sucesión con dos legitimarios y sin descendientes. Los legitimarios son el padre y la madre. El padre había recibido

donaciones por \$30, que acumuladas al acervo líquido dan un primer acervo imaginario de \$100.- De este acervo, esos legitimarios tienen derecho a la mitad de la mitad legítima cada uno, esto es, \$25 el padre y \$25 la madre. A la madre se le paga efectivamente \$25. Al padre se le paga imaginariamente su legítima con las donaciones que había recibido, pero conserva a su favor un exceso de \$5. Pues bien, este exceso de \$5 se le imputa a la mitad de libre disposición, y también, se le paga imaginariamente. Así, la parte de libre disposición queda reducida a \$45.- los que, sumados a los \$25 de la madre, totalizan \$70 que era el acervo líquido (efectivo). -Si el causante dejó descendientes, se imputa a la cuarta de mejoras (1193). Esta norma fue modificada por la ley 18.802 para concordarla con la nueva filosofía de que el cónyuge podía beneficiarse con la cuarta de mejoras y por ende verse limitado, por tal motivo, cuando la cuarta de mejoras debiera sufrir restricciones, cual es el caso de esta norma. Sin embargo, no siempre va a ser aplicable lo que dice el 1193 en orden a "sin perjuicio de dividirse por partes iguales..." Esto se aplicará cuando el causante no distribuyó la cuarta de mejoras en el testamento. Supongamos un acervo líquido de \$70, y un primer acervo imaginario de \$100 (pues el causante dejó dos descendientes y a uno le había hecho donaciones en vida por \$30).

La mitad legítima es de \$50, que dividida entre los dos legitimarios les da \$25 a cada uno. El legitimario (digamos, Pedro) que había recibido las donaciones, conserva los \$30 de sus donaciones, quedando pagados imaginariamente así los \$25 de su legítima y quedando un exceso de \$5 que se carga a la cuarta de mejoras. Esta disminuye, así, de \$25, a \$20 y esos \$20, si nada se ha estipulado en el testamento en cuanto a distribución de la cuarta de mejoras, se divide por partes iguales entre los legitimarios.

c) Las imputaciones exceden las legítimas y mejoras y entran a afectar a la cuarta de libre disposición. En este caso, el exceso se saca de la parte de libre disposición con preferencia a toda otra inversión. (1194).

d) Si de todos modos, no hay como pagar las legítimas y mejoras, se rebajaran unas y otras a prorrata. Esto, en el caso en que el donatario que recibió una elevada suma, ahora es insolvente. Pero antes que rebajar las legítimas y mejoras a prorrata como lo ordena el art. 1196, hay que ver la posibilidad de que el donatario devuelva el exceso de lo donado.

Por último, para acabar con las legítimas, hay que analizar el art. 1206 que se pone en dos situaciones:

a) Dentro de la herencia le corresponde al legitimario una parte superior a lo que ha recibido por donaciones, en cuyo caso tiene derecho a conservar la donación y exigir el saldo. (1206 inc. 1º), pero no podrá obligar a los demás asignatarios a que le den sus especies o le den su valor en dinero.

b) Dentro de la herencia le corresponde a un donatario una cantidad inferior a lo que le dieron a título de donaciones. El legitimario donatario queda adeudando un saldo. Queda entonces al arbitrio del legitimario hacer este pago en dinero o en especies (en este último caso habría una dación en pago legal y forzada). Si paga restituyendo en especies y estas valieren más que el saldo que deba pagar, tendrá derecho a que le den "el vuelto". A esto último se refiere lo de "exigir la debida compensación pecuniaria por lo que el valor actual de las especies que restituya excediere al saldo que debe".

El artículo 1200 dispone que si se hace una donación a título de legítima, la donación se resolverá si el donatario no es legitimario al momento de abrirse la sucesión. La ley se pone en dos situaciones:

a) Que se haya hecho una donación revocable o irrevocable a título de legítima a una persona que al momento no era legitimario del causante. Si el donatario no llega a ser legitimario, queda sin efecto la donación.

b) Que se haga alguna de estas donaciones a título de legítimas a una persona que al momento de hacerse la donación era legitimario, pero después, deja de serlo. En este caso también, no se resuelve la donación, salvo que el donatario, siendo descendiente del causante, haya dejado descendientes con derecho de representación.

## LA CUARTA DE MEJORAS

Artículo 1195 inc. 1o. "De la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus hijos legítimos y naturales, los descendientes legítimos de unos y otros y su cónyuge; podrá, pues, asignar a uno o más de ellos, toda la dicha cuarta con exclusión de los otros".

Lo de cónyuge es una innovación de la ley 18.802. En efecto, la ley 18.802 innovó en esta materia substancialmente. Primero, porque hace al cónyuge sobreviviente posible asignatario de la cuarta de mejoras. Segundo, porque le otorga la posibilidad de celebrar con el causante el pacto sobre dicha cuarta de mejoras a que se refiere el art. 1204. Y, por último, le otorga la acción de reforma para la integración de la cuarta de mejoras.

Se ha discutido mucho sobre el rol de los hijos naturales en esta materia. La jurisprudencia y la mayoría de la doctrina se inclina a considerar que se forma cuarta de mejoras no solo cuando el causante dejó descendientes legítimos sino también, cuando dejó hijos naturales o descendientes legítimos de estos. Esta interpretación es la más coherente con los artículos 1167 No 4, 1195, 1204, y 1220 No 4. Sin embargo, hay quienes consideran que los hijos naturales o sus descendientes legítimos son beneficiarios con la cuarta de mejoras una vez que esta se forme, para lo cual se exigiría, perentoriamente, encontrarse en el orden de la descendencia legítima.

Por otra parte, se ha presentado también, el problema de precisar si el cónyuge es beneficiario con cuarta de mejoras en todo caso o sólo cuando el causante dejó descendientes legítimos. Pues de acuerdo a la modificación, el cónyuge es instituido como "beneficiario" con la cuarta de mejoras. Pero eso se hizo sin cambiarse la redacción del 1184 inc. 2º, que, siguiendo la exegética del texto, significaría que el cónyuge es asignatario de cuarta de mejoras solamente cuando existen descendientes legítimos. Es decir, que solo la presencia de estos descendientes legítimos generaría la formación de la cuarta de mejoras. Sin embargo, carece de importancia práctica discutir sobre el, pues si no hay cuarta, el testador puede disponer de la mitad de la herencia, a título de libre disposición, y por consiguiente, si la asignación efectuada al cónyuge a título de mejora, podrá no ser efectiva en esa calidad, nada impide darle plena eficacia como parte de libre disposición, que, a mayor abundamiento, es perfectamente compatible con la porción conyugal. La incorporación del cónyuge como "beneficiario" con la cuarta de mejoras significó como consecuencia alterar el art. 1201 ya analizado y el art. 1204 que veremos, relativo al pacto del causante con ciertos asignatarios obligándose a no disponer de la cuarta de mejoras. Asimismo, se debió modificar el art. 1221 que confiere al cónyuge la acción de reforma de testamento tanto para reclamar su porción conyugal como su cuarta de mejoras.

El causante puede distribuir la cuarta de mejoras de la manera que le plazca en la medida en que lo haga beneficiando con ella a algún "mejorero".

Características de la cuarta de mejoras:

a) Constituyen una asignación forzosa (1167), de modo que el testador debe respetarla. La cuarta de mejoras se beneficia por la formación de los acervos imaginarios y si el testador no la respeta, esto es, si dispone de la cuarta de mejoras en favor de terceros no "mejorables", en tal caso procede la acción de reforma del testamento.

b) No se presumen; requieren de una declaración expresa del testador (1198 y 1203). Como la cuarta de mejoras supone la existencia de testamento, no cabe aplicar a ellas la regla del art. 1183. La cuarta de mejoras, si hay testamento, no se distribuye de acuerdo a las reglas de la sucesión intestada, sino que corresponderá a los asignatarios señalados expresamente por el testador.

Ahora bien. Si no hay testamento, entonces si que se aplicaran las reglas de sucesión intestada, pues en este caso la cuarta de mejoras y la cuarta de libre disposición acrecen a la mitad legítima y pasan a convertir las legítimas rigorosas en legítimas efectivas. Esta cuarta de mejoras ya no es tal sino que es parte de lo que está llamado a distribuirse entre los legítimos y entonces debe dividirse según las reglas de la sucesión intestada.

Otra consecuencia derivada de que no puede hablarse de mejoras sin testamento, es que en ellas no opera el derecho de representación. Este solo opera en la sucesión intestada y cuando hay una sucesión intestada deja de haber cuarta de mejoras pues esta acrece a la mitad legítima perdiendo su fisonomía de "cuarta".

c) Las mejoras, por regla general, no admiten modalidades o gravámenes. No admiten modalidades que importen una vulneración de las mejoras a los "mejoreros". En cuanto a los gravámenes, éstos si que están prohibidos por la ley, salvo cuando están establecidos en beneficio de personas a quienes el testador podía

beneficiar con mejoras. 1195 inc. 2º.

CONVENCIÓN CELEBRADA ENTRE EL CAUSANTE Y CIERTOS ASIGNATARIOS OBLIGÁNDOSE EL PRIMERO A NO DISPONER DE LA CUARTA DE MEJORAS.

1204

Esta convención representa una peculiarísima excepción a la prohibición general de pactos sobre sucesión futura (1463).

El pacto del art. 1204 genera una obligación de no hacer: concretamente, de no disponer de la cuarta de mejoras, para que de ese modo el legislador la haga acrecer a la mitad legitimaria. Los interesados en que el causante no disponga de la cuarta de

mejoras de modo tal que ella acrezca a la mitad legitimaria, son precisamente los asignatarios con los cuales el causante puede celebrar este pacto: el cónyuge en el caso que el causante deje descendientes legítimos; los hijos legítimos o naturales o los descendientes legítimos de aquellos o estos que al momento de celebrarse la convención eran legitimarios.

No todo legitimario puede celebrar la convención en análisis, sino solo los descendientes legítimos o los hijos naturales o sus descendientes legítimos.

La formalidad del pacto es clara: escritura pública. El objeto del pacto es únicamente una obligación de no hacer: no disponer de la cuarta de mejoras. No podría en cambio tener por objeto un disponer en favor de uno u otro asignatario, pues tal pacto sería abiertamente un pacto sobre sucesión futura que vulneraría la regla del 1463. Si el testador contraviene la obligación de no hacer, y en el hecho dispone de la cuarta de mejoras, el que celebró el pacto tiene derecho a ejercer la acción de reforma del testamento para que los asignatarios de la cuarta de mejoras le entreguen lo que le hubiera valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara.

Resolución de la cuarta de mejoras: esta se produce cuando momento de fallecer el causante no tenía derecho a ellas. 1201. Este precepto establece que se resolver la donación hecha en razón de mejoras a una persona que al momento de fallecer el causante, no tenía derecho de llevar asignaciones de mejoras. Sea porque:

-el donatario se creía tener una calidad que le confería la calidad de "beneficiario" con la cuarta de mejoras, cuando en realidad no tenía realmente esa calidad

-el donatario era "beneficiario" de mejoras, pero falta por incapacidad, indignidad, desheredamiento o repudiación. Esta última situación es muy semejante a la establecida en el art. 1200 para las legitimas.

### **Modificaciones introducidas por la ley 19.585 en materia de legítimas y mejoras.-**

El nuevo art 1182 establece que son legitimarios:

- a) Los hijos, personalmente o representados por su descendencia;
- b) Los ascendientes; y

c) El cónyuge sobreviviente.

Los ascendientes del causante pierden la calidad de legitimarios (ya habíamos dicho que también la calidad de herederos abintestato y en general todos los derechos sobre los bienes y la persona del hijo y de sus descendientes) si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo en el caso del inc final del art 203, esto es, si el hijo, alcanzada la plena capacidad, manifiesta por escritura pública o testamento su voluntad de restablecer al padre o madre sus derechos.

El cónyuge pierde la calidad de legitimario si dio motivo al divorcio –perpetuo o temporal- por su culpa.

El art 1184 que establece la división del acervo partible queda como sigue:

La mitad de los bienes previa las bajas generales de la herencia y las acumulaciones de los acervos imaginarios se dividirá por derecho personal o derecho de representación entre los respectivos legitimarios.

No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente ni ascendientes, la otra mitad es de libre disposición.

Habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente o ascendientes, se forma cuarta de mejoras y por ende el acervo partible se divide en:

-mitad legitimaria para los legitimarios según las reglas de sucesión intestada: lo que a cada uno cupiere será su legítima rigurosa;

-Una cuarta de libre disposición;

-Una cuarta de mejoras para favorecer al cónyuge o a uno o más de los descendientes o ascendientes del causante, sean o no legitimarios.

Por su parte el art 1195 se refiere a la distribución de la cuarta de mejoras señalando que con ella se puede favorecer total o parcialmente a algunos de los descendientes, ascendientes o cónyuge. Los gravámenes impuestos a algún mejorero serán siempre a favor de algún otro mejorero.

Cabe destacar:

a) Que la cuarta de mejoras se forma si el causante dejó descendientes, ascendientes o cónyuge y que es para favorecer a uno o más de ellos.

b) Que aunque hayan perdido la calidad de legitimarios o de heredero abintestato, la existencia de los ascendientes determina la formación de cuarta de mejoras y pueden ser beneficiados por el causante con dicha cuarta. Es el alcance de la frase final del art 1184 “sean o no legitimarios”.

c) Que no son los mismos los legitimarios que los mejoreros.

d) A nivel de descendencia, sólo son legitimarios los hijos personalmente o representados por su descendencia. Es decir, los descendientes más próximos excluyen a los más lejanos. Esto es coherente con el art 1183 que se conserva intacto y que dispone que la mitad legitimaria se divide entre los legitimarios según las reglas de sucesión intestada; y el primer orden de sucesión intestada llama no a todos los descendientes sino a los hijos (personalmente o representados).

e) En cambio, **determinan la formación de cuarta de mejoras y son mejoreros los descendientes de todos los grados**. Se puede mejorar a cualquier

descendiente de cualquier grado, incluso a uno más lejano existiendo otros de grado más próximo.

- f) Que los ascendientes aparecen como legitimarios cualquiera sea la generación, es decir, todos los ascendientes serían legitimarios. Sin embargo, no hay que olvidar que el art 1183 hace aplicables a la distribución de la mitad legitimaria las reglas de la sucesión intestada y estas reglas en materia de concurrencia de ascendientes dispone que los ascendientes de grado más próximo excluyen a los más lejanos.
- g) En cambio determinan la formación de la cuarta cualquier ascendiente y puede ser beneficiado cualquier ascendiente; aun los de grado más lejano existiendo otros de grado más próximo.
- h) Cabe recordar que en el proyecto inicial de reforma, sólo se contemplaban como legitimarios a los descendientes y al cónyuge. Después se añadió a los ascendientes. Según el profesor Raul Alvarez esto explica una errónea redacción del art 1184. Según el profesor Alvarez, los legitimarios son los mismos que los mejoreros. Luego, si no hay legitimarios no hay mejoreros: todo es de libre disposición. Y si hay legitimarios hay mejoreros: sólo queda una cuarta de libre disposición. Concluye el profesor Alvarez que hoy en día es imposible la existencia de una mitad de libre disposición.

El art 1185 que establece el primer acervo imaginario se mantiene sin modificaciones agregándose que las donaciones se acumulan cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión. El segundo acervo imaginario y la acción de inoficiosa donación se mantienen sin alteraciones.

El art 1190 establece un acrecimiento al interior de la mitad legitimaria cuando un legitimario no lleva todo o parte de su legítima por incapacidad, indignidad, desheredamiento o repudiación no habiendo dejado descendencia con derecho a representarle. Ese todo o parte acrece al resto de la mitad legitimaria contribuyendo a aumentar las legítimas de los restantes legitimarios. Se deroga la última frase "...y la porción conyugal en el caso del art 1178 inc.2°.

Observación: Habría sido preferible aprovechar la reforma y en lugar de decir "se agregará a la mitad legitimaria" decir "se agregará a las restantes legítimas". No es correcto decir "se agregará a la mitad legitimaria" pues el todo o parte era parte integrante de la mitad legitimaria. **EsS** un acrecimiento desde y hacia el interior de la mitad legitimaria.

Puede suceder que en vida el causante haya hecho donaciones con cargo a las legítimas: si excedieren de la mitad legitimaria, se imputarán a la cuarta de mejoras sin perjuicio de dividirse en la proporción que corresponda entre los legitimarios. (art 1193)

El cónyuge sobreviviente tiene además otra garantía: "Si lo que se ha asignado al cónyuge sobreviviente no fuere suficiente para completar la porción mínima que le corresponde en atención a lo dispuesto en el art 988, la diferencia deberá pagarse con cargo a la cuarta de mejoras".

## **EL DESHEREDAMIENTO**

Es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima. (art. 1207).

Requisitos:

1.- **QUE EL DESHEREDAMIENTO SE EFECTÚE POR TESTAMENTO.**- (1207).- Es una disposición testamentaria. No puede suplirse esta forma, ni siquiera por la escritura pública.

2.- **QUE SE INVOQUE ALGUNA CAUSAL LEGAL.** Estas causales están establecidas taxativamente en el art. 1208. Tratándose de los descendientes, el testador los puede desheredar por cualquiera de las causales del art. 1208. Los ascendientes del testador solo pueden ser desheredados por las causales Nos 1, 2 y 3 del art. 1208, que en general corresponden a las causales de indignidad Nos 2, 3 y 4 del art. 968. Estas son, haber cometido el asignatario 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 legítimos; no haber socorrido al causante en estado de demencia o destitución, pudiendo; y haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar.

La causal No 4, esto es, haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, habría que relacionarlo con el art. 114. El No 5 se refiere a haber cometido delito al que se haya aplicado alguna de las penas designadas en el art. 267, o haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames, a menos que se pruebe que el testador no cuidó la educación del desheredado.

3.- **INDICARSE EN EL TESTAMENTO LA CAUSAL.** La causal debe **ESPECIFICARSE** en el testamento (1209), esto es, señalarse cuales son los hechos que se invocan como constitutivos de causal para desheredar (aunque no es necesario citar la norma legal o la causal tal como está establecida en el CC).

4.- **LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA CAUSAL DE DESHEREDAMIENTO DEBEN SER PROBADOS EN VIDA DEL TESTADOR O CON POSTERIORIDAD A SU FALLECIMIENTO.**- El testador debe haberlos probado judicialmente en vida. De lo contrario, los interesados en excluir al desheredado, deberían probarlo, también, judicialmente. El CC establece que no es necesaria esta prueba cuando el desheredado no haya ejercido la acción de reforma de testamento -reclamando contra la desheredación dentro de 4 años, que es el plazo para ejercer esta acción. (1209, 1216 y 1221).

**EFFECTOS DEL DESHEREDAMIENTO.**- Hay que estarse a lo que diga el testador en el testamento. De acuerdo al art. 1210, el desheredamiento puede ser total o parcial. Si el testador no limita el desheredamiento, este se entiende total. Es decir, el desheredado no solo no llevará su legítima sino tampoco la mejora que - de no haber habido pronunciamiento- hubiese acrecido a su legítima. Tampoco llevará las donaciones que en testamentos anteriores haya hecho el testador al desheredado. Sin embargo, los efectos del desheredamiento no se extienden a los alimentos necesarios, salvo el caso de injuria atroz (inc final del art. 1210). Esto es coherente con el art. 324. ¿Qué es la injuria atroz? Al parecer se refiere a las conductas del art. 1208 Nos 1, 2 y 3. Así resulta de relacionar este art. 1208 con

los artículos 968 y 979 del Código. El 979 dispone que el indigno pierde el derecho de alimentos en los casos del art. 968; quiere decir, entonces, que estas causales de indignidad son constitutivas de injuria atroz. Pues bien, las tres primeras causales del art. 1208 equivalen a las reglas 2, 3 y 4 del art. 968. Quiere decir entonces que son precisamente esas circunstancias las constitutivas de injuria atroz.

Tal como las demás disposiciones testamentarias, el desheredamiento puede ser revocado por el testador. Se refiere a materia el art. 1211, conforme al cual esta revocación queda sujeta a las reglas de la revocación del testamento. Luego, el desheredamiento solo puede ser revocado por otro testamento posterior. No hay posibilidad de entenderse revocado un desheredamiento tácitamente (por reconciliación u otra prueba). La revocación del desheredamiento también puede ser total o parcial. (1211).

### La revocación del testamento.-

La facultad de revocar el testamento es algo esencial de él (art 999). Es más, es un elemento que expresamente ha sido considerado por el legislador como irrenunciable por llevar involucrado principios de orden público (art 1001). Eso sí que hay que recordar que lo revocable en un testamento son las disposiciones (de bienes) más no las declaraciones (art 999, 1001, 1211, 1215,...).

Esta distinción entre declaraciones y disposiciones no es puramente doctrinal. La hace el legislador en varios artículos (Vgr. arts 1034, 1038, 1039,...).

En todo caso la revocación de un testamento sólo puede hacerse mediante otro testamento (aunque hay un fallo que establece que podría ser también por escritura pública). El testamento que revoca puede ser de igual o de distinta naturaleza que el revocado (art 1213, inc 1º).

Ahora bien, si el testamento revocatorio caduca, queda sin efecto la revocación y por ende se mantiene vigente el testamento "revocado". Sin embargo, la revocación de un testamento revocatorio no hace renacer el testamento primero (art 1214). A menos, claro está, que el testador expresamente le de vigencia al testamento primero. El legislador trata de no caer en "interpretar" la voluntad del testador: prefiere que la intención de "revivir" un testamento sea expresada y no deducida a partir de indicios. Es el mismo principio que se aplica en materia de derogación de una ley derogatoria: no hace revivir la ley inicialmente derogada.

La revocación del testamento puede ser total o parcial. En el primer caso queda sin efecto íntegramente el testamento revocado. En el segundo caso, el testamento revocado subsiste en las partes en que no es dejado sin efecto.

Desde otro punto de vista la revocación puede ser expresa o tácita. La primera se verifica cuando la voluntad de revocar se manifiesta en terminos formales y explícitos. La segunda, cuando sin haber una derogación expresa, un testamento posterior contiene disposiciones inconciliables con las de un testamento anterior. En este segundo caso, el testamento posterior sólo deroga tácitamente esas disposiciones inconciliables pero deja subsistente en el resto el testamento anterior (art 1215).

Debemos recordar, por último, que los legados tienen formas de revocación tácita especiales. Así, por enajenar o alterar sustancialmente las cosas legadas (art 1135), o en el legado de credito (art 1127) o de condonación (art 1129).

### La reforma del testamento.

Según se desprende de los artículos 1216 y 1221, se trata de una acción personal que tienen los legitimarios, o el cónyuge por su porción conyugal cuando se calcula con imputación a la mitad legítima, para solicitar que se reforme el testamento en todo aquello en que apareciere vulnerando las legítimas, las mejoras o la porción conyugal.

Es una acción personal, pues deberá intentarse en contra de los asignatarios instituidos por el testador en perjuicio de las referidas asignaciones forzosas. Difiere, pues, esencialmente, de la acción de petición de herencia, que es real. Sin embargo, como acciones son compatibles y aun eventualmente complementarias, por lo que cabe ejercerlas conjuntamente.

Por otra parte, se trata de una acción patrimonial y por ende renunciable, transferible, transmisible y prescriptible. Respecto a esto último, el artículo 1216 establece que la prescripción es de cuatro años contados desde que el legitimario (o el cónyuge, en su caso), tuvo conocimiento del testamento y de su calidad de legitimario. Es una prescripción especial de corto tiempo que por ende no debería suspenderse (art 2524). Sin embargo, el inc 2º del art 1216 hace una excepción y establece que si el actor, a la apertura de la sucesión, no tenía la administración de sus bienes, “no prescribirá en él la acción antes de la expiración de cuatro años contados desde el día en que tomare esa administración”. (Agregaría que no es el único caso de una prescripción especial de corto tiempo que se suspende. Recordemos que también sucede con la acción rescisoria o de nulidad relativa).

La acción de reforma del testamento, a falta de procedimiento especial, debe someterse a las reglas del juicio ordinario.

El objeto de la acción es:

- a) la legítima rigurosa, o efectiva en su caso
- b) la cuarta de mejoras (si se la dispuso a favor de un tercero no mejorero -art 1220-). Pero la cuarta de mejoras sólo la puede reclamar un mejorero que haya sido legitimario. No podría reclamarla un mejorero no legitimario. Así por ejemplo, si se dispuso de la cuarta de mejoras en favor de un tercero extraño, y el causante dejó dos hijos legítimos con nietos, éstos últimos son mejoreros pero no podrían ejercer la acción pues no son legitimarios y
- c) la porción conyugal (1221) cuando esta se calcula con imputación a la mitad legítima, esto es, cuando el causante dejó descendientes legítimos.

Si en el testamento se ha omitido toda referencia a un legitimario, se habla de que se le ha “preterido”. La preterición es el haber sido pasado en silencio un legitimario. En tal caso, el afectado, lejos de ejercer la acción de reforma, debe ejercer la de petición de herencia porque frente a la preterición, el legitimario ha de entenderse como instituido heredero en su legítima (art 1218). Un heredero privado de la posesión de la herencia. Reclamará su legítima rigurosa o efectiva, según los casos.

### **LA APERTURA DE LA SUCESIÓN Y LA ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE LAS ASIGNACIONES**

La apertura de la sucesión se produce al fallecimiento de causante, en su último domicilio. Sin embargo, esto no significa que necesariamente en ese momento se produzca la *delación* de las asignaciones. Si estas son condicionales, la delación se producirá al momento de cumplirse la condición suspensiva.

Pero aún suponiendo que se ha producido la delación, puede pasar algún tiempo entre que ella se produzca y la fecha en que los asignatarios toman posesión de los

bienes heredados o legados. Por tal motivo el Código ha reglamentado algunas medidas precautorias destinadas a resguardar la integridad de las asignaciones.

El artículo 1222 establece la “guarda y aposición de sellos”, que puede ser solicitada por “todo el que tenga interés en la sucesión o se presume que pueda tenerla” y recae sobre los muebles y papeles de la sucesión.

Esta materia está reglamentada procesalmente por los artículos 872 a 876 del Código de Procedimiento Civil.

Hay otras medidas precautorias, como la declaración de herencia yacente (artículo 1240) o la confección de inventarios.

### **-¿Desde cuándo puede el asignatario aceptar o repudiar?**

Para aceptar es necesario que se haya *diferido* la asignación. Ello ocurrirá normalmente al morir el causante (apertura de la sucesión). Pero si la asignación estaba sujeta a una condición suspensiva, la aceptación sólo podrá tener lugar desde que se cumpla la condición, salvo que se da caución para el caso que no se cumpla la condición, en cuyo caso podrá aceptarse desde el fallecimiento del causante.(artículo 1226 y 956)

Para repudiar es necesario simplemente que haya fallecido el causante, esto es, que se haya abierto la sucesión. Ello, sin importar que la asignación sea condicional y esté pendiente la condición. (artículo 1226). Pero nunca podría repudiarse antes de la muerte del causante. Sería una “repudiación intempestiva” (artículo 1226 inc final) y un “pacto sobre sucesión futura (artículo 1463).

### **-¿Hasta cuando puede el asignatario aceptar o repudiar?**

a) Podría ocurrir que cualquier persona interesada en ello requiriera judicialmente al asignatario para que declare si acepta o repudia (artículo 1232). En tal caso tiene un “plazo para deliberar” de cuarenta días, en los cuales puede el asignatario inspeccionar el objeto asignado y los papeles y cuentas de la sucesión. Asimismo, en este plazo puede impetrar medidas conservativas y no podría ser obligado al pago de deudas hereditarias o testamentarias: estas deberían ser cobradas al curador de herencia yacente, al albacea, o a aquellos herederos que ya hayan aceptado. Con todo, en caso que el asignatario esté ausente, o los bienes están situados en lugares distintos, o hubiere otro grave motivo, el juez podrá ampliar el plazo pero no por más de un año. En todo caso se trata de plazos fatales. “El asignatario constituido en mora de declarar que acepta o repudia se entiende que repudia” (artículo 1233). No podría el legislador presumir aceptación a partir del silencio, pues equivaldría a imponer obligaciones sobre la base de un silencio.

b) Si no ha habido requerimiento judicial, el asignatario no tiene límite para aceptar o repudiar, mientras conserve su asignación. Esto es, mientras otra persona no la haya adquirido por prescripción. Es decir, tratándose del heredero, puede aceptar o repudiar mientras un heredero putativo no haya poseído el derecho hereditario por 10 años (o, si obtuvo la posesión efectiva, por 5 años). En el caso de un legatario de especie, mientras no haya prescrito su acción reivindicatoria (que conforme al artículo 2517 se extingue por la prescripción adquisitiva del respectivo derecho). En el caso de un legatario de género, mientras no haya prescrito la acción personal para reclamar la entrega y/o tradición del legado.

Por regla general el legatario puede aceptar o repudiar libremente (artículo 1225). Esto tiene algunas excepciones:

-Desde luego, el asignatario que es requerido judicialmente para que declare si acepta o repudia, no es enteramente libre.

-El heredero que ha sustraído efectos pertenecientes a la sucesión, pierde la facultad de repudiar y no obstante su repudiación permanecerá heredero, pero no tendrá parte alguna en los efectos sustraídos (artículo 1231).

-El legatario que ha sustraído efectos pertenecientes a la sucesión, pierde los derechos que como legatario pudiera tener sobre dichos objetos; esto es, un legatario que sustrae el efecto que le fue legado (por ejemplo para sustraerse de su eventual responsabilidad por deudas hereditarias), pierde sus derechos sobre la especie legada. Ahora bien, si en cambio no tiene el dominio de ellos será obligado a restituir el duplo (artículo 1231); lo que se aplica en caso de legados de género y además en los legados de especie a favor de otro.

Estos dos casos de sustracción, ha de ser dolosa, aunque el Código no lo diga (como en el artículo 1768); pues en el fondo se trata de delitos civiles. Por tal motivo, la acción para hacer efectiva la responsabilidad debería prescribir en cuatro años desde el acto (artículo 2332).

-Los incapaces deben aceptar o repudiar por medio de sus representantes legales (artículo 1225 inc 2º); si son relativamente incapaces, podrán aceptar o repudiar con autorización de los representantes legales. Por sí solos no podrían aceptar ni aún con beneficio de inventario.

El derecho de opción para aceptar o repudiar la asignación tiene ciertas **características**:

a) **Es un derecho transmisible** (artículo 957).

b) **Debe ser ejercido pura y simplemente**, pues está comprometido el interés de otras personas (acreedores hereditarios y testamentarios, demás asignatarios,...) y no sólo del que acepta o repudia (art. 1227).

c) **Debe ser ejercido en forma indivisible**: no se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto. (artículo 1228 inc 1º). Pero si se transmite, cada heredero al que se ha transmitido el derecho, puede aceptar o repudiar independientemente de los otros (artículo 1228 inc 2º). Si son dos asignaciones diferentes, hechas a un mismo asignatario, éste puede aceptar una y repudiar la otra; pero no podría aceptar las asignaciones exentas de gravámenes y repudiar las gravadas, salvo si se concedió al asignatario la facultad de repudiar esta última separadamente, o que la asignación gravada se defiera separadamente por acrecimiento, transmisión, sustitución vulgar o fideicomisaria. (artículo 1229).

d) **La aceptación y la repudiación pueden ser expresas o tácitas**. Así, por ejemplo, el artículo 1233 establece que el silencio debe estimarse como repudiación. A su vez, el artículo 1230 establece que “si un asignatario vende, dona o transfiere de cualquier modo a otra persona el objeto que se le ha deferido o el derecho de suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta”.

e) **La aceptación, una vez hecha, es irrevocable**. Es un acto unilateral irrevocable por la sola voluntad del aceptante o repudiante. Pero son **rescindibles** cuando en el pronunciamiento del incapaz no se cumplió con los requisitos legales y cuando la aceptación o repudiación adoleció de algún vicio de la voluntad (artículos 1234 y 1237). Además puede rescindirse la aceptación por *lesión grave* a virtud de disposiciones testamentarias que se ignoraban al aceptar la asignación, entendiéndose

por lesión grave la que hubiere disminuido el valor total de la asignación en más de la mitad (artículo 1234).

Por último, la repudiación puede rescindirarse cuando se ha hecho en perjuicio de los acreedores (artículo 1238). Pensamos que no se trata de una rescisión sino más bien de una verdadera acción pauliana, esto es, una acción de inoponibilidad por fraude. Así se desprende del carácter relativo de la ineficacia: “En tal caso, la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos, y en el sobrante, subsiste” (artículo 1238). No es una acción oblicua, puesto que la acción oblicua ataca la pasividad del deudor que no desea adquirir. Es una acción pauliana pues ataca un acto de empobrecimiento: al repudiar, lo recibido por causa de muerte (al momento de fallecer el causante) sale del patrimonio del asignatario.

f) **La aceptación y la repudiación operan con efecto retroactivo.** El asignatario, si acepta, se entiende lo es desde que se le defirió la asignación. Y si repudia, se entiende que no lo ha sido nunca. (artículo 1239 y artículo 722 inc 2º). Sin embargo, cabe hacer presente que este efecto retroactivo sólo abarca al heredero o al legatario de especie; pero no al de género (artículo 1239 inc 2º). En el caso del legatario de género, los efectos de la aceptación o repudiación se produce desde que esta o aquella se produce. Esta diferencia implica que en el legatario de especie, existe derecho a reclamar los frutos desde que se le defirió el legado; en cambio en el caso del legatario de género, éste tiene derecho a los frutos sólo desde el momento en que la cosa legada le fue entregada o en que los obligados a entregarla se constituyeron en mora. (artículo 1338).

### **Reglas particulares relativas a las herencias.-** (párrafo 2º del Título VII)

1.- **La “herencia yacente”.-** Se declara si dentro de los 15 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. Lo declara el juez del último domicilio del causante, a petición de cualquier interesado o incluso de oficio. Se publica la declaración y se nombra a un curador de herencia yacente (artículo 1240). La curatela de herencia yacente es siempre dativa.

El curador de herencia yacente es un curador de bienes; no un curador general. No representa, por consiguiente, a la sucesión. Tiene facultades meramente conservativas (artículo 487)

Transcurrido un determinado plazo, el curador puede vender los bienes hereditarios (artículo 484).

La curaduría de herencia yacente termina por la aceptación de la herencia por alguno de los herederos, por la venta de los bienes o por la extinción o inversión completa de dichos bienes.

El heredero que acepta la herencia toma la administración de los bienes hereditarios (artículo 1240 incisos 2º y 3º); representa a la sucesión en la liquidación de la sociedad conyugal habida entre el causante y el cónyuge sobreviviente. También tiene las facultades de éste para liquidar una sociedad de que era socia la herencia yacente. Pero no podría accionarse contra el heredero reivindicatoriamente, pues el curador de herencia yacente sólo puede contestar acciones personales para el cobro de créditos (Jurisprudencia).

La prescripción adquisitiva ordinaria se suspende a favor de la herencia yacente. Esa suspensión termina desde que algún heredero acepta la herencia (artículo 2509).

Pese a que de los artículos 2509 y del inc 2º del 2500 parecería desprenderse que la herencia yacente es persona jurídica, el artículo 2346 despeja toda duda en orden a que no lo es.

2.-Aceptación tácita de la herencia.- La aceptación expresa se produce cuando el heredero toma el título de heredero. Y tácita cuando ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar y que no hubiere tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de heredero (artículo 1241).

Se entiende que alguien toma el título de heredero cuando lo hace en escritura pública o privada o en un acto judicial. Así, solicitar la posesión efectiva o deducir una tercería en defensa de los bienes hereditarios (Jurisprudencia).

Por su parte, la enajenación de cualquier efecto hereditario, aún para objetos de administración urgente, es acto de heredero a menos que haya sido autorizada por el juez a petición del heredero protestando éste que no es su ánimo el de obligarse en calidad de tal (artículo 1244 y artículo 1230).

En cambio, los actos meramente conservativos no son actos que supongan por sí solos la aceptación.

3.-Efectos absolutos de la sentencia que declara a un heredero como tal. Haciendo excepción al principio de efecto relativo de las resoluciones judiciales (artículo 3º), el artículo 1246 establece que “el que a instancia de un acreedor hereditario ha sido judicialmente declarado heredero, o condenado como tal, se entenderá serlo respecto de los demás acreedores, sin necesidad de nuevo juicio”. No es la única excepción, sin embargo. Un caso similar se encuentra en el artículo 315 respecto de ciertas sentencias relativas al estado civil. Un fallo declaró que siendo la regla del artículo 1246 excepcional, no podría aplicarse analógicamente para el caso inverso; esto es, para la sentencia que desconoce a una persona la calidad de heredero. Igualmente, la sentencia en un juicio seguido por un legatario, que le desconoce tal calidad por declarar la nulidad de un testamento, no puede ser invocada por el aparente legatario frente a acciones de quien pide el pago de alguna deuda hereditaria o testamentaria de que sería responsable el aparente legatario.

#### 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).

Goza de beneficio de inventario **el heredero** que acepta habiéndose hecho previamente inventario solemne. En cambio, “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” (artículo 1245).

Para los acreedores hereditarios y testamentarios, el beneficio de inventario no les significa, estrictamente hablando, perder un derecho; toda vez que cuando contrataron con el causante lo hicieron considerando el patrimonio de éste y no el de los eventuales herederos.

Cabe notar que el beneficio de inventario dice relación sólo con los **herederos**.

La única exigencia del Código para que un heredero goce de beneficio de inventario consiste en que haya hecho inventario solemne antes de aceptar la herencia.

Según se desprende del artículo 1253, el inventario solemne se rige por los artículos 382 y siguientes relativos a los inventarios que hacen los tutores y curadores, por los artículos relativos al beneficio de inventario (artículos 1254 a 1256) y finalmente por las reglas del Código de Procedimiento Civil relativas al inventario solemne (artículos 858 a 865).

El inventario comprende todos los bienes del causante (artículo 382), inclusive ubicados en otros lugares (artículos 861 y 862 del C.P.C.); pudiendo después agregarse nuevos bienes al inventario (artículo 383) o corregirlo (artículos 386 y 387). El inventario se interpreta a favor del heredero (aplicando el artículo 388 según el artículo 1253), como en el caso del inventario de los tutores o curadores se interpreta a favor del pupilo.

Por regla general, el heredero tiene plena libertad para decidir si acepta o no con beneficio de inventario. El testador no puede prohibirle al heredero aceptar con beneficio de inventario (artículo 1249).

Pero hay quienes están obligados a aceptar con beneficio de inventario. Tal ocurre:

- a) Con los coherederos de herederos que aceptan con beneficio de inventario. Gozan del beneficio de pleno derecho (artículo 1248).
- b) Los herederos que sean propietarios fiduciarios (a fin de velar por los intereses del fideicomisario) (artículo 1251).
- c) Las personas jurídicas de derecho público (artículo 1250 inc 1º).
- d) Los incapaces (artículo 1250 inc 2º); o sea quienes no pueden aceptar o repudiar sino por el ministerio o con la autorización de otras (artículos 1225 y 1236)

En los casos de las letras c) y d); o sea, las personas jurídicas de derecho público o los incapaces, si no aceptan con beneficio de inventario, de todos modos gozan de una limitación legal de responsabilidad similar: “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”. Quedan en mejor situación que con beneficio de inventario, pues lo que existiere al tiempo de la demanda o se probare haberse empleado efectivamente en beneficio de ellas es con seguridad menos que los bienes heredados.

Por otra parte, hay personas que no pueden aceptar con beneficio de inventario. Es el caso de:

- a) El que hizo acto de heredero sin previo inventario solemne (artículo 1252)
- b) El que de mala fe omite mencionar ciertos bienes en el inventario o supusiere deudas que no existen (artículo 1256).

Efectos del beneficio de inventario: como se desprende del mismo artículo 1247 al definirlo, el efecto consiste en que se limita la responsabilidad del heredero beneficiario en relación a las deudas hereditarias y testamentarias hasta concurrencia del valor total de los bienes que heredó.

A nuestro juicio no produce una “separación de patrimonios” (como el beneficio de separación) sino que sólo una limitación de la responsabilidad. De modo que de todas formas el acreedor hereditario o testamentario podrá accionar contra bienes del heredero o a la inversa el acreedor del heredero accionar contra bienes que eran del causante.

Lo anterior se desprende del artículo 1247 y 1260 que hablan de “valores” y no de “bienes”

El límite de la responsabilidad del heredero beneficiario se establece con el valor de los bienes al momento en que se le defirió la herencia; sin interesar el valor que

tengan esos bienes al momento de ser demandado por el acreedor hereditario o testamentario.

Desde un punto de vista procesal, el beneficio de inventario se hace valer como excepción perentoria; probando que los valores heredados ya fueron consumidos en pagar deudas hereditarias o cargas testamentarias, mediante cuenta exacta y en lo posible documentada (artículo 1263).

Por otra parte, el beneficio de inventario impide la extinción de las deudas y créditos del causante con las del heredero por confusión. (artículos 1259 y 1669).

En relación a la conservación de los efectos hereditarios, el heredero responde de la culpa leve por las especies o cuerpos ciertos que se deban (artículo 1260); y en cuanto a los bienes genéricos, responde hasta de caso fortuito (artículo 1260 inc 2º). Incluso más: "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". Y, en cuanto a los créditos, el heredero beneficiario "se hará responsable de todos los créditos, como si los hubiere 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).

Finalmente hay que destacar que la responsabilidad de heredero beneficiario por las deudas hereditarias y testamentarias, se extingue totalmente:

- a) Por el abandono a los acreedores hereditarios y testamentarios de los bienes que deba entregar en especie y el saldo que reste de los genéricos y obteniendo de ellos o del juez la aprobación de la cuenta que deberá presentarles (artículo 1261).
- b) Por el agotamiento de los bienes heredados en el pago de deudas hereditarias y testamentarias (artículo 1262): el juez cita a los acreedores hereditarios y testamentarios mediante avisos para que reciban cuenta exacta y en lo posible documentada de las inversiones, y aprobada por ellos o por el juez, el heredero beneficiario quedará libre de toda responsabilidad ulterior.

### **La acción de petición de herencia.-**

Del artículo 1264 se desprende que es aquella acción que corresponde a quien es titular de un derecho de herencia poseído por otro, con el objeto que se reconozca al actor como verdadero heredero y se le restituyan las cosas que conforman el haz hereditario, tanto corporales como incorporales y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor y que o hubieren vuelto legítimamente a sus dueños.

Es una acción real, pues nace de un derecho real (de herencia) y se ejerce sin respecto a determinada persona.

Es una acción divisible: le corresponde a cada heredero por separado. Siendo varios herederos, cada uno de ellos ejercerá por separado la acción con el objeto de perseguir su cuota hereditaria.

Es una acción que recae sobre una universalidad jurídica. Sin afirmar que el derecho de herencia sea un derecho mueble, la doctrina afirma sin embargo que se rige por la regla de las cosas muebles y por ende se trataría de una acción mueble.

Es una acción patrimonial y por ende: a) renunciable (artículo 12); b) transmisible; c) transferible y d) prescriptible.

En cuanto a la prescripción, cabe hacer presente lo que dispone el artículo 2517, en orden a que las acciones reales no prescriben por el sólo transcurso del tiempo sino que se extinguen por la prescripción adquisitiva de respectivo derecho. El artículo 2512 dice que el derecho de herencia se adquiere por prescripción

adquisitiva extraordinaria de 10 años. Y sabemos que el derecho de herencia se adquiere por prescripción ordinaria de 5 años en el caso del heredero putativo que ha sido reconocido como tal en un auto de posesión efectiva.

A su vez, el artículo 1269 establece que la acción de petición de herencia expira en 10 años, salvo en el caso referido en el artículo 704, que expira por prescripción ordinaria de 5 años. Debemos recordar además que la prescripción adquisitiva ordinaria se suspende a favor de las personas enumeradas en el artículo 2509.

La Corte Suprema ha dicho que como la prescripción ordinaria exige buena fe inicial y no sólo justo título, no procede la prescripción de 5 años si ha faltado la buena fe inicial en el poseedor.

Son titulares de la acción de petición de herencia:

a) Los herederos directos del causante; es decir, quienquiera que sea asignatario a título universal; sea que hayan adquirido por derecho de representación, por transmisión, sustitución o acrecimiento; o que hubieran sido instituidos como donatarios de una donación revocable a título universal (“se mirará como una institución de heredero” -artículo 1142-).

b) El cesionario de un derecho de herencia, a título gratuito u oneroso.

El sujeto pasivo de la acción de petición de herencia es el poseedor no dueño del derecho de herencia; o sea, el falso heredero o, si se quiere, el heredero putativo. El artículo 1264 lo refiere como el que sin ser heredero ocupa una herencia en calidad de heredero. Se dice que el cesionario del falso heredero no podría ser sujeto pasivo pues ocuparía la herencia no en calidad de heredero sino de cesionario. Eso es un error. El cesionario ocupa la herencia en calidad de heredero. Pues aparenta ser heredero por haber adquirido un derecho de herencia por tradición. El cesionario del falso heredero no adquirió ningún derecho. Pero el título traslativo de dominio usado, lo **instaló** en la posesión (aparencia) del derecho. Lo hizo heredero putativo.

El objeto de la acción de petición de herencia es doble. Por una parte, que “se le adjudique la herencia”. Esto es una metáfora que quiere decir que el actor solicita se le reconozca (declarativamente) como verdadero heredero. Por otra parte, que como consecuencia de ese reconocimiento, se ordene la restitución de las cosas y derechos que forman el haz hereditario, inclusive sus aumentos o mejoras (artículo 1265). Pueden ser cosas corporales e incorporales; derechos reales y personales y las cosas sobre las que el causante era mero tenedor en virtud de algún derecho real o personal transmisible.

### **Efectos de la acción de petición de herencia:**

Acogida la acción de petición de herencia, no se aplican las reglas de las prestaciones mutuas (artículos 904 y s.s.) sino en subsidio y para el caso que no haya reglas especiales relativas a ésta que es una acción distinta a la reivindicatoria: es una acción de petición de herencia.

En materia de restitución de frutos, en ausencia de regla especial hay que aplicar las de las prestaciones mutuas. Habrá que distinguir si fueron percibidos (artículo 913) de buena o mala fe; entendiéndose que el demandado necesariamente está de mala fe desde la contestación de la demanda (artículo 907). Los percibidos de buena fe no se restituye. Sí se restituyen, en cambio, los frutos percibidos de mala fe, y no sólo los percibidos sino también los que el dueño pudiera haber percibido con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. En todo caso, la

restitución apunta a el valor líquido de los frutos, pues se abona al que restituye los frutos, los gastos ordinarios invertidos en producirlos.

En cuanto a las mejoras, hay que aplicar también las reglas de las prestaciones mutuas. Distinguir entre expensas necesarias -invertidas en obras de resultado permanente o no permanente (artículo 908)-; o no necesarias y respecto a estas últimas si son útiles o voluptuarias. Y en el caso de las expensas útiles, si fueron hechas (artículo 913) estando de buena o mala fe el poseedor vencido. Está de mala fe necesariamente desde la contestación de la demanda (artículo 909).

En cuanto a indemnización por deterioros, no se aplican las reglas de las prestaciones mutuas, toda vez que hay regla especial para esta acción. El artículo 1267 -muy similar al artículo 906- distingue si el deterioro se produjo estando el poseedor hereditario de buena o de mala fe. En el primer caso, sólo es responsable del deterioro en cuanto le hayan hecho más rico (en los términos del artículo 1688). En el segundo caso, es responsable siempre de los deterioros, inclusive si se produjeron por caso fortuito (a diferencia del artículo 906, que sólo hace responsable al poseedor de mala fe de los deterioros que “por su hecho o culpa haya sufrido la cosa”).

En cuanto a las enajenaciones hechas por el falso heredero, son válidas, pero inoponibles al verdadero heredero, el que, junto a la acción de petición de herencia, podrá accionar reivindicatoriamente contra los terceros que no hayan adquirido por prescripción las cosas hereditarias reivindicables (artículo 1268).

En lo relativo a la responsabilidad del falso heredero por las enajenaciones, hay que formular el mismo distingo y aplicar los mismos criterios que el artículo 1267 hace para analizar la responsabilidad por los deterioros. El heredero podrá ejercer la acción reivindicatoria en contra del tercero sin perjuicio de una acción indemnizatoria en contra del falso heredero que enajenó. (artículo 1268 inc final).

La acción de petición de herencia es no sólo compatible sino a veces complementaria a la acción de reforma del testamento. En estricta lógica primero debiera intentarse esta última y luego aquella. Sin embargo, por economía procesal, pueden intentarse conjuntamente (C. Suprema); tal como se intentan conjuntamente muchas veces la acción de nulidad o la acción resolutoria, conjuntamente con la reivindicatoria.

### **Los albaceas o ejecutores testamentarios.-**

“Son aquellos a quienes el testador da el encargo de hacer ejecutar sus disposiciones” (artículo 1270). Es una especie de mandatario, con ciertas características sui géneris. Es, precisamente, el mandato al que se refiere el artículo 2169 al establecer que (no se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella”.

Características del albaceazgo:

- a) Es solemne, pues debe otorgarse en el testamento mismo
- b) Es irrevocable una vez aceptado
- c) El albacea debe ser absolutamente capaz
- d) El cargo de albacea es intransmisible (artículo 1279), de la misma forma que el mandato termina por la muerte del mandatario (artículo 2163 N° 5)

e)El cargo de albacea es indelegable (a menos que el testador haya concedido expresamente la facultad de delegarlo) (artículo 1280).Lo anterior es sin perjuicio de que puede el mandatario constituir mandatarios para el desempeño de sus gestiones.

f)El albacea no tiene más atribuciones que la indicadas expresamente por la ley. No se le pueden ampliar ni restringir sus facultades según se hallan definidas por la ley.

g)El albacea es remunerado según la remuneración establecida por el testador (artículo 1302) o, en subsidio, según la determinación que haga el juez tomando en cuenta el caudal hereditario y lo más o menos laborioso del encargo. En todo caso, ese gasto es una baja general de la herencia.

h)El albaceazgo es un cargo de duración limitada. La duración la fija el testador y, en silencio de éste, la ley la fija en un año contado desde el día en que el albacea haya comenzado a ejercer su cargo. En todo caso, el juez está facultado para ampliar el plazo fijado por el testador o la ley en ciertos casos.

i)Pueden haber varios albaceas. En tal caso, pueden obrar separadamente por disposición del testador o puede solicitar al juez divida las funciones (artículo 1282 y 1283). Mientras no se dividan las funciones, deben actuar de consuno (artículo 1283). Finalmente habría que señalar que en caso de pluralidad de albaceas, la responsabilidad entre ellos es solidaria, a menos que el testador los haya exonerado de esta responsabilidad solidaria o que el mismo testador o el juez hayan distribuido sus atribuciones.

j)El cargo de albacea es voluntario: el albacea no está obligado a aceptar el cargo (artículo 1277); pero si siendo albacea es también asignatario, y rechaza el encargo sin probar inconveniente grave, se hace indigno de suceder al causante (artículo 1277 y 971).

k)La aceptación del cargo puede ser expresa o tácita (artículo 1278). Aceptación tácita sería todo acto que suponga necesariamente la intención de haber aceptado el cargo y que no hubiere tenido derecho de ejecutar sino en su calidad de albacea.

l)Puede ser albacea cualquier persona natural que o esté expresamente exceptuada. No pueden serlo los menores de edad ni las personas incapaces de ser tutor o curador (artículo 1272).

En doctrina se habla de albaceas testamentarios, legítimos o dativos. En Chile sólo son testamentarios. No habiendo albacea nombrado en el testamento, no puede haberlo y la responsabilidad de ejecutar las disposiciones testamentarias pertenece a los herederos (artículo 1271).

También se distingue entre albaceas generales y albaceas fiduciarios. La regla so los albaceas generales. De los albaceas fiduciarios trataremos después.

Finalmente se clasifican los albaceas en albaceas con tenencia de bienes o sin tenencia de bienes. Esta última clasificación es importante desde el punto de vista de las atribuciones del albacea.

**El albacea sin tenencia de bienes** tiene la facultad y obligación de velar por la seguridad de los bienes de la sucesión (artículo 1284), exigir en la partición el señalamiento de un lote suficiente para el pago de las deudas hereditarias (artículo 1286) y de los legados cuyo pago no se haya impuesto a alguien en particular (artículos 1290, 1291 y 1292). Puede también en ciertas condiciones y con ciertos requisitos (con anuencia de los herederos y en pública subasta) enajenar bienes de la sucesión (artículo 1293 y 1294). Desde el punto de vista de las facultades judiciales, “no podrá comparecer 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 incumben y en todo caso lo hará con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente” (artículo 1295). No podría ejercerse en contra del albacea la acción de reforma del testamento ni podría el albacea impugnar el testamento en una cláusula en que se nombra a otro albacea (Jurisprudencia). Cabe añadir que los acreedores hereditarios y testamentarios no pueden demandar al albacea el pago de las deudas y legados, sino que deben accionar en contra de los herederos.

**El albacea con tenencia de bienes**, o sea, aquel a quien se ha conferido facultad de administrarlos tiene, además de las facultades y atribuciones de los albaceas sin tenencia de bienes, las atribuciones de los curadores de herencia yacente y no será obligado a rendir caución sino a requerimiento de los herederos, legatarios o fideicomisarios (artículo 1296 y 1297). Desde el punto de vista de las facultades judiciales, por tener las atribuciones del curador de herencia yacente, puede cobrar créditos y ser demandado para el pago de las deudas hereditarias.

**Al albacea le es prohibido:**

- a) Ejecutar disposiciones testamentarias contrarias a las leyes (artículo 1301) y
- b) Celebrar ciertos actos o contratos. Pues el artículo 1294 hace aplicable a los albaceas la prohibición del artículo 412 respecto a que los tutores o curadores no puede celebrar ciertos actos en que tenga interés el pupilo. En caso que el acto que se celebre sea compraventa, sin los requisitos legales, no habría un caso de nulidad (por vulnerar una norma prohibitiva) sino más bien de inoponibilidad pues sobre el artículo 1466 y 10 habría que aplicar las reglas especiales de los artículos 1800 en relación al artículo 2144.

**El albacea está obligado a:**

- a) Llevar a cabo el encargo (artículo 1278) respondiendo de culpa leve (artículo 1299). Siendo varios, la responsabilidad es como regla general solidaria.
- b) Rendir cuentas justificando la rendición. Es una obligación irrenunciable (artículo 1309). Deberá pagar o cobrar los saldos que resulten a su favor o en contra (artículo 1310).

El cargo de albaceazgo se extingue:

- a) Por la llegada del plazo (artículos 1303 y siguientes)
- b) Por el cumplimiento del encargo aun antes del plazo de duración (artículo 1307).
- c) Por remoción del albacea por culpa grave o dolo y a petición de los herederos o del curador de la herencia yacente (artículo 1300). Si hubo dolo (y no sólo culpa grave, además se hace indigno de suceder al causante, debe indemnizar perjuicios y debe restituir lo que haya recibido a título de remuneración
- d) Por muerte o incapacidad sobreviviente del albacea (artículo 1275 y 1279)
- e) Por renuncia del albacea (artículo 1278). Puede renunciar en los casos en que al mandatario le es lícito hacerlo. La renuncia con causa legítima sólo lo priva de una parte proporcionada de la remuneración.
- f) Por no haber aceptado el cargo dentro del plazo fijado por el juez a instancias de cualquier interesado en la sucesión (artículo 1276).

**El albacea fiduciario.-**

De acuerdo al artículo 1311, el testador puede hacer encargos secretos y confidenciales al heredero, al albacea y a cualquier 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.

El albacea fiduciario es, pues, aquella persona a quien el testador encarga el cumplimiento o ejecución de disposiciones testamentarias secretas o confidenciales. El albacea fiduciario no es un asignatario modal. Es más. No es el asignatario de las disposiciones (sin perjuicio que puede además ser asignatario por otros conceptos).

Como el encargo es secreto, no es necesario que el asignatario favorecido con el encargo secreto sea persona cierta y determinada (artículo 1056).

El albaceazgo fiduciario debe reunir ciertos requisitos:

- a) El albacea fiduciario debe estar designado en el testamento (artículo 1312)
  - b) El albacea debe tener las calidades para ser albacea y para ser legatario (artículo 1312); esto último a fin de que no se corra el riesgo de que por medio de esta institución se vulneren incapacidades para suceder.
  - c) Sólo puede destinarse a los encargos secretos hasta la mitad de la parte de bienes de que el causante haya podido disponer a su arbitrio (artículo 1313). La jurisprudencia ha dicho que si se excede, la disposición testamentaria es nula sólo en el exceso.
- Aunque la jurisprudencia es vacilante, creemos que los encargos secretos sólo pueden ser a favor de legatarios. No podrían destinarse a encargos secretos o confidenciales asignaciones a título universal. Así se desprende, a nuestro juicio del artículo 1312 que alude a determinar en el testamento las especies o la suma determinada de dinero y del mismo artículo 1312 al exigir en el albacea los requisitos para ser albacea y para ser legatario.
- d) El albacea fiduciario debe jurar ante el juez que el encargo no tiene por objeto pasar bienes del causante a un incapaz; que el encargo no adolece de objeto ilícito y que desempeñará fiel y legalmente el encargo, sujetándose a la voluntad del testador (artículo 1314)
  - e) El albacea fiduciario no puede ser obligado a revelar el objeto del encargo ni a rendir cuenta de su administración
  - f) Como contrapartida, el albacea *puede* ser obligado a rendir caución, a instancia de un albacea general, o de un heredero o del curador de la herencia yacente y con algún justo motivo (artículo 1315).

### LA PARTICION DE BIENES.-

Al fallecer el causante, su patrimonio transmisible queda en estado de comunidad o indivisión entre los herederos. El derecho de herencia es común: son coherederos. Durante ese estado de comunidad, los comuneros son dueños de un derecho cuotativo que no se radica en bienes determinados. Mediante la partición, ese derecho cuotativo pasa precisamente a radicarse en bienes determinados. La partición, según una definición de la Corte Suprema (RDJ T.23, S 1a, p.256), es "el conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del causal poseído proindiviso en partes o lotes que guarden proporción con los derechos cuotativos de cada uno de ellos".

La partición está reglamentada en el título X de Libro III del Código Civil, artículos 645 y siguientes. Estas reglas sin embargo no sólo se aplican para la partición de la comunidad hereditaria, sino también para la liquidación de la comunidad resultante de la disolución de la sociedad conyugal (artículo 1776), a la partición de la comunidad resultante de la disolución de una sociedad civil (artículo 2115) y a la partición del cuasicontrato de comunidad (artículo 2313).

1.-La acción de partición.- Normalmente la partición nace con el ejercicio de la acción de partición (artículo 1317). Pero en otras ocasiones la partición se hace de común acuerdo entre los comuneros.

La acción de partición tiene las siguientes características:

- a) Es una acción personal. La acción se intenta en contra de todos y cada uno de los comuneros.
- b) Es una acción imprescriptible e irrenunciable (artículo 1317) pese a ser patrimonial.
- c) Es una acción de ejercicio absoluto. Su ejercicio jamás podría ser calificado de abusivo.

No obstante el deseo del legislador de promover las particiones poniendo fin a los estados de comunidad, hay casos en que no es posible llevar adelante la partición. Así, el pacto de indivisión que permite el artículo 1317, impide la partición mientras dure el pacto. El pacto no puede durar más de cinco años renovables. Lo que en cambio no sería eficaz sería una disposición testamentaria que impusiese la indivisión.

También impiden la partición las situaciones de indivisión forzada (artículo 1317 inciso final) como las servidumbres (artículo 826 y 827), la propiedad fiduciaria (artículo 751).

La acción de partición puede ser ejercida por:

- a) Los comuneros, es decir, los herederos, personalmente o los herederos que han recibido por derecho de transmisión (artículo 1321) o por cesión de derechos hereditarios (artículo 1320); y el cónyuge por su porción conyugal (artículo 1180).
- b) Tratándose del asignatario bajo condición suspensiva, no puede pedir la partición sino una vez cumplida la condición suspensiva. Los demás pueden ejercer la acción asegurando al asignatario condicional su porción. (artículo 1319 inciso 1º).
- c) Respecto del fideicomisario, no podrá pedir la partición. Sólo la podrá pedir el propietario fiduciario. Ahora bien, si todos los comuneros son propietarios fiduciarios, ninguno podrá pedir la partición. Es decir, habrá un caso de indivisión forzada (artículo 1317). Se podrá pedir la partición, en cambio, si en la comunidad concurren asignatarios puros y simples y al mismo tiempo hay una asignación que constituye un fideicomiso.
- d) Los acreedores del comunero pueden pedir a su arbitrio la enajenación de la cuota del deudor o la liquidación de la comunidad (artículo 519 del Código de Procedimiento Civil), pero esto último, siempre que no existiere un motivo legal que impida la partición y que de llevarse a cabo no se siguiere grave perjuicio (artículo 524 del Código de Procedimiento Civil).
- e) En caso de un usufructo, cada usufructuario puede pedir la partición respecto de sus co-usufructuarios y cada nudo propietario puede pedir la partición respecto de sus co-nudos propietarios.

Para ejercer la acción de partición se requiere plena capacidad. El que no la tiene sólo puede ejercerla por intermedio (incapaces absolutos) o por intermedio o con la autorización (incapaces relativos) de los representantes legales. En estos casos, los que ejerzan la acción para pedir la partición de sus representados o de los bienes de las personas cuyos bienes administran, deberán contar con autorización judicial. Salvo

-que la partición haya sido solicitada por otro comunero (artículo 1322 y 396)  
 -o la partición haya sido hecha de común acuerdo (artículo 645 del Código de Procedimiento Civil)

-o tratándose del marido que pide la partición de una comunidad en que sea parte su mujer casada en sociedad conyugal, caso en el cual bastará el consentimiento de la mujer (artículo 1322).

En los casos en que exigiéndolo la ley se omita la autorización judicial, la sanción sería la nulidad relativa civil (no procesal) de la partición.

## 2.- Formas de hacer la partición.-

La partición puede ser hecha:

a) **Por el propio causante** (artículo 1318), sea por acto entre vivos (consensual aunque hay quienes creen que a fortiori por el artículo 1324 debería hacerse por escritura pública) o por causa de muerte (en el propio testamento). En este caso, al morir, no se forma indivisión. De todos modos, la partición hecha por el causante requiere de aprobación judicial en los casos señalados en el artículo 1342.

b) **Por los coasignatarios de común acuerdo** (artículo 1325), en forma consensual (aunque en la práctica se suele hacer por escritura pública dada la importancia y para el caso que hubiere bienes raíces en la comunidad). Ello, aunque entre lo comuneros haya incapaces siempre que:

-no haya cuestiones previas que resolver (quienes son los interesados, cuáles son sus cuotas, ...)

-las partes estén de acuerdo sobre la forma de hacer la partición

-haya tasación pericial de los bienes y aprobación de la justicia ordinaria. Sin embargo, la tasación puede hacerse de común acuerdo cuando se trate de cosas muebles, o bien se trate de bienes raíces en que sólo se trata de fijar el mínimo para la subasta o bien se trate de inmuebles existiendo antecedentes que justifiquen la apreciación hecha por las partes. (artículo 657 del Código de Procedimiento Civil).

-la partición sea aprobada judicialmente, salvo cuando en la partición tengan interés personas sujetas a tutela o curatela o personas ausentes que no han nombrado mandatario que las represente.

c) **Por el partidor.**

## 3.-El partidor.-

El partidor forzosamente será un árbitro (artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales). El árbitro será, usualmente, un árbitro de derecho. En efecto, el árbitro de derecho es la regla general en nuestra legislación (artículo 235 del Código Orgánico de Tribunales). Ahora bien, siendo todos los comuneros plenamente capaces, pueden dar al árbitro la calidad de mixto o arbitrador (artículo 224 del Código Orgánico de Tribunales). Habiendo incapaces, el partidor jamás podrá ser arbitrador, pero sí mixto, por motivos de manifiesta conveniencia. (artículo 628 del Código de Procedimiento Civil).

Si es de derecho, el partidor debe ser abogado habilitado para ejercer la profesión (artículo 225 del Código Orgánico de Tribunales). Además es necesario, en todo

caso, que tenga la libre administración de sus bienes, sepa leer y escribir y sea mayor de edad (Idem).

Además es necesario no ser juez (artículo 317 del Código Orgánico de Tribunales), notario (artículo 480 del Código Orgánico de Tribunales), coasignatario (artículo 1323 del C Civil en relación al artículo 226 del Código Orgánico de Tribunales) ni albacea (artículo 1323 del C Civil y 651 del Código de Procedimiento Civil). Sin embargo, el testador o todos los comuneros de común acuerdo (si son todos capaces) pueden designar partidor a un coasignatario o un albacea siempre que fuere abogado.

Si no reúne estos requisitos, su nombramiento será absolutamente nulo (artículo 1323). Se le aplican, además, las causales de implicancia y recusación (artículo 1323).

### **El nombramiento del partidor puede provenir:**

#### a) Del causante.

El causante podrá haber hecho el nombramiento por acto entre vivos a través de instrumento público (artículo 1324) o en el testamento. Si designó por escritura pública podría revocar ese nombramiento mediante otra escritura pública o mediante testamento. Si designó partidor en el testamento, sólo podría revocar en virtud de otro testamento (artículo 1212).

En todo caso, el partidor debe cumplir con los requisitos generales del artículo 1324, aunque sea uno de los comuneros, o un albacea, sin perjuicio de la posibilidad que tienen los comuneros de inhabilitar por implicancia o recusación.

Sólo puede el causante designar a un partidor. Si designa a varios se considerará a los siguientes como sustituto del primero. El partidor designado por el causante debe ser de derecho. Pues la calidad de mixto o arbitrador sólo la pueden dar los comuneros (artículos 224 del Código Orgánico de Tribunales).

En todo caso, todos los comuneros, de mutuo acuerdo, podrían revocar el nombramiento de partidor hecho por el causante (artículo 241 del Código Orgánico de Tribunales y 1325 del C Civil).

Además, hay que considerar que el partidor designado por el causante carece de competencia para liquidar la sociedad conyugal, salvo que se cuente con autorización del otro cónyuge. Ello, pues siempre un árbitro debe ser designado con el consentimiento de todas las partes (artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales).

Si entre los comuneros hay algún incapaz, el nombramiento deberá ser aprobado por el juez (artículo 1326), so pena de nulidad relativa.

#### b) De los comuneros

Deben participar en el nombramiento todos los comuneros. Si falta alguno, la partición es válida pero inoponible al comunero inconcurrente.

Se aplica el artículo 1325 inciso 3º y 4º). Por escrito y sin mayor solemnidad (232 y 234 del Código Orgánico de Tribunales). El partidor debe cumplir en todo caso con los requisitos generales del artículo 1324. Si entre los comuneros hay incapaces, podrá ser mixto excepcionalmente, pero nunca arbitrador (artículo 224 del Código Orgánico de Tribunales y 628 del Código de Procedimiento Civil). Además, si entre los comuneros hay incapaces, el partidor no podrá ser comunero ni albacea; y a

mayor abundamiento, el nombramiento de partidor deberá ser aprobado por la justicia, so pena de nulidad relativa (artículo 1326 del C Civil).

El nombramiento debe ser por escrito (artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales). Los comuneros pueden nombrar dos o más partidores (artículo 231 del Código Orgánico de Tribunales).

### c) De la justicia ordinaria.

Este nombramiento es subsidiario (artículo 1325). Se trata de una gestión contenciosa. Al nombrado no le debe afectar alguna causal de implicancia o recusación, pero podría ser albacea (artículo 1324 y 1325). La designación judicial del partidor se hace según las reglas de designación de peritos (artículo 646, 414, 415 y 416 del Código de Procedimiento Civil). Los comuneros de comun acuerdo podrían más tarde revocar la designación de partidor hecha por el juez.

Cuando el nombramiento del partidor no ha sido hecho por la justicia ordinaria, debe ser aprobado judicialmente (artículo 1326), pero en el caso de la mujer casada en sociedad conyugal, el marido que le nombra partidor deberá contar con autorización de la mujer o de la justicia en subsidio.

Nombrado el partidor, puede aceptar o no el cargo (artículo 1327) pero si fue nombrado en el testamento, y es al mismo tiempo asignatario, se hace indigno de suceder (la misma sanción aplicable al albacea) (artículo 1327 y 1277). La aceptación del partidor -a diferencia de la aceptación del albacea que puede ser expresa o tácita- debe ser expresa y además debe jurar desempeñar fielmente el encargo (artículo 1328). Si se omite la aceptación expresa y el juramento, hay una nulidad **procesal**, atacable sólo durante el proceso, vía incidental o por medio de un recurso de casación.

Desde la aceptación del cargo, el partidor tiene dos años para desempeñar su cargo (artículo 1332). El testador no puede ampliar pero sí reducir este plazo (inciso 2º del artículo 1332). Para las partes, en cambio, el plazo es supletorio de la voluntad de ellas pues pueden ampliarlo o restringirlo a voluntad, un en perjuicio de lo dispuesto por el testador (inciso final del artículo 1332). En todo caso, se descuentan del plazo que tenga, los períodos de interrupción por la interposición de recursos (artículo 647 del Código de Procedimiento Civil). Si el partidor dicta su fallo después de extinguido el plazo, habrá sido incompetente y habrá nulidad procesal que podrá ser atacada vía casación en la forma. Ejecutoriado el fallo, sería imposible reclamar.

**La competencia del partidor** está dada por algunas normas legales tales como los artículos 651, 653 y 654 del Código de Procedimiento Civil y artículos 1330 y 1331 del Código Civil. Se puede decir en general que es de competencia del partidor todas las cuestiones que deban servir de base a la partición y que la ley no las entrega expresamente a la justicia ordinaria. (artículo 651 del Código de Procedimiento Civil)

En la partición prima la voluntad de las partes (artículos 1334, 1335, 1338,...). La partición efectuada ante un partidor es una mezcla de juicio con contrato. Muchas veces el partidor no resolverá mayores controversias sino que se limitará a recoger la voluntad de los comuneros.

Por otra parte, la competencia del partidor sólo se extiende a quienes han pactado compromiso. Excepcionalmente puede alcanzar a ciertos terceros, como son los

creedores (artículo 656 del Código de Procedimiento Civil) y los albaceas, administradores, tasadores o comuneros para el sólo efecto de rendir cuentas y cobrar honorarios (artículo 651 del Código de Procedimiento Civil).

El partidor conoce de aquellas cuestiones que la ley expresamente le encomienda (artículo 651 del Código de Procedimiento Civil). En tal concepto debemos considerar todo lo relativo a la administración de los bienes comunes si no los administra el albacea (artículos 653 y 654 del Código de Procedimiento Civil); y la cesación del goce gratuito de alguno de los comuneros en las cosas comunes (artículo 655 del Código de Procedimiento Civil), en la medida en que haya partidor (de lo contrario conoce la justicia ordinaria).

En cambio, escapa de la competencia del partidor lo relativo a quiénes son los interesados en la partición, cuales son los derechos que corresponden a cada cual en la sucesión y cuales son los bienes comunes a partirse (artículos 1330 y 1331 en relación al 1349). Son materias que no obstante servir de base a la partición, la ley las somete expresamente a conocimiento de la justicia ordinaria.

En cambio, el partidor carece de facultades conservadoras, disciplinarias o de imperio (artículo 635 del Código de Procedimiento Civil).

**Responsabilidad del partidor.** El partidor responde de culpa leve (artículo 1329) pues es un contrato que cede en beneficio recíproco de los contratantes (1547). En caso de prevaricación (artículo 1329), incurre en responsabilidad penal (artículos 223 a 225 del Código Penal), civil (se hace indigno de suceder y queda obligado a indemnizar), disciplinaria (artículo 540 del Código Orgánico de Tribunales). Al partidor le está vedado, además, adquirir bienes comprendidos en la partición (1798), aunque la partición no sea, propiamente hablando, litigio (artículo 321 del Código Orgánico de Tribunales). Eso sí que el partidor podría adquirir bienes de la sucesión si es coasignatario. En tal caso no habría compraventa sino adjudicación.

**Remuneración del partidor.-** Son baja general de la herencia. Los honorarios son fijados por el propio causante, pero el partidor no está obligado a respetarlos. El partidor se los puede fijar en el laudo o sentencia y esa fijación es **reclamable** como apelación. (artículo 665 del Código de Procedimiento Civil).

### **El desarrollo de la partición.-**

Como previos a la partición misma serán necesarios

- la apertura y publicación del testamento
- la posesión efectiva de la herencia
- la confección de un inventario de los bienes comunes, pues pese a que es competencia del partidor (artículo 651 del Código de Procedimiento Civil), en la práctica es parte del trámite de la posesión efectiva
- tasación de los bienes, aunque teóricamente también podría hacerse en el curso de la partición
- designación de un curador al incapaz en caso que tanto el representante del incapaz como el propio incapaz tengan interés en la partición (artículos 154, 188 y 257 del C. Civil).
- separaciones de patrimonios, como existencia de una sociedad conyugal no liquidada todavía, sucesiones anteriores indivisas, contratos de sociedad,...

### **El juicio de partición.-**

El juicio de partición comienza con la aceptación expresa y el juramento que hace el partidor y continúa con audiencias verbales y la solución de cuestiones que se van planteando. Termina con la dictación del laudo y la ordenata.

El juicio de partición tiene algunas características típicas que conviene destacar:

- En él tiene fundamental importancia la voluntad de las partes
- Es un juicio doble; es decir, no queda determinado a priori quienes son los demandantes y quienes son los demandados: cada comunero puede llegar a una calidad u otra
- Es un juicio complejo, pues pueden presentarse multiplicidad de juicios simples; tantos como las cuestiones accesorias que pueden presentarse.
- Es un juicio de cuantía indeterminada: no se persigue un monto determinado sino la adjudicación de una cuota de un monto indeterminado.
- Se tramita en el lugar que las partes designen o en el lugar donde se hubiere perfeccionado el compromiso. (artículo 235 del Código Orgánico de Tribunales), actuando como ministro de fe un actuario de algunos a los que se refiere el artículo 648 del Código de Procedimiento Civil, que recibe un honorario que es baja general de la herencia y que se lo puede cobrar del mismo partidor.
- Es un juicio basado en audiencias verbales, sin perjuicio de que pueden admitirse presentaciones escritas (artículo 649 del Código de Procedimiento Civil).
- Aceptado el cargo por el partidor, dicta una primera resolución designando actuario, y llamando a un primer comparendo para organizar la partición; esa resolución se notifica personalmente o de acuerdo al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil. Tras eso, la partición se desarrolla en comparendos ordinarios y extraordinarios. Los primeros se hacen en días y horas fijos prefijados, sin necesidad de citación y en ellos se pueden tomar acuerdos aunque no estén todos los interesados, pero no pueden revocarse acuerdos ya tomados ni adoptarse de aquellos acuerdos para los que la ley exige unanimidad (artículo 650 del Código de Procedimiento Civil). Los comparendos extraordinarios son citados de oficio por el partidor o a petición de cualquier comuneros y cada vez que lo exigen circunstancias extraordinarias.
- La partición se desarrolla en tres cuadernos denominados de ACTAS, de DOCUMENTOS y de INCIDENTES.
- El partidor puede fijar un plazo para que los comuneros formulen peticiones sobre cuestiones que deban servir de base a la partición (artículo 652 del Código de Procedimiento Civil).
- Las costas de la partición son de carga de los comuneros a prorrata y constituyen baja general de la herencia (artículo 1333 del C Civil).

### **Liquidación y distribución de los bienes comunes.-**

El artículo 1337 establece una serie de reglas relativas a la *liquidación* y a la *distribución* de los efectos hereditarios.

La liquidación consiste en la determinación del monto a que ascienden los bienes comunes (acervo líquido, primero imaginario o segundo imaginario), y la cuota o parte que en esta suma le corresponde a cada indivisario.

La distribución de los bienes consiste en repartir los bienes indivisos entre los comuneros hasta enterar la cuota de cada cual. En es distribución, el partidor debe estarse ante todo a la voluntad de las partes (artículo 1334).

En subsidio se aplican las reglas del artículo 1337, que son:

a) Si los bienes admiten cómoda división, deberán dividirse y distribuirse en naturaleza; sólo en subsidio podrán ser sacados a remate (así se deduce de los números 1, 7, 8 y 9 del artículo 1337). Basta con que un comunero lo pida para que el remate sea con admisión de postores extraños. Además, en igualdad de condiciones, es preferido el legitimario (artículo 1337 regla 2ª).

b) En principio los avisos se publican en el número y plazos que las partes indiquen, salvo que entre los comuneros haya incapaces. (artículo 658 del Código de Procedimiento Civil). El partidor representa a los comuneros para efectos de las enajenaciones (artículo 659 del Código de Procedimiento Civil).

c) En cuanto a la división de predios, el partidor debe considerar las reglas 3ª, 4ª y 5ª del artículo 1337 del Código de Procedimiento Civil).

d) El partidor puede constituir usufructos, usos o derechos de habitación (artículo 1337 regla 6ª).

e) Las adjudicaciones parciales no requieren aprobación judicial, ni aunque haya incapaces en la comunidad, en la medida en que el representante legal del incapaz haya solicitado la partición con autorización judicial o el nombramiento del partidor haya sido aprobado por la justicia (artículo 1337 regla 10ª y 11ª; y artículo 1322 y 1326 del C Civil).

f) Cuando los comuneros se adjudican determinados bienes no pagan por ellos un precio sino que los imputan a su cuota o hijuela; si se producen alcances, ellos devengan intereses (artículo 661 del Código de Procedimiento Civil).

g) Salvo acuerdo unánime en contrario, el comunero que reciba en adjudicación bienes que excedan el 80% de lo que le corresponda a título de haber probable, deberá pagar la diferencia al contado, salvo que se trate de inmuebles y que quede constituida hipoteca legal para asegurar el pago de ese alcance. Ejemplo: el haber probable del comunero Pedro es de \$4.000.- Le adjudican un bien tasado en \$3.500.- Ese bien excede el 80% del haber probable (excede de \$3.200). La diferencia (\$300) debe pagarla al contado o asegurar su pago mediante hipoteca legal (artículos 660 y 662 del Código de Procedimiento Civil).

h) En cuanto a la partición de los frutos percibidos desde la apertura de la sucesión (artículo 1339), se distingue:

-Frutos de especies legadas: pertenecen al legatario desde la muerte del causante y su pago recae sobre toda la masa hereditaria (1338 regla 1ª y 4ª)

-Frutos de géneros legados: pertenecen al legatario desde que le pagan el legado o desde que el obligado a pagarlo se constituye en mora de hacerlo. (1338 regla 2ª).

-Frutos de los bienes hereditarios: pertenecen a los herederos a prorrata de sus cuotas (1338 regla 3ª).

**El final del juicio de partición: el laudo y la ordenata.**- (artículo 663 del Código de Procedimiento Civil). El laudo no es la única sentencia definitiva; puede haber varias sentencias definitivas. Sólo el laudo es sentencia *final*. El laudo debe cumplir con los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. La ordenata es el cálculo numérico necesario para la distribución de los bienes. En la ordenata se establecen previamente el inventario y las bajas generales, y se acumulan acervos imaginarios. Luego, se establecen "hijuelas" que son las cuotas ideales que a cada comunero corresponden del acervo a repartir. Cada hijuela lleva un "ha de haber" (derechos) y varios "enteros" (adjudicaciones hechas sucesivamente en varios comparendos y en los cuales se han precisado los bienes o sumas con que se pagan esos derechos). Se precisan eventualmente los alcances y se dirá que será

pagado a tal comunero en la forma que se dirá al describir la hijuela de ese comunero (y en la hijuela de ese comunero se expresará el alcance en el haber).

La partición, una vez concluida, debe ser sometida a aprobación judicial cuando en la partición haya intervenido algún ausente sin mandatario o algún pupilo. (artículo 1342). El juez competente es el del último domicilio del causante (artículo 148 del Código Orgánico de Tribunales).

\*Si el laudo y ordenata no requieren aprobación judicial, se entienden notificados al notificar el hecho de su pronunciamiento. (artículo 664 del Código de Procedimiento Civil).

\*Si el laudo y ordenata requieren aprobación judicial, en tal caso lo que ha de notificarse es la resolución del juez que aprueba o modifica el fallo del partidor (artículo 664 y 666 del Código de Procedimiento Civil).

Contra el laudo y la ordenata se puede deducir apelación y casación en la forma en 15 días (artículo 664 del Código de Procedimiento Civil).

Durante el curso de la partición y mientras el laudo y la ordenata no estén ejecutoriadas, puede deducirse incidencias de nulidad procesal o reclamar de ellas por vía de casación. Además -y no obstante estar ejecutoriado el laudo y la ordenata- puede deducirse nulidad civil (absoluta o relativa y de acuerdo a los plazos generales artículo 1348 y 1352-); total o parcial, cual si fuese un contrato, sin perjuicio de demandar resarcimiento de daños (artículo 1353). Habrá nulidad procesal cuando se trate de un vicio de procedimiento; y habrá nulidad civil cuando se trate de infracción de una norma jurídica sustantiva. Pero pese a que la partición tiene mucho de contrato, sin embargo, la jurisprudencia ha rechazado sistemáticamente la posibilidad de ejercer acción resolutoria por incumplimiento de un comunero de obligaciones impuestas en la partición. (Admitiendo, en cambio, la condición resolutoria ordinaria, toda vez que ella no necesariamente ha de pactarse en un contrato sino que puede estipularse en otros actos jurídicos).

La rescisión por lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota (artículo 1348), pero se puede atajar la acción rescisoria ofreciendo y asegurando la diferencia en dinero (artículo 1350) y en todo caso el actor está limitado en cuanto a la oportunidad para ejercer la acción por la circunstancia de haber enajenado su porción en todo o en parte (artículo 1351) o por haber prescrito la acción (artículo 1352).

Se ha entendido que una partición hecha por los comuneros en fraude de los derechos de los acreedores podría atacarse por vía de acción pauliana. En tal caso, al tratarse de un acto oneroso (Somarriva), debería acreditarse fraude pauliano en todos los comuneros. No sería atacable en cambio mediante la acción pauliana las particiones hechas por el causante o por un partidor.

Si la partición fuera simulada, conservándose en forma oculta el estado de indivisión, podría ser impugnada alegándose nulidad absoluta de la partición por falta de consentimiento o de causa.

### **Efectos de la partición.-**

La partición produce como efecto fundamental la adjudicación del dominio exclusivo sobre determinados efectos hereditarios en cada comunero. La adjudicación constituye la atribución del dominio exclusivo de ciertos bienes a una persona que era dueña proindiviso.

En la doctrina romanista, cada adjudicatario es en parte sucesor del causante y en parte de sus copartícipes. Luego, la partición es en parte un acto declarativo y en parte un acto translaticio. Así, si en una sucesión hay un inmueble que se lo adjudican a el comunero A, quiere decir que parcialmente el derecho del comunero A proviene del causante y parcialmente de los otros comuneros que le habrán "cedido" sus derechos. Sin embargo, en nuestro Código, siguiendo la tradición jurídica francesa, la adjudicación es declarativa de derechos en un sentido retroactivo. Artículo 1344. Cada comunero se entenderá haber sucedido inmediata y exclusivamente al causante. Se trata de una ficción. Esta regla se aplica a toda partición de comunidad cualquiera sea el origen de esta.

Consecuencias del efecto declarativo:

- a) Si un adjudicatario ha enajenado algo que en la partición se adjudica a otro copartícipe se procederá como en caso de venta de cosa ajena (artículo 1344).
- b) La hipoteca de cuota de un comunero subsiste a condición de que se le adjudiquen bienes hipotecables (artículo 2417).
- c) En caso de partición de una comunidad de co-poseedores, se aplica también el efecto retroactivo (artículo 718).
- d) Los embargos o medidas precautorias que impiden enajenar, no impiden la adjudicación, puesto que no constituye un acto de enajenación.
- e) Adjudicado el bien recibido por sucesión por causa de muerte, ingresa al haber aparente (si es mueble) o al haber propio (si es inmueble).

No obstante el efecto declarativo, cada copartícipe está garantizado en lo que en definitiva reciba, por los demás copartícipes. Esta garantía recíproca está establecida en el artículo 1345 que establece que los copartícipes deben sanear la evicción que sufra un adjudicatario. Esa obligación de evicción, al igual que en la compraventa, se desarrolla en dos etapas sucesivas: la etapa de la defensa judicial y la etapa de la indemnización.

Sin embargo, cesa la obligación de saneamiento en los siguientes casos (artículo 1346):

- a) Si la evicción tiene una causa posterior a la partición
- b) Si se renunció a la acción de saneamiento de evicción
- c) Si el partícipe ha sufrido la evicción por su culpa.

La obligación de sanear la evicción es simplemente conjunta, pero la cuota del comunero insolvente grava las cuotas de los demás comuneros (artículo 1347, similar al 2311). La acción de saneamiento en cuanto dirigida a defender judicialmente es imprescriptible, pero la acción destinada a obtener una indemnización en el evento de que la evicción se haya llegado a materializar, prescribe en cuatro años desde el día de la evicción (artículo 1345). Los comuneros pueden alterar las reglas sobre obligación de garantía, agravándolas o alivianándolas.

El cónyuge sobreviviente tendrá derecho que su cuota hereditaria se entere con **preferencia** mediante la adjudicación en 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 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 registrarán por el título X del Libro II.-

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

### **El pago de deudas hereditarias por herederos o legatarios**

Las deudas hereditarias son aquellas que tenía en vida el causante. En principio la responsabilidad por las deudas hereditarias corresponde únicamente a los herederos (artículo 951 y 1097), quienes responden de todas las deudas transmisibles del causante, cualquiera haya sido su fuente, inclusive un delito o cuasidelito (artículo 2316). Son intransmisibles las obligaciones intuito persona como las derivadas de un mandato o de un albaceazgo, un arrendamiento para confección de obra material,... Por otra parte, los herederos puede limitar su responsabilidad por las deudas hereditarias a un determinado monto mediante el beneficio de inventario.

Contra los herederos puede procederse ejecutivamente por créditos hereditarios en los mismos casos en que habría podido procederse ejecutivamente contra el causante. Pero previa notificación a los herederos del respectivo título. El artículo 1377 establece que “los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos, pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos”. Ahora bien. Por otra parte, de acuerdo al artículo 5º del Código de Procedimiento Civil, si fallece quien obraba por sí mismo en juicio, se suspende el proceso para notificar a los herederos, quienes deberán comparecer, para hacer valer sus derechos, en el término de emplazamiento. Como el artículo final del Código de Procedimiento Civil deroga toda norma del Código Civil que le sea contraria, el artículo 5º del Código de Procedimiento Civil. prevalece por sobre el artículo 1377, aunque sólo en lo incompatible, esto es, sólo en la medida en que fallece el ejecutado *durante* el proceso. En cambio, como el artículo 5º del Código de Procedimiento Civil no se refiere al caso que no se hubiere iniciado la ejecución, en este caso hay que aplicar derechamente el artículo 1377 del Código Civil.

Las deudas hereditarias se dividen de pleno derecho entre los herederos “a prorrata de sus cuotas” (artículo 1354). Esto, aún cuando la obligación de causante haya sido solidaria, pues sabemos que la solidaridad no se traspa a los herederos del codeudor solidario fallecido. No hay una comunidad entre las deudas, como ocurre con el activo. Es decir, las deudas hereditarias pasan a ser obligaciones simplemente conjuntas entre los herederos. Más concretamente, un típico caso de conjunción derivativa.

Luego, y de acuerdo al artículo 1355, “la insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros”, salvo el caso del artículo 1287 inciso 2º. Este último caso excepcional se refiere a que se extiende a los herederos la obligación que asiste a

los albaceas en orden a avisar la apertura de a sucesión y cuidar que se forme la hijuela pagadora de deudas en la partición *so pena de responder solidariamente de los perjuicios a los acreedores*.

Además, como consecuencia de esta división de la deuda en cuotas, “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 en contra de sus coherederos a prorrata por el resto del crédito, y les estará obligado a prorrata por el resto de la deuda” (artículo 1357). Es decir, si el heredero fuere acreedor de la deuda hereditaria, se confunde parcialmente la calidad de acreedor primitivo del heredero y de deudor, como heredero del deudor primitivo. La extinción de la deuda se produce sólo hasta la cuota que le corresponde en la deuda al acreedor heredero, quien podrá exigir a los demás herederos el resto de la deuda a prorrata de sus cuotas. Y a la inversa, si el heredero era deudor del causante, la deuda se extingue por confusión, en la parte del crédito que corresponde al heredero deudor, pero subsiste en el resto.

Hay ciertos casos excepcionales en los que las deudas hereditarias no se dividen a prorrata de las cuotas:

- a) Caso en que se acepte la herencia con beneficio de inventario (artículo 1354).
- b) Caso en que la obligación del causante era indivisible (artículo 1354 inciso final en relación al artículo 1526).
- c) Caso en que el causante haya dejado el usufructo de todos sus bienes o de una cuota de ellos a una persona (usufructuario) y la nuda propiedad a otra (nudo propietario) (artículo 1356): en tal caso usufructuario y nudo propietario serán considerados como una sola persona para la división de las deudas hereditarias; y, entre ellos se las dividen de acuerdo al artículo 1368: las debe pagar el nudo propietario pero con derecho a accionar contra el usufructuario por los intereses corrientes de la cantidad pagada durante todo el tiempo que durare el usufructo. Y si el nudo propietario no se allana a pagarlas, el usufructuario puede pagarlas con acción de reembolso una vez que termine el usufructo, contra el nudo propietario, para que le reembolse la cantidad pagada, sin interés.
- d) Caso en que el causante haya establecido herederos fiduciarios y fideicomisarios. Conforme al artículo 1356, se dividen las deudas hereditarias de acuerdo al artículo 1372, esto es, corresponde pagarlas al heredero fiduciario quien verificada la restitución podrá accionar contra el fideicomisario para el reembolso, sin interés.
- e) Caso en que existan varios inmuebles sujetos a hipoteca (artículo 1365): el acreedor hipotecario tiene una acción indivisible contra cada uno de dichos inmuebles, sin perjuicio de la acción del propietario del inmueble contra sus coherederos por la cuota que a ellos toque de la deuda. Esto es plenamente coherente con el artículo 1526 N° 1 y el artículo 2408 y la regla es la misma que para el caso que el acreedor demande por el total a uno de los codeudores solidarios (artículo 1522).
- f) Caso en que se acuerde una división distinta de las deudas hereditarias. Este acuerdo puede darse sea porque así lo quiso el testador (artículo 1358); porque así puede establecerse en la partición (artículo 1340 y 1359) o sea porque se convino por los herederos (artículo 1359). Desde el punto de vista de la obligación a la deuda, esto es, desde la perspectiva del acreedor, cualquiera de estas situaciones son inoponibles al acreedor, por lo que éste puede accionar siempre de acuerdo al artículo 1354 a prorrata, o bien accionar de acuerdo a la división practicada. Desde el punto de vista de la contribución a la deuda, en cambio, si se dividieron las deudas, cada heredero no está obligado a pagar sino según esa distribución, por lo

que aquel heredero al que en definitiva la distribución a prorrata le significó pagar más de lo que le correspondía, tiene acción de reembolso contra los demás herederos (artículos 1358, 1359 y 1526).

De todo lo anteriormente expuesto, resulta que la responsabilidad por las deudas hereditarias afecta principalmente a los herederos. Sin embargo, los legatarios pueden ser responsables de las deudas hereditarias en ciertos casos y en cierto sentido.

En primer lugar, la responsabilidad de los legatarios por las deudas hereditarias puede emanar del hecho que el causante en el testamento ha destinado a legados una suma superior a aquella de que podía disponer libremente. En este caso, y de acuerdo al artículo 1362 inciso 1º, los legatarios deben contribuir al pago de las legítimas y de las mejoras.

En segundo lugar, los legatarios tienen responsabilidad en el pago de las legítimas y de las mejoras “cuando al tiempo de abrirse la sucesión no haya habido en ella lo bastante para pagar las deudas hereditarias” (artículo 1362). Es decir, si al abrirse la sucesión existían bienes suficientes para pagarse las deudas hereditarias y con posterioridad no lo hay, el legatario no tiene responsabilidad: se sanciona, así, al acreedor que no hizo valer su crédito en tiempo oportuno. En todo caso, la responsabilidad de los legatarios es en subsidio de los herederos. Así lo dice el inciso 2º del artículo 1362, que establece de este modo una especie de beneficio de excusión.

En la responsabilidad de los legatarios por las deudas hereditarias, y aunque el Código no lo establezca expresamente, se ha entendido que hay una limitación. Gozan de una especie de beneficio de inventario otorgado de pleno derecho por el legislador. En efecto, el artículo 1364 establece un beneficio de inventario a los legatarios respecto de las cargas testamentarias: esto es, el legatario obligado a pagar un legado, lo será sólo hasta concurrencia de lo que reciba en virtud del legado. Para ello le bastará con “hacer constar la cantidad en que el gravámen exceda al provecho”. Pues bien, analógicamente es posible aplicar el mismo principio a la responsabilidad del legatario en las deudas hereditarias. Por otra parte, el artículo 1367, se refiere a los legados con causa onerosa y también limita su responsabilidad al provecho que reciban en la sucesión.

De los artículos 1363, 1170, 1194 y 1141, se desprende que contribuyen al pago de las legítimas, mejoras y deudas hereditarias, primeramente los legatarios comunes.

Y una vez agotados los bienes de los legatarios comunes, van contribuyendo los legatarios preferentes según un orden de prelación que es el siguiente: Luego de agotar los bienes de los legatarios comunes, se deberá accionar en contra de los legatarios a los que se hizo entrega de los bienes legados en vida del testador (artículo 1141 inciso 3º).

Si tampoco resultan suficientes, la acción deberá intentarse contra los legatarios de obras pías o de beneficencia pública; pues según ha dispuesto el legislador, “se entenderán exonerados por el testador, sin necesidad de disposición expresa, y entrarán a contribución después de los legados expresamente exonerados”.

En subsidio de los legatarios de obras pías, la acción se dirigirá contra los legatarios expresamente exonerados por el testador (artículo 1363 inciso 2º).

En caso de insuficiencia, la acción puede intentarse en contra de los legatarios sólo hasta la cantidad necesaria para cubrir las asignaciones hechas con cargo a la cuarta de mejoras y que no cupiesen en la cuarta (artículo 1194); pues ese déficit “se

imputará a la cuarta parte restante, con preferencia a cualquier objeto de libre disposición a que el difunto la haya destinado”.

Finalmente, hay legatarios que sólo están obligados al pago de legítimas, mejoras o deudas hereditarias en subsidio de todos los demás: son los legatarios “estrictamente alimenticios”, esto es, los asignatarios de alimentos forzosos. Como dice el Código, “entrarán a contribución después de todos los otros” (artículo 1363, parte final). O como dice el Código en el artículo 1170, si bien “no estarán obligados a devolución alguna”... “podrán rebajarse los alimentos futuros que parezcan desproporcionados a las fuerzas del patrimonio”. En el fondo no se trata de legados sino de alimentos forzosos que son una asignación forzosa; es más, que constituyen una baja general de la herencia. Esto debe relacionarse con la idea de que los alimentos forzosos son provisorios: se deben mientras subsista la necesidad del alimentario.

Para finalizar este punto, habría que recordar la responsabilidad de los legatarios de bienes gravados con prenda o hipotecas, ya analizada a propósito de los legados y que se reglamenta en el artículo 1366.

La responsabilidad de los legatarios es simplemente conjunta. Es decir, los legatarios responden a prorrata de sus derechos y la porción del legatario insolvente no gravará a los otros (artículo 1363 inciso 1º).

### **Del pago de las deudas o cargas testamentarias por herederos o legatarios.-**

Las deudas o cargas testamentarias son aquellas que emanan del testamento mismo. Son el pago de los legados y la realización de las cargas modales. Cabe distinguir, al respecto, varias situaciones:

1.-En primer lugar, cabe analizar los criterios contemplados en el artículo 1360 que son básicamente tres:

a) El testador gravó con el pago de los legados a algún heredero o legatario en particular. En tal caso se estará a la voluntad del testador (artículo 1360 inciso 1º), sin perjuicio de que en caso de los legatarios, éstos gozan de un beneficio de inventario e pleno derecho (artículo 1364).

b) Si el testador no gravó en particular a herederos o legatarios, las cargas testamentarias se dividen entre los herederos y en subsidio entre los legatarios, en la forma dispuesta por el testador (artículo 1360 inciso 2º).

c) Si el testador no gravó a herederos o legatarios en particular ni tampoco estableció forma alguna de dividir las deudas o cargas testamentarias, se dividen entre los herederos y legatarios a prorrata de las cuotas (artículo 1373 inciso 1º).

2.-En segundo lugar, cabe considerar lo dispuesto en el artículo 1373 inciso 2º. Si en la partición o por convenio expreso ente los herederos se acuerda dividir el pago de las cargas testamentarias entre los herederos en forma diferente a la establecida por el testador o por la ley; los acreedores testamentarios tienen la misma opción que los acreedores hereditarios en la misma hipótesis. Es decir, pueden aceptar el acuerdo de los herederos o el acuerdo particional o bien ejercer sus acciones conforme al artículo 1360, esto es, conforme a lo prescrito por el testador o por la ley (a prorrata). Y aunque en el ámbito de las deudas testamentarias no lo diga expresamente el Código, es obvio que analógicamente se aplica en esta materia el mismo criterio que respecto a las deudas hereditarias. Es decir, el juego de obligación a la deuda y contribución a la deuda. Al acreedor testamentario le es inoponible lo acordado por los herederos o en el acto particional: desde el punto de

vista de la obligación a la deuda los herederos están obligados conforme a lo dispuesto por el testador o por la ley (a prorrata); más desde el punto de vista de la contribución a la deuda, los herederos adeudan conforme a lo acordado por ellos o en el acto particional. Así, el heredero que paga una deuda testamentaria más allá de lo que según la partición o el convenio celebrado le corresponda, podrá repetir por el exceso en contra de sus coherederos.

3.-En tercer lugar, cabe referirse a las cargas testamentarias que recaen sobre la cosa fructuaria. Si ellas fueron distribuidas por el testador entre el nudo propietario y el usufructuario, se debe respetar la disposición testamentaria, y el obligado a pagarlas no tendrá derecho a ningún reembolso (artículo 1369). El artículo 1370 agrega que a falta de mención en el testamento, se aplica la misma regla que para el pago de las deudas hereditarias, esto es, está obligado a pagar las deudas testamentarias el nudo propietario, con derecho a exigir del usufructuario el pago de los intereses corrientes de la respectiva suma por el tiempo que durare el usufructo y si el nudo propietario no se allana al pago, podrá el usufructuario pagar la carga y a la expiración del usufructo tendrá derecho a que el nudo propietario le reintegre lo que pagó, sin interés. Pero si las deudas testamentarias consisten en el pago de pensiones alimenticias, a falta de disposición testamentaria serán cubiertas por el usufructuario mientras dure el usufructo, sin derecho a exigir reembolso del nudo propietario (artículo 1370 inciso final).

4.-Finalmente, respecto del fideicomiso se aplican las mismas reglas que establece el artículo 1372 para el caso de las deudas hereditarias pues esta norma trata conjuntamente de las deudas hereditarias y de las deudas testamentarias. En consecuencia, el propietario fiduciario corre con las cargas testamentarias para que, verificada la restitución, se las reembolse el fideicomisario sin interés alguno. Si las cargas fueren periódicas, en cambio, no tendrá derecho a reembolso.

Para terminar con este análisis, habría que analizar cuándo y cómo se pagan las cargas testamentarias. Respecto al cuándo, no puede olvidarse que las cargas testamentarias se pagan con posterioridad a las deudas hereditarias (salvo que haya quiebra). En efecto, estas son “bajas generales de la herencia”, es decir, deducciones previas necesarias para obtener el monto del acervo líquido (artículo 959). Así lo dispone el artículo 1374 inciso 1º. Pero hay casos en que las cargas testamentarias pueden pagarse inmediatamente; esto es, aún antes que las deudas hereditarias. Ello ocurre: a) cuando la herencia no pareciere excesivamente gravada se podrá pagar inmediatamente a los acreedores testamentarios que ofrezcan caución de cubrir lo que les quepa en la contribución a las deudas; y b) si la herencia está manifiestamente exenta de cargas, podrán pagarse las deudas testamentarias sin necesidad de caución.

En cuanto a cómo deben pagarse las deudas testamentarias, hay que tener presente algunas reglas importantes. La primera, que los gastos necesarios

para la entrega de los legados, se deducen de los mismos legados (artículo 1375). Lo segundo, que no habiendo lo necesario para el pago de todos los legados, se rebajarán todos a prorrata (esto se aplica sólo a los legados comunes. La tercera, que conforme al artículo 1361, si el testador no dio reglas sobre el pago de legados de pensiones periódicas, estos se deberán pagar día por día, a la expiración de los respectivos períodos, que se presumirán mensuales. Pero si las pensiones fueren

alimenticias, podrá exigirse cada pago al principio del respectivo período y no habrá obligación de restituir parte alguna aunque el legatario fallezca antes de la expiración del respectivo período. Finalmente, si el legado de pensión alimenticia fuere una continuación de la que el testador pagaba en vida, seguirá prestándose como si el testador no hubiera fallecido.

### **El beneficio de separación**

Del artículo 1378, se desprende que es el derecho que tienen los acreedores hereditarios y testamentarios para demandar judicialmente que no se confundan los bienes del difunto con los de los herederos y, separados los bienes, poder exigir que con los bienes del difunto se le paguen sus créditos hereditarios o testamentarios con preferencia a las deudas propias de los herederos.

Es decir, en caso que los herederos estén muy endeudados, el legislador permite a los acreedores hereditarios y testamentarios protegerse demandando este beneficio. De este modo, se logra que los acreedores hereditarios o testamentarios puedan cobrar sus créditos contra un patrimonio determinado sin verse afectados por un hecho imprevisto e ignorado cual es nivel de endeudamiento de los herederos. Los acreedores propios de los herederos no se ven menoscabados por este beneficio, dado que cuando contrataron con el heredero, tuvieron en vista su patrimonio, sin considerar lo que eventualmente podrían recibir de alguna herencia.

No se trata de una separación de patrimonios sino que más bien de una distinción de bienes. De acuerdo al artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, en juicio ejecutivo puede oponerse como excepción a la ejecución o tramitarse como tercería el hecho que el acreedor del heredero pretenda pagarse con bienes del causante una vez que se ha decretado el beneficio de separación.

Pueden solicitar el beneficio de separación los acreedores hereditarios y/o los acreedores testamentarios, puros y simples, o bajo plazo o condición suspensivas (artículo 1379). Es el fondo se trata de una medida conservativa, un derecho auxiliar del acreedor, y sabemos de varias disposiciones del Código que los acreedores condicionales pueden demandar medidas conservativas (artículos 761 inciso 2º; 1078 inciso 1º; 1492 inciso 3º).

Los acreedores del heredero no gozan del beneficio de separación (artículo 1391), pues para protegerse de que el patrimonio del causante esté muy gravado de deudas, el heredero dispone de una herramienta muy práctica, cual es el beneficio de inventario. Y no es dable suponer que el heredero acepte sin beneficio de inventario para perjudicar a sus propios acreedores, dado que en tal evento el primer y más perjudicado sería el mismo.

Los acreedores hereditarios y testamentarios no gozan del beneficio en los siguientes casos (artículo 1380):

- a) Cuando sus créditos hubieren prescrito. Pues en tal caso carecen de interés y se aplica el principio de que sin interés no hay acción.
- b) Cuando han renunciado al beneficio, dado que está establecido en exclusivo beneficio de cada uno de los acreedores hereditarios o testamentarios. Sea expresa o tácitamente. Renuncian expresamente cuando lo hacen en términos formales y explícitos. Y renuncian tácitamente cuando el respectivo acreedor "ha reconocido al heredero como deudor, aceptando un pagaré, prenda, hipoteca, o fianza del dicho heredero o un pago parcial de la deuda".
- c) Cuando los bienes de la sucesión han salido ya de manos del heredero; y

d) Cuando los bienes de la sucesión se han confundido con los de los herederos, de manera que no sea posible reconocerlos.

Desde un punto de vista procesal cabe agregar los siguientes elementos de análisis:

a) Demandado y obtenido el beneficio por algún acreedor hereditario o testamentario, no es necesario nuevo juicio: aprovecha a los demás bastando con invocarlo (artículo 1382 inciso 1º).

b) El procedimiento no está expresamente establecido por el legislador. Podría pensarse que debiera ser el juicio ordinario, conforme al artículo 3º de Código de Procedimiento Civil. Pero la doctrina se inclina a pensar que podría demandarse conforme al juicio sumario, invocándose que requiere “por su naturaleza de una tramitación rápida para que sea eficaz” (artículo 680 del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.).

c) Los demandados en este juicio debieran, en principio, ser los acreedores personales de los herederos, pues siempre hay que pensar que los demandados en un juicio debe ser quienes resultarán afectados por el resultado. Pero se ha estimado que es muy difícil averiguar quienes son los acreedores propios de los herederos, quienes obviamente tratarán de ocultar la existencia de acreedores. Por tal motivo, se ha estimado que como solución práctica, sería necesario demandar a los herederos.

d) Los efectos de la sentencia que concede el beneficio se producen desde que se dicta la sentencia que lo concede (respecto a los bienes muebles) o desde la inscripción de la sentencia en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar del Conservador de Bienes Raíces (tratándose de inmuebles) (artículo 1385 en relación al artículo 52 N° 4 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces).

e) Obtenido el beneficio, los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios tienen derecho a pagarse con los bienes del causante. Pero primero se pagan los acreedores hereditarios (baja general de la herencia) y después los acreedores testamentarios. Una vez pagados los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios, “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”.

A la inversa, los acreedores hereditarios y los acreedores testamentarios, no podrán accionar en contra de los bienes propios de los herederos sino una vez que se hayan agotado los bienes del causante respecto de los cuales el beneficio de separación les dio un derecho preferente. “más aún entonces podrán oponerse a esta acción los otros acreedores del heredero” (debió decir “los acreedores personales de los herederos”) hasta que se les satisfaga el total de su créditos”.

Ahora bien. Hay que aclarar que el beneficio de separación no impide que los herederos adquieran el dominio de los bienes del causante por sucesión por causa de muerte. Sólo que está limitado el derecho a disponer de ellos, pues de lo contrario se vería burlado el efecto práctico que se pretende obtener con el beneficio de separación. Por ese motivo es que cuando recae el beneficio sobre inmuebles, se inscribe en el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de enajenar. Y por el mismo motivo, si se realiza la enajenación, podría solicitarse la rescisión de la enajenación de conformidad al artículo 1384. No hay duda que para demandar esta rescisión sería necesario estar actualmente gozando del beneficio. Lo que en cambio resulta dudoso es si acaso sería necesario haber estado gozando del beneficio al momento en que se realizó la enajenación.

## LAS DONACIONES IRREVOCABLES O ENTRE VIVOS.-

### Su ubicación y reglamentación en el Código Civil chileno.

Esta materia está reglamentada en el título XIII del Libro III. En realidad, las donaciones irrevocables son un contrato y por ende debieron haber estado reglamentados en el libro IV. Sin embargo, en el Código Francés que tuvo a la vista don A. Bello, se las reglamenta en el libro de la sucesión por causa de muerte conjuntamente con los testamentos. Además, entre las donaciones entre vivos y la sucesión hay algunas semejanzas, como el hecho de tratarse de actos a título gratuito. De ahí lo que dispone el artículo 1416 en orden a hacerle aplicables las normas sobre contratos.

Las donaciones entre vivos se rigen en nuestro derecho primeramente por las disposiciones del Título XIII, artículos 1386 a 1436.

En virtud del inciso primero del artículo 1416, se aplican también las siguientes normas sobre las asignaciones testamentarias:

En primer lugar, las disposiciones sobre interpretación de las asignaciones testamentarias. Esto es, se aplican, con las debidas alteraciones, normas interpretativas como los artículos 1064, 1065, 1065, 1066 y sobre todo y básicamente, se aplica el artículo 1069. Conforme a esta norma, “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. Para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido”.

La solución interpretativa del artículo 1069 está inspirada en la misma idea que aplica el Código Civil para la interpretación de los contratos en el artículo 1560, esto es, que conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Es importante destacar, eso sí, que como lo ha resuelto la jurisprudencia, la voluntad del testador prevalece, siempre que no se oponga a los requisitos y prohibiciones legales.<sup>1</sup>

Cabe agregar en esta materia que son por ende aplicables dos fallos importantes de nuestros tribunales, conforme a los cuales las diversas cláusulas de un testamento no deben ser interpretadas en forma aislada sino en conjunto, de modo que del contexto armónico de todas ellas se desprenda cuál ha sido la voluntad del testador<sup>2</sup>, la que en todo caso debe ser encontrada en el testamento mismo y no en probanzas ajenas a él.<sup>3</sup>

En todo caso, la interpretación de una donación, en cuanto se refiere a determinar la voluntad del donante y donatario, es una cuestión de hecho.<sup>4</sup> Pero en la medida en que la interpretación conlleva una calificación jurídica de si un acto constituye o no donación, de su clase o categoría se trata de una cuestión de derecho revisable por la vía de una casación.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>Revista de Derecho y Jurisprudencia, (en adelante RDJ) Tomos XV, Sección 1ª, p. 36 y XIX, sección 1ª, p. 349.

<sup>2</sup>RDJ, Tomo IX, Sección 1ª, p. 101

<sup>3</sup>RDJ, Tomo XLIX, Sección 1ª, p. 205 y LII, Sección 1ª, p. 42

<sup>4</sup>RDJ, Tomo X, Sección 1ª, p.p. 171 y 217; XII, Sección 1ª, p. 185; XVI, Sección 1ª, p. 333 y XXX, Sección 1ª, p. 31

<sup>5</sup>RDJ, Tomo XX, Sección 1ª, p. 486; Tomo XXXVI, Sección 1ª, p. 552 y Tomo LII, Sección 1ª, p. 79.

En segundo lugar, se aplican a las donaciones entre vivos las disposiciones sobre condiciones, plazos y modos. Es decir, pese a que las donaciones irrevocables constituyen un acto entre vivos, un contrato, en materia de modalidades no se rigen por las normas de los artículos 1473 a 1498 contenidas en el Libro IV, sino en subsidio de las disposiciones relativas a las modalidades en el testamento, esto es, los artículos 1070 a 1096.

Finalmente, se aplican a las donaciones entre vivos las disposiciones concernientes al derecho de acrecer y sustituciones. Es decir, con las debidas adaptaciones, cabe aplicar a una donación entre vivos las reglas de los artículos 1147 a 1155 relativas al derecho de acrecer y los artículos 1156 a 1166 relativos a sustituciones. Aplicado a las donaciones entre vivos significa que donado un mismo objeto conjuntamente a varios donatarios sin designación de la cuota que a cada uno de ellos corresponda, la porción de uno de ellos que falte acrece a las de los demás. Y significa además que el donante puede designar a uno o más sustitutos a uno o más donatarios para el caso que antes de producir efecto la donación llegue a faltar alguno de los donatarios por muerte u otra causa que extinga su derecho eventual. La hipótesis del donatario que fallece antes que la donación produzca efectos (por ejemplo, siendo condicional fallece antes de cumplirse la condición suspensiva), es coherente con la circunstancia que fallecido un donatario antes del cumplimiento de la condición suspensiva, no transmite su derecho condicional (o mera expectativa) a sus herederos (artículo 1492 inciso 2º).

Además de los reenvíos derivados del artículo 1416, hay otras referencias que hacen aplicable normas del libro II del Código Civil a las donaciones entre vivos. Así, el artículo 1411 inciso 3º establece que “Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias y legados se extienden a las donaciones”. Esto significa que se aplican a las donaciones entre vivos, con las correspondientes adaptaciones, las normas contenidas en los artículos 1225 a 1246 del Código Civil.

Finalmente, se aplican a las donaciones entre vivos las reglas sobre incapacidades de recibir herencias y legados establecidas en los artículos 963 y 964 (artículo 1391). En síntesis, se puede decir que hay una serie de materias y criterios contenidos en el libro III relativas a las asignaciones testamentarias, que se aplican a las donaciones entre vivos.

En todas las demás materias y en ausencia de alguna solución especial contenida en el título XIII del Libro IV, se aplican las normas generales de los contratos (artículo 1416 inciso 2º). Ahor bien. Esto significa en primer lugar que a las donaciones entre vivos se les aplican los artículos 1438 a 1469, sobre los contratos en general, sino que además ciertas disposiciones dispersas a lo largo del Código que se refieren a las donaciones entre vivos o, más genéricamente, a los títulos traslativos de dominio,...

### **Concepto de donación irrevocable o entre vivos**

El artículo 1386 del Código Civil establece que la donación entre vivos “es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que lo acepta”.

Esta definición ha sido ampliamente criticada por la doctrina. En primer lugar por comenzar la definición de donación aludiendo a que es un *acto*. Como es sabido, la expresión “acto” en el Código Civil chileno apunta a los actos jurídicos unilaterales, esto es, aquellos que requieren para su perfeccionamiento de la manifestación de

una sola voluntad. Ahora bien, la donación entre vivos es un contrato, esto es, un acto jurídico bilateral que engendra obligaciones. Este error viene del Code Civil francés de Napoleón Bonaparte y al parecer provendría directamente de la intervención del gran corso en su redacción.<sup>6</sup>

Por otra parte, y como veremos más adelante, en virtud del contrato de donación no se transfiere nada. El donante se obliga a transferir, lo que es muy distinto. Por el contrato de donación no se transfiere ni se adquiere porque no es tradición sino sólo un título traslativo de dominio. Decir que por la donación se transfiere algo sería tal erróneo como sostener que por la compraventa o por la permuta se transfiere una cosa o derecho.

Podríamos definir las donaciones irrevocables como un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a transferir gratuitamente a otra una cosa o derecho entre vivos. Donación irrevocable es lo mismo que donación entre vivos. (Artículo 1386 y 1136).

### **Características de las donaciones entre vivos:**

a) Es un **contrato**. Es cierto que el artículo 1386 las define como un acto, pero en realidad son un contrato que requieren la voluntad o consentimiento del donante y del donatario (artículo 1416 inciso 2º). Normalmente es un **contrato unilateral** que sólo genera obligación (de transferir) para el donante.

b) Es un **título traslativo de dominio**. No es que en virtud de la donación el donante transfiera como pudiera pensarse del artículo 1386, sino que el donante se obliga a transferir, del mismo modo que en virtud de la compraventa el vendedor se obliga a dar (transferir y por ende entregar -artículo 1793 y 1548-). Por eso el artículo 1417 faculta al donatario para exigir la entrega (en realidad tradición, y por ende entrega -artículo 1548-) de las cosas donadas. La donación entre vivos no es un modo de adquirir (no está contemplado en el artículo 588), sino que es un título traslativo de dominio, como se desprende de los artículos 675 y 703. Cuando el legislador exige la inscripción de la donación no está exigiendo una solemnidad del contrato sino que simplemente señalando que mientras no se inscriba el contrato no se habrá agotado el cumplimiento de la intención de las partes cual es, evidentemente, transferir el dominio. Pues como decía el artículo 1386 del Código Civil, que aprobara el Congreso, la donación “se consuma por la tradición”. Don Andrés Bello suprimió este inciso por estimarlo evidentemente innecesario. La inscripción de una donación es la tradición de lo donado, del mismo modo que la inscripción de un título constitutivo por acto entre vivos de un usufructo sobre inmuebles no es solemnidad del acto constitutivo sino tradición (artículo 767) o de igual forma que la inscripción de la escritura pública de hipoteca no es una solemnidad del contrato sino que la forma de hacer nacer en el acreedor contratante la calidad de acreedor *hipotecario*, esto es, hacerle nacer el derecho real de hipoteca mediante la tradición.<sup>7</sup>

c) Es un **contrato gratuito**. Tiene por objeto la utilidad de una de las partes sufriendo la otra el gravamen. Pero la parte que reporta utilidad puede experimentar también ciertas cargas. En tal caso habrá donación de todos modos, a menos que las cargas equivalgan al provecho que recibe el donatario. En tal caso no habrá habido

<sup>6</sup>Derecho Sucesorio, Manuel Somarriva (Versión de René Abeliuk), Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 633.

<sup>7</sup>Cfr. Tratado de las cauciones, Manuel Somarriva, Editorial Ediar Conosur, p.p.342 y 399 y con Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales. A. Alessandri y Manuel Somarriva. Ed. Nascimento, 1974, p.659. Ver RDJ T. 48, Sección 1ª, p. 354 y RDJ Tomo 51, Sección 1ª, p. 605. Cfr. también Con Claro Solar, Luis, “Explicaciones de derecho civil chileno y comparado”, T VIII N° 1007 y fallo contenido en Gaceta de los Tribunales Sentencia N° 2296, p. 1421

donación sino otro acto innominado o, dependiendo de las circunstancias, compraventa.

d)Es un **contrato irrevocable unilateralmente**. No hay inconveniente en resciliarlo, pero no podría el donante revocarlo. La donaciones entre cónyuges, en cambio, son siempre revocables (artículo 1137).

e)Es un **contrato principal**, pues subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (artículo 1442).

f)Es un **contrato de ejecución instantánea**, aunque a veces de cumplimiento diferido, como las donaciones de prestaciones periódicas (artículo 1402).

g)Es un **contrato de excepción** en el sentido de que nunca se presume. Lo anterior, sin perjuicio que hay casos en que la remisión se presume y la remisión enteramente gratuita está sujeta a las reglas de las donaciones (artículos 1653 y 1654).

h)Es un **contrato a título singular**, incluso en las mal llamadas “donaciones a título universal” que, como veremos, no son tales.

### **Las donaciones y los requisitos del acto jurídico.-**

Las donaciones irrevocables, como todo contrato, debe reunir los requisitos generales de cualquier acto jurídico. Requisitos de existencia y de validez. A continuación nos referiremos brevemente a esos requisitos en la donación.

Desde el punto de vista de la **capacidad de las partes**, el legislador dió algunas reglas especiales. Desde luego, sigue siendo la capacidad la regla general, es decir, se mantiene vigente la norma del artículo 1446. Es hábil para donar entre vivos y para ser donatario entre vivos toda persona a quien la ley no haya declarado inhábil (artículo 1387 y 1389)., Pero el legislador agregó que son incapaces de donar (ser donante) los que no tienen la libre administración de sus bienes, salvo en los casos y con los requisitos que las leyes prescriben (artículo 1388). Como quiera que la donación entre vivos es un título traslativo de dominio, la capacidad del donante, más que de administrar, es un capacidad de disposición. Así, hay que aplicar en casos especiales reglas especiales. Recordemos algunos de ellos.

El artículo 402 establece que es prohibida la donación de bienes raíces del pupilo aun con previo decreto de juez y que en cuanto a las donaciones de dinero o muebles del pupilo, sólo podrán hacerse válidamente con ciertos requisitos: decreto previo del juez que las autorice por causa grave y con tal que sean proporcionadas a las facultades del pupilo y que por ellas no sufran un menoscabo notable los capitales productivos. Tratándose de donaciones de inmuebles, hay, pues, una norma prohibitiva cuya vulneración estaría sancionada con la nulidad absoluta. A su vez, en el caso de dinero o muebles, el Código establece una formalidad habilitante cuya omisión acarearía la nulidad relativa de la donación.

El artículo 256 establece que “no podrá el padre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo”...”sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores”, que ya hemos visto y que está reglamentada en el artículo 402. Esta norma se encuentra ubicada en el título X del Libro I del Código Civil, relativo a la patria potestad. Por ende se aplica sólo al padre o madre que ejercen la patria potestad: padre o madre legítimos de un hijo no emancipado. Un padre natural o bien un padre legítimo privado de la patria potestad no podrían donar bienes del hijo por la sencilla razón que no los representan. El adoptante, en cambio, puede donar, en los términos establecidos en el artículo 402, bienes del adoptado. Si se trata de una adopción regida por la ley 7.613, en virtud de que el adoptante ejerce la patria potestad del adoptado mientras dure la adopción (artículo 15 de la ley 7.613); es

más. En este caso, aunque el adoptado estuviere sometido a la patria potestad del padre o madre legítimos, mientras dure la adopción no podría el padre o madre donar los bienes de su hijo. Ello sólo podría hacerlo el adoptante porque es quien ejerce, mientras dure la adopción, exclusivamente, los derechos conferidos por el título X del Libro I del Código Civil. Lo mismo ocurrirá en el caso de un adoptado simple regido por la ley 18.703, pues de acuerdo al artículo 14, “el adoptante ejercerá los derechos conferidos en los títulos IX y X del Libro I del Código Civil, aún en el caso de no encontrarse el adoptado sujeto a patria potestad” (esto es, de igual modo encontrándose el adoptado sujeto a patria potestad). Finalmente, si se trata de un adoptado pleno regido por la ley 18.703, artículos 21 a 25, se aplica plenamente la regla del artículo 256 del Código Civil, toda vez que la adopción plena confiere al adoptado “el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes” y por ende a los adoptantes el estado de padres legítimos del adoptado (artículo 1º de la ley 18.703). Hay que recordar, que la adopción plena “hace caducar los vínculos de la filiación de origen del adoptado en todos sus efectos civiles”, con la salvedad de que subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5º de la ley de matrimonio civil.

1754, 1755) y no sólo para donantes incapaces (artículo 1749). Desde el punto de vista del donatario, es necesario que exista al tiempo de la donación o, si es condicional bajo condición suspensiva, al tiempo de cumplirse la condición. Se exceptúan los casos señalados en los incisos 3º y 4º del artículo 962 (artículo 1390). Se extienden, en cambio, a las donaciones, las incapacidades de los artículos 963 y 964 (artículo 1391). Por último, el artículo 1392 establece una incapacidad particular para las donaciones.

**En cuanto al consentimiento.-** No es suficiente la expresión de voluntad del donante; se requiere además la aceptación del donatario. Pero a diferencia de lo que normalmente ocurre, no se perfecciona el contrato con la sola aceptación del donatario (artículo 99 del Código de Comercio), sino que es necesario que se le notifique la aceptación al donante.(artículo 1412).

Se extinguirá, entonces, la donación, por morir el donante antes de perfeccionarse (artículo 101 del Código de Comercio).

La aceptación puede darse personalmente o por medio de mandatarios o representantes legales (artículo 1411). Por último, hay que tener presente que se aplican a las donaciones, las reglas generales sobre validez o nulidad de la aceptación y repudiación (artículo 1141). Sin embargo, en las donaciones no opera el derecho de transmisión. Es decir, si fallece el donatario al que se hizo una oferta de donación, sin haber alcanzado a aceptar o repudiar, no pueden hacerlo, en su nombre, sus herederos (artículo 1415).

**En cuanto al objeto.-** Puede ser corporal o incorporeal, mueble o inmueble. Pero no pueden ser objeto de donación los hechos. Los servicios personales gratuitos no constituyen donación (artículo 1396), toda vez que para que haya donación debe existir un empobrecimiento de un patrimonio y el consiguiente enriquecimiento de otro patrimonio. Pues bien, tratándose de hechos gratuitos, si bien puede haber un enriquecimiento patrimonial, sin embargo no existe el empobrecimiento correlativo.

**En cuanto a la causa.-** En el contrato de donación, la causa es la mera liberalidad (artículo 1467). Se refiere a la causa-motivo.

**En cuanto a las solemnidades.-** La regla general es que la donación sea un contrato consensual, pero en la práctica casi todas las solemnidades están revestidas de alguna formalidad.

**El principio básico para distinguir si un acto constituye o no donación**, es que debe existir un empobrecimiento de un patrimonio, un enriquecimiento de otro patrimonio y una relación causal entre ambos hechos.(artículo 1398). Aplicaciones de este principio:

a)No hay donación en el sólo hecho de repudiar una herencia, legado o donación o en dejar de cumplir la condición a que estaba subordinado un derecho eventual (artículo 1394).

b)No hay donación en el comodato de un objeto cualquiera, aunque su uso o goce se acostumbre darse en arriendo (artículo 1395).

c)No hay donación en el mutuo sin interés (artículo 1395 inciso 2o),

d)No hay donación en la remisión o cesión el derecho a percibir los réditos de un capital colocado a interés o censo (artículo 1395).

e)No hay donación en el hecho de constituirse en fiador o constituir una prenda o hipoteca. Tampoco hay donación en exonerar de sus obligaciones al fiador o en remitir una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor. (artículo 1397)

f)No hay donación en dejar de interrumpir una prescripción.(artículo 1399).

g)No hay donación en los servicios personales gratuitos.

PERO SI HACE DONACION el que remite una deuda (artículo 1653) o paga a sabiendas lo que en realidad no debe. (artículo 1397).

#### CATEGORIAS DE DONACIONES IRREVOCABLES.-

##### 1) Donaciones enteramente gratuitas.-

**a)De bienes muebles de valor igual o inferior a veinte mil pesos.** Es consensual (artículo 1401).

**b)De bienes muebles de valor superior a veinte mil pesos.** Requiere de insinuación (artículo 1401), salvo norma legal excepcional (ej; artículo 31 N° 7 de la Ley de la Renta). La insinuación es la autorización judicial dada por el juez competente y solicitada por el donante o el donatario. La jurisprudencia ha aceptado que la insinuación sea posterior a la donación, incluso posterior a la aceptación. Pero debe ser antes de perfeccionado el contrato que, como sabemos, se perfecciona por la notificación al donante de la aceptación del donatario. La solicitud es relativa a una gestión voluntaria (artículos 889 y 890 del Código de Procedimiento Civil) y se sigue ante el juez del domicilio del interesado, que podría ser el propio donatario o el donante (el que solicite la insinuación es el interesado). El juez concederá la autorización con tal que no se contravenga alguna disposición legal (artículo 890 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 1401 del C Civil). La falta de insinuación ocasiona la nulidad absoluta de la donación.

**c)De pensiones periódicas.** Se requiere de insinuación si la suma de las cantidades que han de percibirse en un decenio excediere de dos centavos.

**d)De bienes raíces.** Son solemnes. Requieren de insinuación (por el valor) y de escritura pública (artículo 1400). Con Somarriva y contra la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, estimamos que la inscripción conservatoria que exige el artículo 1400 no es parte de la solemnidad del contrato sino modo de adquirir (tradición-inscripción) para el donatario.

**e) Donaciones a título universal.** Artículo 1407. Aunque tal denominación es una impropiedad en el lenguaje, pues la donación es siempre a título singular (artículo 1368). Por lo demás, en coherencia con el principio del legislador de rechazar los actos universales entre vivos, como la compraventa a título universal (artículo 1811) o la sociedad a título universal (artículo 2056). La mal llamada donación a título universal no es tal, pues se exige un inventario. Desde el momento que el legislador exige un inventario está reconociendo que lo donado no es una universalidad sino una multiplicidad de cosas singulares. Se exige insinuación, escritura pública y, si va incluido algún bien raíz, inscripción conservatoria. Por último, exige inventario solemne. Los bienes o señalados en el inventario se entenderán que el donante se los reserva. Además, existe una limitación muy importante: las donaciones "a título universal" sólo puede ser de bienes presentes; nunca de bienes futuros (artículo 1408). Por último, como una limitación adicional, el donante se reserva lo necesario para su congrua sustentación (artículo 1409).

**f) Donaciones con cargo a restituir a un tercero** (artículos 1413 y 1414). Son donaciones fideicomisarias (artículo 1410). Requieren de insinuación atendiendo al monto según las reglas generales (artículo 1410 en relación al artículo 1401) y requiere de escritura pública (aplicando la regla del artículo 735). Estas donaciones se perfeccionan por la aceptación del propietario fiduciario (sin necesidad de notificar la aceptación al donante) (artículo 1413). El fideicomisario no puede aceptar la donación sino al momento de la restitución, pero podría repudiar antes (misma regla que da el artículo 1226). Curiosamente, el artículo 1414, desconociendo la mera expectativa del fideicomisario, permite alterar la especie e incluso revocar el fideicomiso en la medida en que haya acuerdo del donante y del fiduciario. En caso de introducir alteraciones en la donación, estas modificaciones se miran como una donación enteramente nueva (artículo 1414 inciso 2º).

En las donaciones enteramente gratuitas, si el donatario es evicto respecto a lo donado, no tiene acción de saneamiento, aunque la donación haya principiado por una promesa (artículo 1422).

Hay una contradicción entre el artículo 1626, que otorga el beneficio de competencia al donante y el artículo 1417, que otorga beneficio de competencia al donante de una donación **gratuita** respecto a las acciones que contra él intente el donatario. El artículo 1417 debe prevalecer para las donaciones gratuitas, por tratarse de una norma especial.

## 2.-Donaciones que no son enteramente gratuitas.-

Paradójicamente, las donaciones no necesariamente son totalmente gratuitas. Dentro del género de las donaciones que no son enteramente gratuitas, cabe considerar:

**a) Las donaciones con causa onerosa** que son aquellas que se sujetan a una determinada condición impuesta al donatario (artículo 1404), deben otorgarse por escritura pública expresándose la causa. De lo contrario se mirarán como enteramente gratuitas. (Además deben cumplir los requisitos generales de insinuación y -si se trata de bienes raíces- deben inscribirse en el Conservador). La importancia de definir que una donación es con causa onerosa, radica en que se

sujeta a reglas especiales en relación al saneamiento de la evicción. En efecto, el donatario evicto tiene derecho al saneamiento de la evicción si el donante dió una cosa ajena a sabiendas.

**b) Donaciones con gravamen.** Constituyen una especie dentro del género de las donaciones con causa onerosa (artículo 1405), razón por la cual, aplicando el artículo 1404, tenemos que concluir que requieren de escritura pública (artículo 1404). Requieren de insinuación siempre que, descontado el gravámen al que están afectas, exceden de dos centavos (artículo 1405). Inscripción en el Conservador si se trata de bienes raíces, también, aunque no como solemnidad del contrato sino como manera de hacerse la tradición. En las donaciones con gravamen, si el gravamen es pecuniario o apreciable en dinero, en caso de evicción (artículo 1423 inciso 2º), tendrá derecho el donatario para que se le reintegre lo que haya invertido en ello con los intereses corrientes que no aparecieren compensados por los frutos naturales o civiles de las cosas donadas. Cesando, en lo tocante a este reintegro, el beneficio de competencia de donante.

**c) Donaciones sujetas a modalidades.** Son aquellas sometidas a condición, plazo o modo. Se rigen por las mismas reglas contenidas a propósito de las modalidades en las asignaciones por causa de muerte. (artículo 1416). Deben constar por escritura pública o privada en la que se exprese la causa, fuera de cumplirse por la insinuación, la escritura pública y la inscripción (esta última como modo de adquirir) de acuerdo a las reglas generales (artículo 1403)

**d) Donaciones remuneratorias.** Son las que expresamente se hacen en remuneración de servicios específicos, siempre que estos sean de los que suelen pagarse. (artículo 1433). Para que se entiendan remuneratorias, deben constar así en escritura pública o privada en que conste que ha sido remuneratoria, especificándose, además, los servicios. De lo contrario se tendrán por gratuitas. (artículo 1433 inciso 2º). Las donaciones remuneratorias, en cuanto exceden el valor de los servicios prestados, deben insinuarse (artículo 1434).

Para definir el destino de las donaciones remuneratorias percibidas por alguno de ambos cónyuges en el régimen de sociedad conyugal, por servicios prestados durante la sociedad conyugal, hay que distinguir si acaso las referidas donaciones remuneratorias daban acción para exigir su cumplimiento en contra la persona servida (en tal caso se considerarán ingreso lucrativo y por ende ingresará al haber real de la sociedad conyugal conforme al artículo 1725 Nº1) o en cambio no daban acción para exigir su cumplimiento en contra de la persona servida (en cuyo caso se considerarán como adquisición gratuita y por ende ingresarán al haber propio -si consistía en bienes raíces- o al haber aparente o relativo -si consistía en bienes muebles-). Si los servicios fueron prestados antes de la vigencia de la sociedad conyugal, entrar cualquiera sea el caso al haber propio del cónyuge donatario. (artículo 1738). Tratándose de las donaciones remuneratorias, el donatario evicto tendrá derecho a exigir el pago de los servicios que el donante se propuso remunerarle con ella, en cuanto no aparecieren haberse compensado con los frutos que el donatario hubiere alcanzado a percibir antes de la evicción (artículo 1435).

**e) Donaciones por causa de matrimonio.** (Título XXII del Libro IV). Son aquellas donaciones que un esposo hace al otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él y las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos

antes o después de celebrarse el matrimonio y en consideración a él. (artículo 1786). Es decir, son las que se hacen en consideración al matrimonio. De acuerdo al artículo 1404, son en el fondo donaciones con causa onerosa. (artículo 1404).

Se pueden pues distinguir dos clases de donaciones por causa de matrimonio:

-Las que hace un esposo a otro,

-Las que un tercero efectúa a cualquiera de los esposos.

Entre ambas clases hay varias diferencias. Desde luego, sólo los "esposos" pueden hacerse donaciones por causa de matrimonio. Si están casados ("cónyuges"), las donaciones que se hagan no son por causa de matrimonio. En cambio, si la donación proviene de un tercero, será por causa de matrimonio, sea que se haya hecho a algún esposo o a algún cónyuge.

En segundo lugar, las donaciones que se hacen los esposos en las capitulaciones matrimoniales no requieren de otra solemnidad que la misma capitulación matrimonial; en tanto que las donaciones que un tercero haga a los esposos o a los cónyuges, requieren de los requisitos generales de una donación con causa onerosa.

En tercer lugar, en las donaciones por causa de matrimonio que se hacen uno a otro los esposos, se presume la causa del matrimonio aunque no se exprese, en tanto que en las donaciones que provienen de un tercero, debe expresarse que se hacen por causa de matrimonio, pues de lo contrario se entienden enteramente gratuitas (artículo 1790 en relación al artículo 1404).

En cuarto lugar, las donaciones entre esposos están limitadas por ley en cuanto al monto (artículo 1788), en tanto que esa limitación no rige para las donaciones provenientes de un tercero.

Las donaciones por causa de matrimonio se hacen en consideración al matrimonio y por ende quedan sujetas a la eventualidad de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio (artículo 1786 e inciso final del artículo 1789). Hablamos de eventualidad y no de condición, pues el matrimonio no es un elemento accidental sino esencial. Si el matrimonio no se celebra, caducan las donaciones y pueden por consiguiente demandarse en restitución.

Ahora bien, si se anulara el matrimonio, habrá que distinguir si se trató de un matrimonio simplemente nulo o de un matrimonio putativo. En el primer caso, se podrán revocar las donaciones por causa de matrimonio siempre que la donación y su causa se hayan expresado por escritura pública. Ahora bien, esa causa se presume en las donaciones que se hacen los esposos. Sin embargo, los cónyuges, estando ambos de mala fe, no pueden revocar las donaciones que se han hecho. En cambio, tratándose de un matrimonio putativo, los terceros sólo pueden revocar las donaciones efectuadas a favor del que contrajo el matrimonio de mala fe y siempre que conste la donación y la causa en escritura pública. El cónyuge de buena fe puede revocar las donaciones hechas al cónyuge de mala fe y en tal caso la causa se sobrentiende; pero en cambio el cónyuge de mala fe no puede revocar las donaciones hechas al cónyuge de buena fe. (artículo 1790 e inciso final del artículo 122). Por último hay que recordar que en caso de divorcio puede uno de los cónyuges (el inocente) revocar las donaciones hechas al otro cónyuge (el culpable) (artículo 172).

Responsabilidad del donatario por las deudas del donante.- (artículos 1418 a 1421).-

Si hablamos de donaciones "a título universal", el donatario tendrá, respecto de los acreedores del donante, las mismas obligaciones que los herederos. Pero esta responsabilidad se extiende sólo a dos clases de deudas:

- a) Las contraídas por el donante con anterioridad a la donación y
- b) Las posteriores a ella, con tal que no excedan de una suma específica determinada por el donante en la escritura de donación. (artículo 1418).

En todo caso, los acreedores, a pesar de la responsabilidad del donatario, tienen a salvo su acción en contra del donante, a menos que acepten como deudor al donatario. (artículo 1419).

Si hablamos de donaciones a título singular, el donatario no tiene sino la responsabilidad determinada que expresamente le imponga el donante (artículo 1420).

En todo caso, el donatario goza respecto de las deudas del donante a que puede estar obligado de acuerdo a las reglas estudiadas, un beneficio de inventario que le concede el artículo 1421, con tal que acredite el monto de lo donado por instrumento público.

### Extinción de las donaciones.-

Las donaciones dejan de producir efectos de acuerdo a las reglas generales aplicables a todo contrato. Hay además causales de extinción aplicables a ciertas donaciones o que operan en forma indirecta. Así, las donaciones por causa de matrimonio pueden ser revocadas por divorcio, o caducan por el hecho de no celebrarse el matrimonio; de acuerdo al artículo 1210, el desheredamiento puede también producir como efecto la extinción de las donaciones; también puede resolverse las donaciones hechas en razón de legítima o de mejoras en ciertos casos (artículo 1200 y 1201). Además, existen causales específicas para todas las donaciones, que se pueden resumir en tres: rescisión, resolución y revocación. (artículo 1424).

#### a) La rescisión de las donaciones.-

Las donaciones pueden rescindirse por efecto del ejercicio de la acción de inoficiosa donación, conforme al artículo 1187 (artículo 1425).

#### b) La resolución de las donaciones.- Artículos 1426 y 1427.

Las donaciones pueden verse afectadas por una resolución cuando son con causa onerosa o sujetas a un gravamen. Si no se cumple la condición o el gravamen impuesto en la donación, esta se resuelve. (artículo 1426 inciso 1º).

Los artículos 1426 y 1427 hablan de rescisión, pero en realidad se refieren a resolución. Tanto así que el donante tiene la alternativa de demandar el cumplimiento o la resolución.

Resuelta la donación, se generan prestaciones mutuas (artículo 1426 inciso 2º). El donatario es considerado como poseedor de mala fe para la restitución de la cosa donada y para la restitución de frutos, siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta. La causa grave no lo exime de responsabilidad sino que sólo lo constituye en poseedor de buena fé. (artículo 900, 906 y 907 en relación al artículo 1426 inciso 2º).

La acción resolutoria de las donaciones prescribe en cuatro años contados desde el día en que el donatario haya sido colocado en mora de cumplir la obligación impuesta. Es una prescripción especial y por ende no se suspende pero sí se interrumpe (artículo 2524).

c) La revocación de las donaciones.- Artículos 1428 a 1431

De acuerdo al artículo 1428, las donaciones irrevocables son revocables por causa de ingratitud. Se entiende por acto de ingratitud cualquier hecho ofensivo del donatario que le hiciera indigno de heredar al donante (causales de indignidad de los artículos 968 y siguientes).

La revocación puede pedirla el propio donante y otras personas que la ley autoriza (artículo 1431). Pero no se puede demandar la revocación de la donación una vez fallecido el donante (artículo 1430). Lo que sí puede ocurrir es que el donante en vida haya ejercido la acción y antes de la sentencia muera; en tal caso se sigue adelante el juicio. También puede ocurrir que el hecho ofensivo haya ocurrido después de la muerte del donante o haya sido precisamente la causa de la muerte del donante. En cualquiera de ambos casos, la acción la tienen los herederos del donante, pero no por transmisión sino por derecho propio.

Declarada la revocación de la donación, se generan prestaciones mutuas. En ellas y para todos los efectos, el donatario es considerado como poseedor de mala fe. (artículo 1429).

La acción revocatoria prescribe en cuatro años contados desde la fecha en que el donante (o sus herederos) tuvo conocimiento del hecho ofensivo. Como es prescripción especial, no se suspende (artículo 2524). De ahí que pueda ser ejercida por los representantes del incapaz (artículo 1431).

Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalen al valor de los servicios prestados, no son propiamente gratuitas y por ese motivo no son "rescindibles" (se quiere decir resolubles) ni revocables y no requieren de insinuación. En cuanto exceden del valor de los servicios prestados, se siguen por las reglas generales.

La acción rescisoria, la acción resolutoria y la acción revocatoria, se deben ejercer según las reglas del juicio ordinario.

La rescisión, resolución o revocación de las donaciones empece (da acción contra) a terceros:

a) Cuando es escritura pública de donación inscrita en el competente registro (si se trata de bienes raíces) se ha prohibido al donatario enajenar las cosas donadas o se ha expresado la condición. No dará acción, por ejemplo, si sólo existe la condición resolutoria *tácita*.

b) Cuando antes de las enajenaciones o de la constitución de los referidos derechos, se ha notificado (judicialmente) a los terceros interesados que el donante u otra persona a su nombre se propone intentar dichas acciones en contra del donatario (medida prejudicial).

c) Cuando se ha procedido a enajenar los bienes donados o a constituir los referidos derechos después de intentada la rescisión, resolución o revocación.

Cabe hacer presente que la jurisprudencia ha entendido que el artículo 1432 se refiere sólo a la revocación por causa de ingratitud (artículo 1428) pero no a la

revocación mencionada en el artículo 1412. Y es lógico que así sea, pues el artículo 1412 se refiere no a una retractación sino más bien a un caso de retiro oportuno de la oferta.

En todo caso, sin perjuicio de lo anterior, si el donante prefiere no accionar en contra del tercero, puede dirigirse en contra del donatario para exigir le pague el precio que recibió por la enajenación de las cosas donadas según el valor que hayan tenido estas al momento de la enajenación.